



Samling af Afgørelser

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT
M. SZPUNAR
fremsat den 11. maj 2017¹

Sag C-434/15

**Asociación Profesional Elite Taxi
mod
Uber Systems Spain, SL**

(anmodning om præjudiciel afgørelse indgivet af Juzgado de lo Mercantil n° 3 de Barcelona (handelsret nr. 3 i Barcelona, Spanien))

»Præjudiciel forelæggelse – tjenesteydelser i det indre marked – passagerbefordring – anvendelsen af it-værktøjer og en applikation til smartphones – illoyale konkurrence – krav om tilladelse«

Indledning

1. Selv om udviklingen af nye teknologier generelt skaber kontroverser, synes Uber imidlertid at udgøre et særtilfælde. Ubers funktionsmåde har givet anledning til kritik og spørgsmål, men har også skabt nye forhåbninger og forventninger. For blot at nævne de juridiske problemstillinger har Ubers funktionsmåde givet anledning til spørgsmål inden for bl.a. konkurrenceret, forbrugerbeskyttelse og arbejdsret. I økonomiske og sociale sammenhænge er ordet »uberisering« dukket op. Det er således en højst politiseret og omtalt problemstilling, som Domstolen forelægges med den foreliggende anmodning om præjudiciel afgørelse.

2. Genstanden for den foreliggende sag er imidlertid mere begrænset. Den fortolkning, som jeg er blevet anmodet om at foretage, skal udelukkende gøre det muligt at kvalificere Uber i forhold til EU-retten med henblik på at afgøre, om og i hvilket omfang Ubers funktionsmåde er omfattet af EU-retten. Det drejer sig i det væsentlige om at afgøre, om en eventuel regulering af de betingelser, hvorunder Uber fungerer, er omfattet af kravene i EU-retten, navnlig den frie udveksling af tjenesteydelser, eller om denne funktionsmåde henhører under Den Europæiske Unions og medlemsstaternes delte kompetence inden for området for nærtransport, som endnu ikke er blevet udøvet på EU-plan.

¹ – Originalsprog: fransk.

Retsforskrifter

EU-retten

3. Artikel 1, nr. 2), i direktiv 98/34/EF² bestemmer:

»I dette direktiv forstås ved: [...]

- 2) »tjeneste«: enhver tjeneste i informationssamfundet, dvs. enhver tjeneste, der normalt ydes mod betaling, og som teleformidles ad elektronisk vej på individuel anmodning fra en tjenestemodtager.

Med henblik på denne definition forstås ved:

- »teleformidling«: at en tjeneste ydes, uden at parterne er til stede samtidig
- »ad elektronisk vej«: at en tjeneste fra afsendelsesstedet sendes og på bestemmelsesstedet modtages ved hjælp af elektronisk databehandlingsudstyr (herunder digital komprimering) og datalagringsudstyr, og som udelukkende sendes, rutes og modtages via tråd, radio, optiske midler eller andre elektromagnetiske midler
- »på individuel anmodning fra en tjenestemodtager«: at en tjeneste ydes ved transmission af data på individuel anmodning.

En vejledende liste over tjenester, der ikke er omfattet af denne definition, findes i bilag V.

[...]«

4. Artikel 2, litra a) og h), i direktiv 2000/31/EF³ foreskriver:

»I dette direktiv forstås ved:

- a) »informationssamfundstjenester«: tjenester som defineret i artikel 1, nr. 2), i direktiv 98/34

[...]

- h) »koordineret område«: de krav, der i medlemsstaternes retssystemer er fastsat for leverandører af informationssamfundstjenester eller for informationssamfundstjenester, uanset om de er generelle eller specifikt fastsat for disse.

- i) Det koordinerede område vedrører krav, som tjenesteyderen skal opfylde:

- når han påbegynder aktivitet som leverandør af informationssamfundstjenester, f.eks. krav til kvalifikationer, tilladelse og underretningsordninger

2 – Europa-Parlamentets og Rådets direktiv af 22.6.1998 om en informationsprocedure med hensyn til tekniske standarder og forskrifter samt forskrifter for informationssamfundets tjenester (EFT 1998, L 204, s. 37), som ændret ved Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 98/48/EF af 20.7.1998 (EFT 1998, L 217, s. 18, herefter »direktiv 98/34«). Ved artikel 11 i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv (EU) 2015/1535 af 9.9.2015 om en informationsprocedure med hensyn til tekniske forskrifter samt forskrifter for informationssamfundets tjenester (EUT 2015, L 241, s. 1), blev direktiv 98/34 ophævet den 7.10.2015, idet dette sidstnævnte direktiv imidlertid finder anvendelse ratione temporis på omstændighederne i hovedsagen. Artikel 1, stk. 1, litra b), i direktiv 2015/1535 har i øvrigt i det væsentlige den samme ordlyd.

3 – Europa-Parlamentets og Rådets direktiv af 8.6.2000 om visse retlige aspekter af informationssamfundstjenester, navnlig elektronisk handel, i det indre marked («Direktivet om elektronisk handel») (EFT 2000, L 178, s. 1).

- når han udøver aktivitet som leverandør af informationssamfundstjenester, f.eks. krav til tjenesteyderens adfærd, krav til kvaliteten eller indholdet af tjenesten, herunder krav, som gælder i forbindelse med reklamer og kontrakter, eller krav vedrørende tjenesteyderens ansvar.

ii) Det koordinerede område omfatter ikke krav som f.eks.:

[...]

- krav til tjenester, som ikke ydes elektronisk.«

5. Artikel 3, stk. 1, 2 og 4, i direktiv 2000/31 fastsætter:

»1. Hver medlemsstat påser, at de informationssamfundstjenester, som leveres af en tjenesteyder etableret på medlemsstatens territorium, er i overensstemmelse med de nationale bestemmelser, der finder anvendelse i denne medlemsstat inden for det koordinerede område.

2. Medlemsstaterne må ikke af grunde, der henhører under det koordinerede område, begrænse adgangen til at levere informationssamfundstjenester fra en anden medlemsstat.

[...]

4. Medlemsstaterne kan træffe foranstaltninger til fravigelse af stk. 2 for en bestemt informationssamfundstjeneste, hvis følgende betingelser er opfyldt:

a) foranstaltningerne skal:

i) være nødvendige af en af følgende grunde:

- ufravigelige retsgrundsætninger, især forebyggelse, efterforskning, afsløring og retsforfølgning af lovovertrædelser, herunder beskyttelsen af mindreårige og bekæmpelsen af enhver tilskyndelse til had på grund af race, køn, religion eller nationalitet, og krænkelser af enkeltpersoners værdighed
- beskyttelse af folkesundheden
- den offentlige sikkerhed, herunder national sikkerhed og forsvar
- beskyttelse af forbrugere, herunder investorer

ii) træffes over for en informationssamfundstjeneste, som krænker de i nr. i) omhandlede mål, eller som udgør en alvorlig og tungtvejende risiko for en krænkelse af disse mål

iii) stå i et rimeligt forhold til disse mål

b) uden at det berører retssager, herunder forudgående retsmøder og handlinger, der udføres i forbindelse med efterforskning af kriminalsager, skal medlemsstaten, inden den træffer de pågældende foranstaltninger:

- have opfordret den i stk. 1 omhandlede medlemsstat til at træffe foranstaltninger, og denne medlemsstat har ikke truffet disse foranstaltninger, eller de har ikke været tilstrækkelige
- have meddelt Kommissionen og den i stk. 1 omhandlede medlemsstat, at den har til hensigt at træffe sådanne foranstaltninger.

[...]«

6. Artikel 2, stk. 2, litra d), i direktiv 2006/123/EF bestemmer⁴:

»Dette direktiv finder ikke anvendelse på følgende former for virksomhed:

[...]

d) tjenesteydelser på transportområdet, herunder havnetjenester, der falder ind under traktatens afsnit V

[...]«

7. Dette direktivs artikel 3, stk. 1, første punktum, foreskriver:

»Hvis bestemmelserne i dette direktiv strider mod en bestemmelse i en anden fællesskabsretsakt om særlige aspekter af adgangen til eller udøvelsen af servicevirksomhed inden for særlige områder eller særlige erhverv, har bestemmelsen i den anden fællesskabsretsakt forrang og finder anvendelse på disse særlige områder eller erhverv. [...]«

Spansk ret

8. Den beskrivelse, som den forelæggende ret, parterne i hovedsagen og den spanske regering har givet af de anvendelige nationale retsfor skrifter, er præget af en vis uklarhed. Jeg vil nedenfor beskrive hovedtrækkene ved disse retsfor skrifter, således som de følger af såvel forelæggelsesafgørelsen som de forskellige skriftlige indlæg, der er indgivet inden for rammerne af den forelæggende sag.

9. For det første hvad angår den nationale transportlovgivning fremgår det af artikel 99, stk. 1, i Ley 16/1987 de Ordenación de los Transportes Terrestres (lov nr. 16/1987 om tilrettelæggelse af landtransport) af 30. juli 1987, at det er et krav, at der for at foretage såvel offentlig passagerbefordring som formidlingsvirksomhed med henblik på indgåelse af aftale herom, skal opnås tilladelse til at foretage offentlig passagerbefordring. Sagsøgte i hovedsagen har imidlertid anført, at forpligtelsen til at råde over en særlig licens til at tilbyde formidlingstjenester vedrørende passagerbefordring er blevet ophævet ved Ley 9/2013 por la que se modifica la Ley 16/1987 y la Ley 21/2003, de 7 de julio, de Seguridad Aérea (lov nr. 9/2013 om ændring af lov nr. 16/1987 og lov nr. 21/2003 af 7.7.2003 om luftsikkerhed) af 4. juli 2013. Det er imidlertid uklart, om denne lovændring er blevet gennemført i alle regioner i Spanien.

10. Den nationale lovgivning om taxivirksomhed suppleres af regionale og lokale for skrifter, der er vedtaget af den selvstyrende region Catalonien og Barcelonas byområde, herunder Reglamento Metropolitano del Taxi (bekendtgørelse om taxivirksomhed i Barcelonas byområder), der er vedtaget af Consell Metropolità de l'Entitat Metropolitana de Transport de Barcelona (transportenheden under det øverste myndighedsorgan for Barcelonas byområder) af 22. juli 2004, som foreskriver, at det for at drive platforme som den, der administreres af den sagsøgte i hovedsagen, er et krav, at der er opnået de nødvendige licenser og tilladelser.

11. Endelig definerer artikel 4 i Ley 3/1991 de Competencia Desleal (lov nr. 3/1991 om illoyal konkurrence) af 10. januar 1991 illoyal konkurrence som enhver forretningsadfærd, der er i strid med reglerne om god tro, lovens artikel 5 definerer vildledende adfærd og lovens artikel 15 definerer tilsidesættelse af reglerne om konkurrencevirksomhed, hvorved der er opnået en konkurrencemæssig fordel på markedet.

⁴ – Europa-Parlamentets og Rådets direktiv af 12.12.2006 om tjenesteydelser i det indre marked (EUT 2006, L 376, s. 36).

De faktiske omstændigheder, retsforhandlingerne og de præjudicielle spørgsmål

Uber-applikationen

12. Uber er navnet på en digital platform⁵, der er udviklet af selskabet Uber Technologies Inc., der har hjemsted i San Francisco (Amerikas Forenede Stater). Uber-plattformen administreres i Den Europæiske Union af det nederlandske selskab Uber BV, der er et datterselskab af selskabet Uber Technologies.

13. Denne platform gør det ved hjælp af en smartphone, der indeholder Uber-applikationen, muligt at bestille en transportydelse i de byer, hvor ydelsen tilbydes. Applikationen lokaliserer brugerens opholdssted og finder de ledige chauffører, der befinder sig i nærheden. Når en chauffør har accepteret en køretur, får brugeren besked herom via applikationen, der viser chaufførens profil og den forventede pris for den strækning, som brugeren har givet oplysning om. Når køreturen er afsluttet, opkræves betaling for turen automatisk fra det bankkort, som brugeren skal oplyse som betingelse for at bruge applikationen. Applikationen indeholder endvidere en evalueringsfunktion, som gør det muligt for passagerne at vurdere chaufførerne og for chaufførerne at vurdere passagerne. En gennemsnitlig vurdering, der ligger under et vist niveau, kan medføre udelukkelse fra at anvende platformen.

14. De transportydelser, der tilbydes på Uber-plattformen, kan opdeles i forskellige kategorier afhængigt af den kvalitet, som chaufføren leverer, og den type af køretøj, der er tale om. Det fremgår af de oplysninger, som den sagsøgte i hovedsagen har fremlagt, at genstanden for hovedsagen er den tjeneste, der benævnes UberPop, hvor private chauffører forestår passagerbefordring i deres egne køretøjer.

15. Prisfastsættelsen foretages af platformens operatør på grundlag af strækningens afstand og køreturens varighed. Prisen varierer afhængigt af efterspørgslen på et givent tidspunkt, således at prisen for en køretur i spidsbelastningsperioder kan overstige basistaksten med det mangedobbelte. Prisen for køreturen beregnes af applikationen og opkræves automatisk af platformens operatør, der beholder en del af beløbet i provision, normalt mellem 20 og 25%, og udbetaler det resterende beløb til chaufføren.

Twisten i hovedsagen

16. Asociación Profesional Elite Taxi (herefter »Elite Taxi«) er en erhvervssammenslutning for taxichauffører i Barcelona (Spanien). Den 29. oktober 2014 anlagde Elite Taxi sag ved Juzgado de lo Mercantil n° 3 de Barcelona (handelsret nr. 3 i Barcelona, Spanien) bl.a. med påstand om, at det skulle fastslås, at den virksomhed, som det spanske selskab Uber Systems Spain SL (herefter »Uber Spain«) udøver, er udtryk for illoyal konkurrence, der tilsidesætter den gældende lovgivning og udgør vildledning, at selskabet tilpligtes at ophøre med at udøve sin illoyale virksomhed, der består i at yde støtte til andre selskaber i koncernen ved at stille en reservationstjeneste til rådighed i forbindelse med anmodninger, der indgives via mobiltelefoner eller internettet, for så vidt som dette er direkte eller indirekte forbundet med brugen af den digitale platform Uber i Spanien, og at selskabet pålægges at afstå fra sådan virksomhed i fremtiden. Ifølge den forelæggende rets oplysninger har nemlig hverken Uber Spain, indehaverne eller førerne af de berørte køretøjer de licenser eller tilladelser, der er omhandlet i bekendtgørelsen om taxivirksomhed i Barcelonas byområder.

⁵ – Selv om jeg her anvender udtrykket »platform« til at beskrive det system til at sætte chauffører og passagerer i forbindelse med hinanden og til foretage reservation af transportydelser, skal der ikke af dette udtryk udledes nogen konklusioner vedrørende denne platforms karakteristika. Dette udtryk betyder navnlig ikke, at der blot er tale om en formidler, idet Uber ikke optræder som formidler, hvilket jeg vil redegøre for nedenfor.

17. Uber Spain har bestridt, at selskabet på nogen måde har tilsidesat transportlovgivningen. Det er nemlig Uber Spains opfattelse, at det er det nederlandske selskab Uber BV, der anvender Uber-applikationen på Unionens område, herunder i Spanien, og at sagsøgerens klagepunkter derfor burde fremsættes mod Uber BV. Uber Spain udfører udelukkende reklameopgaver på vegne af Uber BV. Uber Spain har gentaget disse synspunkter i sit skriftlige indlæg i den foreliggende sag.

18. Da der er tale om en faktisk omstændighed, tilkommer det den forelæggende ret at afgøre, hvilke af de to ovenfor nævnte selskaber der skal anses for adressat for et eventuelt påbud. Jeg anser det for lagt til grund, at Uber-applikationen anvendes i Unionen af selskabet Uber BV⁶. Jeg vil basere min analyse på denne antagelse, der ikke er uden betydning i forhold til EU-retten. Jeg vil i dette forslag til afgørelse anvende udtrykket »Uber« som benævnelse for den digitale reservationsplatform og for platformens operatør.

19. Jeg skal endvidere vedrørende hovedsagens genstand bemærke, at der ikke er tale om at spærre for brugen af Uber-applikationen på en smartphone eller på anden måde gøre det umuligt at anvende applikationen. Der er ikke fremsat anmodning om påbud eller andre foranstaltninger i denne forbindelse. Hovedsagen omhandler udelukkende Ubers mulighed for ved hjælp af denne applikation at tilbyde UberPop-tjenesten i Barcelona by.

De præjudicielle spørgsmål og retsforhandlingerne for Domstolen

20. Da Juzgado Mercantil n° 3 de Barcelona (handelsret nr. 3 i Barcelona) er af den opfattelse, at afgørelsen af den for denne ret verserende sag nødvendiggør en fortolkning af flere bestemmelser i EU-retten, har den besluttet at udsætte sagen og at forelægge Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål:

- »1) For så vidt som artikel 2, stk. 2, litra d), i [...] direktiv 2006/123 [...] udelukker transportvirksomhed fra sit anvendelsesområde, skal den formidlingsvirksomhed, som sagsøgte udøver med gevinst for øje, og som består i administrering af elektroniske midler – en grænseflade og en softwareapplikation til »smartphones og en teknologiplatform« efter sagsøgtens eget udsagn – hvorved indehaveren af et køretøj og den person, der har behov for at foretage en køretur i en by, sættes i forbindelse med hinanden, da anses for alene at være transportvirksomhed, eller skal den anses for at være en elektronisk formidlingsydelse eller en informationssamfundsydelse, som defineret i artikel 1, nr. 2), i [direktiv 98/34]?
- 2) Skal denne virksomhed, alt efter hvilken retlig karakter den antages at have, anses for delvist at være en informationssamfundstjeneste, og, såfremt dette er tilfældet, er den elektroniske formidlingsydelse omfattet af princippet om fri udveksling af tjenesteydelser i artikel 56 TEUF, i direktiv 2006/123[...] og i direktiv 2000/31[...]?
- 3) Såfremt den tjenesteydelse, som [Uber Spain] leverer, ikke anses for at være en transportydelse, og den derfor anses for at være omfattet af de tilfælde, der er beskyttet [ved] direktiv 2006/123[...], er artikel 15 i Ley de Competencia Desleal, der vedrører tilsidesættelse af regler om konkurrencevirksomhed, da uforenelig med direktiv 2006/123[...], nærmere bestemt artikel 9 om etableringsfrihed og tilladelsesordninger, når der henvises til nationale love eller retsregler uden hensyntagen til, at reglerne for opnåelse af licenser eller tilladelser ikke må være restriktive eller uforholdsmæssige, dvs. at de ikke på [urimelig] vis må være til hinder for princippet om etableringsfrihed?

6 – Jf. ud over de oplysninger, som den sagsøgte i hovedsagen har fremlagt, G. Noto La Diega, »Uber law and awareness by design. An empirical study on online platforms and dehumanised negotiations«, *European Journal of Consumer Law*, nr. 2015/2, s. 383-413, navnlig s. 407.

- 4) Såfremt det fastslås, at direktiv 2000/31[...] finder anvendelse på den tjenesteydelse, som [Uber Spain], leverer, udgør en medlemsstats restriktioner [hvad angår] fri udveksling af den elektroniske formidlingsydelse fra en anden medlemsstat, enten i form af at levering af tjenesteydelsen er underlagt en tilladelse eller licens, eller i form af en retskendelse med påbud om ophør med levering af den elektroniske formidlingsydelse i henhold til nationale regler om illoyal konkurrence, da gyldige foranstaltninger til fravigelse af artikel 3, stk. 2, idet de opfylder betingelserne i artikel 3, stk. 4, i direktiv 2000/31[...]?»

21. Anmodningen om præjudiciel afgørelse er indgået til Domstolen den 7. august 2015. Der er indgivet skriftlige indlæg af parterne i hovedsagen, den spanske, den finske, den franske og den græske regering, Irland, den nederlandske og den polske regering samt Europa-Kommissionen og Tilsynsmyndigheden for Den Europæiske Frihandelssammenslutning (EFTA). De samme procesparter med undtagelse af den græske og den estiske regering deltog i retsmødet, der blev afholdt den 29. november 2016.

Bedømmelse

22. Den forelæggende ret har forelagt fire præjudicielle spørgsmål, idet de to første spørgsmål vedrører kvalificeringen af Ubers virksomhed i henhold til direktiv 2000/31, direktiv 2006/123 og EUF-traktaten, og de to andre spørgsmål vedrører de konsekvenser, der i givet fald skal drages af denne kvalificering.

Om kvalificeringen af Ubers virksomhed

23. Den forelæggende ret ønsker med de to første præjudicielle spørgsmål i det væsentlige oplyst, om den virksomhed, som Uber udøver, er omfattet af direktiv 2006/123, direktiv 2000/31 og bestemmelserne i EUF-traktaten om fri udveksling af tjenesteydelser.

24. Med henblik på at besvare disse spørgsmål skal der først foretages en analyse af denne virksomhed i lyset af den ordning, der er indført ved direktiv 2000/31, og den definition af »tjeneste i informationssamfundet«, der fremgår af artikel 1, nr. 2), i direktiv 98/34, hvortil der henvises i artikel 2, litra a), i direktiv 2000/31.

25. Det skal derefter afgøres, om denne virksomhed udgør en tjenesteydelse på transportområdet som omhandlet i artikel 58, stk. 1, TEUF og artikel 2, stk. 2, litra d), i direktiv 2006/123. Den frie udveksling af tjenesteydelser på transportområdet gennemføres nemlig inden for rammerne af den fælles transportpolitik⁷, og disse tjenesteydelser er derfor udelukket fra direktivets anvendelsesområdet i henhold til den ovenfor nævnte bestemmelse.

Ubers virksomhed i lyset af direktiv 2000/31

26. For at kunne vurdere, om Ubers virksomhed er omfattet af anvendelsesområdet for direktiv 2000/31, skal der henvises til definitionen af informationssamfundstjenester i dette direktivs artikel 2, litra a). I denne definition henvises til artikel 1, nr. 2), i direktiv 98/34.

27. Det fremgår af sidstnævnte bestemmelse, at en informationssamfundstjeneste er en tjeneste, der ydes mod betaling, og som teleformidles ad elektronisk vej på individuel anmodning fra en modtager. Kravet om, at tjenesten skal ydes mod betaling, og om, at dette skal ske på individuel anmodning, synes ikke at give anledning til vanskeligheder. Det forholder sig imidlertid anderledes for så vidt angår kravet om, at ydelsen skal formidles ad elektronisk vej.

⁷ – Jf. artikel 90 TEUF, sammenholdt med artikel 58, stk. 1, TEUF.

28. Som jeg kort har redegjort for i den del, der vedrører de faktiske omstændigheder i hovedsagen, gør Uber det i det væsentlige muligt ved hjælp af en applikation på en smartphone at lokalisere en chauffør og at sætte denne chauffør i forbindelse med en potentiel passager med henblik på efter anmodning at levere en transportydelse i et byområde. Der er således tale om en blandet tjenesteydelse, idet en del af denne ydelse leveres ad elektronisk vej, hvilket pr. definition ikke er tilfældet for den anden del. Det skal derfor afgøres, om en sådan tjenesteydelse er omfattet af direktiv 2000/31.

– Blandede tjenesteydelser i direktiv 2000/31

29. Direktiv 2000/31 har til formål at sikre effektiviteten af den frie udveksling af informationssamfundstjenester. Disse tjenester defineres i dette direktivs artikel 2, litra a), ved henvisning til artikel 1, nr. 2), i direktiv 98/34. Det fremgår af denne sidstnævnte bestemmelse, at en sådan tjeneste bl.a. »udelukkende sendes, rutes og modtages via tråd, radio, optiske midler eller andre elektromagnetiske midler«⁸.

30. Det er korrekt, at visse ydelser omfatter elementer, der ikke sendes ad elektronisk vej, fordi de ikke kan dematerialiseres. Onlinesalg af fysiske varer er et godt eksempel på dette, idet informationssamfundstjenester nødvendigvis omfatter denne form for salg, således som det er anført i 18. betragtning til direktiv 2000/31. Det fremgår i øvrigt af direktiv 2000/31, at det koordinerede område, dvs. samtlige de retsregler, der finder anvendelse på en informationssamfundstjeneste, og som medlemsstaterne i princippet ikke kan anvende som grundlag for at begrænse den virksomhed, som de tjenesteydere, der er etableret i andre medlemsstater, udøver, ikke omfatter krav til tjenester, som ikke leveres ad elektronisk vej⁹. Medlemsstaterne kan således inden for de begrænsninger, der eventuelt måtte følge af andre EU-retlige bestemmelser, frit begrænse tjenesteydernes muligheder ved at fastsætter regler for tjenester, der ikke leveres ad denne vej¹⁰.

31. For at nå det formål om en liberalisering af informationssamfundstjenester, der forfølges med direktiv 2000/31, skal en liberalisering, der er begrænset til kun at vedrøre det elektroniske element, have en reel betydning for muligheden for at udøve en sådan virksomhed. Dette er grunden til, at lovgiver har koncentreret sig om de tjenesteydelser, der i princippet udelukkende sendes ad elektronisk vej, idet de eventuelle tjenesteydelser, der måtte blive leveret ad anden vej, kun udgør et accessorisk element til sådanne tjenester. Det ville nemlig ikke give mening kun at liberalisere en sekundær del af en sammensat tjenesteydelse, såfremt denne tjenesteydelse ikke frit kan leveres som følge af en lovgivning, der ikke er omfattet af anvendelsesområdet for bestemmelserne i direktiv 2000/31. En sådan klar liberalisering ville ikke blot ikke nå det formål, der forfølges med direktivet, men ville også medføre skadelig virkninger i form af manglende retssikkerhed og tab af tillid til EU-lovgivningen.

32. En fortolkning af begrebet informationssamfundstjenester, der lader anvendelsesområdet for dette begreb omfatte online-virksomhed, der ikke har en selvstændig økonomisk værdi, vil af denne grund være virkningsløs i forhold til gennemførelsen af det formål, der forfølges med direktiv 2000/31.

33. Når der er tale om blandede tjenesteydelser, dvs. tjenesteydelser, der består af elektroniske og ikke-elektroniske elementer, kan en tjenesteydelse anses for sendt udelukkende ad elektronisk vej, navnlig når den ydelse, der ikke leveres ad elektronisk vej, er økonomisk uafhængig af den tjenesteydelse, der leveres ad denne vej.

8 – Artikel 1, nr. 2), andet afsnit, andet led, i direktiv 98/34. Min fremhævelse.

9 – Artikel 2, litra h), og artikel 3, stk. 2, i direktiv 2000/31.

10 – Jf. i denne retning dom af 2.12.2010, Ker-Optika (C-108/09, EU:C:2010:725, præmis 29 og 30).

34. Denne situation opstår bl.a., når en tjenesteyder leverer formidlingstjenester, der fremmer forretningsforbindelsen mellem en bruger og en selvstændig tjenesteyder (eller en sælger). En platform til køb af flybilletter eller reservation af hotelværelser er et eksempel herpå. I et sådant tilfælde har formidlingstjenesten en reel merværdi for såvel brugeren som for den pågældende erhvervsdrivende, men den har fortsat en selvstændig økonomisk karakter, idet den erhvervsdrivende kan udøve sin virksomhed i uafhængighed.

35. Når den tjenesteyder, der har leveret en ydelse ad elektronisk vej, også er den tjenesteyder, der har leveret den ydelse, som ikke er leveret ad denne vej, eller når denne tjenesteyder udøver en afgørende indflydelse på de betingelser, hvorunder denne sidstnævnte ydelse skal leveres, således at de to ydelser udgør et uadskilleligt hele, er det efter min opfattelse til gengæld nødvendigt at fastlægge, hvad der udgør hovedelementet i den pågældende ydelse, dvs. det element, der tilfører ydelser en økonomisk betydning. Kvalificeringen som informationssamfundstjeneste indebærer, at det er dette hovedelement, der leveres ad elektronisk vej.

36. Det er f.eks. tilfældet med onlinesalg af varer. Når der er tale om onlinesalg, leveres hovedelementerne ved transaktionen, dvs. fremsættelsen af tilbuddet og køberens accept heraf, indgåelsen af aftalen, og som oftest betalingen, ad elektronisk vej og er omfattet af begrebet informationssamfundstjeneste, hvilket Domstolen fastslog i Ker-Optika-dommen¹¹. Levering af den købte vare udgør kun opfyldelsen af en kontraktlig forpligtelse, hvilket indebærer, at den lovgivning, der gælder for leveringen, i princippet ikke har betydning for leveringen af hovedydelsen.

37. Jeg er dog ikke af den opfattelse, at direktiv 2000/31 skal fortolkes således, at enhver online-virksomhed, der er forbundet med forretningstransaktioner, uanset om det udelukkende er accessorisk, sekundært eller foreløbigt, og som ikke har en selvstændig økonomisk karakter, i sig selv udgør en informationssamfundstjeneste.

38. Jeg vil nu foretage en analyse af Ubers virksomhed i lyset af ovenstående betragtninger.

– Ubers virksomhed

39. Resultatet af denne analyse afhænger i vidt omfang af, om den virksomhed, som Uber udøver, skal anses for et samlet hele, der udgøres af dels en ydelse, der består i at sætte passagerer i forbindelse med chauffører, ved hjælp af en digital platform, dels en transportydelse i egentlig forstand, eller om disse to ydelser skal anses for to separate tjenesteydelser. Jeg vil begynde med dette spørgsmål.

40. Hvad angår kvalificeringen af en virksomhed i lyset af de relevante retsforskrifter, er det nødvendigt at opstille visse faktiske antagelser. Eftersom de faktiske oplysninger, som den forelæggende ret har givet, ikke er fuldstændige, og da den omhandlede tjeneste er bragt til ophør i Spanien som følge af retslige påbud, vil jeg basere min analyse på de tilgængelige oplysninger vedrørende den måde, hvorpå Uber fungerer i andre lande¹². Disse funktionsmåder er i det store hele identiske. Under alle omstændigheder tilkommer det den forelæggende ret at foretage de endelige faktiske vurderinger.

41. Hvad er Uber? Er det en transportvirksomhed eller mere præcist en taxivirksomhed? Eller er det udelukkende en digital platform, der gør det muligt at reservere og betale for en transportydelse, der leveres af en anden?

11 – Dom af 2.12.2010 (C-108/09, EU:C:2010:725, præmis 22 og 28).

12 – Ubers funktionsmåde har allerede været genstand for omfattende drøftelser i retslitteraturen. Jf. bl.a. G. Noto La Diega, op.cit., B. Rogers, The Social Cost of Uber, *The University of Chicago Law Review Dialogue*, 82/2015, s. 85-102, L. Gamet, »UberPop (+)«, *Droit social*, 2015, s. 929, J. Prassl, M. Risak, Uber, Taskrabbit, and Co.: Platforms as Employers? Rethinking the Legal Analysis of Crowdwork, *Comparative Labor Law & Policy Journal*, bind 37 (2016), s. 619-651. De faktiske omstændigheder vedrørende Ubers funktionsmåde er endvidere beskrevet i afgørelser fra medlemsstaternes nationale retter, jf. bl.a. dom afsagt af London Employment Tribunal den 28.10.2016, Aslam, Farrar and Others mod Uber (sag 2202551/2015), afgørelse truffet af Audiencia Provincial de Madrid nr. 15/2017 den 23.1.2017 i en sag mellem Uber og Asociación Madrileña del Taxi, og kendelse afsagt af Tribunale Ordinario di Milano den 2.7.2015 (sagerne 35445/2015 og 36491/2015).

42. Uber beskrives ofte som en virksomhed (eller en platform) inden for den såkaldte »deleøkonomi«. Jeg anser det ikke for nyttigt her at diskutere dette begrebs nøjagtige betydning¹³. Det relevante element i forhold til Uber er, at Uber med sikkerhed ikke kan anses for en platform for samkørsel¹⁴. De chauffører, der anvender denne platform, tilbyder nemlig passagerne en ydelse i form af transport til et bestemmelsessted, som passageren har valgt, og de modtager af denne grund en betaling af en størrelse, der langt overstiger tilbagebetaling af de afholdte udgifter. Der er således tale om en klassisk transportydelse. Uanset om denne ydelse anses for omfattet af begrebet »deleøkonomi«, har dette ikke betydning for kvalificeringen af denne ydelse i henhold til gældende ret.

43. Uber har i sit skriftlige indlæg hævdet, at selskabet udelukkende tilbyder at skabe en forbindelse mellem tilbuddet (om bytransport) og efterspørgslen. Efter min opfattelse er dette at anlægge en for snæver opfattelse af Ubers rolle. Uber gør nemlig meget mere end blot at skabe forbindelse mellem tilbud og efterspørgsel. Uber skaber selv tilbuddet. Uber fastlægger endvidere de væsentlige vilkår for tilbuddet og organiserer dets funktionsmåde.

44. Uber gør det muligt for de personer, der ønsker at tilbyde passagerbefordring i byområder, at sætte sig i forbindelse med hinanden ved hjælp af selskabets applikation og at udføre denne aktivitet under de betingelser, som Uber fastlægger, og som forpligter chaufførerne gennem en aftale om brug af applikationen. Der er tale om en lang række betingelser, som vedrører såvel adgangen til at udøve denne aktivitet som den fortsatte brug og også chaufførernes adfærd, når de udfører tjenesteydelserne.

45. For at få adgang til Uber-applikationen som chauffør er det nødvendigt at råde over et køretøj¹⁵. De køretøjer, der får mulighed for at køre på Ubers vegne, skal opfylde betingelser, der synes at variere alt afhængigt af, hvilket land og hvilken by der er tale om, idet der dog generelt er tale om private køretøjer med fire eller fem døre, og hvor der i det mindste i et tilfælde er opstillet en begrænsning vedrørende køretøjets alder. Bilerne skal være godkendt ved syn og skal opfylde krav om obligatorisk forsikring¹⁶.

46. Chaufførerne skal naturligvis have kørekort (med et bestemt antal års erfaring) og en ren straffeattest. I visse lande stilles endvidere krav om fremlæggelse af en attest vedrørende færdselslovsovertrædelser.

47. Selv om Uber-platformen ikke regulerer arbejdstid, således at chaufførerne kan udøve denne virksomhed som bibeskæftigelse, fremgår det, at størstedelen af køreturene foretages af chauffører, for hvem denne virksomhed udgør deres eneste beskæftigelse og deres hovedbeskæftigelse. De modtager endvidere en økonomisk bonus fra Uber, hvis de gennemfører et meget stort antal køreture. Uber informerer endvidere chaufførerne om, hvor og i hvilke periode der kan forudses at være behov for et stort antal køreture, og/eller om fordelagtige takster. Uber er således i stand til uden at opstille formelle begrænsninger for chaufførerne at tilpasse udbuddet efter udsvingene i efterspørgslen.

13 – Om begrebet deleøkonomi jf. bl.a. V. Hatzopoulos og S. Roma, »Caring for Sharing? The Collaborative Economy under EU Law«, *Common Market Law Review*, nr. 54, 2017, s. 81-128, på s. 84 ff. Kommissionen har i en meddelelse med overskriften »En europæisk dagsorden for den kollaborative økonomi« (COM(2016) 356 final, s. 3) foreslået en definition. Denne definition er imidlertid så bred, at det er tvivlsomt, om den kan anvendes som grundlag for at identificere en form for tilstrækkelig differentieret virksomhed, der kan begrunde, at den undergives en særlig retlig behandling.

14 – Samkørsel er udtryk for, at en person i fællesskab med en anden tilbagelægger en strækning, der fastlægges af chaufføren og ikke af passageren, idet chaufføren kun får godtgjort en del af rejseomkostningerne. Da kontakten mellem chauffører og potentielle passagerer sker ved hjælp af online-applikationer, er der således tale om en form for »blafning 2.0«. Der er under alle omstændigheder ikke tale om virksomhed, der udøves med gevinst for øje.

15 – Uber har bestridt, at selskabet stiller køretøjer til rådighed for chaufførerne, men selskabet spiller gennem tjenesten Ubermarketplace en rolle som formidler mellem chauffører og virksomheder, der udlejer og udleaser køretøjer.

16 – Det er imidlertid ikke klart, om der her er tale om krav, der gælder for køretøjer, der er beregnet til passagerbefordring mod betaling, eller om der blot er tale om formaliteter, der gælder for køretøjer til privat brug.

48. Uber-applikationen indeholder en evalueringsfunktion. Passagerne kan evaluere chaufførerne og omvendt. En gennemsnitlig bedømmelse, der ligger under et vist niveau, kan medføre, at den pågældende udelukkes fra at bruge platformen, hvilket navnlig gælder for chauffører. Uber udøver derfor en ganske vist indirekte kontrol med kvaliteten af chaufførernes ydelser.

49. Endelig er det Uber, der fastsætter prisen for den leverede tjenesteydelse. Denne pris beregnes på grundlag af strækningens længde og køreturens varighed, således som disse registreres af applikationen ved hjælp af geolokalisering. En algoritme justerer derefter prisen i forhold til efterspørgslen og multiplicerer grundprisen med en passende faktor, når efterspørgslen stiger på grund af f.eks. en begivenhed eller en simpel ændring i vejrforholdene, såsom i tilfælde af uvejr.

50. Selv om Ubers repræsentanter under retsmødet anførte, at chaufførerne i princippet frit kan kræve et lavere beløb end det beløb, der fremgår af applikationen, forekommer dette mig ikke at være reel mulighed, som chaufførerne vil gøre brug af. Selv om chaufførerne i teorien måtte have denne mulighed, opkræver Uber nemlig i form af provision det beløb, der fremgår af den beregning af prisen for køreturen, som applikationen har foretaget. Da enhver nedsættelse af den pris, som passageren betaler, vil være til ugunst for chaufføren, er det derfor lidet sandsynligt, at chaufføren vil gøre brug af denne mulighed¹⁷. Følgelig er det efter min opfattelse vanskeligt at bestride, at Uber fastsætter køreturens pris.

51. Uber kontrollerer således alle de relevante aspekter, der er forbundet med at drive transportvirksomhed i byområder, nemlig naturligvis prisen, men selskabet kontrollerer også minimumskraverne til sikkerhed ved at opstille forhåndsbetingelser, som chauffører og køretøjer skal opfylde, adgangen til udbuddet af transporttjenester ved at tilskynde chaufførerne til at køre på de tidspunkter og på de steder, hvor der er stor efterspørgsel, chaufførernes adfærd gennem et evalueringssystem og endelig muligheden for at udelukke en bruger fra platformen. De andre aspekter er for en gennemsnitlig bruger af transportydelser i byområder efter min opfattelse sekundære og påvirker ikke den pågældendes økonomiske valg. Uber kontrollerer således de relevante økonomiske faktorer, der kendetegner de transportydelser, som Uber tilbyder via sin platform.

52. Selv om denne kontrol ikke udøves som et klassisk hierarkisk faktureringsforhold, må man ikke lade sig forlede. En indirekte kontrol, som den Uber udøver, der er baseret på økonomiske incitamenter og en decentraliseret evaluering, som foretages af passagerne, og som har en stor samlet virkning¹⁸, gør det muligt at foretage en administration, der er lige så om ikke mere effektiv end en kontrol, der er baseret på formelle opdrag, som en arbejdsgiver giver sine ansatte, og den direkte kontrol af, om disse opdrag gennemføres.

53. Dette fører mig til at foretage den konstatering, at den virksomhed, som Uber udøver, består af en enkelt transportydelse, som leveres fra et køretøj, der lokaliseres og bestilles ved hjælp af en applikation til smartphones, og at denne ydelse ud fra et økonomisk synspunkt¹⁹ leveres af Uber eller på dennes vegne. Denne ydelse leveres til og opfattes af brugerne på samme måde. Disse brugere, der beslutter sig for at gøre brug af Ubers tjenester, efterspørger en transportydelse, der har visse funktioner og en vis kvalitet. Det er Uber, der sikrer, at transportydelsen har disse funktioner og denne kvalitet.

17 – Jf. dom afsagt af London Employment Tribunal, nævnt ovenfor i fodnote 12, punkt 18.

18 – Det høje antal chauffører gør det muligt at nå det forventede resultat, uden at det er nødvendigt at foretage en direkte og individuel kontrol af hver af dem. Det høje antal passagerer sikrer til gengæld, at der sker en effektiv og forholdsvis objektiv kontrol af chaufførernes adfærd, idet denne opgave ikke udføres af platformen.

19 – Jeg behandler ikke her kvalificeringen af retsforholdet mellem Uber og selskabets chauffører, idet dette aspekt henhører under national ret.

54. Denne konstatering betyder imidlertid ikke, at Ubers chauffører nødvendigvis skal anses for ansatte. Dette selskab kan meget vel levere sine tjenesteydelser ved at anvende selvstændige erhvervsdrivende, der handler på egne vegne som underleverandører. De omfattende diskussioner om, hvilken stilling chaufførerne har i forhold til Uber, som allerede har givet anledning til retsafgørelser i visse medlemsstater²⁰, vedrører ikke på nogen måde de retlige spørgsmål, der er genstand for den foreliggende sag.

55. Det samme gør sig gældende for spørgsmålet om ejerforholdet vedrørende køretøjerne. Den omstændighed, at Uber ikke er indehaver af køretøjerne, har efter min opfattelse ingen betydning, fordi en erhvervsdrivende meget vel kan levere transportydelser ved hjælp af et køretøj, der tilhører en tredjemand, navnlig hvis den pågældende i forbindelse med leveringen af disse tjenesteydelser gør brug af tredjemands ydelser, uanset hvilket retsforhold der består mellem disse to parter.

56. Den konstatering, som jeg netop har foretaget, udelukker derimod efter min opfattelse, at Uber kan anses for blot at optræde som formidler i forholdet mellem chaufførerne og passagerne. De chauffører, der tilbyder køreture gennem Uber-plattformen, udøver ikke en egentlig virksomhed, der består uafhængigt af denne platform. Denne virksomhed består tværtimod kun på grund af platformen²¹ og ville ikke give mening uden denne platform.

57. Det er af denne grund efter min opfattelse fejlagtigt at sammenligne Uber med de formidlingsplatforme, der gør det muligt at reservere et hotelværelse eller at købe en flybillet.

58. Der findes ganske vist ligheder f.eks. i form af de mekanismer, der gør det muligt at reservere eller at foretage køb direkte på platformen, betalingsmuligheder eller endog evalueringssystemer. Der er her tale om tjenester, som platformen tilbyder sine brugere.

59. I modsætning til den situation, som Ubers chauffører befinder sig i, er såvel hoteller som luftfartsselskaber imidlertid virksomheder, der fungerer fuldstændig uafhængigt af enhver formidlingsplatform, og for hvilke sådanne platforme udelukkende udgør et middel blandt flere til markedsføring af deres tjenester. Det er også virksomhederne selv og ikke reservationsplatformen, der fastlægger de betingelser, hvorunder deres ydelser skal leveres, begyndende med prisen²². Disse virksomheder drives endvidere i henhold til en lovgivning, der specifikt vedrører deres brancheområde, hvilket indebærer, at reservationsplatformene ikke foretager en forudgående kontrol med adgangen til ydelserne, på samme måde som Uber foretager kontrol med sine chauffører.

60. Endelig kan de brugere, der anvender en sådan reservationsplatform, foretage et egentligt valg mellem flere tjenesteydere, hvis tilbud set fra deres synspunkt adskiller sig fra hinanden på flere væsentlige punkter, såsom flyets og indlogeringens standard, flytider, hotellets beliggende mv. I Ubers tilfælde er disse faktorer derimod standardiserede og fastlægges gennem platformen således, at passagerne som hovedregel vil acceptere at modtage ydelsen fra den chauffør, der hurtigst er tilgængelig.

20 – Jf. bl.a. dom afsagt af London Employment Tribunal, nævnt ovenfor i fodnote 12.

21 – Eller en tilsvarende platform, idet den model, der ligger til grund for Uber, efter platformens oprettelse er blevet kopieret, uden imidlertid at skabe den samme opmærksomhed.

22 – Den omstændighed, at visse platforme indgår aftaler om prislighed med hoteller, hvorved hotellerne forpligter sig til ikke andre steder at tilbyde mere fordelagtige priser end dem, der tilbydes på den pågældende platform, ændrer ikke på dette. Der er nemlig ikke tale om, at prisen for ydelserne fastsættes af platformen, men om en aftale, der vedrører de priser, som anvendes i forhold til forskellige handelspartnere. Disse prisligheds klausuler er i øvrigt blevet anfægtet af konkurrencemyndighederne i flere medlemsstater, hvilket har ført til, at der under Kommissionen er nedsat en europæisk arbejdsgruppe om webbaserede reservationsplatforme.

61. Uber optræder således ikke blot som formidler mellem chauffører, der er klar til lejlighedsvis at tilbyde transportydelser, og passagerer, der efterspørger en sådan ydelse. Uber optræder derimod som virksomhed, der reelt organiserer og tilvejebringer transportydelser i de byer, hvor Uber opererer. Selv om det er korrekt, således som Uber har anført i sit skriftlige indlæg i den foreliggende sag, at selskabets koncept er nyskabende, vedrører denne nyskabelse imidlertid transportområdet.

62. Jeg bemærker endvidere, at hvis Uber anses for en platform, der kan anvendes af selvstændige tjenesteydere, kan dette give anledning til konkurrenceretlige spørgsmål²³. Jeg vil imidlertid ikke fremsætte mere uddybende betragtninger på dette punkt, da dette vil falde uden for rammerne af den foreliggende sag.

63. Når der henses til den måde, som Uber fungerer på, har det forhold at sætte en potentialpassager i forbindelse med en chauffør ikke en selvstændig økonomisk værdi, da, som jeg vil redegøre for nedenfor, de chauffører, der kører for Uber, under alle omstændigheder, når de kører som led i udbydelsen af Ubers tjenester, ikke udøver selvstændig økonomisk virksomhed. Dels kan Ubers chauffører, når de kører som led i udbydelsen af Ubers tjenester, nemlig ikke finder passagerer på anden måde end ved at anvende Uber-applikationen, dels gør denne applikation det kun muligt at finde de chauffører, der tilbyder kørsel inden for rammerne af denne platform. Det første element hænger uløseligt sammen med det andet element, idet de to elementer udgør en samlet tjenesteydelse. Jeg er derfor heller ikke af den opfattelse, at transportydelsen i egentlig forstand kan anses for sekundær.

64. Det er korrekt, at Uber-platformens nyskabende karakter i vidt omfang er baseret på brugen af nye teknologier, såsom geolokalisering og smartphones, med henblik på at organisere bytransport. Denne nyskabelse har imidlertid et større omfang. Den vedrører også organisering af selve transporten, uden hvilken Uber blot ville være en applikation til reservation af taxier. Det er således inden for rammerne af denne tjeneste utvivlsomt transportydelsen, der er hovedydelsen, og som giver denne tjeneste økonomisk værdi. Brugerne ønsker kun af en eneste grund at finde en chauffør, nemlig at blive transporteret fra et punkt til et andet. Det trin, der består i skabe forbindelse, har derfor kun en forberedende karakter og skal gøre det muligt at levere hovedydelsen under de bedste betingelser.

65. Den ydelse, der består i at sætte en passager i forbindelse med en chauffør, har derfor hverken en selvstændig karakter eller karakter af en hovedydelse i forhold til transportydelsen. Denne ydelse kan af denne grund ikke kvalificeres som en »informationssamfundstjeneste«. En sådan kvalificering ville ikke gøre det muligt at nå de formål om liberalisering, der ligger til grund for direktiv 2001/31, fordi selv om den aktivitet, der består i at skabe forbindelse, blev liberaliseret, ville medlemsstaterne frit kunne forhindre, at denne aktivitet kunne udøves ved at regulere udøvelsen af transportvirksomhed. Det eneste resultat, der følger af en sådan liberalisering, ville således være, at den medlemsstat, hvori tjenesteyderen er etableret, ville opnå de fordele, der er forbundet med en sådan etablering (som følge af investeringer, jobskabelse, skatteindtægter), samtidig med, at den ville forhindre levering af denne ydelse på denne medlemsstats område i henhold til lovgivningen om tjenesteydelser, der ikke er omfattet af direktiv 2000/31²⁴. En sådan situation ville modsige hele logikken bag den frie udveksling af informationssamfundstjenester, således som denne er tilrettelagt ved dette direktiv, der er baseret på, at medlemsstaten fører tilsyn med lovligheden af den måde, hvorpå tjenesteyderen fungerer, og at de andre medlemsstater anerkender dette tilsyn²⁵.

23 – Det er f.eks. ikke i sig selv ulovligt, at konkurrenterne anvender den samme algoritme til at beregne prisen, men kan give anledning til betænkeligheder med hensyn til *hub-and-spoke conspiracy* i takt med, at platformen får mere indflydelse. Jf. hvad angår de eventuelle problemer, som Uber-modellen giver anledning til, ud fra et konkurrenceretligt synspunkt V. Hatzopoulos, S. Roma, op. cit., s. 110 og 120, og A. Ezrachi, M.E. Stucke, »Artificial Intelligence & Collusion: When Computers Inhibit Competition«, *CCLP Working Paper 40*, Oxford 2015, s. 14. Jf. ligeledes dom af 22.10.2015, AC-Treuhand mod Kommissionen (C-194/14 P, EU:C:2015:717), og af 21.1.2016, Eturas m.fl. (C-74/14, EU:C:2016:42, præmis 27 og 28 og den deri nævnte retspraksis), og mit forslag til afgørelse i denne sag (C-74/14, EU:C:2015:493).

24 – Jeg bemærker, at det fremgår af de tilgængelige oplysninger, at UberPop-tjenesten ved dom afsagt af College van Beroep voor het bedrijfsleven den 8.12.2014 (AWB 14/726, ECLI:NL:CBB:2014:450). Jf. V. Hatzopoulos og S. Roma, op.cit., s. 91, er blevet forbudt i Nederlandene, som er den medlemsstat, hvori selskabet Uber BV er etableret.

25 – Jf. artikel 3, stk. 1 og 2, i direktiv 2000/31.

66. En sådan situation, hvor platformens funktionsmåde ikke formelt er forbudt, men hvor transportvirksomheden som følge af selve arten af UberPop-tjenesten, der er baseret på ikke-erhvervsdrivende chauffører, ikke kan udøves inden for lovens rammer, medfører en anden utilsigtet virkning. Det har nemlig vist sig, at Uber anvender forskellige midler, som er blevet omtalt i pressen, såsom f.eks. midlertidigt at afbryde adgangen til applikationen i visse områder for at forhindre myndighederne i at kontrollere selskabets chauffører. Uber yder juridisk og økonomisk bistand til de chauffører, der bliver pålagt en sanktion for at have leveret transportydelser uden at have den fornødne tilladelse. Chaufførerne anvender selv forskellige metoder til at undgå kontrol²⁶. Denne ufuldstændige eller helt åbenbare liberalisering, hvor et element af en sammensat aktivitet er liberaliseret, mens et andet element er reguleret, skaber retsusikkerhed, der fører til et gråzoneområde, som tilskynder til lovovertrædelser.

Ubers virksomhed i lyset af direktiv 2006/123

67. Det er ikke overraskende, at Ubers virksomhed, således som den er beskrevet i de foregående punkter dvs. som en enkeltstående ydelse, der består dels af lokaliseringen af en tilgængelig chauffør og reserveringen af en køretur, dels af transportydelser i strengeste forstand, skal anses for en tjenesteydelse på transportområdet som omhandlet i artikel 2, stk. 2, litra d), i direktiv 2006/123.

68. Selv om denne bestemmelses ordlyd, der udelukker »tjenesteydelser på transportområdet« fra anvendelsesområdet for direktiv 2006/123, ikke synes tilstrækkelig til at kunne foretage en sådan konstatering, udelukker 21. betragtning til dette direktiv enhver tvivl, idet det heri anføres, at de nævnte tjenesteydelser omfatter »bytransport [og] hyrevogns[kørsel]«. Det er derfor ikke nødvendigt at indlede en diskussion af, om Ubers tjenesteydelser udgør en form for taxitjeneste, idet samtlige former for bytransport er nævnt heri, og Uber udgør med sikkerhed en sådan form for transport.

69. Ubers virksomhed skal også anses for omfattet af undtagelsen til den frie udveksling af tjenesteydelser, der er fastsat i artikel 58, stk. 1, TEUF, og af de regler, der er indeholdt i artikel 90 TEUF ff. I artikel 91, stk. 1, litra b), TEUF nævnes udtrykkeligt »de betingelser, under hvilke transportvirksomheder har adgang til at udføre interne transporter i en medlemsstat, hvor de ikke er hjemmehørende«, som et område, der skal reguleres inden for rammerne af den fælles transportpolitik. Såfremt det antages, således som jeg har argumenteret for, at Uber leverer transportydelser i byområder, skal selskabet imidlertid anses for om ikke en transportør i egentlig forstand så i hvert fald for en virksomhed, der organiserer transportydelser.

70. Det skal således, og uden at det er nødvendigt at analysere dommen i sagen Grupo Itevelesa m.fl.²⁷, som den forelæggende ret har nævnt i forelæggelsesafgørelsen, konkluderes, at Ubers virksomhed udgør en tjenesteydelse inden for transportområdet som omhandlet i artikel 2, stk. 2, litra d), i direktiv 2006/123. Uber er derfor ikke omfattet af dette direktivs anvendelsesområde. Denne virksomhed er i øvrigt omfattet af den undtagelse til den frie udveksling af tjenesteydelser, der er indeholdt i artikel 58, stk. 1, TEUF, og som er fastlagt i artikel 90 TEUF ff.

Konklusion vedrørende det første og det andet præjudicielle spørgsmål

71. Sammenfattende og på baggrund af ovenstående betragtninger er det min opfattelse, at i en situation, hvor der er tale om blandede tjenesteydelser, som består af et element, der leveres ad elektronisk vej, og et andet element, der ikke leveres ad elektronisk vej, skal det første element enten have selvstændig økonomisk karakter eller udgøre hovedelementet i forhold til det andet element for

26 – Navnlig softwareprogrammet Greyball, der gør det muligt at undgå myndighedernes kontrol. Jf. »Uber Uses Tech to Deceive Authorities Worldwide«, *The New York Times* af 4.3.2017.

27 – Dom af 15.10.2015 (C-168/14, EU:C:2015:685).

at kunne kvalificeres som »informationssamfundstjeneste«. Ubers virksomhed skal anses for at udgøre et samlet hele, der omfatter såvel en ydelse, der sætter passagerer i forbindelse med chauffører ved hjælp af en applikation til smartphones, og selve transportydelsen, der ud fra et økonomisk synspunkt udgør hovedelementet. Denne virksomhed kan derfor ikke opdeles i to med henblik på at anse den ene del af denne tjenesteydelse for en informationssamfundstjeneste. Følgelig skal en sådan tjenesteydelse kvalificeres som en »tjenesteydelse inden for transportområdet«.

72. Jeg foreslår derfor, at det første og det andet præjudicielle spørgsmål besvares som følger:

- Artikel 2, litra a), i direktiv 2000/31, sammenholdt med artikel 1, nr. 2), i direktiv 98/34, skal fortolkes således, at en tjenesteydelse, der består i ved hjælp af et softwareprogram til mobiltelefoner at sætte potentielle passagerer i forbindelse med chauffører, som tilbyder individuelle transportydelser i byområder på anmodning i en situation, hvor udbyderen af den nævnte tjenesteydelse udøver kontrol med de væsentligste vilkår for de transportydelser, der leveres inden for disse rammer, herunder navnlig de nævnte ydelsers pris, ikke udgør en informationssamfundstjeneste i de nævnte bestemmelsers forstand.
- Artikel 58, stk. 1, TEUF og artikel 2, stk. 2, litra d), i direktiv 2006/123 skal fortolkes således, at den tjenesteydelse, der er beskrevet i det foregående punkt, udgør en transportydelse i disse bestemmelsers forstand.

73. Det tilkommer ganske vist den forelæggende ret på baggrund af sine egne faktuelle konstatering at vurdere, om den i hovedsagen omhandlede virksomhed opfylder det ovenfor nævnte krav om kontrol. Jeg bemærker imidlertid, at flere retter i forskellige medlemsstater allerede har fastslået, at dette er tilfældet²⁸. Dette kan tjene som inspiration for den forelæggende ret som led i en juridisk netværkstankegang.

Afsluttende bemærkninger

74. Når der henses til den besvarelse, som jeg foreslår at give af det første og det andet spørgsmål, er det tredje og det fjerde præjudicielle spørgsmål blevet uden genstand. Jeg vil imidlertid i mine afsluttende bemærkninger foretage en analyse af retsvirkningerne af, at de ydelser, som Uber leverer, måtte blive kvalificeret som en selvstændig tjenesteydelse, der kun består i at sætte passagerer i forbindelse med chauffører, og som således ikke omfatter udbydelse af en transportydelse i egentlig forstand. En sådan tjenesteydelse bør uden tvivl kvalificeres som »informationssamfundstjeneste«. Det er imidlertid efter min opfattelse ikke nødvendigt at tage stilling til, om denne ydelse henhører under transportområdet.

Forbindelsestjenestens karakter af informationssamfundstjeneste

75. Det skal erindres, at det fremgår af artikel 1, nr. 2), i direktiv 98/34, at en informationssamfundstjeneste er en tjeneste, der ydes mod betaling, og som teleformidles ad elektronisk vej på individuel anmodning fra en modtager. En tjeneste, der består i ved hjælp af en applikation til smartphones at sætte potentielle passagerer i forbindelse med chauffører opfylder helt sikkert disse kriterier.

76. Hvad angår kriteriet om, at tjenesten skal ydes mod vederlag, tilfalder en del af den pris, som passageren inden for rammerne af Uber-systemet betaler for køreturen, operatøren af platformen. Passageren betaler således for forbindelsestjenesten, når transportydelsen er leveret.

²⁸ – Jf. bl.a. de nationale afgørelser, der er nævnt ovenfor i fodnote 12 i dette forslag til afgørelse.

77. Når denne ydelse betragtes isoleret fra transportydelsen, er der endvidere tale om en ydelse, der teleformidles, idet de to parter, dvs. Uber og tjenestemodtageren, ikke er til stede samtidig. Forbindelsestjenesten leveres ved hjælp af en applikation til smartphones, der fungerer via internettet, hvilket utvivlsomt er omfattet af begrebet levering ad elektronisk vej. Det er i øvrigt den eneste mulighed for at reservere en køretur inden for rammerne af Uber-plattformen. Endelig er der ikke tale om en løbende levering af ydelsen, idet dette sker på anmodning fra modtageren.

78. Ubers tjeneste, således som denne er beskrevet i punkt 74 i dette forslag til afgørelse, er derfor omfattet af bestemmelserne i direktiv 2000/31.

79. Da selskabet Uber BV, der er etableret i Nederlandene, administrerer og stiller Uber-applikationen til rådighed for såvel chauffører som passagerer inden for Unionens område, sker udbydelsen i andre medlemsstater, herunder i Spanien, inden for rammerne af den frie udveksling af tjenesteydelser, der bl.a. er reguleret i artikel 3, stk. 2 og 4, i direktiv 2000/31.

80. Det fremgår af disse bestemmelser, at medlemsstaterne i princippet ikke må begrænse adgangen til frit at levere tjenesteydelser fra andre medlemsstater af de grunde, der henhører under det koordinerede område, ved at indføre krav, uanset om de måtte være fastsat specifikt for informationssamfundstjenester, eller om de har generel karakter. Det koordinerede område omfatter i henhold til artikel 2, litra h), nr. i), første led, i direktiv 2000/31 bl.a. krav, som skal opfyldes, »når [tjenesteyderen] påbegynder [en] aktivitet [...], f.eks. krav til [...] tilladelse [...]«. Det fremgår til gengæld af samme artikels litra h), nr. ii), tredje led, at det koordinerede område ikke omfatter »krav til tjenester, som ikke ydes elektronisk«.

81. Det følger heraf, at kravet om, at tjenesteyderen skal have opnået en tilladelse til at levere formidlingstjenester for at kunne indgå aftaler om bytransport på anmodning, såfremt det fortsat er gældende²⁹, og for så vidt som det finder anvendelse på den forbindelsestjeneste, som Uber-plattformen tilbyder, er omfattet af det koordinerede område og vil derfor være omfattet af det forbud, der er opstillet i artikel 3, stk. 2, i direktiv 2000/31. Samtlige de krav, som chaufførerne skal opfylde, både med hensyn til adgangen til at udføre transportvirksomhed og udøvelsen af denne virksomhed, er derimod ikke omfattet af det koordinerede område og dermed heller ikke af dette forbud, fordi transportydelsen på grund af sin art ikke leveres ad elektronisk vej.

82. Medlemsstaterne kan i henhold til artikel 3, stk. 4, i direktiv 2000/31 træffe foranstaltninger, der fraviger den frie udveksling af informationssamfundstjenester, såfremt disse foranstaltninger er nødvendige for at varetage hensyn til ufravigelige retsgrundsætninger, folkesundheden, den offentlige sikkerhed og beskyttelsen af forbrugere.

83. Selv om det fjerde præjudicielle spørgsmål netop vedrører berettigelsen af de omhandlede nationale foranstaltninger, har den forelæggende ret i forbindelse med forelæggelsen ikke anført de forhold, der kan begrunde, at formidlingsvirksomhed inden for transportområdet kan undergives et krav om tilladelse. Den spanske regering har i sit indlæg henvist til forhold, der er begrundet i hensyn til trafikstyring og færdselssikkerhed. Der synes imidlertid snarere at være tale om forhold, der kan begrunde de krav, som chaufførerne skal opfylde for at udføre transportydelserne.

84. Hvad direkte angår formidlingsydelserne har den spanske regering kun nævnt et forhold, der kan finde anvendelse på Uber, og som vedrører gennemsigtigheden i forbindelse med prisfastsættelsen, som falder ind under hensynet til beskyttelsen af forbrugere. Jeg bemærker, at det inden for Uber-systemet ikke er chaufførerne, men platformen, der fastsætter prisen for en køretur. Efter min

29 – Jf. mine bemærkninger om dette emne i punkt 9 i dette forslag til afgørelse.

opfattelse bør det imidlertid være muligt at sikre denne gennemsigthed ved andre mindre restriktive midler end at stille krav om opnåelse af en tilladelse til at udøve formidlingsvirksomhed, såsom en forpligtelse til at informere passagerne. Et sådant krav opfylder derfor ikke det proportionalitetskriterium, der er fastsat i artikel 3, stk. 4, litra a), nr. iii), i direktiv 2000/31.

85. Hovedsagens kompleksitet udspringer imidlertid af den omstændighed, at denne sag har til formål at pålægge Uber en sanktion for de handlinger, der angiveligt udgør illoyal konkurrence, som selskabet har udsat sagsøgerens medlemmer for³⁰. Disse handlinger følger ikke kun af den omstændighed, at Uber via Uber-plattformen udøver formidlingsvirksomhed med henblik på indgåelse af aftaler om transport uden at have de nødvendige tilladelser, men også den omstændighed, at de chauffører, der leverer transportydelser inden for rammerne af Uber-plattformen, ikke opfylder de betingelser, som den spanske lovgiver har fastsat for denne form for ydelser. Disse betingelser er imidlertid hverken omfattet af direktiv 2000/31 eller direktiv 2006/123, fordi de uden tvivl henhører under transportområdet.

86. Er bestemmelserne i direktiv 2000/31 da til hinder for, at Uber pålægges en sanktion som følge af, at den virksomhed, der udøves af de chauffører, der udfører tjenesteydelser inden for rammerne af denne platform, udgør illoyale konkurrence? Som jeg har redegjort for ovenfor³¹, er Uber efter min opfattelse ikke blot en formidlingstjeneste mellem passagerer og chauffører. Uber organiserer og administrerer et fuldstændigt system, der leverer bytransportydelser på anmodning. Uber er af denne grund ansvarlig ikke blot for den ydelse, der består i at sætte passagerer i forbindelse med chauffører, men også den virksomhed, som disse chauffører udøver. Det ville også forholde sig således, selv om forbindelsestjenesten måtte anses for selvstændig i forhold til transportydelsen i egentlig forstand, fordi disse to ydelser i sidste ende udføres af Uber og i dette selskabs navn.

87. Den fortolkning, hvorefter Ubers virksomhed for at sikre effektiviteten af direktiv 2000/31 samlet set bør kunne udnytte fordelene ved den liberalisering, der er fastsat i dette direktiv, kan efter min opfattelse ikke anvendes. Denne fortolkning vil nemlig være i strid med de udtrykkelige bestemmelser i direktiv 2000/31, hvorefter alene kravene til de tjenester, der leveres ad elektronisk vej, er omfattet af det forbud, der er indeholdt i dette direktivs artikel 3, stk. 2³². Det følger af denne fortolkning, at enhver økonomisk aktivitet i teorien kan være omfattet af direktiv 2000/31, idet alle erhvervsdrivende i dag er i stand til at tilbyde ydelser ad elektronisk vej, såsom information om varer og tjenester, reservation, tidsbestilling eller betaling.

88. Direktiv 2000/31 er derfor ikke til hinder for, at der i national ret fastsættes krav til udøvelsen af transportvirksomhed i egentlig forstand, og heller ikke for, at Uber pålægges en sanktion på grund af den manglende overholdelse af disse krav, herunder et påbud om at ophøre med at udbyde denne tjeneste. Ubers virksomhed er i det mindste hvad angår den i hovedsagen omhandlede UberPop-tjeneste organiseret således, at Uber ikke faktisk kan opfylde disse krav. Denne tjeneste beror nemlig på de ikke-erhvervsdrivende chauffører, der som følge af, at de ikke har licens til at foretage bytransport, pr. definition ikke opfylder disse krav. Den omstændighed, at forbindelsestjenesten anses for en informationssamfundstjeneste, ændrer ikke ved denne konstatering, idet chaufførernes ydelser ikke er omfattet af anvendelsesområdet for direktiv 2000/31. Dette viser, at det er kunstigt at foretage en sontring mellem en tjenesteydelse, der leveres ad elektronisk vej, og en tjenesteydelse, der ikke leveres ad denne vej, i de situationer, hvor de to ydelser er meget tæt forbundne, og hvor de leveres af den samme tjenesteyder.

30 – Jeg bemærker, at tvisten i hovedsagen ikke vedrører Uber-applikationens funktionsmåde som sådan, men udbydelsen af UberPop-tjenesten i Barcelona.

31 – Jf. bl.a. punkt 43-53 i dette forslag til afgørelse.

32 – Jf. artikel 3, stk. 2, i direktiv 2000/31, sammenholdt med dette direktivs artikel 2, litra h), nr. ii), tredje led. Denne bestemmelse bekræftes af 18. betragtning til samme direktiv.

89. Jeg er dog ikke af den opfattelse, at behovet for at sikre effektiviteten af lovgivningen vedrørende udbydelsen af transportydelser i strengeste forstand kan begrunde, at der af præventive grunde stilles krav om opnåelse af tilladelse til at yde formidlingstjenester i almindelighed. Bekæmpelsen af enhver ulovlig virksomhed inden for dette område kan kun have præventiv karakter.

90. Som afslutning på dette afsnit er det min opfattelse, at selv om den tjeneste, der består i sætte potentielle passagerer i forbindelse med chauffører, måtte blive anset for selvstændig i forhold til transportydelsen i egentlig forstand og dermed for en informationssamfundstjeneste, vil artikel 3, stk. 2, i direktiv 2000/31 være til hinder for, at der stilles krav om tilladelse til at yde en sådan tjeneste, medmindre dette krav er begrundet i en af de grunde, der er opregnet i dette direktivs artikel 3, stk. 4, og står i rimeligt forhold til det tilstræbte formål, hvilket forekommer mig lidet sandsynligt. Dette vil imidlertid ikke have nogen reel retsvirkning, idet denne forbindelsestjeneste ikke giver økonomisk mening uden transportydelserne, der til gengæld kan være underlagt talrige krav fra den nationale lovgivers side.

Om anvendeligheden af direktiv 2006/123

91. Hvad angår anvendeligheden af direktiv 2006/123 er det efter min opfattelse ikke nødvendigt at analysere spørgsmålet om, hvorvidt en tjenesteydelse, der består i ved hjælp af en applikation til smartphones at sætte potentielle passagerer i forbindelse med chauffører, der tilbyder transportydelser i byområder på anmodning, er omfattet af begrebet tjenesteydelser inden for transportområdet som omhandlet i dette direktivs artikel 2, stk. 2, litra d).

92. Artikel 3, stk. 1, i direktiv 2006/123 fastsætter nemlig, at hvis bestemmelserne i dette direktiv er i strid med de bestemmelser i andre EU-retsakter, der regulerer adgangen til og udøvelsen af servicevirksomhed inden for særlige områder, har sidstnævnte bestemmelser forrang. Selv om direktiv 2000/31 ikke er nævnt blandt de retsakter, der er opregnet i denne bestemmelse, følger det efter min opfattelse klart af formuleringen »[d]et drejer sig bl.a. om følgende retsakter«, at der er tale om en ikke-udtømmende opregning, der er begrænset til at omfatte de retsakter, som det ikke er åbenbart at lade indgå. Direktiv 2000/31 har imidlertid i forhold til direktiv 2006/123 en sådan karakter af lex specialis, at selv om artikel 3, stk. 1, i direktiv 2006/123 ikke fandtes, ville direktiv 2000/31 have forrang i overensstemmelse med grundsætningen lex posterior generali non derogat legi priori speciali.

93. Såfremt forbindelsesvirksomheden måtte blive anset for omfattet af direktiv 2000/31, ville den således ikke være omfattet af anvendelsesområdet for direktiv 2006/123.

Forslag til afgørelse

94. På baggrund af samtlige ovenstående betragtninger foreslår jeg Domstolen at besvare de af Juzgado Mercantil n° 3 de Barcelona (handelsret nr. 3 i Barcelona, Spanien) forelagte præjudicielle spørgsmål som følger:

»1) Artikel 2, litra a), i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2000/31/EF af 8. juni 2000 om visse retlige aspekter af informationssamfundstjenester, navnlig elektronisk handel, i det indre marked (»Direktivet om elektronisk handel«), sammenholdt med artikel 1, nr. 2), i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 98/34/EF af 22. juni 1998 om en informationsprocedure med hensyn til tekniske standarder og forskrifter samt forskrifter for informationssamfundets tjenester, som ændret ved Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 98/48/EF af 20. juli 1998, skal fortolkes således, at en tjenesteydelse, der består i ved hjælp af et softwareprogram til mobiltelefoner at sætte potentielle passagerer i forbindelse med chauffører, som tilbyder individuelle transportydelser i byområder på anmodning, i en situation, hvor udbyderen af den nævnte tjenesteydelse udøver kontrol med de

væsentligste vilkår for de transportydelser, der leveres inden for disse rammer, herunder navnlig de nævnte ydelsers pris, ikke udgør en informationssamfundstjeneste i de nævnte bestemmelsers forstand.

- 2) Artikel 58, stk. 1, TEUF og artikel 2, stk. 2, litra d), i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2006/123/EF af 12. december 2006 om tjenesteydelser i det indre marked skal fortolkes således, at den tjenesteydelse, der er beskrevet i det foregående punkt, udgør en transportydelse i disse bestemmelsers forstand.«