



# Jurisprudentie

CONCLUSIE VAN ADVOCaat-GENERAAL  
M. SZPUNAR  
van 11 mei 2017<sup>1</sup>

**Zaak C-434/15**

**Asociación Profesional Elite Taxi  
tegen  
Uber Systems Spain SL**

[verzoek van de Juzgado de lo Mercantil n° 3 de Barcelona (handelsrechtbank nr. 3 Barcelona, Spanje)  
om een prejudiciële beslissing]

„Prejudiciële verwijzing – Diensten op de interne markt – Vervoer van passagiers – Gebruik van  
IT-instrumenten en een applicatie voor smartphones – Oneerlijke mededinging – Vereiste van  
een vergunning”

## Inleiding

1. De ontwikkeling van nieuwe technologieën leidt in het algemeen tot controverses, maar Uber lijkt wel een bijzonder geval te zijn. Haar werkwijze roept kritiek en vragen op, maar leidt ook tot hoop en nieuwe verwachtingen. Alleen al op het juridische vlak heeft de werkwijze van Uber geleid tot vragen over onder meer het mededingings-, het consumentenbeschermings- en het arbeidsrecht. Op economisch en sociaal gebied is zelfs het begrip „uberisatie” ontstaan. Met het onderhavige verzoek om een prejudiciële beslissing ziet het Hof zich dus geconfronteerd met een problematiek die in de politiek en de media uitvoerig aan de orde is geweest.

2. Het onderwerp van de onderhavige zaak is echter veel beperkter. De gevraagde uitlegging dient slechts om de plaats van Uber in het Unierecht te bepalen om zodoende te kunnen vaststellen of, en in hoeverre, haar werkwijze onder dit recht valt. Het is dus vooral de vraag of een eventuele regulering van de werkwijze van Uber onderworpen is aan de eisen van het Unierecht, in de eerste plaats van het vrije verkeer van diensten, of dat deze regulering onder de gedeelde bevoegdheid van de Europese Unie en de lidstaten op het gebied van lokaal vervoer valt, welke bevoegdheid nog niet op Unieniveau is uitgeoefend.

<sup>1</sup> Oorspronkelijke taal: Frans.

## Toepasselijke bepalingen

### *Unierecht*

3. Artikel 1, punt 2, van richtlijn 98/34/EG<sup>2</sup> bepaalt:

„In de zin van deze richtlijn wordt verstaan onder: [...]

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

In deze definitie wordt verstaan onder:

- ‚op afstand’: een dienst die geleverd wordt zonder dat de partijen gelijktijdig aanwezig zijn;
- ‚langs elektronische weg’: een dienst die verzonden en ontvangen wordt via elektronische apparatuur voor de verwerking (met inbegrip van digitale compressie) en de opslag van gegevens, en die geheel via draden, radio, optische middelen of andere elektromagnetische middelen wordt verzonden, doorgeleid en ontvangen;
- ‚op individueel verzoek van een afnemer van diensten’: een dienst die op individueel verzoek via de transmissie van gegevens wordt geleverd.

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

[...]”

4. Artikel 2, onder a) en h), van richtlijn 2000/31/EG<sup>3</sup> bepaalt:

„Voor de doeleinden van deze richtlijn wordt verstaan onder:

a) ‚diensten van de informatiemaatschappij’: diensten zoals omschreven in artikel 1, [punt] 2, van richtlijn [98/34];

[...]

2 Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad van 22 juni 1998 betreffende een informatieprocedure op het gebied van normen en technische voorschriften en regels betreffende de diensten van de informatiemaatschappij (PB 1998, L 204, blz. 37), zoals gewijzigd bij richtlijn 98/48/EG van het Europees Parlement en de Raad van 20 juli 1998 (PB 1998, L 217, blz. 18) (hierna: „richtlijn 98/34”). Krachtens artikel 11 van richtlijn (EU) 2015/1535 van het Europees Parlement en de Raad van 9 september 2015 betreffende een informatieprocedure op het gebied van technische voorschriften en regels betreffende de diensten van de informatiemaatschappij [(codificatie)] (PB 2015, L 241, blz. 1), is richtlijn 98/34 op 7 oktober 2015 ingetrokken, maar blijft deze ratione temporis op de feiten van het hoofdgeding van toepassing. Overigens is artikel 1, lid 1, onder b), van richtlijn 2015/1535 in wezen op dezelfde wijze geredigeerd.

3 Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad van 8 juni 2000 betreffende bepaalde juridische aspecten van de diensten van de informatiemaatschappij, met name de elektronische handel, in de interne markt („richtlijn inzake elektronische handel”) (PB 2000, L 178, blz. 1).

- h) ‚gecoördineerd gebied’: de in de nationale rechtsstelsels vastgelegde vereisten voor dienstverleners van de informatiemaatschappij en diensten van de informatiemaatschappij, ongeacht of die vereisten van algemene aard zijn dan wel specifiek daarop zijn toegesneden:
- i) Het gecoördineerde gebied omvat vereisten waaraan de dienstverlener moet voldoen met betrekking tot:
- het starten van een activiteit van een dienst van de informatiemaatschappij, zoals vereisten inzake kwalificatie, vergunning en aanmelding,
  - het uitoefenen van een activiteit van een dienst van de informatiemaatschappij, zoals vereisten inzake gedrag van de dienstverlener, vereisten inzake kwaliteit en inhoud van de dienst inclusief inzake reclame en contracten, of vereisten inzake aansprakelijkheid van de dienstverlener.
- ii) Het gecoördineerde gebied omvat niet vereisten met betrekking tot:
- [...]
- diensten die niet langs elektronische weg verleend worden.”

5. Artikel 3, leden 1, 2 en 4, van richtlijn 2000/31 luidt:

„1. Iedere lidstaat zorgt ervoor dat de diensten van de informatiemaatschappij die worden verleend door een op zijn grondgebied gevestigde dienstverlener voldoen aan de in die lidstaat geldende nationale bepalingen die binnen het gecoördineerde gebied vallen.

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

[...]

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

a) De maatregelen moeten:

i) noodzakelijk zijn voor een van de volgende doelstellingen:

- de openbare orde, in het bijzonder de preventie van, het onderzoek naar, de opsporing en de vervolging van strafbare feiten, waaronder de bescherming van minderjarigen en de bestrijding van het aanzetten tot haat wegens ras, geslacht, godsdienst of nationaliteit en van schendingen van de menselijke waardigheid ten aanzien van individuen,
- de bescherming van de volksgezondheid,
- de openbare veiligheid, met inbegrip van het waarborgen van de nationale veiligheid en defensie,
- de bescherming van consumenten, met inbegrip van beleggers;

- ii) worden genomen ten aanzien van een bepaalde dienst van de informatiemaatschappij waardoor afbreuk wordt gedaan aan de onder i) genoemde doelstellingen of een ernstig gevaar daarvoor ontstaat;
  - iii) evenredig zijn aan die doelstellingen.
- b) De lidstaat moet, alvorens de betrokken maatregelen te nemen en onverminderd eventuele rechtszaken, met inbegrip van het vooronderzoek en in het kader van een strafrechtelijk onderzoek verrichte handelingen:
- de in lid 1 bedoelde lidstaat verzoeken maatregelen te nemen, maar deze is daar niet of onvoldoende op ingegaan;
  - de Commissie en de in lid 1 bedoelde lidstaat in kennis stellen van zijn voornemen om de betrokken maatregelen te nemen.

[...]

6. Artikel 2, lid 2, onder d), van richtlijn 2006/123/EG<sup>4</sup> luidt:

„Deze richtlijn is niet van toepassing op de volgende activiteiten:

[...]

- d) diensten op het gebied van vervoer, met inbegrip van havendiensten, die binnen de werkingssfeer van titel V van het EG-Verdrag vallen;

[...]

7. Artikel 3, lid 1, eerste zin, van deze richtlijn bepaalt:

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

### *Spaans recht*

8. Er is enige onduidelijkheid over de beschrijving van de toepasselijke nationale bepalingen door de verwijzende rechter, de partijen in het hoofdgeding en de Spaanse regering. Ik zal hieronder de belangrijkste aspecten ervan weergeven zoals deze volgen uit zowel de verwijzingsbeslissing als de verschillende schriftelijke opmerkingen die in het kader van de onderhavige procedure zijn ingediend.

9. In de eerste plaats is, wat betreft de nationale vervoersvoorschriften, krachtens artikel 99, lid 1, van de Ley 16/1987 de Ordenación de los Transportes Terrestres (wet nr. 16/1987, inzake de organisatie van vervoer over land) van 30 juli 1987, een vergunning vereist voor het openbaar vervoer van passagiers, niet alleen voor genoemd vervoer, maar ook voor de activiteit van een bemiddelaar in het sluiten van deze contracten. Verweerster in het hoofdgeding stelt echter dat door de Ley 9/2013 por la que se modifica la Ley 16/1987 y la Ley 21/2003, de 7 de julio, de Seguridad Aérea (wet nr. 9/2013

<sup>4</sup> Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad van 12 december 2006 betreffende diensten op de interne markt (PB 2006, L 376, blz. 36).

tot wijziging van wet nr. 16/1987 en wet nr. 21/2003 van 7 juli 2003 inzake de veiligheid van de luchtvaart) van 4 juli 2013, de verplichte specifieke vergunning voor het verrichten van diensten als bemiddelaar voor het vervoer van passagiers, is afgeschaft. Het is echter niet zeker of deze wijziging in alle regio's van Spanje van kracht is geworden.

10. Op regionaal en lokaal gebied wordt de nationale wetgeving inzake taxidiensten aangevuld met verschillende voorschriften van de autonome gemeenschap Catalonië, alsmede van de stad Barcelona, waaronder het Reglamento Metropolitano del Taxi (reglement inzake taxidiensten van de stad Barcelona) van 22 juli 2004, dat werd ingevoerd door de Consell Metropolità de l'Entitat Metropolitana de Transport de Barcelona (raad van beheer van de dienst voor transport in de stad Barcelona) en waarin is bepaald dat een platform zoals het platform dat wordt beheerd door verweerster in het hoofdgeding, voor het verrichten van zijn activiteit moet beschikken over de benodigde overheidslicenties en -vergunningen.

11. Ten slotte wordt oneerlijke mededinging in de Ley 3/1991 de Competencia Desleal (wet 3/1991 inzake oneerlijke mededinging) van 10 januari 1991, in artikel 4 gedefinieerd als gedrag in de uitoefening van een beroep dat in strijd is met de goede trouw, in artikel 5 als misleidende praktijken, en in artikel 15 als schending van de bepalingen inzake de aan mededinging onderhevige activiteiten die een concurrentievoordeel op de markt hebben opgeleverd.

## **Feiten, hoofdgeding en prejudiciële vragen**

### ***Uber-applicatie***

12. Uber is de naam van een elektronisch platform<sup>5</sup> dat is ontwikkeld door Uber Technologies Inc., een in San Francisco (Verenigde Staten) gevestigde vennootschap. In de Europese Unie wordt het Uber-platform beheerd door Uber BV, een vennootschap naar Nederlands recht, die een dochtermaatschappij is van de vennootschap Uber Technologies.

13. Dit platform maakt het mogelijk om met een smartphone die is voorzien van de Uber-applicatie, in de door Uber bediende steden een stedelijke vervoersdienst te bestellen. De applicatie herkent de plaats waar de gebruiker zich bevindt en zoekt naar beschikbare chauffeurs in de buurt. Wanneer een chauffeur de rit accepteert, wordt de gebruiker hierover door de applicatie geïnformeerd, waarbij het profiel van de chauffeur en een prijsindicatie van de rit naar de door de gebruiker opgegeven bestemming wordt weergegeven. Na de rit wordt het bedrag automatisch in rekening gebracht via de bankgegevens die de gebruiker bij het accepteren van de applicatie heeft moeten opgeven. De applicatie biedt ook de mogelijkheid om beoordelingen te geven: de chauffeurs kunnen door de passagiers worden beoordeeld en omgekeerd. Wanneer de beoordelingen gemiddeld beneden een bepaalde drempel uitkomen, kan dit tot uitsluiting van het platform leiden.

14. De door het Uber-platform aangeboden vervoersdiensten worden in verschillende categorieën aangeboden, al naargelang van de kwaliteit van de chauffeur en het soort voertuig. Volgens de door verweerster in het hoofdgeding verstrekte informatie, is in het hoofdgeding de zogenaamde UberPop-dienst aan de orde, waarbij particuliere, niet-professionele chauffeurs met hun eigen voertuig passagiers vervoeren.

<sup>5</sup> Met het gebruik van de term „platform” bedoel ik het systeem dat chauffeurs en passagiers met elkaar in contact brengt en reserveringen van vervoersdiensten tot stand brengt; uit het gebruik van deze term dienen geen conclusies over de aard van dit platform te worden getrokken. Deze term betekent met name niet dat het hier een zuivere bemiddelaar betreft, aangezien Uber dat niet is, zoals ik hieronder uiteen zal zetten.

15. Het tarief wordt door de beheerder van het platform vastgesteld aan de hand van de afstand en de duur van de rit. Het tarief varieert naargelang van de omvang van de vraag op een bepaald moment zodat de ritprijs in de spitsuren vele malen hoger kan zijn dan het basistarief. De ritprijs wordt door de applicatie berekend en wordt automatisch geïnd door de beheerder van het platform, die een gedeelte, normaal gesproken tussen de 20 en 25 %, inhoudt als commissie en het restant overmaakt aan de chauffeur.

### *Hoofding*

16. Asociación Profesional Elite Taxi (hierna: „Elite Taxi”) is een beroepsorganisatie voor taxichauffeurs in Barcelona (Spanje). Op 29 oktober 2014 heeft Elite Taxi een vordering ingesteld bij de Juzgado de lo Mercantil n° 3 de Barcelona (handelsrechtbank nr. 3 Barcelona, Spanje) en heeft met name verzocht om Uber Systems Spain SL (hierna: „Uber Spain”), een vennootschap naar Spaans recht, te veroordelen en te oordelen dat haar werkzaamheden, die in strijd zijn met de geldende regelgeving en misleidende praktijken blijken te zijn, daden van oneerlijke mededinging vormen, haar te gelasten dit oneerlijke gedrag, bestaande uit het helpen van andere groepsvennootschappen door middel van de levering van reserveringsdiensten op aanvraag middels mobiele telefoons en het internet, te staken onder de voorwaarde dat deze werkzaamheden rechtstreeks of middellijk verband houden met het gebruik van het digitale Uber-platform in Spanje, en haar te verbieden deze activiteit in de toekomst voort te zetten. Zoals is vastgesteld door de verwijzende rechter, beschikken noch Uber Spain, noch de eigenaren en chauffeurs van de betrokken voertuigen namelijk over de licenties en vergunningen die zijn vereist volgens de door de stad Barcelona vastgestelde regelgeving inzake taxidiensten.

17. Uber Spain betwist dat sprake is van enige schending van de vervoersvoorschriften. Zij is van mening dat de vennootschap naar Nederlands recht, Uber BV, de Uber-applicatie op het grondgebied van de Unie, met inbegrip van Spanje, exploiteert, en dat verzoekster zich met haar grieven derhalve tot deze vennootschap moet richten. Uber Spain voert slechts reclametaken uit voor rekening van Uber BV. In haar opmerkingen in de onderhavige zaak heeft Uber Spain dit standpunt herhaald.

18. Aangezien het hier een feitelijke omstandigheid betreft, is het aan de verwijzende rechter om een beslissing te nemen over de vraag tot welke van de twee bovengenoemde vennootschappen een eventueel rechterlijk bevel moet worden gericht. Ik ga er echter van uit dat de Uber-applicatie in de Unie door de vennootschap Uber BV wordt geëxploiteerd.<sup>6</sup> Mijn analyse is dan ook gebaseerd op dit uitgangspunt, hetgeen niet zonder gevolgen is wat betreft het Unierecht. In de onderhavige conclusie gebruik ik de term „Uber” zowel voor het elektronische reserveringsplatform als voor de beheerder ervan.

19. Ik wil nog benadrukken dat, wat betreft het voorwerp van het hoofding, het hier niet gaat om het blokkeren of op enigerlei wijze onbruikbaar maken van de Uber-applicatie op smartphones. Rechterlijke bevelen noch overige maatregelen die daartoe strekken, zijn verzocht. In de zaak als aan de orde in het hoofding gaat het slechts om de mogelijkheid voor Uber om middels deze applicatie de UberPop-dienst in de stad Barcelona te leveren.

<sup>6</sup> Zie, afgezien van de door verweerster in het hoofding verstrekte informatie, Noto La Diega, G., „Uber law and awareness by design. An empirical study on online platforms and dehumanised negotiations”, *European Journal of Consumer Law*, nr. 2015/2, blz. 383-413, met name blz. 407.

### *Prejudiciële vragen en procedure voor het Hof*

20. Overwegende dat het voor de oplossing van het hem voorgelegde geschil nodig was verschillende bepalingen van het Unierecht uit te leggen, heeft de Juzgado Mercantil n° 3 de Barcelona besloten de behandeling van de zaak te schorsen en het Hof te verzoeken om een prejudiciële beslissing over de volgende vragen:

- „1) Voor zover artikel 2, lid 2, onder d), van [richtlijn 2006/123] vervoersactiviteiten van de werkingssfeer van deze richtlijn uitsluit: moet de door verweerster met winstoogmerk verrichte activiteit van bemiddeling tussen voertuigeigenaren en personen die zich binnen een stad wensen te verplaatsen, middels het beheer van IT-instrumenten – interface en toepassing van software (in verweersters bewoordingen: „intelligente telefoonapparaten en technologische platforms”) – die deze personen de mogelijkheid bieden om met elkaar in contact te komen, worden beschouwd als een vervoersactiviteit dan wel als een elektronische bemiddelingsdienst of een dienst van de informatiemaatschappij in de zin van artikel 1, punt 2, van [richtlijn 98/34]?
- 2) Kan die activiteit, met het oog op de vaststelling van de juridische aard ervan, deels worden beschouwd als een dienst van de informatiemaatschappij en, indien dit het geval is, valt de elektronische bemiddelingsdienst onder het beginsel van het vrije verkeer van diensten zoals gewaarborgd door het Unierecht, met name artikel 56 VWEU en de richtlijnen [2006/123] en [2000/31]?
- 3) Mocht het Hof oordelen dat de door [Uber Spain] verrichte dienst geen vervoersdienst is en dus valt onder richtlijn 2006/123: Is artikel 15 van de wet betreffende oneerlijke mededinging – wat de schending van de bepalingen inzake de aan mededinging onderhevige activiteiten betreft – inhoudelijk in strijd met richtlijn 2006/123, met name met artikel 9 betreffende de vrijheid van vestiging en de vergunningstelsels, voor zover dit artikel naar interne wetten of wetsbepalingen verwijst zonder rekening te houden met het feit dat de regeling voor de verkrijging van licenties, vergunningen of goedkeuringen op generlei wijze beperkend of onevenredig mag zijn, dat wil zeggen dat zij het beginsel van vrije vestiging niet op onredelijke wijze mag inperken?
- 4) Indien wordt bevestigd dat richtlijn [2000/31] op de door [Uber Spain] verrichte dienst van toepassing is: Zijn de beperkingen die een lidstaat stelt aan het vrij verrichten van de elektronische bemiddelingsdienst vanuit een andere lidstaat, door een vergunning of licentie te vereisen of door bij gerechtelijk bevel de staking te gelasten van de elektronische bemiddelingsdienst op basis van de nationale wetgeving inzake oneerlijke mededinging, geldige maatregelen die krachtens artikel 3, lid 4, van richtlijn [2000/31] afwijken van artikel 3, lid 2, van deze richtlijn?”

21. Het verzoek om een prejudiciële beslissing is bij het Hof binnengekomen op 7 augustus 2015. Door partijen in het hoofdgeding, de Spaanse, de Finse, de Franse, de Griekse, de Nederlandse en de Poolse regering en Ierland, alsmede door de Europese Commissie en de toezichthoudende autoriteit van de Europese Vrijhandelsassociatie (EVA), zijn schriftelijke opmerkingen ingediend. Dezelfde betrokkenen, met uitzondering van de Griekse regering, alsook de Estse regering waren op de zitting van 29 november 2016 aanwezig.

### **Analyse**

22. De verwijzende rechter stelt vier prejudiciële vragen, waarvan de eerste twee betrekking hebben op de kwalificatie van de activiteit van Uber volgens richtlijnen 2000/31 en 2006/123 alsmede het VWEU, terwijl de twee overige vragen betrekking hebben op de eventuele gevolgen van deze kwalificatie.

### *Kwalificatie van de activiteit van Uber*

23. Met de eerste twee prejudiciële vragen wenst de verwijzende rechter in essentie te vernemen of de activiteit van Uber onder richtlijnen 2006/123 en 2000/31 alsmede onder de bepalingen van het VWEU inzake het vrije verkeer van diensten valt.

24. Om deze vragen te kunnen beantwoorden zal deze activiteit in de eerste plaats moeten worden beoordeeld in het licht van het bij richtlijn 2000/31 vastgestelde stelsel en van de definitie van „dienst van de informatiemaatschappij” van artikel 1, punt 2, van richtlijn 98/34, naar welke definitie artikel 2, onder a), van richtlijn 2000/31 verwijst.

25. In de tweede plaats moet worden vastgesteld of deze activiteit een dienst op het gebied van het vervoer in de zin van artikel 58, lid 1, VWEU en artikel 2, lid 2, onder d), van richtlijn 2006/123 vormt. Het vrije verkeer van diensten op het gebied van het vervoer wordt namelijk gerealiseerd in het kader van het gemeenschappelijk vervoerbeleid<sup>7</sup> en deze diensten worden krachtens voornoemde bepaling dientengevolge uitgesloten van de werkingssfeer van richtlijn 2006/123.

### *Activiteit van Uber in het licht van richtlijn 2000/31*

26. Om te beoordelen of de activiteit van Uber binnen de werkingssfeer van richtlijn 2000/31 valt, verwijs ik naar de definitie van diensten van de informatiemaatschappij van artikel 2, onder a), van deze richtlijn. In deze definitie wordt verwezen naar artikel 1, punt 2, van richtlijn 98/34.

27. Volgens laatstgenoemde bepaling, is een dienst van de informatiemaatschappij een dienst die tegen vergoeding, langs elektronische weg, op afstand en op individueel verzoek van een afnemer van diensten wordt verricht. De criteria van de vergoeding en het individueel verzoek, lijken geen problemen op te leveren. Dit geldt echter niet voor het op afstand, langs elektronische weg, verrichten van de dienst.

28. Zoals ik kort heb aangegeven in de passage inzake de feitelijke omstandigheden van het hoofdeding, maakt Uber het in wezen mogelijk om met behulp van een applicatie voor smartphones een chauffeur te vinden en hem in contact te brengen met de potentiële passagier, met het doel om een stedelijke vervoersdienst op aanvraag te verrichten. Het betreft hier derhalve een gemengde dienst, waarbij een deel langs elektronische weg wordt verricht en het andere deel per definitie niet. Het is de vraag of een dergelijke dienst onder richtlijn 2000/31 valt.

#### – Gemengde diensten in richtlijn 2000/31

29. Richtlijn 2000/31 beoogt de doelmatigheid van het vrije verkeer van diensten van de informatiemaatschappij te waarborgen. Deze diensten worden gedefinieerd in artikel 2, onder a), van deze richtlijn, in welk artikel wordt verwezen naar artikel 1, punt 2, van richtlijn 98/34. Volgens deze laatste bepaling wordt een dergelijke dienst, onder meer, „geheel via draden, radio, optische middelen of andere elektromagnetische middelen [...] verzonden, doorgeleid en ontvangen”.<sup>8</sup>

30. Vanzelfsprekend zijn er onderdelen van bepaalde prestaties die niet langs elektronische weg worden verzonden, aangezien deze niet onstoffelijk gemaakt kunnen worden. Een goed voorbeeld hiervan is de onlineverkoop van tastbare goederen, daar genoemde verkoop volgens overweging 18 van richtlijn 2000/31, zeker onder de diensten van de informatiemaatschappij valt. Richtlijn 2000/31 bepaalt voorts dat het gecoördineerd gebied, zijnde alle rechtsvoorschriften die op een dienst van de informatiemaatschappij van toepassing zijn en op basis waarvan de lidstaten de activiteit van in andere

<sup>7</sup> Zie artikel 90 VWEU, gelezen in samenhang met artikel 58, lid 1, VWEU.

<sup>8</sup> Artikel 1, punt 2, tweede alinea, tweede streepje, van richtlijn 98/34. Cursivering door mij.



lidstaten gevestigde dienstverleners in beginsel niet mogen beperken, niet de vereisten omvat die gelden voor de diensten die niet langs elektronische weg verleend worden.<sup>9</sup> Het staat de lidstaten derhalve vrij om binnen de eventueel door overige bepalingen van het Unierecht gestelde grenzen de vrijheid van dienstverleners te beperken door voorschriften inzake diensten die niet langs deze weg worden verleend.<sup>10</sup>

31. Om de doelstelling van richtlijn 2000/31, zijnde het vrije verkeer van diensten van de informatiemaatschappij, te kunnen verwezenlijken, moet het vrije verkeer van slechts de elektronische component echter van reële invloed zijn op de mogelijke uitoefening van de activiteit. Derhalve heeft de wetgever zich geconcentreerd op diensten die in beginsel geheel langs elektronische weg worden verzonden, waarvan de eventuele prestaties die langs andere weg worden geleverd slechts ondergeschikte componenten zijn. Het zou namelijk zinloos zijn om alleen een ondergeschikt deel van een meeromvattende prestatie te liberaliseren indien deze prestatie niet vrij kan worden verricht wegens een regeling die niet binnen de werkingssfeer van de bepalingen van richtlijn 2000/31 valt. Met een dergelijke schijnbare liberalisering zou niet alleen de doelstelling van deze richtlijn niet worden verwezenlijkt, maar zou ook sprake zijn van schadelijke gevolgen door het ontstaan van rechtsonzekerheid en een verlies van vertrouwen in de Uniewetgeving.

32. Het is derhalve niet doelmatig voor de verwezenlijking van de doelstelling van richtlijn 2000/31 om het begrip diensten van de informatiemaatschappij aldus uit te leggen dat hieronder online-activiteiten zonder autonome economische betekenis zouden worden begrepen.

33. In geval van gemengde diensten, dat wil zeggen diensten met elektronische en niet-elektronische componenten, kan in de eerste plaats worden aangenomen dat een dienst volledig langs elektronische weg wordt verzonden wanneer de niet langs elektronische weg geleverde prestatie economisch onafhankelijk is van de langs elektronische weg verleende dienst.

34. Dit doet zich met name voor ingeval een dienstverlener-bemiddelaar handelsrelaties tot stand brengt tussen een afnemer en een zelfstandige dienstverlener (of verkoper). Platforms voor de aankoop van vliegtickets of hotelreserveringen zijn hier een voorbeeld van. In een dergelijk geval heeft de prestatie van de bemiddelaar voor zowel de afnemer als de betrokken ondernemer een reële toegevoegde waarde, maar blijft genoemde prestatie economisch autonoom, aangezien de ondernemer zijn activiteit zelfstandig verricht.

35. Wanneer de verlener van een dienst langs elektronische weg daarentegen eveneens de verlener van een dienst is die niet langs deze weg wordt geleverd, of hij een zodanig beslissende invloed uitoefent op de voorwaarden voor de prestatie van laatstgenoemde dienst dat deze twee diensten onlosmakelijk met elkaar verbonden zijn, ben ik van mening dat het hoofdbestanddeel van de beoogde prestatie moet worden bepaald, dat wil zeggen het bestanddeel dat de prestatie haar economische betekenis geeft. De kwalificatie als dienst van de informatiemaatschappij impliceert dat dit hoofdbestanddeel langs elektronische weg moet worden uitgevoerd.

36. Dit is bijvoorbeeld het geval bij de onlineverkoop van zaken. Bij de onlineverkoop worden de belangrijkste bestanddelen van de transactie, namelijk het aanbod en de aanvaarding ervan door de koper, het sluiten van het contract en, meestal, de betaling, langs elektronische weg verricht en vallen onder het begrip „dienst van de informatiemaatschappij”. Het Hof is in zijn arrest Ker-Optika<sup>11</sup> tot dit oordeel gekomen. De levering van de gekochte zaak is slechts de uitvoering van een contractuele verplichting, zodat de regeling inzake deze levering in beginsel de verrichting van de hoofddienst niet zou mogen beïnvloeden.

<sup>9</sup> Artikel 2, onder h), en artikel 3, lid 2, van richtlijn 2000/31.

<sup>10</sup> Zie in die zin arrest van 2 december 2010, Ker-Optika (C-108/09, EU:C:2010:725, punten 29 en 30).

<sup>11</sup> Arrest van 2 december 2010 (C-108/09, EU:C:2010:725, punten 22 en 28).

37. Mijns inziens moet richtlijn 2000/31 echter niet aldus worden uitgelegd dat elke louter ondergeschikte, secundaire of voorbereidende online-activiteit in verband met handelstransacties die niet economisch onafhankelijk is, op zichzelf een dienst van de informatiemaatschappij vormt.

38. Ik ga nu over tot de analyse van de activiteit van Uber in het licht van de voorgaande overwegingen.

– Activiteit van Uber

39. Het resultaat van deze analyse hangt in belangrijke mate af van het antwoord op de vraag of de activiteit van Uber als één geheel moet worden beschouwd bestaande uit enerzijds de prestatie van het met elkaar in contact brengen van passagiers en chauffeurs met behulp van het elektronische platform en, anderzijds de prestatie van het eigenlijke vervoer, of dat deze twee prestaties als twee afzonderlijke diensten moeten worden beschouwd. Ik zal met deze problematiek beginnen.

40. Voor de kwalificatie van een activiteit volgens de toepasselijke rechtsbepalingen moet van enkele feitelijke veronderstellingen worden uitgegaan. Aangezien de feiten die door de verwijzende rechter zijn verstrekt niet volledig zijn en de in geding zijnde dienst in Spanje bij rechterlijke bevelen is opgeschort, zal mijn analyse gebaseerd zijn op de beschikbare informatie over de werkwijze van Uber in andere landen.<sup>12</sup> Deze werkwijzen zijn in grote lijnen identiek. Het is in elk geval aan de verwijzende rechter om de feiten definitief vast te stellen.

41. Wat is Uber? Is het een vervoersbedrijf, en wel gewoon een taxibedrijf? Of is het alleen een elektronisch platform voor het vinden, reserveren en betalen van een door derden verrichte vervoersdienst?

42. In het algemeen wordt Uber als een onderneming (of een platform) van de „samenwerkingseconomie” beschouwd. Het lijkt mij niet zinvol hier de exacte betekenis van deze term te bespreken.<sup>13</sup> Voor deze zaak is van belang dat Uber in elk geval niet als een carpoolingsplatform kan worden beschouwd.<sup>14</sup> De chauffeurs bij het Uber-platform bieden aan passagiers namelijk een dienst van vervoer naar een door de passagier gekozen bestemming aan en de vergoeding die aan hen wordt betaald is derhalve veel hoger dan de enkele vergoeding van de gemaakte kosten. Het betreft hier dus een klassieke vervoersdienst. Of Uber moet worden beschouwd als deel uitmakend van een „samenwerkingseconomie”, heeft geen gevolgen voor de kwalificatie van Uber naar geldend recht.

43. In haar schriftelijke opmerkingen stelt Uber zich uitsluitend te beperken tot het bij elkaar brengen van vraag en aanbod (van stedelijk vervoer). Dat is mijns inziens echter een te beperkt beeld van haar rol. In feite doet Uber veel meer dan het bij elkaar brengen van vraag en aanbod: zij heeft dat aanbod zelf gecreëerd. Zij regelt eveneens de belangrijkste kenmerken en organiseert de werkwijze ervan.

12 De werkwijze van Uber is reeds veelvuldig in de literatuur aan de orde gesteld. Zie met name Noto La Diega, G., op.cit., Rogers, B., The Social Cost of Uber, *The University of Chicago Law Review Dialogue*, 82/2015, blz. 85-102, Gamet, L., „UberPop (+)”, *Droit social*, 2015, blz. 929; Prassl, J., Risak, M., Uber, „Taskrabbitt, and Co: Platforms as Employers? Rethinking the Legal Analysis of Crowdwork”, *Comparative Labor Law & Policy Journal*, deel 37 (2016), blz. 619-651. De feitelijke omstandigheden inzake de werkwijze van Uber blijken eveneens uit de nationale rechterlijke uitspraken in de lidstaten, zie met name arrest van de London Employment Tribunal van 28 oktober 2016, Aslam, Farrar and Others v. Uber (zaak 2202551/2015); beslissing van de Audiencia Provincial van Madrid nr. 15/2017 van 23 januari 2017 in de zaak Uber versus de Asociación Madrileña del Taxi, en verordening van de Tribunale Ordinario di Milano van 2 juli 2015 (zaken 35445/2015 en 36491/2015).

13 Inzake het begrip samenwerkingseconomie, zie met name Hatzopoulos, V., en Roma, S., „Caring for Sharing? The Collaborative Economy under EU Law”, *Common Market Law Review*, nr. 54, 2017, blz. 81-128, blz. 84 e.v. De Commissie stelt in haar mededeling met de titel „Een Europese agenda voor de deeleconomie” [COM(2016) 356 final, blz. 3], een definitie van dit begrip voor. Deze definitie is echter zo ruim dat kan worden betwijfeld of zij bruikbaar is om op basis daarvan een activiteit te onderscheiden die zodanig gedifferentieerd is dat het gerechtvaardigd is om die juridisch op een bijzondere wijze te behandelen.

14 Bij carpooling wordt een door de chauffeur, en niet door de passagier, vastgesteld traject gezamenlijk afgelegd, waarbij aan de chauffeur maximaal een deel van de reiskosten wordt vergoed. Aangezien chauffeurs en potentiële passagiers dankzij online-applicaties met elkaar in contact worden gebracht, is dus sprake van een soort „liften 2.0”. In elk geval gaat het niet om een winstgevende activiteit.

44. Uber maakt het voor degenen die in de stad passagiers willen gaan vervoeren, mogelijk om in te loggen op haar applicatie en deze activiteit uit te voeren onder de door Uber gestelde voorwaarden, waaraan de chauffeurs zijn gebonden middels het gebruikscontract van de applicatie. Het betreft hier vele voorwaarden, die zowel betrekking hebben op de toegang tot de activiteit als op het uitoefenen ervan, en zelfs op het gedrag van de chauffeurs bij het verrichten van de prestaties.

45. Zo is het, om als chauffeur toegang te krijgen tot de Uber-applicatie, noodzakelijk om over een voertuig te beschikken.<sup>15</sup> De voertuigen die worden toegelaten om voor rekening van Uber te rijden, moeten voldoen aan voorwaarden die, zo lijkt het, per land en per stad verschillen, maar in het algemeen gaat het om vier- of vijfdeurs personenvoertuigen waarvoor ten minste een bepaalde bouwjaarondergrens geldt. De voertuigen moeten op orde zijn wat betreft de technische keuringen de bepalingen inzake verplichte verzekering.<sup>16</sup>

46. De chauffeurs moeten natuurlijk in het bezit zijn van een rijbewijs (die gedurende een bepaalde minimumperiode geldig is geweest) en een blanco strafblad. In bepaalde landen wordt eveneens een overzicht van verkeersovertredingen verlangd.

47. Ook al worden de werktijden niet binnen het Uber-platform geregeld, zodat de chauffeurs deze activiteit als bijbaan kunnen uitoefenen, de meeste ritten blijken door chauffeurs te worden uitgevoerd voor wie genoemde activiteit hun enige of belangrijkste beroepsactiviteit vormt. Zij worden eveneens financieel door Uber beloond indien zij een groot aantal ritten uitvoeren. Ook wijst Uber de chauffeurs op plaatsen waar en perioden waarin zij kunnen rekenen op een aanzienlijk aantal ritten en/of hoge ritprijzen. Op deze manier is Uber in staat om, zonder de chauffeurs formele verplichtingen op te leggen, in te spelen op schommelingen in de vraag.

48. De Uber-applicatie biedt de mogelijkheid om beoordelingen te geven: de chauffeurs kunnen worden beoordeeld door de passagiers, en omgekeerd. Wanneer de beoordelingen gemiddeld beneden een bepaalde drempel uitkomen, kunnen met name de chauffeurs van het platform worden uitgesloten. Uber voert dus een, zij het indirecte, controle uit op de kwaliteit van de prestaties van de chauffeurs.

49. Ten slotte stelt Uber de prijs van de geleverde dienst vast. Deze prijs wordt berekend op basis van de afstand en de duur van de rit zoals deze met behulp van geolocalisatie door de applicatie zijn geregistreerd. Met een algoritme wordt vervolgens de prijs aan de omvang van de vraag aangepast door de basisprijs te vermenigvuldigen met een passende factor zodra sprake is van een toenemende vraag als gevolg van bijvoorbeeld een evenement of simpelweg een verandering van de weersomstandigheden, zoals onweer.

50. De vertegenwoordigers van Uber hebben weliswaar tijdens de zitting verklaard dat het de chauffeurs in beginsel vrij staat om een lager bedrag dan het door de applicatie aangegeven bedrag te vragen, maar dat lijkt mij geen reëel denkbare optie voor de chauffeurs. Ook al wordt hun theoretisch deze keuzemogelijkheid geboden, Uber brengt immers toch het bedrag dat volgt uit de door de applicatie berekende ritprijs, als commissie in rekening. Elke eventuele verlaging van de door de passagier betaalde prijs geschiedt ten nadele van de chauffeur; het is derhalve niet zo waarschijnlijk dat hij van deze keuzemogelijkheid gebruik maakt.<sup>17</sup> Het lijkt mij derhalve moeilijk te ontkennen dat de ritprijs door Uber wordt vastgesteld.

<sup>15</sup> Uber ontkent voertuigen aan chauffeurs ter beschikking te stellen, maar door middel van zijn Ubermarketplace-dienst, treedt hij op als bemiddelaar tussen de chauffeurs en de autoverhuur- en autoleasebedrijven.

<sup>16</sup> Het is echter niet duidelijk of het hier om eisen gaat die gelden voor de voertuigen die voor betaald passagiersvervoer worden gebruikt of alleen om formaliteiten voor voertuigen voor eigen gebruik.

<sup>17</sup> Zie met name het arrest van de London Employment Tribunal, aangehaald in voetnoot 12, punt 18.

51. Daarmee oefent Uber controle uit op alle relevante aspecten van een stedelijke vervoersdienst: natuurlijk op de prijs, maar ook op de minimale veiligheidseisen door middel van voorafgaande eisen aan de chauffeurs en voertuigen, op de toegankelijkheid van het vervoersaanbod door de chauffeurs te stimuleren om op tijdstippen en plaatsen met grote vraag te werken, op het gedrag van de chauffeurs door middel van het beoordelingssysteem, en ten slotte op de mogelijke uitsluiting van het platform. De overige aspecten zijn mijns inziens secundair vanuit het oogpunt van een gemiddelde afnemer van de stedelijke vervoersdienst en zijn niet van invloed op zijn economische keuzes. Uber oefent derhalve controle uit op de factoren die economisch relevant zijn voor de in het kader van het platform aangeboden vervoersdienst.

52. Ook al vindt deze controle niet plaats volgens een hiërarchische ondergeschiktheid naar klassiek model, men moet zich hierdoor niet laten misleiden. Door een indirecte controle, zoals die door Uber wordt toegepast en die gebaseerd is op financiële stimulansen en een gedecentraliseerde beoordeling door de passagiers, is door het schaaleffect<sup>18</sup> een even doelmatig, zo niet doelmatiger beheer mogelijk dan het beheer dat is gebaseerd op formele opdrachten van een werkgever aan zijn werknemers en de directe controle op de uitvoering ervan.

53. Dit brengt mij tot de vaststelling dat de activiteit van Uber uit één vervoersprestatie bestaat, in een voertuig dat wordt gevonden en besteld met behulp van de smartphone-applicatie en dat deze dienst, economisch gezien<sup>19</sup>, door of namens Uber wordt verricht. Op deze wijze wordt de dienst ook voorgesteld aan de gebruikers en door hen ervaren. Door te besluiten om gebruik te maken van de diensten van Uber, wensen de gebruikers een vervoersdienst met bepaalde functionaliteiten en een bepaalde kwaliteit. Uber garandeert deze functionaliteiten en kwaliteit.

54. Dit betekent echter niet dat de chauffeurs van Uber noodzakelijkerwijs als werknemers moeten worden beschouwd. Deze vennootschap kan haar prestaties heel wel leveren door zelfstandige ondernemers in te zetten die namens Uber als opdrachtnemers optreden. Het meningsverschil over de positie van de chauffeurs tegenover Uber, dat reeds in bepaalde lidstaten tot rechterlijke uitspraken heeft geleid<sup>20</sup>, staat geheel los van de rechtsvragen die in de onderhavige zaak de aandacht vragen.

55. Hetzelfde geldt voor het vraagstuk van de eigendom van de voertuigen. Mijns inziens is niet relevant dat Uber niet de eigenaar van deze voertuigen is, aangezien een ondernemer heel wel vervoersprestaties kan leveren met behulp van voertuigen die aan derden toebehoren, temeer indien hij voor deze diensten genoemde derden inzet, ongeacht de aard van de rechtsverhouding tussen deze twee partijen.

56. Voormelde vaststelling sluit mijns inziens daarentegen uit dat Uber als louter bemiddelaar tussen chauffeurs en passagiers wordt beschouwd. De chauffeurs die in het kader van het Uber-platform rijden, verrichten geen eigen activiteit die onafhankelijk van dit platform zou bestaan. Integendeel, deze activiteit kan uitsluitend dankzij het platform<sup>21</sup> bestaan, zonder welk deze activiteit geen enkele betekenis zou hebben.

57. Het is mijns inziens derhalve onjuist Uber te vergelijken met bemiddelingsplatforms voor het reserveren van een hotel of het kopen van vliegtickets.

18 Het grote aantal chauffeurs maakt het mogelijk om het verwachte resultaat te bereiken zonder elk van hen rechtstreeks en individueel te hoeven controleren. Het grote aantal passagiers daarentegen zorgt voor een doelmatige en relatief objectieve controle van het gedrag van de chauffeurs, zodat het platform van deze taak is verlost.

19 Ik ga hier niet in op de kwalificatie van de rechtsverhouding tussen Uber en zijn chauffeurs aangezien dit een aspect van nationaal recht is.

20 Zie met name het arrest van de London Employment Tribunal als aangehaald in voetnoot 12.

21 Ofwel een soortgelijk platform, want het model dat de basis vormt van Uber is, sedert de ontwikkeling ervan, gekopieerd zonder dat dezelfde bekendheid werd bereikt.

58. Vanzelfsprekend zijn er overeenkomsten, zoals op het gebied van de reserveringen of aankopen die rechtstreeks op het platform plaatsvinden, de betalingsvoorwaarden of de beoordelingsmethoden. Dit zijn diensten die door het platform aan zijn gebruikers worden aangeboden.

59. In tegenstelling echter tot de situatie van de chauffeurs van Uber, zijn zowel de hotels als de luchtvaartmaatschappijen ondernemingen die volstrekt onafhankelijk werken van welk bemiddelingsplatform dan ook en dergelijke platforms vormen voor hen slechts één van de manieren om hun diensten op de markt te brengen. Het zijn ook de genoemde ondernemingen, en niet de reserveringsplatforms, die de voorwaarden voor de levering van hun diensten vaststellen, te beginnen met de prijzen.<sup>22</sup> Deze ondernemingen werken ook volgens de eigen regels van hun bedrijfssector, zodat de reserveringsplatforms geen voorafgaande controle uitoefenen op de toegang tot de activiteit, zoals Uber wel doet met haar chauffeurs.

60. Ten slotte kunnen de gebruikers op een dergelijk reserveringsplatform daadwerkelijk kiezen tussen verschillende dienstverleners met aanbiedingen die vanuit hun perspectief op meerdere belangrijke punten verschillen, zoals de kwaliteit van de vlucht of het hotel, de vluchttijden en de plaats van het hotel. Bij Uber daarentegen zijn deze factoren door het platform gestandaardiseerd en vastgesteld, zodat de passagier in beginsel de prestatie van de chauffeur die het snelst beschikbaar is, aanvaardt.

61. Uber treedt dan ook niet louter op als bemiddelaar tussen chauffeurs die incidenteel bereid zijn een vervoersdienst aan te bieden en passagiers die op zoek zijn naar een dergelijke dienst. Integendeel: Uber is een daadwerkelijke organisator en uitvoerder van stedelijke vervoersdiensten in de steden die zij bedient. Ook indien het zo is dat, zoals Uber in haar opmerkingen in de onderhavige zaak stelt, haar concept innovatief is, betreft deze innovatie niettemin het gebied van het stedelijk vervoer.

62. Ik moet er eveneens op wijzen dat de opvatting dat Uber een platform is dat zelfstandige dienstverleners bijeenbrengt, vragen kan oproepen met betrekking tot het mededingingsrecht.<sup>23</sup> Ik zal dit punt evenwel niet nader uitwerken, omdat het buiten het kader van de onderhavige zaak valt.

63. In de werkwijze van Uber heeft het met elkaar in contact brengen van de potentiële passagier en de chauffeur dus geen eigen economische betekenis aangezien, zoals ik hierboven heb aangegeven, de chauffeurs die voor Uber werken, in elk geval wanneer ze rijden in het kader van de dienstverlening van Uber, geen onafhankelijke economische activiteit verrichten. In het kader van deze dienstverlening kunnen de chauffeurs namelijk enerzijds alleen passagiers vinden middels de Uber-applicatie en, anderzijds is het met deze applicatie slechts mogelijk om chauffeurs te vinden die in het kader van dit platform werken. Deze twee componenten zijn onlosmakelijk met elkaar verbonden en er is sprake van één dienst. Ik denk evenmin dat de eigenlijke vervoersprestatie als ondergeschikt mag worden beschouwd.

64. Het is weliswaar zo dat het innovatieve karakter van het Uber-platform grotendeels berust op het gebruik van nieuwe technologieën om het stedelijk vervoer te organiseren, zoals geolocalisatie en smartphones, maar deze innovatie gaat verder: zij heeft ook betrekking op de organisatie van het vervoer zelf. Zonder deze organisatie zou Uber slechts een reserveringsapplicatie voor taxi's zijn. In

<sup>22</sup> Het feit dat bepaalde platforms met hotels prijsafspraken maken waarbij de hotels zich verbinden om elders geen gunstigere prijzen aan te bieden dan de op het betrokken platform voorgestelde prijzen, verandert daar niets aan. Het gaat immers niet om de vaststelling van de prijzen van de prestaties door het platform, maar om een verplichting inzake de prijsbehandeling van verschillende handelspartners. Afgezien daarvan zijn prijsafspraken door de mededingingsautoriteiten in verschillende lidstaten opnieuw ter discussie gesteld, hetgeen heeft geleid tot de instelling van de Europese werkgroep inzake online reserveringsplatforms onder leiding van de Commissie.

<sup>23</sup> Zo is het gebruik van hetzelfde algoritme voor de prijsberekening door concurrenten op zich niet onwettig, maar kan vragen oproepen in verband met *hub-and-spoke conspiracy* wanneer de macht van het platform toeneemt. Zie voor de eventuele problemen van het Uber-model vanuit het gezichtspunt van het mededingingsrecht, Hatzopoulos, V., Roma, S., op. cit., blz. 110 en 120, alsmede Ezrachi, A., Stucke, M.E., „Artificial Intelligence & Collusion: When Computers Inhibit Competition”, *CCLP Working Paper 40*, Oxford 2015, blz. 14. Zie eveneens arresten van 22 oktober 2015, AC-Treuhand/Commissie (C-194/14 P, EU:C:2015:717), en van 21 januari 2016, Eturas e.a. (C-74/14, EU:C:2016:42, punten 27 en 28 en aldaar aangehaalde rechtspraak), alsmede mijn conclusie in deze zaak (C-74/14, EU:C:2015:493).

het kader van deze dienst is ongetwijfeld het vervoer de hoofdprestatie die aan genoemde dienst zijn economische betekenis geeft. De gebruikers zoeken chauffeurs met slechts één doel: vervoer van de ene naar de andere plaats. Het in contact brengen met elkaar is dus slechts een voorbereidende fase, teneinde de hoofdprestatie onder de beste voorwaarden te kunnen verrichten.

65. De dienst van het met elkaar in contact brengen van de passagier en de chauffeur is dus niet een autonome prestatie, noch een hoofdprestatie in vergelijking met de vervoersdienst, en kan derhalve niet als „dienst van de informatiemaatschappij” worden gekwalificeerd. Met een dergelijke kwalificatie zouden de liberaliseringsdoelstellingen die aan richtlijn 2000/31 ten grondslag liggen, niet kunnen worden verwezenlijkt, want zelfs al was de activiteit van het in contact brengen geliberaliseerd, het staat de lidstaten vrij om de uitoefening ervan onmogelijk te maken door regels betreffende de vervoersactiviteit op te stellen. Een dergelijke liberalisering zou er dus slechts toe leiden dat de lidstaat van vestiging van de dienstverlener voordeel zou kunnen hebben van deze vestiging (door investeringen, creëren van werkgelegenheid en belastinginkomsten), terwijl het verrichten van de dienst op zijn grondgebied zou worden verhinderd krachtens regelgeving betreffende prestaties die niet onder richtlijn 2000/31 vallen.<sup>24</sup> Een dergelijke situatie doorkruist elke logica van het vrije verkeer van diensten van de informatiemaatschappij als geregeld in genoemde richtlijn, die is gebaseerd op het toezicht op de rechtmatigheid van het functioneren van de dienstverlener door de lidstaat van zijn vestiging en de erkenning van dit toezicht door de overige lidstaten.<sup>25</sup>

66. Een dergelijke situatie, waarin de werkwijze van het platform niet formeel verboden is maar de vervoersactiviteit niet met inachtneming van de wet kan worden verricht vanwege de opzet van de UberPop-dienst met niet-professionele chauffeurs, heeft een ander schadelijk effect. Het is namelijk gebleken dat Uber verschillende middelen hanteert, waarover de media hebben bericht, zoals het tijdelijk uitschakelen van de applicatie in bepaalde gebieden om te voorkomen dat de chauffeurs door de autoriteiten worden gecontroleerd. Uber verleent ook rechtshulp en financiële bijstand aan chauffeurs die een boete hebben gekregen wegens het verlenen van vervoersdiensten zonder dat zij over de vereiste vergunning beschikten. De chauffeurs zelf gebruiken verschillende manieren om de controles te ontlopen.<sup>26</sup> Deze onvolledige, en zelfs louter schijnbare liberalisering, waarin één bestanddeel van een meeromvattende activiteit geliberaliseerd wordt terwijl een ander bestanddeel gereguleerd blijft, creëert rechtsonzekerheid die leidt tot een grijs gebied en aanzet tot wetsovertredingen.

#### *Activiteit van Uber in het licht van richtlijn 2006/123*

67. Het zal geen verrassing zijn dat de activiteit van Uber, zoals omschreven in de voorgaande punten, te weten één dienst die bestaat uit het zoeken naar een beschikbare chauffeur, het reserveren van de rit, en de vervoersdienst in strikte zin, kan worden aangemerkt als een dienst op het gebied van vervoer in de zin van artikel 2, lid 2, onder d), van richtlijn 2006/123.

68. Hoewel enkel de bewoordingen van deze bepaling, die „diensten op het gebied van vervoer” van de werkingssfeer van richtlijn 2006/123 uitsluit, niet lijken te volstaan voor een dergelijke vaststelling, laat overweging 21 van deze richtlijn geen enkele twijfel bestaan door aan te geven dat „stadsvervoer [en] taxi's” onder genoemde diensten worden begrepen. Het is dus niet nodig de vraag te behandelen of de diensten van Uber een soort taxidienst vormen: alle vormen van stedelijk vervoer worden erin genoemd en Uber is er daar zeker een van.

<sup>24</sup> Volgens de beschikbare informatie is bij uitspraak van het College van Beroep voor het bedrijfsleven van 8 december 2014 (AWB 14/726, ECLI:NL:CBB:2014:450) de UberPop-dienst verboden in Nederland, zijnde de lidstaat van vestiging van de vennootschap Uber BV. Zie Hatzopoulos, V., en Roma, S., op.cit., blz. 91.

<sup>25</sup> Zie artikel 3, leden 1 en 2, van richtlijn 2000/31.

<sup>26</sup> Met name de Greyball-software, die het mogelijk maakt om controles door de autoriteiten te ontlopen. Zie „Uber Uses Tech to Deceive Authorities Worldwide”, *The New York Times* van 4 maart 2017.

69. De activiteit van Uber zal ook onder de uitzondering op het vrije verkeer van diensten als vervat in artikel 58, lid 1, VWEU, moeten vallen en worden onderworpen aan de voorschriften van de artikelen 90 en volgende, VWEU. Artikel 91, lid 1, onder b), VWEU, noemt uitdrukkelijk de „voorwaarden waaronder vervoerondernemers worden toegelaten tot nationaal vervoer in een lidstaat waarin zij niet woonachtig zijn” als een onderwerp dat in het kader van het gemeenschappelijk vervoerbeleid geregeld moet worden. Indien wordt aanvaard, zoals ik heb verdedigd, dat Uber stedelijke vervoersdiensten verricht, moet zij, zo niet als vervoerder in eigenlijke zin, dan toch als een organisator van vervoersdiensten worden beschouwd.

70. Aldus moet worden geoordeeld, zelfs zonder dat het nodig is om het arrest Grupo Itevelesa e.a.<sup>27</sup>, dat door de verwijzende rechter in zijn verwijzingsbeslissing is genoemd, te analyseren, dat de activiteit van Uber een dienst op het gebied van vervoer in de zin van artikel 2, lid 2, onder d), van richtlijn 2006/123 vormt en derhalve buiten de werkingssfeer van deze richtlijn valt. Verder valt deze activiteit onder de uitzondering op het vrije verkeer van diensten van artikel 58, lid 1, VWEU, en zijn de artikelen 90 en volgende, VWEU, van toepassing.

#### *Slotsom betreffende de eerste en de tweede prejudiciële vraag*

71. De voorgaande overwegingen samenvattend ben ik van mening dat, in geval van gemengde diensten bestaande uit een langs elektronische weg verricht en een niet langs die weg verricht bestanddeel, het eerste bestanddeel hetzij economisch onafhankelijk, hetzij in relatie tot het tweede bestanddeel het hoofdbestanddeel moet zijn, om als „dienst van de informatiemaatschappij” te kunnen worden aangemerkt. De activiteit van Uber moet worden gezien als een samenhangend geheel van zowel de dienst van het met elkaar in contact brengen van de passagiers en de chauffeurs door middel van de applicatie voor smartphones, als de eigenlijke vervoersdienst die vanuit economisch oogpunt het hoofdbestanddeel vormt. Deze activiteit kan dus niet in tweeën worden gesplitst om een deel van deze dienst bij de diensten van de informatiemaatschappij in te delen. Dientengevolge moet een dergelijke dienst als een „dienst op het gebied van het vervoer” worden aangemerkt.

72. Ik stel derhalve voor om de eerste en de tweede prejudiciële vraag als volgt te beantwoorden:

- Artikel 2, onder a), van richtlijn 2000/31, gelezen in samenhang met artikel 1, punt 2, van richtlijn 98/34, moet aldus worden uitgelegd dat een dienst bestaande uit het met behulp van software voor mobiele telefoons met elkaar in contact brengen van potentiële passagiers en chauffeurs die individuele stedelijke vervoersdiensten op aanvraag aanbieden in een situatie waarin de dienstverlener controle uitoefent op de wezenlijke uitvoeringsvoorwaarden van de in dit kader verrichte vervoersdiensten, met name op de prijs van deze diensten, geen dienst van de informatiemaatschappij in de zin van genoemde bepalingen vormt.
- Artikel 58, lid 1, VWEU en artikel 2, lid 2, onder d), van richtlijn 2006/123, moeten aldus worden uitgelegd dat de in het vorige punt omschreven dienst een vervoersdienst in de zin van deze bepalingen vormt.

73. Het staat vanzelfsprekend aan de verwijzende rechter om in het licht van zijn eigen vaststelling van de feiten te beoordelen of de activiteit die aan de orde is in het hoofdgeding, voldoet aan het voornoemde controlecriterium. Ik merk echter op dat verschillende rechters in verschillende lidstaten reeds in die zin hebben geoordeeld.<sup>28</sup> Dit kan, vanuit de gedachte van een netwerk van rechtspraak, een inspiratiebron zijn voor de verwijzende rechter.

<sup>27</sup> Arrest van 15 oktober 2015 (C-168/14, EU:C:2015:685).

<sup>28</sup> Zie met name de nationale uitspraken die zijn aangehaald in voetnoot 12 van deze conclusie.

### ***Slotopmerkingen***

74. Gezien de door mij voorgestelde antwoorden op de eerste en de tweede prejudiciële vraag, zijn de derde en de vierde vraag niet meer relevant. In mijn slotopmerkingen wil ik niettemin de rechtsgevolgen analyseren van de situatie waarin de door Uber verrichte prestaties eventueel als een autonome dienst worden gekwalificeerd die is beperkt tot het met elkaar in contact brengen van passagiers en chauffeurs, en die dus niet de eigenlijke vervoersprestatie omvat. Een dergelijke dienst moet ongetwijfeld als „dienst van de informatiemaatschappij” worden aangemerkt. Mijns inziens is het echter niet noodzakelijk om zich te buigen over de vraag of dit een dienst betreft op het gebied van het vervoer.

#### *Dienst van het in contact brengen als dienst van de informatiemaatschappij*

75. Ik roep in herinnering dat krachtens artikel 1, punt 2, van richtlijn 98/34, een dienst van de informatiemaatschappij een dienst is die tegen vergoeding, langs elektronische weg, op afstand en op individueel verzoek van een afnemer van diensten wordt verricht. Een dienst die bestaat uit het middels een applicatie voor smartphones met elkaar in contact brengen van potentiële passagiers en chauffeurs voldoet zeker aan deze criteria.

76. Wat betreft de vergoeding voor de prestatie komt binnen het systeem van Uber een deel van de door de passagier betaalde ritprijs ten goede aan de beheerder van het platform. De passagier betaalt dus voor de prestatie van het in contact brengen wanneer de vervoersdienst eenmaal is uitgevoerd.

77. Indien deze dienst los wordt gezien van de vervoersprestatie, zou eveneens sprake zijn van een op afstand verrichte dienst, aangezien de twee partijen, namelijk Uber en de afnemer van de dienst, niet gelijktijdig aanwezig zijn. De prestatie van het in contact brengen geschiedt middels een applicatie voor smartphones die werkt met behulp van het internet, hetgeen zonder twijfel onder het begrip van levering langs elektronische weg valt. Dat is overigens de enige reserveringswijze voor een rit in het kader van het Uber-platform. Ten slotte wordt de dienst niet doorlopend verleend, maar op aanvraag van de afnemer van de dienst.

78. De door Uber verleende dienst, zoals gedefinieerd in punt 74 van deze conclusie, zou derhalve onder de bepalingen van richtlijn 2000/31 vallen.

79. Gezien het feit dat de Uber-applicatie op het grondgebied van de Unie door de in Nederland gevestigde vennootschap Uber BV wordt beheerd en in andere lidstaten, waaronder Spanje, ter beschikking wordt gesteld aan zowel de chauffeurs als de passagiers, wordt deze levering uitgevoerd in het kader van het vrije verkeer van diensten zoals in met name artikel 3, leden 2 en 4, van richtlijn 2000/31 is geregeld.

80. Krachtens deze bepalingen mogen de lidstaten het vrije verkeer van diensten die vanuit andere lidstaten worden geleverd, in beginsel niet beperken om redenen die vallen binnen het gecoördineerde gebied, door het invoeren van vereisten, ongeacht of deze specifiek gelden voor de diensten van de informatiemaatschappij dan wel van algemene aard zijn. Volgens artikel 2, onder h), i), eerste streepje, van richtlijn 2000/31, omvat het gecoördineerde gebied met name vereisten met betrekking tot „het starten van een activiteit [...], zoals vereisten inzake [...], vergunning [...]”. Krachtens hetzelfde artikel, onder h), ii), derde streepje, omvat het gecoördineerde gebied daarentegen niet „vereisten met betrekking tot diensten die niet langs elektronische weg verleend worden”.



81. Uit het voorgaande volgt dat het vereiste van het beschikken over een vergunning voor het verlenen van bemiddelingsdiensten bij het sluiten van contracten voor stedelijk vervoer op aanvraag – indien dit vereiste nog steeds van kracht is<sup>29</sup> en voor zover het van toepassing is op de door het Uber-platform verleende bemiddelingsdienst – tot het gecoördineerde gebied behoort en dientengevolge het verbod van artikel 3, lid 2, van richtlijn 2000/31 van toepassing is. Alle aan de chauffeurs gestelde eisen, zowel wat betreft de toegang tot de vervoersactiviteit als de uitvoering ervan, behoren daarentegen niet tot het gecoördineerde gebied en dientengevolge is genoemd verbod niet van toepassing aangezien de vervoersdienst naar zijn aard niet langs elektronische weg wordt verleend.

82. De lidstaten kunnen krachtens artikel 3, lid 4, van richtlijn 2000/31 maatregelen nemen die afwijken van het vrije verkeer van diensten van de informatiemaatschappij indien deze maatregelen noodzakelijk zijn om redenen van openbare orde, volksgezondheid, openbare veiligheid of bescherming van consumenten.

83. Hoewel de vierde prejudiciële vraag juist de rechtvaardiging van de in geding zijnde nationale maatregelen betreft, geeft de verwijzende rechter in zijn verzoek niet de gronden aan die zouden kunnen rechtvaardigen dat het optreden als bemiddelaar op het gebied van vervoer vergunningsplichtig is. De Spaanse regering heeft in haar opmerkingen redenen aangevoerd zoals het regelen van het verkeer en de veiligheid op de weg. Het lijkt hierbij echter veeleer te gaan om redenen die de aan de chauffeurs die de vervoersdiensten verrichten opgelegde maatregelen zouden kunnen rechtvaardigen.

84. De enige door de Spaanse regering aangevoerde reden die rechtstreeks verband houdt met bemiddelingsdiensten en die op Uber van toepassing zou kunnen zijn, is een transparante prijsvaststelling in het kader van de consumentenbescherming. Ik roep in herinnering dat in het systeem van Uber niet de chauffeur, maar het platform de ritprijs vaststelt. Niettemin zou deze transparantie mijns inziens door minder beperkende maatregelen dan het vereiste van een vergunning voor het optreden als bemiddelaar kunnen worden gewaarborgd, zoals een verplichting om de passagier te informeren. Een dergelijk vereiste voldoet dus niet aan het evenredigheidsbeginsel zoals uitdrukkelijk neergelegd in artikel 3, lid 4, onder a), iii), van richtlijn 2000/31.

85. De complexiteit van het hoofdgeding houdt echter verband met het feit dat het doel van deze procedure is het bestraffen van Uber wegens vermeende daden van oneerlijke mededinging jegens de leden van verzoekster.<sup>30</sup> Deze daden vloeien volgens verzoekster niet alleen voort uit het feit dat Uber als bemiddelaar optreedt bij het sluiten van vervoerscontracten zonder over de benodigde vergunning te beschikken, maar ook uit het feit dat de chauffeurs die de vervoersdiensten verrichten in het kader van het Uber-platform, niet voldoen aan de door de Spaanse wet opgelegde voorwaarden voor dit soort diensten. Deze voorwaarden vallen echter niet onder richtlijn 2000/31, noch onder richtlijn 2006/123, aangezien zij zonder enige twijfel betrekking hebben op diensten op het gebied van vervoer.

86. Verzetten de bepalingen van richtlijn 2000/31 zich er derhalve tegen dat Uber wordt bestraft wegens oneerlijke mededinging door het optreden van de chauffeurs die vervoersprestaties verrichten in het kader van dat platform? Zoals ik hierboven heb uiteengezet<sup>31</sup>, is Uber mijns inziens niet louter een bemiddelaar tussen de passagiers en de chauffeurs. Uber organiseert en beheert een volledig systeem van stedelijk vervoer op aanvraag. Uber is derhalve niet alleen verantwoordelijk voor de prestatie van het met elkaar in contact brengen van de passagiers en de chauffeurs, maar ook voor de activiteit van laatstgenoemden. Dit is zelfs zo wanneer de bemiddelingsdienst als onafhankelijk van de eigenlijke vervoersprestatie moet worden beschouwd, aangezien deze twee prestaties uiteindelijk door of namens Uber worden verricht.

<sup>29</sup> Zie mijn opmerkingen over dit onderwerp in punt 9 van deze conclusie.

<sup>30</sup> Ik roep in herinnering dat het hoofdgeding niet de werking van de Uber-applicatie als zodanig betreft, maar het aanbieden van de UberPop-dienst in de stad Barcelona.

<sup>31</sup> Zie met name punten 43-53 van deze conclusie.

87. De uitlegging volgens welke de activiteit van Uber ter waarborging van de doeltreffendheid van richtlijn 2000/31 als geheel onder het vrije verkeer van diensten als bedoeld in deze richtlijn zou moeten vallen, dient mijns inziens te worden afgewezen. Deze uitlegging zou namelijk in strijd zijn met de uitdrukkelijke bepalingen van richtlijn 2000/31, volgens welke het verbod van artikel 3, lid 2 slechts betrekking heeft op de vereisten inzake diensten die langs elektronische weg worden verleend.<sup>32</sup> Bij een dergelijke uitlegging zou elke economische activiteit theoretisch onder richtlijn 2000/31 kunnen vallen, aangezien elke ondernemer tegenwoordig in staat is om langs elektronische weg prestaties aan te bieden zoals informatie over producten of diensten, reserveringen, het maken van afspraken of betalingen.

88. Richtlijn 2000/31 verzet zich dus niet tegen nationaalrechtelijke vereisten betreffende de activiteit van het eigenlijke vervoer, noch tegen een bestraffing van Uber wegens niet-inachtneming van deze vereisten, met inbegrip van een rechterlijk bevel tot staking van de dienst. De activiteit van Uber, althans de UberPop-dienst die aan de orde is in het hoofdgeding, is zodanig georganiseerd dat Uber in de huidige situatie niet aan deze vereisten kan voldoen. Voor deze dienst worden namelijk niet-professionele chauffeurs ingeschakeld die, omdat zij niet over een vergunning voor stedelijk vervoer beschikken, per definitie niet aan genoemde vereisten voldoen. Dit is niet anders wanneer de bemiddelingsactiviteit als een dienst van de informatiemaatschappij wordt aangemerkt, aangezien de diensten van de chauffeurs niet binnen de werkingssfeer van richtlijn 2000/31 vallen. Hieruit blijkt dat sprake is van een gekunsteld onderscheid tussen een dienst die langs elektronische weg wordt verleend en een dienst waarbij dat niet het geval is ingeval deze twee prestaties zeer nauw met elkaar verbonden zijn en door dezelfde dienstverlener worden verricht.

89. Ik denk echter niet dat het uit voorzorg invoeren van een verplichte vergunning voor de diensten van een bemiddelaar in het algemeen, kan worden gerechtvaardigd door de behoefte om de doeltreffendheid van de voorschriften inzake het verlenen van vervoersdiensten in strikte zin te waarborgen. De aanpak van illegale werkzaamheden in deze sector mag slechts repressief zijn.

90. Tot besluit ben ik van mening dat indien de dienst van het met elkaar in contact brengen van potentiële passagiers en chauffeurs als onafhankelijk van de eigenlijke vervoersdienst, en dus als een dienst van de informatiemaatschappij, moet worden beschouwd, artikel 3, lid 2, van richtlijn 2000/31 zich dan verzet tegen het vereisen van een vergunning voor het verlenen van een dergelijke dienst, tenzij dit vereiste wordt gerechtvaardigd door een van de in artikel 3, lid 4, van deze richtlijn, genoemde gronden en dit vereiste evenredig is aan de doelstelling die wordt nagestreefd, hetgeen mij niet bijzonder waarschijnlijk lijkt. Dit heeft echter geen reële rechtsgevolgen aangezien deze bemiddelingsdienst geen enkele economische betekenis heeft zonder de vervoersprestaties, die door de nationale wetgever wel aan vele vereisten mogen worden onderworpen.

### *Toepasselijkheid van richtlijn 2006/123*

91. Wat betreft de toepasselijkheid van richtlijn 2006/123 is het mijns inziens niet noodzakelijk om de vraag te onderzoeken of een dienst waarbij middels een applicatie voor smartphones, potentiële passagiers en chauffeurs die stedelijke vervoersdiensten op aanvraag aanbieden, met elkaar in contact worden gebracht, onder het begrip diensten op het gebied van vervoer in de zin van artikel 2, lid 2, onder d), van deze richtlijn valt.

92. Artikel 3, lid 1, van richtlijn 2006/123 bepaalt namelijk dat bepalingen van andere Unierechtelijke regelgeving die betrekking hebben op de toegang tot en de uitoefening van een dienstenactiviteit in specifieke sectoren, voorrang hebben indien genoemde bepalingen strijdig zijn met deze richtlijn. Ook al wordt richtlijn 2000/31 in dit artikel niet genoemd, de bewoordingen „hieronder wordt begrepen”

<sup>32</sup> Zie artikel 3, lid 2, van richtlijn 2000/31, gelezen in samenhang met artikel 2, onder h), ii), derde streepje, van deze richtlijn. Deze bepaling wordt bevestigd door overweging 18 van deze zelfde richtlijn.

geven naar mijn mening duidelijk aan dat het een niet-uitputtende opsomming betreft, die beperkt is tot regelgeving waarvan niet per se evident is dat deze daaronder begrepen is. Richtlijn 2000/31 vormt echter zodanig duidelijk een *lex specialis* ten opzichte van richtlijn 2006/123 dat eerstgenoemde richtlijn zelfs zonder artikel 3, lid 1, van richtlijn 2006/123, volgens het adagium „*lex posterior generalis non derogat legi priori speciali*” voorrang zou moeten krijgen.

93. Dientengevolge zou de bemiddelingsactiviteit buiten de werkingssfeer van richtlijn 2006/123 vallen indien zou moeten worden geoordeeld dat deze onder richtlijn 2000/31 valt.

## Conclusie

94. Gelet op een en ander geef ik het Hof in overweging de prejudiciële vragen van de Juzgado Mercantil n° 3 de Barcelona als volgt te beantwoorden:

- „1) Artikel 2, onder a), van richtlijn 2000/31/EG van het Europees Parlement en de Raad van 8 juni 2000 betreffende bepaalde juridische aspecten van de diensten van de informatiemaatschappij, met name de elektronische handel, in de interne markt („richtlijn inzake elektronische handel”), gelezen in samenhang met artikel 1, punt 2, van richtlijn 98/34/EG van het Europees Parlement en de Raad van 22 juni 1998 betreffende een informatieprocedure op het gebied van normen en technische voorschriften en regels betreffende de diensten van de informatiemaatschappij, zoals gewijzigd bij richtlijn 98/48/EG van het Europees Parlement en de Raad van 20 juli 1998, moet aldus worden uitgelegd dat een dienst bestaande uit het met behulp van software voor mobiele telefoons met elkaar in contact brengen van potentiële passagiers en chauffeurs die individuele stedelijke vervoersdiensten op aanvraag aanbieden, in een situatie waarin de dienstverlener controle uitoefent op de wezenlijke uitvoeringsvoorwaarden van de in dit kader verrichte vervoersdiensten, met name op de prijs van deze diensten, geen dienst van de informatiemaatschappij in de zin van genoemde bepalingen vormt.
- 2) Artikel 58, lid 1, VWEU en artikel 2, lid 2, onder d), van richtlijn 2006/123/EG van het Europees Parlement en de Raad van 12 december 2006 betreffende diensten op de interne markt, moeten aldus worden uitgelegd dat de in het vorige punt omschreven dienst een vervoersdienst in de zin van deze bepalingen vormt.”