



Rapport

Effectmeting Sanoma - Iddink



Effectmeting Sanoma - Iddink

Ons kenmerk : ACM/UIT/641345
Zaaknummer : ACM/24/192076
Datum : 12 februari 2025
Versie : 1.1
Aantal pagina's : 21

Inhoudsopgave

Effectmeting Sanoma - Iddink	1
Begrippenlijst	4
1 Managementsamenvatting	5
2 Inleiding	6
2.1 Achtergrond	6
2.1.1 Partijen	6
2.1.2 Tijdlijn rondom het besluit van 2019	6
2.2 Onderzoeksvraag en aanpak	7
3 Het besluit	9
3.1 Schadetheorieën en FRAND voorwaarden	9
3.1.1 Relatie Magister en uitgevers	9
3.1.2 Schadetheorie en FRAND voorwaarden	10
3.2 FRAND	11
3.2.1 FRAND in het algemeen	11
3.2.2 FRAND in de zaak Sanoma - Iddink	11
4 Effect FRAND voorwaarden	13
4.1 Inleiding	13
4.2 Geen bevoordeling van Malmberg	13
4.3 Impact marktontwikkelingen op effect FRAND voorwaarden	13
4.3.1 Uitblijven ontwikkeling ELO-functionaliiteit	13
4.3.2 Opkomst concurrent Iddink Digital	14
4.3.3 Groei gebruik van aanbestedingen op SIS/ELO markt	14
4.3.4 Meer ketenafspraken over interoperabiliteit	14
4.4 Effect FRAND voorwaarden	15
4.4.1 Achtergrond	15
4.4.2 Rol van de FRAND voorwaarden	16
4.4.3 Conclusie	17
5 Aanbevelingen	18
5.1 Waar mogelijk kaders en handvatten meegeven bij FRAND	18
5.2 Communicatie over de voorwaarden	18
5.3 Vastleggen rechten van derden	19
6 Conclusie	20

Begrippenlijst

Accountant	De persoon die is benoemd onder para. 13-18 van de voorschriften, d.w.z. een partner van Evelyn Partners, en zijn medewerkers.
DVO	De dienstverleningsovereenkomst tussen Iddink Digital en de uitgevers, die Iddink verplicht was te sluiten onder para. 34 van de voorschriften.
ELO	Electronische leeromgeving, een digitaal platform dat leerlingen en docenten toegang biedt tot digitale leermiddelen. Een losse ELO stelt een docent in staat om leermiddelen te combineren, arrangeren, en differentiëren.
Edu-K	De voorganger van Edu-V, gestart in 2015.
Edu-V	Stichting waarbinnen scholen en leveranciers samenwerken om afspraken te maken over digitale gegevensuitwisseling in het onderwijs. De verwachting is dat onderdelen van Edu-V in de zomer van 2025 van start zullen gaan.
Folio	Hardcopy leermiddelen
FRAND	Fair, reasonable, and non-discriminatory.
Iddink	Iddink Digital en Iddink Learning Materials
Iddink Digital	De onderdelen van Iddink die SIS'en en ELO's aanbieden, inclusief Itslearning na de overname door de Sanoma Groep in 2019, ongeacht of op het relevante moment deze organisatie al onder deze naam bekend was. Per 1 januari 2025 heet Iddink Digital haar naam gewijzigd naar Schoologica.
Iddink Learning Materials	Het onderdeel van Iddink dat actief is op de markt voor de distributie van leermiddelen, ongeacht of op het relevante moment deze organisatie al onder deze naam bekend was.
Itslearning	De losse ELO die in december 2020 door Iddink is overgenomen.
LAS	Leerlingadministratiesysteem, het onderdeel van een SIS waarin o.a. de basisgegevens van een leerling worden bijgehouden.
LiFo	Licentie-Folio, een format voor leermiddelen bestaande uit een combinatie van digitale leermiddelen en een of meer folio leermiddelen.
LVS	Leerlingvolgsysteem, het onderdeel van een SIS waarin o.a. de leerresultaten en studievoortgang van een leerling worden bijgehouden.
Magister	Het SIS/ELO-product van Iddink.
Magister.learn	De nieuwe losse ELO van Iddink Digital. Grotendeels gebaseerd op Itslearning.
Magister.me	De oude losse ELO van Iddink Digital.
Partijen	Sanoma en Iddink
SIS	Studenteninformatiesysteem, de basisvoorziening van een school met functionaliteiten van een leerlingadministratiesysteem (LAS) en leerlingvolgsysteem (LVS), waarin onder meer basisgegevens staan over de leerlingen, klassen, vakken, lesroosters, leerresultaten, studievoortgang en andere bijzonderheden over hoe een leerling op de school presteert;
SIS/ELO	Een SIS met beperkte ELO-functionaliteit, zoals Magister en Somtoday.
Somtoday	De SIS/ELO van Topicus.
Topicus	De aanbieder van Somtoday en andere producten.
VO	Voortgezet Onderwijs

1 Managementsamenvatting

In 2019 heeft de ACM de concentratie Sanoma Learning B.V. – Iddink Holding B.V. onder voorschriften goedgekeurd. Deze concentratie had impact op de (digitale) leermiddelenmarkt voor het voortgezet onderwijs doordat de uitgever Malmberg onderdeel werd van hetzelfde concern als de distributeur Iddink en het online platform van Iddink Digital, Magister. De ACM heeft het mededingingsrisico geïdentificeerd dat Malmberg door Iddink Digital zou worden bevoordeeld. De ACM heeft de concentratie onder voorschriften goedgekeurd. In dit rapport evalueert de ACM de effecten van een van de voorwaarden, namelijk dat Iddink Digital aan concurrerende uitgevers toegang moet geven tot Magister onder FRAND voorwaarden.

FRAND staat voor “fair, reasonable and non-discriminatory”. In dit geval beogen de FRAND voorwaarden voor alle uitgevers een gelijk speelveld te borgen met betrekking tot toegang tot Magister en gebruik van Magister data. Bij de beoordeling van de concentratie waren er namelijk zorgen over de mogelijkheid dat Magister de uitgever Malmberg zou bevoordelen ten opzichte van andere uitgevers. Dit kon door het verbeteren van de interoperabiliteit tussen Malmberg en Magister ten opzichte van de andere uitgevers. De FRAND voorwaarden beogen deze schade te voorkomen.

Uit de effectmeting is gebleken dat Malmberg niet is bevoordeeld door Iddink Digital met betrekking tot toegang tot en gebruik van Magister. De reden voor deze uitkomst ligt voornamelijk in het feit dat de markt zich anders heeft ontwikkeld dan de ACM ten tijde van het concentratiebesluit aannemelijk vond. Magister is tot op heden niet de rol van centraal digitaal platform gaan spelen waarbinnen content van verschillende uitgevers beschikbaar wordt gesteld. In plaats daarvan zijn uitgevers leerlingen via links op Magister naar hun eigen online omgeving blijven sturen. Ook is het marktaandeel van Magister afgenomen vanwege meer overstap door scholen, toegenomen aanbestedingen en groei van concurrent Somtoday. In het licht van deze marktontwikkelingen hebben de FRAND voorwaarden een beperkt effect gehad.

De FRAND voorwaarden hebben mogelijk wel een rol gespeeld in het voorkomen dat concurrerende uitgevers (tijdelijk) van Magister werden uitgesloten. Iddink Digital en uitgevers hebben onderhandeld over een financiële bijdrage van uitgevers voor het gebruik van Magister. Uit het onderzoek volgt dat Iddink Digital in deze onderhandelingen vanwege de FRAND voorwaarden niet heeft kunnen dreigen met het ‘op zwart zetten’ van concurrerende uitgevers als zij niet zouden betalen. Het is echter niet met zekerheid te zeggen dat de uitgevers altijd toegang tot Magister hebben behouden als gevolg van de FRAND voorwaarden. Het komt mogelijk ook doordat het in het commerciële belang van Iddink Digital is om scholen toegang tot alle uitgevers te kunnen bieden.

De ACM heeft uit deze effectmeting lessen getrokken voor de implementatie van FRAND voorwaarden en het verbinden van voorwaarden aan de goedkeuring van concentraties. Ten eerste zou het goed zijn als de ACM kaders en handvatten meegeeft aan de markt om duidelijker te maken wat de ACM “FRAND” acht. Alhoewel een open invulling nuttig is omdat dit ruimte biedt aan de betreffende marktpartijen om tot goede afspraken te komen, kan het in voorkomende gevallen bevorderlijk zijn om kaders mee te geven over bijvoorbeeld minimum vereisten in de datadeling. Ten tweede is het voor de effectiviteit van de voorwaarden zinvol om proactief en duidelijk te communiceren met marktpartijen over wat hun rechten en plichten zijn onder FRAND voorwaarden. Tot slot, in het geval dat verbintenissen marktpartijen verplichten om overeenkomsten met derden tot stand te brengen, is het van belang om marktpartijen te verplichten geen andere bepalingen in deze overeenkomsten op te nemen.

2 Inleiding

1. De ACM vindt het belangrijk om haar werk te evalueren. Een kerntaak van de ACM is het concentratietoezicht op grond van de Mededingingswet. De ACM heeft ervoor gekozen om de effectiviteit van een opgelegde voorwaarde voor de concentratie Sanoma Learning B.V. (Sanoma) – Iddink Holding B.V. (Iddink) uit 2019¹ te evalueren. In deze zaak heeft de ACM goedkeuring gegeven aan de concentratie onder voorschriften.
2. In deze concentratie zijn onder meer “fair, reasonable en non-discriminatory” (FRAND) voorwaarden gesteld die zien op toegang tot het digital platform Magister en toegang tot informatie afkomstig van Magister. Platformmarkten worden gekenmerkt door een ‘winner takes all’ dynamiek. In platformmarkten is het daarom van groot belang dat de interoperabiliteit wordt geborgd om de concurrentie op deze platforms te beschermen. De FRAND voorwaarden zijn in deze concentratie dan ook opgelegd om de interoperabiliteit van het Magister platform te borgen. Door te evalueren wat de effecten van deze FRAND voorwaarden zijn kan deze effectmeting bijdragen aan het ACM agendathema ‘Digitale economie’.
3. In dit inleidend hoofdstuk wordt eerst teruggeblikt op de situatie rondom de overname van Iddink door Sanoma, waarna de aanleiding voor het uitvoeren van de effectmeting van deze overname wordt toegelicht. Ook wordt de aanpak van deze effectmeting uiteengezet.

2.1 Achtergrond

2.1.1 Partijen

4. Sanoma biedt, via haar Nederlandse dochteronderneming Malmberg, print en digitale leermiddelen aan voor het basis-, voortgezet, en beroepsonderwijs in Nederland.² Onder Iddink vallen Iddink Learning Materials en Iddink Digital. Iddink Learning Materials distribueert schoolboeken en digitaal lesmateriaal voor het voortgezet en middelbaar onderwijs. Iddink Digital ontwikkelt en exploiteert ook studentinformatiesystemen (SIS) en elektronische leeromgevingen (ELO). Magister is de grootste merknaam van Iddink Digital.
5. Iddink Learning Materials en Iddink Digital noemen we gezamenlijk Iddink, en als we het over Malmberg en Iddink samen hebben noemen we ze “Partijen” (ook als we het hebben over de periode na de overname). Partijen bieden allebei hun producten aan in het voortgezet onderwijs (VO), en het onderzoek in 2019 heeft zich dan ook geconcentreerd op de vraag of, na de overname, Iddink Malmberg zou bevoordelen in het VO. Dit wordt in het volgende hoofdstuk verder besproken.

2.1.2 Tijdlijn rondom het besluit van 2019

6. Op 10 januari 2019 heeft de ACM een melding ontvangen van de overname door Sanoma van Iddink. De ACM heeft op 16 april 2019 besloten dat voor deze concentratie een vergunning is vereist.
7. In het onderzoek n.a.v. de vergunningsaanvraag van Partijen heeft de ACM geconcludeerd dat de concentratie de mededinging op significante wijze zou belemmeren, omdat de concentratie zou leiden tot concurrentiebelemmerende informatie-uitwisselingen tussen Iddink en Malmberg, en omdat de concentratie Sanoma een prikkel zou geven om de toegang van concurrerende uitgevers tot de API van Magister te belemmeren.

¹ Zaak nummer ACM/19/035555

² Sanoma publiceert in Nederland ook een breed portfolio aan tijdschriften, en exploiteert meerdere websites.

8. Partijen hebben daarop een remedievoorstel gedaan, dat door de ACM is geaccepteerd. Daarin zeggen Partijen, kort gezegd, toe dat Iddink Digital ten eerste concurrerende uitgevers op FRAND basis toegang zullen geven tot de API van Magister, en dat ze ten tweede Chinese Walls zullen inrichten tussen Iddink en Malmberg. FRAND staat voor Fair, Reasonable, and Non-Discriminatory wat erop neerkomt dat Iddink Digital alle uitgevers op een eerlijke, niet discriminerende wijze dient te behandelen en Malmberg geen oneigenlijk voordeel mag geven.
9. Bij besluit³ van 28 augustus 2019 heeft de ACM de vergunning onder deze voorschriften verleend. Op 13 september 2019 hebben Partijen de overname uitgevoerd.
10. Tegen het besluit van de ACM heeft Noordhoff, een concurrent van Malmberg, beroep aangetekend. Bij uitspraak⁴ van 4 maart 2021 heeft de rechtbank dit beroep gedeeltelijk gegrond verklaard, en de ACM bevolen nader onderzoek te doen naar de mogelijkheid van marktafscherming door bundeling. De uitspraak van 4 maart 2021 is door het CBb bij uitspraak⁵ van 12 juli 2022 vernietigd.
11. Naar aanleiding van de uitspraak van de rechtbank heeft de ACM verder onderzoek verricht. Op 26 augustus 2021 heeft de ACM een herstelbesluit genomen⁶, waarin ze nogmaals een vergunning verleende voor de concentratie, met dezelfde voorwaarden als in het oorspronkelijke besluit.
12. Een accountant, Evelyn Partners, rapporteert jaarlijks op 30 november aan de ACM over de compliance van Partijen met de voorschriften.

2.2 Onderzoeksvraag en aanpak

13. In oktober 2024 heeft de ACM besloten om een effectmeting te doen naar de voorschriften in de zaak Sanoma - Iddink. De voorschriften bestaan in hoofdlijnen uit 2 onderdelen, te weten voorschriften die zien op FRAND toegang voor uitgevers (hierna: de FRAND voorwaarden) en voorschriften die zien op het voorkomen dat concurrentiegevoelige informatie van concurrerende uitgevers via Iddink bij Malmberg komt (de Chinese Wall voorwaarden).
14. De ACM heeft ervoor gekozen enkel te focussen op de effecten van de FRAND voorwaarden. Deze keuze komt voort uit het feit dat de ACM het van belang vindt dat digitale markten goed werken. De ACM ziet dat er concurrentierisico's zijn in platformmarkten doordat zij de neiging hebben tot een 'winner takes all' dynamiek. Het beschermen van de interoperabiliteit van digitale platformen kan de concurrentie beschermen. In deze zaak zijn voor het eerst door de ACM FRAND voorwaarden gesteld in een digitale markt die als doel hadden om o.a. de interoperabiliteit van het platform Magister te borgen. Door deze FRAND voorwaarden te evalueren kan de ACM voor toekomstige zaken leren hoe zij interoperabiliteit in digitale markten kan beschermen en bevorderen. Dit sluit dan ook goed aan bij het ACM agendathema Digitale Economie.
15. De FRAND voorwaarden bestaan uit twee hoofdlijnen: het op FRAND basis toegang geven tot Magister en het op FRAND basis delen van informatie van Magister. Het doel van dit project is om inzichtelijk te maken of de FRAND voorwaarden het risico op bevoordeling van Malmberg op Magister aantoonbaar heeft verminderd.

³ ACM/UIT/512194

⁴ [ECLI:NL:RBROT:2021:1766, Rechtbank Rotterdam, ROT 19/5120](#)

⁵ [ECLI:NL:CBB:2022:411, College van Beroep voor het bedrijfsleven, 21/467, 21/468 en 21/469](#)

⁶ ACM/UIT/551858

-
16. Er zijn twee manieren waarop de FRAND voorwaarden een ander effect hebben gehad dan wat de ACM had verwacht in 2019:
1. Het kan zijn dat de FRAND voorwaarden een ander effect hebben gehad omdat de markt zich anders heeft ontwikkeld dan bij de beoordeling van de concentratie werd verwacht. Bij concentratiebeoordelingen voorspelt de ACM de marktontwikkelingen, maar deze kunnen altijd afwijken van de daadwerkelijke marktontwikkelingen. Het kan zijn dat de aannemelijk geachte schade voor de mededinging die door de ACM was voorzien ook zonder de voorwaarden niet of maar beperkt zou zijn ingetreden.
 2. Het kan zijn dat de voorwaarden niet goed zijn ontworpen of geïmplementeerd, waardoor Iddink Digital Malmberg alsnog heeft kunnen bevoordelen. Dat kan bijvoorbeeld komen doordat de voorwaarden Partijen de mogelijkheid hebben gegeven om te handelen tegen de geest van de voorwaarden.⁷ Ook is het mogelijk dat de FRAND-voorwaarden averechtse, onbedoelde effecten heeft gehad.
17. Voor dit onderzoek heeft de ACM gebruik gemaakt van reeds beschikbare informatie uit haar monitoring-activiteiten van de voorschriften, en intern en extern gesprekken gevoerd. De externe gesprekspartners waren:
1. Evelyn Partners, de accountant die toezicht houdt op de uitvoering van de voorschriften voorwaarden
 2. Partijen
 3. Zes andere uitgevers van leermiddelen voor het VO
 4. Topicus (Somtoday), de grootste concurrent van Magister
 5. Kennisnet, het publieke kenniscentrum dat het onderwijs ondersteunt op het gebied van ICT, en SIVON, de ICT inkoopcoöperatie voor het primair en voortgezet onderwijs
 6. De stichting Edu-V, het publiek-private platform voor de educatieve contentketen
 7. De MEVW, de brancheorganisatie van uitgevers van leermiddelen
18. De ACM heeft ook data opgevraagd bij Evelyn Partners, bij Iddink, en bij het onderzoeksbureau Markteffect.
19. De rest van het rapport ziet er als volgt uit. In hoofdstuk 2 wordt de schadetheorie en de FRAND voorwaarden uit het concentratiebesluit besproken, in hoofdstuk 3 worden de effecten van de FRAND voorwaarden beschreven, en het rapport eindigt met een conclusie en aanbevelingen.

⁷ Vgl. ACM (2022), [Beleidsregel remedies bij concentratiezaken](#), para. 43.

3 Het besluit

20. Om in 2019 tot haar besluit te komen heeft de ACM uitgebreid onderzoek gedaan naar de markt voor (digitale) leermiddelen. Dit hoofdstuk bespreekt wat de relatie is tussen Magister en uitgevers, welke schadetheorieën de ACM heeft onderzocht en gegrond bevonden, welke FRAND voorwaarden ze heeft opgelegd, en het FRAND concept. Een uitgebreidere bespreking van deze onderwerpen is te vinden in het concentratiebesluit en het herstelbesluit.

3.1 Schadetheorieën en FRAND voorwaarden

3.1.1 Relatie Magister en uitgevers

21. In de praktijk gebruiken (bijna) alle scholen een studenten informatiesysteem (SIS) waarin alle relevante administratieve informatie van de leerlingen te vinden is. Ten tijde van het besluit waren er twee studenteninformatiesystemen: Magister van Iddink Digital en het veel kleinere Somtoday van Topicus. Daarnaast kunnen scholen ervoor kiezen om ook gebruik te maken van een Elektronische Leeromgeving (ELO). Een ELO kunnen scholen bijvoorbeeld gebruiken om leerlingen huiswerk te geven of om lesmateriaal te delen. Een SIS en ELO bieden daarmee andere functionaliteiten aan en vervullen andere behoeften voor scholen.
22. Iddink Digital en Topicus bieden een SIS propositie aan, welke is aangevuld met enkele ELO-functionaliteiten. Daarnaast zijn er ook ELO proposities die enkel ELO functionaliteiten bevatten. Zo bood Iddink Digital in 2019 naast haar standaard SIS/ELO product ook een 'pure' ELO aan, te weten Magister.me. De marktpositie van Magister.me was destijds beperkt. Momenteel biedt Iddink de ELO Magsiter.learn aan. Ten tijde van het besluit is de marktafbakening in het midden gelaten en is gewerkt met een mogelijke markt voor SIS/ELO. Dit rapport volgt de terminologie die destijds in het besluit is gebruikt.
23. Om toegang te krijgen tot digitale leermiddelen worden leerlingen via een ELO functionaliteit van Magister of Somtoday doorgelinkt naar de digitale leeromgeving van de uitgever. In principe kunnen leerlingen ook rechtstreeks toegang krijgen tot de digitale leeromgeving van uitgever maar dit is minder gebruikersvriendelijk.
24. De praktische uitdaging voor uitgevers, aanbieders van SIS/ELO's, distributeurs, en scholen is om ervoor te zorgen dat de koppelingen tussen de verschillende systemen goed werken. Dit is nodig zodat leerlingen en docenten via de centraal geplaatste SIS/ELO omgeving gemakkelijk toegang hebben tot de digitale leeromgevingen en lesmethodes van uitgevers. Om dit te faciliteren maken de verschillende partijen in de leveringsketen al sinds vele jaren 'ketenafspraken', die oorspronkelijk vooral gingen over puur technische kwesties, maar die tegenwoordig ook vraagstukken als privacy en het verlagen van toetredingsbarrières omvatten.
25. In 2019 was er een duidelijke verschuiving te zien weg van het aanbieden van fysieke leermiddelen (ook wel Folio genoemd) naar het aanbieden van een combinatie van fysieke werkboeken en digitale leermiddelen (Licensed Folio, ofwel LiFo). Destijds was onduidelijk wat deze trend naar meer digitale methoden zou betekenen voor de opkomst van 'pure' ELO's en de manier waarop leerlingen toegang zouden verkrijgen tot digitale lesmethodes. In het concentratiebesluit werd de mogelijkheid beschreven dat digitale leermiddelen in de toekomst in verdere mate geïntegreerd worden dan momenteel destijds het geval was. Het gevolg hiervan

zou zijn dat er nog meer waardevolle data gegenereerd wordt binnen de omgeving van Magister.me.⁸

3.1.2 Schadetheorie en FRAND voorwaarden

26. De ACM heeft in 2019 vier mogelijke schadetheorieën onderzocht. We bespreken hier één van de schadetheorieën aangezien de andere drie niet geadresseerd worden door de FRAND voorwaarden. De schadetheorie waarvoor de FRAND voorwaarden zijn ingesteld luidt als volgt: *“Marktafscherming door de interoperabiliteit tussen Magister en de leeromgeving van Malmberg relatief meer te verbeteren dan de interoperabiliteit met andere uitgevers.”*
27. Bijlage 2 bij het besluit (zowel het besluit van 2019 als het besluit van 2021) bevat het remedievoorstel van Partijen, zoals de ACM dat heeft geaccepteerd. De FRAND voorwaarden staan in randnummers 2-8. De belangrijkste elementen van de FRAND voorwaarden zijn:
1. [Alle] uitgevers die hierom verzoeken krijgen op FRAND basis toegang tot Magister API. Deze toegang omvat ook de benodigde informatie om voor alle uitgevers eenzelfde koppeling met Magister mogelijk te maken.
 2. Als, in de toekomst, Magister de content van uitgevers rechtstreeks opneemt in haar ELO, in plaats van deze content via de API te verspreiden, zal Magister de toegang tot en de weergave van deze content gelijkwaardig behandelen, onder FRAND voorwaarden.
 3. Magister moet bepaalde informatie op FRAND basis delen met de uitgevers:
 - I. De via Magister API beschikbare informatie, en het format daarvan, wordt jaarlijks vastgesteld in overleg met de afzonderlijke uitgevers, binnen de grenzen van de afspraken die met scholen zijn gemaakt en de grenzen van de wet.
 - II. Informatie over technische ontwikkelingen in Magister wordt aan alle uitgevers gelijktijdig verstrekt, tenminste zes maanden voor implementatie.
 - III. Informatie die via de Magister API beschikbaar wordt gemaakt aan uitgevers is voor alle uitgevers van dezelfde kwaliteit, en wordt aan alle uitgevers binnen eenzelfde tijdsbestek beschikbaar gemaakt. Iddink verleent aan alle uitgevers dezelfde mate van dienstverlening.
 - IV. Als uitgevers om informatie vragen uit Magister die inzicht geeft in het gebruik en de kwaliteit van digitale leermiddelen zal Iddink die informatie in elk geval verstrekken als zij vergelijkbare informatie aan Malmberg verstrekt. Het delen van deze informatie is op FRAND basis.
28. De FRAND voorwaarden beogen dus te verzekeren dat Iddink Digital Malmberg op geen enkele manier kan bevoordelen ten opzichte van andere uitgevers. Deze FRAND voorwaarde is ook van toepassing op andere ELO producten van Iddink, zoals Magister.me (en haar latere vervanger Magister.learn) en itslearning, dat pas na het oorspronkelijke besluit van de ACM door Iddink is overgenomen.⁹

⁸ Zie randnummer 140 van het besluit Verlening vergunning onder voorschriften voor concentratie Sanoma Learning B.V. en Iddink Holding B.V. (ACM/UIT/518704).

⁹ Vgl. randnummer 181 van het oorspronkelijke [besluit](#). In correspondentie met partijen (ACM/UIT/530980) heeft de ACM het standpunt ingenomen dat de bepaling uit de voorschriften die de FRAND voorwaarden van toepassing verklaart op vergelijkbare toekomstige producten van Iddink ook zag op producten die Iddink eventueel via overname zou kunnen verkrijgen.

3.2 FRAND

29. Omdat deze effectmeting specifiek ziet op de FRAND voorwaarden, is het nuttig om het FRAND concept kort te bespreken. Op basis van dit concept wordt daarna toegelicht hoe de open normen van FRAND worden toegepast in de voorschriften van Sanoma - Iddink.

3.2.1 FRAND in het algemeen

30. FRAND staat voor “Fair, Reasonable, and Non-Discriminatory”. Het is een concept dat afkomstig is uit het intellectuele eigendomsrecht, en dan met name het recht met betrekking tot *standard essential patents* (SEPs), patenten die onmisbaar zijn voor een bepaalde technologie omdat ze in een standaard voor de sector zijn opgenomen.¹⁰ Het concept van FRAND voorwaarden lost het probleem op dat patenthouders van essentiële patenten extreem hoge prijzen zouden kunnen vragen aan gebruikers. In de praktijk worden FRAND voorwaarden vaak opgenomen in contracten wanneer er wordt besloten gepatenteerde technologie in een standaard op te nemen.
31. Het concept van FRAND lost bij essentiële technologie dus potentiële tegenstellingen tussen Partijen op. Een exacte invulling van FRAND is er echter niet omdat het een open norm is die ruimte biedt voor onderhandelingen tussen verschillende (soorten) partijen. Ook uit rechtspraak volgt geen standaard uitleg van FRAND. Sterker nog, uit rechtspraak volgt dat wat het eerste jaar een FRAND vergoeding is, een jaar later niet per definitie ook een FRAND vergoeding is.¹¹ Wat de exacte verplichtingen en rechten zijn is daarmee lastig te voorspellen en casus-specifiek.

3.2.2 FRAND in de zaak Sanoma - Iddink

32. Het FRAND concept kent zoals hierboven beschreven meerdere open, niet concreet ingevulde criteria waaraan getoetst moet worden. Uit de voorschriften en de toelichting op de voorwaarden volgt niet hoe de criteria “Fair” en “Reasonable” getoetst moet worden volgens de ACM. Wel lijkt er in de inleiding van het remedievoorstel en bij de FRAND voorwaarden een uitleg van non-discriminatoire gegeven te worden als zijnde “gelijke behandeling van uitgevers” en “minimaal gelijk aan Malmberg”.
33. Zo wordt in de inleiding van de voorschriften bijvoorbeeld gesproken over “concurrenten van Malmberg gelijke toegang te geven”, en wordt in de inleiding ook uitgelegd dat het doel van de voorschriften is dat “niet alleen Malmberg” bepaalde informatie zal krijgen. Er staat ook dat bij de invulling van de FRAND voorwaarden “de positie van Malmberg steeds de benchmark zal vormen”. In de voorschriften zelf luidt het kopje bij para. 7-8 “gelijke behandeling”, en legt para. 7 sterk de nadruk op het non-discriminatieaspect van FRAND.
34. Bij de invulling van de FRAND criteria is het belangrijk om in de gaten te houden dat het in sommige omstandigheden helemaal niet (ongeoorloofd) discriminatoir is om Malmberg een betere toegang of een lagere prijs te geven. Het FRAND-concept biedt ruimte om ongelijke gevallen ongelijk te behandelen zolang er een objectieve rechtvaardiging is. Als het criterium geformuleerd is in termen van “gelijke toegang” of “gelijke prijs” bestaat daar minder ruimte voor.
35. De ACM heeft het in eerste instantie aan de Accountant overgelaten om een beoordelingskader te ontwikkelen voor de FRAND voorwaarden. Dit beoordelingskader (zie kader hieronder) heeft de Accountant in zijn tweede rapport (30 november 2020) voor het eerst besproken. Het kader lijkt voor de eerste twee voorwaarden sterk de nadruk te leggen op de procedure die door Partijen gevolgd wordt.
36. Noordhoff heeft over deze ogenschijnlijke focus op procedures en processen in de beroepszaak opmerkingen gemaakt.¹² Zij betoogde dat de toegang zelf op FRAND voorwaarden moet worden

¹⁰ Vgl. Europese Commissie [Factsheet on Standard Essential Patents](#).

¹¹ Vgl. het Engelse Court of Appeal in [Optis Cellular v. Apple](#), [2022] EWCA Civ 1411.

¹² Vgl. Rb Rotterdam uitspraak van 4 maart 2021, [ECLI:NL:RBROT:2021:1766](#), rov 20 en CBB uitspraak van 12 juli 2022, [ECLI:NL:CBB:2022:411](#), rov 15.

aangeboden. De Accountant heeft in reactie op het bezwaar van Noordhoff aangegeven dat hij in de praktijk naar zowel het proces als de uitkomsten zal kijken bij zijn beoordeling of door Partijen wordt voldaan aan het FRAND criterium.

Beoordelingskader Accountant

3.3.23 Binnen het FRAND-raamwerk overwegen we dat:

- **Billijk** – Alle Uitgeverijen de kans moet worden gegeven om op verzoek over de voorwaarden te onderhandelen en te heronderhandelen, en welke afwijzing of acceptatie dan ook gestaafd moet worden met objectieve criteria.
- **Redelijk** – Gedane aanbiedingen vergelijkbaar zouden moeten zijn met die welke gedaan worden in een concurrerende, commerciële omgeving, en in overeenstemming met de standaard praktijk in de sector.
- **Non-discriminatoire** – Criteria worden toegepast op alle Uitgeverijen in onderhandelingen op objectieve en vergelijkbare basis; geen enkele Uitgeverij wordt minder gunstig of gunstiger behandeld dan anderen waar hun omstandigheden meetbaar vergelijkbaar zijn.

3.3.24 Om in de praktijk te begrijpen of aan deze criteria is voldaan vereisen we dat er transparantie is in de onderhandelingen, aangezien onderhandelingen niet billijk of redelijk kunnen zijn als de andere partij onvolledige informatie heeft over hetgeen waar ze mee instemmen.

3.3.25 In de praktijk stellen we vast of deze voorwaarden zijn toegepast in onderhandelingen op de volgende wijzen:

- **Billijk** – Een onderhandeling is niet billijk als een onderhandelende partij dan wel volledig weigert te onderhandelen met de andere partij, dan wel nalaat adequate overwegingen te verstrekken om zijn beslissingen in onderhandelingen te rechtvaardigen. De objectieve criteria dienen in verband te staan met de beoogde toegang. Er mogen dus geen eisen worden gesteld die niets te maken hebben met het product waar het om gaat
- **Redelijk** – Dit is doorgaans van toepassing op een aanbieding gedaan in een onderhandeling die omschreven zou kunnen worden als onredelijk als deze wordt voorgesteld op een evident onwerkbaar wijze, d.w.z. de andere partij zou niet in staat zijn om commercieel de vruchten te plukken van de voorgestelde afspraken. Onder redelijk valt ook het houden aan de in de sector gebruikelijke praktijk.
- **Non-Discriminatoire** – Voorwaarden kunnen als discriminerend worden omschreven als er een wezenlijk verschil is tussen de voorwaarden die worden aangeboden aan twee verschillende partijen die anderszins voldoen aan dezelfde objectieve criteria. Dit kan positief dan wel negatief zijn, d.w.z. het aanbieden van betere voorwaarden aan partijen die niet voldoen of slechtere voorwaarden aan partijen die voldoen.

37. Nadat de voorschriften al bindend waren heeft de ACM in 2020 nog verder verduidelijkt richting Partijen dat het niveau van dienstverlening dat Malmberg krijgt wel een minimum zou moeten zijn, maar geen maximum:

“Zo mag Iddink, voor wat betreft de toegang tot Magister, geen voordelen geven aan Malmberg die zij niet aan andere uitgevers geeft (zie bijv. punt 178 van het besluit van ACM d.d. 28 augustus 2019). De remedies zijn niet bedoeld om af te dwingen dat de ene uitgever dezelfde voorwaarden moet accepteren als Malmberg/andere uitgevers geaccepteerd hebben.”¹³

38. Bij het opleggen van de FRAND voorwaarden is dan ook altijd beoogd om te voorkomen dat Malmberg bevoordeeld zou worden tegenover concurrerende door Iddink Digital als het ziet op de toegang tot Magister en de data van Magister. Tegelijkertijd bieden de FRAND voorwaarden middels haar open normen flexibiliteit en daarmee ruimte voor commerciële onderhandelingen.

¹³ Email d.d. 28 Augustus 2020, ACM/UIT/540265.

4 Effect FRAND voorwaarden

4.1 Inleiding

39. In dit hoofdstuk worden de effecten van de FRAND voorwaarden beschreven. Om het effect van de opgelegde FRAND voorwaarden in kaart te brengen, wordt ten eerste gekeken of bevoordeling van Malmberg door Iddink Digital heeft plaatsgevonden. Ten tweede wordt geanalyseerd of, voor zover de bevoordeling niet heeft opgetreden, dit toe te wijzen is aan de opgelegde FRAND voorwaarden.

4.2 Geen bevoordeling van Malmberg

40. Uit de rapporten van de Accountant volgen geen aanwijzingen dat Malmberg bevoordeeld is ten opzichte van concurrerende uitgevers. De Accountant heeft dit beeld in de gesprekken met de ACM bevestigd. Daarnaast volgen uit de marktgesprekken geen aanwijzingen dat Malmberg bevoordeeld wordt door meer informatie te krijgen van Iddink Digital of betere interoperabiliteit te hebben met Magister.
41. Uit de gesprekken met enkele concurrerende uitgevers volgt dat zij van mening zijn dat het voor hen lastig te beoordelen is of Malmberg daadwerkelijk niet bevoordeeld wordt omdat zij alleen weten welke informatie en behandeling zij zelf krijgen en niet weten wat Malmberg aan informatie en toegang krijgt.
42. Uit de marktaandeelcijfers volgt dat Malmberg redelijk stabiel is gebleven op de markt voor digitale leermiddelen na de concentratie met een marktaandeel van 20-30%. Noordhoff, Malmberg en ThiemeMeulenhoff zijn nog steeds de grootste uitgevers met samen ca. 90% marktaandeel op digitale leermiddelen. Kleinere uitgevers zijn enkele procentpunten gegroeid ten koste van de drie grote uitgevers. Uit de gesprekken volgt dat het, net als in 2019, lastig is om marktaandeel te winnen omdat scholen niet snel overstappen naar nieuwe lesmethoden.

4.3 Impact marktontwikkelingen op effect FRAND voorwaarden

43. Alhoewel het in 2019 geïdentificeerde risico op bevoordeling niet is opgetreden, is het de vraag of dit toe te rekenen is aan de FRAND voorwaarde. Zoals eerder in randnummer 16 is beschreven kunnen marktontwikkelingen impact hebben op de effecten van de FRAND voorwaarden.
44. Uit het onderzoek blijkt dat er vier ontwikkelingen zijn geweest die het risico op zelfbevoordeling van Malmberg door Magister verkleind hebben. Deze ontwikkelingen hebben bijgedragen aan sterkere concurrentie op de markt voor SIS/ELO's en de verminderde mogelijkheid van Iddink Digital om Malmberg te bevoordelen ten opzichte van de verwachtingen in 2019.

4.3.1 Uitblijven ontwikkeling ELO-functionaliteit

45. In 2019 is bij het vaststellen van de voorwaarden rekening gehouden met een mogelijke toekomstige ontwikkeling dat de lesmethode content direct in de ELO zou worden geladen in plaats van de huidige praktijk waar er doorgelinkt wordt naar de digitale leeromgeving van de uitgever. Daarom bevatten de FRAND voorwaarden een verplichting om ervoor te zorgen dat Iddink Digital Malmberg ook in dat geval niet zou bevoordelen.
46. Omdat deze ontwikkeling zich (tot op heden) niet heeft voorgedaan, heeft Iddink Digital een verminderde mogelijkheid om Malmberg ten opzichte van andere uitgevers in Magister te bevoordelen.
47. Dit heeft ook impact gehad op het effect van de FRAND voorwaarde dat uitgevers recht hebben om bepaalde informatie op te vragen uit Magister. Doordat de leerlingen in de online

leeromgeving van de uitgever content gebruiken, behouden uitgevers controle en (gratis) toegang tot gebruikersdata om hun leermiddelen te verbeteren. Hierdoor is de behoefte om beroep te doen op de FRAND voorwaarde met betrekking tot datatoegang beperkt. De meeste uitgevers waarmee gesproken is vinden het ook lastig om aan te geven in welke informatie er in Magister zit waarin zij geïnteresseerd zijn.

4.3.2 Opkomst concurrent Iddink Digital

48. Ten tweede heeft Iddink Digital marktaandeel verloren op de SIS/ELO markt, en is van ca. 80 - 90% in 2019 gezakt naar een marktaandeel van 60-70%. Ondanks de significante overstapdrempels die scholen ondervinden bij het overstappen van SIS/ELO heeft Topicus met haar product Somtoday een aanzienlijk marktaandeel op de SIS/ELO markt weten te behalen.
49. De opkomst van Topicus als serieuze uitdager van Iddink Digital verkleint het risico op afscherming door Iddink Digital van uitgevers door het verslechteren van de interoperabiliteit ten opzichte van Malmberg doordat scholen kunnen overstappen naar Topicus. Een inferieur aanbod van Magister door alle uitgevers slechtere interoperabiliteit te bieden dan Malmberg kan leiden tot meer overstappen naar Topicus.

4.3.3 Groei gebruik van aanbestedingen op SIS/ELO markt

50. Ten derde is de SIS/ELO markt gedurende de laatste paar jaren steeds meer een aanbestedingsmarkt geworden. Deze verschuiving komt doordat scholen strenger gecontroleerd worden op het juist aanbesteden van hun SIS/ELO. Ook overschrijden steeds meer scholengemeenschappen de aanbestedingsdrempel door fusies van scholengemeenschappen.
51. Doordat scholen vaker een SIS/ELO aanbesteden is er meer concurrentie op de SIS/ELO markt en zijn uitdagers zoals Topicus kansrijker om marktaandeel te winnen. Hierdoor wordt Iddink Digital gedwongen goede kwaliteit voor scholen te blijven leveren. Onder goede kwaliteit valt bijvoorbeeld dat de weergave van concurrerende uitgevers op Magister kwalitatief niet consistent slechter is dan de weergave van Malmberg.

4.3.4 Meer ketenafspraken over interoperabiliteit

52. Ten slotte ontwikkelen de ketenafspraken over standaarden in de keten zich steeds verder. Er gelden meerdere verplichte ketenafspraken in de VO markt waaronder de 'ECK distributie en toegang' en 'Edukoppeling (Edu-K)' standaarden die toezien op de distributie, toegang en veilige uitwisseling van data tussen onderwijsorganisaties, uitgevers, distributeurs en leveranciers van SIS/ELO's.¹⁴ In de komende jaren wordt Edu-K vervangen door de nieuwe standaard Edu-V.
53. Edu-V is een systeem van afspraken om een naadloze samenwerking in de keten mogelijk te maken. Afspraken zien toe op de digitale gegevensuitwisseling in het onderwijs en hebben als doel om ecosysteem lock-in tegen te gaan. Een van de basis principes is dat data altijd twee kanten opstroomt en dat elke partij voor haar eigen kosten opdraait. Volgens de Edu-V afspraken mag voor het onderling uitwisselen van gegevens in de regel geen prijs worden gerekend. Dit mag echter wel in het geval van maatwerk, als een uitgever bijvoorbeeld aan Iddink Digital vraagt om iets te doen waarin Edu-V niet voorziet. Naast afspraken over informatie-uitwisseling maakt Edu-V ook afspraken op het gebied van privacy en informatiebeveiliging.
54. Edu-V is deels geïnitieerd door het ministerie van OCW en gefinancierd door het Nationaal Groeifonds. Uitgevers, distributeurs, SIS'en en ELO's zitten rond de tafel en praten mee over hoe de nieuwe standaard vormgegeven zou moeten worden. Daarnaast zijn organisaties zoals Kennisnet en SIVON betrokken bij Edu-V. Edu-V gaat zelf toezicht houden op of deelnemende partijen zich aan de afspraken houden.

¹⁴ [Afspraken - Edustandaard](#)

55. Het is onduidelijk welke invloed de FRAND voorwaarden hebben gehad op de ontwikkeling van de standaarden in de markt. Wel is het duidelijk dat er veel raakvlakken tussen de FRAND voorwaarden en de Edu-V standaarden zijn, zoals het vereisen van gelijke toegang en goede interoperabiliteit. Edu-V voorkomt ook het vragen van onredelijke tarieven en regelt data verzoeken bijvoorbeeld over hoe lesmethodes worden gebruikt en het uitwisselen van testresultaten. De Edu-V standaarden zijn in tegenstelling tot de FRAND voorwaarden van toepassing op alle spelers in de keten en hebben daarmee een breder effect op de markt dan de voorwaarden. De FRAND voorwaarden zijn op bepaalde punten wel verder dan Edu-V, zo zien de vereisten uit Edu-V enkel op bepaalde minimale serviceniveaus waarbij de eenzijdige bevoordeling van Malmberg door Iddink Digital nog steeds mogelijk is. De FRAND voorwaarden borgen dat Malmberg niet als enige een extra voordeel kan krijgen.

4.4 Effect FRAND voorwaarden

56. Uit het voorgaande volgt dat de bevoordeling van Malmberg door Iddink Digital zich niet heeft voorgedaan en dat dit veroorzaakt lijkt te zijn door de manier waarop de markt zich ontwikkeld heeft de afgelopen vijf jaar. De rol van de FRAND voorwaarden lijkt hierdoor beperkt. Er heeft zich één geval voorgedaan de afgelopen vijf jaar waar de FRAND voorwaarden mogelijk wel effect hebben gehad. Dit was gedurende de onderhandelingen van uitgevers met Iddink Digital over een platformvergoeding die de uitgevers aan Iddink Digital zouden moeten betalen in ruil voor het ontsluiten van hun content via Magister. Hieronder wordt de achtergrond van de platformvergoeding uiteengezet en uitgelegd hoe de FRAND voorwaarden mogelijk effect hebben gehad in deze onderhandelingen.

4.4.1 Achtergrond

57. De voorschriften schrijven voor dat Iddink een Dienstverleningsovereenkomst (DVO) aanbiedt aan uitgevers om de uitgevers o.a. in staat te stellen hun rechten onder de voorschriften privaatrechtelijk geldend te maken. Deze DVO dient een aantal bepalingen te bevatten over toegang, het recht om een audit te laten uitvoeren, en geschillenbeslechting. Bij het eerste accountantsrapport (31 januari 2020) is een model DVO toegevoegd die Iddink Digital heeft opgesteld, en waarin naast de vereiste bepalingen ook over een betalingsverplichting voor de uitgever (rn. 5.1) wordt gesproken. De hoogte van de vergoeding is in deze versie nog niet ingevuld.¹⁵ De FRAND voorwaarden geven geen kader over de mogelijkheid dat Iddink Digital de uitgevers een platformvergoeding zou kunnen vragen.
58. Uitgevers betaalden voor de concentratie geen platformvergoeding echter begreep de ACM destijds dat er al voor de concentratie gesproken werd tussen uitgevers en Iddink over het invoeren van een dergelijke platformvergoeding.
59. In zijn rapport zegt de Accountant dat hij met deze “eerste versie van de FRAND Overeenkomst” “geen wezenlijke problemen” heeft vastgesteld, “al bevat deze overeenkomst nog geen vergoedingsmethodologie”.
60. Het tweede accountantsrapport (30 november 2020) bevat in Bijlagen 3.1-3.13 ondertekende DVO's voor [10-20] uitgeverijen. Deze DVO's luiden vrijwel identiek aan de conceptversie die bij het eerste accountantsrapport was gevoegd. De enige inhoudelijke wijziging is de toevoeging van randnummer 5.2, waarin staat:

¹⁵ In de tekst staat de “access fee inclusief service fee” omschreven als een percentage van de “catalogusprijs” van de uitgever.

*“[De access fee zoals die in randnummer 5.1 is vastgesteld] is voor iedere Uitgever gelijk en zal vanaf schooljaar 20/21 separaat door Iddink Digital worden gefactureerd. Dit percentage zal in mindering worden gebracht op de distributiemarge (korting) voor digitale leermiddelen als opgenomen in de jaarlijkse overeenkomst tussen Iddink Learning Materials B.V. en [uitgever]”.*¹⁶

61. Iddink Digital stelt hier dat de platformvergoeding (gelijk aan 5% van de uitgevers' omzet die via Magister ontsloten wordt) per saldo geen prijsverhoging inhoudt, omdat het bedrag compleet verrekend wordt met de korting voor de distributiediensten van Iddink Learning Materials. Of dit ook daadwerkelijk geen kostenverhoging oplevert voor uitgevers kan betwijfeld worden, omdat de introductie van de platformvergoeding de jaarlijkse onderhandelingen over de hoogte van het kortingspercentage tussen de uitgever en Iddink Learning Materials zou kunnen beïnvloeden.
62. Het tweede accountantsrapport bespreekt verder hoe enkele uitgevers de DVO hebben afgewezen.¹⁷ De accountant concludeert dat Partijen aan alle uitgevers toegang moeten bieden tot de Magister API, ongeacht of ze de DVO hebben ondertekend.¹⁸ Verder beschouwt hij deze discussie als een commerciële aangelegenheid die hem verder niet aangaat zolang Iddink Digital maar niet discrimineert tussen de uitgevers.¹⁹
63. In zijn gesprekken met de ACM in het kader van deze evaluatie stelde de Accountant dat hij Partijen destijds heeft gezegd dat ze op dat moment aan alle uitgevers toegang moesten blijven geven, omdat ze (nog) geen FRAND aanbod hadden gedaan, of op FRAND basis hadden onderhandeld.
64. In het derde accountantsrapport (30 november 2021) staat dat voor het schooljaar 2021/22 **[5-10]** uitgevers de DVO hebben ondertekend, waaronder twee dochterondernemingen van Sanoma (Malmberg en Essener).²⁰ **[20-30]** uitgevers hebben niet ondertekend. De DVO zoals die dat jaar door Iddink Digital aan uitgevers is aangeboden is identiek aan die van het jaar ervoor, inclusief de 5% access fee. De Accountant neemt verder hetzelfde standpunt in als het voorgaande jaar: zolang Iddink Digital iedereen toegang geeft tot Magister, zijn de onderhandelingen over de DVO een commerciële kwestie.
65. Het vierde accountantsrapport (30 november 2022) legt uit dat er voor het schooljaar 2022/23 een nieuwe DVO is gekomen, waarin geen access fee meer staat. Deze DVOs zijn door alle uitgevers getekend behalve door **[0-5]** uitgevers.²¹ De DVOs en de correspondentie eromheen zijn als [Bijlage 3.3](#) toegevoegd bij het accountantsrapport. Ze zijn identiek aan de DVOs van voorgaande jaren, behalve dat er nu simpelweg staat dat de toegang “om niet” wordt verleend, en dat de overeenkomst steeds stilzwijgend met een jaar zal worden verlengd.
66. In het vijfde accountantsrapport (30 november 2023) en het zesde accountantsrapport (29 november 2024) staat dat alle uitgevers de DVO hebben ondertekend.²²

4.4.2 Rol van de FRAND voorwaarden

67. Gedurende deze periode heeft Iddink Digital alle uitgevers toegang verstrekt tot Magister. Het is mogelijk dat de FRAND voorwaarden hier een rol in hebben gespeeld. In het geval Iddink Digital niet gebonden zou zijn geweest aan de FRAND voorwaarden had ze wellicht gedreigd met het ‘op zwart zetten’ van uitgevers die de platformvergoeding niet wilden betalen of zou ze dat dreigement zelfs (tijdelijk) uitvoeren. In ieder geval heeft de Accountant Iddink meegedeeld dat, ongeacht of uitgevers de DVO en de platformvergoeding accepteerden, toegang tot Magister

¹⁶ N.B. Iddink Learning Materials is geen partij bij de DVO. De DVO bevat ook geen andere bepalingen over de hoogte van de distributiemarge zoals die door Iddink Learning Materials aan de uitgever in rekening wordt gebracht.

¹⁷ **[0-5]** uitgevers hadden geen bezwaren geuit, maar ook nog niet ondertekend.

¹⁸ Randnummer 3.3.42 van het tweede rapport.

¹⁹ Randnummer 3.3.48 van het tweede rapport.

²⁰ Vgl. [Bijlage 3.3.1-3.3.7](#) bij het 3^e accountantsrapport.

²¹ Het accountantsrapport legt niet uit waarom deze **[0-5]** uitgevers niet hebben getekend.

²² In beide gevallen in randnummer 3.3.13.

verleend moest worden zolang er geen FRAND aanbod werd gedaan door Iddink Digital. Dat nam een onderhandelingsmiddel weg bij Partijen.

68. Tegelijkertijd is het ook mogelijk dat Iddink Digital ook zonder de FRAND voorwaarden niet zou hebben gedreigd met het 'op zwart zetten' van uitgevers of het daadwerkelijk toegang ontzeggen tot Magister. Het is mogelijk nooit in het belang van Iddink Digital geweest om bepaalde uitgevers geen toegang te geven tot Magister. Alle marktpartijen met wie de ACM in het kader van dit onderzoek heeft gesproken waren het erover eens dat een SIS/ELO, om een acceptabel product te hebben ten opzichte van scholen, vrijwel alle leermiddelen in haar platform moet kunnen ontsluiten. Het is onwaarschijnlijk dat een school het zou accepteren dat Magister digitale leermiddelen van een specifieke uitgever die de school heeft aangeschaft niet (meer) zou ontsluiten. In bepaalde gevallen zou dat zelfs contractbreuk jegens de school kunnen inhouden.

4.4.3 Conclusie

69. Het is niet met zekerheid te zeggen of Iddink zich anders had opgesteld en gedragen bij de onderhandelingen rond de platformvergoeding als zij niet gebonden was aan de FRAND voorwaarden. Het is mogelijk dat Iddink vanuit commerciële overwegingen nooit uitgevers 'op zwart' zou zetten. Tegelijkertijd hebben de onderhandelingen enkele jaren voortgeduurd en heeft Iddink in die periode ernaar gestreefd om een platformvergoeding in rekening te brengen. Gedurende die periode heeft Iddink de enkele uitgevers die de vergoeding niet hebben betaald altijd toegang gegeven, in lijn met de uitleg van de Accountant van de FRAND voorwaarden in deze casus. Het effect van de FRAND voorwaarden in deze casus is dus onzeker.
70. Naast het mogelijke effect dat de FRAND voorwaarden hebben gehad in de onderhandelingen tussen Iddink en de uitgevers over de platformvergoeding heeft de ACM geen concrete signalen ontvangen van andere effecten van de FRAND voorwaarden.

5 Aanbevelingen

71. Op basis van het onderzoek komt de ACM tot de conclusie dat de FRAND voorwaarden maar een beperkte relevantie hadden door de marktontwikkelingen van de afgelopen vijf jaar. Uit de effectmeting volgen desalniettemin lessen om FRAND voorwaarden bij concentraties, en voorwaarden in het algemeen, in de toekomst effectief in te zetten. Deze zien op het meegeven van kaders en handvatten bij FRAND (5.1), communicatie over de voorwaarden (5.2) en over het vastleggen van rechten in een aparte overeenkomst (5.3). In dit hoofdstuk worden deze toegelicht.

5.1 Waar mogelijk kaders en handvatten meegeven bij FRAND

72. Doordat het concept “FRAND” open is, kan het onduidelijk zijn wat de ACM “FRAND” acht. Vaak zal de ACM het concept FRAND gebruiken in voorwaarden omdat een vereiste dat “iedereen gelijk” behandeld moet worden te rigide wordt geacht. Deze flexibiliteit die de ACM behoudt door FRAND voorwaarden te stellen betekent wel:
1. Dat de voorschriften marktpartijen een aantal handvatten moeten bieden om te begrijpen wat wel en niet acceptabele vormen zijn binnen deze flexibiliteit. Een uitputtend overzicht van wat wel en niet is toegestaan gaat tegen de flexibiliteit van FRAND in en is daarmee niet mogelijk. Als de wens bestaat voor een uitputtende lijst is het FRAND-concept niet geschikt. Echter zou de ACM ernaar moeten streven om duidelijkheid te geven waar mogelijk.
 2. Het is daarbij van belang dat de ACM zich realiseert dat marktpartijen FRAND vaak zullen opvatten als “iedereen gelijk”. Als de ACM dat niet wil, helpt het de marktpartijen als de ACM dat expliciet benoemt. De ACM kan er niet vanuit gaan dat alle relevante marktpartijen zich altijd door deskundige juridisch adviseurs zullen laten bijstaan en weten wat hun rechten zijn.
 3. De ACM moet de afweging bewust en expliciet maken of ze liever een flexibel concept hanteert waarbij de uitleg onzeker is of een duidelijk kader met minder flexibiliteit. Als de ACM bijvoorbeeld wil dat iedereen dezelfde prijs betaalt, is het beter om dat dan ook te zeggen, en het FRAND-concept te vermijden.
73. Een specifiek handvat dat in deze zaak mogelijk op zijn plaats was geweest was een verplichting met betrekking tot het delen van meta-informatie. Onderdeel van de FRAND voorwaarden is dat uitgevers recht hebben op minimaal dezelfde informatie als Malmberg. Tegelijkertijd weten uitgevers niet welke informatie Malmberg krijgt. Daardoor weten uitgevers niet welke informatie ze mogen opvragen en zij recht op hebben. Deze informatie-asymmetrie had tegengegaan kunnen worden door Partijen als onderdeel van de FRAND voorwaarden te verplichten om proactief aan de uitgevers te vertellen welke informatie Iddink Digital met Malmberg deelt.

5.2 Communicatie over de voorwaarden

74. Effectief toezicht op de naleving van voorwaarden vereist dat zo veel mogelijk marktpartijen op de hoogte zijn van de inhoud van de voorwaarden, zodat ze bij de ACM een klacht kunnen indienen als Partijen de voorwaarden niet naleven, of zelf via de burgerlijke rechter Partijen kunnen dwingen tot naleving. Het is daarom van belang dat de ACM nadenkt over een effectieve communicatie-strategie, zodat marktpartijen in ieder geval niet alleen van Partijen horen over de voorwaarden.

75. Dit geldt met name als de ACM in haar voorwaarden gebruik maakt van technisch juridisch jargon zoals “FRAND”, en als de marktpartijen relatief klein zijn met beperkte toegang tot gespecialiseerd juridisch advies. Uit de gesprekken met marktpartijen komt naar voren dat de kennis en begrip van de FRAND voorwaarden beperkt is. Marktpartijen weten niet altijd wat FRAND inhoudt, en leggen soms de voorwaarden niet helemaal correct uit.

5.3 Vastleggen rechten van derden

76. In het geval voorschriften Partijen verplichten om overeenkomsten met derden tot stand te brengen is het van belang om Partijen te verplichten geen andere bepalingen in de overeenkomsten op te nemen. Op deze manier staat niets een snelle ondertekening in de weg. Als de ACM Partijen de ruimte wilt bieden om ook op commerciële basis afspraken met derden te maken, kunnen Partijen dat altijd in afzonderlijke overeenkomsten doen.
77. De uiteindelijke DVO tussen Iddink Digital en de uitgevers is pas in 2023 tot stand gekomen, ruim drie jaar na de concentratie. In de eerste drie jaren na de concentratie heeft een deel van de uitgevers de DVO niet ondertekend omdat ze het niet eens waren met de platformvergoeding zoals die was opgenomen in de DVO. Dit betekent dat hun rechten tot 2023 nooit in een overeenkomst zijn vastgelegd. Daardoor hebben deze uitgevers tot 2023 geen audit kunnen laten doen en geen mogelijkheid gehad om zaken bij de burgerlijke rechter aanhangig te maken over een inbreuk op de voorschriften. Uitgevers die hun klacht over de platformvergoeding wilden voorleggen aan de rechter moesten hierdoor juist de DVO tekenen inclusief deze platformvergoeding.
78. Het was dus beter geweest als de voorschriften niet alleen Partijen hadden verplicht om de uitgevers een DVO aan te bieden, maar ook hadden verplicht om daar enkel en alleen de elementen in op te nemen die in de voorschriften staan opgesomd.

6 Conclusie

79. In 2019 heeft de ACM FRAND voorwaarden opgelegd aan Iddink in de concentratiezaak Sanoma – Iddink. De ACM heeft onderzocht wat de effecten van de FRAND voorwaarden zijn geweest op de concurrentie van het digitale platform Magister.
80. Deze FRAND voorwaarden heeft de ACM opgelegd omdat zij bij de beoordeling van de concentratie onder andere het risico geïdentificeerd dat Iddink Digital Malmberg na de overname zou kunnen bevoordelen ten opzichte van andere uitgevers. Dit zou zij o.a. kunnen doen door Malmberg relatief betere interoperabiliteit met Magister te geven of door meer informatie uit Magister te delen met Malmberg.
81. Randnummer 192 van het ACM besluit uit 2019 vat samen waarom de ACM destijds heeft geconcludeerd dat de voorschriften de mededingingsrisico's die de ACM zag voldoende wegnamen:
- “Het definitieve voorstel van 16 augustus 2019 biedt naar het oordeel van de ACM in afdoende mate een oplossing voor de geconstateerde mededingingsrechtelijke bezwaren op de mogelijke markt(en) voor de uitgifte van leermiddelen. Ten eerste omdat de concurrenten van Malmberg onder gelijke voorwaarden toegang houden tot Magister. Ten tweede omdat het voorstel het mogelijk maakt dat uitgevers desgewenste bepaalde data uit Magister kunnen krijgen.[..]”*
82. Uit het onderzoek blijkt dat gedurende de eerste vijf jaar na de overname Malmberg niet is beoordeeld door Iddink Digital. De verschillende marktontwikkelingen die afwijken van de verwachtingen ten tijde van het besluit zijn de voornaamste redenen hiervoor. Gelet op deze marktontwikkelingen hebben de FRAND voorwaarden geen grote effecten kunnen hebben. Het feit dat de daadwerkelijke marktontwikkelingen afwijken van de verwachte marktontwikkelingen is inherent aan concentratiecontrole.
83. Ten eerste is de verwachting van de ACM dat uitgevers rechtsreeks hun lesmateriaal in de ELO zouden inladen niet uitgekomen, waardoor uitgevers ook zonder toegang tot data uit Magister hun leermiddelen kunnen verbeteren. Veel van de noodzakelijke informatie kunnen ze uit hun eigen systemen halen. Daarnaast is marktaandeel van Iddink Digital verminderd over de afgelopen jaren en hebben de Edu-V ketenafspraken en het toegenomen gebruik van formele aanbestedingen voor SIS/ELO's ervoor gezorgd dat de grote uitgevers een relatief sterkere positie in de keten hebben, in vergelijking met Iddink Digital, dan verwacht. Daardoor is de noodzaak van het borgen van de standaard interoperabiliteit tussen de digitale leeromgevingen van de uitgevers en Magister middels de FRAND voorwaarden minder relevant gebleken.
84. Het is wel mogelijk dat de FRAND voorwaarden een rol hebben gespeeld in onderhandelingen tussen Iddink Digital en uitgevers over de platformvergoeding. Het feit dat Iddink Digital niet zonder meer uitgevers 'op zwart' mocht zetten in het kader van de FRAND voorwaarden heeft de onderhandelingspositie van uitgevers versterkt. De uitgevers die de platformvergoeding niet geaccepteerd hadden zijn nooit 'op zwart' gezet. Het is echter onduidelijk of deze uitkomst een gevolg is van de FRAND voorwaarden aangezien het ook vanuit een commercieel oogpunt mogelijk nooit een optie voor Iddink zou zijn.
85. De ACM heeft geen signalen ontvangen van andere effecten van de FRAND voorwaarden.
86. De ACM heeft uit deze effectmeting lessen getrokken voor de implementatie van FRAND voorwaarden en het verbinden van voorwaarden aan de goedkeuring van concentraties. Ten eerste zou het goed zijn als de ACM kaders en handvatten meegeeft aan de markt om duidelijker te maken wat de ACM “FRAND” acht. Alhoewel een open invulling nuttig is omdat dit ruimte biedt aan de betreffende marktpartijen om tot goede afspraken te komen, kan het in voorkomende

gevallen bevorderlijk zijn om kaders mee te geven over bijvoorbeeld minimum vereisten in de datadeling. Ten tweede is het voor de effectiviteit van de voorwaarden zinvol om proactief en duidelijk te communiceren met marktpartijen over wat hun rechten en plichten zijn onder FRAND voorwaarden. Tot slot, in het geval dat verbintenissen marktpartijen verplichten om overeenkomsten met derden tot stand te brengen, is het van belang om marktpartijen te verplichten geen andere bepalingen in deze overeenkomsten op te nemen.