



Minister van Economische Zaken en Klimaat
De heer drs. S.A. Blok
Postbus 20401
2500 EK 's-Gravenhage

Den Haag,

Aantal bijlagen : -
Uw kenmerk :
Ons kenmerk : ACM/UIT/557952
Contactpersoon : [REDACTED]
Onderwerp : ACM/20/042598 uitvoeringstoets wetsvoorstel handhaving P2B

Geachte heer Blok,

Bij brief van 28 mei 2021 heeft u de Autoriteit Consument en Markt (hierna: ACM) verzocht een uitvoerbaarheids- en handhaafbaarheidstoets (hierna: UHT) uit te brengen ten aanzien van het *'wetsvoorstel tot invoering publiek toezicht en handhaving van de verordening nr. 2019/1150 van het Europees Parlement en de Raad ter bevordering van billijkheid en transparantie voor zakelijke gebruikers van onlinetussenhandelsdiensten'* (hierna: wetsvoorstel). De ACM waardeert de voorafgaande afstemming op dit onderwerp. In deze brief vindt u de conclusies van de UHT.

Op basis van dit wetsvoorstel wordt de ACM belast met het bestuursrechtelijke toezicht op de naleving van de voornoemde Europese verordening, ook wel bekend als de 'Platform-to-business Verordening' (hierna: P2B verordening). Deze verordening legt aan platforms verplichtingen op ten aanzien van transparantie richting hun zakelijke gebruikers, en ten aanzien van buitengerechtelijke geschilbeslechting. De ACM heeft het onderwerp 'Digitale economie' als speerpunt op haar agenda staan en verwelkomt de aanvullende mogelijkheid die dit wetsvoorstel haar biedt om de bescherming van zakelijke gebruikers in de digitale economie te verbeteren. Hierbij merkt de ACM op dat een spoedige inwerkingtreding van het wetsvoorstel opportuun is, omdat zij momenteel al meerdere signalen heeft ontvangen van zakelijke gebruikers over platforms die mogelijk niet aan de P2B verordening voldoen. Een overtreding van de P2B verordening heeft soms verstrekende gevolgen voor zakelijke gebruikers. Vanwege deze potentieel grote impact is de ACM van mening dat een spoedige inwerkingtreding van het wetsvoorstel gewenst is.

De ACM verwacht, met inachtneming van de benodigde voorbereiding, in het eerste jaar van inwerkingtreding onderzoeken op te kunnen pakken. De ACM heeft hier een capaciteit van 5 FTE voor nodig. De ACM zal in het eerste jaar, waar nodig, hiervoor ook afstemming zoeken met de andere Europese autoriteiten die zullen toezicht houden op de P2B verordening. De bevoegdheid om toezicht te houden op de P2B verordening past binnen een bredere context van het toezicht op digitale platforms. Hierbij zijn verschillende toezichthouders betrokken. Daarom zal de ACM ook, waar nodig, samenwerken met andere toezichthouders.

Uitvoerbaarheid en handhaafbaarheid

De ACM acht het wetsvoorstel uitvoerbaar en handhaafbaar. Daarbij brengt de ACM een aantal punten onder de aandacht met betrekking tot de effectiviteit van haar toezicht op de P2B verordening. Deze punten licht de ACM hierna toe.

Reikwijdte

Artikel 2 van het wetsvoorstel bepaalt dat de wet van toepassing is op onlinetussenhandelsdiensten en onlinezoekmachines, voor zover die worden verstrekt of worden aangeboden aan zakelijke gebruikers of bedrijfswebsitegebruikers, die a) zijn gevestigd in Nederland, en b) via die onlinetussenhandelsdiensten of onlinezoekmachines goederen en diensten aanbieden aan consumenten in Nederland. De ACM acht het vanuit het oogpunt van doelmatigheid een logische keuze om de reikwijdte te koppelen aan de vestigingsplaats van de zakelijke gebruikers en de locatie van consumenten in Nederland.

Daarbij wordt in de Memorie van Toelichting (hierna: MvT) terecht vermeld dat de ACM echter geen bevoegdheid heeft om toezichts- en handhavingsinstrumenten in te zetten buiten het Nederlandse grondgebied, tenzij die bevoegdheden op grond van verdragen wel bestaan of toestemming door de betreffende staat is gegeven. De ACM beseft dat dit in het kader van dit wetsvoorstel niet kan worden opgelost, maar wil er op wijzen dat dit de uitvoerbaarheid van het wetsvoorstel kan bemoeilijken en de effectiviteit van het toezicht kan verkleinen.

Concreet gaat het hierbij om het volgende. Wanneer een platform een vestiging in Nederland heeft, kan de ACM haar toezichts- en handhavingsinstrumenten inzetten, ook wanneer het hoofdkantoor buiten Nederland is gevestigd. Wanneer een platform *geen* vestiging in Nederland heeft, kan de ACM wel onderzoek doen en handhavend optreden, maar heeft zij bijvoorbeeld geen mogelijkheden om een eventuele opgelegde last onder dwangsom of boete daadwerkelijk te innen. De ACM is dan afhankelijk van autoriteiten in het land waar het platform wel een vestiging heeft.¹

Boetebevoegdheid

Op grond van artikel 6, eerste lid, van het wetsvoorstel kan de ACM een boete opleggen van ten hoogste het bedrag van de zesde categorie, bedoeld in artikel 23, vierde lid, van het Wetboek van Strafrecht of, indien die boetecategorie geen passende bestraffing toelaat, 1% van de omzet van de overtreder. Het kabinet acht deze boetehoogte passend bij de aard van de overtreding.

De ACM adviseert de Minister dringend om vanuit het oogpunt van consistentie een boetemaximum van 10% te hanteren en aan te sluiten bij het reeds bestaande boetesysteem uit wetten waarop de ACM toezicht houdt. De handhaving kan dan uniform geschieden. In de meeste implementatiewetgeving in Nederland is gekozen voor een boetemaximum van 10% van de omzet.² Daarnaast ligt een percentage van 10% in de rede om zo aan te sluiten bij boetemaxima in wetgeving waarbij het ook draait om de relatie tussen ondernemingen. De ACM verzoekt u hierbij aan te sluiten. De ACM wijst tevens op de vergelijkbare Wet oneerlijke handelspraktijken landbouw- en voedselvoorzieningsketen waar evenzeer gekozen is voor een boetemaximum van 10%.

De ACM verwijst ook naar de ontwikkelingen in Europa als het gaat om de boetehoogte. De ACM noemt hier de harmonisering van het consumentenrecht en het mededingingsrecht door de Europese Commissie. De Omnibusrichtlijn bepaalt voor het consumentenrecht dat de maximumboete wordt

¹ Als de Digital Service Act (hierna: DSA) in werking treedt, zal dit probleem waarschijnlijk worden opgelost. De voorgestelde DSA (2020/0361) kent namelijk een samenwerkingsregeling tussen lidstaten en er wordt geregeld dat platformen verplicht zijn vertegenwoordiging in een EU lidstaat te hebben.

² Zie onder meer de Elektriciteitswet 1998, de Gaswet, de Spoorwegwet en de Mededingingswet.

verhoogd naar minimaal 4%, waarbij wordt voorzien in een minimumboete van 2 miljoen Euro. De Wet handhaving consumentenbescherming, waar thans voor sommige overtredingen nog een boetemaximum van 1% geldt, zal hiervoor worden aangepast. Voor het mededingingsrecht schrijft de ECN+ richtlijn maximumboetes van minimaal 10% voor. Ook in de Digital Services Act (DSA), waar na inwerkingtreding ook platformen onder komen te vallen, zet de Europese Commissie in op hogere boetemaxima. De ACM adviseert om vanuit het oogpunt van consistentie bij de geschetste Europese ontwikkeling aan te sluiten.

Uit de MvT³ blijkt dat artikel 12m Instellingswet ACM (hierna: lw) mede model heeft gestaan voor het maximumboetebedrag van 1% uit het wetsvoorstel. Artikel 12m lw ziet echter op formele overtredingen, zoals zegelverbreking en het niet meewerken aan een onderzoek van de ACM. Dit artikel ziet niet op materiële overtredingen.⁴

Een boetemaximum van 10% sluit naar het oordeel van de ACM ook aan bij de grote impact die een overtreding van de P2B verordening voor zakelijke gebruikers kan hebben. Als een platform zijn dienstverlening aan een zakelijke gebruiker bijvoorbeeld opschort of beëindigt, betekent dit dat de zakelijke gebruiker (tijdelijk) geen gebruik kan maken van het platform. In het uiterste geval kan dit betekenen dat de betreffende zakelijke gebruiker zijn bedrijf niet meer kan uitoefenen. Wanneer een platform niet duidelijk is over de reden van opschorting of beëindiging, weet een zakelijke gebruiker niet hoe hij zich tegen deze beslissing van het platform kan verweren of op welke wijze hij weer aan de voorwaarden van het platform kan voldoen. Het is van belang dat de ACM tegen dergelijke misstanden effectief kan optreden. Een boetemaximum van 10% vergroot derhalve de effectiviteit van de handhaving door de ACM en bevordert de generieke preventie, zeker wanneer het gaat om grote platforms met een hoge omzet.

Ten aanzien van de hoogte van het boetemaximum merkt de ACM nog op dat het gaat om een *boetemaximum*. Daarmee is niet gezegd dat in alle gevallen een boete ter hoogte van 10% van de omzet van de onderneming wordt opgelegd. Bij het bepalen van de hoogte van de boete neemt de ACM de aard, ernst en duur van de overtreding in overweging om op deze manier tot een proportionele sanctie te komen.⁵

Los van de hoogte van het boetemaximum adviseert de ACM om bij de formulering van het boetemaximum aan te sluiten bij de formulering uit de thans geldende wetten waarop de ACM toezicht houdt. Dit betekent dat de passage “of, indien die boetecategorie geen passende bestraffing toelaat” moet worden vervangen door “of indien dat meer is”.⁶

De ACM is graag bereid om dit punt verder toe te lichten.

Uitvoeringslasten

Het wetsvoorstel heeft tot gevolg dat de ACM een nieuwe bevoegdheid krijgt met bijbehorende extra werkzaamheden. De ACM moet de komst van deze nieuwe bevoegdheid voorbereiden, door bijvoorbeeld informatie op haar website te plaatsen en interne processen aan te passen. Tevens kan de ACM meldingen binnenkrijgen van zakelijke gebruikers over vermeende overtredingen van verplichtingen uit de

³ MvT, p. 9.

⁴ Materiële overtredingen, waar in het geval van de P2B-verordening sprake is, staan niet in de Instellingswet, maar in de wetten waarvoor de ACM is aangewezen als toezichhouder.

⁵ Zie ook artikel 2.2 van de Boetebeleidsregels ACM 2014.

⁶ De ACM merkt op dat de formulering van artikel 6 van het wetsvoorstel afwijkt van wat gebruikelijk is en vooruit loopt op de mogelijke harmonisering van boetestelsels. Hierover loopt momenteel een discussie. De ACM vindt het van belang dat er met dit wetsvoorstel niet vooruit wordt gelopen op de uitkomst van die discussie en vindt het daarom passender om in de wettekst aan te sluiten bij de boetesystematiek zoals die in de huidige ACM-wetten wordt gevolgd.

P2B verordening. De ACM zal onderzoek kunnen doen aan de hand van deze signalen. Op dit moment heeft de ACM al tientallen signalen gekregen die mogelijk aanleiding zouden kunnen geven voor nader onderzoek om te achterhalen of er sprake is van een overtreding van de P2B verordening. De ACM kan ook ambtshalve onderzoek doen.

Gelet op de signalen die de ACM momenteel ontvangt, verwacht de ACM dat zij 2 á 3 onderzoeken per jaar zal doen. De ACM kan vervolgens handhavend optreden als uit een onderzoek blijkt dat sprake is van schade aan collectieve belangen van zakelijke gebruikers. Bij het toezicht op de P2B verordening speelt mee dat de verordening veel open normen bevat. Er is veelal nog geen jurisprudentie over de uitleg van deze normen. Dat betekent dat de ACM invulling moet geven aan deze normen.

Gelet op bovengenoemde extra werkzaamheden heeft de ACM op jaarbasis structureel extra middelen in de vorm van FTE nodig. De ACM heeft een inschatting gemaakt van de benodigde FTE voor de komende jaren. De ACM verwacht structureel 5 FTE nodig te hebben voor toezicht op de P2B verordening. Met deze capaciteit verwacht de ACM 2 á 3 onderzoeken per jaar te doen. Voor deze capaciteitsinzet verwacht de ACM structurele kosten van EUR 680.000,-. Deze kosten zijn inclusief extern onderzoek en juridische ondersteuning. Indien gewenst is de ACM uiteraard bereid dit toe te lichten.

Het bedrag hiervoor komt voor rekening van de overheid, omdat de Regeling doorberekening kosten ACM⁷ geen categorie voor onlinetussenhandelsdiensten bevat.

Ik vertrouw erop u hiermee voldoende te hebben geïnformeerd. Ik ben voornemens deze brief openbaar te maken. Graag treed ik met u in overleg over het exacte tijdstip van publicatie, conform de Regeling gegevensuitwisseling ACM en de ministers.

Heeft u vragen?

Neem dan contact op met [REDACTED], die uw zaak in behandeling heeft, bereikbaar via [REDACTED]. Uw zaak is geregistreerd onder zaaknummer ACM/20/042598. Wilt u dit nummer vermelden als u contact met ons opneemt?

Autoriteit Consument en Markt,
namens deze:

[REDACTED]
bestuurslid

⁷ Regeling van de Minister van Economische Zaken van 16 december 2014, nr. WJZ / 14185449, houdende regels inzake het door de ACM ten laste brengen van kosten aan marktorganisaties.