



UvA-DARE (Digital Academic Repository)

NJ 2021/61

Dommering, E.J.

Publication date

2021

Document Version

Final published version

Published in

Nederlandse Jurisprudentie

[Link to publication](#)

Citation for published version (APA):

Dommering, E. J. (2021). NJ 2021/61. 161. Case note on: HvJ EU, 19/12/19, C-390/18, ECLI:EU:C:2019:1112 *Nederlandse Jurisprudentie*, 2021(20/21), 2788-2802.

General rights

It is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), other than for strictly personal, individual use, unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

Disclaimer/Complaints regulations

If you believe that digital publication of certain material infringes any of your rights or (privacy) interests, please let the Library know, stating your reasons. In case of a legitimate complaint, the Library will make the material inaccessible and/or remove it from the website. Please Ask the Library: <https://uba.uva.nl/en/contact>, or a letter to: Library of the University of Amsterdam, Secretariat, Singel 425, 1012 WP Amsterdam, The Netherlands. You will be contacted as soon as possible.

NJ 2021/161

HOF VAN JUSTITIE VAN DE EUROPESE UNIE

19 december 2019, nr. C-390/18

(K. Lenaerts, R. Silva de Lapuerta, A. Arabadjiev, E. Regan, P.G. Xuereb, L.S. Rossi, E. Juhász, M. Ilešič, J. Malenovský, D. Šváby, N. Piçarra; A-G M. Szpunar) m.nt. E.J. Dommering

Art. 3 lid 4 onder b Richtlijn 2000/31/EG

RvdW 2020/487

NJB 2020/428

ECLI:EU:C:2019:1112

ECLI:EU:C:2019:336

Verzoek om een prejudiciële beslissing ingediend door de onderzoeksrechter van de tribunal de grande instance de Paris (rechter in eerste aanleg Parijs, Frankrijk) bij beslissing van 7 juni 2018.

In contact brengen van professionele of particuliere verhuurders die over te huur staande accommodatie beschikken, met personen die op zoek zijn naar dit soort accommodatie. Nationale regeling die de uitoefening van het beroep van vastgoedmakelaar aan bepaalde beperkingen onderwerpt. Verplichting tot kennisgeving van maatregelen die het vrije verkeer van de diensten van de informatiemaatschappij beperken. Strafprocedure met civiele partijstelling.

1) Artikel 2, onder a), van Richtlijn 2000/31/EG van het Europees Parlement en de Raad van 8 juni 2000 betreffende bepaalde juridische aspecten van de diensten van de informatiemaatschappij, met name de elektronische handel, in de interne markt ('richtlijn inzake elektronische handel'), waarin wordt verwezen naar artikel 1, lid 1, onder b), van Richtlijn (EU) 2015/1535 van het Europees Parlement en de Raad van 9 september 2015 betreffende een informatieprocedure op het gebied van technische voorschriften en regels betreffende de diensten van de informatiemaatschappij, moet aldus worden uitgelegd dat een bemiddelingsdienst die erin bestaat dat via een onlineplatform mogelijke huurders tegen vergoeding in contact worden gebracht met professionele of niet-professionele verhuurders die diensten op het gebied van accommodatie voor een kort verblijf aanbieden, waarbij tegelijk een aantal nevendiensten bij die bemiddelingsdienst wordt aangeboden, moet worden aangemerkt als een 'dienst van de informatiemaatschappij' in de zin van Richtlijn 2000/31.

2) Artikel 3, lid 4, onder b), tweede streepje, van Richtlijn 2000/31 dient aldus te worden uitgelegd dat een particulier zich ertegen kan verzetten dat in een strafprocedure met civiele partijstelling maatregelen van een lidstaat die het vrije verkeer van een dienst van de informatiemaatschappij die hij vanuit een andere lidstaat verricht beperken, op hem worden toegepast wanneer niet overeenkomstig deze bepaling van deze maatregelen is kennisgegeven.

X, in tegenwoordigheid van YA, Airbnb Ireland UC, Hôtelière Turenne SAS, Association pour un hébergement et un tourisme professionnels (AHTOP), Valhotel

Hof van Justitie EU:

Arrest

1 Het verzoek om een prejudiciële beslissing betreft de uitlegging van artikel 3 van richtlijn 2000/31/EG van het Europees Parlement en de Raad van 8 juni 2000 betreffende bepaalde juridische aspecten van de diensten van de informatiemaatschappij, met name de elektronische handel, in de interne markt ('richtlijn inzake elektronische handel') (PB 2000, L 178, blz. 1).

2 Dit verzoek is ingediend in het kader van een strafprocedure die tegen X is ingesteld wegens, onder meer, beheer van financiële middelen voor activiteiten op het gebied van bemiddeling in en beheer van onroerende goederen en winkelpanden door een persoon zonder beroepskaart.

Toepasselijke bepalingen

Unierecht

Richtlijn 98/34

3 Artikel 1, eerste alinea, punt 2, van richtlijn 98/34/EG van het Europees Parlement en de Raad van 22 juni 1998 betreffende een informatieprocedure op het gebied van normen en technische voorschriften en regels betreffende de diensten van de informatiemaatschappij (PB 1998, L 204, blz. 37), zoals gewijzigd bij richtlijn 98/48/EG van het Europees Parlement en de Raad van 20 juli 1998 (PB 1998, L 217, blz. 18) (hierna: 'richtlijn 98/34'), bepaalt:

"In de zin van deze richtlijn wordt verstaan onder:

[...]

2) 'dienst': elke dienst van de informatiemaatschappij, dat wil zeggen elke dienst die gewoonlijk tegen vergoeding, langs elektronische weg, op afstand en op individueel verzoek van een afnemer van diensten verricht wordt.

In deze definitie wordt verstaan onder:

- 'op afstand': een dienst die geleverd wordt zonder dat de partijen gelijktijdig aanwezig zijn;

- 'langs elektronische weg': een dienst die verzonden en ontvangen wordt via elektronische apparatuur voor de verwerking (met inbegrip van digitale compressie) en de opslag van gegevens, en die geheel via draden, radio, optische middelen of andere elektromagnetische middelen wordt verzonden, doorgeleid en ontvangen;

- 'op individueel verzoek van een afnemer van diensten': een dienst die op individueel verzoek via de transmissie van gegevens wordt geleverd.

[...]"

Richtlijn 2015/1535

4 Richtlijn (EU) 2015/1535 van het Europees Parlement en de Raad van 9 september 2015 betreffende een informatieprocedure op het gebied van technische voorschriften en regels betreffende de diensten van de informatiemaatschappij (PB 2015, L 241, blz. 1) heeft richtlijn 98/34 ingetrokken en vervangen met ingang van 7 oktober 2015.

5 Artikel 1, lid 1, onder b), van richtlijn 2015/1535 bepaalt:

"In de zin van deze richtlijn wordt verstaan onder:

[...]

b) 'dienst': elke dienst van de informatiemaatschappij, dat wil zeggen elke dienst die gewoonlijk tegen vergoeding, langs elektronische weg, op afstand en op individueel verzoek van een afnemer van diensten wordt verricht.

Voor de toepassing van deze definitie wordt verstaan onder:

i) 'op afstand': een dienst die wordt geleverd zonder dat de partijen gelijktijdig aanwezig zijn,

ii) 'langs elektronische weg': een dienst die wordt verzonden en ontvangen via elektronische apparatuur voor de verwerking (met inbegrip van digitale compressie) en de opslag van gegevens, en die geheel via draden, radio, optische middelen of andere elektromagnetische middelen wordt verzonden, doorgeleid en ontvangen,

iii) 'op individueel verzoek van een afnemer van diensten': een dienst die op individueel verzoek via de transmissie van gegevens wordt geleverd.

Een indicatieve lijst van niet onder deze definitie vallende diensten staat in bijlage I".

6 Artikel 5, lid 1, van deze richtlijn bepaalt:

"Onverminderd artikel 7 delen de lidstaten de Commissie onverwijld ieder ontwerp voor een technisch voorschrift mee, tenzij het een integrale omzetting van een internationale of Europese norm betreft, in welk geval louter met een mededeling van de betrokken norm kan worden volstaan. Zij geven de Commissie tevens kennis van de redenen waarom de vaststelling van dit technisch voorschrift nodig is, tenzij die redenen reeds uit het ontwerp zelf blijken.

[...]"

7 Overeenkomstig artikel 10, tweede alinea, van richtlijn 2015/1535 gelden verwijzingen naar richtlijn 98/34 voortaan als verwijzingen naar richtlijn 2015/1535.

Richtlijn 2000/31

8 In overweging 8 van richtlijn 2000/31 wordt verklaard:

"Met deze richtlijn wordt beoogd een juridisch kader te scheppen teneinde het vrije verkeer van diensten van de informatiemaatschappij tussen de lidstaten te waarborgen, doch niet het strafrecht als zodanig te harmoniseren."

9 In de versie die gold vóór de inwerkingtreding van richtlijn 2015/1535, definieerde artikel 2, onder a), van richtlijn 2000/31 'diensten van de informatiemaatschappij' als diensten zoals omschreven in artikel 1, eerste alinea, punt 2, van richtlijn 98/34. Sinds die inwerkingtreding moet die verwijzing worden begrepen als een verwijzing naar artikel 1, lid 1, onder b), van richtlijn 2015/1535.

10 Artikel 2, onder h), van richtlijn 2000/31 bepaalt:

“h) 'gecoördineerd gebied': de in de nationale rechtsstelsels vastgelegde vereisten voor dienstverleners van de informatiemaatschappij en diensten van de informatiemaatschappij, ongeacht of die vereisten van algemene aard zijn dan wel specifiek daarop zijn toegesneden:

i) Het gecoördineerde gebied omvat vereisten waaraan de dienstverlener moet voldoen met betrekking tot:

- het starten van een activiteit van een dienst van de informatiemaatschappij, zoals vereisten inzake kwalificatie, vergunning en aanmelding,

- het uitoefenen van een activiteit van een dienst van de informatiemaatschappij, zoals vereisten inzake gedrag van de dienstverlener, vereisten inzake kwaliteit en inhoud van de dienst inclusief inzake reclame en contracten, of vereisten inzake aansprakelijkheid van de dienstverlener.

ii) Het gecoördineerde gebied omvat niet vereisten met betrekking tot:

- goederen als zodanig,
- de levering van goederen,
- diensten die niet langs elektronische weg verleend worden.”

11 Artikel 3, leden 2 en 4 tot en met 6, van deze richtlijn bepaalt:

“2. De lidstaten mogen het vrije verkeer van diensten van de informatiemaatschappij die vanuit een andere lidstaat worden geleverd, niet beperken om redenen die vallen binnen het gecoördineerde gebied.
[...]

4. De lidstaten kunnen maatregelen nemen om voor een bepaalde dienst van de informatiemaatschappij van lid 2 af te wijken, mits aan de volgende voorwaarden is voldaan:

a) De maatregelen moeten:

i) noodzakelijk zijn voor een van de volgende doelstellingen:

- de openbare orde, in het bijzonder de preventie van, het onderzoek naar, de opsporing en de vervolging van strafbare feiten, waaronder de bescherming van minderjarigen en de bestrijding van het aanzetten tot haat wegens ras, geslacht, godsdienst of nationaliteit en van schendingen van de menselijke waardigheid ten aanzien van individuen,

- de bescherming van de volksgezondheid,

- de openbare veiligheid, met inbegrip van het waarborgen van de nationale veiligheid en defensie,

- de bescherming van consumenten, met inbegrip van beleggers;

ii) worden genomen ten aanzien van een bepaalde dienst van de informatiemaatschappij waardoor afbreuk wordt gedaan aan de onder i) genoemde doelstellingen of een ernstig gevaar daarvoor ontstaat;

iii) evenredig zijn aan die doelstellingen.

b) De lidstaat moet, alvorens de betrokken maatregelen te nemen en onverminderd eventuele rechtszaken, met inbegrip van het vooronderzoek en in het kader van een strafrechtelijk onderzoek verrichte handelingen:

- de in lid 1 bedoelde lidstaat verzoeken maatregelen te nemen, maar deze is daar niet of onvoldoende op ingegaan;

- de Commissie en de in lid 1 bedoelde lidstaat in kennis stellen van zijn voornemen om de betrokken maatregelen te nemen.

5. In urgente gevallen kunnen de lidstaten afwijken van de in lid 4, onder b), genoemde voorwaarden. In dat geval moeten de Commissie en de in lid 1 bedoelde lidstaat onverwijld in kennis gesteld worden van de maatregelen en van de redenen van de urgentie.

6. Onverminderd de mogelijkheid voor de lidstaat om de uitvoering van de betrokken maatregelen voort te zetten, gaat de Commissie zo spoedig mogelijk na of de haar ter kennis gebrachte maatregelen verenigbaar zijn met het Gemeenschapsrecht. Concludeert zij dat de maatregelen niet verenigbaar zijn, dan verzoekt zij de lidstaat in kwestie om van beoogde maatregelen af te zien of om de uitvoering onmiddellijk te staken.”

Richtlijn 2006/123

12 Artikel 3, lid 1, van richtlijn 2006/123/EG van het Europees Parlement en de Raad van 12 december 2006 betreffende diensten op de interne markt (PB 2006, L 376, blz. 36) luidt:

“Indien de bepalingen van deze richtlijn strijdig zijn met een bepaling van andere communautaire regelgeving die betrekking heeft op specifieke aspecten van de toegang tot of de uitoefening van een dienstenactiviteit in specifieke sectoren of voor specifieke beroepen dan heeft de bepaling van de andere communautaire regelgeving voorrang en is deze van toepassing op die specifieke sectoren of beroepen. [...]”

Frans recht

13 Artikel 1 van loi n° 70-9, du 2 janvier 1970, réglementant les conditions d'exercice des activités relatives à certaines opérations portant sur les immeubles et les fonds de commerce (wet nr. 70-9 van 2 januari 1970 betreffende de voorwaarden voor het verrichten van activiteiten op het gebied van bepaalde transacties die verband houden met onroer-

rende goederen en winkelpanden) (JORF van 4 januari 1970, blz. 142), zoals van toepassing ten tijde van de feiten in het hoofdgeding (hierna: 'wet-Hoguet'), bepaalt:

"De bepalingen van deze wet zijn van toepassing op natuurlijke personen of rechtspersonen die zich gewoonlijk, ook bij wijze van nevenactiviteit, toelagen op of medewerking verlenen aan transacties die goederen van anderen betreffen, op het gebied van:

1o de koop van, de verkoop van, het zoeken naar, het ruilen van, het al dan niet tijdelijk verhuuren of onderverhuuren van gebouwde of nog niet gebouwde onroerende goederen, al dan niet gemeubileerd;

[...]"

14 Artikel 3 van deze wet luidt:

"De in artikel 1 bedoelde activiteiten mogen enkel worden verricht door natuurlijke personen of rechtspersonen die in het bezit zijn van een beroepskaart die door de voorzitter van de territoriaal bevoegde kamer van koophandel of door de voorzitter van de kamer van koophandel van Île-de-France wordt afgegeven voor een periode en op de voorwaarden die zijns vastgesteld bij besluit na advies van de Conseil d'État (Franse raad van state), en die vermeldt welke transacties die personen mogen verrichten. [...]

Deze kaart kan alleen worden afgegeven aan natuurlijke personen die aan de volgende voorwaarden voldoen:

1o zij kunnen hun vakbekwaamheid aantonen;

2o zij kunnen aantonen dat zij de terugbetaling van middelen financieel kunnen waarborgen [...];

3o zij beschikken over een beroepsaansprakelijkheidsverzekering;

4o te hunnen aanzien geldt geen beroepsverbod en is geen beroepsbekwaamheid vastgesteld [...].

[...]"

15 Artikel 5 van deze wet luidt:

"De in artikel 1 bedoelde personen die geldbedragen ontvangen [of] onder zich hebben [...], nemen de bij besluit na advies van de raad van state vastgestelde voorwaarden in acht, in het bijzonder de formaliteiten inzake het bijhouden van registers en de afgifte van ontvangstbewijzen, en komen de overige uit hun opdracht voortvloeiende verplichtingen na."

16 Artikel 14 van diezelfde wet luidt:

"Met een gevangenisstraf van zes maanden en een geldboete van 7 500 EUR wordt gestraft:

a) hij die, gewoonlijk, ook als nevenactiviteit, zich toelegt op of meewerkt aan de in artikel 1 bedoelde transacties zonder in het bezit te zijn van de in artikel 3 bedoelde kaart, of na deze kaart te hebben ingeleverd of te hebben nagelaten deze in te leveren na een bevel hiertoe van de bevoegde administratieve instantie; [...]"

17 Artikel 16 van de wet-Hoguet bepaalt:

"Met een gevangenisstraf van twee jaar en een geldboete van 30 000 EUR wordt gestraft:

1o hij die, in welke hoedanigheid en op welke manier dan ook, gedurende de in artikel 1 bedoelde transacties geldbedragen, goederen, effecten of waarden van welke aard dan ook heeft ontvangen of onder zich heeft:

a) in strijd met artikel 3, of

b) in strijd met de in artikel 5 vastgelegde voorwaarden voor het bijhouden van documenten en de afgifte van ontvangstbewijzen wanneer deze documenten en ontvangstbewijzen wettelijk verplicht zijn;

[...]"

Hoofdgeding en prejudiciële vragen

18 Airbnb Ireland UC, een vennootschap naar lers recht met zetel te Dublin (Ierland), behoort tot de groep Airbnb, waarvan verschillende vennootschappen deel uitmaken die direct of indirect in handen zijn van Airbnb Inc., een vennootschap met zetel in de Verenigde Staten. Airbnb Ireland biedt een onlineplatform aan dat tot doel heeft professionele en particuliere verhuurders die over te huur staande accommodatie beschikken en personen die op zoek zijn naar dit soort accommodatie, tegen betaling van een provisie met elkaar in contact te brengen, met name in Frankrijk. Airbnb Payments UK Ltd, een vennootschap naar het recht van het Verenigd Koninkrijk met zetel te Londen (Verenigd Koninkrijk), biedt onlinebetaaldiensten aan in het kader van deze activiteit waarbij verhuurders en personen op zoek naar accommodatie met elkaar in contact worden gebracht, en beheert de betaalactiviteiten van de groep in de Europese Unie. Voorts houdt Airbnb France SARL, een vennootschap naar Frans recht, die diensten ten behoeve van Airbnb Ireland verricht, zich bezig met de promotie van dit platform bij de gebruikers op de Franse markt door met name reclamecampagnes voor een welbepaald doelpubliek op te zetten.

19 Naast deze dienst waarbij verhuurders en huurders met elkaar in contact worden gebracht via een onlineplatform dat de aanbiddingen centraliseert, biedt Airbnb Ireland de verhuurders een aantal andere diensten aan, zoals een schema om hun aanbod te omschrijven, een optionele fotodienst, een – eveneens optionele – verzekering civielrechtelijke aansprakelijkheid alsmede een garantie dat schade wordt gedekt tot een bedrag van € 800.000. Daarenboven biedt Airbnb Ireland de verhuurders een optionele tool aan, waarmee hun huurprijs kan worden vastgesteld op basis van de gemiddelde marktprijzen op het platform. Bovendien is het zo dat als een verhuurder een huurder accepteert, de huurder de huurprijs overmaakt aan Airbnb Payments UK, waarbij de huurprijs wordt vermeerderd met 6 tot 12% voor kosten en servicekosten van Airbnb Ireland. De gelden worden voor rekening van de verhuurder bewaard door Airbnb Payments UK, die ze 24 uur na aankomst van de huurder op de

locatie overmaakt aan de verhuurder, zodat de huurder de garantie heeft dat de accommodatie echt bestaat en de verhuurder zich verzekerd weet van betaling. Ten slotte heeft Airbnb Ireland aan het betrokken platform een beoordelingssysteem toegevoegd, zodat de verhuurder en de huurder online commentaar kunnen schrijven met een score van nul tot vijf sterren.

20 Zoals blijkt uit de toelichting van Airbnb Ireland, voert een internetgebruiker die op zoek is naar te huur staande accommodatie, in de praktijk op het gelijknamige onlineplatform de naam in van de door hem gewenste bestemming, en specificeert hij daarbij de periode en het aantal personen. Aan de hand van die gegevens verstrekt Airbnb Ireland hem een lijst van beschikbare accommodatie die voldoet aan deze criteria, zodat hij zijn keuze kan maken en de accommodatie online kan reserveren.

21 In dit kader sluiten de gebruikers van het betrokken onlineplatform, of zij nu verhuurder of huurder zijn, een overeenkomst met Airbnb Ireland voor het gebruik van dat platform en met Airbnb Payments UK voor de betalingen die via dit platform worden verricht.

22 Op 24 januari 2017 heeft Association pour un hébergement et un tourisme professionnels (AHTOP) (vereniging voor professionele accommodatie en professioneel toerisme, Frankrijk) een klacht ingediend en zich civiele partij gesteld wegens het verrichten van activiteiten op het gebied van bemiddeling in en beheer van onroerende goederen en winkelpanden zonder beroepskaart uit hoofde van de wet-Hoguet en dit gedurende de periode van 11 april 2012 tot en met 24 januari 2017.

23 Ter onderbouwing van haar klacht voert deze vereniging aan dat Airbnb Ireland niet alleen twee partijen met elkaar in contact brengt via het gelijknamige platform, maar aanvullende diensten aanbiedt die kenmerken vertonen van de activiteiten van bemiddeling bij vastgoedtransacties.

24 Naar aanleiding van deze klacht heeft de procureur de la République près le tribunal de grande instance de Paris (procureur van de Franse Republiek bij de rechter van eerste aanleg Parijs, Frankrijk) op 16 maart 2017 een vordering tot het instellen van een gerechtelijk onderzoek ingediend wegens het beheer van financiële middelen voor activiteiten op het gebied van bemiddeling in en beheer van onroerende goederen en winkelpanden door een persoon die in strijd met de wet-Hoguet niet over een beroepskaart beschikt, gedurende de periode van 11 april 2012 tot en met 24 januari 2017.

25 Airbnb Ireland betwist dat zij een activiteit van vastgoedmakelaar uitoefent en stelt dat de wet-Hoguet niet van toepassing is omdat deze wet onverenigbaar is met richtlijn 2000/31.

26 Tegen deze achtergrond vraagt de onderzoeksrechter bij de tribunal de grande instance de Paris zich af of de door Airbnb Ireland verrichte dienst moet worden gekwalificeerd als een 'dienst van de informatiemaatschappij' in de zin van deze richtlijn en, zo dat het geval is, of deze richtlijn zich

ertegen verzet dat de wet-Hoguet van toepassing is op deze vennootschap in het hoofdgeding dan wel of deze richtlijn daarentegen zich niet ertegen verzet dat wordt onderzocht of Airbnb Ireland op grond van deze wet strafrechtelijk aansprakelijk is.

27 Daarop heeft de onderzoeksrechter van de tribunal de grande instance de Paris de behandeling van de zaak geschorst en het Hof verzocht om een prejudiciële beslissing over de volgende vragen:

"1) Vallen diensten die door [...] Airbnb Ireland in Frankrijk worden verricht via een elektronisch platform dat in Ierland wordt beheerd, onder het vrij verrichten van diensten als bedoeld in artikel 3 van richtlijn [2000/31]?

2) Kunnen de beperkende regels inzake de uitoefening van het beroep van vastgoedmakelaar in Frankrijk, zoals vastgelegd in de [wet-Hoguet], tegen [...] Airbnb Ireland worden ingeroepen?"

Beantwoording van de prejudiciële vragen
Ontvankelijkheid van het verzoek om een prejudiciële beslissing

28 Airbnb Ireland stelt dat de verwijzende rechter ten onrechte van oordeel is dat de activiteiten van Airbnb Ireland binnen de werkingsfeer van de wet-Hoguet vallen. Ter terechtzitting heeft de Franse regering zich op hetzelfde standpunt gesteld.

29 Volgens vaste rechtspraak rust er een vermoeden van relevantie op de vragen betreffende de uitlegging van het Unierecht die de nationale rechter heeft gesteld binnen het onder zijn eigen verantwoordelijkheid geschetste feitelijke en wettelijke kader, ten aanzien waarvan het niet aan het Hof staat de juistheid te onderzoeken. Het Hof kan slechts weigeren uitspraak te doen op een verzoek van een nationale rechter wanneer duidelijk blijkt dat de gevraagde uitlegging van het Unierecht geen verband houdt met een reëel geschil of met het voorwerp van het hoofdgeding, of wanneer het vraagstuk van hypothetische aard is of het Hof niet beschikt over de gegevens, feitelijk en rechtens, die noodzakelijk zijn om een zinvol antwoord te geven op de gestelde vragen (arrest van 22 juni 2010, *Melki en Abdeli*, C-188/10 en C-189/10, EU:C:2010:363, punt 27).

30 In casu is de verwijzende rechter, zo hij vraagt of de bepalingen van de wet-Hoguet jegens Airbnb Ireland kunnen worden tegengeworpen, impliciet van oordeel, zoals de Franse regering in wezen erkent, dat de door deze vennootschap verrichte bemiddelingdienst binnen de materiële werkingsfeer van deze wet valt.

31 Evenwel blijkt niet duidelijk dat de uitlegging die de verwijzende rechter van de wet-Hoguet geeft, zeker is uitgesloten in het licht van de bewoordingen van de nationale bepalingen die in de verwijzingsbeslissing zijn opgenomen (zie naar analogie arrest van 22 juni 2010, *Melki en Abdeli*, C-188/10 en C-189/10, EU:C:2010:363, punt 28).

32 Airbnb Ireland stelt voorts dat de verwijzingsbeslissing een summier beschrijving van de

Franse nationale wetgeving bevat en dat daarin met andere bepalingen van deze wetgeving rekening had moeten worden gehouden. De Commissie is van mening dat feitelijke preciseringen in deze beslissing ontbreken.

33 In casu geeft de verwijzingsbeslissing een korte, maar precieze uiteenzetting van het relevante nationale rechtskader en de oorsprong en de aard van het geschil. Hieruit volgt dat de verwijzende rechter zowel het feitelijke als het juridische kader waarin hij zijn verzoek om uitlegging van het Unierecht formuleert, voldoende heeft omschreven en dat hij het Hof alle informatie heeft verstrekt die het nodig heeft om een nuttig antwoord op dat verzoek te kunnen geven (arrest van 23 maart 2006, *Enirisorse*, C-237/04, EU:C:2006:197, punt 19 (NJ 2006/453, m.nt. M.R. Mok; red.)).

34 Bijgevolg kan het onderhavige verzoek om een prejudiciële beslissing niet in zijn geheel niet-ontvankelijk worden verklaard.

Opmerkingen vooraf

35 In hun opmerkingen hebben AHTOP en de Commissie respectievelijk aangevoerd dat de in het hoofdgeding aan de orde zijnde regeling niet alleen moet worden getoetst aan richtlijn 2000/31, maar ook aan richtlijn 2005/36/EG van het Europees Parlement en de Raad van 7 september 2005 betreffende de erkenning van beroepskwalificaties (PB 2005, L 255, blz. 22) en aan richtlijn 2007/64/EG van het Europees Parlement en de Raad van 13 november 2007 betreffende betalingsdiensten in de interne markt, tot wijziging van de richtlijnen 97/7/EG, 2002/65/EG, 2005/60/EG en 2006/48/EG, en tot intrekking van richtlijn 97/5/EG (PB 2007, L 319, blz. 1).

36 In dit verband zij gepreciseerd dat het Hof in het kader van de bij artikel 267 VWEU ingestelde procedure van samenwerking tussen de nationale rechterlijke instanties en het Hof tot taak heeft de nationale rechter een antwoord te geven dat nuttig is voor de oplossing van het bij hem aanhangige geding. Daartoe kan het Hof uit alle door de nationale rechter verschaft gegevens, met name uit de motivering van de verwijzingsbeslissing, de normen en beginselen van het Unierecht putten die, gelet op het voorwerp van het hoofdgeding, uitlegging behoeven, teneinde de gestelde vragen te herformuleren en alle Unierechtelijke bepalingen uit te leggen die noodzakelijk zijn voor de beslechting van bij de nationale rechterlijke instanties aanhangige gedingen, ook wanneer die bepalingen niet uitdrukkelijk worden genoemd in die vragen (zie in die zin arrest van 16 juli 2015, *Abcur*, C-544/13 en C-545/13, EU:C:2015:481, punten 33 en 34 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

37 Het staat evenwel uitsluitend aan de nationale rechter om het voorwerp te bepalen van de vragen die hij aan het Hof wil stellen. Wanneer de noodzaak van herformulering niet uit het verzoek zelf blijkt, kan het Hof zich dus niet op verzoek van een van de belanghebbenden vermelden in artikel 23 van het Statuut van het Hof van Justitie van de Euro-

pese Unie buigen over vragen die de nationale rechter niet heeft gesteld. Wanneer de nationale rechter wegens het verloop van het geding meent aanvullende gegevens over de uitlegging van het Unierecht nodig te hebben, staat het aan hem om zich opnieuw tot het Hof te wenden (zie in die zin arrest van 11 juni 2015, *Berlington Hungary e.a.*, C-98/14, EU:C:2015:386, punt 48 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

38 Aangezien in casu in de prejudiciële vragen geen melding wordt gemaakt van de richtlijnen 2005/36 en 2007/64 en de verwijzingsbeslissing geen andere toelichtingen bevat die het voor het Hof noodzakelijk maken om zich te buigen over de uitlegging van deze richtlijnen teneinde de verwijzende rechter een nuttig antwoord te geven, behoeft het Hof de argumenten betreffende die richtlijnen niet te onderzoeken, hetgeen het Hof immers ertoe zou brengen de gestelde vragen inhoudelijk te wijzigen.

Eerste vraag

39 Met zijn eerste vraag wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of artikel 2, onder a), van richtlijn 2000/31 aldus moet worden uitgelegd dat een bemiddelingsdienst die erin bestaat dat via een onlineplatform mogelijke huurders tegen vergoeding in contact worden gebracht met professionele of niet-professionele verhuurders die accommodatie voor een kort verblijf aanbieden, waarbij tegelijk een aantal andere diensten wordt aangeboden, zoals een schema om hun aanbod te omschrijven, een fotodienst, een verzekering civielrechtelijke aansprakelijkheid en een schadewaarborg, een tool voor de bepaling van de huurprijs of betalingsdiensten voor deze accommodatiediensten, moet worden aangemerkt als een 'dienst van de informatie-maatschappij' in de zin van richtlijn 2000/31.

40 Om te beginnen zij ten eerste opgemerkt dat de bemiddelingsdienst waar het in het hoofdgeding om gaat, onder het begrip 'dienst' in de zin van artikel 56 VWEU en richtlijn 2006/123 valt, hetgeen door geen van de partijen of de andere belanghebbenden die aan de procedure hebben deelgenomen wordt betwist.

41 Ten tweede dient er niettemin aan te worden herinnerd dat deze richtlijn overeenkomstig artikel 3, lid 1, ervan niet van toepassing is indien de bepalingen ervan strijdig zijn met een bepaling van een andere Uniehandeling die betrekking heeft op specifieke aspecten van de toegang tot of de uitoefening van een dienstenactiviteit in specifieke sectoren of voor specifieke beroepen.

42 Teneinde uit te maken of een dienst als die waar het in het hoofdgeding om gaat onder richtlijn 2006/123 valt, zoals AHTOP en de Franse regering stellen, dan wel integendeel onder richtlijn 2000/31 valt, zoals Airbnb Ireland, de Tsjechische en de Luxemburgse regering alsook de Commissie aanvoeren, dient bijgevolg te worden bepaald of een dergelijke dienst moet worden aangemerkt als een

‘dienst van de informatiemaatschappij’ in de zin van artikel 2, onder a), van richtlijn 2000/31.

43 Gelet op het tijdsbestek waarin de in de klacht van AHTOP bedoelde feiten en de strafprocedure met civielepartijstelling bij de verwijzende rechter zich situeren, is in de definitie van het begrip ‘dienst van de informatiemaatschappij’ als bedoeld in artikel 2, onder a), van richtlijn 2000/31 achter-eenvolgens verwezen naar artikel 1, eerste alinea, punt 2, van richtlijn 98/34 en vervolgens vanaf 7 oktober 2015 naar artikel 1, lid 1, onder b), van richtlijn 2015/1535. Deze definitie werd evenwel niet gewijzigd naar aanleiding van de inwerkingtreding op 7 oktober 2015 van richtlijn 2015/1535, waarnaar om die reden uitsluitend zal worden verwezen in het onderhavige arrest.

44 Ingevolge artikel 1, lid 1, onder b), van richtlijn 2015/1535 omvat het begrip ‘dienst van de informatiemaatschappij’ ‘elke dienst die gewoonlijk tegen vergoeding, langs elektronische weg, op afstand en op individueel verzoek van een afnemer van diensten wordt verricht’.

45 In casu merkt de verwijzende rechter op, zoals dit blijkt uit punt 18 van het onderhavige arrest, dat de dienst waar het in het hoofdgeding om gaat, ertoe strekt via een onlineplatform mogelijke huurders tegen vergoeding in contact te brengen met professionele of niet-professionele verhuurders die accommodatie voor een kort verblijf aanbieden, zodat huurders een accommodatie kunnen reserveren.

46 Allereerst vloeit hieruit voort dat deze dienst tegen vergoeding wordt verricht, ook al wordt de door Airbnb Payments UK ontvangen provisie uitsluitend bij de huurder en niet ook bij de verhuurder geïnd.

47 Vervolgens vormt deze dienst, voor zover de huurder en de verhuurder via een onlineplatform met elkaar in contact worden gebracht zonder dat de verrichter van de bemiddelingsdienst en de verhuurder of de huurder gelijktijdig aanwezig zijn, een dienst die op afstand en via elektronische weg wordt verricht. Bij de totstandkoming van de overeenkomst tussen, enerzijds, Airbnb Ireland of Airbnb Payments UK en, anderzijds, de huurder of de verhuurder komen de partijen immers op geen enkel moment met elkaar in contact op een andere wijze dan via het gelijknamige onlineplatform.

48 Ten slotte wordt de betrokken dienst vestrekt op individueel verzoek van de afnemer van die dienst, aangezien voor die dienst wordt verondersteld dat tegelijkertijd de verhuurder een advertentie online plaatst en de in die advertentie geïnteresseerde huurder een individueel verzoek online doet.

49 Een dergelijke dienst voldoet derhalve aan de vier cumulatieve voorwaarden van artikel 1, lid 1, onder b), van richtlijn 2015/1535 en vormt dus in beginsel een ‘dienst van de informatiemaatschappij’ in de zin van richtlijn 2000/31.

50 Zoals de partijen en de andere belanghebbenden die aan de procedure hebben deelgenomen

aanvoeren, heeft het Hof evenwel geoordeeld dat ook al vormt een bemiddelingsdienst die aan al deze voorwaarden voldoet in beginsel een dienst die te onderscheiden is van de daaropvolgende dienst waarop hij betrekking heeft en dus moet worden aangemerkt als een ‘dienst van de informatiemaatschappij’, dit anders ligt wanneer blijkt dat deze bemiddelingsdienst integrerend deel uitmaakt van een dienstenpakket waarvan het hoofdelement bestaat in een dienst die onder een andere juridische kwalificatie valt (zie in die zin arrest van 20 december 2017, *Asociación Profesional Elite Taxi*, C-434/15, EU:C:2017:981, punt 40 (NJ 2018/361, m.nt. E.J. Dommering; red.)).

51 In casu stelt AHTOP in wezen dat de door Airbnb Ireland verrichte dienst integrerend deel uitmaakt van een dienstenpakket waarvan het hoofdelement bestaat in een accommodatiedienstverrichting. Aldus is AHTOP van mening dat Airbnb Ireland niet alleen twee partijen via het gelijknamige onlineplatform met elkaar in contact brengt, maar ook aanvullende diensten aanbiedt die de kenmerken vertonen van een bemiddelingsdienst in onroerende goederen.

52 De door Airbnb Ireland verrichte bemiddelingsdienst beoogt weliswaar de verhuur van accommodatie mogelijk te maken, waarbij het vaststaat dat deze verhuur onder richtlijn 2006/123 valt, maar de aard van het verband tussen deze diensten rechtvaardigt evenwel niet dat deze bemiddelingsdienst wordt uitgesloten van de kwalificatie als ‘dienst van de informatiemaatschappij’ en dus van de toepassing van richtlijn 2000/31.

53 Een dergelijke bemiddelingsdienst staat immers los van de eigenlijke vastgoedtransactie voor zover deze dienst niet enkel ertoe strekt dat onmiddellijk een accommodatiedienst wordt verricht, maar veeleer dat op basis van een overzichtelijke lijst van accommodatie die op het gelijknamige onlineplatform beschikbaar is en voldoet aan de criteria die zijn opgegeven door de personen op zoek naar accommodatie voor een kort verblijf, een tool wordt aangereikt waarmee overeenkomsten voor toekomstige transacties eenvoudiger kunnen worden afgesloten. Het wezenlijke kenmerk van het door Airbnb Ireland beheerde onlineplatform ligt in het opstellen van een dergelijke lijst ten gunste van zowel verhuurders die over te huur staande accommodatie beschikken als personen die op zoek zijn naar dergelijke accommodatie.

54 Het verzamelen van aanbiedingen in een gestandaardiseerde vormgeving, samen met zoek-, lokalisatie- en vergelijkingstools voor deze aanbiedingen, vormt gelet op de omvang ervan een dienst die niet kan worden beschouwd als een gewoon nevenelement van een dienstenpakket dat onder een andere juridische kwalificatie valt, te weten een accommodatiedienstverrichting.

55 Bovendien blijkt een dienst als die welke Airbnb Ireland verricht, geenszins absoluut noodzakelijk te zijn voor de verrichting van accommodatiediensten zowel uit het oogpunt van de huurders als

uit het oogpunt van de verhuurders die daarop een beroep doen, aangezien zowel de huurders als de verhuurders over talrijke andere, vaak sinds lange tijd beschikbare kanalen beschikken, zoals vastgoedkantoren, advertenties op papier of online of websites voor de verhuur van onroerende goederen. Uit het feit alleen dat Airbnb Ireland rechtstreeks de concurrentie aangaat met deze kanalen door haar gebruikers, te weten zowel de verhuurders als de huurders, een innoverende dienst aan te bieden die schatplichtig is aan de bijzondere kenmerken van een handelsactiviteit van de informatiemaatschappij, kan niet worden afgeleid dat deze dienst absoluut noodzakelijk is voor de verrichting van een accommodatiedienst.

56 Ten slotte blijkt noch uit de verwijzingsbeslissing noch uit de gegevens van het dossier waarover het Hof beschikt dat Airbnb Ireland de huurprijzen die worden gevraagd door de verhuurders die haar platform gebruiken, bepaalt of plafonneert. Hooguit biedt Airbnb Ireland een optionele tool aan, waarmee de verhuurprijs kan worden vastgesteld op basis van de gemiddelde marktprijzen op dat platform, waarbij uitsluitend de verhuurder verantwoordelijk is voor de bepaling van de huurprijs.

57 Hieruit volgt dat een bemiddelingsdienst als die welke Airbnb Ireland verricht, als zodanig niet kan worden beschouwd als een integrerend deel van een dienstenpakket waarvan het hoofdelement zou bestaan in een accommodatiedienst.

58 Aan deze vaststelling kan niet worden afgedaan door een van de overige in punt 19 van het onderhavige arrest vermelde prestaties, in hun geheel dan wel afzonderlijk beschouwd. Integendeel, dergelijke prestaties vormen nevendiensten aangezien zij voor de verhuurders geen doel op zich vormen, maar een middel om de door Airbnb Ireland verrichte bemiddelingsdienst zo goed mogelijk te benutten of onder optimale voorwaarden accommodatie aan te bieden (zie naar analogie arresten van 21 februari 2008, *Part Service*, C-425/06, EU:C:2008:108, punt 52; 10 november 2016, *Baštová*, C-432/15, EU:C:2016:855, punt 71, en 4 september 2019, *KPC Herning*, C-71/18, EU:C:2019:660, punt 38).

59 Dat geldt allereerst voor de omstandigheid dat Airbnb Ireland, naast haar activiteit waarbij zij via het gelijknamige onlineplatform verhuurders en huurders met elkaar in contact brengt, de verhuurders een schema om hun aanbod te omschrijven ter beschikking stelt, en een optionele fotodienst voor het te huren goed alsmede een scoresysteem voor de huurders en verhuurders dat toegankelijk is voor toekomstige huurders en verhuurders aanbiedt.

60 Dergelijke tools vloeien voort uit de logica van samenwerking die inherent is aan bemiddelingsplatforms en die het mogelijk maakt dat, ten eerste, personen die op zoek zijn naar accommodatie een weloverwogen keuze kunnen maken uit de accommodatieaanbiedingen die verhuurders online hebben geplaatst en, ten tweede, verhuurders zich terdege kunnen vergewissen van de ernst van de

huurders met wie zij mogelijk een verbintenis aangaan.

61 Dat is vervolgens het geval voor de omstandigheid dat Airbnb Payments UK, die behoort tot de groep Airbnb, verantwoordelijk is voor de inning van het huurgeld bij de huurders en dit huurgeld vervolgens overmaakt aan de verhuurders, volgens de in punt 19 van het onderhavige arrest uiteengezette regeling.

62 Een dergelijke betalingsregeling, die talrijke onlineplatforms gemeen hebben, vormt een instrument ter beveiliging van de transacties tussen de verhuurders en de huurders en het loutere bestaan van die regeling kan de aard zelf van de bemiddelingsdienst niet wijzigen, vooral niet wanneer een dergelijke betalingsregeling direct noch indirect gepaard gaat met controle op de prijzen van de accommodatiediensten, zoals dit is vastgesteld in punt 56 van het onderhavige arrest.

63 Ten slotte kan het feit dat Airbnb Ireland de verhuurders een schadegarantie alsook een optionele verzekering civielrechtelijke aansprakelijkheid aanbiedt, de juridische kwalificatie van de via dit platform aangeboden bemiddelingsdienst evenmin wijzigen.

64 De al dan niet optionele diensten die Airbnb Ireland aanbiedt en die in de punten 59 tot en met 63 van het onderhavige arrest zijn uiteengezet, kunnen, ook al worden zij in hun geheel beschouwd, niet afdoen aan het feit dat de door deze vennootschap verrichte bemiddelingsdienst op zichzelf staat en dus aan het feit dat die dienst kwalificeert als 'dienst van de informatiemaatschappij', omdat anders de eigen kenmerken van deze dienst wezenlijk zouden veranderen. In dit opzicht zou het trouwens paradoxaal zijn dat dergelijke nevendiensten met toegevoegde waarde die via een onlineplatform aan haar klanten worden aangeboden, met name teneinde zich te onderscheiden van haar concurrenten, zonder meer zouden kunnen leiden tot een wijziging van de aard en dus de juridische kwalificatie van haar activiteit, zoals de advocaat-generaal in punt 46 van zijn conclusie heeft opgemerkt.

65 Anders dan AHTOP en de Franse regering stellen, kan de werkwijze van een bemiddelingsdienst als die welke Airbnb Ireland verricht bovendien niet worden gelijkgesteld met de werkwijze van de bemiddelingsdienst in de zaken die hebben geleid tot de arresten van 20 december 2017, *Asociación Profesional Elite Taxi* (C-434/15, EU:C:2017:981, punt 39 (*NJ* 2018/361, m.nt. E.J. Dommering; *red.*)), en 10 april 2018, *Uber France* (C-320/16, EU:C:2018:221, punt 21 (*NJ* 2019/3; *red.*)).

66 Afgezien van het feit dat deze arresten zijn gewezen in de specifieke context van het stedelijk personenvervoer waarop artikel 58, lid 1, VWEU van toepassing is en dat de door Airbnb Ireland verrichte diensten niet vergelijkbaar zijn met die waar het omging in de zaken die hebben geleid tot de in het vorige punt genoemde arresten, kan in de nevendiensten waarvan sprake in de punten 59 tot en met 63

van het onderhavige arrest niet de mate van controle worden teruggevonden die het Hof in die arresten heeft vastgesteld.

67 Zo heeft het Hof in die arresten opgemerkt dat Uber beslissende invloed uitoefende op de voorwaarden waaronder de vervoersdienst werd verricht door niet-professionele chauffeurs die gebruikmaakten van de door deze vennootschap te hunner beschikking gestelde applicatie (arresten van 20 december 2017, *Asociación Profesional Elite Taxi*, C-434/15, EU:C:2017:981, punt 39 (NJ 2018/361, m.nt. E.J. Dommering; red.), en 10 april 2018, *Uber France*, C-320/16, EU:C:2018:221, punt 21 (NJ 2019/3; red.)).

68 Op grond van de elementen waarop de verwijzende rechter doelt en die in punt 19 van het onderhavige arrest in herinnering zijn gebracht, kan evenwel niet worden vastgesteld dat Airbnb Ireland een dergelijke beslissende invloed uitoefent op de voorwaarden waaronder de accommodatiedienst waarop haar bemiddelingsdienst betrekking heeft wordt verricht, aangezien Airbnb Ireland met name direct noch indirect de prijs van de gevraagde huurgeden bepaalt, zoals is vastgesteld in de punten 56 en 62 van het onderhavige arrest, en evenmin een selectie maakt onder de verhuurders of onder de op haar platform voor verhuur aangeboden accommodatie.

69 Gelet op het voorgaande dient op de eerste vraag te worden geantwoord dat artikel 2, onder a), van richtlijn 2000/31, waarin wordt verwezen naar artikel 1, lid 1, onder b), van richtlijn 2015/1535, aldus moet worden uitgelegd dat een bemiddelingsdienst die erin bestaat dat via een onlineplatform mogelijke huurders tegen vergoeding in contact worden gebracht met professionele of niet-professionele verhuurders die diensten op het gebied van accommodatie voor een kort verblijf aanbieden, waarbij tegelijk een aantal nevendiensten bij die bemiddelingsdienst wordt aangeboden, moet worden aangemerkt als een 'dienst van de informatiemaatschappij' in de zin van richtlijn 2000/31.

Tweede vraag Bevoegdheid

70 De Franse regering stelt dat het Hof kennelijk onbevoegd is om op de tweede vraag te antwoorden aangezien de verwijzende rechter het Hof verzoekt zich uit te spreken over de vraag of de activiteiten van Airbnb Ireland binnen de materiële werkingssfeer van de wet-Hoguet vallen, en dus om het Franse recht uit te leggen.

71 Uit de formulering van de tweede vraag blijkt evenwel dat de verwijzende rechter met die vraag het Hof niet vraagt of de wet-Hoguet van toepassing is op de activiteiten van Airbnb Ireland, maar of die wet, die volgens deze rechter het vrij verrichten van diensten van de informatiemaatschappij beperkt, jegens Airbnb Ireland kan worden tegengeworpen.

72 Een dergelijke vraag, die nauw samenhangt met de mogelijkheid die artikel 3, lid 4, onder

a), van richtlijn 2000/31 de lidstaten biedt om af te wijken van het beginsel van het vrije verkeer van diensten van de informatiemaatschappij alsmede met de aan de lidstaten krachtens artikel 3, lid 4, onder b), van deze richtlijn opgelegde verplichting om de Commissie en de betrokken lidstaat in kennis te stellen van de maatregelen die afbreuk doen aan dat beginsel, vormt een vraag betreffende de uitlegging van het Unierecht.

73 Bijgevolg is het Hof bevoegd om deze vraag te beantwoorden.

Ontvankelijkheid

74 Subsidiair stelt de Franse regering dat, aangezien de verwijzende rechter niet heeft vastgesteld dat de activiteiten van Airbnb Ireland binnen de materiële werkingssfeer van de wet-Hoguet vallen, zijn tweede vraag geen uiteenzetting bevat van de redenen die hem ertoe hebben gebracht een vraag over de uitlegging van richtlijn 2000/31 te stellen en niet aangeeft welk verband hij legt tussen deze richtlijn en de wet-Hoguet. Deze vraag voldoet dus niet aan de vereisten van artikel 94 van het Reglement voor de procesvoering van het Hof en is bijgevolg niet-ontvankelijk.

75 Zoals is uiteengezet in punt 30 van het onderhavige arrest, blijkt uit de tweede vraag dat de bemiddelingsdienst die Airbnb Ireland via het gelijknamige onlineplatform verricht, volgens de verwijzende rechter binnen de materiële werkingssfeer van deze wet valt.

76 Door erop te wijzen dat deze wet een beperking vormt met betrekking tot diensten zoals die in het hoofdgeding aan de orde zijnde bemiddelingsdienst en met betrekking tot het in de artikelen 1 en 3 van richtlijn 2000/31 erkende beginsel van vrij verkeer van diensten van de informatiemaatschappij en door tegelijk op te merken dat de uitlegging van deze richtlijn problematisch is met betrekking tot de vraag of een nationale regeling als de wet-Hoguet jegens Airbnb Ireland kan worden tegengeworpen, voldoet de verwijzende rechter bovendien aan de minimumvereisten van artikel 94 van het Reglement voor de procesvoering.

77 Bijgevolg is de tweede vraag ontvankelijk.

Ten gronde

78 Met zijn tweede vraag wenst de verwijzende rechter van het Hof te vernemen of de in het hoofdgeding aan de orde zijnde regeling jegens Airbnb Ireland kan worden tegengeworpen.

79 Deze vraag volgt op het betoog dat Airbnb Ireland heeft ontwikkeld in verband met de onverenigbaarheid van de in het hoofdgeding aan de orde zijnde bepalingen van de wet-Hoguet met richtlijn 2000/31 en inzonderheid met het verzuim van de Franse Republiek om te voldoen aan de voorwaarden van artikel 3, lid 4, van deze richtlijn, dat de lidstaten de mogelijkheid biedt om maatregelen te nemen die het vrije verkeer van diensten van de informatiemaatschappij beperken.

80 De tweede vraag dient bijgevolg aldus te worden opgevat dat de verwijzende rechter wenst te vernemen of artikel 3, lid 4, van richtlijn 2000/31 aldus moet worden uitgelegd dat een particulier zich ertegen kan verzetten dat in een strafprocedure met civielepartijstelling maatregelen van een lidstaat die het vrije verkeer van een door hem vanuit een andere lidstaat verrichte dienst van de informatiemaatschappij beperken, op hem worden toegepast wanneer deze maatregelen niet voldoen aan alle in deze bepaling gestelde voorwaarden.

81 Vooraf dient te worden vastgesteld dat de in het hoofdgeding aan de orde zijnde regeling, zoals de verwijzende rechter opmerkt, het vrije verkeer van diensten van de informatiemaatschappij beperkt.

82 De in de wet-Hoguet vervatte vereisten waarop de verwijzende rechter doelt, te weten in hoofdzaak de verplichting om in het bezit te zijn van een beroepskaart, betreffen immers het opstarten van de activiteit die erin bestaat verhuurders die over accommodatie beschikken en personen die op zoek zijn naar dit soort accommodatie met elkaar in contact te brengen, in de zin van artikel 2, onder h), i), van richtlijn 2000/31 en vallen onder geen van de uitgesloten categorieën bedoeld in artikel 2, onder h), ii), van deze richtlijn. Voorts zijn zij van toepassing op met name in andere lidstaten dan de Franse Republiek gevestigde dienstverrichters, waardoor het voor hen moeilijker wordt hun diensten in Frankrijk te verrichten.

83 Krachtens artikel 3, lid 4, van richtlijn 2000/31 kunnen de lidstaten voor een bepaalde dienst van de informatiemaatschappij binnen het gecoördineerde gebied maatregelen nemen die afwijken van het beginsel van vrij verkeer van diensten van de informatiemaatschappij, mits aan twee cumulatieve voorwaarden is voldaan.

84 Ten eerste moet de betrokken beperkende maatregel overeenkomstig artikel 3, lid 4, onder a), van richtlijn 2000/31 noodzakelijk zijn om de openbare orde, de bescherming van de volksgezondheid, de openbare veiligheid of de bescherming van consumenten te waarborgen, moet deze maatregel worden genomen ten aanzien van een bepaalde dienst van de informatiemaatschappij waardoor effectief afbreuk wordt gedaan aan deze doelstellingen of een ernstig gevaar daarvoor ontstaat, en moet hij ten slotte evenredig zijn aan deze doelstellingen.

85 Ten tweede moet de betrokken lidstaat overeenkomstig artikel 3, lid 4, onder b), tweede streepje, van deze richtlijn vooraf en onverminderd eventuele rechtszaken, met inbegrip van het vooronderzoek en in het kader van een strafrechtelijk onderzoek verrichte handelingen, de Commissie en de lidstaat op wiens grondgebied de beoogde dienstverrichter is gevestigd, in kennis stellen van zijn voornemen om de betrokken beperkende maatregelen te nemen.

86 Aangaande deze tweede voorwaarde wordt door de Franse regering niet betwist dat voor de wet-Hoguet de Franse Republiek geen kennisge-

ving heeft gedaan aan de Commissie of aan de lidstaat van vestiging van Airbnb Ireland, te weten Ierland.

87 Dienaangaande zij om te beginnen opmerkt dat het feit dat deze wet dateert van vóór de inwerkingtreding van richtlijn 2000/31 niet tot gevolg kan hebben dat de Franse Republiek wordt vrijgesteld van haar kennisgevingsplicht. Zoals de advocaat-generaal in punt 118 van zijn conclusie heeft opgemerkt, heeft de Uniewetgever niet voorzien in een afwijking die de lidstaten zou toestaan maatregelen in stand te houden die van vóór die richtlijn dateren en die het vrij verrichten van diensten van de informatiemaatschappij kunnen beperken, zonder dat zij voldoen aan de door die richtlijn daartoe gestelde voorwaarden.

88 Dus dient te worden uitgemaakt of de niet-nakoming door een lidstaat van zijn verplichting tot voorafgaande kennisgeving van de maatregelen die een beperking inhouden voor het vrij verrichten van diensten van de informatiemaatschappij die vanuit een andere lidstaat worden verricht, zoals die is opgelegd bij artikel 3, lid 4, onder b), tweede streepje, van richtlijn 2000/31, ertoe leidt dat de betrokken regeling niet jegens een particulier kan worden toegeworpen, zoals het geval is voor de gevolgen van niet-nakoming door een lidstaat van zijn verplichting tot voorafgaande kennisgeving van de technische voorschriften, zoals die is opgelegd bij artikel 5, lid 1, van richtlijn 2015/1535 (zie in die zin arrest van 30 april 1996, *CIA Security International*, C-194/94, EU:C:1996:172, punt 54 (*NJ* 1997/214; *red.*)).

89 Dienaangaande zij ten eerste opgemerkt dat artikel 3, lid 4, onder b), tweede streepje, van richtlijn 2000/31 voor de lidstaten een nauwkeurige verplichting meebrengt om de Commissie en de lidstaat op wiens grondgebied de beoogde dienstverrichter is gevestigd vooraf in kennis te stellen van hun voornemen om een maatregel te nemen die het vrije verkeer van deze dienst van de informatiemaatschappij beperkt.

90 De bij deze bepaling opgelegde verplichting is dus, wat haar inhoud betreft, voldoende duidelijk, nauwkeurig en onvoorwaardelijk opdat zij rechtstreekse werking heeft en opdat particulieren zich erop kunnen beroepen bij de nationale rechter (zie naar analogie arrest van 30 april 1996, *CIA Security International*, C-194/94, EU:C:1996:172, punt 44 (*NJ* 1997/214; *red.*)).

91 Ten tweede staat vast, zoals blijkt uit artikel 3, lid 2, van richtlijn 2000/31, gelezen in samenhang met overweging 8 ervan, dat de doelstelling van deze richtlijn erin bestaat, het vrije verkeer van diensten van de informatiemaatschappij tussen de lidstaten te verzekeren. Deze doelstelling wordt nagestreefd door middel van een mechanisme van toezicht op de maatregelen die daaraan afbreuk kunnen doen, waarbij zowel de Commissie als de lidstaat op wiens grondgebied de verrichter van de betrokken dienst van de informatiemaatschappij is gevestigd, in staat is erop toe te zien dat deze maat-

regelen noodzakelijk zijn om te voldoen aan dwingende redenen van algemeen belang.

92 Zoals blijkt uit artikel 3, lid 6, van deze richtlijn, is de Commissie, die zo spoedig mogelijk moet nagaan of de haar ter kennis gebrachte maatregelen verenigbaar zijn met het Unierecht, verplicht, wanneer zij concludeert dat de voorgenomen maatregelen onverenigbaar zijn met het Unierecht, de betrokken lidstaat te verzoeken om van de beoogde maatregelen af te zien of om de uitvoering ervan onmiddellijk te staken. Deze procedure biedt de Commissie dus de mogelijkheid te voorkomen dat met het VWEU strijdige belemmeringen van het handelsverkeer in het leven worden geroepen of althans in stand worden gehouden, met name door wijzigingen in de betrokken nationale maatregelen voor te stellen (zie naar analogie arrest van 30 april 1996, *CIA Security International*, C-194/94, EU:C:1996:172, punt 41 (NJ 1997/214; red.)).

93 Zoals met name de Spaanse regering opmerkt en zoals dit blijkt uit artikel 3, lid 6, van richtlijn 2000/31, voorziet artikel 3, lid 4, onder b), tweede streepje, van deze richtlijn, anders dan artikel 5, lid 1, van richtlijn 2015/1535, weliswaar niet formeel in een standstill-verplichting voor de lidstaat die het voornemen heeft om een maatregel te nemen die het vrij verrichten van een dienst van de informatiemaatschappij beperkt. Zoals in punt 89 van het onderhavige arrest is opgemerkt, moet de betrokken lidstaat evenwel, behoudens in naar behoren gemotiveerde urgente gevallen, zowel de Commissie als de lidstaat op wiens grondgebied de verrichter van de betrokken dienst is gevestigd vooraf in kennis stellen van zijn voornemen om een dergelijke maatregel te nemen.

94 Gelet op de in de punten 89 tot en met 92 van het onderhavige arrest uiteengezette elementen vormt de bij artikel 3, lid 4, onder b), tweede streepje, van richtlijn 2000/31 opgelegde verplichting tot voorafgaande kennisgeving geen gewone verplichting tot het doen van een mededeling die vergelijkbaar is met die in de zaak die heeft geleid tot het arrest van 13 juli 1989, *Enichem Base e.a.* (380/87, EU:C:1989:318, punten 19-24), maar een wezenlijke procedurele vereiste die rechtvaardigt dat maatregelen die het vrije verkeer van diensten van de informatiemaatschappij beperken waarvan vooraf geen kennis is gegeven, niet jegens particulieren kunnen worden tegengeworpen (zie naar analogie arrest van 30 april 1996, *CIA Security International*, C-194/94, EU:C:1996:172, punten 49 en 50 (NJ 1997/214; red.)).

95 Ten derde is het des te gerechtvaardigder om de oplossing waarvoor het Hof met betrekking tot richtlijn 2015/1535 heeft gekozen in het arrest van 30 april 1996, *CIA Security International* (C-194/94, EU:C:1996:172 (NJ 1997/214; red.)), toe te passen op richtlijn 2000/31 daar, zoals de Commissie ter terechtzitting terecht heeft opgemerkt, de bij artikel 3, lid 4, onder b), tweede streepje, van richtlijn 2000/31 opgelegde verplichting tot kennisgeving niet ertoe strekt, zoals de maatregel waar het

om ging in de zaak die tot dat arrest heeft geleid, te voorkomen dat een lidstaat maatregelen neemt die binnen zijn bevoegdheidsfeer vallen en afbreuk kunnen doen aan het vrije verkeer van diensten, maar te voorkomen dat een lidstaat inbreuk maakt op de bevoegdheid die principieel toekomt aan de lidstaat van vestiging van de verrichter van de betrokken dienst van de informatiemaatschappij.

96 Uit hetgeen voorafgaat volgt dat de niet-nakoming door een lidstaat van zijn verplichting tot kennisgeving van een maatregel die een beperking vormt van het vrije verkeer van een dienst van de informatiemaatschappij die wordt verricht door een op het grondgebied van een andere lidstaat gevestigde dienstverrichter, zoals die is opgelegd bij artikel 3, lid 4, onder b), tweede streepje, van richtlijn 2000/31, tot gevolg heeft dat deze maatregel niet jegens particulieren kan worden tegengeworpen (zie naar analogie arrest van 30 april 1996, *CIA Security International*, C-194/94, EU:C:1996:172, punt 54 (NJ 1997/214; red.)).

97 In dit verband dient nog erop te worden gewezen dat, zoals hetgeen geldt voor de technische voorschriften waarvan een lidstaat geen kennis heeft gegeven overeenkomstig artikel 5, lid 1, van richtlijn 2015/1535, de niet-tegenwerpbaarheid van een maatregel die het vrij verrichten van diensten van de informatiemaatschappij beperkt en waarvan geen kennis is gegeven, niet alleen kan worden ingeroepen in een strafprocedure (zie naar analogie arrest van 4 februari 2016, *Ince*, C-336/14, EU:C:2016:72, punt 84), maar ook in een geschil tussen particulieren (zie naar analogie arrest van 27 oktober 2016, *James Elliott Construction*, C-613/14, EU:C:2016:821, punt 64 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

98 In een procedure als die in het hoofdgeding, waarin een particulier in een geding voor een strafrechter een andere particulier vraagt om herstel van de schade die is ontstaan uit het vervolgd strafbare feit, heeft de niet-nakoming door de lidstaat van zijn verplichting tot kennisgeving van dit strafbare feit krachtens artikel 3, lid 4, onder b), tweede streepje, van richtlijn 2000/31, derhalve tot gevolg dat de nationale maatregel waarbij het betrokken feit strafbaar is gesteld, niet jegens de vervolgd particulier kan worden tegengeworpen, zodat hij zich op deze niet-nakoming kan beroepen niet alleen in het kader van een tegen hem ingestelde strafvolgging maar ook in het kader van een schadevordering die is ingesteld door de particulier die zich civiele partij heeft gesteld.

99 Aangezien de Franse Republiek kennisgeving van de wet-Hoguet heeft verzuimd en de in de punten 84 en 85 van het onderhavige arrest in herinnering gebrachte voorwaarden van artikel 3, lid 4, van richtlijn 2000/31 cumulatief zijn, dient te worden geoordeeld dat deze wet in geen geval kan worden toegepast op een particulier die zich in een situatie bevindt als die waarin Airbnb Ireland verkeert in het hoofdgeding, los van de vraag of voor deze

wet is voldaan aan de andere in deze bepaling gestelde voorwaarden.

100 Gelet op het voorgaande dient op de tweede vraag te worden geantwoord dat artikel 3, lid 4, onder b), tweede streepje, van richtlijn 2000/31 aldus dient te worden uitgelegd dat een particulier zich ertegen kan verzetten dat in een strafprocedure met civielepartijstelling maatregelen van een lidstaat die het vrije verkeer van een dienst van de informatiemaatschappij die hij vanuit een andere lidstaat verricht beperken, op hem worden toegepast wanneer niet overeenkomstig deze bepaling van deze maatregelen is kennisgegeven.

Kosten

101 Ten aanzien van de partijen in het hoofdgeding is de procedure als een aldaar gerezen incident te beschouwen, zodat de verwijzende rechter over de kosten heeft te beslissen. De door anderen wegens indiening van hun opmerkingen bij het Hof gemaakte kosten komen niet voor vergoeding in aanmerking.

Het Hof (Grote kamer) verklaart voor recht: [zie *cur-sieve* kop].

Noot

1. Deze zaak (beslist door de Grote Kamer van het Hof) gaat over Airbnb in Frankrijk en gaat over dezelfde problematiek als in de *Uber*-zaken in Spanje en Frankrijk (HvJ EU 20 december 2017, zaak C-434/15, NJ 2018/361, m.nt. E.J. Dommering, resp. HvJ EU 10 april 2018, zaak C-320/16, NJ 2019/3). In die zaken werd beslist dat de Uberdienst weliswaar een 'dienst in de informatiemaatschappij' is, zodat de e-commercerichtlijn (Richtlijn 2000/31) van toepassing kan zijn, maar toch meer kenmerken van een vervoersdienst heeft, hetgeen ruimte schept voor de lidstaten ze onder de regels voor taxidiensten te brengen. In deze zaak beslist het Hof anders. Ik zal eerst analyseren wat de Airbnb-dienst precies inhoudt en vervolgens waarom het Hof anders beslist dan in de *Uber*-zaken. Dan zal ik kort ingaan op platformdiensten in het algemeen die als nieuw maatschappelijk/economisch fenomeen steeds meer in de juridische belangstelling komen te staan. Dit leidt tot een kritische analyse van nut en noodzaak van de e-commercerichtlijn in de sedert de invoering snel veranderde 'digitale' economie. Daarnaast onderwerp ik de 'horizontale werking' van deze richtlijn waardoor zeer ongelijksortige zaken onder één regime worden gebracht, aan een nadere analyse. Tot slot geef ik kort aan wat er aan veranderingen in Brussel op stapel staan en waarom die vanuit een verkeerd concept zijn opgesteld.

De strekking van de beslissing van het Hof: Airbnb tegenover Uber

2. Airbnb verbindt op een digitaal internetplatform de vragers op de markt van tijdelijke verblijfsruimte (overwegend toeristen) met de aanbie-

ders van tijdelijke ruimte in de (toeristische) plaats van bestemming. Deze markt was in handen van de professionele hotelbranche en de geprofessionaliseerde bed-and-breakfast diensten, maar Airbnb heeft die markt geopend voor particulieren die eigen woonruimte aan toeristen willen verhuren. Daaromheen heeft zich vrij snel een professionele markt van aanbieders van 'particuliere' woonruimte gevormd. De vragende en aanbiedende partijen moeten zichzelf registreren op het Airbnb-platform en informatie over zichzelf verstrekken. Een gespecialiseerde zoekmachine speelt een belangrijke rol. Daarop kunnen vragers plaats van bestemming in-typen en filters toevoegen over buurt (het gaat meestal om grote steden), kwaliteit, prijs, benodigde ruimte, aantal gasten, verblijfsperiode en aanvullende diensten (voedsel, schoonmaak). De informatie die zij oproepen gaat vergezeld van foto's van de aangeboden ruimte en de eigenaren/aanbieders, en de beoordeling daarvan door vorige gasten ('rating'). De aanbieder kan de prijs op ieder moment variëren. Wanneer de potentiële gast beslist om te boeken, heeft de aanbieder de vrijheid het aanbod te accepteren of zonder motivering te weigeren. Komt een overeenkomst tot stand, dan loopt de betaling via Airbnb.

3. Juridisch ziet de organisatie van Airbnb in Europa er als volgt uit. Het is een Europese groep van ondernemingen die alle gelieerd zijn aan het Amerikaanse Airbnb Inc. De betaalactiviteiten van de Europese groep worden beheerd door Airbnb Payments UK. Airbnb Ireland is de spil in de organisatie en ook de belangrijkste partij in deze procedure. Zij biedt de belangrijkste diensten aan, zoals foto's van de locatie en de 'gastheer' en/of 'gastvrouw', verzekering, de methode waarmee de aanbieder de huurprijs kan berekenen en de consumentenrating. De betaling van de verblijfsvergoeding loopt via Airbnb Payments UK (zie overweging 19). Deze brengt daarbij als 'servicekosten' de diensten van Airbnb Ireland in rekening. De zaak speelt zich feitelijk af in Frankrijk omdat het gaat om bemiddeling van te verhuren verblijfsruimte in Frankrijk. Daar is de Franse Airbnb France SARL gevestigd, die voornamelijk met de werving en reclame is belast.

4. In Frankrijk bestaat een wet Hoguet die voorschrijft dat een bedrijf dat professioneel bemiddelt bij de verhuur van onroerend goed een beroepskaart moet hebben, die alleen kan worden verkregen als de vakbekwaamheid van de bemiddelaar is vastgesteld en de bemiddeling niet valt onder bij wet vastgestelde verboden activiteiten. Deze beroepskaart heeft Airbnb Ireland niet. De Franse belangenorganisatie voor professionele accommodatie en toerisme (AHTOP) dient in Frankrijk een klacht tegen Airbnb Ireland in bij de toezichthouder, met de stelling dat de aanvullende diensten kenmerken vertonen van de bemiddeling voor onroerendgoedaccommodatie, hetgeen betekent dat daarvoor een beroepskaart vereist is. Airbnb stelt zich op het standpunt dat zij niet aan vastgoedbemiddeling in de zin van de wet Hoguet doet.

5. De vraag die de Franse rechter aan het Hof voorlegt is of de activiteit die Airbnb verricht, valt onder het begrip 'diensten in de informatiemaatschappij' en daarmee valt onder de e-commerce-richtlijn (Richtlijn 2000/31), en zo ja, of deze een verbodsbepaling die in de wet Hoguet staat, toelaat. Dat is dus een problematiek die vergelijkbaar is met de *Uber*-zaken. In dit geval beslist het Hof anders. Het Hof stelt in de overwegingen 44-49 vast dat de Airbnb-dienst kwalificeert als een dienst in de informatiemaatschappij in de zin van de e-commerce-richtlijn 2000/31. Onder verwijzing naar zijn *Uber*-beslissingen stelt het in overweging 50 dat 'dit anders ligt wanneer blijkt dat deze bemiddelingsdienst een integrerend deel uitmaakt van een dienstenpakket waarvan het hoofdelement bestaat in een dienst die onder een andere juridische kwalificatie valt' (de advocaat-generaal omschrijft die in zijn conclusie als de 'materiële dienst'). Anders dan AHTOP beantwoordt het Hof die vraag, in navolging van de advocaat-generaal, ontkenkend (overwegingen 50-55). De stappen in de redenering zijn: de bemiddelingsdienst staat los van de 'eigenlijke vastgoedtransactie' omdat (1) een 'tool wordt aangereikt waarmee overeenkomsten voor toekomstige transacties eenvoudiger worden afgesloten', die niet kan worden beschouwd 'als een gewoon nevenelement van een accommodatiedienstverrichting'. Zij blijkt (2) evenmin 'absoluut noodzakelijk' te zijn, omdat er ook andere (traditionele) aanbiedingskanalen zijn waarmee Airbnb rechtstreeks in concurrentie treedt. Het Hof voegt daaraan toe (overweging 55) dat (3) uit het feit dat Airbnb 'een innoverende dienst aanbiedt die schatplichtig is aan de bijzondere kenmerken van een handelsactiviteit van de informatiemaatschappij, niet kan worden afgeleid dat deze dienst absoluut noodzakelijk is voor de verrichting van een accommodatiedienst.' Tenslotte oordeelt het Hof (4) dat Airbnb de huurprijzen die worden gevraagd niet plafonneert of vaststelt (een verschil met de *Uber*-zaak). De diensten die Airbnb aanbiedt worden dus afgedaan als nevendiensten ('tools') die geen integrerend onderdeel vormen van de accommodatiedienst. Ik verwijs naar de overwegingen 59-64. Dit is allemaal anders dan bij de *Uber*-diensten waarvan het Hof in overweging 67 zegt dat deze 'beslissende invloed op de voorwaarden waaronder de vervoersdienst werd aangeboden' hebben.

6. Het gevolg van de beslissing is dat het vrij verkeer van diensten in de informatiemaatschappij dat ten grondslag ligt aan Richtlijn 2000/31 prevaleert. Het uitgangspunt van deze richtlijn is het 'country of origin'-beginsel, hetgeen inhoudt dat regulering van de dienst aldaar dient te geschieden. De richtlijn staat in artikel 3 lid 4 onder (a) een uitzondering toe als in het 'ontvangende land' een 'serieus en ernstig gevaar' bestaat voor de openbare orde, het begaan van strafbare feiten, bescherming van minderjarigen, uitingen van hate speech, de bescherming van menselijke waardigheid en/of de nationale veiligheid. Het ontvangende land mag op

grond van artikel 3 lid 4 alleen beperkende maatregelen nemen, als het land van oorsprong ondanks verzoek nalatig blijft maatregelen 'aan de bron' te treffen en de EU Commissie op de hoogte is gesteld van het voornemen tot het treffen van beperkende maatregelen. Dat laatste betekent op grond van artikel 3 lid 6 dat de voorgenomen maatregelen pas na onderzoek en toestemming van de Commissie mogen worden ingevoerd. In het vervolg van het arrest (overwegingen 91-96) oordeelt het Hof dat Frankrijk voor de invoering van de wet Hoguet niet aan deze verplichting heeft voldaan, zodat deze wet niet aan Airbnb Ireland in Frankrijk kan worden tegen-gevoerd.

7. Hoe moeten we deze aanpak van het Hof beoordelen? Evenals Vanessa Mak in haar noot (*NTER* 2020, nr. 1/2), ben ik kritisch omdat de beslissing geen recht doet aan de veranderde sociaal-economische werkelijkheid van de gedigitaliseerde samenleving. Daarover is inmiddels het nodige geschreven. Selectief noem ik de studie van Vassilis Hatzopoulos, *The Collaborative Economy and the EU Law*, Oxford/London: Hart Publishing 2018, die de essentiële rol in deze nieuwe economie analyseert van, wat hij noemt, de 'collaborative platforms'. Daarnaast zijn er de preadviezen voor de Vereniging Burgerlijk Recht 2019 van J.H. Gerards en A.C. van Schaick, *Digitalisering, vermogensrecht, de platform-economie en grondrechten*, en Egbert Dommering, *De Europese Informatierechtsorde*, Amsterdam: DeLex 2019, hoofdstukken VIII en IX, in deze publicaties ook uitvoerige literatuurverwijzingen. De sociaal-economische realiteit van Airbnb is veelomvattender dan het Hof met zijn formeel-juridische analyse neerzet. Deze platformdiensten met de daarbij behorende data-, artificiële intelligentie-, en netwerktechnologie voegen elementen aan de 'materiële' dienst toe die deze een wezenlijk andere maatschappelijke impact geven. Met name het maatschappelijke effect is enorm. Airbnb verdient op de accommodatiemarkt astronomische bedragen en is daarmee een directe concurrent van de 'materiële' dienst en niet een 'nevendienst' die daarvan kan worden losgekoppeld. De sociale effecten van het op grote schaal ter beschikking komen van toeristenaccommodatie in particuliere woonwijken in de vorm van ernstige overlast en ontwrichting van de privacy van particulier wonen, vormen precies het soort negatieve, externe kosten waarvoor de regulering van de 'materiële' dienst beoogde te waken.

De e-commercerichtlijn

8. Wat is de e-commercerichtlijn? Deze is gemaakt in de beginjaren van het internet. Zij heeft betrekking op 'diensten in de informatiemaatschappij', die in artikel 1 onder (2) van Richtlijn 98/34 (zoals aangevuld door Richtlijn 98/48), waarnaar de e-commercerichtlijn verwijst, worden gedefinieerd als: 'een dienst die gewoonlijk tegen vergoeding elektronisch op afstand op individueel verzoek van een afnemer' wordt verricht. Het is een horizontale

regeling die alle diensten omvat en die zowel publiekrechtelijk als privaatrechtelijk onderwerpen beoogt te bestrijken. Ze bevat een summierere regeling van het vrij verkeer van deze 'informatiediensten' dat in beginsel niet mag worden beperkt, anders dan om redenen van openbare orde, etc. (artikel 3, zie hiervoor onder 6). Het bevat een verbod een stelsel van vergunningen voor de dienstverlener in te voeren (artikel 5), transparantieverplichtingen ten aanzien van reclame via deze diensten (artikelen 6, 7 en 8), en consumentenbeschermingsbepalingen voor contracten (artikelen 9, 10 en 11). De meeste aandacht hebben de zogenaamde 'safe harbour'-bepalingen gekregen waarin 'intermediary service-providers' ('dienstverleners die als tussenpersoon optreden') onder bepaalde voorwaarden worden vrijgesteld voor de aansprakelijkheid voor de informatie die via een netwerk wordt uitgewisseld en opgeslagen. Deze 'vrijgestelde' intermediairs worden gedefinieerd als een bepaalde categorie diensten in de informatiemaatschappij die bestaan in de overdracht ('transmissie') door een communicatienetwerk van informatie naar de ontvanger van de dienst of in de verschaffing van toegang tot een communicatienetwerk. De bepalingen zeggen in de artikelen 12 en 13 dat, wanneer informatie wordt opgeslagen voor transportdoeleinden ('mere conduit'), of enige tijd om efficiencyredenen wordt vastgehouden ('caching') er geen aansprakelijkheid is. Dit lijkt nog het meest op de positie van de (tele)communicatiediensten waarvoor immers het oude adagium geldt dat zij 'geen boodschap aan de boodschap' hebben. Problematischer zijn de 'hosting'-diensten van artikel 14 die informatie aan het publiek aanbieden zonder dat de inhoud daarvan bij de host ('gastheer') bekend is, waarvoor zij niet aansprakelijk kunnen worden gesteld. Hier ligt de grote ontwikkeling van de 'platformdiensten' zoals Facebook, Uber en Airbnb. Voor een overzicht zie de studie voor de EU Commissie van 2018, <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/7779caca-2537-11e9-8d04-01aa75ed71a1/language-en>.

Zij vrijwaren dus een steeds grotere diversiteit van intermediairs voor inhoudelijke juridische controle. De rechtspraktijk ontwikkelde de norm dat, alleen als zij gewaarschuwd zijn voor evident onrechtmatige inhoud, zij verplicht kunnen worden om maatregelen te treffen. Dat is de zogenaamde 'notice and take down'-procedure (artikel 15 lid 2). Daar kwam de rechtspraktijk wel uit, maar al vrij spoedig ontstonden vragen over wat nu precies intermediaire service-providers zijn. Deze zogenaamde 'transporteurs' en 'toegangverschaffers', later 'platforms' genoemd, bleken toch veel meer bemoeienis te hebben met de informatie die zij op aanvraag aan de afnemers verschaffen. Het Hof trok

daar in 2011 een grens (HvJ EU 12 juli 2011, zaak C-324/09, *L'Oréal SA/eBay*), maar de vragen bleven.

9. De e-commercerichtlijn is naar mijn oordeel om twee fundamentele redenen in zijn horizontale opzet van meet af aan problematisch geweest. De eerste reden betreft de relatie tussen de 'horizontale' hosting dienst en de 'verticale' materiële dienst. Dit laten de beslissingen in Uber en Airbnb zien. Het is een gekunsteld model om uit het brede veld van contractuele transacties de 'communicatie'-component uit te splitsen uitsluitend en alleen omdat deze elektronisch via een platform plaatsvindt, en daaraan het gevolg te verbinden dat deze slechts bij uitzondering mag worden gereguleerd. De informatie-uitwisseling die bij het tot stand komen van een contract plaatsvindt moet mijns inziens beoordeeld worden vanuit de belangen en de maatschappelijke context van *het contract zelf*. De gekunstelde constructie ziet men ook aan de beperkingsgronden van artikel 3 van de richtlijn. Stel dat Frankrijk de wet Hoguet tijdig bij de Commissie had aangemeld. Dan verschaft het toetsingskader (openbare orde etc.) van de richtlijn toch geen enkel kader voor de toetsing van de belangen die bij deze dienst spelen? Wat voegt aanmelding van een mogelijke 'horizontale' beperking van een abstracte informatiedienst dus toe aan een geordende vrijheid van het 'verticale' veld van de materiële diensten?

10. De tweede reden is dat de richtlijn commerciële diensten, waar communicatie een bijkomende zakelijke functie vervult, op een hoop gooit met (massa)communicatiediensten, waar communicatie de fundamentele hoofdfunctie heeft voor democratische meningsvorming. Het internet heeft zich daardoor ontwikkeld tot een commercieel reclamemedium waarop alles wat wij bij de omroep hadden proberen te voorkomen met strikte regels tegen sluikreclame, mogelijk werd. De sociale media zijn daarvan het twijfelachtige resultaat: het is de slecht opgevoede, lawaaischoppende en leugenverspreidende bastaard die zich nu in ons midden bevindt. Er gebeurde wel iets anders: omdat de persoonsgegevensverwerking een essentieel onderdeel vormt van deze diensten was het de privacyregulering die hier gedeeltelijk een gat vulde. De ruime uitleg die het HvJ EU aan het begrip 'persoonsgegevensverwerking' heeft gegeven legde steeds meer beperkingen op aan de internetcommunicatie van de platformdiensten (vgl. Egbert Dommering, *De Europese informatierechtsorde*, Amsterdam, DeLex 2019, Hoofdstukken II, 2, VI, 2). Ik noem als voorbeeld de jurisprudentie over de zoekmachines: de *Googlezaken*, HvJ EU 24 september 2019, zaken C-507/17, C-137/17, NJ 2019/434-435, m.nt. E.J. Dommering. Maar er zijn andere platformbeslissingen te noemen (recentelijk in de NJ gepubliceerd onder meer: HvJ EU 29 juli 2019, zaak *Facebook ID*, C-40/17, NJ 2020/97, HvJ EU 1 oktober 2019, zaak *Planet 49*, NJ 2020/98).

Digital Services Act en een Digital Markets Act

11. In Brussel heeft men inmiddels ook bedacht dat de e-commercerichtlijn geen adequaat antwoord meer is. Zij heeft geen vat meer op de dynamiek van de platformeconomie en de vervlechting van de openbare ruimte van de samenleving met de cyberspace van het internet. Eind 2020 werden ontwerpen van verordeningen voorgesteld die deze richtlijn beogen te vervangen. Hoewel daarin een stap in de 'nieuwe internetwereld' wordt gezet, blijven deze toch te veel vasthouden aan het achterhaalde horizontale concept van de e-commercerichtlijn. Wat zich hier lijkt te wreken is het paradigma van de economische integratie dat de leidende maatstaf is voor de betrokken departementen die hier in Brussel het voortouw nemen. Zij blijven daarom voortborduren op een inmiddels verouderd model. Je ziet het ook terug in de ontwerpen, waarin stevige marktdoelstellingen van vrijheid van diensten, regulering van dominante marktposities en bescherming van consumenten worden afgewisseld met vergaande mediarechtelijke regels tegen desinformatie en fake news die eigenlijk buiten het economische horizontale concept vallen (zie hiervoor onder 10).

12. En dan heb ik het nog niet eens over de verder gecompliceerde relatie tussen deze regulering en de regulering van audiovisuele diensten, recent ook in een nieuw jasje gestoken. Het voert te ver om daar in deze noot verder op in te gaan. Ik verwijs naar Vanessa Mak & Femke Schemkes, 'With great power comes great responsibility; de *Digital Services Act* en de *Digital Markets Act* mogen wat strenger zijn voor Big Tech', in: *NJB* 2021/10, p. 746-754 en Paul Kreijger, 'De herziening van de Richtlijn audio-visuele mediadiensten', in: *Mediaforum* 2019/2, p. 38-42. Het is ook een vraag of de AVG die de greep van de privacyregulering op het internet bestendigt en versterkt, wel het adequate instrument is. Ik verwijs naar de frontale aanval op het systeem van de AVG van E.M.L. Moerel en J.E.J. Prins in hun preadvies *Privacy voor de Homo digitalis* in de preadviezen *Homo digitalis* Handelingen NJV 2016 (Groningen: Wolters Kluwer 2016), p. 1-136.