

De Richtlijn elektronische handel en de platformeconomie

Noot bij HvJ 19 december 2019, zaak C-390/18, ECLI:EU:C:2019:1112 (*Airbnb Ireland*)

Prof. dr. V. Mak*

De uitspraak van het Hof van Justitie in de zaak *Airbnb Ireland* geeft aanleiding tot een herbezinning op de Richtlijn elektronische handel. Deze richtlijn uit 2000 lijkt onvoldoende toegerust om het hoofd te bieden aan de complexe problemen die ontstaan door de groeiende aanwezigheid van grote online platformen op Europese consumentenmarkten. Deze noot bespreekt de kwalificatie van platformdiensten als ‘dienst van de informatiemaatschappij’ en de daaraan gekoppelde regels voor aansprakelijkheid en mogelijke beperkingen van het vrij verkeer van diensten door nationale regelgeving.

HvJ 19 december 2019, zaak C-390/18, ECLI:EU:C:2019:1112 (Airbnb Ireland)

Airbnb – Belong Anywhere?

Airbnb is het grootste platform voor tijdelijke woningverhuur ter wereld. Het beginverhaal zal inmiddels voor velen bekend zijn: twee vrienden in Californië bedachten dat reizigers die een nachtje bij vrienden of kennissen op de bank of in de logeerkamer willen slapen dat overal ter wereld zouden kunnen doen. De website van Airbnb werd opgericht om geïnteresseerden met elkaar in contact te brengen. Verhuurders kunnen hun logeerkamer, of ook hun gehele woning als zij zelf voor vakantie weg zijn, op de website aanbieden en huurders kunnen via de site een aanvraag voor een boeking doen. Zoals de oprichters zeggen, de filosofie van Airbnb is dat reizigers zich overal ter wereld thuis kunnen voelen, ofwel ‘belong anywhere’.¹

* Prof. dr. V. (Vanessa) Mak M.Jur is hoogleraar privaatrecht aan de Universiteit van Tilburg.

1. Dit is de slogan van Airbnb sinds 2014; zie ‘What Airbnb Teaches Us About Having a Strong Brand Identity’, www.meetsoci.com/blog/what-airbnb-teaches-us-about-having-a-strong-brand-identity/, bezocht op 23 december 2019.

Inmiddels is Airbnb uitgegroeid tot een miljardenbedrijf. Het platform verdient aan de servicekosten die gebruikers bij iedere transactie aan het platform betalen, een bedrag dat door de bank genomen tussen de 3% en 13% van de prijs van de reservering bedraagt.² In veel landen, ook in Europa, heeft het bedrijf op de markt voor vakantiewoonruimte een eigen plaats veroverd naast hotels of andere aanbieders. Overigens hoeven hotels daar niet onder te lijden, nu de toerismesector blijft groeien. Verontrustend is wel dat het grootschalig gebruik van Airbnb in grote steden heeft geleid tot, of in elk geval bijgedragen aan, tekort aan woonruimte op de reguliere markt. Verder hebben omwonenden in deze steden last van het toenemend aantal toeristen, en ondervinden bureaus van Airbnb-verhuurders vaak rechtstreeks overlast van feestende vakantiegangers.³

De uitspraak van het Europese Hof van Justitie in de zaak *Airbnb Ireland* moet tegen deze achtergrond worden gelezen. Weliswaar kreeg het Hof van Justitie slechts de vraag voorgelegd of Airbnb moet worden gekwalificeerd als ‘dienst van de informatiemaatschappij’ in de zin van de Richtlijn elektronische handel,⁴ de uitleg die het Hof van Justitie geeft, is van verstrekken-der belang. Ten eerste heeft de uitspraak consequenties voor het vrij verkeer van diensten in de Europese Unie. In dat licht is de uitspraak richtinggevend voor de vraag hoe de Unie moet omgaan met de disruptieve effecten

2. Zie www.airbnb.nl/help/article/1857/what-is-the-airbnb-service-fee?to-pic=1029, bezocht op 23 december 2019. Airbnb heeft deze bepaling aangepast, mogelijk naar aanleiding van de waarschuwing die het bedrijf kreeg van de Europese Commissie en nationale toezichthouders. Voorheen werd voor de servicekosten voor huurders vermeld dat ze tussen de 0% en 20% van de reservering lagen. Zie T.J.A. van Golen en V. Mak, ‘Bemiddelingskosten bij woningverhuur via Airbnb. Betaalt de huurder de rekening?’, *NTBR* 2018, afl. 9/10, p. 280.

3. ‘Steden en experts: “Airbnb-wet” gaat niet ver genoeg’, *NRC* 2 december 2019.

4. 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, *PbEU* 2000, L 178/1.

van grote online platformen in verschillende markten. Het Hof van Justitie kreeg eerder met die vraag te maken in de zaak *Uber Elite Taxi/Spanje*⁵. In *Airbnb* leidt toepassing van de in *Uber* ontwikkelde toets echter tot andere uitkomsten (zie *Kwalificatie*). De vraag is welke van de twee benaderingen de beste balans vindt tussen het vrij verkeer van diensten en de bevoegdheid van de lidstaten om markten op grond van eigen belangen te reguleren. Mogelijk schieten beide tekort ten aanzien van grote online platformen (zie hieronder *Vrij verkeer*). Ten tweede heeft de toepasselijkheid van de Richtlijn elektronische handel gevolgen voor de informatieverplichtingen die op een platform rusten, en de mogelijke aansprakelijkheid (zie *De host exemption*). Nationaal recht biedt voor gebruikers onder omstandigheden alternatieve gronden waarop een platform kan worden aangesproken, maar ook die zijn beperkt (zie *Verplichtingen als bemiddelaar onder nationaal recht?*). In het licht van deze bredere context kan de uitspraak in *Airbnb Ireland* worden gezien als een indicatie dat de huidige Europese regels onvoldoende in staat zijn om in te spelen op de rol van grote platformen in de Europese markt. Een vraag die dan gesteld kan worden is: moet er een wet voor de platformeconomie komen en wat moet die wet regelen? (zie *Digital Services Act*). Eerst volgt een korte samenvatting van de uitspraak van het Hof van Justitie.

2 De uitspraak in *Airbnb Ireland*

Airbnb biedt wereldwijd diensten aan verhuurder en huurders van tijdelijke woonruimte. Gebruikers in de Europese Unie contracteren met dochterbedrijf Airbnb Ireland, gevestigd in Dublin. In de onderhavige zaak werd tegen Airbnb Ireland een klacht ingediend door een Frans concurrerend platform voor vakantieverblijf, de *Association pour un hébergement et un tourisme professionnels (AHTOP)* (vereniging voor professionele accommodatie en professioneel toerisme, Frankrijk), dat zich civiele partij stelde in het geding. De AHTOP stelde dat aanbieders van woonruimte in Frankrijk een licentie als vastgoedmakelaar dienen te verkrijgen onder de zogeheten wet-Hoguet. Airbnb is niet in het bezit van een dergelijke vergunning en handelt daarmee, aldus de AHTOP, in strijd met de Franse nationale wetgeving voor vastgoedmakelaars.

Naar aanleiding van deze klacht is door de procureur bij de rechter van eerste aanleg in Parijs een vordering ingediend tot het instellen van een gerechtelijk onderzoek tegen Airbnb om vast te stellen of het bedrijf in strijd handelt met de wet-Hoguet. Airbnb heeft de vordering betwist op de grond dat de wet-Hoguet niet van toepassing is omdat deze wet onverenigbaar is met Richtlijn 2000/31/EG inzake elektronische handel. Aan

5. HvJ 20 december 2017, zaak C-434/15, ECLI:EU:C:2017:981 (*Elite Taxi/Uber Systems SpainSL*). Zie hierover M.R. Botman, 'Uber: online dienst of vervoersbedrijf? Europese grenzen aan regulering van online platforms', *NtEr* 2018/1-2, p. 21.

het Hof van Justitie worden tegen deze achtergrond twee vragen voorgelegd:⁶

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?

Het Hof van Justitie beantwoordt de eerste vraag bevestigend: Airbnb Ireland kan worden gekwalificeerd als een 'dienst van de informatiemaatschappij' in de zin van de Richtlijn elektronische handel.⁷ De tweede vraag wordt ontkennend beantwoord. Frankrijk heeft verzuimd een kennisgeving van de wet-Hoguet te geven aan de Europese Commissie. Een particulier, zoals Airbnb in dit geval, kan zich er om die reden tegen verzetten dat de wet in de onderhavige procedure wordt toegepast, nu deze mogelijk een beperking kan inhouden van het vrij verkeer van een dienst van de informatiemaatschappij.⁸

Kwalificatie als 'dienst van de informatiemaatschappij'

Het antwoord op de eerste vraag heeft op een aantal punten gevolgen. Wordt Airbnb gekwalificeerd als 'dienst van de informatiemaatschappij', dan valt zij onder de regeling voor het vrij verkeer zoals die is neergelegd in de Richtlijn elektronische handel. Verder is zij als dienstverlener verplicht bepaalde informatie aan gebruikers te verstrekken (art. 5 Richtlijn elektronische handel). Een eerste vraag is of de door het Hof van Justitie aangelegde toets voldoende handvatten biedt om te bepalen of een platform al dan niet als dienstverlener onder de richtlijn moet worden beschouwd.

In *Uber Spain* oordeelde het Hof van Justitie dat Uber niet onder de richtlijn valt, maar in *Airbnb Ireland* acht het Hof van Justitie de richtlijn wel van toepassing. In beide zaken is de toepassing van de definitie uit de richtlijn een eerste stap die formeel vrij eenvoudig wordt genomen. Het platform levert 'een dienst die gewoonlijk tegen vergoeding, langs elektronische weg, op afstand en op individueel verzoek van een afnemer van diensten wordt verricht'.⁹

De vervolgvraag die het Hof van Justitie stelt, is echter of de kwalificatie als 'dienst van de informatiemaatschappij' teniet wordt gedaan door andere kenmerken van het platform in kwestie. Airbnb biedt gebruikers een aantal aanvullende diensten, zoals gebruik van een beta-

6. HvJ 19 december 2019, zaak C-390/18, ECLI:EU:C:2019:1112 (*Airbnb Ireland*), punt 27.

7. *Airbnb Ireland*, punt 49, 64 en 69.

8. *Airbnb Ireland*, punt 100.

9. *Uber Spain*, punt 35; *Airbnb Ireland*, punt 42-49.

lingssysteem, een schema om een aanbod te omschrijven, een optionele fotodienst, een optionele verzekering, een optionele prijsberekeningstool voor verhuurders, en een beoordelingssysteem.¹⁰ In *Uber Spain* stelt het Hof van Justitie dat de toets die moet worden aangelegd is of de bemiddelingsdienst die het platform verricht, kan worden beschouwd als een integrerend deel van een dienstenpakket waarvan het hoofdelement bestaat in een vervoersdienst.¹¹ Twee elementen zijn daarbij bepalend. Ten eerste creëert het platform een aanbod van diensten tussen gebruikers die zonder de door het platform aangeboden app niet met elkaar in contact zouden zijn gekomen, bij Uber bestuurders en passagiers die gebruik willen maken van stadsvervoer. Ten tweede oefent het platform een beslissende invloed uit op de dienstverrichtingsvoorwaarden die gelden in de overeenkomst tussen de gebruikers van de dienst.¹² Toegepast op Uber oordeelt het Hof van Justitie dat beide elementen aanwezig zijn en dat Uber daarmee buiten de kwalificatie van een ‘dienst van de informatiemaatschappij’ valt. Het platform biedt een geïntegreerd dienstenpakket waarin personenvervoer vooropstaat.¹³ Toegepast op Airbnb komt het Hof van Justitie echter tot een ander oordeel. In dit geval gaat het om de vraag of een geïntegreerd dienstenpakket bestaat met als hoofdelement een accommodatiedienst. Het Hof van Justitie oordeelt dat daarvan geen sprake is. Aan het eerste deel van de toets wordt niet voldaan omdat voor zowel huurders als verhuurders talloze alternatieven bestaan voor accommodatiediensten, zoals vastgoedkantoren, advertenties op papier of online of websites voor de verhuur van onroerende goederen.¹⁴ Bij het tweede deel van de toets onderscheidt het Hof van Justitie Airbnb van Uber op grond dat

‘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’.¹⁵

Op zich kan het verschil in toepassing van de toets uit *Uber Spain* bij Uber en Airbnb worden gerechtvaardigd. Uber heeft feitelijk gezien een businessmodel waarin het platform de markt creëert en een beslissende invloed uitoefent op de inhoud van de overeenkomst tussen de gebruikers, te weten bestuurders en passagiers. Het platform bepaalt de prijs van de geleverde dienst, de voorschriften waaraan bestuurders en hun voertuigen moeten voldoen, en het controleert de kwaliteit van de

dienst op grond van een beoordelingssysteem, met als sanctie de mogelijke uitsluiting van toegang tot het platform. Airbnb heeft in vergelijking zeer weinig invloed op de overeenkomst tussen gebruikers van zijn website of app. Verhuurders bepalen zelf de prijs (zonder plafond), de duur en de overige voorwaarden voor verhuur van hun accommodatie. Ook is het waar dat alternatieven bestaan voor het vinden van tijdelijke (vakantie)woonruimte. Daarmee lijkt het terecht dat Uber wel als aanbieder van een vervoersdienst wordt gekwalificeerd en Airbnb niet als aanbieder van een accommodatiedienst maar als tussenpersoon die een ‘dienst van de informatiemaatschappij’ aanbiedt.¹⁶

Toch kan kritiek worden geuit op deze formele kwalificatie onder de Richtlijn elektronische handel. De vraag is of het Hof van Justitie er juist aan doet om de toepasselijkheid van de richtlijn te verbinden aan de toets of sprake is van een geïntegreerd dienstenpakket. Verdedigbaar is ook dat de Richtlijn elektronische handel van toepassing kan zijn naast nationale regulering van een bepaalde markt. Het voordeel van een dergelijke benadering is dat de informatieplichten uit de richtlijn onverkort zouden gelden.¹⁷

Vrij verkeer en grote platformen in de EU

De tweede vraag die het Hof van Justitie beantwoordt in *Airbnb Ireland* is of de beperkende regels inzake de uitoefening van het beroep van vastgoedmakelaar in Frankrijk, zoals vastgelegd in de wet-Hoguet, tegen Airbnb Ireland kunnen worden ingeroepen. Het Hof van Justitie beantwoordt de vraag bevestigend, omdat de lidstaat had verzuimd kennisgeving van de wet te doen aan de Europese Commissie. Onder deze omstandigheden kan de wet niet in een strafrechtelijke procedure met civielepartijstelling worden tegengeworpen aan een particulier bedrijf.¹⁸

Dit antwoord is in overeenstemming met artikel 3 lid 4 Richtlijn elektronische handel, al geeft die bepaling niet aan wat de rechtsgevolgen van non-notificatie zijn. De richtlijn beoogt het vrij verkeer van diensten te faciliteren en harmonisatie te bereiken op vijf specifieke ter-

3

10. *Airbnb Ireland*, punt 19.

11. *Uber Spain*, punt 40.

12. *Uber Spain*, punt 39.

13. *Uber Spain*, punt 40.

14. *Airbnb Ireland*, punt 55.

15. *Airbnb Ireland*, punt 53; zie ook punt 54.

16. Anders Van Schaick, die Airbnb eerder ziet als aanbieder van een dienstenpakket. Zie A.C. van Schaick, ‘Digitalisering en vermogensrecht’, in: J.H. Gerards en A.C. van Schaick, *Digitalisering, vermogensrecht, de platformeconomie en grondrechten. Preadviezen* (Vereniging voor Burgerlijk Recht), Zutphen: Uitgeverij Paris 2019, p. 70.

17. Voor dit punt, zie A. de Vries-Stotijn, ‘De status van Uber – Wie betaalt er aan het eind van de rit?’, *TvC* 2016, afl. 3, p. 101-102; M.Y. Schaub, ‘Why Uber is an information society service’, *Journal of European Consumer and Market Law* 2018, afl. 3, p. 113-114. Schaub wijst er overigens terecht op dat consumenten nog wel de bescherming kunnen genieten van andere instrumenten van Europees consumentenrecht, zoals de Richtlijn consumentenrechten. Bij Uber biedt dat echter geen volledig vangnet omdat diensten voor personenvervoer grotendeels buiten het toepassingsgebied van de Richtlijn consumentenrechten vallen (zie art. 6:230h lid 5 BW).

18. *Airbnb Ireland*, punt 100.

reinen, te weten vrije vestiging en informatieplichten, commerciële communicatie, het sluiten van overeenkomsten langs elektronische weg, de aansprakelijkheid van dienstverleners die als tussenpersoon optreden, en gerechtelijke en alternatieve geschillenbeslechting.¹⁹ Voor het overige geldt het beginsel van *home state control*, dat wil zeggen dat dienstverleners moeten voldoen aan in een lidstaat geldende specifieke regels voor dienstverlening. Nationale regels kunnen in dit verband een beperking vormen voor het vrij verkeer. Dat is toegestaan onder drie cumulatieve voorwaarden: dat de betrokken maatregelen noodzakelijk zijn om een aantal doelstellingen van algemeen belang te bereiken (bijv. openbare orde, volksgezondheid, consumentenbescherming), dat een van deze belangen daadwerkelijk dreigt te worden geschonden, en dat de te nemen maatregelen evenredig zijn aan de algemene belangen ter bescherming waarvan ze worden genomen, zodat het vrij verkeer niet nodeloos wordt belemmerd.²⁰

Of de wet-Hoguet een toegestane beperking zou zijn op het vrij verkeer van diensten van de informatiemaatschappij blijft in het midden nu nooit een notificatie is ingediend. Voor Airbnb is de uitkomst voor nu dus gunstig: het platform kan vrij opereren op de Franse markt en heeft geen vergunning nodig als vastgoedmakelaar. Ter vergelijking: Uber werd als vervoersdienst aangemerkt, viel daarmee niet onder de Richtlijn elektronische handel, en is verplicht te voldoen aan strenge nationale regels voor taxivervoer. Toch zou ook ten aanzien van Airbnb nog een beperking kunnen ontstaan, mocht nationale wetgeving met betrekking tot makelaarsdiensten wel worden gemeld bij de Commissie, en de beperking door de nationale wetgever kan worden gerechtvaardigd. Een nadeel van die benadering is dat innovatie erdoor wordt beperkt.²¹ Platformen zoals Airbnb en Uber hebben bestaande markten opgeschud en een nieuw scala van diensten gecreëerd naast bestaande opties voor woningverhuur en personenvervoer. Dat effect wordt tenietgedaan als nationale wetgevers deze platformen kunnen beperken in hun activiteiten door vergunningsplichten op hen toe te passen. De Europese Commissie deed al eerder een oproep aan nationale wetgevers om regelgeving die de toegang tot de nationale markt bepaalt te evalueren in het licht van de platformeconomie.²²

De host exemption

Een ander punt waarop duiding ontbreekt, is ten aanzien van de mogelijke aansprakelijkheid van platformen jegens gebruikers. Nu is het Hof van Justitie niet in een positie om verderstreckende uitspraken te doen; dat zou een taak voor de wetgever zijn. In dat licht zou een aantal aspecten van de Richtlijn elektronische handel, verdergaand dan de uitspraken in *Uber Spain* en *Airbnb Ireland*, moeten worden heroverwogen. In de volgende paragraaf bespreek ik de *host exemption* uit de richtlijn, waarmee de aansprakelijkheid van een dienstverlener wordt beperkt. Deze bepaling lijkt ten aanzien van online platformen niet goed passend. Ook nationale regelgeving biedt weinig alternatieven.

De Richtlijn elektronische handel beschermt dienstverleners van een ‘dienst van de informatiemaatschappij’ tegen vergaande aansprakelijkheid. Artikel 14 van de richtlijn bepaalt dat een dienstverlener niet aansprakelijk is voor onrechtmatige informatie die door een gebruiker is opgeslagen (de *host exemption*). De bepaling ziet op passieve dienstverleners. Indien een dienstverlener zich wel actief bemoeit met de presentatie van informatie op de website om de verkoop van zaken te optimaliseren of te bevorderen, dan kan de *host exemption* opzij worden gezet, zo verduidelijkte het Hof van Justitie in *L’Oréal/eBay*.²³

De bepaling ziet op informatie die door derden is geplaatst op een door de dienstverlener beheerde website. Een passieve dienstverlener is niet verplicht die informatie te screenen. De dienstverlener is wel verplicht om, zodra hij daadwerkelijk kennis heeft of besef krijgt van de onrechtmatige informatie, prompt te handelen om de informatie te verwijderen of de toegang daartoe onmogelijk te maken. Op de dienstverlener rust dus in beginsel geen actieve verplichting om informatie op de website te screenen (zie ook art. 15 Richtlijn elektronische handel), maar wel een verplichting om te handelen als hij wordt gewezen op onrechtmatige informatie op zijn website. Niettemin blijft de ruimte voor aansprakelijkheid zeer beperkt. Misleidende informatie, bijvoorbeeld, is nog geen ‘onmiskenbaar onrechtmatige’ informatie.²⁴

Dat het Hof van Justitie Airbnb kwalificeert als ‘dienst van de informatiemaatschappij’ betekent dat het platform onder deze *host exemption* valt. De beperking van de aansprakelijkheid die daarmee gepaard gaat, ligt echter onder vuur sinds de opkomst van de platformeconomie. De *host exemption* is geïntroduceerd in een tijd dat het internet pas kort voor een breed publiek toegankelijk was. De aanbieders van diensten van de informatiemaatschappij, zoals websites, handelden toen nog

19. Kamerstukken II 2001/02, 28197, nr. 3, p. 2-3.

20. Vgl. Kamerstukken II 2001/02, 28197, nr. 3, p. 16.

21. Vgl. P. Delimatsis, ‘From Sacchi to Uber: 60 years of Services Liberalization, 20 years of the Services Directive in the EU’, TILEC Discussion Paper, DP 2018-031, beschikbaar op SSRN:abstract=3267963, bezocht op 11 januari 2020.

22. Europese Commissie, ‘Een Europese agenda voor de deeleconomie’ (Mededeling) COM(2016) 356 final. Zie daarover kritisch C.A.N.M.Y. Cauffman, ‘The Commission’s European Agenda for the Collaborative Economy – (Too) Platform and Service Provider Friendly?’, *Journal of European Consumer and Market Law* 2016, afl. 6, p. 237.

23. HvJ 12 juli 2011, zaak C-324/09, ECLI:EU:C:2011:474 (*L’Oréal SA/eBay*), punt 116. Zie over de actieve rol van de dienstverlener ook HvJ 23 maart 2010, gevoegde zaken C-236/08 t/m C-238/08, ECLI:EU:C:2010:159 (*Google/France*).

24. Dat het moet gaan om ‘onmiskenbaar onrechtmatige’ informatie volgt uit HR 25 november 2005, ECLI:NL:HR:2005:AU4019, *NJ* 2005/133 (*Lycos*).

voornamelijk als tussenpersoon, online prikbord of doorgeefluik van informatie tussen gebruikers. Daarbij past terughoudendheid in het opleggen van aansprakelijkheid voor informatie geplaatst door derden.²⁵ Bij grote online platformen kan men zich afvragen of deze regels nog passend zijn. Het gaat gebruikers niet alleen om het verkrijgen van informatie maar ook om het kopen van een product of het afnemen van een onderliggende dienst, waarbij het platform in meerdere of mindere mate invloed uitoefent op de onderliggende prestatie. Daarbij is het voor gebruikers essentieel dat informatie over het aangeboden product of de dienst juist en volledig is. Nu de samenhang tussen informatie en onderliggende prestatie groot is, is het wellicht niet in alle omstandigheden te rechtvaardigen dat op een platform ingevolge de Richtlijn elektronische handel slechts in zeer beperkte omstandigheden een verplichting rust om informatie te verwijderen.

Verplichtingen als bemiddelaar onder nationaal recht?

Ook als een platform onder de Richtlijn elektronische handel valt en daarmee een beroep kan doen op de *host exemption* van artikel 14 is het mogelijk dat op grond van nationaal recht verplichtingen bestaan die tot aansprakelijkheid kunnen leiden jegens gebruikers. De voornaamste situatie die zich in Nederland kan voordoen is dat een platform als bemiddelaar wordt gekwalificeerd. De wet definieert de bemiddelingsovereenkomst als ‘de overeenkomst van opdracht waarbij de opdrachtnemer zich tegenover de opdrachtgever verbindt tegen loon als tussenpersoon werkzaam te zijn bij het tot stand brengen van een of meer overeenkomsten tussen de opdrachtgever en derden’ (art. 7:425 BW). Bemiddeling is een species van opdracht en de bemiddelingsrelatie wordt dan ook beheerst door de algemene regeling van opdracht.²⁶ Dat betekent dat ook hier bijvoorbeeld de zorgplicht van een goed opdrachtnemer geldt (art. 7:401 BW).

Over de kwalificatie van platformen als bemiddelaars bestaat voorsnog onduidelijkheid. De rechtspraak poogt enige duiding te geven maar een lijn is nog moeilijk te trekken, o.a. omdat ook voor deze regels geldt dat ze niet in alle gevallen zijn toegesneden op de problematiek van grote platformen. Het arrest van de Hoge Raad in *Duinzig* geeft enige aanwijzingen over de vraag wanneer sprake is van een bemiddelingsrelatie.²⁷ Zo stelt de

Hoge Raad dat weliswaar volgens de wet pas sprake is van bemiddeling als de bemiddelaar recht heeft op loon voor zijn werkzaamheden, maar dit staat niet in de weg aan de overeenkomstige toepassing van artikel 7:417 lid 4 BW, dat het verbiedt om aan consumenten loon in rekening te brengen bij tweezijdige bemiddeling. Het ontstaan van een aanspraak op loon is geen noodzakelijke voorwaarde om van een bemiddelingsovereenkomst te kunnen spreken. Overigens past deze bepaling niet goed in de regeling over het dienen van twee heren, omdat hiermee de belangrijkste consequentie van geoorloofde bemiddeling vervalt, namelijk de betaling van loon.²⁸

De Hoge Raad geeft echter aan dat een uitzondering mogelijk is. Artikel 7:417 lid 4 BW is in gevallen als hier bedoeld niet overeenkomstig van toepassing als de beheerder van de website stelt, en bij gemotiveerde betwisting bewijst, dat de website alleen als ‘elektronisch prikbord’ functioneert, dat wil zeggen dat de beheerder daarvan niet de aspirant-verhuurder en -huurder van elkaar afschermt en het hun dus niet onmogelijk maakt dat zij rechtstreeks en zonder zijn tussenkomst met elkaar in contact treden om over totstandkoming van een huurovereenkomst te onderhandelen.²⁹ Een platform als Airbnb kwalificeert binnen deze grenzen mogelijk als bemiddelaar. Airbnb biedt gebruikers de mogelijkheid om via haar website met elkaar in contact te komen en berichten uit te wisselen. Communicatie gaat uitsluitend via de website en persoonlijke gegevens waarmee op andere wijze contact zou kunnen worden gemaakt – zoals e-mailadressen of telefoonnummers – worden door Airbnb niet met de gebruikers gedeeld. Ook biedt het platform betaaldiensten en verzekeringen aan gebruikers aan.³⁰ Daarmee komt het platform in elk geval dicht in de buurt van een bemiddelaar. Die kwalificatie is echter niet waterdicht. De redenering gaat ervan uit dat een relatie van lastgeving (art. 7:414 BW) bestaat tussen platform en gebruikers, en de platformbeheerder zou kunnen stellen dat daarvan in dit geval geen sprake is. Airbnb zou kunnen betogen dat zij niet als lasthebber optreedt en dus ook niet in naam van een lastgever poogt een overeenkomst af te sluiten, maar slechts faciliteert dat twee partijen zich tot elkaar kunnen wenden en zelf een overeenkomst kunnen sluiten.³¹ Mogelijk is dit verweer veelal theoretisch. Omdat Airbnb ondersteunende diensten aanbiedt, zoals betalingssystemen en verzekeringen, lijkt toch al snel sprake van enige bemiddelaarsrol.³²

Overigens oordeelde het Gerechtshof Amsterdam dat Booking.com, een platform dat in veel opzichten op

25. A.R. Lodder, M. Schimmel en Y. van den Winkel, ‘Aansprakelijkheid internet providers’, eigen beheer 2016, beschikbaar via <https://research.vu.nl/en/publications/hoofdstuk-6-aansprakelijkheid-internet-providers>, bezocht op 11 januari 2020.

26. Vgl. T.F.E. Tjong Tjin Tai, *Mr C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 7. Bijzondere overeenkomsten. Deel IV. Opdracht, incl. de geneeskundige behandelingsovereenkomst en de reisovereenkomst*, Deventer: Wolters Kluwer 2018, nr. 304.

27. HR 16 oktober 2015, ECLI:NL:HR:2015:3099, *NJ* 2016/108 (*Duinzig/X*). Zie ook Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV 2018, nr. 70c en 241.

28. Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV 2018, nr. 241.

29. HR 16 oktober 2015, ECLI:NL:HR:2015:3099 (*Duinzig/X*), punt 4.4.5.

30. Van Golen en Mak 2018, p. 281-282. Ook Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV, nr. 70c.

31. Van Golen en Mak 2018, p. 282.

32. Vgl. ook R. Koolhoven, ‘Delen, bemiddeling, “have’s and have not’s”’, position paper bij rondetafelgesprek ‘De Deeleeconomie’, 2018. Zie voor dit paper, verdere informatie en alle andere position papers www.tweedekamer.nl/debat_en_vergadering/commissievergaderingen/details?id=2017A03633, bezocht op 11 januari 2020.

Airbnb lijkt, geen bemiddelaarsrol vervult.³³ Het prik-bord-criterium gehanteerd in *Duinzicht* lijkt doorslaggevend te zijn geweest in de redenering van het hof. Booking.com biedt hotels en andere accommodatieverstrekkers de mogelijkheid om via de website van Booking.com kamers aan te bieden, maar daarnaast staat het hun vrij om hun accommodatie tevens zelf op andere wijze aan te bieden (r.o. 3.13). Daarmee kan Booking.com worden gezien als een elektronisch prik-bord voor gebruikers. Niettemin gaat deze redenering eraan voorbij dat Booking.com in veel gevallen wel degelijk een exclusieve invloed heeft op het contact tussen gebruikers, al is het maar omdat de ondersteunende diensten, zoals een betalingssysteem of gunstige annuleringsvoorwaarden, alleen via die weg beschikbaar zijn. Het is niet geheel onwaarschijnlijk dat een volgende uitspraak in een vergelijkbare zaak tot een andere uitkomst komt, namelijk dat wel sprake is van bemiddeling.

Naar een Digital Services Act?

De uitspraken van het Hof van Justitie in *Airbnb Ireland* en *Uber Spain* laten zien dat het huidige Europese recht slecht aansluit bij de behoeften van partijen in de platformeconomie. Op Europees niveau is al eerder gesignaleerd dat de opkomst van grote platformen aanleiding geeft tot een evaluatie – en mogelijke herziening – van de Richtlijn elektronische handel. Ook werd door de voorzitter van de Europese Commissie, Ursula von der Leyen, aangekondigd dat een Digital Services Act in de maak is.³⁴

Hoe een dergelijke Act er inhoudelijk gaat uitzien is nog niet duidelijk. Naar verluidt zal de Europese Commissie in maart 2020 een omvangrijke publieke consultatie organiseren. Op grond van bovenstaande discussie rond Uber en Airbnb zou het voor de hand liggen dat in ieder geval de bepalingen over kwalificatie als ‘dienst van de informatiemaatschappij’ en over het vrij verkeer van diensten tegen het licht worden gehouden. Het zou goed zijn om deze twee aspecten meer uit elkaar te trekken in de context van de platformeconomie. Grote platformen hebben in de meeste gevallen zowel een rol als dienstverlener in de informatiemaatschappij – via een app of een website – als een zekere invloed op het aanbod van de onderliggende dienst, zoals een taxidienst of de verhuur van een vakantiewoning. Dat de balans tussen de twee aspecten kan verschillen in een bedrijfsmodel als dat van Uber of van Airbnb is waar. Tegelijk is het kunstmatig dat daardoor onder het huidige regime andere verplichtingen gelden voor de webservices van verschillende platformen. De informatieverplichtingen

uit de Richtlijn elektronische handel en de regeling omtrent aansprakelijkheid voor informatie op de platformwebsite zou in wezen voor platformen als Uber en Airbnb op gelijke wijze moeten gelden. Dat deze regels bij Uber niet gelden omdat het platform volgens het Hof van Justitie een geïntegreerde dienst aanbiedt, is ongelukkig.

Daarnaast zou de vraag moeten worden gesteld in welke omstandigheden beperkingen op het vrij verkeer door nationale regulering van de markten waarop platformen zich begeven zijn toegestaan. Airbnb komt nu goed weg in Frankrijk, maar is dat terecht? In veel Europese steden, in het bijzonder ook in Amsterdam, wordt hinder ondervonden van Airbnb-verhuur. De krapte op de woningmarkt wordt vergroot en toeristen veroorzaken overlast. Regulering zou op sommige plaatsen zeker gerechtvaardigd kunnen zijn.³⁵ Liever dan af te wachten in welke gevallen die discussie wordt gevoerd in het licht van *home state control* bij de Richtlijn elektronische handel, zou de Europese wetgever in de Digital Services Act een regeling kunnen voorstellen voor grote platformen. Daarbij zouden beginselen van noodzakelijkheid en evenredigheid, in het licht van het EU-recht, uiteraard nog steeds de boventoon moeten voeren.

33. Hof Amsterdam 28 mei 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:1849.

34. U. von der Leyen, 'A Union that strives for more. My agenda for Europe', Political Guidelines for the Next European Commission 2019-2024, beschikbaar via https://ec.europa.eu/commission/sites/beta-political/files/political-guidelines-next-commission_en.pdf, bezocht op 11 januari 2020.

35. Voor een overzicht van regulering in Europese landen zie ook 'Hoe Airbnb toch weer aan het langste eind trekt', *NRC* 4 december 2019.