

**REACTIE OP DE INTERNETCONSULTATIE VAN DE WET PUBLIEK TOEZICHT EN
HANDHAVING VERORDENING BEVORDERING BILLIJKHEID EN TRANSPARANTIE
VOOR ZAKELIJKE GEBRUIKERS VAN ONLINETUSSENHANDELSDIENSTEN**

Aan: het Ministerie van Economische Zaken en Klimaat

HOUTHOFF

Albert Knigge
Isabella Wijnberg
Jurre Reus
Elselique Hoogervorst

14 juli 2021

1. Inleiding

- 1.1. Houthoff heeft met belangstelling kennisgenomen van het voorstel voor de Wet publiek toezicht en handhaving verordening bevordering billijkheid en transparantie voor zakelijke gebruikers van onlinetussenhandelsdiensten ("**consultatievoorstel**"), dat per 26 mei 2021 in internetconsultatie is gegaan. Wij maken graag van de gelegenheid gebruik om op het consultatievoorstel reageren.
- 1.2. Hierbij zullen wij met name, maar niet uitsluitend, ingaan op de mogelijkheid die 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 ("**P2B-verordening**") geeft aan 'vertegenwoordigende organisaties en verenigingen' om een collectieve actie in te stellen, teneinde niet-naleving van de P2B-verordening door verleners c.q. aanbieders van onlinetussenhandelsdiensten en onlinezoekmachines ("**platforms**") jegens zakelijke gebruikers van onlinetussenhandelsdiensten en bedrijfswebsitegebruikers ("**ondernemers**") te beëindigen of te verbieden (artikel 14 en 15 P2B-verordening).
- 1.3. Wij gaan in op:
 - a. Reikwijdte en toepassingsgebied P2B-verordening in het licht van artikel 2 consultatievoorstel (par. 2);
 - b. Collectieve acties door buitenlandse belangenorganisaties (par. 3);
 - c. Andere vorderingen dan beëindiging van inbreuk of verbod (par. 4);
 - d. Artikel 3:305ca BW (par. 5); en
 - e. Artikel 1018b Rv (par. 6).

2. Reikwijdte en toepassingsgebied P2B-verordening in het licht van artikel 2 consultatievoorstel

- 2.1. De verordening is van toepassing op platforms die (i) worden aangeboden of verstrekt aan ondernemers die hun woon- of vestigingsplaats in een lidstaat hebben en die (ii) goederen of diensten aanbieden aan consumenten in dezelfde of een andere lidstaat. De woon- of vestigingsplaats van de aanbieders van de platforms doet niet ter zake, evenmin het recht dat anders van toepassing zou zijn (artikel 1 lid 2 P2B-verordening). Ook is niet van belang of de consumenten in de EU wonen, of dat zij de nationaliteit van een lidstaat hebben.¹
- 2.2. Het consultatievoorstel is alleen van toepassing op ondernemers die (i) zijn gevestigd in Nederland en (ii) via platforms goederen en diensten aanbieden aan

¹ P2B-verordening, overweging 9.

consumenten in Nederland (artikel 2). Hiermee wordt de brede werkingssfeer van de P2B-verordening ingeperkt. De gedachte achter deze beperking is het streven naar een zo groot mogelijke doelmatigheid van het toezicht van de ACM, dat ook in het consultatievoorstel wordt geregeld.²

- 2.3. Het is begrijpelijk dat de wetgever het consultatievoorstel wil beperken tot transacties c.q. gedragingen die in voldoende mate verband houden met Nederland. De wetgever erkent echter terecht dat in de moderne platformmarkt in veel gevallen sprake zal zijn van 'gedragingen' met een grensoverschrijdend karakter.³
- 2.4. Wij constateren dat het consultatievoorstel, ondanks de inperking van de reikwijdte in artikel 2, potentieel niettemin een behoorlijke mate van extraterritoriale werking zal hebben. De wetgever erkent dat op basis van de huidige formulering van artikel 2, de ACM de bevoegdheid krijgt op te treden tegen een in een andere staat gevestigd platform, mits een Nederlandse ondernemer dat platform gebruikt om aan consumenten in Nederland goederen of diensten aan te bieden.⁴ Buitenlandse platforms kunnen zo onderworpen worden aan deze wet, en het toezicht van de ACM daarop, potentieel zelfs als zij hun eigen platform niet actief richten op de Nederlandse markt. De omstandigheden die leiden tot toepasselijkheid van het consultatievoorstel liggen dus voor een deel buiten de feitelijke macht en invloedssfeer van de platforms.
- 2.5. Als men bedenkt dat in theorie elk van de 27 EU-lidstaten een soortgelijke 'P2B-wet' kan invoeren met een dergelijke extraterritoriale werking, is het de vraag hoe platforms zich effectief aan alle lokaal ingevoerde wetgeving kunnen houden en zich kunnen voegen naar de inzichten en acties van alle lokale toezichthouders. Dit klemmt te meer nu de P2B-verordening zelf geen mechanisme bevat voor samenwerking tussen toezichthouders.⁵ Het risico bestaat dat een spreekwoordelijke lappendeken van handhaving ontstaat. Wij hopen dat in de memorie van toelichting nader op dit punt kan worden ingegaan.
- 2.6. Zoals artikel 2 van het consultatievoorstel nu is vormgegeven, heeft het niet alleen betrekking op de artikelen 3-7 die zien op de bevoegdheden van de ACM, maar ook op artikel 8 en 9 die betrekking hebben op de collectieve actie. De vraag is of dat niet tot onwenselijke gevolgen leidt. Volgens artikel 2 zal een collectieve actie immers slechts op de voet van de P2B-verordening jo. artikel 3:305ca BW kunnen worden ingesteld indien de belangenorganisatie of vereniging de belangen behartigt van ondernemers die in Nederland zijn gevestigd en hun goederen of diensten aan

² Memorie van toelichting (consultatieversie), par. 3.3, p. 8.

³ Memorie van toelichting (consultatieversie), par. 3.3/2.2, p. 8/p. 1.

⁴ Memorie van toelichting (consultatieversie), par. 3.3, p. 8.

⁵ Anders dan bijvoorbeeld de Algemene Verordening Gegevensbescherming (Verordening (EU) 2016/679), dat een heel hoofdstuk wijdt aan "samenwerking en coherentie" (hoofdstuk VII).

consumenten in Nederland aanbieden. Het is echter goed mogelijk dat een belangenorganisatie de belangen van ondernemers behartigt die in andere EU-landen zijn gevestigd en/of hun goederen of diensten aan consumenten in andere EU-landen aanbieden. Niet duidelijk is wat in zo'n geval de grondslag is van de collectieve actie. Voor de hand ligt dat dergelijke grondslag gevonden kan worden in artikel 3:305a BW voor zover dit niet strijdig is met de vereisten van artikel 14 P2B-verordening. Dit betekent echter wel dat verschillend procesrecht van toepassing is op collectieve acties onder de P2B-verordening.

- 2.7. Deze complicaties kunnen worden ondervangen door de reikwijdte van het consultatievoorstel niet nader in te perken ten aanzien van de bepalingen over de collectieve actie (artikel 8 en 9 consultatievoorstel).

3. Samenloop met andere vorderingen dan beëindiging of verbod

- 3.1. De reikwijdte van artikel 14 P2B-verordening is beperkt tot vorderingen ter beëindiging van een inbreuk op de regels van de verordening of een verbod daarop (zie ook artikel 3:305ca BW en de voorgestelde wijziging van artikel 1018b lid 1 Rv). Dit roept de vraag op of daarnaast nog andere vorderingen, zoals een verklaring voor recht of een schadevergoedingsvordering, kunnen worden ingesteld wegens schending van de P2B-verordening. Dit is naar ons idee mogelijk, zij het niet op grond van de P2B-verordening jo. artikel 3:305ca BW, maar op grond van artikel 3:305a BW. In dat geval zal aan alle vereisten van dit artikel (en aan de vereisten van titel 14A Rv) moeten worden voldaan wil de belangenorganisatie ontvankelijk zijn in haar collectieve vordering.

4. Collectieve acties door buitenlandse belangenorganisaties

- 4.1. Artikel 14 lid 1 P2B-verordening geeft het recht een collectieve actie in te stellen "*bij bevoegde nationale rechterlijke instanties in de Unie*". In de P2B-verordening wordt niet expliciet ingegaan op de mogelijkheid voor vertegenwoordigende organisaties en verenigingen een collectieve actie in te stellen in een andere lidstaat dan waarin zij zijn opgericht. In de memorie van toelichting bij het consultatievoorstel komt dit punt slechts kort ter sprake. De laatste zin van de hieronder geciteerde passage doet vermoeden dat de minister ervanuit gaat dat buitenlandse organisaties en verenigingen in Nederland een collectieve actie kunnen instellen.

"Voorgesteld wordt om een nieuw artikel 3:305ca BW in te voegen waarin de voor de rechtsvordering relevante onderdelen van artikel 3:305a BW van overeenkomstige toepassing worden verklaard op een rechtsvordering als bedoeld in artikel 14 van de P2B-verordening (zie artikel 8 van onderhavig wetsvoorstel). (...) [Artikel 3:305a lid 2, onder d, aanhef en onderdeel 7 BW] regelt (na wijziging) het plaatsen op de website

van de stand van zaken van lopende procedures en hun resultaten. Dit gaat ook om de uitspraken in de collectieve actie die de buitenlandse organisatie in Nederland instelt."⁶

- 4.2. Wellicht zou de wetgever in de toelichting nader kunnen ingaan op de mogelijkheid van buitenlandse organisaties (en publieke organen) om in Nederland een grensoverschrijdende collectieve actie onder de P2B-verordening in te stellen, mede in het licht van het feit dat hiervoor in de Richtlijn representatieve vorderingen voor consumenten een uitgebreide regeling is getroffen op grond waarvan dergelijke vorderingen slechts kunnen worden ingesteld door vooraf aangewezen bevoegde instanties.⁷

5. Artikel 3:305ca BW

- 5.1. Het recht om een collectieve actie onder de P2B-verordening in te stellen vloeit rechtstreeks voort uit de verordening, evenals de ontvankelijkheidseisen in de zin van procesbevoegdheid waaraan de belangenorganisaties en verenigingen moeten voldoen.⁸ Lidstaten mogen echter wel eisen stellen aan de rechtsvordering (artikel 14 lid 1 P2B-verordening: een collectieve vordering wordt ingesteld "*in overeenstemming met het recht van de lidstaat waar de vordering wordt ingesteld*"). In artikel 3:305ca BW worden volgens de memorie van toelichting de voor de rechtsvordering relevante onderdelen van artikel 3:305a BW van overeenkomstige toepassing verklaard, te weten: lid 2 sub c, lid 2 sub d aanhef en onder 7 en 8, lid 3 sub b en lid 3 sub c.⁹ Deze onderdelen worden ook in het te wijzigen artikel 3:305c lid 2 BW¹⁰ van overeenkomstige toepassing verklaard op een collectieve actie die door een buitenlandse organisatie in Nederland wordt ingesteld op grond van de Richtlijn representatieve vorderingen voor consumenten.
- 5.2. Het Nederlandse procesrecht vereist echter ook dat een collectieve rechtsvordering strekt tot bescherming van de gelijksoortige belangen van de achterban (artikel 3:305a lid 1 en 3:305c lid 1 BW). De gelijksoortigheidseis heeft betrekking op de rechtsvordering, niet op de procesbevoegdheid van de belangenorganisatie. Dit vereiste zou dan ook in artikel 3:305ca BW moeten worden opgenomen.

⁶ Memorie van toelichting (consultatieversie), par. 4.2, p. 11.

⁷ Richtlijn (EU) 2020/1828 van het Europees Parlement en de Raad van 25 november 2020 betreffende representatieve vorderingen ter bescherming van de collectieve belangen van consumenten en tot intrekking van Richtlijn 2009/22/EG. Zie ook de reactie van Houthoff op de internetconsultatie van de implementatiewet richtlijn representatieve vorderingen voor consumenten van 31 mei 2021.

⁸ Memorie van toelichting (consultatieversie), par. 4.2, p. 11.

⁹ Memorie van toelichting (consultatieversie), par. 4.2, p. 11.

¹⁰ Implementatiewet richtlijn representatieve vorderingen voor consumenten (consultatievoorstel), Artikel I, onderdeel B.

6. Artikel 1018b Rv

- 6.1. Voorgesteld wordt om aan het einde van de eerste zin van artikel 1018b lid 1 Rv toe te voegen dat titel 14A Rv ook van toepassing is op een vordering strekkende tot beëindiging of verbod onder de P2B-verordening (artikel 9 consultatievoorstel).
- 6.2. Onverkorte toepassing van titel 14A Rv leidt echter tot problemen met de toetsing van de ontvankelijkheid, aangezien de eisen van de P2B-verordening op dat punt verschillen van artikel 3:305a BW. Zie bijvoorbeeld de artikelen 1018c lid 1 sub d en lid 5 sub a, en artikel 1018e lid 1 Rv.
- 6.3. Wij stellen daarom voor de voorgestelde wijziging te schrappen, en in lijn met het implementatievoorstel van de Richtlijn representatieve vorderingen een apart artikel 1018o Rv in te voeren, waarin wordt verwezen naar de in dit geval relevante bepalingen in artikel 3:305a BW die zijn opgenomen in artikel 3:305ca BW.

7. Tot slot

Wij zijn graag bereid tot een nadere toelichting op onze reactie.

Albert Knigge

Isabella Wijnberg

Jurre Reus

Elselique Hoogervorst