

MONOGRAFIEËN PRIVAATRECHT

19 Onlineplatformen

Mr. dr. M.Y. Schaub

 Wolters Kluwer

Deventer – 2020

VOORWOORD

Onlineplatformen zijn er in vele vormen. Grofweg valt een onderscheid te maken tussen sociale platformen (zoals facebook) en transactieplatformen (zoals Marktplaats). Deze monografie gaat over het juridische kader dat relevant is voor transactieplatformen, dat wil zeggen platformen waar gebruikers een overeenkomst kunnen sluiten. Met name de zogenaamde intermediaire platformen hebben in de afgelopen tijd juridische vragen opgeroepen.

Er is geen allesoverkoepelende regeling voor onlineplatformen, afhankelijk van de branche, de inrichting van het platform en de hoedanigheid van de gebruikers zijn verschillende regels relevant. Een uitdaging was om grip te krijgen op de werking van de verschillende onlineplatformen. Als al goed in beeld te krijgen was hoe een platform precies werkt, dan was nog steeds niet altijd een eenduidig antwoord te geven op juridische vragen. Een andere uitdaging was om alle ontwikkelingen bij te houden, de platformen zelf en het juridische kader wat daarop van toepassing is, zijn op dit moment sterk in ontwikkeling. De tekst is afgerond in mei 2020.

M.Y. Schaub

INHOUDSOPGAVE

Voorwoord / V

Afkortingen / XI

Verkort aangehaalde literatuur / XIII

HOOFDSTUK 1

Begripsbepaling en afbakening / 1

- 1 Onlineplatformen en hun kenmerken / 1
- 2 Intermediaire platformen / 2
- 3 Verdienmodellen en verkoopmethoden / 3
- 4 Online veilingen / 3
- 5 De hoedanigheid van partijen / 4
- 6 Inhoud en opbouw van deze monografie / 4

HOOFDSTUK 2

Enkele algemene juridische kwalificaties / 7

- 7 Algemene opmerkingen / 7
- 8 Een dienst van de informatiemaatschappij / 7
- 9 De beperkte vrijheid van diensten van de informatiemaatschappij / 9
- 10 Het onderscheid tussen online en offline: Ker Optika / 10
- 11 Een online intermediair platform is een dienst van de informatiemaatschappij / 10
- 12 Uber Systems Spain / 11
- 13 Een kritische kanttekening bij Uber Systems Spain / 12
- 14 Onlineplatformen als de aanbieder van de onderliggende diensten / 13
- 15 De kwalificatie van Airbnb als dienst van de informatiemaatschappij / 14
- 16 Onlineplatformen als de verkoper van de zaken die door derden worden aangeboden / 15
- 17 Onlineplatformen als de contractuele wederpartij van de afnemers / 16
- 18 Gebruikers van het platform als dienstverleners van de informatiemaatschappij / 16
- 19 De particuliere aanbieder als dienstverlener van de informatiemaatschappij / 17
- 20 Een dienstverrichter in de zin van de Dienstenrichtlijn / 18
- 21 Onlineverkoop als dienst in de zin van de Dienstenrichtlijn / 19

HOOFDSTUK 3

De hoedanigheid van partijen / 21

- 22 Algemene opmerkingen / 21
- 23 De kwalificatie als handelaar / 21
- 24 Pro-logo's en powersellers / 24
- 25 De kwalificatie als consument / 25
- 26 Handelaren die niet willen contracteren met consumenten / 26
- 27 Van consument naar zakelijke klant bij duurovereenkomsten / 27
- 28 C2b-overeenkomsten / 27

HOOFDSTUK 4

Online veilingen / 29

- 29 Algemene opmerkingen / 29
- 30 De onzekere positie van online veilingen onder Richtlijn 97/7/EG / 29
- 31 Een openbare veiling / 30
- 32 De online veiling die geen openbare veiling is / 31
- 33 Centveilingen / 32
- 34 De kwalificatie van de centveiling als kansspel / 32
- 35 De kwalificatie van centveilingen als gokactiviteiten in de zin van Europese richtlijnen / 34
- 36 De winnaar van een centveiling wint een overeenkomst op afstand / 34
- 37 De centveiling die geen kansspel is / 35

HOOFDSTUK 5

Intermediaire platformen / 37

- 38 Algemene opmerkingen / 37
- 39 Het onlineplatform als de aanbieder van de onderliggende diensten / 38
- 40 Van aanbieder in het publieke domein naar contractuele wederpartij / 38
- 41 Het platform als verkoper in de zin van Richtlijn 1999/44/EG (de Richtlijn consumentenkoop) / 40
- 42 Een parallel met franchising / 40
- 43 Informatieplicht over de hoedanigheid van de aanbieders en de rechten van de consument / 41
- 44 Informatie over de rangschikking / 42
- 45 Informatie over de verdeling van verantwoordelijkheden / 43
- 46 Informatie over *reviews* / 43
- 47 Het platform als distributeur van producten / 44
- 48 Bemiddeling bij het tot stand brengen van overeenkomsten / 45
- 49 Bemiddelen in de reisbranche / 47
- 50 Lastgeving / 48
- 51 Bemiddeling in de zin van de Wft / 48
- 52 Agentuur / 49
- 53 De overeenkomst van opdracht en de zorg van een goed opdrachtnemer / 50

- 54 Bescherming van zakelijke gebruikers van onlinetussenhandelsdiensten / 51
- 55 Verordening (EU) 2019/1150 (Platformverordening) in vogelvlucht / 52
- 56 Een handelaar in de zin van artikel 6:230g BW / 53
- 57 Kanttekening bij de kwalificatie van een tussenpersoon als handelaar in de zin van artikel 6:230g BW / 54
- 58 Een tussenpersoon is een handelaar in de zin van artikel 6:193a BW / 55
- 59 De verantwoordelijkheid voor de precontractuele plichten die rusten op de aanbieders / 55
- 60 Aansprakelijkheid voor onjuiste informatie / 56
- 61 Bol.com en de RCC / 57
- 62 Skyscanner en de RCC / 58
- 63 Aansprakelijkheid van het platform voor de nakoming van de hoofdovereenkomst / 59
- 64 Oberdorf v Amazon.com / 60
- 65 Slotopmerkingen over intermediaire platformen / 61
- 66 Een behoefte aan specifieke wetgeving / 62

HOOFDSTUK 6

Aansprakelijkheid van intermediaire platformen / 63

- 67 Algemene opmerkingen / 63
- 68 De algemene zorgvuldigheidsnorm en de vrijwaring van artikel 6:196c lid 4 BW / 63
- 69 Een *host* als bedoeld in artikel 6:196c lid 4 BW / 64
- 70 Neutraal of actief / 65
- 71 Aansprakelijkheid van actieve platformen / 66
- 72 De voorwaarden van de vrijwaring / 67
- 73 Weten en behoren te weten van de onrechtmatigheid / 68
- 74 Prompt handelen / 69
- 75 Geen algemene filter- of toezichtverplichting / 69
- 76 De zorgvuldigheid die van een platform verwacht mag worden / 70
- 77 Informatie verwijderen en verwijderd houden / 71
- 78 Afgifte van identificerende gegevens / 72
- 79 Identificerende gegevens registreren / 74
- 80 Inbreuken op consumentenrechten / 74
- 81 Inbreuken op IE-rechten / 75
- 82 Schorsen van gebruikers / 76
- 83 De grenzen van de vrijwaring en het kunnen maken van een eigen afweging / 76

HOOFDSTUK 7

Contracteren met en via onlineplatformen / 77

- 84 Algemene opmerkingen / 77
- 85 De platformovereenkomst / 77
- 86 De platformovereenkomst als meerpartijenovereenkomst / 78
- 87 Het platform kan bepalen hoe gecontracteerd wordt / 79

- 88 Doorlinken naar aanvullende voorwaarden in de platformovereenkomst / 80
- 89 De deeleconomie: bruikleen- en huurovereenkomsten / 81
- 90 De invloed van het platform op de redelijke verwachtingen van de koper / 82
- 91 Derdenbescherming bij verkoop via onlineplatformen / 83
- 92 Bescherming van particuliere kopers bij gestolen zaken / 84

HOOFDSTUK 8

Onlineplatformen en publiekrechtelijke sectorspecifieke regelgeving / 85

- 93 Algemene opmerkingen / 85
- 94 Opkomst van de deeleconomie en publieke belangen / 85
- 95 Taxiwetgeving / 86
- 96 De carpooluitzondering / 87
- 97 Verhuur van woningen via een platform / 87
- 98 De Amsterdamse huisvestingsverordening / 88
- 99 Wetsvoorstel toeristische verhuur van woonruimte / 89
- 100 Drank en horeca / 90

HOOFDSTUK 9

Onlineplatformen en sociaal recht / 91

- 101 Algemene opmerkingen / 91
- 102 Het platform als werkgever / 92
- 103 De kwalificatie van Uber-chauffeurs als *worker* / 93
- 104 Deliveroo 1 / 94
- 105 Deliveroo 2 / 94
- 106 Het intermediaire platform als bemiddelaar in arbeid / 96
- 107 Toepassing van cao's en verplichte deelname aan pensioenfondsen / 97
- 108 De tegenstrijdige uitspraken in Booking.com en Booker B.V. / 97

HOOFDSTUK 10

Onlineplatformen en mededingingsrecht / 99

- 109 Algemene opmerkingen / 99
- 110 Het kartelverbod / 100
- 111 Inbreuk op het kartelverbod door deelname aan een onlineplatform / 101
- 112 Inbreuk op het kartelverbod door het onlineplatform / 102
- 113 Het kartelverbod en gig-werkers / 103
- 114 Verbod op verkopen van luxeproducten via een intermediair platform / 103
- 115 Misbruik van een machtspositie / 104
- 116 Knelpunten bij de toepassing van het mededingingsrecht / 106

Jurisprudentieregister / 107

Trefwoordenregister / 113

Begripsbepaling en afbakening

1 Onlineplatformen en hun kenmerken

Deze monografie gaat over onlineplatformen waar aanbieders van zaken, diensten of digitale producten in contact kunnen komen met afnemers om vervolgens via dat platform of daarbuiten met elkaar een overeenkomst te sluiten. Dergelijke platformen worden ook wel economische platformen of transactieplatformen genoemd. Deze monografie belicht de juridische kwalificatie van transactieplatformen, de juridische vragen die kunnen spelen en hoe met die vragen omgegaan wordt of kan worden.

Onlinetransactieplatformen zijn er in verschillende vormen. De meest klassieke en eenvoudige vorm is de onlinewinkel, waar de doorgaans professionele verkoper zaken aanbiedt voor een bepaalde prijs. Er zijn daarnaast platformen die anderen de gelegenheid geven producten en diensten aan te bieden. Voorbeelden van dergelijke intermediaire platformen zijn Marktplaats, eBay, Helpling, Werkspot en Airbnb. Onlinewarenhuizen Bol.com en Amazon zijn gemengd, zij verkopen zelf producten en bieden daarnaast aan andere aanbieders (zowel zakelijke als particuliere) de mogelijkheid om producten (nieuw en tweedehands) via het platform te verkopen. Ook Google Play en de App store bieden eigen digitale producten aan en bieden externe aanbieders de mogelijkheid om applicaties aan te bieden.

Van Dijck, Poell & De Waal 2016 definiëren een onlineplatform in algemene zin als een technologische, economische en sociaal-culturele infrastructuur voor het faciliteren en organiseren van online sociaal en economisch verkeer tussen gebruikers en aanbieders, met (gebruikers)data als brandstof. De Europese Commissie omschrijft platformen als: “two-sided” or “multi-sided” markets where users are brought together by a platform operator in order to facilitate an interaction (exchange of information, a commercial transaction, etc.), zie Commission Staff Working Document, *Online Platforms*, Accompanying the document Communication on Online Platforms and the Digital Single Market, Brussels, 25-5-2016, SWD (2016) 172 final, p. 1.

Een ander woord voor onlineplatform is online interface. Europese wetgeving definieert het begrip online interface als software, met inbegrip van een website of een deel daarvan en toepassingen, met inbegrip van mobiele applicaties, die wordt beheerd door of namens een handelaar en die dient om klanten toegang te geven tot zijn goederen of diensten met het oog op het aangaan van transacties met betrekking tot goederen of diensten, zie artikel 2 onderdeel 16 Verordening (EU) 2018/302 met betrekking tot ongerechtvaardigde geoblocking. Artikel 2 onderdeel 17 Richtlijn 2011/83/EU definieert een onlinemarktplaats als een dienst die gebruikmaakt van software, waaronder een website, een deel van een website of een door of namens de handelaar beheerde applicatie, en consumenten in staat stelt op afstand overeenkomsten te sluiten met andere handelaren of consumenten (deze definitie is ingevoegd door Richtlijn (EU) 2019/2161).

Het eenvoudig kunnen aanbieden van producten en diensten via onlineplatformen ligt aan de basis van de zogenoemde deeleconomie of *sharing economy*. In de deeleconomie laten consumenten elkaar gebruikmaken van onderbenutte goederen, zie uitgebreid over de kenmerken van de deeleconomie: Frenken 2016. Bekende voorbeelden van de deeleconomie zijn het carpoolen via BlaBlaCar en de (kortdurende) verhuur van een woning of kamer via Airbnb. Er zijn deelplatformen waar voor het gebruik van het product of de dienst betaald moet worden door afnemers, maar er zijn ook platformen waar gebruikers gratis spullen van elkaar kunnen lenen of gratis kunnen komen logeren, zoals Peerby en Couchsurfing.

Voorbeelden van platformen die zien op het aanbieden van diensten zijn: Werkspot (vakmensen), Deliveroo (eten bezorgen), Helpling (schoonmaakhulp) en Peopleperhour (voor werk dat online gedaan kan worden). Voor het aanbieden of uitwisselen van diensten of klusjes wordt ook wel de term *gig-economy* of *collaborative economy* gebruikt (zie Houwerzijl, TRA 2017).

Het is relatief eenvoudig om een onlineplatform te starten en er zijn geen grote investeringen nodig. De software voor het starten van een webwinkel of online veiling is goedkoop of zelfs gratis beschikbaar. Het is eveneens relatief eenvoudig voor oplichters om zich als legitieme contractspartij voor te doen en ook het aanbieden van gestolen spullen kan eenvoudig via onlineplatformen. Contracteren via een platform kent in dat opzicht enige risico's. Het interactieve karakter van de platformen kan daarbij van belang zijn, gebruikers kunnen vaak *reviews* achterlaten over de betrouwbaarheid van andere gebruikers en de kwaliteit van de producten of diensten die worden aangeboden.

Onlineplatformen hebben een groot geografisch bereik. Gebruikers kunnen bijvoorbeeld eenvoudig en tegen zeer lage kosten hun huis verhuren aan mensen over de hele wereld, verkoper worden van tweedehandsspullen, diensten aanbieden, een veiling organiseren, enzovoorts. Hoewel de activiteiten die op platformen plaatsvinden op zich niet nieuw zijn, zijn de schaal en het gemak waarmee de activiteiten online kunnen plaatsvinden een relatief jong fenomeen.

Netwerkeffecten kunnen tot gevolg hebben dat één of enkele onlineplatformen exponentieel groeien. Het netwerkeffect houdt in dat hoe meer gebruikers van het platform gebruikmaken, hoe interessanter het platform voor andere gebruikers wordt, waardoor het nog meer gebruikers zal aantrekken. Bijvoorbeeld hoe meer verkopers advertenties op Marktplaats plaatsen, hoe interessanter dit platform wordt voor kopers. Als meer kopers van het platform gebruikmaken zal dit ook weer meer verkopers aantrekken.

2 Intermediaire platformen

Intermediaire platformen geven anderen de gelegenheid om met elkaar in contact te komen en via het platform (of daarbuiten) met elkaar te contracteren. Het zijn met name de intermediaire platformen die aanleiding hebben gegeven tot juridische vragen, zoals wat precies de verantwoordelijkheid is van het platform ten aanzien van de via het platform verhandelde producten of diensten.

Er is op intermediaire platformen sprake van een driehoeksverhouding: er is een contractuele relatie tussen de gebruikers en het platform ten aanzien van het gebruik van het platform (de platformovereenkomst) en vervolgens sluiten de gebruikers overeenkomsten met elkaar. De platformovereenkomst komt over het algemeen tot stand doordat de gebruikers een account aanmaken waarbij de voorwaarden voor het gebruik van het

platform geaccepteerd moeten worden. Gebruikers zijn te onderscheiden in aanbieders en afnemers en de overeenkomsten tussen de gebruikers onderling worden vaak beïnvloed door wat in de platformovereenkomst overeen is gekomen. Intermediaire platformen kunnen bijvoorbeeld de wijze waarop en de voorwaarden waaronder de gebruikers met elkaar kunnen contracteren voorschrijven.

Een intermediair platform voorziet in de infrastructuur waarmee gebruikers met elkaar in contact komen en contracteren en staat daardoor niet geheel buiten de relatie tussen de gebruikers onderling, wat een bepaalde verantwoordelijkheid naar deze gebruikers zou kunnen meebrengen. Hoe meer het platform betrokken is bij de gebruikers en de contracten die zij met elkaar sluiten, hoe groter die verantwoordelijkheid zou kunnen zijn. Onder omstandigheden kan de bemoeienis van het platform zo groot zijn dat het platform gezien moet worden als de aanbieder van de zaken of diensten die via het platform worden aangeboden.

3 Verdienmodellen en verkoopmethoden

Intermediaire platformen kunnen op verschillende manieren verdienen aan de exploitatie van het platform. Zij kunnen bijvoorbeeld kosten in rekening brengen bij de aanbieders van producten en diensten voor gebruik van het platform. Dat kan door aanbieders te laten betalen om een aanbod te kunnen plaatsen of door ze een percentage van de transactieprijs te laten betalen nadat een overeenkomst is gesloten. Ook is mogelijk dat het plaatsen van een aanbod of advertentie gratis is, maar dat bijvoorbeeld betaald moet worden om een hogere plaats in de zoekresultaten te krijgen of om meer dan één foto te kunnen plaatsen. Een platform kan verder inkomsten verwerven door de verkoop van advertentieruimte. Daarnaast kan bij de afnemers een bedrag in rekening gebracht worden, bijvoorbeeld zodra ze een overeenkomst sluiten via het platform.

Wat betreft de producten die via een platform worden aangeboden zijn twee verkoopmethoden te onderscheiden: verkoop voor een vaste prijs of verkoop door middel van een veiling- of biedsysteem.

4 Online veilingen

Bij online veilingen gaat het doorgaans niet om veilingen in de traditionele betekenis van het woord, te weten een tussenpersoon (het veilinghuis) die goederen van anderen onder zich heeft en de bevoegdheid heeft om deze goederen voor de achterman te verkopen. Het gaat bij online veilingen meestal om een verkoopmethode waarbij de prijs door middel van een biedsysteem wordt vastgesteld. Hierin zijn ook weer verschillende vormen te onderscheiden: een oplopende prijs waarbij de hoogste of de laatste bieder de veiling wint en het product voor de geboden prijs kan kopen of een aflopende prijs, waarbij de prijs steeds lager wordt en de eerste die afmijnt de veiling wint. Een derde veilingmethode is het uitbrengen van een (blind) bod. Indien sprake is van een veiling waarbij zowel fysiek als online geboden kan worden, wordt gesproken van een hybride veiling.

Een bijzondere categorie binnen de online veilingen zijn de zogenaamde centveilingen. Centveilingen zijn onlineplatformen waar bidders op producten kunnen bieden en waarbij de prijs van het geveilde product bij elk uitgebracht bod met een klein bedrag (bijvoorbeeld een cent) wordt verhoogd. Na een bod wordt de looptijd van de veiling korte tijd verlengd

(bijvoorbeeld 15 seconden). Degene die bij afloop van de veiling het laatste bod heeft gedaan, wint de veiling en kan het product voor de prijs zoals die was bij afloop van de veiling kopen. Dit is over het algemeen een prijs die ver beneden de winkelwaarde ligt, maar in totaal betaalt de winnende bidder meer voor het product, omdat voor het bieden betaald moet worden in de vorm van biedcredits. De centveilingen hebben iets weg van een kansspel en de spanning die het bieden oplevert kan voor sommige gebruikers juist het doel zijn om mee te bieden.

5 De hoedanigheid van partijen

Indien overeenkomsten worden gesloten via een onlineplatform kan dat zijn tussen zakelijke partijen (b2b), tussen een zakelijke partij en een consument (b2c of c2b), of tussen twee consumenten onderling (c2c). Voor een particulier die zaken of diensten aanbiedt wordt ook wel de term *prosumer* gebruikt, een combinatie van de termen *consumer* en *producer*, zie bijvoorbeeld Helberger e.a. 2012, p. 41.

Een van de kenmerken van onlineplatformen is dat de hoedanigheid van de partijen niet altijd duidelijk is. Er kan bijvoorbeeld een online alias worden gebruikt waaruit niet direct valt af te leiden wie de wederpartij precies is en wat zijn hoedanigheid is. Er is ook een grijs gebied, waarbij de activiteiten van gebruikers die wellicht begonnen zijn als incidentele aanbieder gaandeweg een structureler karakter hebben gekregen, zodat op een zeker moment de grens tussen particulier en zakelijk wordt gepasseerd.

Bezorg- of schoonmaakdiensten kunnen door de dienstverleners die via onlineplatformen werken incidenteel worden aangeboden, maar dit kan ook het hoofdkomen zijn van deze dienstverleners, wat bijvoorbeeld gevolgen zou kunnen hebben voor het recht op een uitkering.

Er kunnen grote verschillen zijn tussen de aanbieders die aan een platform verbonden zijn, waarbij sommige gezien de omvang en de frequentie als een professionele partij aangemerkt kunnen worden en anderen niet. De hoedanigheid van partijen is evenwel van groot belang voor het toepasselijke juridische kader. Met name in een b2c-verhouding gelden een groot aantal specifieke en dwingendrechtelijke regels ter bescherming van de consument.

6 Inhoud en opbouw van deze monografie

Deze monografie brengt het juridische kader met betrekking tot onlinetransactieplatformen in kaart. Er wordt ingegaan op de juridische vragen die kunnen spelen in verband met onlineplatformen en hoe daar mee omgegaan wordt of kan worden. De nadruk ligt daarbij op het privaatrecht. Deze monografie kan interessant zijn voor degenen die tegen juridische vragen aanlopen in verband met deze platformen. Daarnaast kan deze monografie een bijdrage leveren aan het denken over de toekomst van het juridische kader. Het beantwoorden van de vraag of nieuwe regelgeving nodig is en hoe die regels eruit zouden kunnen zien begint met helder voor ogen hebben hoe de regelgeving op dit moment in elkaar steekt en waar het wettelijke kader mogelijk knelt of tekortschiet.

Hoofdstuk 2 gaat in op de kwalificaties van onlineplatformen als dienst van de informatiemaatschappij en dienst in de zin van de Dienstenrichtlijn en op hoofdlijnen de gevolgen van deze kwalificaties. In hoofdstuk 3 wordt de hoedanigheid van de gebruikers

van platformen besproken. Hoofdstuk 4 behandelt de kwalificatie van online veilingen, waaronder de centveilingen. Hoofdstuk 5 bespreekt specifieke onderwerpen die verband houden met intermediaire platformen, waaronder de verantwoordelijkheid van de platformen ten aanzien van de contracten die via het platform worden gesloten. Hoofdstuk 6 gaat over de aansprakelijkheid van intermediaire platformen voor onrechtmatige activiteiten of inhoud, zoals bijvoorbeeld de verkoop van nepproducten of smaad. Hier komen artikel 6:162 BW en de vrijwaringsbepaling van de Richtlijn inzake elektronische handel aan de orde. Hoofdstuk 7 bevat een varia aan onderwerpen die verband houden met het sluiten van overeenkomsten met en via onlineplatformen. In hoofdstuk 8 wordt enige publiekrechtelijke sectorspecifieke regelgeving besproken. Sociaal- en arbeidsrechtelijke aspecten bevinden zich op terrein van zowel publiekrecht als privaatrecht en zijn ondergebracht in hoofdstuk 9. Als laatste komt in hoofdstuk 10 kort het mededingingsrecht aan bod. Er wordt niet uitgebreid ingegaan op de regels die gelden voor elektronisch contracteren, deze regels komen op hoofdlijnen aan de orde.

Het lastiger worden van kwalificeren is genoemd als één van de juridische problemen die samenhangen met de platformsamenleving (Ranchordás 2018, p. 481). Zoals zal blijken is de juridische kwalificatie en in het verlengde daarvan de beantwoording van de vragen die opkomen in verband met onlineplatformen in de meeste gevallen sterk afhankelijk van de omstandigheden van het geval. Meer concreet betekent dit dat moet worden gekeken naar de werkwijze van een platform, de vorm van dienstverlening, de functionaliteiten van een platform, de voorwaarden die een platform stelt, maar ook naar de manier waarop feitelijk invulling wordt gegeven aan de contractuele relaties.

Het is niet altijd mogelijk om grip te krijgen op hoe een platform precies in elkaar steekt. De algemene voorwaarden die platformen beschikbaar stellen geven bijvoorbeeld niet altijd weer hoe een en ander feitelijk precies verloopt. Soms is informatie beschikbaar in de vorm van zogenaamde *Frequently Asked Questions*-secties (FAQ), maar uiteindelijk wordt meestal pas door het gebruik van verschillende functionaliteiten duidelijk hoe het platform daadwerkelijk opereert. Zelfs dan is niet altijd transparant hoe de processen precies verlopen. Als al goed in beeld is hoe een platform precies functioneert, kan het zijn dat verschillende aspecten van het functioneren in verschillende richtingen wijzen wat betreft de relevante juridische kaders, zodat nog steeds geen eenduidig antwoord gegeven kan worden op juridische vragen.

HOOFDSTUK 2

Enkele algemene juridische kwalificaties

7 Algemene opmerkingen

Een algemene juridische definitie of kwalificatie van onlineplatformen is er niet en er is ook geen alles overkoepelende regeling. Afhankelijk van onder meer de werking van het platform, de verkoopmethode en de hoedanigheid van de gebruikers zullen verschillende regels relevant zijn. In dit hoofdstuk komen twee algemene kwalificaties aan de orde: de kwalificatie als dienst van de informatiemaatschappij en als dienst in de zin van de Dienstenrichtlijn. Deze kwalificaties zijn van belang wat betreft de toepassing van Richtlijn 2000/31/EG (de Richtlijn inzake elektronische handel) en Richtlijn 2006/123/EG (de Dienstenrichtlijn). Beide richtlijnen bevatten naast enige materiële bepalingen enkele algemene beginselen, waaronder het beginsel van vrijheid van dienstverlening. De gevolgen van deze kwalificaties worden op hoofdlijnen besproken.

8 Een dienst van de informatiemaatschappij

Een dienst van de informatiemaatschappij is elke dienst die gewoonlijk tegen vergoeding, langs elektronische weg, op afstand en op individueel verzoek van de afnemer van de dienst wordt verricht zonder dat partijen gelijktijdig op dezelfde plaats aanwezig zijn, zie artikel 3:15d lid 3 BW. De definitie van het begrip dienst van de informatiemaatschappij is in het BW opgenomen ter implementatie van de Richtlijn inzake elektronische handel en bepaalt de reikwijdte van de regels en de beginselen van deze richtlijn. Kort gezegd gaat het om online economische activiteiten. Overweging 18 bij de Richtlijn inzake elektronische handel noemt in het bijzonder onlineverkoop van goederen en het aanbieden van online-informatie als voorbeelden.

Een onlineplatform kwalificeert in beginsel als een dienst van de informatiemaatschappij, want een onlineplatform wordt via internet (dus op afstand en langs elektronische weg) aangeboden en er is sprake van een individueel verzoek van een gebruiker, zodra deze het platform gebruikt. Wanneer een platform betaling vraagt van haar gebruikers is aan het element 'tegen vergoeding' zonder meer voldaan. Dit element moet evenwel ruim worden uitgelegd, ook diensten waar gebruikers niet voor betalen kunnen een dienst van de informatiemaatschappij zijn, zolang het om economische activiteiten gaat.

In de parlementaire geschiedenis wordt gesproken van activiteiten die een zekere waarde in het economische verkeer vertegenwoordigen, zie *Kamerstukken II* 2001/02, 28197, nr. 3, p. 12 met verwijzing naar rechtspraak van het HvJ EU in het kader van artikel 49 en

50 EG-Verdrag (thans artikel 56 en 57 VWEU). Uit HvJ EU 11 september 2014, C-291/13, ECLI:EU:C:2014:2209 (*Sotiris Papasavvas*) volgt dat een platform dat inkomsten genereert door het plaatsen van advertenties een dienst van de informatiemaatschappij is. In aansluiting bij de rechtspraak in het kader van artikel 57 VWEU zou ook een non-profitplatform een dienst van de informatiemaatschappij kunnen zijn, zie bijvoorbeeld HvJ EU 12 juli 2001, C-157/99, ECLI:EU:C:2001:404 (*Smits en Peerbooms*) en HvJ 18 december 2007, C-281/06, ECLI:EU:C:2007:816 (*Jundt*). In deze zaken komt naar voren dat in gevallen waar de verrichter geen winst nastreeft, het element 'tegen vergoeding' er niet aan in de weg hoeft te staan om de activiteit te kwalificeren als dienst.

Een dienstverlener van de informatiemaatschappij moet aan de in artikel 3:15d lid 1 en lid 2 BW opgenomen algemene informatieplichten voldoen. Artikel 3:15e BW is daarnaast van toepassing voor zover ook sprake is van commerciële communicatie. In geval elektronisch gecontracteerd wordt, moet door de dienstverlener voldaan worden aan de eisen opgenomen in artikel 6:227b en 6:227c BW, dat zijn eisen die worden gesteld aan de elektronische bestelprocedure. Een dienstverlener van de informatiemaatschappij die tevens kwalificeert als een tussenpersoon als bedoeld in artikel 6:196c BW kan onder bepaalde voorwaarden een beroep doen op de vrijwaring voor aansprakelijkheid voor opgeslagen informatie van anderen (zie uitgebreid hoofdstuk 6).

Naast deze materiële regels kent de Richtlijn inzake elektronische handel drie beginselen. Ten eerste het zogenaamde land-van-oorsprongbeginsel (artikel 3 lid 1 Richtlijn inzake elektronische handel). Dit beginsel brengt mee dat de diensten van de informatiemaatschappij wat betreft de regels die vallen binnen het gecoördineerd gebied van de Richtlijn inzake elektronische handel enkel dienen te voldoen aan de regels van de lidstaat waar ze zijn gevestigd. Ten tweede mogen lidstaten het vrije verkeer van diensten van de informatiemaatschappij niet beperken om redenen die vallen binnen het gecoördineerd gebied, dit is het vrijeverkeerbeginsel (zie artikel 3 lid 2 Richtlijn inzake elektronische handel). Ten derde mag het starten en uitoefenen van een dienst van de informatiemaatschappij niet afhankelijk worden gesteld van een voorafgaande vergunning of vergelijkbaar vereiste (artikel 4 lid 1 Richtlijn inzake elektronische handel).

De Richtlijn inzake elektronische handel somt in artikel 1 lid 5 enige kwesties en activiteiten op die van het toepassingsbereik van de richtlijn zijn uitgezonderd. Zo zijn belastingen uitgezonderd, maar ook kwesties in verband met privacy (waarvoor specifieke regelgeving geldt), kwesties die onder het mededingingsrecht vallen, activiteiten van notarissen of vergelijkbare beroepen, vertegenwoordiging van een cliënt en de verdediging van zijn belang voor het gerecht en gokactiviteiten. De uitzondering van gokactiviteiten kan relevant zijn voor zogenaamde centveilingen, die mogelijk als een gokspel gekwalificeerd kunnen worden en daarmee dan buiten het toepassingsbereik van de Richtlijn inzake elektronische handel zouden vallen (zie hierover hoofdstuk 4).

In overweging 18 bij de Richtlijn inzake elektronische handel wordt aan de hand van voorbeelden toegelicht wat al dan niet als een dienst van de informatiemaatschappij gezien moet worden. Als eerste voorbeeld wordt genoemd de onlineverkoop van goederen, maar de levering van goederen als zodanig of de verstrekking van een offlinedienst vallen volgens deze overweging uitdrukkelijk niet onder de richtlijn. Dit heeft tot gevolg dat voor de onlineverkoop van goederen het land van oorsprong en vrijeverkeerbeginsel gelden en dat daar geen voorafgaande vergunningseisen aan gesteld kunnen worden. Aan de fysieke levering van de goederen kunnen lidstaten wel eisen stellen.

Overweging 18 noemt verder een medisch consult waarbij een lichamelijk onderzoek van de patiënt vereist is als voorbeeld van een activiteit die geen dienst van de informatiemaatschappij vormt. Daarmee is niet gezegd dat platformen op het terrein van gezondheidszorg geen dienst van de informatiemaatschappij kunnen zijn. Gezondheidszorg is ook niet expliciet uitgezonderd in artikel 1 lid 5 Richtlijn inzake elektronische handel. Een online consult via een medisch platform waarbij geen lichamelijk onderzoek vereist is kan derhalve als een dienst van de informatiemaatschappij aangemerkt worden.

9 De beperkte vrijheid van diensten van de informatiemaatschappij

Uit overweging 18 van de Richtlijn inzake elektronische handel blijkt dat deze richtlijn zich richt op onlineactiviteiten (zoals online verkopen) en dat offlineactiviteiten (zoals de levering van goederen en fysieke diensten) buiten het toepassingsbereik vallen. Deze tweedeling tussen online en offline volgt ook uit de beperkte reikwijdte van het gecoördineerd gebied. Het begrip gecoördineerd gebied bepaalt – of eigenlijk beperkt – de reikwijdte van het land-van-oorsprongbeginsel en het vrijeverkeerbeginsel.

Het gecoördineerd gebied wordt gedefinieerd in artikel 2 onderdeel h Richtlijn inzake elektronische handel als 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. Het gecoördineerd gebied omvat uitdrukkelijk niet vereisten met betrekking tot goederen als zodanig en de levering van goederen en diensten die niet langs elektronische weg verleend worden (zie artikel 2 onderdeel h onder ii Richtlijn inzake elektronische handel). De bijlage bij de Richtlijn inzake elektronische handel somt verder een aantal gebieden op waarop het land-van-oorsprong en het vrijeverkeerbeginsel uitdrukkelijk niet van toepassing zijn (zie artikel 3 lid 3 Richtlijn inzake elektronische handel). De bijlage noemt onder meer de vrijheid van partijen om het op hun contract toepasselijke recht te kiezen, de contractuele verplichtingen betreffende consumentenovereenkomsten, auteursrechten en de uitgifte van elektronisch geld. Verder laat artikel 3 lid 4 Richtlijn inzake elektronische handel onder omstandigheden afwijking van het vrijeverkeerbeginsel toe.

Overweging 21 bij de Richtlijn inzake elektronische handel benadrukt nogmaals dat het gecoördineerd gebied uitsluitend betrekking heeft op vereisten voor onlineactiviteiten, zoals online-informatie, online reclame, online winkelen en online contracten en niet op wettelijke vereisten voor goederen, zoals veiligheidsvoorschriften, etiketteringsvoorschriften of aansprakelijkheid van goederen, vereisten in verband met levering en vervoer van goederen met inbegrip van distributie van geneesmiddelen.

Ook het verbod om een voorafgaande vergunning of vergelijkbaar vereiste te stellen is beperkt. Artikel 4 lid 2 Richtlijn inzake elektronische handel laat vergunningsstelsels onverlet die niet specifiek en uitsluitend betrekking hebben op de diensten van de informatiemaatschappij.

Waar het kort gezegd op neerkomt is dat aan een onlineactiviteit, zoals online contracteren met betrekking tot goederen en diensten weliswaar grote vrijheid moet toekomen, maar dat de offlinelevering van de goederen of diensten alsnog gebonden kan zijn aan nationale beperkingen.

10 Het onderscheid tussen online en offline: Ker Optika

Een illustratie van de tweedeling tussen online en offline en de gevolgen daarvan biedt HvJ EU 2 december 2010, C-108/09, ECLI:EU:C:2010:725 (*Ker Optika*). ANTSZ (een overheidsinstelling in Hongarije) had contactlenzenverkoper Ker-Optika verboden om online contactlenzen te verkopen, omdat op basis van de Hongaarse regelgeving contactlenzen slechts in de handel gebracht mochten worden in speciaalzaken voor medische hulpmiddelen. Ker-Optika stelde zich op het standpunt dat de verkoop van contactlenzen via internet op grond van de Richtlijn inzake elektronische handel niet mag worden beperkt.

Het HvJ EU oordeelt ten eerste dat het online verkopen van contactlenzen binnen het gecoördineerd gebied valt (overweging 28 *Ker Optika*) en dat elektronisch contracteren volgens artikel 9 lid 1 Richtlijn inzake elektronische handel en overweging 34 van dezelfde richtlijn mogelijk moet zijn. De Hongaarse regel maakt de onlineverkoop onmogelijk en dat is in strijd met de richtlijn (overweging 78 *Ker Optika*). Ten tweede constateert het hof dat de vereisten met betrekking tot het leveren van goederen, waaronder leveringsvoorwaarden voor contactlenzen, buiten het door de richtlijn gecoördineerd gebied vallen (overweging 29-31 *Ker Optika*).

Eenzijds mag de verkoop van contactlenzen via internet dus niet beperkt worden, maar de Richtlijn inzake elektronische handel staat er niet aan in de weg dat Hongarije een regel handhaaft die bepaalt dat lenzen enkel geleverd mogen worden in speciaalzaken. De klanten die online lenzen kopen moeten dan alsnog naar de speciaalzaak komen, zodat gespecialiseerd personeel de klanten kan informeren, adviseren en eventueel onderzoeken met betrekking tot het dragen van de lenzen.

Deze regels inzake de leveringsvoorwaarden moeten evenwel ook nog getoetst worden aan het primaire Europese recht ten aanzien van het vrij verkeer van goederen. Na toetsing aan deze regels in overweging 41-78 van *Ker Optika*, oordeelt het HvJ EU dat het primaire recht zich verzet tegen een nationale regeling volgens welke contactlenzen uitsluitend in speciaalzaken mogen worden geleverd. De Hongaarse eis die aan de fysieke levering wordt gesteld sneuvelt dan alsnog over de band van het primaire Europese recht.

11 Een online intermediair platform is een dienst van de informatiemaatschappij

Een intermediair onlineplatform kwalificeert in beginsel als een dienst van de informatiemaatschappij. In HvJ EU 12 juli 2011, C-324/09, ECLI:EU:C:2011:474 (*L'Oréal/eBay*) wordt door het hof kortweg vastgesteld dat het beheer van een elektronische marktplaats die contact mogelijk maakt tussen verkoper en kopers (zoals eBay) evident al de bestanddelen van de definitie van dienst van de informatiemaatschappij in zich kan verenigen (overweging 109 *L'Oréal/eBay*).

Uit HvJ EU 20 december 2017, C-434/15, ECLI:EU:C:2017:981 (*Uber Systems Spain*) blijkt evenwel dat niet alle onlineplatformen zonder meer kwalificeren als dienst van de informatiemaatschappij. In deze zaak oordeelt het hof dat de onlineboekingsapplicatie UberPOP in beginsel aan de criteria beantwoordt voor kwalificatie als dienst van de informatiemaatschappij, maar omdat deze dienst als een integrerend deel moet worden beschouwd van een dienstenpakket waarvan het hoofdelement bestaat in een vervoersdienst die de hoofdactiviteit vormt, wordt de applicatie toch niet als dienst van de informatiemaatschappij

gekwalficeerd, maar als een dienst op het gebied van vervoer. In het geval van UberPOP is de online applicatie dan eigenlijk geen intermediair platform in de zin dat onafhankelijke chauffeurs aan klanten worden gekoppeld, maar een platform waar de vervoersdiensten van Uber geboekt kunnen worden.

12 Uber Systems Spain

Het ging in *Uber Systems Spain* om de applicatie van Uber waarmee non-professionele bestuurders die hun eigen auto gebruiken vervoersdiensten kunnen aanbieden aan gebruikers die op zoek zijn naar een rit. Asociación Profesional Elite Taxi, een Spaanse vereniging voor professionele taxichauffeurs, vordert een verbod van deze activiteiten in Barcelona, omdat noch Uber noch de bestuurders de vereiste vergunningen hebben. Bij het HvJ EU gaat het om de vraag hoe de diensten van Uber gekwalficeerd moeten worden om de toepasselijkheid van de vrijeverkeerbeginselen van de Richtlijn inzake elektronische handel, de Dienstenrichtlijn en het primaire Europese recht te kunnen bepalen. Die kwalificatie bepaalt onder meer de ruimte die de lidstaten hebben om de activiteiten van Uber te reguleren. De Dienstenrichtlijn beperkt de mogelijkheid om voor diensten een vergunning te eisen, maar vervoersdiensten zijn uitdrukkelijk van deze richtlijn uitgezonderd. Als gezegd, profiteren diensten van de informatiemaatschappij van de beginselen die zijn vastgelegd in de Richtlijn inzake elektronische handel.

Het hof signaleert dat het in contact brengen van vraag en aanbod door middel van de online applicatie een aparte dienst is die los staat van het fysieke vervoeren en dat elk van die diensten in verband gebracht kan worden met verschillende richtlijnen of bepalingen van het VWEU. Een bemiddelingsdienst waarmee via een smartphoneapplicatie informatie kan worden uitgewisseld over de reservering van een transportdienst beantwoordt volgens het hof in beginsel aan de criteria voor de kwalificatie als dienst van de informatiemaatschappij, terwijl het vervoer gekwalficeerd moet worden als een transportdienst als bedoeld in artikel 2 lid 2 onderdeel d Dienstenrichtlijn (zie overweging 34-36 *Uber Systems Spain*).

Het hof vervolgt met de constatering dat Uber méér doet dan enkel de mogelijkheid bieden aan chauffeurs en klanten om elkaar te vinden via een smartphoneapplicatie. De intermediaire onlinedienst die Uber verleent moet volgens het hof gezien worden als een integraal onderdeel van een dienstenpakket, waarvan het hoofdelement bestaat in een vervoersdienst, zodat de dienstverlening als geheel kwalificeert als een vervoersdienst en daarmee buiten het toepassingsbereik van de Richtlijn inzake elektronische handel valt (overweging 37-40 *Uber Systems Spain*).

De kwalificatie van Uber als een vervoerder is gebaseerd op de betrokkenheid van Uber bij de vervoerscontracten die via de applicatie worden gesloten en de uitvoering daarvan. De particuliere chauffeurs zouden zonder Uber geen vervoersdiensten aanbieden en de klanten zouden zonder Uber niet van de diensten van deze chauffeurs gebruik kunnen maken. Uber creëert derhalve door middel van de applicatie vraag en aanbod. Uber heeft beslissende invloed op de voorwaarden van de diensten die door de chauffeurs worden aangeboden, waaronder invloed op de bepaling van de maximumritprijs. Ook regelt Uber de betaling, waarbij een bedrag wordt achtergehouden voordat de chauffeur wordt betaald. Uber heeft verder invloed op de kwaliteit van de auto's, op de chauffeurs en op hun gedrag. Chauffeurs die niet aan de eisen van Uber voldoen kunnen van de applicatie worden uitgesloten.