RAAD VAN STATE
afdeling Wetgeving

advies 62.661/1
van 28 februari 2018

over

een voorontwerp van wet ‘betreffende de tariefvrijheid van exploitanten van toeristische logies in de contracten afgesloten met platformoperators voor online reservatie’

CONSEIL D’ÉTAT
section de législation

avis 62.661/1
du 28 février 2018

sur

un avant-projet de loi ‘relative à la liberté tarifaire des exploitants d’hébergements touristiques dans les contrats conclus avec les opérateurs de plateformes de réservation en ligne’

‡LW-AGDSNAEEG-GCGGBVT‡

Op 12 december 2017 is de Raad van State, afdeling Wetgeving, door de Minister van Economie en Consumenten verzocht binnen een termijn van dertig dagen, verlengd tot 1 februari 2018, een advies te verstrekken over een voorontwerp van wet 'betreffende de tariefvrijheid van exploitanten van toeristische logies in de contracten afgesloten met platformoperators voor online reservatie'.

Het voorontwerp is door de eerste kamer onderzocht op 25 januari 2018. De kamer was samengesteld uit Wilfried VAN VAERENBERGH, staatsraad, voorzitter, Chantal BAMPS en Wouter PAS, staatsraden, Michel TISON, assessor, en Greet VERBERCKMOES, griffier.

Het verslag is uitgebracht door Paul DEPUYDT, eerste auditeur-afdelingshoofd.

De overeenstemming tussen de Franse en de Nederlandse tekst van het advies is nagezien onder toezicht van Wilfried VAN VAERENBERGH, staatsraad.

Het advies, waarvan de tekst hierna volgt, is gegeven op 28 februari 2018.

*

Le 12 décembre 2017, le Conseil d'État, section de législation, a été invité par le Ministre de l'Économie et des Consommateurs à communiquer un avis, dans un délai de trente jours, prorogé jusqu'au 1er février 2018, sur un avant-projet de loi 'relative à la liberté tarifaire des exploitants d'hébergements touristiques dans les contrats conclus avec les opérateurs de plateformes de réservation en ligne'.

L'avant-projet a été examiné par la première chambre le 25 janvier 2018. La chambre était composée de Wilfried VAN VAERENBERGH, conseiller d'État, président, Chantal BAMPS et Wouter PAS, conseillers d'État, Michel TISON, assesseur, et Greet VERBERCKMOES, greffier.

Le rapport a été présenté par Paul DEPUYDT, premier auditeur chef de section.

La concordance entre la version française et la version néerlandaise de l'avis a été vérifiée sous le contrôle de Wilfried VAN VAERENBERGH, conseiller d'État.

L'avis, dont le texte suit, a été donné le 28 février 2018.

*

‡LW-AGDSNAEEG-GCGGBVT‡

STREKKING VAN HET VOORONTWERP

1. Het om advies voorgelegde voorontwerp van wet strekt er volgens de memorie van toelichting toe, met het oog op de bevordering van de concurrentie op de markt van het verhuren van toeristische logies, tariefvrijheid te bieden aan de exploitanten van toeristische logies in hun overeenkomsten gesloten met platformoperatoren voor online reservatie.

Daartoe worden vooreerst de begrippen "toeristische logies", "toerist", "exploitant" en "platformoperator" gedefinieerd (artikel 2 van het voorontwerp) en wordt aan de hand van deze begrippen het toepassingsgebied bepaald (artikelen 3 en 4). De beoogde tariefvrijheid wordt bewerkstelligd door te bepalen dat de prijs van het verhuren van een toeristisch logies vrij door de exploitant wordt bepaald, dat deze laatste vrij is om enige korting of enig tarifair voordeel van welke aard ook toe te kennen (artikel 5) en dat elke clausule van een overeenkomst gesloten tussen een exploitant en een platformoperator die daarmee in strijd is, wordt beschouwd als niet-geschreven en van rechtswege nietig (artikel 6).

De ontworpen regeling is van toepassing zowel op de lopende overeenkomsten als op de overeenkomsten gesloten vanaf de inwerkingtreding van de aan te nemen wet (artikel 7).

ONDERZOEK VAN DE TEKST

Artikel 2

2. In artikel 2, 1° en 2°, van het voorontwerp worden de begrippen "toeristische logies" en "toerist" gedefinieerd. Uit de ontworpen definities blijkt dat daarbij in hoofde van de gebruiker van dergelijke logies zowel activiteiten in de privésfeer als professionele activiteiten worden geviseerd. Het kan dan ook aanbeveling verdienen om, in de plaats van de begrippen "toeristische logies" en "toerist", gebruik te maken van de meer neutrale begrippen "logies" en "consument"[1] (of "gebruiker").

3. In de definitie van "platformoperator", in artikel 2, 4°, van het voorontwerp, dient wellicht veeleer te worden geschreven "(…) die het consumenten mogelijk maakt online overeenkomsten met betrekking tot het verhuren van één of meerdere logies te sluiten met exploitanten, hetzij (…), hetzij (…)".[2] In elk geval dient te worden nagegaan of het gebruik van het begrip "onderneming(en)" in deze definitie wel volkomen adequaat is.

4. In de commentaar in de memorie van toelichting bij artikel 2 van het voorontwerp wordt gesteld dat het begrip "onderneming" in sommige definities in artikel 2 van het voorontwerp, moet worden begrepen in de zin van de rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie in het kader van de handhaving van het mededingingsrecht (artikelen 101 en 102 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (hierna:VWEU)). Aangezien de inhoud van het begrip "onderneming" mede bepalend is voor de afbakening van het

[1] Dat begrip wordt ook gehanteerd in de definitie van "platformoperator" in artikel 2, 4°, van het voorontwerp.

[2] In dit tekstvoorstel wordt rekening gehouden met opmerking 2.

‡LW-AGDSNAEEG-GCGGBVT‡

toepassingsgebied van de ontworpen regeling, verdient het aanbeveling om dat begrip ook uitdrukkelijk in artikel 2 van het voorontwerp te definiëren. In die definitie kan dan worden verwezen naar het ondernemingsbegrip zoals vervat in de artikelen 101 en 102 VWEU.

Artikel 3

5. In de Nederlandse tekst van artikel 3 van het voorontwerp schrijve men "de overeenkomsten gesloten tussen …".

Deze opmerking geldt *mutatis mutandis* ook voor de artikelen 4, 6 en 7 van het voorontwerp.

Artikelen 5 en 6

6. Artikel 5 van het voorontwerp bepaalt dat de prijs van het verhuren van een toeristisch logies vrij door de exploitant wordt bepaald en dat hij eveneens vrij is om enige korting of enig tarifair voordeel toe te kennen, van welke aard ook. Artikel 6 van het voorontwerp bepaalt dat elke clausule van een overeenkomst tussen een exploitant van een toeristisch logies en een platformoperator die in strijd is met artikel 5 als niet-geschreven en van rechtswege nietig wordt beschouwd.

Uit de memorie van toelichting kan worden afgeleid dat de aan te nemen wet inzonderheid beoogt het opnemen van zogenaamde pariteitsclausules in de overeenkomsten tussen een platformoperator en een exploitant te verbieden. De ontworpen regeling reikt evenwel veel verder, en verbiedt elke contractuele clausule die moet worden opgevat als een beperking, van welke aard of omvang ook, van de mogelijkheid van de exploitant om vrij de prijs van het verhuren van een logies te bepalen en om kortingen of tarifaire voordelen toe te kennen. Vraag is of dit laatste wel degelijk de bedoeling is van de steller van het voorontwerp. Hierover om toelichting verzocht, heeft de gemachtigde het volgende verklaard:

> "Het voorontwerp voert doelbewust een algemeen verbod in op het gebruik van pariteitsclausules, dat wordt afgedwongen met een nietigheidssanctie. Er is vastgesteld dat het gebruik van dergelijke clausules een negatief effect heeft op de concurrentie tussen platformoperatoren (problematiek markttoetreding nieuwe operatoren). Daarnaast blijkt uit informatie waarover de kabinetten beschikken dat het van belang is dergelijke clausules te verbieden gelet op de marktpositie van de huidige platformoperatoren. Zij bevinden zich ten aanzien van de exploitanten in een sterkere contractuele (onderhandelings-)positie en zouden het gebruik van dergelijke clausules kunnen opdringen aan de exploitanten. Hierdoor zou wat het gebruik van pariteitsclausules betreft van contractuele vrijheid weinig sprake meer zijn. De platformoperatoren beschikken bovendien over de nodige middelen om praktische overeenstemming met of het contractueel gebruik van pariteitsclausules af te dwingen. De platformoperatoren hebben immers contracten met bijvoorbeeld Google, waardoor zij via het gebruik van algoritmes zoekresultaten kunnen beïnvloeden. Hierdoor hebben zij invloed op de plaats waarop hotels verschijnen in de zoekresultaten. Daarnaast hebben wij weet van praktijken waarbij hotels als 'volzet' worden aangemerkt op de website van de platformoperator, met vermelding van alternatieven, terwijl het hotel in realiteit niet volzet is. Deze

‡LW-AGDSNAEEG-GCGGBVT‡

vergeldingsmaatregel wordt toegepast voor hotels die weigeren de pariteitsclausules toe te passen. Om voorgaande redenen is ervoor gekozen een algeheel verbod in te voeren."

De toelichting van de gemachtigde bevestigt weliswaar dat het doel van de ontworpen regeling het invoeren van een algemeen verbod op pariteitsclausules is, maar biedt geen verklaring waarom daartoe een absoluut verbod noodzakelijk is op "iedere clausule" die een beperking, ongeacht de aard of de omvang ervan, van de mogelijkheid van de exploitant om vrij de prijs van het verhuren van logies te bepalen en kortingen en voordelen toe te kennen, tot gevolg heeft. Vraag is dan ook of de beperking die de aan te nemen wet in deze aangelegenheid beoogt in te voeren met betrekking tot het contractuele handelen tussen een platformoperator en een exploitant wel evenredig is met het nagestreefde doel van de ontworpen regeling. Het staat aan de steller van het voorontwerp om hierop een antwoord te bieden in de memorie van toelichting.

*

‡LW-AGDSNAEEG-GCGGBVT‡

PORTÉE DE L'AVANT-PROJET

1. Selon l'exposé des motifs, l'avant-projet de loi soumis pour avis vise à consacrer, en vue de promouvoir la concurrence sur le marché de la location d'hébergements touristiques, la liberté tarifaire des exploitants d'hébergements touristiques dans leurs contrats conclus avec les opérateurs de plateforme de réservation en ligne.

À cet effet, les notions d'« hébergement touristique », de « touriste », d'« exploitant » et d'« opérateur de plateforme » sont tout d'abord définies (article 2 de l'avant-projet) et le champ d'application est délimité à l'aide de ces notions (articles 3 et 4). La liberté tarifaire visée est mise en œuvre en prévoyant que le prix de la location d'un hébergement touristique est déterminé librement par l'exploitant, que ce dernier est libre de consentir tout rabais ou avantage tarifaire (article 5) et que toute clause d'un contrat conclu entre un exploitant et un opérateur de plateforme qui est contraire à cette dernière règle est réputée non écrite et nulle de plein droit (article 6).

Le dispositif en projet s'applique tant aux contrats en cours qu'à ceux conclus à partir de l'entrée en vigueur de la loi à adopter (article 7).

EXAMEN DU TEXTE

Article 2

2. L'article 2, 1° et 2°, de l'avant-projet définit les notions d'« hébergement touristique » et de « touriste ». Il ressort des définitions en projet que sont visées à cet égard, dans le chef de l'utilisateur de tels hébergements, tant des activités qui relèvent de la sphère privée que des activités professionnelles. Plutôt que d'utiliser les notions d'« hébergement touristique » et de « touriste », il est dès lors recommandé d'employer les notions plus neutres d'« hébergement » et de « consommateur » [1] (ou d'« utilisateur »).

3. Dans la définition d'« opérateur de plateforme » donnée à l'article 2, 4°, de l'avant-projet, il faut sans doute plutôt écrire « (…) qui permet à des consommateurs de conclure des contrats en ligne concernant la location d'un ou plusieurs hébergements avec des exploitants, soit (…), soit (…) » [2]. Il y a en tout cas lieu de vérifier si le recours à la notion d'« entreprises » dans cette définition est parfaitement adéquat.

4. Le commentaire que l'exposé des motifs consacre à l'article 2 de l'avant-projet indique que la notion d'« entreprise » figurant dans certaines définitions de l'article 2 de l'avant-projet, doit s'entendre au sens de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne dans le cadre de l'application du droit de la concurrence (articles 101 et 102 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne) (ci-après : TFUE). Dès lors que la teneur de la notion d'« entreprise » est notamment déterminante pour la délimitation du champ d'application

[1] L'article 2, 4°, de l'avant-projet utilise lui aussi cette notion dans la définition d'« opérateur de plateforme ».

[2] Cette proposition de texte tient compte de l'observation 2.

‡LW-AGDSNAEEG-GCGGBVT‡

du dispositif en projet, il est recommandé que l'article 2 de l'avant-projet définisse expressément cette notion aussi. Cette définition peut alors faire référence à la notion d'entreprise prévue aux articles 101 et 102 du TFUE.

Article 3

5. Dans le texte néerlandais de l'article 3 de l'avant-projet, on écrira « de overeenkomsten gesloten tussen ... ».

Cette observation vaut également *mutatis mutandis* pour les articles 4, 6 et 7 de l'avant-projet.

Articles 5 et 6

6. L'article 5 de l'avant-projet prévoit que le prix de la location d'un hébergement touristique est déterminé librement par l'exploitant et que ce dernier est également libre de consentir tout rabais ou avantage tarifaire, de quelque nature que ce soit. L'article 6 de l'avant-projet dispose que toute clause d'un contrat conclu entre un exploitant d'un hébergement touristique et un opérateur de plateforme qui est contraire à l'article 5 est réputée non écrite et nulle de plein droit.

Il peut se déduire de l'exposé des motifs que la loi à adopter vise notamment à interdire l'insertion de clauses dites de parité dans les conventions entre un opérateur de plateforme et un exploitant. La portée du dispositif en projet est cependant bien plus étendue et interdit toute clause contractuelle devant s'interpréter comme une restriction, quelle que soit sa nature ou son ampleur, à la faculté de l'exploitant de fixer librement le prix de la location d'un hébergement et de consentir des rabais ou des avantages tarifaires. La question se pose de savoir si telle est effectivement l'intention de l'auteur de l'avant-projet. Invité à fournir des précisions à ce sujet, le délégué a déclaré ce qui suit :

> « Het voorontwerp voert doelbewust een algemeen verbod in op het gebruik van pariteitsclausules, dat wordt afgedwongen met een nietigheidssanctie. Er is vastgesteld dat het gebruik van dergelijke clausules een negatief effect heeft op de concurrentie tussen platformoperatoren (problematiek markttoetreding nieuwe operatoren). Daarnaast blijkt uit informatie waarover de kabinetten beschikken dat het van belang is dergelijke clausules te verbieden gelet op de marktpositie van de huidige platformoperatoren. Zij bevinden zich ten aanzien van de exploitanten in een sterkere contractuele (onderhandelings-)positie en zouden het gebruik van dergelijke clausules kunnen opdringen aan de exploitanten. Hierdoor zou wat het gebruik van pariteitsclausules betreft van contractuele vrijheid weinig sprake meer zijn. De platformoperatoren beschikken bovendien over de nodige middelen om praktische overeenstemming met of het contractueel gebruik van pariteitsclausules af te dwingen. De platformoperatoren hebben immers contracten met bijvoorbeeld Google, waardoor zij via het gebruik van algoritmes zoekresultaten kunnen beïnvloeden. Hierdoor hebben zij invloed op de plaats waarop hotels verschijnen in de zoekresultaten. Daarnaast hebben wij weet van praktijken waarbij hotels als 'volzet' worden aangemerkt op de website van de platformoperator, met vermelding van alternatieven, terwijl het hotel in realiteit niet volzet is. Deze

‡LW-AGDSNAEEG-GCGGBVT‡

vergeldingsmaatregel wordt toegepast voor hotels die weigeren de pariteitsclausules toe te passen. Om voorgaande redenen is ervoor gekozen een algeheel verbod in te voeren ».

Si les précisions données par le délégué confirment que le but du dispositif en projet est d'instaurer une interdiction générale des clauses de parité, elles ne permettent cependant pas d'expliquer pourquoi il est nécessaire à cet effet d'imposer une interdiction absolue de « toute clause » entraînant une restriction, quelle que soit sa nature ou son ampleur, de la faculté de l'exploitant de fixer librement le prix de la location d'hébergements et de consentir des rabais et des avantages. La question se pose dès lors de savoir si la restriction que la loi à adopter vise à instaurer dans cette matière concernant l'opération contractuelle entre un opérateur de plateforme et un exploitant est effectivement proportionnée au but poursuivi par le dispositif en projet. Il appartient à l'auteur de l'avant-projet d'y répondre dans l'exposé des motifs.

DE GRIFFIER - LE GREFFIER DE VOORZITTER - LE PRÉSIDENT

Greet VERBERCKMOES Wilfried VAN VAERENBERGH

‡LW-AGDSNAEEG-GCGGBVT‡