

Verslag internetconsultatie wetsvoorstel publiek toezicht platform-to-business verordening

Inleiding

Van 26 mei tot 14 juli 2021 is het wetsvoorstel publiek toezicht platform-to-business (hierna: P2B) verordening¹ via internet geconsulteerd. Er zijn acht reacties gekomen op de consultatie. Zeven daarvan zijn openbaar. Dit stuk brengt verslag uit van hoe deze reacties in de internetconsultatie zijn verwerkt in het wetsvoorstel en de bijbehorende memorie van toelichting.

Aanpassingen aan het wetsvoorstel en memorie van toelichting

Mede naar aanleiding van de reacties op de internetconsultatie zijn er enkele aanpassingen gedaan in het wetsvoorstel en de memorie van toelichting. Deze aanpassingen zijn als volgt:

- Verduidelijking van het begrip 'collectief belang' in de memorie van toelichting. Hierbij is verder de verwijzing toegevoegd naar het prioriteringsbeleid van de ACM.
- Verduidelijking in de memorie van toelichting van de wijze waarop internationale samenwerking tussen de toezichthouders op de P2B-verordening is vormgegeven.
- Verduidelijking in de memorie van toelichting dat de ACM op grond van de P2B-verordening alleen kijkt naar transparantie en bijvoorbeeld niet inhoudelijk oordeelt over de reden van verwijdering van een ondernemer van een platform.
- Naar aanleiding van de opmerkingen over de wijzigingen van het Burgerlijk Wetboek (BW) en het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (Rv) is het wetsvoorstel op twee onderdelen aangepast en zijn in de memorie van toelichting verduidelijkingen aangebracht.
- Verduidelijking in de memorie van toelichting dat een bindende gedragslijn geen nieuwe verplichtingen kan creëren.

Reacties wet publiek toezicht platform-to-business verordening

Onduidelijkheden interpretatie verordening

Een aantal partijen, zoals Google, Koninklijke Horeca Nederland (hierna: KHN) en VNO-NCW, wijst op begrippen in de verordening die voor meerdere interpretaties vatbaar zijn. Voorbeelden zijn 'gericht op het faciliteren van het initiëren van directe transacties' in artikel 1 en 'gedifferentieerde behandeling' in artikel 7. De onduidelijkheden van de bepalingen zorgen ervoor dat platforms minder rechtszekerheid hebben met betrekking tot naleving van de P2B-verordening. Als oplossing stelt Google voor om in de toelichting bij het wetsvoorstel de ACM de opdracht te geven om richtsnoeren op te stellen over de reikwijdte en de interpretatie van onduidelijke begrippen in de verordening.

Het kabinet erkent dat de P2B-verordening een aantal brede begrippen kent. Het kabinet begrijpt daarom dat een richtsnoer behulpzaam kan zijn. Het verder invullen van deze begrippen zal gebeuren via besluiten door toezichthouders en rechtspraak, in laatste instantie door het Hof van Justitie van de Europese Unie. Het is niet aan het kabinet om die begrippen zelf te verduidelijken. Het kabinet acht het dan ook niet wenselijk en nodig om de ACM een instructie te geven. In de UHT van het wetsvoorstel geeft de ACM aan dat zij invulling zal moeten geven aan de normen, aangezien er nog geen jurisprudentie bestaat over de uitleg van de normen. In oktober 2021 is de ACM een marktverkenning gestart om zich voor te bereiden op deze taak. Met de marktverkenning wil de ACM inzicht krijgen in de uitleg en invulling die platforms momenteel aan de normen geven. Op basis van de uitkomsten van de verkenning kan de ACM bepalen of het nodig is om bijvoorbeeld een leidraad of beleidsregel op te stellen om de markt duidelijkheid te geven over de invulling van bepalingen uit de P2B-verordening. Een instructie in het wetsvoorstel is daarom overbodig. De ACM heeft in mei 2022 aangekondigd dat zij een leidraad voorbereidt waarin ze verder verduidelijkt waar platforms en zoekmachines aan moeten voldoen.

Invulling collectieve belangen

In de reacties op de internetconsultatie zijn er met name vragen over de betekenis van het begrip 'collectief belang'. Dit begrip is relevant, omdat uit het wetsvoorstel volgt dat publieke handhaving door de ACM alleen mogelijk is als overtredingen door platforms schade toebrengen aan de

¹ Verordening (EU) 2019/1150 van het Europees Parlement en de Raad van 20 juni 2019 ter bevordering van billijkheid en transparantie voor zakelijke gebruikers van onlinetussenhandelsdiensten (PBEU 2019, L 186).

collectieve belangen van ondernemers. Partijen stellen dat de ACM veel ruimte krijgt om invulling te geven aan dit begrip. Daardoor is er rechtsonzekerheid onder platforms. Zowel Google, KHN, VNO-NCW/MKB-Nederland als een platform in een niet-openbare reactie adviseren daarom om de norm collectief belang te verduidelijken.

Om meer duidelijkheid te krijgen over wanneer sprake is van een collectief belang stellen partijen voor om in het wetsvoorstel op te nemen op basis van welke maatstaven de ACM bepaalt of er sprake is van een collectief belang. VNO-NCW/MKB-Nederland vraagt bijvoorbeeld hoeveel klachten er ingediend moeten zijn door ondernemers voordat de ACM een onderzoek instelt. Google stelt voor om dezelfde norm als in het consumentenrecht te hanteren, waarbij de toezichthouder alleen kan ingrijpen wanneer zij aantoonbaar dat meerdere ondernemers schade leiden als gevolg van een structurele overtreding van de verordening.

In de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel stond al aangegeven dat sprake kan zijn van een collectief belang als meerdere ondernemers eenzelfde signaal bij de ACM indienen, of als een individueel signaal meerdere ondernemers raakt. Naar aanleiding van de reacties is dit verder verduidelijkt in een aparte paragraaf in de memorie van toelichting. De paragraaf licht toe hoe bepaald wordt of er sprake is van een collectief belang. Daaruit blijkt dat de invulling van collectief belang aansluit bij het consumentenrecht. Dat wil zeggen dat er onderscheid wordt gemaakt tussen incidentele en structurele overtredingen. Bovendien is verduidelijkt dat de ACM niet enkel een sanctie kan opleggen als de schade al is opgetreden, maar ook als deze dreigt.

De norm collectief belang is niet uitgewerkt in het wetsvoorstel zelf. Het is namelijk de taak van de ACM om in het concrete geval de norm verder af te bakenen en te interpreteren. Als het kabinet de norm in het wetsvoorstel zou concretiseren, zou dat toezichthoudende taak van de ACM te veel beperken. Dit is in lijn met de aanpak in het consumentenrecht.

KHN is van mening dat elke individuele klacht serieus onderzocht dient te worden door de ACM, omdat er ook bij individuele klachten schade aan de collectieve belangen van ondernemers kan zijn. Het kabinet benadrukt dat de ACM ook bij individuele signalen kan optreden. Hierbij kan er sprake van een collectief belang zijn als de gedraging waarover het signaal gaat ook andere ondernemers raakt, zonder dat die ondernemers een signaal bij de ACM hebben ingediend. Individuele signalen worden ondervangen door een risicoanalyse van de ACM. Hierbij hoeft de ACM niet naar buiten toe aan te geven wat er per signaal is gedaan.

Prioritering

Enkele reacties hebben betrekking op de wijze waarop de ACM bepaalt of een zaak opgepakt dient te worden. Een platform stelt voor om objectieve criteria te publiceren op basis waarvan de ACM besluit om een casus verder te onderzoeken. Hierbij kan men denken aan het aantal getroffen ondernemers of de ernst van de overtreding. KHN is van mening dat de ACM prioriteit moet geven aan overtredingen van grotere platforms, omdat daar vaak meer gedupeerden zijn. KHN stelt de vraag hoe dergelijke toetsingskaders worden bepaald.

Criteria voor prioritering worden niet opgenomen in het wetsvoorstel of de memorie van toelichting. De ACM stelt als onafhankelijk toezichthouder zelf het prioriteringsbeleid vast. Wel wordt in de toelichting een verwijzing opgenomen naar het prioriteringsbeleid van de ACM. Daar staat een opsomming van criteria die de ACM toepast om te bepalen aan welke zaak zij prioriteit geeft.

VNO-NCW stelt dat terughoudendheid in het toezicht door de ACM wenselijk is in situaties waarin de verhoudingen tussen platform en ondernemer gelijkwaardig zijn. Het kabinet erkent dat de vaak scheve (in het voordeel van platforms zijnde) afhankelijkheidsrelatie een reden vormt om publiek toezicht bij de ACM neer te leggen. Het kabinet is er echter geen voorstander van om het bestaan van een afhankelijkheidsrelatie als voorwaarde op te nemen voor de ACM om te kunnen optreden. Dit zou het toezicht door de ACM bemoeilijken aangezien ze een afhankelijkheidsrelatie aan moet tonen. Ook bij gelijkwaardige relaties moet handhaving door de ACM mogelijk zijn.

Europese afstemming

Diverse partijen brengen naar voren dat een vorm van afstemming of samenwerking tussen nationale toezichthouders op het gebied van toepassing van de verordening wenselijk zou zijn. Een platform adviseert om samen met andere handhavingsautoriteiten in de EU een leidraad op te stellen over de interpretatie van de wetgeving. Richtsnoeren met betrekking tot de verplichtingen van de P2B-verordening zouden platforms handvatten bieden bij de implementatie en interpretatieverschillen naar voren brengen. Ook Google stelt voor om dergelijke richtsnoeren op te stellen.

Houthoff benoemt dat alle lidstaten handhaving op hun eigen manier in kunnen richten. Platforms kunnen daardoor te maken krijgen met verschillen in de toepassing van de P2B-verordening tussen lidstaten. De P2B-verordening bevat geen mechanisme voor samenwerking tussen toezichthouders. De vraag doet zich daarom voor hoe voorkomen wordt dat er lappendeken aan handhaving ontstaat. Houthoff stelt voor om daar in de memorie van toelichting op in te gaan.

Ook Google maakt zich zorgen over verschillen in handhaving tussen lidstaten. Platforms kunnen in meerdere lidstaten van de EU actief zijn. Het risico bestaat daarom dat platforms te maken krijgen met overlappende onderzoeken en tegenstrijdige handhavingsmaatregelen vanuit verschillende nationale handhavingsautoriteiten. Google adviseert om in de toelichting op te nemen dat de ACM parallelle onderzoeken probeert te voorkomen. De toelichting kan de ACM bijvoorbeeld verplichten om andere toezichthouders in kennis te stellen van de start van een handhavingsonderzoek en verbieden om een onderzoek te starten indien een andere toezichthouder al een onderzoek is gestart.

Naar aanleiding van de reacties is in de memorie van toelichting opgenomen dat de ACM van plan is om bij concrete onderzoeken afstemming te zoeken met andere Europese toezichthouders. Hier zal ze gebruikmaken van de contacten die ze heeft op basis van haar andere toezichtstaken. De P2B-verordening laat lidstaten vrij om te bepalen hoe zij voorzien in effectieve handhaving van de verordening. Lidstaten zijn niet verplicht om toezichthouders aan te wijzen. Er zijn daarom ook geen regels over samenwerking tussen toezichthouders. Dit maakt het niet mogelijk om in dit wetsvoorstel een verplichting op te nemen waarbij nationale toezichthouders elkaar informeren over zaken en afspreken welke toezichthouder een zaak oppakt. Ook een verplichting voor het opstellen van een gezamenlijke leidraad is niet mogelijk. Een verplichting tot samenwerking is iets wat in de Europese verordening zelf geregeld zou moeten worden en niet in een nationale uitvoeringsregeling.

Hoewel er geen sprake is van een formeel samenwerkingsverband, kan de ACM bij de uitvoering van haar toezichtstaak haar bestaande informele contacten met toezichthouders uit andere lidstaten gebruiken. Het kabinet ziet de meerwaarde van een goede samenwerking tussen nationale toezichthouders in. Dit is iets wat op Europees niveau moet worden gecoördineerd.

Gegeven de inrichting van het systeem kan op voorhand niet worden uitgesloten dat verschillende nationale autoriteiten onderzoek doen naar dezelfde kwestie. Het verschilt bijvoorbeeld per lidstaat hoe handhaving van de verordening is vormgegeven en bij welke publieke instantie het toezicht is belegd. Het risico op verschillen in handhaving staat los van het wetsvoorstel. Immers, ook als handhaving volledig bij de rechter ligt, kan het zijn dat er in verschillende lidstaten onderzoeken lopen naar eenzelfde platform. Doordat de ACM haar contacten met andere nationale toezichthouders kan gebruiken, verkleint dit P2B-wetsvoorstel het risico op parallelle onderzoeken in verschillende lidstaten.

Sancties

Google stelt voor dat de ACM voordat zij overgaat op een handhavingsmaatregel altijd eerst met een waarschuwing komt, zodat het platform het inbreukmakende gedrag kan corrigeren. Het kabinet vindt het onwenselijk om de ACM te verplichten eerst waarschuwingen af te geven. De kracht van de handhavingsbevoegdheid neemt dan namelijk af, omdat platforms minder geneigd zullen zijn om schendingen bij voorbaat te voorkomen. Bovendien sluit de systematiek om altijd eerst een waarschuwing af te geven, niet aan bij hoe handhaving door de ACM op andere regelgeving is ingericht.

Google adviseert een nadere toelichting over de specifieke omstandigheden waarin wordt besloten om een boete op te leggen op basis van de omzet in plaats van een vaste boete. In artikel 6 van het wetsvoorstel inzake de hoogte van de bestuurlijke boete is de maximale hoogte van de boete opgenomen. Dat wil zeggen dat niet in alle gevallen het maximum wordt opgelegd. Bij het bepalen van de hoogte van de boete houdt de ACM rekening met de aard, ernst en duur van de overtreding. In het betreffende artikel is verduidelijkt dat dit maximum het bedrag is dat is vastgesteld voor de zesde categorie, bedoeld in artikel 23, vierde lid, van het Wetboek van Strafrecht, of, indien dat meer is, 10% van de omzet van de overtreder. Ook de memorie van toelichting is verduidelijkt op dit punt.

Overige opmerkingen handhaving ACM

Er zijn ook enkele opmerkingen die betrekking hebben op de handhavingsbevoegdheden van de ACM. Een platform stelt dat de memorie van toelichting de indruk wekt dat de ACM sancties kan opleggen indien zij het inhoudelijk niet eens is met de reden van verwijdering van een ondernemer van een platform. De ACM is niet bevoegd om inhoudelijk te oordelen of zij het eens is met de reden van verwijdering. De ACM kan enkel controleren of het besluit is gemotiveerd en of de reden van verwijdering één van de gronden in de algemene voorwaarden betreft. De memorie van toelichting is verduidelijkt op dit punt.

Hetzelfde platform stelt ook voor om de gang naar de ACM alleen mogelijk te maken indien een ander klachtentraject, zoals mediation, zonder resultaat is. Dit voorstel is niet in lijn met het doel van de P2B-verordening. Door een afhankelijkheidsrelatie, kunnen platformgebruikers terughoudend zijn om problemen aan te kaarten bij het platform en is het laagdrempeliger om naar de ACM te stappen. Het is onwenselijk om te verplichten dat deze ondernemers eerst naar het platform of een externe bemiddelaar moeten.

KHN vindt het belangrijk dat er voldoende capaciteit is bij de ACM om te kunnen voldoen aan de nieuwe toezichthoudende taak. Het kabinet erkent dat het inregelen van voldoende capaciteit van groot belang is om publieke handhaving mogelijk te maken. De ACM krijgt de beschikking over 5 fte om de verordening te handhaven.

Google vraagt zich af in hoeverre de aanvullende handhavingsbevoegdheid in de vorm van een bindende gedragslijn kan leiden tot nieuwe verplichtingen die binnen het toepassingsgebied van de verordening vallen. Als reactie hierop is in de memorie van toelichting ter verduidelijking opgenomen dat de ACM geen extra verplichtingen kan creëren met de bindende gedragslijn. De ACM kan de gedragslijn alleen opleggen om richting een platform aan te geven hoe het zich aan de bestaande verplichtingen in de verordening dient te houden.

Bepalingen inzake collectieve actie

De Nederlandse Orde van Advocaten en Houthoff hebben opmerkingen gemaakt over de wijzigingen in boek 3 van het BW, zoals neergelegd in artikel 8 van het wetsvoorstel. Eén van de partijen werpt de vraag op wat de verhouding is tussen artikel 2 van het wetsvoorstel, inzake de reikwijdte van het wetsvoorstel, en de wijzigingen in boek 3 van het BW en Rv. Het antwoord op die vraag is dat artikel 2 enkel betrekking heeft op de artikelen die zien op het publiekrechtelijke toezicht en de handhaving van de verordening (de artikelen 2 tot en met 6 van het wetsvoorstel) en niet op de artikelen die wijzigingen in andere wetten bevatten. De reikwijdte van de mogelijkheden tot collectieve actie worden enkel bepaald door artikel 14 van de verordening en de bepalingen in boek 3 van het BW en Rv, zoals gewijzigd door de artikelen 8 en 9 van het wetsvoorstel.

Deze partijen vragen ook of artikel 14 van de P2B-verordening de ruimte laat om, volgens de regels van artikel 3:305a van het BW, andere vorderingen in te stellen dan genoemd in dat artikel ter handhaving van de verordening. Het antwoord op deze vraag luidt bevestigend. De P2B-verordening harmoniseert de regels met betrekking tot collectieve rechtsvorderingen tot het beëindigen of verbieden van overtredingen van de verordening. Deze bepaling laat onverlet dat er voor de nationale rechter een collectieve rechtsvordering wordt ingesteld met een ander doel, bijvoorbeeld collectieve schadeafwikkeling. De collectieve rechtsvordering wordt in die gevallen volledig beheerst door het nationale recht en niet door artikel 14 van de P2B-verordening.

De ontvangen reacties hebben er tevens toe geleid dat in de memorie van toelichting duidelijker is toegelicht dat de P2B-verordening enkel ruimte laat om in het nationale recht regels te stellen over de rechtsvordering zelf en de procedurele vereisten. Nationale regelgeving kan geen eisen stellen aan de organisatie die de rechtsvordering indient. Ook is in de memorie van toelichting nader toegelicht welke eisen aan de rechtsvordering van overeenkomstige toepassing worden verklaard. Verder merkt Houthoff op dat in het nieuwe artikel 3:305ca van het BW ook de gelijksoortigheidseis (artikel 3:305a, lid 1, van het BW) van overeenkomstige toepassing moet worden verklaard, aangezien dit ook een eis aan de rechtsvordering betreft. Het wetsvoorstel is op dit punt aangevuld.

Beide partijen merken ten aanzien van de wijziging van het Rv (artikel 9 van het wetsvoorstel) op dat het van toepassing verklaren van de gehele titel 14a op vorderingen als bedoeld in artikel 14 van de P2B-verordeningen zou leiden tot problemen met de toetsing van de ontvankelijkheid, aangezien de eisen van de P2B-verordening op onderdelen verschillen van artikel 3:305a van het BW. Deze partijen stellen voor om een apart artikel op te nemen in het Rv dat verwijst naar de relevante bepalingen in artikel 3:305a van het BW, die ook zijn opgenomen in het nieuwe artikel 3:305ca van het BW (zie artikel 8 van het wetsvoorstel). Aan deze suggestie is gehoor gegeven door in een afzonderlijke bepaling op te nemen dat titel 14a van overeenkomstige toepassing is op vorderingen gebaseerd op artikel 14 van de verordening. Dit laat ruimte om bij de toetsing aan de ontvankelijkheidseisen te toetsen aan de eisen die gelden volgens 3:305ca van het BW in plaats van aan alle eisen van 3:305a van het BW. Tot slot is naar aanleiding van de ontvangen reacties de memorie van toelichting aangevuld op het punt van de verhouding tussen de bepalingen in dit wetsvoorstel inzake collectieve acties en het voorstel voor de Implementatiewet richtlijn representatieve vorderingen voor consumenten.