



LISA

Law & ICT
Students' Association

BIG TECH

E-magazine

Jaargang 7
Editie 1
2020/2021



Brinkhof

NORD
ADVOCATEN

Redactie

Hoofdredacteur

Sylvia Chan

Redacteur | Secretaris

Lotte Derksen

Redacteur

Bart Pastoor



Vormgeving

Sanne Barzilay

Harun Hubanic

Annika Winkel

Laura Weide

Voorwoord

Bestuur

Geachte lezer,

Voor u ligt het eerste e-Magazine van dit collegejaar. Een collegejaar dat alweer een paar maanden in volle gang is, maar er anders uit ziet dan voorgaande jaren. De communicatie met de universiteit en medestudenten geschiedt deze dagen grotendeels digitaal, flexibiliteit en het vinden van creatieve oplossingen zijn van het grootste belang. Ik kan met trots zeggen dat de actieve leden van LISA over deze eigenschappen beschikken en er alles aan doen om er voor alle leden een geslaagd verenigingsjaar van te maken. Wat gelukkig niet hoeft te veranderen, is de uitgave van het e-Magazine en het is mij een eer om voor deze eerste editie van het jaar het voorwoord te mogen schrijven.

Wij als bestuur zijn ontzettend blij met de enthousiaste en getalenteerde redacteurs die zich dit jaar de redactiecommissie mogen noemen. We hebben al mogen genieten van een aantal interessante blogs over onder andere online veilingen en een kritische analyse van het wetsvoorstel inzake de Tijdelijke wet informatieverstrekking RIVM i.v.m. COVID-19. Dit geeft een voorproefje van waar deze commissie ons dit jaar nog meer mee zal verblijden. Daarnaast is de redactiecommissie in de afgelopen periode druk bezig geweest met het maken van dit e-Magazine en ik kan u verzekeren dat ook deze niet teleur zal stellen.

De redactiecommissie is voor deze editie van het e-Magazine volledig in de wereld van Big Tech gedoken. Een zeer interessant en vooral actueel onderwerp. Grote tech-bedrijven zoals Facebook, Google en Apple hebben steeds meer invloed, maar die invloedrijke positie brengt ook bepaalde verantwoordelijkheden en ook zeker juridische problemen en vraagstukken met zich mee. Onder andere vanwege hun machtspositie, privacy-kwesties en hun verantwoordelijkheid op het gebied van duurzaamheid liggen dergelijke bedrijven constant onder een vergrootglas. In dit e-Magazine is de redactiecommissie erin geslaagd verschillende juridische aspecten van Big Tech voor u in kaart te brengen en dat is zeker het lezen waard!

Namens het achttiende bestuur,

Laurie Hamer
Voorzitter

Voorwoord

Hoofdredacteur

Beste lezer,

Met gepaste trots presenteer ik u het eerste e-magazine van het jaar 2020-2021! De redactiecommissie heeft de afgelopen weken hard gewerkt om dit voor elkaar te krijgen en ik zou graag van deze gelegenheid gebruik willen maken om hen hiervoor te bedanken. Ook complimenten voor de mediacommissie die dit jaar de vormgeving van de e-magazines zal verzorgen en met dit eerste e-magazine meteen al een prachtig exemplaar heeft neergezet. Chapeau!

Zoals u heeft kunnen zien is het onderwerp van dit eerste e-magazine is 'Big Tech'. De invloed van grote techbedrijven is niet meer weg te denken uit ons leven. Zo liet de Netflix-documentaire 'The Social Dilemma' enkele maanden geleden al zien hoe sociale media met behulp van slimme algoritmes het gedrag en de meningen van hun gebruikers beïnvloeden en een verslavende werking hebben op de gebruiker. Ook werden de CEO's van Amazon, Google, Apple en Facebook eerder dit jaar in het Amerikaanse Huis van Afgevaardigden ondervraagd over het mogelijk misbruiken van hun machtspositie. Kortom, 'Big Tech' is een zeer actueel onderwerp dat veel juridische vraagstukken oproept. In dit e-magazine behandelen wij enkele van deze vraagstukken: het huidige wettelijke kader en de toekomstperspectieven daarvan voor geprogrammeerde productveroudering, het verwijderen van video's met complottheorieën door Youtube in relatie tot het verbod op censuur en ten slotte een uiteenzetting van het geschil tussen Epic Games (o.a. bekend van het spel Fortnite) en Apple. Tevens zijn wij in gesprek gegaan met mr. Tim van Zuijlen over zijn promotieonderzoek en hoe techreuzen de circulaire economie en verduurzaming kunnen stimuleren of juist ondermijnen.

Ik hoop dat dit e-magazine u stof geeft om over na te denken en daarmee afleiding biedt tijdens de huidige coronapandemie. Veel leesplezier toegewenst!

Namens de redactiecommissie,

Sylvia Chan
Hoofdredacteur

Inhoudsopgave

Voorwoord bestuur	2
Voorwoord hoofdredacteur	3
Verwijderen complottheorieën een vorm van censuur?	5
Interview met mr. Tim van Zijlen	12
Geprogrammeerde productveroudering en het recht: een overzicht van het huidige wettelijke kader en toekomstperspectieven	19
Digitale, financiële <i>Battle Royale</i>	29

Het coronavirus... we vinden er allemaal wat van. De een houdt zich heel goed aan de maatregelen, de ander neemt ze voor lief. Ook is er een derde groep, namelijk de complotdenkers.

Recent kwam in het nieuws dat het YouTube-account van Lange Frans, inclusief zijn muziek, is verwijderd wegens 'herhaalde of ernstige schendingen van de Community-richtlijnen' van YouTube.¹ Dit heeft alles te maken met de Community-richtlijnen die opgenomen zijn in de Servicevoorwaarden van YouTube. Deze richtlijnen zijn op 20 mei 2020 namelijk aangevuld met het 'Beleid tegen misleidende en medische informatie over COVID-19'. Aan de ene kant ben ik van mening dat dit een goede zet is geweest van YouTube. De complottheorieën omtrent het coronavirus krijgen namelijk steeds meer aanhangers en dit is niet zonder gevaren. Zo heeft de Nationaal Coördinator Terrorismebestrijding en Veiligheid (hierna: NCTV) al gewaarschuwd voor een nieuw dreigingsbeeld dat ontstaan is door radicale complotdenkers. Zo stelt het NCTV: 'Eenlingen zouden vanuit een combinatie van extremistisch gedachtegoed, mogelijk psychosociale of psychische problemen en maatregelen in het kader van Covid-19 juist eerder tot een geweldsdaad kunnen overgaan.'²

Aan de andere kant vraag ik mij af of YouTube hiermee geen inbreuk pleegt op art. 7 Grondwet en het recht op vrijheid van meningsuiting ex art. 6 Grondwet jo. art. 10 EVRM, te zeer beperkt. YouTube bepaalt hiermee namelijk wat wel en niet geplaatst mag worden en houdt zo dus in grote mate toezicht op de inhoud van YouTube-filmpjes. Daarbij heeft YouTube als groot informatieplatform de zorgplicht om bij te dragen aan de pluriformiteit omtrent het informatieaan-

bod. Hoe ver mogen ze gaan in het beperken van het informatieaanbod?

Aangescherpte Community-richtlijnen YouTube

YouTube is onderdeel van Google en heeft als wereldwijd platform de bijzondere zorgplicht om de vrijheid van meningsuiting te waarborgen. YouTube is echter wel akkoord gegaan met de *Code of Practice on Disinformation* (hierna: de *Code*) van de Europese Commissie om 'fake news' tegen te gaan. YouTube heeft verklaard dat zij een open platform wil blijven waarin allerlei opvattingen welkom zijn. Wel mengt zij zich in content wanneer een belang dat in strijd is met de *Code* in het geding is.

Zoals in de inleiding al kort is genoemd, heeft YouTube de Community-richtlijnen recent aangepast op het coronavirus. Er is een nieuw beleid ontstaan, namelijk het 'Beleid tegen misleidende medische informatie over COVID-19'. Dit beleid is gericht op het niet-toestaan van content over het virus wat kan leiden tot een risico op ernstige schade. Hierbij wordt informatie over het virus wat in strijd is met informatie van de Wereldgezondheidsorganisatie (hierna: WHO) of het Rijksinstituut voor Volksgezondheid en Milieu (hierna: RIVM), niet toegestaan. Uit het beleid volgt onder andere dat content waarin wordt geclaimd dat het coronavirus niet bestaat, niet toegestaan is, zo-

"Youtube is echter wel akkoord gegaan met de Code van de Europese Commissie om 'fake news' tegen te gaan."

1 Nu.nl, 'YouTube-account Lange Frans verwijderd wegens schending van richtlijnen', 21 oktober 2020, te vinden op nu.nl (laatst geraadpleegd op 2 december 2020).

2 RTL nieuws, 'NCTV bezorgd over complottheorieën rond corona, vreest 'geweldsdaad' van eenlingen', 15 oktober 2020, te vinden op rtlnieuws.nl (laatst geraadpleegd op 2 december 2020).

als bij Lange Frans het geval was. Daarnaast mag er ook geen content worden geplaatst wat betreft misleidende informatie over preventie, diagnostiek of besmetting van het coronavirus.

Er is echter een uitzondering op deze verboden. Zo kan content wat misleidende informatie betreft, toch worden toegestaan indien de content educatief, informatief, wetenschappelijk of artistiek van aard is. Dit is alleen toegestaan indien in die content meer gewicht wordt toegekend aan compenserende informatie van lokale gezondheidsautoriteiten of aan de medische of wetenschappelijke consensus.

Wanneer men het beleid schendt, zal YouTube de content verwijderen en hier een mail over sturen. Wanneer je meerdere malen de Community-richtlijnen schendt, kan je kanaal een waarschuwing krijgen en bij drie waarschuwingen wordt je YouTube-kanaal verwijderd. YouTube maakt hierbij dus kort gezegd gebruik van een notice and take down-procedure waarbij YouTube een video of account zal verwijderen wan-

neer op-
g e m e r k t
wordt dat
er content
is geplaatst
dat in strijd
is met de
Communi-
ty-richtlij-
nen.

akkoord gegaan
opese Commissie
en te gaan"

Uitspraak kortgedingrechter: Café Weltschmerz tegenover YouTube

Op 9 september 2020 heeft de kortgedingrechter in Amsterdam uitspraak gedaan in de zaak tussen YouTube en Café Weltschmerz.³ Café Weltschmerz

is een platform dat op haar YouTube kanaal verschillende actuele maatschappelijke onderwerpen bespreekt, waaronder het Coronavirus. Op het kanaal zijn twee interviews geplaatst waarin werd gesproken over een werkend geneesmiddel tegen Covid-19. Dit middel werd door een huisarts aangeprezen en werd als 'wetenschappelijk getest' verklaard. Beide video's zijn door YouTube verwijderd vanwege strijd met de Community-richtlijnen omtrent het Coronavirus.

Standpunten eiser

Café Weltschmerz stelt dat YouTube hiermee onrechtmatig jegens hem handelt nu de reeds genoemde Community-richtlijnen te beperkt zijn. Verwijdering van de video's als gevolg van dit beleid vormt hiermee een onaanvaardbare beperking op hun recht op vrijheid van meningsuiting. Daarbij wordt gesteld dat het bij YouTube, als wereldwijd platform, ook niet passend is dat meningen van bepaalde wetenschappers en medici onder de aandacht worden gebracht en andere meningen niet. YouTube kiest met haar beleid een positie in het publieke debat en dreigt een spreekbuis van de overheid te worden. Bovendien zijn er veel artsen en wetenschappers die het, in het interview genoemde, medicijn als een effectief middel tegen Covid-19 zien. Hierdoor kan niet worden gesteld dat YouTube met haar beleid de volksgezondheid beschermt nu kritiek op de visie van de WHO en het RIVM mogelijk moet zijn en niet per definitie misleidende informatie is.

Standpunt YouTube

Google is akkoord gegaan met de Code om 'fake news' en online desinformatie tegen te gaan. Op basis hiervan zijn de

³ Rb. Amsterdam (vzr.) 9 september 2020, ECLI:NL:RBAMS:2020:4435.

Community-richtlijnen opgesteld. Als groot online platform met wereldwijd bereik heeft YouTube een grote verantwoordelijkheid. YouTube stelt daarbij dat tegenover het recht op vrijheid van meningsuiting van anderen haar recht staat om beleidsmatige keuzes te maken en bepaalde content met uitingen wel en andere niet door te laten. Ook stelt YouTube dat het haar vrij staat om content met betrekking tot het coronavirus uitsluitend toe te laten wanneer het in lijn is met de visie van het WHO en RIVM.

Voorzieningenrechter

De voorzieningenrechter is van oordeel dat het beleid van YouTube dat de content in lijn moet zijn met de visie van de WHO en het RIVM te beperkt en niet toegestaan is in verband met de horizontale werking van de vrijheid van meningsuiting. Nu YouTube een belangrijke rol heeft in het publieke debat in de democratische samenleving, strookt het niet met het recht op vrijheid van meningsuiting om enkel de content omtrent het coronavirus dat overeenstemt met de visie van de WHO en het RIVM toe te staan, terwijl andersluidende kritische content niet wordt toegestaan. Bovendien mag een gebruiker van YouTube juist brede content verwachten, aangezien de wijze van bestrijding en behandeling van Covid-19 wereldwijd nog volop in onderzoek is en nog verre van vaststaat. Kijk alleen al naar de WHO en het RIVM die hun adviezen telkens bijstellen. YouTube erkent dat het debat gevoerd zou moeten worden en wil hieraan bijdragen. Echter, legt zij de grens bij het verspreiden van onjuiste, schadelijke en gevaarlijke informatie. Hiertoe wordt YouTube ook aangespoord door onder andere de Europese Commissie. Aangezien dit op aanwijzing van de Europese Commissie is, zou het te ver gaan om het beleid van YouTube fundamenteel te wijzigen.

Dilemma complotdenkers en censuur

Wat betreft het coronavirus is er momenteel nog veel onduidelijk. Wetenschappers en artsen zijn het niet altijd met elkaar eens en ook het RIVM en de

WHO komen met nieuwe informatie, die eventueel in strijd is met eerdere informatie. Het verbieden van alle informatie omtrent het coronavirus die niet in lijn is met het RIVM en de WHO lijkt mij dan ook

een inbreuk op het recht van vrije meningsuiting. Er kan hierbij naar mijn inzien gesteld worden dat YouTube een kant kiest in het publieke debat, wat zorgt voor een beperkt informatieaanbod betreffende het coronavirus. Wel ben ik het eens met de kortgedingrechter dat het belangrijk is om desinformatie omtrent het coronavirus te verwijderen nu dit grote gevolgen met zich mee kan brengen voor de openbare orde alsook de volksgezondheid.

“ Kijk alleen al naar de WHO en het RIVM die hun adviezen telkens bijstellen ”

Uitwerking verbod op censuur: ingrijpen vrijheid van meningsuiting

Het verbod op censuur is, zoals reeds genoemd, opgenomen in art. 7 van de Grondwet. Lid 1 verbiedt elk voorafgaande toestemming voor de drukpersvrijheid, lid 2 verbiedt voorafgaand toezicht op de inhoud van een radio- of televisie-uitzending en lid 3 verbiedt het voorafgaande toestemming wegens de inhoud voor het openbaar maken van gedachten en gevoelens via andere middelen dan de pers en omroep, hieronder valt dus ook het internet. Dit artikel roept veel vragen op met betrekking tot de verschillen tussen de artikelleden. Vandaar dat er in het verleden veel rechtspraak over is ontstaan.⁴ Het verbod op censuur heeft voornamelijk als doel om ervoor te zorgen dat de maatschappelijke meningsvorming niet sterk door de overheid of andere machtige partijen wordt beïnvloed. Het verbod op censuur is een democratisch en rechtstatelijk beginsel en speelt een belangrijke rol in

⁴ G.A.I. Schuijt, 'Het censuurverbod in de Nederlandse grondwet en rechtspraak', in: *Censuur. Referaten van het colloquium van 16 mei 2003*, Brussel: Larcier 2003, p. 125-154 (online).

de burgerlijke en politieke vrijheid.⁵ Het verbod op censuur ziet niet enkel op overheidshandelen maar ook op grote bedrijven die een grote invloed uitoefenen op het dagelijkse leven. De macht van Big Tech bedrijven als Google is enorm, waardoor er zeker gesproken kan worden van censuur wanneer zij bepalen wat het publiek wel en niet kan zien.

Wijziging art. 7 Grondwet?

Als gevolg van nieuwe technologieën is er al jaren onderzoek naar het aanpassen van bepaalde grondrechten, waaronder art. 7 Grondwet, om ze meer bij de tijd te brengen. Dit alles is begonnen in 2000 toen de Commissie 'Grondrechten in het digitale tijdperk' (hierna: Commissie-Franken) in haar rapport inging op de vraag hoe grondrechten aangepast zouden moeten worden, zodat deze toepasbaar worden op de technologische ontwikkelingen. Na een kritisch advies van de Raad van State werd echter afgezien van de conceptwetsvoorstellen. In 2008 werd een nieuwe poging gedaan en kreeg de Staatscommissie Grondwet (hierna: Commissie Thomassen) de opdracht om de problematiek omtrent de grondwetswijziging met betrekking tot de technologische ontwikkelingen te onderzoeken. Achtereenvolgend bespreek ik kort het rapport van Commissie-Franken, het advies van de Raad van State, het rapport van Commissie Thomassen en de kabinetsreactie hierop.

Commissie-Franken

De Commissie-Franken adviseerde tot wijziging van de artikelen 7, 10 en 13 van de Grondwet. Het voorstel voor het vernieuwde art. 7 Grondwet luidde als volgt:

*1. Ieder heeft het recht vrij zijn mening te uiten. Dit recht omvat de vrijheid om denkbeelden of andere informatie te openbaren, te verspreiden of te ontvangen.
2. Bij de wet kan dit recht worden beperkt. Een beperking van de vrijheid om te openbaren kan geen voorafgaand verlot inhouden. Een beperking van de vrijheid om te verspreiden of te ontvangen kan tevens krachtens de wet plaatsvinden en een voorafgaand verlot inhouden, mits deze be-*

*perking wordt gesteld in het belang van de openbare orde en zij geen betrekking heeft op de inhoud van de denkbeelden of andere informatie.
3. Indien de beperking betrekking heeft op handelsreclame of productinformatie, kan dit recht ter bescherming van de gezondheid of in het belang van de veiligheid tevens krachtens de wet worden beperkt.
4. Bevordering van voldoende pluriformiteit in het informatieaanbod is voorwerp van zorg van de overheid. In afwijking van het tweede lid kunnen daartoe bij de wet regels worden gesteld over omroep. Er is geen voorafgaand toezicht op de inhoud van een individueel programma.*

In dit voorstel is gebruikgemaakt van techniekafhankelijke formuleringen. Het recht op vrijheid van meningsuiting moet voor het internet immers dezelfde bescherming bieden als voor bijvoorbeeld een krant of boek, zo stelt Commissie-Franken. Het recht op vrije meningsuiting dient niet meer gebonden te zijn aan de wijze waarop deze meningsuiting plaatsvindt. Daarbij acht de Commissie-Franken het niet nodig om de bescherming van de vrijheid in horizontale verhoudingen te waarborgen aangezien het overgelaten kan worden aan de vrijheid van burgers of zij al dan niet kiezen voor een filterprogramma waarmee bepaalde websites worden geblokkeerd. Op dit advies is kritiek geuit door de Registratiekamer van de Autoriteit Persoonsgegevens (hierna: de Registratiekamer). De Registratiekamer constateert dat de Commissie-Franken niet in is gegaan op de problematiek van inhoudelijke controle en filtering van door middel van internet openbaar gemaakte of verspreide informatie.⁶

Ook wordt in het voorstel gekozen om het openbaren, alsmede het ontvangen van informatie, te laten vallen onder de bescherming van de vrijheid van meningsuiting. Hierdoor valt het gehele communicatieproces van zender tot ontvanger expliciet onder de bescherming van dit grondrecht. Hierbij wordt wel onderscheid gemaakt tussen het openbaren en ontvangen van informatie bij de beperking van deze vrijheid. Volgens de Commissie-Franken

5 Nieuwenhuis, 'Achtergrond en de huidige betekenis van het verbod van voorafgaand verlot', *NCJM-Bulletin* 36/1 (online).

6 Brief van de Registratiekamer van 6 maart 2001, Z2000-1221.01.

kan in de toekomst het recht op openbaring namelijk enkel worden beperkt door een formele wet. Het recht op verspreiding en ontvangen kan echter wel bij lagere regelingen worden beperkt. Wel is het vereist dat de beperkingsmogelijkheden in het belang van de openbare orde zijn en geen betrekking hebben op de inhoud van de denkbeelden of andere informatie.

De Commissie-Franken acht het van belang dat de burger beschikt over een pluriform informatieaanbod zodat men zich individueel kan ontplooiën, wat van belang is voor het maatschappelijk en persoonlijk functioneren. Ten aanzien van het media-aanbod, acht de Commissie-Franken het wenselijk om het tot stand brengen van een pluriform informatieaanbod niet over te laten aan de markt, maar de formele wetgever de bevoegdheid te geven om hier regulerend op te treden. Het kabinet van destijds, Kabinet Kok-II, was echter van oordeel dat deze bevoegdheid mogelijk de eerste drie leden van het voorstel voor het nieuwe art. 7 Grondwet te zeer teniet zou doen. De wetgever zou dan immers bevoegd zijn om een vergunningstelsel in het leven te roepen voor bijvoorbeeld openbare communicatie via internet en de mogelijkheid zou bestaan om bij lagere regelgeving inhoudelijke eisen aan het informatieaanbod te stellen.⁷

Kritiek Raad van State

Wat betreft de techniekonafhankelijkheid van het voorstel voor art. 7 Grondwet door de Commissie-Franken oordeelt de Raad van State dat dit juist niet wenselijk is in het licht van de niet-voorspelbare ontwikkelingen in de ICT. Door deze ontwikkelingen is het voor de grondwetgever niet duidelijk waarover zijn bescherming in de toekomst zich feitelijk zal uitstrekken, zodat het niet uitgesloten kan worden dat een niet-voorzien consequentie tot aanpassing zal noodzaken. Bovendien is er een risico dat zeer verschillende middelen over één kam worden geschoren, wat kan leiden tot een te geringe of anderzijds een te grote bescherming.

Wat betreft het verschil in 'verspreiden en ontvangen' en het 'openbaren' is de Raad van State van

mening dat dit onderscheid ten onrechte de suggestie wekt dat voor het 'openbaren' een hoger beschermingsniveau wordt verzekerd dan voor 'verspreiden en ontvangen'.

De Raad van State kan zich wel vinden in het voorgestelde vierde lid van art. 7 Grondwet dat bevordering van voldoende pluriformiteit in het informatieaanbod aanmerkt als voorwerp van zorg van de overheid. Op grond van art. 11 van het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie moet de vrijheid van pluriformiteit van de media worden geëerbiedigd.⁸

Commissie Thomassen

De Commissie Thomassen adviseert art. 7 Grondwet als volgt te formuleren:

1. *Niemand heeft voorafgaand verlof nodig om gedachten en meningen te openbaren, behoudens ieders verantwoordelijkheid volgens de wet.*
2. *Het ontvangen van informatie is vrij, behoudens beperkingen bij de wet gesteld.*
3. *De overheid eerbiedigt de pluriformiteit van de media.*

Verskil met het huidige art. 7 Grondwet is dat in het eerste lid 'drukkers' vervangen is door de term 'meningen' waardoor het middel, zoals in Commissie-Franken ook gesteld is, niet relevant is voor het recht op vrijheid van meningsuiting. Ook is de term 'wegens de inhoud daarvan' vervallen. Hierdoor is een algemeen vergunningstelsel, op andere dan inhoudelijke gronden, niet meer mogelijk.

De toevoeging in lid 1 'behoudens ieders verantwoordelijkheid volgens de wet' brengt mee dat repressieve beperkingen zijn toegestaan op het openbaren van gedachten en meningen. Voor dergelijke beperkingen geldt wel dat ze niet verder mogen gaan dan het doel ervan vereist en dat ze de kern van het recht niet mogen aantasten. Ook moeten eventuele beperkingen bij de wet worden vastgesteld. Daarbij is een verdergaand beperkingsregime toegestaan bij de 'verspreiding' van een meningsuiting en mag dit beperkt worden door lagere regels, mits geen sprake is van een beperking

7 *Kamerstukken II 2000/1, 27460, nr. 1.*

8 *Kamerstukken II 2004/5, 27460, nr. 4.*

op grond van de inhoud, van oplegging van een algemeen verbod van verspreiding of van instelling van een algemeen vergunningstelsel voor verspreiding van gedachten en meningen.⁹

Een commissielid van de Commissie Thomassen is van mening dat er goede redenen zijn om de opnemings van een bijzondere regelingsgrondslag voor massamedia in art. 7 Grondwet te continueren. Dit is echter niet een gedeelde mening binnen de Commissie.¹⁰

Kabinetsreactie advies staatscommissie Thomassen

Kabinet Rutte-I ziet weinig meerwaarde in de voorgestelde wijziging van art. 7 Grondwet ten opzichte van het huidige art. 7 Grondwet. Het kabinet oordeelt dat de bepaling open begrippen bevat waarmee zowel de wetgever als de rechter afdoende uit de voeten moet kunnen om de vrijheid van meningsuiting te beschermen.¹¹ Daarbij biedt de huidige bepaling dezelfde bescherming die de nieuwe bepaling geeft. Uit de jurisprudentie is niet gebleken dat het techniekonafhankelijke element van het hernieuwde art. 7 Grondwet een ruimer toepassingsgebied voor de vrijheid van meningsuiting garandeert. De nieuwe platformen waarop informatie wordt verstrekt, kunnen namelijk worden ingegrepen bij het begrip 'middelen' zoals in lid 3 van het huidige art. 7 Grondwet staat.

Conclusie vernieuwing art. 7 Grondwet

Er is veel onderzoek gedaan naar het wijzigen van een aantal grondwetsartikelen, waaronder artikel 7, om het zo passend te maken binnen ons digitale tijdperk.

Techniekonafhankelijkheid

Veel kritiek op het huidige art. 7 Grondwet richt zich op de niet-techniekonafhankelijke formulering van het recht op vrijheid van meningsuiting. Er zijn immers meer middelen waar dit recht in het geding komt dan enkel de drukpers, radio- of televisie-uitzendingen, met name op het internet. Vermoedelijk blijft het aantal

middelen onvoorzienbaar groeien, waardoor het ook niet wenselijk is om in het grondrecht het informatiemiddel te noemen. Hiertegenover staat dat deze informatiemedia ook kunnen vallen onder het begrip 'andere dan de in voorgaande leden genoemde middelen'. Daarbij kan het tot negatieve gevolgen leiden wanneer het voor de rechter niet duidelijk is welke middelen nu feitelijk onder het recht vallen, zo stelt de Raad van State in haar kritiek.

Pluriformiteit informatieaanbod media

Van groot belang acht ik de toevoeging in het grondrecht 'eerbiediging van de pluriformiteit van de media', zodat de overheid op kan treden tegen grote informatieplatformen zoals YouTube wanneer dit platform een kant van het publieke debat dreigt te kiezen. Wanneer de overheid hiertegen kan optreden, kan dit wellicht betekenen dat de macht van platformen als YouTube niet te groot wordt en dat het informatieaanbod niet opgedrongen wordt.

Grondwetswijziging niet waarschijnlijk

Doordat het oordeel over het wijzigen van de grondrechtelijke bepalingen zo verschilt, loopt het gezag van een adviescommissie gevaar. Wanneer deskundigen elkaar niet kunnen overtuigen, lijkt het onmogelijk te zijn om politici en burgers te overtuigen van de noodzaak van een wijziging. Wellicht wordt de noodzaak van een wijziging van de grondwet duidelijker wanneer een commissie ingesteld wordt met verschillende politicologen, bestuurskundigen en juristen.¹² Aan de andere kant kan dit juist ook weer tot onduidelijkheden leiden.

Conclusie

Uit de uitspraak van de voorzieningenrechter tussen Café Weltschmerz en YouTube blijkt dat YouTube inbreuk maakt op het recht op vrijheid van meningsuiting wanneer YouTube alle informatie omtrent het coronavirus dat in strijd is met de WHO en het RIVM, verwijdert. Er is hierdoor sprake van een repressieve maatregel, namelijk verwijdering

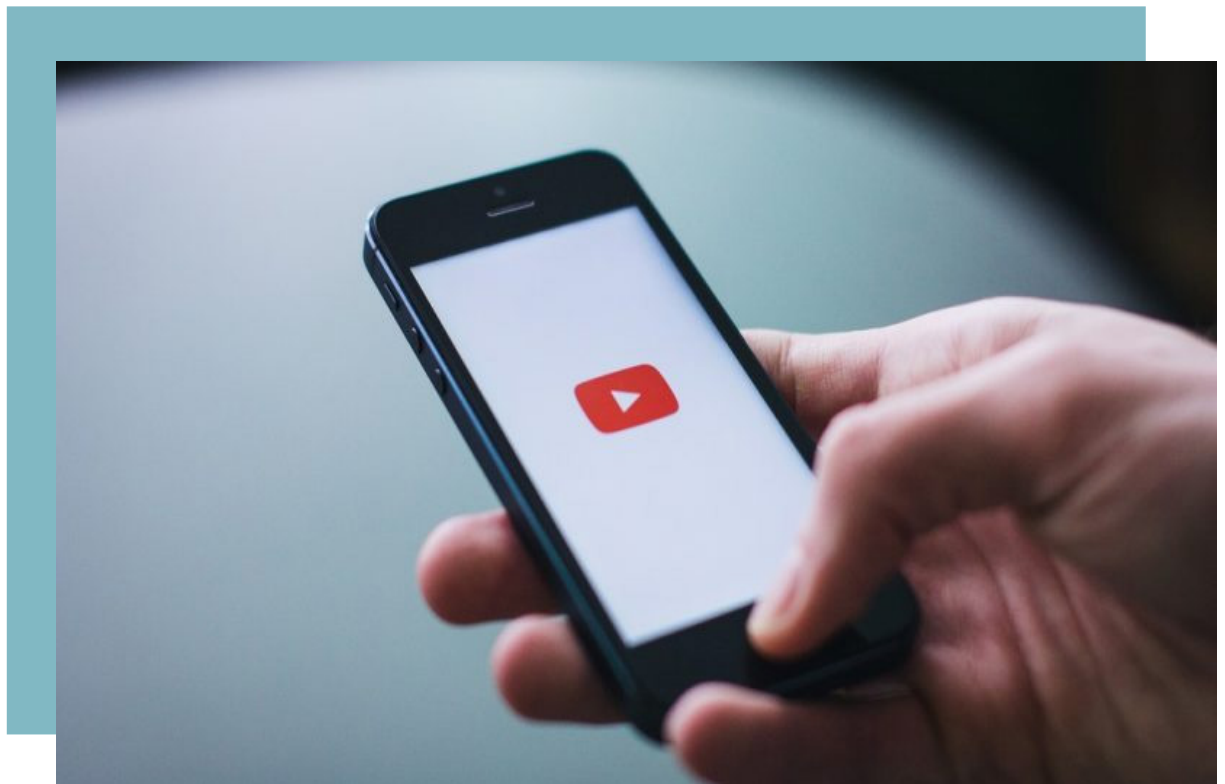
9 HR 28 november 1950, ECLI:NL:HR:1950:1 (APV Tilburg).

10 Rapport Staatscommissie Grondwet, bijlage bij Kamerstukken II 2010/11, 31570, nr. 17.

11 Kamerstukken II 2011/12, 31570, 20.

12 Peters & Boogaard, *NJB* 2010/2281, afl. 44/45, p. 2281 (online via Kluwer Navigator).

op grond van de inhoud van de video's. Wel trekt de voorzieningenrechter de grens bij desinformatie over het, in de zaak genoemde, medicijn. Het huidige art. 7 Grondwet is echter onduidelijk over in hoeverre machtige platformen als YouTube mogen gaan in het beperken van bepaald informatieaanbod. Het reguleren van de pluriformiteit van het informatieaanbod in de media door de overheid lijkt een oplossing te zijn. Met deze positieve verplichting kan de overheid beslissen dat bepaalde onderwerpen wél onderwerp van het publieke debat dienen te zijn en wordt de keuze van YouTube beperkt, zodat de grootmacht niet zelf kan bepalen welke beperkte informatie men te zien krijgt. Wel is het belangrijk dat dit bij een positieve verplichting blijft en dat de overheid niet kan reguleren welke informatie YouTube niet mag aanbieden.





Interview met **mr. Tim van Zuijlen**

Kunt u zichzelf voorstellen aan onze lezers?

Mijn naam is Tim van Zuijlen. Ik ben docent IT-recht bij de vakgroep Transboundary Legal Studies voor twee dagen per week en promovendus bij de vakgroep Privaatrecht en Notarieel recht voor drie dagen per week. Daar promoveer ik op geplande veroudering door middel van software. Geplande veroudering is het bewust verkorten van de levensduur van een product met als doel meer te verkopen. Dit stuit op veel maatschappelijke weerstand: het jaagt de consument op kosten en vergroot de afvalberg. Daarnaast kan het ook negatieve gevolgen hebben voor de productveiligheid. Mijn onderzoek heeft betrekking op de juridische toelaatbaarheid hiervan. In het bijzonder onderzoek ik wat de consument kan doen als deze wordt geconfronteerd met een product met geplande veroudering. In welke gevallen en onder welke omstandigheden heeft een consument bijvoorbeeld recht op vervanging of reparatie,

prijsreductie, ontbinding van de overeenkomst of schadevergoeding?

Hoe bent u gekomen waar u nu bent?

In 2006 ben ik begonnen met studeren. In 2007 ben ik als onderwijsstagiair bij IT-recht aan de slag gegaan. Via de omweg van het geven van studievoorzichting en werken bij de Dienst Onderwijs en Studiebegeleiding kwam ik terecht bij IT-recht, waar ik begin 2017 ben aangesteld als docent. De volgende stap was een promotieplaats. Ik vind onderzoek doen ook erg leuk en promoveren is bovendien een soort zachte eis voor een academische carrière. Het jaar daarop heb ik dan ook een voorstel geschreven voor een promotieonderzoek en met succes gesolliciteerd op een promotieplaats. Inmiddels doe ik nu alweer twee jaar promotieonderzoek onder begeleiding van Albert Verheij, Jeanne Mifsud Bonnici en Rosalie Koolhoven.

Hoe is uw interesse in onderzoek ontstaan?

Tegenwoordig zijn er in de bachelor IT-recht de vaardighedenvakken Juridische Onderzoeksvaardigheden 1, Recht en Informatiemanagement en de Studentenrechtbank. In mijn studietijd was dat wat minder gestructureerd dan nu, dus je moest zelf wat meer doen om in aanraking te komen met juridisch onderzoek. Ik ben aanvankelijk via Jaap Dijkstra - destijds universitair docent bij IT-recht - het onderzoek ingerold. Samen met twee andere studenten heb ik in die tijd een artikel geschreven voor *Terecht Gesteld* (het juridisch faculteitsblad van de Rijksuniversiteit Groningen). Dat ging goed en was leuk om te doen. Schrijven ging me altijd wel goed af, waardoor ik via andere docenten nog aan onderzoeken heb kunnen meewerken en ook dat beviel erg goed. Ik vind het mooi om te uit te pluizen hoe iets nu precies zit. Studeren is in die zin ook gewoon onderzoek doen, maar misschien wat meer op een toegepast niveau.

Heeft u tips voor studenten die na hun studie ook graag de onderzoekskant op willen en eventueel zouden willen promoveren?

Veel om je heen kijken en vooral verschillende dingen proberen. Studenten mailen mij wel met de vraag of ze een onderzoeksstage kunnen lopen en dikwijls valt er wat te regelen. Belangrijk is om zelf het initiatief te nemen. We hebben bij IT-recht ook 'paralegals' die helpen met allerlei klussen op het gebied van onderzoek en onderwijs. De vacatures daarvoor staan op CareerConNEXT. Ook is het goed om het maximale te halen uit de vaardighedenvakken in de bachelor en de seminars in de master, en deel te nemen aan externe activiteiten, zoals de redactiecommissie bij LISA. Als je een academische studie leuk vindt, zou wetenschappelijk onderzoek je in ieder geval op zijn minst moeten interesseren. Aan jou de taak om te ontdekken voor welk onderwerp je echt warmloopt!

Als je promoveert mag je zo'n vier jaar lang een onderwerp grondig uitdiepen en er een wetenschappelijk boek (een 'proefschrift') over schrijven. Wanneer je dat ambieert is het interessant om te kijken naar de Research master. Het is niet verplicht om deze te doen om te promoveren, maar het kan je wel helpen met het oriënteren op, en voorbereiden van een onderzoeksvoorstel waarmee je een promotieplaats kunt verwerven.

Wat zijn volgens u de leuke en minder leuke kanten van uw werk als onderzoeker en docent?

Het leukste aan onderzoeker zijn vind ik dat ik iets kan uitzoeken of uitdenken en dan daarover met de meest geleerde mensen die ik ken kan overleggen en discussiëren. Zij dragen dan weer nieuwe zienswijzen en argumenten aan, waardoor ik weer verder kom ik mijn onderzoek. Er gaat geen dag voorbij waarop ik niets nieuws leer. Ook heb ik het idee dat iedereen om mij heen graag wil dat ik een interessant proefschrift schrijf en me daar graag bij helpt. Ik voel me zeer gesteund door mijn promotores, collega's en studenten (!), en dat is een hele fijne situatie om in te zitten. Dit interview is daar een voorbeeld van: ik vind het mooi dat jullie mij de kans geven te vertellen over mijzelf en mijn onderzoek.

Als ik een minder leuke kant aan het zijn van promovendus moet noemen is het dat je financieel even een beetje op pauze staat. Dat vind ik niet erg, omdat het slechts tijdelijk is en het een investering in de toekomst is. Je doet het toch vooral omdat het een van de boeiendste dingen is die je kunt doen. Een ander punt is dat je je met een promotie een hele pittige klus op de hals haalt en je soms ook wel aan jezelf kunt twijfelen; kan ik dit wel? Promovendi schijnen ook weleens last te hebben van het zogenoemde *impostor syndrome*:

het idee dat je jouw succes of plek niet verdient, terwijl dat in werkelijkheid echt wel zo is. Brian May bijvoorbeeld, gepromoveerd astrofysicus en briljant gitarist (Queen) zei ooit dat hij zichzelf soms geen serieuze wetenschapper of muzikant voelde. Kun je nagaan. Het is blijkbaar zo nu en dan moeilijk om objectief je eigen prestaties te waarderen. Ik denk dat twijfel tot op zekere hoogte ook goed is: het is een teken dat je jezelf uitdaagt!

Het leukste aan doceren vind ik werken met studenten. Dat vind ik gewoon mooie lui. Het is tof om studenten te helpen die enthousiast zijn en er iets van willen te maken, maar het loont ook om hen die er eens wat minder zin in hebben even een kleine 'push' te geven. Het geeft me - dat geldt ook voor het onderzoek - het idee dat ik iets wezenlijks doe.

Ik weet best dat het in elk geval deels een illusie is: de invloed die je als docent hebt is toch vaak lang niet zo groot als je jezelf voorhoudt. Soms wel trouwens, daarvan ben ik levend bewijs. Ik zat vroeger in de collegebanken bij Mathieu Paapst, Aline Klingenberg en Evert Neppelenbroek en nu zijn we collega's. Zij hebben in ieder geval iets gedaan waardoor ik dacht: wauw, dat wil ik ook.

Ik vind weinig dingen vervelend aan het geven van onderwijs. Vaak vinden docenten de administratie vervelend om te doen, weet ik. Ik heb een paar jaar bij de Dienst Onderwijs en Studiebegeleiding gewerkt, dus ik ben het wel gewend. Ik kan prima werken met Excel bijvoorbeeld. Ook moet ik toegeven dat ik weleens moet slikken als het weer tijd

is om binnen de nakijktermijn een paar honderd in hanenpoten geschreven tentamenantwoorden te corrigeren. Doe alle tentamens maar digitaal, dat kijkt een stuk makkelijker na.

Hoe ervaart u het geven van online colleges?

Ik heb alleen in blok 4 van het vorige collegejaar Juridische Onderzoeksvaardigheden 1 online gegeven, dus dat is mijn enige ervaring met online onderwijs tot nu toe. Dat ging op zich prima maar mijn stijl van lesgeven past eigenlijk totaal niet bij de online omgeving. Ik zet studenten graag zoveel mogelijk in groepjes om te discussiëren,

waar ik dan bij kom zitten. Online is er wel de mogelijkheid om via Blackboard Collaborate breakout-groepjes te maken, maar je kunt dan niet goed peilen hoe het ervoor staat. In een lokaal hoor je bijvoorbeeld of het geluid afneemt of juist niet, dan

weet je of iedereen uitgediscussieerd is. Dat heb je online niet. Ik zie daarom

wel op tegen het geven van online werkgroepen. Hoorcolleges vind ik daarentegen niet erg om online te geven, behalve dat je niet kunt zien of het kwartje valt bij studenten.

Ik hoef me niet te motiveren voor online lesgeven. Onderwijs kan soms nog best spannend zijn namelijk. Je hebt een beperkte tijd waarin je een bepaald onderwerp goed moet overbrengen en je krijgt geen herkansing. Twee keer drie kwartier is wat je hebt, en daarin moet het in één keer goed. Er luisteren in mijn geval zo'n honderd - maar bij bijvoorbeeld Europees Recht wel duizend - studenten die wat je vertelt (hopelijk) ter harte nemen. Dat is een verantwoordelijkheid die je niet

“Ik denk dat twijfel tot op zekere hoogte ook goed is: het is een teken dat je jezelf uitdaagt!”

moet onderschatten en die realisatie houdt me wel bij de les. Ik denk dat het voor studenten lastiger is om bij online onderwijs de aandacht erbij te houden en dat is problematisch, want voor goed onderwijs heb je zowel de docent als de student nodig.

Voor de coronacrisis wilden studenten graag dat al het onderwijs opgenomen zou worden en was de opkomst bij de hoorcolleges soms erg mager, terwijl het nu juist als vervelend wordt ervaren dat alles online is. Stiekem denk ik dan soms: zie je wel! Ik weet dat dat een beetje flauw is. Bovendien betrap ik mijzelf er ook op dat ik voorheen 's zomers op vrijdagmiddag in een vol, klein, benauwd T-zaaltje dikwijls dacht: jongens, kan dit niet gewoon veel comfortabeler online? Nu kijk ik met weemoed terug naar dat benauwde T-zaaltje... Ik hoor wel eens de opmerking dat fysiek onderwijs na de pandemie niet meer terugkeert, maar ik denk dat dit wel meevalt: online mis je toch een aantal werkvormen dat in een lokaal wel kan. Dat merk je nu. 'You don't know what you got till it's gone.'

We hebben het al even gehad over uw promotieonderzoek over geplande productveroudering. Het onderwerp van dit e-magazine is 'Big Tech'. Wat is uw kijk op de positie van grote techbedrijven, vormen zij een bedreiging voor de verduurzaming van de maatschappij of bieden zij juist kansen ter bevordering van verduurzaming?

Beide! Techreuzen spelen een belangrijke rol in de wereld, dat is een gegeven. Het wordt steeds belangrijker dat ondernemen duurzaam en maatschappelijk verantwoord gaat. Een belangrijk deel van de circulaire economie kan immers alleen bestaan als groot deel van de ondernemingen op een maatschappelijk verantwoorde manier te werk gaat. De grote techbedrijven zijn op

dit moment essentieel hiervoor, in het kader van mijn onderzoek in het bijzonder de fabricerende techreuzen zoals Samsung, Apple, Microsoft, Intel enzovoorts.

Dit soort ondernemingen vormen een bedreiging voor verduurzaming in die zin dat bij het fabriceren van hun producten zeldzame grondstoffen nodig zijn en het afval van hun producten – e-waste – enorm vervuילend is. Dit soort afval wordt nog veel te weinig gerecycled en breekt slecht af. Het verminderen van dat afval is bijna een soort olie-tanker die je langzaam moet afremmen. Dat gaat niet van het ene op het andere moment. Daarnaast is er ook veel potentiële e-waste waarvan we nog niet precies weten hoeveel het is, denk bijvoorbeeld aan alle oude telefoons die nog ergens in een la liggen.

Tegelijkertijd bieden zij kansen voor verduurzaming. Zij kunnen met alle kennis die zij in huis hebben nieuwe, circulaire verdienmodellen en duurzame productietechnieken ontwikkelen waar iedereen weer profijt van heeft. Volgens mij is het belangrijk om dat soort techbedrijven daarom niet steevast weg te zetten als een soort 'milieumisdadigers', maar ze juist te betrekken bij de oplossing.

Er wordt wel gezegd dat als je de techreuzen mee wilt krijgen, het voor ze moet lonen, maar dit is een moeilijke economische discussie. In beginsel zijn ondernemingen in theorie gericht op het maken van winst en men zegt wel dat de huidige economie is gebaseerd op het principe van *growthism*: dat het nodig is voor een economie om altijd maar te groeien. Daaruit vloeit ook het concept van geplande veroudering voort. Immers, hoe meer er wordt geconsumeerd, hoe meer economische groei er plaatsvindt. Er wordt overwogen dat we misschien af moeten van het idee dat de economie altijd maar door moet groeien.

Een circulaire economie draait juist om lange levensduren en het hergebruiken van producten in plaats van weggooien. In deze discussie spelen ook normatieve vragen: wat is 'goed', en wat zouden techreuzen moeten doen? Dat zijn vragen waar ik moeilijk antwoord op kan geven: ik ben jurist (en een beetje technicus), geen econoom of politicus. Je ziet wel hele toffe nieuwe duurzame en circulaire verdienmodellen ontstaan, die laten zien hoe duurzamer ondernemen kan. Die nieuwe modellen leiden weer tot nieuwe, interessante juridische vraagstukken.

Welke rol(len) zou u daarbij toebedelen aan de overheid?

Een belangrijke rol, zonder twijfel. De overheid neemt ook wel verantwoordelijkheid. De Nederlandse overheid heeft bijvoorbeeld tot doel dat Nederland in 2050 volledig circulair is. Ik vind het moeilijk om in te schatten of dit te ambitieus is of juist niet ambitieus genoeg, maar interessant is om te onderzoeken in welke mate en hoe de overheid ingrijpt om zo'n soort doelstelling te verwezenlijken. In Frankrijk heeft de wetgever bijvoorbeeld wat betreft geplande veroudering flink ingegrepen door handelaren een informatieplicht op te leggen als het gaat om de repareerbaarheid van producten. Ook heeft het land een aparte consumentenwet waarin een bepaling is opgenomen die *obsolescence programmée* strafbaar stelt. In Nederland zijn we wat meer van zelfregulering, bijvoorbeeld via gedragscodes en keurmerken. In de Verenigde Staten is bijvoorbeeld in beginsel weer wat minder consumenten- en milieubescherming en wordt nog meer gewicht toegerekend aan een vorm van ondernemersvrijheid. Dat kan bijvoorbeeld betekenen dat die 'bescherming' wat vaker achteraf gaat, bijvoorbeeld in het geval er sprake is van producten of handelwijzen die schade veroorzaken. Je kunt je voorstellen dat het daarom reuze interessant is om de aan-

pak van verschillende landen te vergelijken. In die zin bevat dit ook een normatieve vraag die ziet op de politieke filosofie van een land. Hoeveel overheidsinmenging is gewenst? Langzaam lijken we in Europa wel toe te gaan naar meer overheidsingrijpen om duurzaamheidsdoelstellingen te realiseren. Zo is recent een resolutie aangenomen door het Europees Parlement over een 'right to repair'. Het is natuurlijk nog maar de vraag of dit daadwerkelijk zal leiden tot regelgeving, maar het is een stap die een sentiment vertegenwoordigt dat er wat dwingender moet worden gehandeld om bijvoorbeeld de repareerbaarheid van in het bijzonder elektronica te bevorderen.

De overheid heeft in ieder geval de rol om het ontwikkelen van duurzame verdienmodellen mogelijk te maken. Dat kan betekenen dat de wetgever sommige regels aanpast afschaft, of nieuwe regels maakt. De interactie tussen overheid en bedrijfsleven die het nieuws nu veel haalt heeft vooral betrekking op welk bedrijf welke boete heeft gekregen. Er gebeurt natuurlijk veel meer en voor 'onduurzaam' gedrag is een boete uiteraard niet altijd (meteen) de goede oplossing. De sleutel is ongetwijfeld mede gelegen in het overleg tussen overheid en bedrijfsleven waarin steeds duidelijk is wat de verwachtingen zijn en wat daarvoor nodig is.

Als u zelf een telefoon gaat aanschaffen, neemt u dan ook de bevindingen uit uw onderzoek mee bij de keuze?

Ja en nee. Als het specifiek gaat om mobiele telefoons, dan heb ik altijd Android telefoons gehad. Toch overweeg ik nu om een iPhone SE aan te schaffen, wat wellicht een verrassende keuze is. Apple is immers de laatste jaren een beetje de 'poster child' van geplande veroudering geworden door het vertragen van oudere modellen van de iPhone. Wat daar ook van zij, dat bedrijf maakt

nog steeds goed spul vergeleken met andere aanbieders en is bovendien is een van de minst privacy-onvriendelijke opties.

Ik moet zeggen dat ik nog geen mobiele telefoon heb gehad waar ik echt tevreden mee was en die lang meeging. Telefoons gebruik je zo vaak, het zijn bijna verbruiksitems in plaats van gebruik-items. Het is dus best lastig om een telefoon te maken die jaren meegaat, aangezien ze zo 'mis-handeld' worden. Ik overweeg ook om de Fairphone te kopen. Ik vind het een super initiatief.

Wat vindt u een goede levensduur voor een mobiele telefoon?

Dat is een beetje de *million dollar question*. Techniek Nederland heeft bijvoorbeeld een lijst opgesteld met de gemiddelde gebruiksduurverwachting voor verschillende apparaten. Voor smartphones is dit twee jaar. Naar mijn idee hangt dit ook af van de telefoon en de omstandigheden. Mijn oma had bijvoorbeeld een telefoon waar ze alleen af en toe mee belde, dan vind ik dat de levensduur bij wijze van spreken wel tien jaar zou kunnen zijn. Als het gaat om de hardware in ieder geval. Voor de software is dat moeilijker vanwege de (veiligheids)updates die moeten plaatsvinden. Ik daarentegen sloop telefoons wel hoor, mijn huidige apparaat valt al bijna uit elkaar. Waarom is de achterkant dan ook van glas? Dat gaat toch veel te gemakkelijk stuk? Waarom maken ze zo'n ding niet van harder glas of plastic of bijvoorbeeld van aluminium? Maar ja, aluminiumproductie is ook weer zo milieuvervuילend...

Interessant is trouwens dat afgelopen woensdag (2 december 2020, red.) de consumentenbonden in België en Spanje een groepsactie hebben ingesteld tegen Apple wegens het vertragen van iPhones. Zij hebben deze vordering ingesteld op grond van dat het een oneerlijke handelspraktijk

is. Eens kijken wat daar uitkomt. Tot nu toe is het probleem dat het nooit naar de rechter gaat, het wordt altijd geschikt. Het zou interessant zijn als rechters zich hier eens over zouden buigen. Ik hoop dat dit tot een vonnis leidt, dan heb ik ook weer wat te analyseren.

In Frankrijk is het verbod op geplande product-veroudering er sinds 2015. Tot nu toe heeft dit nog geen rechtspraak opgeleverd. Is deze bepaling daarom een lege huls volgens u?

Goede vraag! In Frankrijk heb je de organisatie *Halte à l'Obsolescence Programmée* die zich, zoals de naam ook zegt, inzet voor het stoppen van geplande veroudering. Zij willen de regel toegepast krijgen. Het probleem bij het Franse wetsartikel is dat tot nu toe moeilijk te bewijzen is dat de veroudering bewust gepland is. In de literatuur wordt daarom ook wel gezegd dat de bepaling vooral een bepaald educatief karakter heeft: misschien meer om te laten merken dat dit soort praktijken niet wordt getolereerd. Het effect van een regel is sowieso vaak moeilijk te meten, zeker wanneer deze nooit is toegepast. Als je het zo doet als in Frankrijk, dan leidt dit kennelijk niet tot rechtspraak. Voor de ontwikkeling van het recht in de zin van dat het leidt tot een geheel aan jurisprudentie is de bepaling tot nu toe dus niet zo nuttig gebleken, maar de discussie over de noodzaak en de reikwijdte van zo'n regel is ontzettend interessant.

Heeft u nog een mooi verhaal uit uw studententijd?

Ik heb nog wel een illustratief verhaal. In de master had ik het vak Intellectuele Eigendom, dat kregen wij toen van Charles Gielen en Paul Geerts. Het was een moeilijk – en interessant! – vak, nog steeds trouwens, en ik moest het halen. Een studiegenoot van mij had het vak Europees Recht – al even moeilijk en interessant – en dat moest hij

ook halen. Mijn broertje had toetsweek van de middelbare school en moest zijn toetsen ook halen. Ik kom uit Sappemeer en mijn ouders waren die week op vakantie. Met z'n drieën hebben we daar toen, ieder voor zijn eigen vak, een week lang zitten blokken aan de grote kersenhouten keukentafel. Af en toe even met elkaar sparren over je eigen vak en dingen aan elkaar uitleggen. We hebben allemaal onze tentamens en toetsen gehaald. Ik dacht altijd dat leren een beetje een solitaire bezigheid was: iets dat je alleen doet in een studeerkamer en dat vooral plaatsvindt in je eigen brein. Dat was een behoorlijke misvatting. Samen leren is veel gemakkelijker omdat je gebruik kunt maken van elkaars discipline. Ook snap je iets soms pas als je het uitlegt aan een ander. Ik zou willen dat ik daar eerder achter was gekomen. Beter laat dan nooit zullen we maar zeggen.

Een ander verhaal is van toen ik onderzoek deed met Jaap (Dijkstra, red.). Ik ging vrij plotseling met mijn toenmalige schoonfamilie een weekend naar Parijs, maar er waren nog wat Kamerstukken die ik wilde lezen. Die heb ik toen maar meegenomen naar Parijs en daar met een Frans kopje koffie op een terras zitten lezen. Men vond dat maar gek – misschien ook wel begrijpelijk. Jaap daarentegen vond het geweldig volgens mij. Misschien dat ik toen al wel moest weten dat ik bij een universiteit ging werken.

Wat zijn uw plannen en ambities voor de toekomst?

Hele goede vraag, ik zit vol met ambities! Ik doe dit werk omdat ik onderzoek en onderwijs erg leuk vind. Het is voor mij belangrijk dat ik iets doe waarbij ik mezelf kan wijsmaken dat het wezenlijk is, los van of dat daadwerkelijk zo is. Ik denk dat ik anders ongelukkig zou worden. Laat ik het zo zeggen, als ik nog heel lang zou kunnen onderzoeken en lesgeven zou ik daar op dit moment voor tekenen. Maar misschien ben ik er na het promoveren wel helemaal klaar mee en wil ik graag de praktijk in, wie weet. Dat hangt ook van het perspectief af: er is een behoorlijke schaarste aan plaatsen op de universiteiten. Zo zijn er bijvoorbeeld veel mensen die willen promoveren maar is er lang niet genoeg plek voor iedereen. Ik heb mij laten vertellen dat toen ik solliciteerde er meer dan zestig onderzoeksvoorstellen waren ingediend voor maar een paar promotieplekken. Als je na je promotie verder wilt zijn de plekken zo mogelijk nog schaarser. Dat heeft ook te maken met hoeveel geld er beschikbaar is voor wetenschappelijk onderwijs en onderzoek. We kunnen volgens mij wel meer wetenschappers gebruiken! Ik denk dat velen in de academische wereld de functie van hoogleraar als een soort ultiem doel beschouwen, maar na je promotie is universitair docent volgens mij eerst al een heel mooi streven: ook dat is zeker niet voor iedereen weggelegd. Ik heb inmiddels al behoorlijk wat onderzoeks- en onderwijservaring opgebouwd en heb onlangs een mooie *grant* mogen ontvangen, dus ik timmer lekker aan de weg.

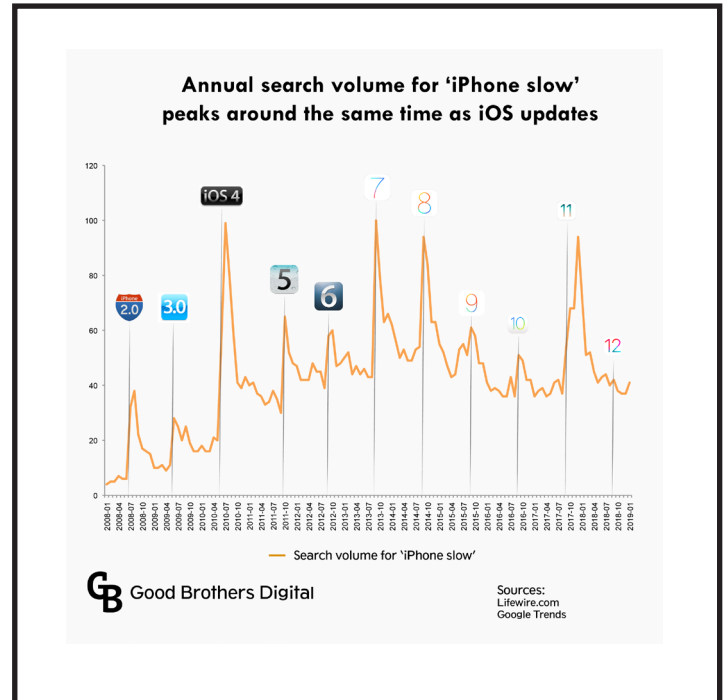
Wij als redactiecommissie willen mr. Tim van Zuijlen hartelijk bedanken voor zijn medewerking aan dit interview!

Geproprogrammeerde productveroudering en het recht:

een overzicht van het huidige wettelijke kader en toekomstperspectieven

Geschreven door Sylvia Chan

Er zijn tegenwoordig legio voorbeelden te noemen van producten die technisch gezien langer mee zouden kunnen dan waarvoor ze geprogrammeerd zijn. Het bekendste en misschien ook wel het meest herkenbare voorbeeld is het 'Slow iPhone' fenomeen: de trend dat het aantal mensen dat op Google zoekt naar 'iPhone slow' iedere keer piekt nadat Apple een nieuwe iPhone heeft uitgebracht en tegelijkertijd ook een update aanbiedt voor het besturingssysteem iOS. Deze trend initieert dat de updates de oorzaak zijn van de langzamer geworden iPhones.¹ De verslechterde werking, ofwel veroudering, lijkt derhalve het gevolg te zijn van de programmering door Apple. Andere voorbeelden zijn productveroudering door juist geen updates meer aan te bieden of pas laat aan te bieden, het plaatsen van chips in printers die aangeven dat de inkt op is alvorens dit daadwerkelijk het geval is en de *Joy-Con Drift* bij de Nintendo Switch, waarover de Consumentenbond zeer recentelijk heeft aangekondigd dat het van plan is om stappen te ondernemen tegen dit probleem.²



Afbeelding 1 - Het 'Slow iPhone' fenomeen

In dit artikel tracht ik een overzicht te geven van het huidige wettelijke kader waarin deze geprogrammeerde productveroudering ondergebracht kan worden, waarbij de voor- en nadelen van de verschillende wettelijke regelingen aan bod komen, alsook het perspectief voor het gebruik van deze regelingen in de toekomst. Ik zal beginnen met het definiëren van de begrippen geplande en geprogrammeerde productveroudering. Vervolgens komen de wettelijke regelingen met betrek-

- 1 Tweakers, 'Franse overheid begint onderzoek over vertragen iPhones door Apple', 10 januari 2018, te vinden op www.tweakers.net (laatst geraadpleegd op 5 december 2020).
- 2 Rb. Den Haag 30 mei 2018, ECLI:NL:RBDHA:2018:6310, NJF 2018/352, m.nt. P.T.J. Wolters (Consumentenbond/Samsung); Agence France Presse, 'Apple, Epson face French legal pressure over planned obsolescence', 28 december 2017, te vinden op news.abs-cbn.com (laatst geraadpleegd op 30 november 2020); NOS, 'Consumentenbond: 'Meld klachten Nintendo Switch'', 7 december 2020, te vinden op www.nos.nl (laatst geraadpleegd op 10 december 2020).

king tot oneerlijke handelspraktijken en non-conformiteit aan bod in relatie tot geprogrammeerde productveroudering, evenals richtlijn 2009/125/EG (hierna: Ecodesign richtlijn). Tot slot volgt een conclusie waarin de toepasselijkheid van de verschillende wettelijke regelingen en de mogelijke ontwikkelingen in de toekomst tegen elkaar worden afgewogen.

Geplande en geprogrammeerde productveroudering

De Amerikaanse vastgoedmakelaar Bernard London bracht in 1932 een paper uit met daarin het idee om de economie destijds uit de recessie te helpen door middel van geplande veroudering van producten.³ Zijn idee was: des te sneller producten verouderen door een verminderde werking of slijtage, des te vaker consumenten de producten zullen kopen en daarmee de economie stimuleren. Het zou de economie derhalve ten goede komen, indien producenten de levensduur van hun producten bewust zouden verkorten. De verkorting van de levensduur kan worden meegenomen in de ontwerp- of productiefase, maar kan ook bewerkstelligd worden door het onderhoud of de reparatie van producten minder toegankelijk of zelfs onmogelijk te maken.⁴ Samengevat is geplande productveroudering dus het bewust sturen op versnelde veroudering van producten met het oog op vervanging.⁵

Geprogrammeerde productveroudering is een vorm van geplande productveroudering, waarbij techniek als drijfveer dient voor de veroudering. Dit kan bijvoorbeeld door middel van de eerder genoemde chips in printers of software-updates bij smartphones, waarbij deze op een zodanige ma-

nier geprogrammeerd zijn dat de levensduur van het product wordt verkort.⁶ Dit artikel richt zich specifiek op geprogrammeerde productveroudering, waarbij af en toe naar de algemene geplande productveroudering teruggerepen dient te worden.

Het huidige wettelijke kader

Er zijn verschillende manieren om geprogrammeerde productveroudering vanuit het huidige recht te benaderen. Een van de mogelijkheden is om het als een consumentenkwestie te zien en aansluiting te zoeken bij de regelingen inzake oneerlijke handelspraktijken en non-conformiteit. Een andere mogelijkheid is om geprogrammeerde productveroudering vanuit een milieurechtelijk perspectief te bekijken. Het verkorten van de levensduur van producten levert immers veel technisch afval op, zorgt voor een verhoogd grondstoffengebruik en staat daarmee haaks op het gedachtegoed van de circulaire economie, waarin hergebruik van grondstoffen centraal staat en de hoeveelheid restafval geminimaliseerd wordt.⁷ Relevante regelgeving op dit gebied is de Ecodesign richtlijn, die het mogelijk maakt om voor bepaalde productgroepen verplichte minimumvereisten vast te stellen met betrekking tot de levensduur, het verstrekken van informatie over de levensduur en de repareerbaarheid van de producten. Hieronder zal ik nader ingaan op deze verschillende regelingen.

- 3 Bernard London, 'Ending the Depression Through Planned Obsolescence', 1932, te vinden op upload.wikimedia.org (laatst geraadpleegd op 30 november 2020).
- 4 R. Koolhoven & E.L. Heerema, 'Fighting planned obsolescence or 'lightbulb conspiracy' as an unfair commercial practice', November 2018, in: Carvalho, M.M. (red.), *Law & Technology*: E.Tec Yearbook, p. 31.
- 5 J. Jonker, H. Stegeman & N. Faber, *De circulaire economie: Denkbeelden, ontwikkelingen en business modellen*, Nijmegen: Whitepaper januari 2018, p. 7, tevens online te vinden op www.researchgate.net (laatst geraadpleegd op 10 december 2020).
- 6 R. Koolhoven & E.L. Heerema, 'Fighting planned obsolescence or 'the lightbulb conspiracy' as an unfair commercial practice', November 2018, in: Carvalho, M.M. (red.), *Law & Technology*: E.Tec Yearbook, p. 34.
- 7 SER, *Werken aan een circulaire economie: geen tijd te verliezen*, Den Haag: Sociaal-Economische Raad juni 2016, p. 31, 34-35, tevens online te vinden op www.ser.nl (laatst geraadpleegd op 10 december 2020); Rijksoverheid, *Nederland circulair in 2050*, Den Haag: Rijksoverheid september 2016, p. 11-12, tevens online te vinden op www.rijksoverheid.nl (laatst geraadpleegd op 10 december 2020).

“Van belang is dat de richtlijn [oneerlijke handelspraktijken] zowel van toepassing is vóór en gedurende de commerciële transactie van een product, als ná deze transactie en daarmee een groter toepassingsgebied heeft dan de regeling inzake non-conformiteit.”

Oneerlijke handelspraktijk

Richtlijn 2005/29 (hierna: richtlijn oneerlijke handelspraktijken) verbiedt handelspraktijken die oneerlijk zijn en bepaalt onder welke voorwaarden sprake is van een oneerlijke handelspraktijk.⁸ De richtlijn gaat daarbij uit van maximumharmonisatie. Lidstaten kunnen derhalve enkel binnen de gestelde grenzen bepalingen opnemen in het nationale recht. In Nederland is boek 6 van het burgerlijk wetboek (hierna: BW) hiervoor de aangewezen plek. Een geslaagd beroep op deze regeling levert een bijzondere vorm van de onrechtmatige daad op en geeft de individuele consument het recht om de overeenkomst te vernietigen, alsmede de schade als gevolg van de oneerlijke handelspraktijk te verhalen op de handelaar.⁹ Van belang is verder dat de richtlijn zowel van toepassing is vóór en gedurende de commerciële transactie van een product, als ná deze transactie en daarmee een groter toepassingsgebied heeft dan de regeling inzake non-conformiteit die later aan bod zal komen.¹⁰

De richtlijn is onder te verdelen in drie regimes als het gaat om oneerlijke handelspraktijken, te beginnen met de ‘zwarte lijst’ die specifieke misleidende en agressieve handelspraktijken bevat die onder alle omstandigheden als oneerlijk worden beschouwd.¹¹ Geprogrammeerde, dan wel geplande,

productveroudering komt niet op deze lijst voor en kan dus niet via deze weg verboden worden. In de toekomst zou dit mogelijk wel een optie kunnen zijn, nu het Europees Parlement recentelijk een resolutie heeft aangenomen waarin het de Commissie oproept om geplande productveroudering op te nemen op de zwarte lijst.¹²

Het tweede regime betreft de misleidende en agressieve handelspraktijken in het algemeen.¹³ Misleidende handelspraktijken zijn daarbij onder te verdelen in misleidende handelingen en misleidende omissies. Er bestaan geen aanknopingspunten om geprogrammeerde veroudering als een agressieve handelspraktijk aan te merken. Ook van een misleidende handeling, wat ziet op het verstrekken van op enigerlei wijze onjuiste informatie, lijkt geen sprake te zijn nu dit een actieve handeling vereist van de handelaar in de vorm van een informatieverstrekking.¹⁴ Zo noemen Koolhoven en Heerema als voorbeeld een situatie waarin Apple de iPhone aanprijst met slogans die suggereren dat de telefoon een leven lang meegaat, terwijl dit niet zo is.¹⁵ Het niet verstrekken van informatie over de geprogrammeerde veroudering van het product kan daarentegen onder omstandigheden wel als misleidende omissie aangemerkt worden. De handelwijze zelf overigens niet, nu de misleidende omissie enkel ziet op de informatieverstrek-

8 Art. 5 lid 1 en 2 Richtlijn oneerlijke handelspraktijken; art. 6:193b lid 1 en 2 BW.

9 Art. 6:193j lid 2 en 3 BW.

10 Art. 3 lid 1 Richtlijn oneerlijke handelspraktijken.

11 Bijlage 1 Richtlijn oneerlijke handelspraktijken; artt. 6:193g en 6:193i BW.

12 Europees Parlement, Resolutie van 25 november 2020 Naar een duurzamer eengemaakte markt voor het bedrijfsleven en consumenten, P9-TA-PROV(2020)0318, punt 6 onder g, te vinden op www.europarl.europa.eu (laatst geraadpleegd op 10 december 2020).

13 Art. 6-9 Richtlijn oneerlijke handelspraktijken; art. 6:193c-f en 6:193h BW.

14 Art. 6 lid 1 Richtlijn oneerlijke handelspraktijken; art. 6:193c lid 1 BW.

15 R. Koolhoven & E.L. Heerema, ‘Fighting planned obsolescence or ‘the lightbulb conspiracy’ as an unfair commercial practice’, November 2018, in: Carvalho, M.M. (red.), *Law & Technology*: E.Tec Yearbook, p. 43.

king.¹⁶ Het algemene regime voor oneerlijke handelspraktijken, wat later aan bod komt, zou wel een mogelijkheid kunnen bieden daarvoor.

Bij misleidende omissies gaat het om het weglaten van essentiële informatie die de gemiddelde consument nodig heeft om een geïnformeerd besluit over een transactie te nemen en die de gemiddelde consument ertoe brengt of kan brengen een besluit over een transactie te nemen dat hij anders niet had genomen. De context van de transactie speelt hierbij een rol.¹⁷ Als gemiddelde consument gaat de richtlijn uit van de redelijk geïnformeerde, omzichtige en oplettende consument.¹⁸ Bij de vraag of sprake is van essentiële informatie, wordt door Koolhoven en Heerema aansluiting gezocht bij de redenering van de Autoriteit Consument & Markt (hierna: ACM) in haar besluit om Volkswagen een boete op te leggen.¹⁹ In dit besluit wordt informatie over het brandstofverbruik van een auto gezien als essentiële informatie, omdat deze informatie het vermogen heeft de consument te beïnvloeden. Dat deze informatie niet de leidende factor is bij de besluitvorming door de consument doet hier volgens de ACM niet aan af. Wel noemen Koolhoven en Heerema een verschil tussen de situatie bij Volkswagen en andere producten waarbij geprogrammeerde veroudering een rol kan spelen, namelijk dat voor personenauto's een informatieverplichting geldt als het gaat om het brandstofverbruik van de auto. Het weglaten van deze informatie kan in dat geval meteen als een omissie worden aangemerkt. Bij andere producten is dit niet altijd het geval, waardoor de beoordeling of sprake is van essentiële informatie meer een afweging behoeft.²⁰

De uiteindelijke vraag of het weglaten van informa-

tie over geprogrammeerde productveroudering de gemiddelde consument brengt of kan brengen tot het nemen van een transactie die hij anders niet had genomen, moet mijns inziens in beginsel bevestigend worden beantwoord. De wetenschap dat de levensduur van een product wordt verkort kan er immers voor zorgen dat de consument de prijs van het product te hoog vindt of op zoek gaat naar een alternatief met een langere levensduur.²¹ Dit zou wel per productgroep kunnen verschillen, bijvoorbeeld wanneer er geen alternatieven bestaan voor het product in kwestie. Er zal dan ook per productgroep afgewogen moeten worden of aan het vereiste van essentiële informatie is voldaan.

Het derde regime is de algemene regeling voor oneerlijke handelspraktijken. Zoals eerder vermeld kan geprogrammeerde veroudering als handelswijze onder dit regime vallen, in tegenstelling tot bij de misleidende omissie waar alleen het weglaten van informatie over deze handelswijze als oneerlijke handelspraktijk kan worden aangemerkt. Art. 6:193b lid 2 BW geeft twee cumulatieve voorwaarden waaraan moet worden voldaan, alvorens sprake is van een oneerlijke handelspraktijk.²² Ten eerste dient een handelaar in strijd met de vereisten van professionele toewijding te handelen. In art. 2 sub h Richtlijn oneerlijke handelspraktijken wordt de term 'professionele toewijding' nader toege- licht: 'het normale niveau van bijzondere vakkundigheid en zorgvuldigheid dat redelijkerwijs van een handelaar ten aanzien van consumenten mag worden verwacht, overeenkomstig eerlijke marktpraktijken en/of het algemene beginsel van goede trouw in de sector van de handelaar.' In essentie is dit de zorgvuldigheid die van een redelijk bekwaam en redelijk handelend vakgenoot mag worden ver-

16 R. Koolhoven & E.L. Heerema, 'Fighting planned obsolescence or 'the lightbulb conspiracy' as an unfair commercial practice', November 2018, in: Carvalho, M.M. (red.), *Law & Technology*: E.Tec Yearbook, p. 46-47.

17 Art. 7 lid 1 Richtlijn oneerlijke handelspraktijken; art. 6:193d lid 2 BW.

18 Overweging 18 Richtlijn oneerlijke handelspraktijken. De beoordeling van dit begrip is een leerstuk op zich en het gaat de reikwijdte van dit artikel te buiten om dit nader toe te lichten, dus laat ik het voor nu hierbij.

19 ACM, *Besluit van de Autoriteit Consument en Markt tot het opleggen van een boete aan Volkswagen AG*, 18 oktober 2017, ACM/17/003870, te vinden op www.acm.nl (laatst geraadpleegd op 5 december 2020).

20 R. Koolhoven & E.L. Heerema, 'Fighting planned obsolescence or 'the lightbulb conspiracy' as an unfair commercial practice', November 2018, in: Carvalho, M.M. (red.), *Law & Technology*: E.Tec Yearbook, p. 45-47.

21 R. Koolhoven & E.L. Heerema, 'Fighting planned obsolescence or 'the lightbulb conspiracy' as an unfair commercial practice', November 2018, in: Carvalho, M.M. (red.), *Law & Technology*: E.Tec Yearbook, p. 46.

22 Implementatie van art. 5 Richtlijn oneerlijke handelspraktijken.

wacht.²³ Ten tweede dient het vermogen van de gemiddelde consument om een geïnformeerd besluit te nemen daardoor merkbaar te zijn beperkt of deze moet mogelijk beperkt kunnen worden, waardoor de gemiddelde consument een besluit neemt of kan nemen over een overeenkomst, dat hij anders niet had genomen. Dit vertaalt zich erin dat een consument geen bewuste keuze heeft kunnen maken.²⁴

Geprogrammeerde veroudering druist in tegen de zorgvuldigheid die van een redelijk bekwaam en redelijk handelend vakgenoot mag worden verwacht. Zo wordt geprogrammeerde veroudering meestal heimelijk toegepast en hoeft de gemiddelde consument niet te verwachten dat een handelaar de levensduur van producten bewust verkort. Daarbij impliceert geprogrammeerde veroudering dat een vorm van techniek wordt gebruikt om de vroegtijdige veroudering van het product te bewerkstelligen. Van de gemiddelde consument kan niet worden verwacht dat hij deze techniek volledig begrijpt en op zijn hoede kan zijn voor geprogrammeerde veroudering.²⁵ De gemiddelde consument kan naar mijn idee dan ook geen bewuste keuze maken bij het aangaan van een overeenkomst, nu de aanwezigheid van geprogrammeerde veroudering veelal niet bekend zal zijn bij de consument en hij deze factor dus niet zal kunnen meewegen bij zijn beslissing. Dit zou kunnen veranderen, indien producten in de toekomst van een label voorzien moeten worden ten aanzien van de verwachte levensduur en repareerbaarheid van het product.²⁶ Overigens, in dat geval zou een beroep op de on-

eerlijke handelspraktijk wellicht in het geheel niet meer nodig zijn, omdat handelaren door de labelling al ontmoedigd worden om geprogrammeerde veroudering toe te passen op producten.

Momenteel lijkt de regeling voor oneerlijke handelspraktijken in de praktijk geen soelaas te bieden voor individuele gevallen, omdat het voor individuele consumenten lastig is om aan te tonen wat het normale niveau van bijzondere vakkundigheid en zorgvuldigheid is dat redelijkerwijs van een handelaar kan worden verwacht, alsmede dat de handelaar in kwestie heeft gehandeld in strijd met deze professionele toewijding.²⁷ Dit is enigszins vergelijkbaar met de situatie bij de bepaling in het Franse recht dat geplande veroudering strafbaar stelt.²⁸ Daar is het tot op heden niet gelukt om te bewijzen dat bepaalde technieken *opzettelijk* door de handelaar zijn gebruikt om de levensduur van een product te verkorten, met als doel dat het product sneller vervangen moet worden. Interessant is de vraag of belangenorganisaties wél succesvol een beroep kunnen doen op de regeling betreffende oneerlijke handelspraktijken.²⁹ In de zaak *Consumentenbond/Samsung* slaagde het beroep op de misleidende omissie ex art. 6:193d BW niet, omdat de formulering van de vordering naar het oordeel van de rechter te algemeen en op de toekomst gericht was.³⁰ Onlangs heeft de consumentenbelangenorganisatie Euroconsumers in België en Spanje groepsacties gestart tegen Apple op grond van de oneerlijke handelspraktijk, wegens het mogelijk vertragen van iPhones door middel van software-updates en ook in Italië en Portugal lopen er

23 D.W.F. Verkade, 'Vereisten van professionele toewijding', *Oneerlijke handelspraktijken jegens consumenten* (Monografieën BW deel B49a), Deventer: Kluwer 2016/26.

24 HvJ 16 april 2015, ECLI:EU:C:2015:225, *IER* 2015/33, r.o. 40, m.nt. P.G.F.A. Geerts (*Nemzeti/UPC*).

25 R. Koolhoven & E.L. Heerema, 'Fighting planned obsolescence or 'the lightbulb conspiracy' as an unfair commercial practice', November 2018, in: Carvalho, M.M. (red.), *Law & Technology*: E.Tec Yearbook, p. 50.

26 Europees Parlement, Resolutie van 25 november 2020 Naar een duurzamer eengemaakte markt voor het bedrijfsleven en consumenten, P9-TA-PROV(2020)0318, punt 6 onder b, te vinden op www.europarl.europa.eu (laatst geraadpleegd op 10 december 2020).

27 R. Koolhoven & E.L. Heerema, 'Fighting planned obsolescence or 'the lightbulb conspiracy' as an unfair commercial practice', November 2018, in: Carvalho, M.M. (red.), *Law & Technology*: E.Tec Yearbook, p. 52-53.

28 Art. L. 441-2 Code de la consommation: Est interdite la pratique de l'obsolescence programmée qui se définit par le recours à des techniques par lesquelles le responsable de la mise sur le marché d'un produit vise à en réduire délibérément la durée de vie pour en augmenter le taux de remplacement.

29 Krachtens art. 3:305a lid 1 BW.

30 P.T.J. Wolters, annotatie bij Rb. Den Haag 30 mei 2018, ECLI:NL:RBDHA:2018:6310, *NJF* 2018/352, punt 2 (*Consumentenbond/Samsung*).

momenteel rechtszaken tegen het bedrijf.³¹ Het is te hopen dat deze zaken voor de rechter komen en, in tegenstelling tot de zaak *Consumentenbond/Samsung*, een meer inhoudelijke bijdrage zullen leveren voor het recht als het gaat om geprogrammeerde productveroudering.³²

Non-conformiteit

Op het eerste gezicht lijkt de regeling inzake non-conformiteit (art. 7:17 BW) een uitkomst voor consumenten om de verkoper aan te spreken op de verkorte levensduur van producten door geprogrammeerde veroudering. De bepaling stelt dat de afgeleverde zaak aan de overeenkomst moet beantwoorden, ook wel aangeduid als het conformiteitsvereiste. Ieder verschil tussen de zaak die het onderwerp van de overeenkomst uitmaakt en de afgeleverde zaak is in strijd met dit vereiste.³³ Echter, het peilmoment is hierbij het moment van aflevering van de zaak.³⁴ In tegenstelling tot de richtlijn oneerlijke handelspraktijken reikt de beschermingsomvang dus niet tot ná het sluiten van de overeenkomst. Bij geprogrammeerde productveroudering is de zaak op het moment van aflevering conform de overeenkomst; het probleem doet zich juist voor na een bepaalde tijdsperiode.

Dat de zaak op het moment van aflevering voldoet aan de overeenkomst hoeft overigens niet in alle gevallen een beroep op non-conformiteit in de weg te zitten. Zo wordt een afwijking die binnen de garantieregeling van de verkoper valt aangemerkt als een non-conformiteit.³⁵ Ook is er de wettelijke

garantie, die naar Nederlands recht onder andere wordt gebaseerd op de gemiddelde levensduur van een product, mits dit normaal is gebruikt.³⁶ Een beroep op non-conformiteit via de wettelijke garantie wordt echter lastiger, nu de gemiddelde levensduur van producten over de jaren heen is afgenomen.³⁷ Een logisch gevolg van deze ontwikkeling zou zijn dat de verwachting van consumenten bij de levensduur van producten ook afneemt. Of dit causale verband daadwerkelijk bestaat moet echter nader onderzocht worden. Wel lijkt de daling van de gemiddelde levensduur van producten een zichzelf versterkend effect te hebben: de afname in levensduur zorgt voor een verminderde beschermingsduur via de wettelijke garantie, wat weer zorgt voor een geringere mate van rechtsbescherming als het gaat om de verkorte levensduur van producten. Mocht dit effect zich daadwerkelijk voordoen, dan is dit een zorgelijke ontwikkeling in de context van geprogrammeerde productveroudering. Een mogelijke oplossing – die nader onderzoek behoeft – zou kunnen zijn om de wettelijke garantie te baseren op de technische levensduur van producten in plaats van de gemiddelde levensduur.

31 Trouw, 'Apple aangeklaagd wegens doelbewust vertragen software', 2 december 2020, te vinden op www.trouw.nl (laatst geraadpleegd op 11 december 2020); Euroconsumers, 'Apple Class Action Lawsuits', 2 december 2020, te vinden op www.euroconsumers.org (laatst geraadpleegd op 11 december 2020).

32 Tot nu toe is Apple altijd tot een schikking gekomen met de wederpartij; Nu.nl, 'Apple schikt voor nog eens 113 miljoen dollar in zaak rond tragere iPhones', 22 november 2020, te vinden op www.nu.nl (laatst geraadpleegd op 19 november 2020).

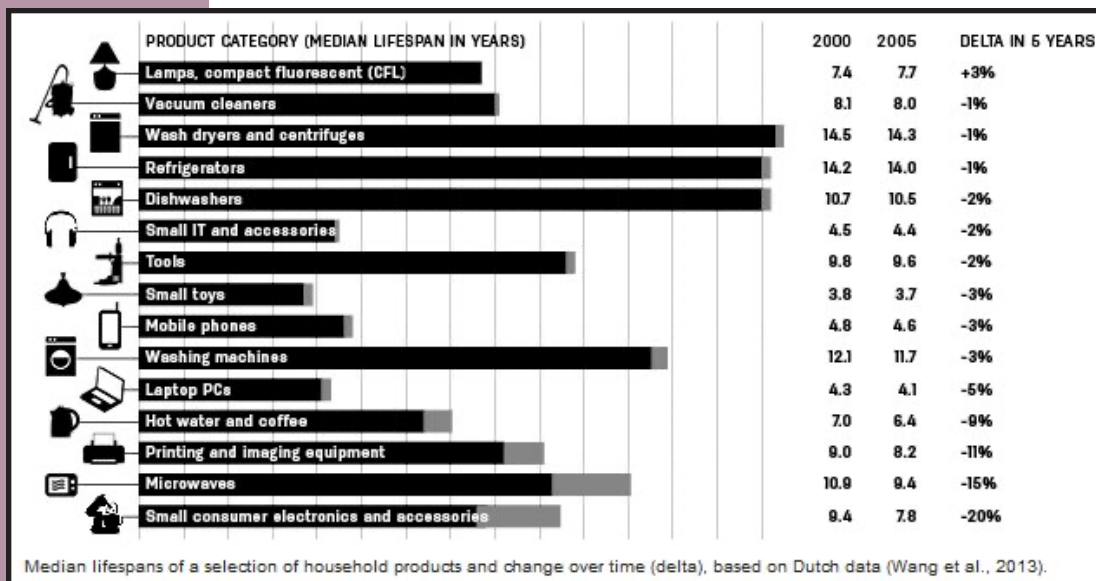
33 M.M. van Rossum, in *GS: Bijzondere overeenkomsten*, art. 7:17 BW, aant. 1 Beantwoorden aan de overeenkomst (lid 1): normaal en bijzonder gebruik (online, laatst bijgewerkt op 10 april 2017).

34 Art. 3 lid 1 Richtlijn 1999/44/EG (Richtlijn consumentenkoop); Overweging 37 Richtlijn 2019/771 (Richtlijn consumentenkoop nieuw).

35 Rb. Amsterdam 8 juli 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:4197, r.o. 6. In deze zaak werd geoordeeld dat een iPhone van € 799,00 die na acht maanden onherstelbaar defect is, mede gezien Apple's garantieregeling van één jaar, niet aan de overeenkomst beantwoordt.

36 C.M.D.S. Pavillon, 'Duurzaam consumentenkooprecht: het Franse voorbeeld', 16 mei 2020, *WPNR* 2020/7283, p. 369.

37 C. Bakker, F. Wang, J. Huisman, M. den Hollander, 'Products that go round: exploring product life extension through design', *Journal of Cleaner Production* 2014/69, p. 11.



Afbeelding 2 - Afname van de levensduur van producten 2000-2005. Bron: C. Bakker, F. Wang, J. Huisman, M. den Hollander, 'Products that go round: exploring product life extension through design', *Journal of Cleaner Production* 2014/69, p. 10-16.

De omgekeerde bewijslast ex art. 7:18 lid 2 BW zou de consument kunnen helpen bij een beroep op non-conformiteit wegens geprogrammeerde productveroudering. Op grond van deze bepaling dient de producent te bewijzen dat de zaak ten tijde van de aflevering beantwoordde aan de overeenkomst, mits de afwijking zich binnen zes maanden na de aflevering voordoet. Met de komst van de nieuwe richtlijn consumentenkoop, die uiterlijk op 1 juli 2021 in nationale wetgeving omgezet dient te zijn, kan de termijn van zes maanden worden verlengd tot een maximum van twee jaar.³⁸ De Nederlandse wetgever heeft er echter voor gekozen om het bewijsvermoeden slechts op één jaar te houden.³⁹ Deze verlenging zal in de meeste gevallen geen extra voordeel opleveren voor de consument, nu de termijn van één jaar vaak al wordt gedekt door de garantieregeling van de verkoper of

de wettelijke garantie.⁴⁰ Het heikele punt bij geprogrammeerde veroudering is dan ook dat de verslechterde werking van het product zich pas openbaart ná afloop van de wettelijke en commerciële garantie, alsmede de periode waarbinnen de omgekeerde bewijslast geldt, maar vòòr het aflopen van de technisch mogelijke levensduur van het product. Een langere bewijslastomkering, bijvoorbeeld de

maximale twee jaar, zou de consument kunnen helpen bij een beroep op non-conformiteit wegens geprogrammeerde veroudering. Bovendien zorgt dit voor een preventieve werking ten opzichte van bedrijven, omdat zij daardoor gedwongen worden om producten op de markt te brengen die het niet binnen twee jaar begeven, zo beaamt Pavillon.⁴¹ Op dit moment is een beroep op non-conformiteit wegens geprogrammeerde productveroudering echter nog een lastige opgave voor de consument.

Ecodesign richtlijn

Als tegenhanger van de regelingen betreffende oneerlijke handelspraktijken en non-conformiteit is er de Ecodesign richtlijn, die vanuit een milieurechtelijk perspectief voor energieverbruikende producten de mogelijkheid biedt om door middel van nadere regelgeving minimumvereisten op te stellen voor specifieke productcategorieën. Hierbij valt te denken aan vereisten ten aanzien van de repareerbaarheid, levensduur en informatieverstrekking

38 Art. 10 lid 1 Richtlijn 2019/771; art. 24 lid 1 Richtlijn 2019/771.

39 Memorie van toelichting bij Implementatiewetsvoorstel richtlijnen verkoop goederen en levering digitale inhoud, p. 2, te vinden op www.internetconsultatie.nl/verkoop/goederen/levering/digitale/inhoud.

40 Ondanks dat de mate van rechtsbescherming via de wettelijke garantie lijkt af te nemen, zal een garantietermijn van één jaar in de meeste gevallen nog wel aanwezig zijn.

41 C.M.D.S. Pavillon, 'Duurzaam consumentenkooprecht: het Franse voorbeeld', 16 mei 2020, *WPNR* 2020/7283, p. 368.

over de levensduur van de producten.⁴² Enkel producten waarvan meer dan 200.000 exemplaren per jaar worden verhandeld binnen de EU, die een significant milieueffect hebben en die de significante potentie hebben om zonder overmatige kosten het milieueffect te verbeteren, komen in aanmerking voor nadere regelgeving.⁴³ Productcategorieën waarvoor deze regelgeving al is aangenomen, zijn bijvoorbeeld koelkasten, lichtbronnen, computers en televisies.⁴⁴ De producten die behoren tot deze categorieën dienen een zogenoemde CE-markering te hebben, alvorens ze op de markt geïntroduceerd kunnen worden.⁴⁵ Deze markering wordt toegekend, wanneer het product in kwestie aan de vereisten van de uitvoeringsmaatregelen voldoet.⁴⁶



Afbeelding 3 - De CE-markering

Naar mijn inzien is dit een effectief systeem, omdat producten die niet voldoen aan de vereisten simpelweg niet op de markt komen. In tegenstelling tot de regelingen betreffende oneerlijke handelspraktijken en non-conformiteit ligt het initiatief tot handelen, en wellicht ook wel de last daartoe,

niet bij de consument. Het nadeel van het systeem is daarentegen dat voor iedere productcategorie apart regelgeving moet worden aangenomen en dat hier een behoorlijke procedure aan voorafgaat. Voordat regelgeving op grond van de Ecodesign richtlijn is aangenomen, is er gemiddeld alweer 3,5 jaar verstreken.⁴⁷ Naast het feit dat de schadelijke effecten voor het milieu zich in de tussentijd kunnen blijven verwezenlijken, is het in de huidige tijd, waarin technologische ontwikkelingen elkaar snel opvolgen, niet wenselijk dat de regelgeving daarbij achterblijft.

Dit is bijvoorbeeld zichtbaar bij smartphones, een productcategorie waar nog geen uitvoeringsmaatregelen voor zijn aangenomen, terwijl deze productgroep zorgt voor een groot milieueffect. Zo worden elk jaar 210.8 miljoen smartphones verkocht in de EU, met elk een gemiddelde levensduur van drie jaar. Een verlenging van deze levensduur met één jaar bespaart maar liefst 2,1 miljoen ton aan CO₂ per jaar, wat gelijkstaat aan de jaarlijkse CO₂-uitstoot van meer dan een miljoen auto's.⁴⁸ De Commissie heeft wel aangekondigd dat zij op grond van de Ecodesign richtlijn regelgeving zal aannemen ter bevordering van de levensduur van smartphones. Ook voor printers en cartridges heeft de Commissie dit voornemen,⁴⁹ maar het kan dus nog wel wat jaren duren voordat we de effecten hiervan zullen merken.

- 42 Zie bijvoorbeeld de nadere regelgeving voor koelkasten op grond van de Ecodesign richtlijn, Verordening (EU) 2019/2120 van de Commissie tot vaststelling van eisen inzake ecologisch ontwerp voor koelapparaten overeenkomstig Richtlijn 2009/125/EG van het Europees Parlement en de Raad en tot intrekking van Verordening (EG) nr. 643/2009 van de Commissie, te vinden op www.ec.europa.eu. In annex II punt 3 onder c staat dat de onderdelen die benodigd zijn voor de reparatie van een koelkast uiterlijk binnen 15 werkdagen na het plaatsen van de bestelling moeten zijn ontvangen.
- 43 Art. 15 lid 1 en 2 Ecodesign richtlijn.
- 44 Europese Commissie, 'The new ecodesign measures explained', 1 oktober 2019, te vinden op www.ec.europa.eu (laatst geraadpleegd op 12 december 2020).
- 45 In Nederland is de Inspectie Leefomgeving en Transport belast met de handhaving hiervan.
- 46 Art. 5 lid 1 Ecodesign richtlijn; art. 3 lid 1 en 2 Ecodesign richtlijn.
- 47 L. van Acker, 'The new Ecodesign Package: an important step towards a circular economy', AA 2020, afl. 9, p. 796.
- 48 L. van Acker, 'The new Ecodesign Package: an important step towards a circular economy', AA 2020, afl. 9, p. 800.
- 49 Europese Commissie, *Een nieuw actieplan voor een circulaire economie*, Brussel: Europese Commissie 11 maart 2020, COM(2020)98 final, p. 7-8 te vinden op www.eur-lex.europa.eu.

Conclusie

Er zijn verschillende mogelijkheden binnen het huidige recht om geprogrammeerde productveroudering te sanctioneren of verbieden. Toch lijkt geen van deze mogelijkheden – op dit moment – volkomen bevredigend. De weg van de oneerlijke handelspraktijk kan het weglaten van informatie over de toepassing van geprogrammeerde veroudering door de handelaar sanctioneren, maar de handelswijze an sich wordt hiermee niet verboden. Via de algemene regeling inzake oneerlijke handelspraktijken is dit wel mogelijk, maar in de praktijk blijkt het voor individuele consumenten lastig om aan te tonen wat onder professionele toewijding valt, alsmede dat de handelaar in kwestie heeft gehandeld in strijd met deze professionele toewijding. Mogelijk heeft een beroep op de oneerlijke handelspraktijk meer kans van slagen bij een groepsactie. Het is daarom te hopen dat de zaken van Euroconsumers tegen Apple voor de rechter komen. Daarnaast zou het toevoegen van geplande veroudering aan de zwarte lijst met misleidende handelspraktijken een uitkomst kunnen bieden, al is het nog maar de vraag of dit daadwerkelijk zal gebeuren.

De regeling betreffende non-conformiteit kan geprogrammeerde productveroudering ook geen halt toeroepen, nu de veroudering zich voordoet na het moment van aflevering. De termijnen voor de wettelijke en commerciële garantie zijn dan vaak al verlopen en ook het bewijsvermoeden duurt niet lang genoeg voor de consument om daar een effectief beroep op te kunnen doen. Indien de duur van de wettelijke garantie wordt gebaseerd op de technische levensduur van een product in plaats van de gemiddelde levensduur, dan zal een consument zich wellicht wel succesvol op de non-conformiteit van een product kunnen beroepen.

De Ecodesign richtlijn biedt een effectief systeem dat vanuit milieuoverwegingen minimumvereisten kan stellen aan energieverbruikende producten. Het nadeel aan deze regeling is dat per productcategorie apart wetgeving moet worden aangenomen en dat hier aan lange procedure aan voorafgaat. Toch zou regelgeving op grond van de Ecodesign richtlijn een doorbraak kunnen op-

leveren bij de regulering van geprogrammeerde productveroudering, nu de Commissie voornemens is om eisen te stellen aan de levensduur van smartphones, printers en cartridges. Daarnaast is deze regeling een aantrekkelijke optie, omdat de consument hierbij niet wordt belast met de aanpak van geprogrammeerde veroudering en de bewijslast die daarbij komt kijken. Voor nu denk ik dan ook dat de Ecodesign richtlijn de meest effectieve optie is voor het tegengaan van geprogrammeerde productveroudering. In de toekomst zal er idealiter een systeem ontstaan waarbij vereisten voor producenten worden gecombineerd met het informeren van consumenten over de levensduur van producten.



Bron: Europees Economisch



en Sociaal Comité, *EESC info*, december 2013/09, te vinden op www.eesc.europa.eu.

Digitale, financiële Battle Royale

Geschreven door Bart Pastoor



Grofweg één á twee jaar geleden was iedereen er over te spreken: Fortnite. Sindsdien is dit spel in populariteit enorm toegenomen en heeft de game nog steeds niet zijn belang verloren. Dit laat zich blijken door het nog steeds omvangrijke spelersaantal, namelijk 22 miljoen dagelijkse spelers in de maand augustus 2020.¹ Fortnite, van de maker Epic Games (hierna: Epic), is een begrip geworden in de samenleving: het is bekend bij jong en oud. Vreemd is dat niet. Voor de jeugd is het een leuk, wel-

licht verslavend spelletje.² Voor ouderen is dit spel een begrip geworden, nu hierover in de media veel te doen is: Fortnite heeft voor de nodige discussies gezorgd. Zo stipte ik al kort aan dat het spelletje wellicht verslavend kan zijn voor sommige mensen. In de VS wordt bijvoorbeeld ook geregeld de discussie gevoerd over de vraag of schietincidenten te wijten zijn aan videogames.³ De laatste paar maanden is Epic Games verwickeld geraakt in een rechtszaak tegen Apple. Aanleiding voor dit conflict is de prijsverhoging van de valuta in het spel zelf en de invoering van een nieuw intern betalingssysteem door Epic. Dit gaat buiten gebruikersovereenkomsten van de App Store zelf om.

In dit artikel bespreek ik het procesverloop van dit geschil en zet ik de argumenten van de partijen uiteen. De nadruk ligt hierbij op de argumenten van Epic. Daarbij is geen behandeling van Anglo-Amerikaanse recht beoogd: de argumenten van partijen staan in dit artikel centraal. Wel zullen voorzichtig enkele Engelse juridische termen benoemd worden, waarbij ik tracht zo juist mogelijk te zijn. Overigens

- 1 Cultured Vultures, 'How Many People Play Fortnite in 2020', 1 november 2020, te vinden op www.culturedvultures.com, (laatst geraadpleegd op 8 december 2020).
- 2 Volkskrant, video 'Zo houdt Fortnite je verslaafd', 9 april 2019, te vinden op www.volkskrant.nl (laatst geraadpleegd op 9 december 2020).
- 3 C.J. Ferguson, 'The School Shooting/Violent Video Game Link: Causal Link or Moral Panic?', *Journal of Investigative Psychology and offender Profiling* (5) 2008, afl. 1-2, p. 25-37.



behandel ik in dit artikel louter het geschil tussen Epic en Apple: wel zijn er genoeg verwante zaken en verbanden te leggen, die stof tot nadenken geven, zoals de zaak tussen Epic en Google, en de P2B-verordening. Nadat de argumenten van de partijen uiteen zijn gezet, volgt de beoordeling daarvan door de rechter in een voorlopige voorziening.

Processueel overzicht en de kern van het geschil

Alvorens ik inga op het geschil tussen partijen, zal ik (zeer) kort het procesverloop toelichten om duidelijkheid te schetsen. Daarnaast leg ik kort uit wat het geschil in de kern inhoudt.

Tot voor kort stond Fortnite in de App Store van Apple. Medio augustus wijzigde Epic zijn be-

taalbeleid: het gamebedrijf heeft de prijs van de in-game valuta verlaagd.⁴ Naar eigen zeggen heeft het gamebedrijf dit mede gedaan om een statement te maken tegen de 30 procent commissie die Apple heft op ingame betalingen, dus het kopen van de valuta in het spel. Dit komt voor rekening van Epic, nu dit van de opbrengst af wordt getrokken. Onder andere door deze wijziging van het betaalsysteem, gaat Epic buiten het systeem van de App Store om. Voor Apple is dit een doorn in het oog en reden om Fortnite uit de App Store te verwijderen als sanctie. Daartoe diende Epic op 13 augustus 2020 een Complaint for Injunctive Relief, ofwel klacht, in bij het hof in Californië.⁵ Grof vertaald is dit een beding dat partijen gelast schadeveroorzakende handelingen te staken.⁶ De Amerikaanse rechter oordeelde op 25 augustus 2020 dat Apple Fortnite niet meteen beschikbaar hoeft te maken.⁷ Apple diende op 8 september 2020 een tegenclaim en een eis in reconventie in en verzocht om een officiële zitting. Uiteindelijk, en tot dusverre, heeft de rechter een voorlopige voorziening uitgesproken inzake de Injunctive Relief op 4 september 2020.⁸

Argumenten van Epic: Apple's monopolie

Zoals net al kort ter sprake kwam heeft Epic op 13 augustus een klacht ingediend bij een Amerikaans gerechtshof tegen Apple. De directeur van Epic stelt voorop dat de 30% commissie die Apple heft op transacties oneerlijk is en dat Epic zelf op directe wijze in-game objecten of valuta zou moeten kunnen aanbieden, en ook voor lagere prijzen.⁹

4 J. Oloman, 'Fortnite Lowers V-Bucks Prices, Calls out Apple and Google's 'Exorbitant' Mobile Payment Fees', 13 augustus 2020, te vinden op www.ign.com (laatst geraadpleegd op 9 december 2020).

5 J. Dornbush, 'Epic Sues Google, Apple Over 'Anticompetitive' Behavior After Fortnite Removal From App Stores', 9 september 2020, te vinden op www.ign.com (laatst geraadpleegd op 9 december 2020); US District Court California, 13 augustus 2020, *Complaint for Injunctive Relief* (laatst geraadpleegd op 9 december 2020).

6 Upcounsel, 'What is an Injunctive Relief Clause?', te vinden op www.upcounsel.com (laatst geraadpleegd op 22 november 2020).

7 J. Vreeke, 'Rechter beslist dat Apple Fortnite niet 'meteen beschikbaar' moet maken in de App Store', 25 augustus 2020, te vinden op www.nl.ign.com (laatst geraadpleegd op 9 december 2020).

8 Het Amerikaanse contractenrecht spreekt van '*preliminary injunction*'.

9 D. Takahashi, 'The DeanBeat: Apple v. Epic - a briefing on the antitrust arguments and interesting facts', 11 september 2020, te vinden op www.venturebeat.com (laatst geraadpleegd op 9 december 2020).

“Apple heeft een monopolie op de App Distribution Market, omdat de App Store het enige middel is waarmee apps kunnen worden uitgegeven voor apparaten van Apple. Het bekende techbedrijf gevestigd in Cupertino heeft een anti-concurrentiebeleid, dat ervoor zorgt dat er geen andere stores ofwel platformen voor apps zijn dan de App Store.”

In de klacht wenst Epic onder meer dat Apple's concurrerende gedrag via de App Store wordt stopgezet en voorkomen in de toekomst. Dat concurrerende gedrag dat Epic aanvecht, behoeft nadere toelichting. Epic begint zijn klacht dan ook met een feitelijk kader inzake het monopolie van Apple. In de klacht stelt Epic dat Apple op twee manieren onrechtmatig een monopolie heeft: via de uitgave van apps en via interne betaalsystemen ('in-app') van de App Store en apps die daarop staan.¹⁰ Takahashi, schrijver voor een tech-website, maakt eenzelfde onderscheid.¹¹ Beide vormen zal ik toelichten.

Monopolie op uitgave apps

Epic stelt in de klacht dat Apple onder meer een monopolie heeft op de uitgave van apps in de App Store. In de klacht schetst Epic hoe de markt omtrent de App Store werkt.¹² Daarbij stelt Epic voorop dat er een markt, ofwel de App Store, bestaat voor apps voor apparaten van Apple, denk aan iPhones en iPads.¹³ Het bedrijf achter Fortnite stelt zich op het standpunt dat de 'iOS App Distribution Market' een belangrijke, wereldwijde, economisch te onderscheiden submarkt

is van een bredere mededingingsmarkt voor de uitgave van apps.¹⁴ Apple heeft een monopolie op de zojuist genoemde App Distribution Market, omdat de App Store het enige middel is waarmee apps kunnen worden uitgegeven voor apparaten van Apple. Het bekende techbedrijf gevestigd in Cupertino heeft een anti-concurrentiebeleid, dat ervoor zorgt dat er geen andere stores ofwel platformen voor apps zijn dan de App Store.¹⁵ Aanbieders van apps moeten dus gebruik maken van de App Store indien zij apps willen aanbieden voor onder andere iPhones en iPads. Vervolgens beschrijft Epic het anti-concurrentiebeleid van Apple.¹⁶ Het gamebedrijf stelt dat Apple onrechtmatig een monopolie heeft. In de kern komt dit erop neer dat Epic stelt dat Apple op twee beperkende wijzen het gestelde monopolie handhaaft: technische beperkingen en contractuele beperkingen ook is er een gebrek aan rechtvaardiging voor de concurrentiebeperking.

- 10 US District Court California 13 augustus 2020, zaaknummer 3:20-cv-05640-YGR, *Complaint for Injunctive Relief*, onder 'nature of the action, overweging 6.
- 11 D. Takahashi, 'The DeanBeat: Apple v. Epic - a briefing on the antitrust arguments and interesting facts', 11 september 2020, te vinden op www.venturebeat.com (laatst geraadpleegd op 9 december 2020).
- 12 US District Court California 13 augustus 2020, zaaknummer 3:20-cv-05640-YGR, *Complaint for Injunctive Relief*, hoofdstuk I, par. A e.v.
- 13 Ook wel iOS-apparaten of *iOS devices* genoemd.
- 14 US District Court California 13 augustus 2020, zaaknummer 3:20-cv-05640-YGR, *Complaint for Injunctive Relief*, overweging 56.
- 15 US District Court California 13 augustus 2020, zaaknummer 3:20-cv-05640-YGR, *Complaint for Injunctive Relief*, hoofdstuk I, par. C e.v.
- 16 US District Court California 13 augustus 2020, zaaknummer 3:20-cv-05640-YGR, *Complaint for Injunctive Relief*, hoofdstuk I, par. C e.v.

Technische beperkingen

ore het enige
e. Het bekende
or zorgt dat er
ore."

Epic claimt dat Apple zijn gebruikers niet toestaat om app stores of apps direct van een website af te downloaden. Dit heeft Apple bewerkstelligt door technische beperkingen aan te brengen in het besturingssysteem van apparaten. Gebruikers moeten dus per se apps downloaden via de App Store. Die App Store is bovendien standaard geïnstalleerd

op een apparaat. Apple installeert niet standaard een andere app store dan zijn eigen. Daarbij kan de App Store van Apple niet verwijderd worden: gebruikers zitten er dus aan vast.¹⁷ De wijze waarop Epic dit beschrijft, laat nogmaals zien dat Epic hier niet van gediend is.

Contractuele beperkingen

Epic meent dat Apple ook via contracten het monopolie handhaaft en concurrentie beperkt. Allereerst neemt Apple in contracten met ontwikkelaars van apps op dat zij apps alleen via de app store van Apple mogen uitbrengen (sectie 3.2(g) van de Developer Agreement). Epic benadrukt nog eens dat dit onrechtmatig is. Het bedrijf concludeert uit de voorgaande constatering dat de App Store het enige platform is voor ontwikkelaars van apps voor producten van Apple om apps op uit te brengen. Hier komt bij dat Apple ook in contracten met ontwikkelaars van apps opneemt dat zij geen apps zullen uitbrengen op platformen van derden ofwel andere partijen.¹⁸ Epic sluit af met de woorden dat deze contractuele restricties ook voor hen gelden. Epic heeft immers Fortnite uitgebracht op de App Store, tot dit Battle Royale spelletje er door Apple af werd gehaald.

Gebrek aan rechtvaardiging voor concurrentiebeperking

Epic stelt er geen rechtvaardiging is voor het concurrentiebeperkende gedrag van Apple.¹⁹ Ook gaat het gamebedrijf nogmaals in op het 'blokkeren' van andere aanbiedplatformen van apps. Apple zegt dit te doen om de privacy van gebruikers te waarborgen, maar zou dit argument heimelijk als dekmantel gebruiken. Epic voegt hieraan toe dat er genoeg andere, afdoende manieren zijn waarop Apple de privacy kan waarborgen die minder ingrijpend en beperkend zijn. Epic stelt zich dan ook op het standpunt dat er een gebrek is aan rechtvaardiging voor het concurrentiebeperkende gedrag van Apple en stelt dat Apple onrechtmatig een monopolie heeft op de 'iOS App Distribution Market'. Volgens Epic is het gevolg van de zojuist beschreven aspecten dat concurrentie stevig wordt ingeperkt door Apple, een substantieel deel van de marktwaarde wordt geraakt en dat het concurrentiebeperkende gedrag schade aanricht bij (potentiële) ontwikkelaars en consumenten.²⁰

Ten eerste zouden potentiële ontwikkelaars worden uitgesloten van de app store en kunnen daardoor niet concurreren tegen Apple. Epic noemt zichzelf hier als voorbeeld: voor computers heeft het gamebedrijf een eigen platform dat games aanbiedt om te concurreren tegen andere platformen die games aanbieden. Echter, door het beleid van Apple kan Epic geen eigen 'app store' maken voor iOS-apparaten. Epic, als potentieel ontwikkelaar van een platform, kan zo dus niet concurreren met de App Store van Apple.

Ten tweede worden ook bestaande ontwikkelaars, waaronder Epic, geraakt volgens Epic. Epic heeft het spel Fortnite immers wel een tijd in de App Store gehad. Apple biedt ontwikkelaars namelijk niet de mogelijkheid om vrij te kiezen hoe zij apps uitgeven. Zij moeten immers gebruik maken van de App

-
- 17 US District Court California 13 augustus 2020, zaaknummer 3:20-cv-05640-YGR, *Complaint for Injunctive Relief*, hoofdstuk I, par. C, onder i.
- 18 US District Court California 13 augustus 2020, zaaknummer 3:20-cv-05640-YGR, *Complaint for Injunctive Relief*, hoofdstuk I, par. C, onder ii.
- 19 US District Court California 13 augustus 2020, zaaknummer 3:20-cv-05640-YGR, *Complaint for Injunctive Relief*, hoofdstuk I, par. C, onder iii.
- 20 US District Court California 13 augustus 2020, zaaknummer 3:20-cv-05640-YGR, *Complaint for Injunctive Relief*, hoofdstuk I, par. D, overweging 87.
-

Store en zij kunnen niet experimenteren met andere mogelijkheden. Epic leidt hieruit af dat Apple op deze manier verzekert dat ontwikkelaars gebruikmaken van enkel de App Store. Epic gaat ook kort in op de eerdergenoemde 30% commissie op 'in-app purchases'. Hierdoor zouden ontwikkelaars een lagere omzet genereren en minder (goede) apps kunnen ontwikkelen.

Tot slot zouden ook consumenten geraakt worden volgens Epic, omdat zij enkel apps kunnen downloaden via de App Store.²¹ Apple controleert dus welke apps consumenten kunnen downloaden. Ook wordt het beleid van Apple afgewenteld op consumenten vanwege de 30% commissie die Apple heft op in-app aankopen. Doordat ontwikkelaars, als gevolg hiervan, minder omzet genereren, worden minder (kwalitatief goede) apps uitgebracht. Dit is nadelig voor de consument.

Epic komt vervolgens met de constatering dat het gebrek aan concurrentie innovatie in de weg staat. Deze constatering zou, in de woorden van Epic, voor rekening komen van zowel ontwikkelaars als consumenten. Potentiële ontwikkelaars kunnen geen ander platform gebruiken voor iOS-apparaten en zoals zojuist beschreven, zouden consumenten

minder (goede) apps krijgen aangeboden.

Monopolie op betaalsystemen van apps: in-app aankopen

Zoals eerder ter sprake kwam, stelt Epic in zijn klacht dat Apple op twee wijzen onrechtmatig een monopolie heeft. In het vorige onderdeel is het monopolie op de uitgave van apps, ofwel de App Store, de revue gepasseerd. Nu zal het monopolie op in-app betaalsystemen ter sprake komen. Epic schetst wederom eerst een feitelijk kader over hoe de markt voor in-app betaalsystemen werkt bij Apple.²² Daarna licht het gamebedrijf toe waarom en op welke wijze Apple een monopolie op deze markt zou hebben en wat het gevolg hiervan is.

Zoals ook Epic zijn betoog begint met het toelichten van de feiten omtrent in-app aankopen, zal ik ook eerst toelichten wat in-app aankopen precies zijn en waarom er een markt op dit aspect van apps bestaat. In sommige apps kan men namelijk dingen kopen. Dit kan bijvoorbeeld een extra leven zijn of een super like op een dating app. In het geval van Fortnite kon men zogenoemde 'skins' kopen in de app en andere virtuele cosmetische aanpassingen. Zulke betalingen gaan via een betaalsysteem, en dat is waar de onenigheid begint.

Normaal kan een ontwikkelaar, zo stelt Epic, in de gemaakte app een betaalmethode kiezen die het meest passend is. Echter, Apple zou die mogelijkheid niet bieden en in-app betalingen kunnen alleen via de App Store worden gedaan.²³ Epic acht dit onrechtmatig.²⁴ Een andere reden dat Epic deze constructie onwenselijk vindt, is meer van marketingtechnische aard. In apps moeten in-app aankopen snel gedaan kunnen worden of gedaan kunnen worden zonder de app te verlaten. Als consumenten worden omgeleid, en dus buiten de app moeten betalen, denkt Epic dat zij stoppen met spelen. Aannemelijk is ook dat consumenten dan minder aankopen doen. Met het betaalsysteem van Apple



21 In beginsel, want er zijn wel manieren om dit te omzeilen: *jailbreaking*.

22 US District Court California 13 augustus 2020, zaaknummer 3:20-cv-05640-YGR, *Complaint for Injunctive Relief*, hoofdstuk II, par. A.

23 US District Court California 13 augustus 2020, zaaknummer 3:20-cv-05640-YGR, *Complaint for Injunctive Relief*, hoofdstuk II, par. A, overweging 108.

24 US District Court California 13 augustus 2020, zaaknummer 3:20-cv-05640-YGR, *Complaint for Injunctive Relief*, hoofdstuk II, par. A, overweging 110.

moet wel buiten de app worden betaald.²⁵ Epic impliceert dan ook, zo blijkt uit het zojuist aangestipte, dat het bedrijf dit zeer nadelig vindt.

Het gebrek aan deze vrijheid slaat terug op wat Epic in grote lijnen stelt: Apple heeft ook een monopolie op de in-app betaalsystemen.²⁶ Dit monopolie hangt zeer nauw samen met het al eerder omschreven monopolie op de uitgave van apps voor iOS-apparaten. Hierdoor kan Apple bijvoorbeeld ook het door Epic genoemde exorbitant hoge percentage van 30% commissie hanteren op in-app aankopen, wat ten koste gaat van de omzet van de ontwikkelaar.²⁷ Epic stelt zich op het standpunt dat Apple op twee manieren zijn monopolie op de iOS-betaalmarkt handhaaft, namelijk door middel van contracten en beleid. Wederom is er een gebrek aan rechtvaardiging van de concurrentiebeperking.

Contractuele beperkingen

Apple zou via onrechtmatige beperkingen en onrechtmatig beleid ontwikkelaars binden aan het in-app betaalsysteem van Apple en concurrentie uitschakelen.²⁸ Als een ontwikkelaar een app wil plaatsen in de App Store is hij gebonden aan de voorwaarde dat hij, de ontwikkelaar, niet voor zijn app een ander betaalmecanisme gebruikt dan dat van Apple. Apps mogen geen knoppen of links bevatten die de consument buiten de app laten betalen.²⁹ Daarnaast verbiedt Apple dat ontwikkelaars consumenten of gebruikers direct of indirect bena-

deren om een andere betaalmethode te gebruiken dan de voorgeschreven methode van Apple. Ook mag de app niet ontworpen zijn op een wijze dat het in-app betalingssysteem van Apple ontmoedigd wordt.³⁰ Deze bedingen worden ook streng gehandhaafd door Apple, meent Epic. Zo zou Spotify bijna uit de App Store zijn gehaald omdat de app gebruikers een gratis proefperiode aanbood. Apple oordeelde dat een ontwikkelaar niet zijn iOS-app mag gebruiken voor marketingdoeleinden om consumenten buiten Apple's in-app betaalsysteem te laten betalen.³¹ Hieraan verbindt Epic de conclusie dat alle ontwikkelaars van iOS-apps de in-app betaalmethode van Apple moeten gebruiken en dat andere methoden uitgesloten worden door Apple.

Gebrek aan rechtvaardiging

Epic neemt geen blad voor de mond en stelt dat er geen enkele rechtvaardiging is voor het zojuist besprokene.³² Voor zover het enkel gebruiken van het in-app betaalsysteem van Apple er is voor veiligheidsredenen, zegt Epic dat voor andere aankopen die niet in-app zijn wel andere betaalmethoden bestaan. Onder 'andere aankopen' worden voornamelijk zaken en diensten gezien. Uit veiligheidsoogpunt stelt Epic dat er geen onderscheid gemaakt dient te worden tussen in-app aankopen en andere aankopen. Dit maakt dat voor apps ook moet gelden dat niet enkel het betaalsysteem van Apple mag gelden. Epic voegt aan het voorgaande toe dat voor de beveiliging van betaaldiensten concurrentie mogelijk is. Apple mag niet simpelweg

-
- 25 US District Court California 13 augustus 2020, zaaknummer 3:20-cv-05640-YGR, *Complaint for Injunctive Relief*, hoofdstuk II, par. A, overweging 113 en 115.
- 26 US District Court California 13 augustus 2020, zaaknummer 3:20-cv-05640-YGR, *Complaint for Injunctive Relief*, hoofdstuk II, par. B.
- 27 US District Court California 13 augustus 2020, zaaknummer 3:20-cv-05640-YGR, *Complaint for Injunctive Relief*, hoofdstuk II, par. B, overweging 125.
- 28 US District Court California 13 augustus 2020, zaaknummer 3:20-cv-05640-YGR, *Complaint for Injunctive Relief*, hoofdstuk II, par. C, overweging 129.
- 29 US District Court California 13 augustus 2020, zaaknummer 3:20-cv-05640-YGR, *Complaint for Injunctive Relief*, hoofdstuk II, par. C, overweging 130. Originele tekst: "Apps may not use their own mechanisms to unlock content or functionality (...). Apps and their metadata may not include buttons, external links, or other calls to action that direct customers to purchasing mechanisms other than in-app purchase".
- 30 US District Court California 13 augustus 2020, *Complaint for Injunctive Relief*, hoofdstuk II, par. C, overweging 131.
- 31 US District Court California 13 augustus 2020, zaaknummer 3:20-cv-05640-YGR, *Complaint for Injunctive Relief*, hoofdstuk II, par. C, overweging 133.
- 32 US District Court California 13 augustus 2020, zaaknummer 3:20-cv-05640-YGR, *Complaint for Injunctive Relief*, hoofdstuk II, par. C, onder ii.
-

stellen dat zijn betaalsysteem het meest veilig is en het bedrijf daarom concurrentie mag uitsluiten.

Volgens Epic is het gevolg van de zojuist beschreven aspecten dat concurrentie uitgeschakeld wordt, dan wel niet eens mogelijk is, en dat wederom (potentiële) ontwikkelaars en consumenten onredelijk geraakt worden en nadeel ondervinden. Potentiële ontwikkelaars worden uitgesloten van de in-app betalingsmarkt en kunnen niet met Apple concurreren. Innovatie wordt hierdoor belemmerd.³³ Bestaande ontwikkelaars, zoals Epic, kunnen ook niet innoveren en hebben geen keuze voor het kiezen van een in-app betalingssysteem, vanwege de contractuele beperking. Een meer economisch gevolg is dat de kosten voor ontwikkelaars op deze manier oplopen, omdat Apple voor ontwikkelaars een 30% commissie heft op in-app aankopen van consumenten. Dit percentage is hoger dan die van bijvoorbeeld Paypal of Google's betaalsysteem.³⁴

Ook zouden consumenten niet gespaard blijven. Zij moeten namelijk per se via de App Store betalen, ofwel verminderde keuzevrijheid, en moeten ook meer betalen vanwege de 30% commissie die ontwikkelaars doorberekenen in de koopprijzen.

Argumenten van Apple

Zoals ik eerder kort aanstipte heeft Apple op 8 september een verweer en een tegenclaim ingediend en gevraagd om een zitting.³⁵ Het techbedrijf, bekend van onder andere iPhones, is namelijk niet gediend van het feit dat Epic het in-app betaalbeleid van Fortnite heeft gewijzigd en daarmee buiten de contracten met Apple is gegaan. Apple opent zijn verdediging door te stellen dat de vorde-

ring van Epic niet kan leiden tot een staking van de handelswijze van Apple.³⁶ Eerst volgen enkele korte verweren, waarna Apple met uitgebreidere verweren komt en meer achtergrondinformatie geeft.³⁷ Deze volgorde houd ik ook aan bij de bespreking van Apple's verweren en reacties op Epic.

Inleidende verweren

Apple stelt dat de handelswijze van het bedrijf, als omschreven door Epic, te allen tijde redelijk en degelijk is geweest en dat hij in goed vertrouwen heeft gehandeld in de uitoefening van het bedrijf. Epic heeft geen recht op toewijzing van de vordering, omdat de door Epic opgelopen schade niet onherstelbaar en niet direct genoeg is. De schade zou daarnaast ook niet voldoen aan het benodigde causale verband.³⁸ Ook stelt Apple dat het bedrijf überhaupt niet voor schade aansprakelijk is vanwege een exonatieclausule: Epic zou overeengekomen zijn met Apple dat laatstgenoemde zich vrijtekent voor alle schade, claims, verliezen, heffingen en (proces)kosten.³⁹ Het door Epic genoemde onrechtmatige, concurrentiebeperkende gedrag van Apple is, zo stelt Apple, niet onrechtmatig op grond van California's Unfair Competition Law.⁴⁰

Uitgebreide verweren

Na kort enkele verweren te voeren, vangt Apple aan met het grote geschut en komt met uitgebreide argumenten. Als inleiding hierop, schetst Apple eerst de markt. Apple lijkt niet te ontkennen dat de App Store van substantiële marktwaarde is. Sterker nog: het is zelfs een losse business.⁴¹ Apple bevestigt dat het bedrijf de App Store onder andere gebruikt om consumenten, ofwel gebruikers, op een veili-

-
- 33 US District Court California 13 augustus 2020, zaaknummer 3:20-cv-05640-YGR, *Complaint for Injunctive Relief*, hoofdstuk II, par. C, onder ii, overweging 140 e.v.
- 34 US District Court California 13 augustus 2020, zaaknummer 3:20-cv-05640-YGR, *Complaint for Injunctive Relief*, hoofdstuk II, par. C, onder ii, overweging 148-149.
- 35 US District Court California 8 september 2020, zaaknummer 4:20-cv-05640-YGR, *Apple's Answer and Counterclaim*.
- 36 Immers, *Epic* diende een *Complaint for Injunctive Relief* in.
- 37 US District Court California 8 september 2020, zaaknummer 4:20-cv-05640-YGR, *Apple's Answer and Counterclaims*, onder 'Apple's Defenses' e.v.
- 38 Vgl. causaliteit bij de onrechtmatige daad.
- 39 iOS Developer License Agreement, art.11, te vinden via www.sec.gov.
- 40 California Business and Professions Code 17200.
- 41 US District Court California 8 september 2020, zaaknummer 4:20-cv-05640-YGR, *Apple's Answer and Counterclaims*, hoofdstuk 3, par. A, overweging 10.
-

ge manier apps te laten downloaden. Hierin komt het aspect over veiligheid dat Epic aandraagt terug. Ook bevestigt Apple dat het een commissie heft op in-app aankopen. In de uitgebreide verweren gaat Apple niet in op de vermeende monopoliepositie, maar gooit het meer over de contractuele boeg.

Apple's contracten met Epic Games

Een groot hoofdargument dat ik nader uit zal splitsen betreft de contracten tussen Apple en Epic. Omdat Epic al jaren apps ontwikkelt voor Apple heeft Epic, net als andere ontwikkelaars, enkele contracten met Apple gesloten. Apple acht vooral de Developer Agreement en de Developer Program License Agreement (hierna: License Agreement) van belang.⁴² Met de Developer Agreement krijgt Epic toegang tot het Developer platform van Apple. De License Agreement voegt hier functies aan toe. Met beide contracten krijgt Epic kort samengevat de mogelijkheden om apps te ontwikkelen en uit te brengen in de App Store. Fortnite is bijvoorbeeld ook uitgebracht in de App Store.

Daar staan voor Epic wel enkele verplichtingen tegenover. Zo moet Epic zich ervan onthouden dat het extra opties of mogelijkheden van de app (Fortnite) aanbiedt buiten de App Store om.⁴³ Volgens Apple hebben deze contractuele verplichtingen een tweeledig doel.⁴⁴ Enerzijds verzekeren zij dat Apple betaald krijgt voor zijn diensten. Apple krijgt namelijk alleen betaald voor in-app aankopen (de 30% commissie). Anderzijds is de verplichting voor ontwikkelaars om geen opties of mogelijkheden buiten de App Store aan te bieden een bescherming van Apple's klanten. Apple waarborgt dit door het stellen van contractuele verplichtingen. Omdat consumenten ofwel gebruikers dan alleen via de

App Store kunnen downloaden, kan Apple direct de veiligheid van apps en aankopen daaromtrent controleren. Apple acht de contractuele verplichtingen noodzakelijk, omdat alleen zo de kwaliteit en veiligheid van de App Store in stand kunnen worden gehouden.

Epic's contractbreuk

Zoals genoemd heeft Epic bepaalde contracten met Apple gesloten en is het bedrijf daaraan gehouden. Toch is Epic, volgens Apple, de verplichtingen niet behoorlijk nagekomen.⁴⁵ Op 13 augustus heeft Epic een update voor de iOS-versie van Fortnite uitgebracht, waarmee Epic wanprestatie heeft gepleegd jegens Apple. In deze versie heeft Epic namelijk een nieuw, eigen betaalsysteem ingevoerd, waarbij gebruikers direct kunnen betalen zonder omgeleid te worden naar het betaalsysteem van Apple. Epic heeft ook medegedeeld aan Apple dat het van plan was dit daadwerkelijk in te voeren en uit vrije wil de contracten met Apple zou overtreden.⁴⁶

Dit levert een schending op van menig contractsbepaling, namelijk art. 3.1.1 van de App Store Review Guidelines wegens het creëren van een nieuw soort 'winkel' in strijd met gesloten contracten. Ook zijn artt. 6.1, 3.3.2, 3.3.25, 3.4 en 3.2 sub f van de Developer License Agreement overtreden omdat Epic een nieuw, eigen betaalsysteem voor de Fortnite-app heeft gecreëerd en hiermee dus geen gebruik heeft gemaakt van de App Store in-app betaalmethode en daarmee Apple de commissies op in-app aankopen afhandig heeft gemaakt.⁴⁷ Bovendien had Apple geen toestemming gegeven voor het zojuist genoemde en wist Apple hier in beginsel ook niets van af. Zoals gezegd levert dit in Apple's woorden contractbreuk op voor Epic.⁴⁸ Het bedrijf is immers

42 US District Court California 8 september 2020, zaaknummer 4:20-cv-05640-YGR, *Apple's Answer and Counter claims*, hoofdstuk 3, par. B, overweging 14.

43 iOS Developer License Agreement, art. 3.3.3, te vinden via www.sec.gov.

44 US District Court California 8 september 2020, zaaknummer 4:20-cv-05640-YGR, *Apple's Answer and Counter claims*, hoofdstuk 3, par. B, overweging 21.

45 Vgl. wanprestatie: toerekenbaarheid op grond van schuld/opzet.

46 US District Court California 8 september 2020, zaaknummer 4:20-cv-05640-YGR, *Apple's Answer and Counter claims*, hoofdstuk 3, par. B, overweging 35.

47 US District Court California 8 september 2020, zaaknummer 4:20-cv-05640-YGR, *Apple's Answer and Counter claims*, hoofdstuk 3, par. D, overweging 37.

48 Vgl. wanprestatie.

contracten met Apple niet behoorlijk nagekomen.⁴⁹ Apple stelt dus, kort samengevat, dat Epic, al dan niet bewust, de contractuele verplichtingen heeft geschonden. Voor Apple is dit natuurlijk een verweer tegen het monopolie-argument van Epic. Als gevolg van deze schendingen heeft Apple Fortnite uit de App Store gehaald en de ontwikkelaarsovereenkomsten met Epic ontbonden.

Apple stelt dat Epic ontkent dat het bedrijf onder meer de License Agreement en de Developer Agreement heeft geschonden. In de woorden van Apple was Epic duidelijk van plan opzettelijk contracten met Apple te schenden om zo onder meer de 30% commissie op in-game aankopen te omzeilen.⁵⁰ Als gevolg van de schendingen heeft Apple tenminste deze commissie misgelopen.⁵¹ Apple wil deze schade in de eerder genoemde tegenclaim vergoed zien.

Andere verweren en verwijten

Naast de inhoudelijke contractuele argumenten, verwijt Apple Epic nog enkele andere dingen.⁵² Zo heeft Epic zich niet redelijk en billijk gedragen jegens Apple.⁵³ Epic heeft Apple namelijk 'beroofd' van behoorlijke nakoming van de gesloten contracten met Epic. De genoemde schendingen maken ook, in de woorden van Apple, dat Epic zich ongerechtvaardigd heeft verrijkt ten koste van Apple.⁵⁴ Apple wil deze opbrengsten dan ook vergoed zien. Ook heeft Epic de goodwill en goede naam van Apple beschadigd.



'Voorlopige voorziening'

Op 4 september is door de Californische rechter een 'voorlopige voorziening' aangenomen.⁵⁵ Let wel: in het dictum oordeelt de 'voorzieningenrechter' veeleer of Epic wel of niet een voorlopige voorziening toekomt.⁵⁶ Dat wil zeggen dat er nog niet een zeer uitgebreide inhoudelijke behandeling aan de orde is, nu de bodemprocedure nog zal volgen.

Eerst herhaalt de voorzieningenrechter enkele achtergrondinformatie, die reeds aan de orde is geweest, voor zover dit relevant is voor het begrip van de onderhavige zaak. Deze 'extra' informatie zal dan ook niet besproken worden. Wat wel besproken zal worden, is hoe de voorzieningenrechter oordeelt over de standpunten en argumenten van Epic en Apple. Daarbij maak ik, voor het overzicht, onderscheid tussen de beoordeling van argumenten van Epic respectievelijk Apple.

-
- 49 Voor wanprestatie in de zin van art. 6:74 jo. 6:75 BW is uiteraard een toerekenbare tekortkoming vereist. In die zin dient wanprestatie enkel ter illustratie, omdat het gaat om een ander rechtssysteem, maar aannemelijk is dat het opzettelijk schenden van een contract toerekenbaar is.
- 50 US District Court California 8 september 2020, zaaknummer 4:20-cv-05640-YGR, *Apple's Answer and Counter claims*, hoofdstuk 3, par. F.
- 51 US District Court California 8 september 2020, zaaknummer 4:20-cv-05640-YGR, *Apple's Answer and Counter claims*, hoofdstuk 4, overweging 55.
- 52 US District Court California 8 september 2020, zaaknummer 4:20-cv-05640-YGR, *Apple's Answer and Counter claims*, hoofdstuk 4, nr. II e.v.
- 53 Het Amerikaanse recht spreekt van 'Good Faith and Fair Dealing'.
- 54 Het Amerikaanse recht spreekt van 'Unjust Enrichment'.
- 55 US District Court California 4 september 2020, zaaknummer 4:20-cv-05640-YGR, *Epic Games inc.'s Motion For a Preliminary Injunction*.
- 56 US District Court California 4 september 2020, zaaknummer 4:20-cv-05640-YGR, *Epic Games inc.'s Motion For a Preliminary Injunction*, p. 30.
-

Beoordeling argumenten van Epic

Wat betreft het argument van Epic dat Apple een onrechtmatig monopolie heeft op de uitgave van iOS-apps, ofwel de App Store, en de betaalsystemen, dat via contractuele beperkingen wordt gehandhaafd, oordeelt de voorzieningenrechter dat Epic een zeer goede kans heeft om dit argument geldend te maken.⁵⁷ Ten eerste moet Epic bewijzen dat Apple een dominant aandeel binnen diens marktsegment heeft en dat er aanmerkelijke drempels zijn voor potentiële concurrenten, in de zin dat zij geen output kunnen genereren. De voorzieningenrechter oordeelt dat aan deze eisen ruim is voldaan, omdat Apple de enige aanbieder is van een iOS app store, en Apple's beperkingen (met name contractueel) ervoor zorgen dat potentiële concurrenten worden uitgesloten van deze markt.

Ten tweede moet Epic bewijzen, conform de toepasselijke wetgeving, dat Apple een monopolie heeft, dit bewust handhaaft en dat er een causaal verband is tussen het monopolie en de schade.⁵⁸ Wederom oordeelt de Amerikaanse voorzieningenrechter dat Epic dit goed aannemelijk kan maken. Er is namelijk een monopolie, zoals hierboven is vastgesteld. Apple handhaaft dit monopolie, zo zagen wij hiervoor, middels contractuele beperkingen. Bovendien zorgt Apple ervoor dat gebruikers technisch gezien geen andere App Store kunnen downloaden. Ook is de App Store voorgeïnstalleerd. De voorzieningenrechter oordeelt dat dit niet alleen maakt dat concurrentie wordt benadeeld, neen, concurrentie is in het geheel niet mogelijk.

Ten derde dient Epic te bewijzen dat Apple twee producten of diensten samen heeft gevoegd, dat er voldoende economische macht is, dat die macht

van wezenlijk belang is en een niet-ondenkbaar geheel van de markt raakt binnen het aldus gebonden marktsegment.⁵⁹ Ook hier is de verwachting van de voorzieningenrechter, niet geheel verbazingwekkend, dat Epic dit ook goed aannemelijk kan maken:

1: In casu heeft Apple de uitgave van apps via de App Store en het dienovereenkomstige betaalsysteem samengevoegd. Hiervoor is verder nodig dat geen verkoop kan plaatsvinden zonder het betaalsysteem.⁶⁰ Dat is in casu zo, aangezien men het betaalsysteem van Apple móet gebruiken bij in-app aankopen.

2: Omdat Apple, zoals de Amerikaanse voorzieningenrechter oordeelt, een monopolie heeft, is voldaan aan het vereiste van voldoende economische macht.⁶¹ Er is bovendien sprake van gedrag dat concurrentie sterk beperkt en zelfs uitsluit.

3: Tot slot oordeelt de voorzieningenrechter dat er een niet-ondenkbaar deel van de markt voor betaalsystemen voor het iOS-besturingssysteem wordt geraakt door het eerder beschreven monopolie. Er is namelijk een belangrijke markt voor betaalsystemen voor in-app aankopen op producten die het iOS-besturingssysteem hebben. Apple's beleid heeft tot gevolg dat Epic en soortgelijke ontwikkelaars geen ander betaalsysteem aan kunnen bieden. De voorzieningenrechter oordeelt zelfs dat er geen twijfel over mogelijk is dat aan de vereisten bij dit punt is voldaan.⁶²

Aan Epic is schade toegebracht door de ontbinding van de contracten door Apple en het (tijdelijke) verbod om apps te ontwikkelen en plaatsen in de App Store. Daarnaast zal het niet nemen van een voor-

- 57 US District Court California 4 september 2020, zaaknummer 4:20-cv-05640-YGR, *Epic Games inc.'s Motion For a Preliminary Injunction*, hoofdstuk 2, par. C.
- 58 US District Court California 4 september 2020, zaaknummer 4:20-cv-05640-YGR, *Epic Games inc.'s Motion For a Preliminary Injunction*, hoofdstuk 2, par. A, p. 14.
- 59 US District Court California 4 september 2020, zaaknummer 4:20-cv-05640-YGR, *Epic Games inc.'s Motion For a Preliminary Injunction*, hoofdstuk 2, par. C, p. 16.
- 60 US District Court California 4 september 2020, zaaknummer 4:20-cv-05640-YGR, *Epic Games inc.'s Motion For a Preliminary Injunction*, hoofdstuk 2, par. C.
- 61 US District Court California 4 september 2020, zaaknummer 4:20-cv-05640-YGR, *Epic Games inc.'s Motion For a Preliminary Injunction*, hoofdstuk 2, par. C, p. 20.
- 62 US District Court California 4 september 2020, zaaknummer 4:20-cv-05640-YGR, *Epic Games inc.'s Motion For a Preliminary Injunction*, hoofdstuk 2, par. C, p. 19.

lopige voorziening nog meer schade toebrengen aan Epic en leed toebrengen aan spelers van de iOS-versie van Fortnite.⁶³ Kortom, de rechter lijkt de argumenten van Epic aan te nemen en te volgen; Apple heeft een onrechtmatig monopolie. Dit alles samen maakt dat de kans groot is dat Epic uiteindelijk gelijk zal krijgen in de 'bodempprocedure'.

Beoordeling argumenten Apple

De voorzieningenrechter gaat beduidend meer in op wat Epic heeft aangevoerd en lijkt, zoals gezegd, Epic in het gelijk te stellen. Desalniettemin zegt zij ook een en ander over de standpunten die Apple aanneemt.⁶⁴ Zo oordeelt de voorzieningenrechter dat er, zoals Epic in zijn klacht ook stelt, geen rechtvaardiging is voor het handelen door Apple. Apple voert onder andere twee argumenten aan voor het 'genoodzaakt samenvoegen' van het monopolie op de App Store en op het daarbijhorende betaalsysteem. Ten eerste zou deze samenvoeging nodig zijn voor de gebruikersveiligheid.⁶⁵ De voorzieningenrechter prikt hier echter dwars doorheen. Zij stelt dat dit verweer blijkt geeft van een vermoeden van voorwendsels: Apple verplicht bijvoorbeeld niet het bediscussieerde betaalsysteem als het gaat om externe aankopen, ofwel niet zijnde in-app aankopen. Als tweede argument voor de genoemde samenvoeging, voert Apple aan dat dit nodig is om inkomsten te genereren. Hieromtrent oordeelt de voorzieningenrechter dat de genoemde samenvoeging niet nodig is voor de garantie dat er betaald is; de samenvoeging dient louter ter handha-

ving van Apple's monopolie. Hierbij is relevant dat Apple ook op andere wijzen genoeg inkomsten genereert, en dat Apple niet zichzelf rechten op betaling mag toekennen.

Uit de weerlegging van Apple's verweren en de erkenning van Epic's argumenten, kan dan ook de conclusie worden getrokken dat de kans zeer aannemelijk is dat Epic in het gelijk gesteld gaat worden in de verwachte bodempprocedure. De voorzieningenrechter beaamt dit dan ook.⁶⁶

Slot

Onderhavige zaak laat nog eens zien dat het belang van Fortnite nog niet is ingeperkt en dat diens ontwikkelaar ook nog steeds relevant is. Daarnaast is dit een mooie illustratie van de 'strijd' tussen grote techbedrijven op het juridische oorlogsfront, waar partijen elkaar te lijf gaan met lange pleidooien en verwijten. Een beetje zoals Fortnite eigenlijk, waarbij er uiteindelijk ook maar één winnaar overblijft, al zal het geweld zich in deze zaak op papier afspelen (hopelijk).

63 US District Court California 4 september 2020, zaaknummer 4:20-cv-05640-YGR, *Epic Games inc.'s Motion For a Preliminary Injunction*, hoofdstuk 4.

64 US District Court California 4 september 2020, zaaknummer 4:20-cv-05640-YGR, *Epic Games inc.'s Motion For a Preliminary Injunction*, hoofdstuk 2, par. D, sub 2.

65 Origineel: "Illegal Tie".

66 US District Court California 4 september 2020, zaaknummer 4:20-cv-05640-YGR, *Epic Games inc.'s Motion For a Preliminary Injunction*, p. 30.