

## Hoofdstuk 2

# Publiekrecht in beweging: *sharing economy* op zoek naar innovatieve regulering en rechtsvinding

Sofia Ranchordás\*

### 2.1 Inleiding

De wereld staat niet stil. Het recht soms wel. Technologie heeft onze maatschappij, levens en zelfs onze democratie versneld.<sup>1</sup> We worden dagelijks geconfronteerd met verschillende innovatieve producten en diensten waarvan wij tien jaar geleden niet eens konden dromen. Denk aan Uber, Airbnb, Zipcar, Spullendelen.nl en andere voorbeelden van de zogenaamde ‘sharing economy’. Problematisch is dat wij niet de enigen zijn die deze innovaties niet kunnen voorspellen, hetzelfde geldt voor de wetgever die vaak achter innovatie aanloopt.

Innovatie loopt voor, loopt hard en kijkt niet achterom. Innovatie is een bijzonder schepsel die eigen regels kent en verwacht dat de rest van de wereld – ook het recht – haar volgt. De klok van wetgevers tikt echter langzamer dan die van de vernieuwers.<sup>2</sup> Door deze discrepantie kan verouderde wetgeving een struikelblok zijn op het pad van innovators. De volgende vraag rijst: hoe zetten we het recht in beweging? Wie gaat de tijd instellen? Is dat de wetgever door middel van nieuwe regels, de bestuursorganen met de vaststelling en juridische kwalificatie van feiten in het kader van nieuwe technologische ontwikkelingen, of de bestuursrechters met rechtsvinding?

In tijden van crisis beseffen we dat ‘noodzaak de moeder van uitvinding is geworden’.<sup>3</sup> Er verschijnen steeds betere producten en diensten die ons toegang geven tot meer: goedkopere vakantie, goedkoper vervoer of zelfs goedkopere schoonmaak-hulp. ‘Sharing economy’ verwijst precies naar het delen van producten, faciliteiten, kennis en onze ‘amateuristische vaardigheden’ als chef-koks of taxichauffeurs.<sup>4</sup> Tot nu toe zijn deze diensten, die mede mogelijk gemaakt worden door verschillende ‘apps’ en online platforms, ongereguleerd gebleven. Deze ‘*laissez faire, laissez partager*’-benadering valt in de smaak bij de meeste jonge gebruikers van ‘apps’ zoals Uber en Lyft. Desalniettemin levert de opkomst van *sharing economy* meerdere juridische problemen op want deze diensten voldoen niet aan de eisen die vastgesteld worden voor de vergelijkbare commerciële diensten.

\* Sofia Ranchordás is universitair docent bij de vakgroep Publiekrecht, Encyclopedie en Rechtsgeschiedenis aan de Universiteit van Tilburg.

1. J. McGinnis, *Accelerating Democracy: Transforming Government Through Technology*, Princeton University Press 2012.
2. W.E. Scheuerman, *Liberal Democracy and the Social Acceleration of Time*, The Johns Hopkins University Press 2004.
3. S. Srinivas & J. Sutz, ‘Developing Countries and Innovation: Searching for a New Analytical Approach’ (2008) 30 (2) *Technology in Society* 129.
4. Zie S. Ranchordás, ‘Does Sharing Mean Caring? Regulating Innovation in the Sharing Economy’ (2015) *Minnesota Journal of Law, Science & Technology* (forthcoming).

De tocht naar een adequate regulering van innovatie is al lang begonnen maar hij is lang niet voorbij.<sup>5</sup> Zij vereist een nauwe interactie tussen het recht en de huidige omstandigheden. Aan de ene kant dient het recht de werkelijkheid te weerspiegelen, maar aan de andere kant bepalen onze tijd en cultuur tot een zekere hoogte 'de smaak' van het recht.<sup>6</sup> Toch moeten we ons afvragen hoe wij voor deze weerspiegeling kunnen zorgen, zonder de kernbeginselen van het recht aan te tasten. Publiekrechtelijke rechtsvinding is bijvoorbeeld beperkt door verscheidene rechtsbeginselen en waarborgen zoals het evenredigheidsbeginsel en de machtenscheiding of 'de (duidelijke) plaats van de rechter in het staatsbestel dan wel de grenzen van de rechtsvormende taak van de rechter in verhouding tot de rechtsvormende taak van de wetgever'.<sup>7</sup>

De uitdagingen van *sharing economy* bieden ons kleurrijke voorbeelden om te reflecteren. Aan de ene kant op de relatie tussen het recht, technologie en maatschappij<sup>8</sup> en aan de andere kant op de rol van publiekrechtelijke rechtsvinding ten opzichte van regelgeving die achter innovatie aanloopt. We worden hier vaak geconfronteerd met vage begrippen of begrippen die steeds vager worden vanwege nieuwe technologische ontwikkelingen.<sup>9</sup> Kan de bestuursrechter nog proberen verouderde rechtsregels op een creatieve wijze te interpreteren? Hoe vinden we een balans tussen innovatie en het traditionele publiekrecht? Is het aan de rechter om juridische begrippen op een levendigere of creatievere manier te interpreteren en te denken aan de ratio van de regels? Kan de bestuursrechter het recht actueel maken alleen door middel van een grammaticale interpretatie van begrippen ('hotel', 'taxi', 'restaurant')? Of is het grammaticale element het verkeerde uitgangspunt voor een actualisering van wetgeving?<sup>10</sup> Zou de analyse van de parlementaire geschiedenis essentieel zijn om te begrijpen wat de wetgever beoogde met de invoering van bepaalde vergunningen en het vaststellen van bepaalde eisen en om te bepalen of dit van toepassing is op *sharing economy*-diensten? Bestaat bijvoorbeeld een ondernemersvergunning voor taxi's om de veiligheid van klanten te beschermen of de concurrentie op de markt te beperken?

In deze bijdrage wordt de relatie tussen innovatie als een van de verscheidene belangen die de overheid dient te beschermen, en de evolutie van het bestuursrecht geanalyseerd vanuit de perspectieven van drie actoren: de wetgever, het bestuursorgaan en de bestuursrechter. Het eerste perspectief betreft de bestuursrechter die door een terughoudende toetsing wordt gevraagd om begrippen te interpreteren en innovatie ook in zijn rechtsbeslissing in acht te nemen. Een puur grammaticale interpretatie van begrippen heeft tot nu toe in verschillende landen geleid tot een strenge aanpak van *sharing economy*, waarbij alle diensten die vergelijkbaar zijn met

5. G. Bernstein, 'In the Shadow of Innovation' (2010) 31 *Cardozo Law Review* 2257.

6. S. Cassese, *Il Mondo Nuovo del Diritto: Un giurista e il suo tempo*, Bologna: Società editrice il Mulino 2008, p. 9.

7. R. de Lange, *Publiekrechtelijke Rechtsvinding*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1991, p. 244.

8. P. Ippel, *Modern recht en het goede leven*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2002.

9. T.A.O. Endicott, *Vagueness in Law*, Oxford: Oxford University Press 2000.

10. J.A. Pontier, *Rechtsvinding*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 1998; J.B.M. Vranken, *Kritiek en Methode van Rechtsvinding*, Deventer: Kluwer 1978, p. 231 en p. 267-268.

‘een hotel’ of ‘een taxi’, maar die geen vergunning hebben, beboet en verboden werden.

Ten tweede wordt er geanalyseerd of bestuursorganen en met name toezichthouders zoals de Inspectie Leefomgeving en Transport bereid zijn om feiten en juridische begrippen op een ‘innovatieve wijze’ te kwalificeren. Innovatie creëert of verandert de beoordelingsruimte van bestuursorganen: begrippen die vroeger objectief werden geacht, ontvangen een vage dimensie vanwege de snelle technologische en maatschappelijke veranderingen.<sup>11</sup> Een ‘hotel’ kan opeens een vaag begrip worden en dit is niet enkel van belang voor de feitenvaststelling en juridische kwalificatie door bestuursorganen maar ook voor de toetsing die verricht wordt door bestuursrechters. Het derde perspectief verwijst naar de positie van de regelgever die gevraagd wordt om nieuwe regels vast te stellen om ervoor te zorgen dat wetgeving niet verouderd wordt. Hoe innoverend kan en wil de wetgever zijn?

We beginnen dit artikel met de analyse van het begrip ‘innovatie’ en we lichten toe waarom *sharing economy* onder dit begrip valt.

## 2.2 Innovatie en sharing economy: delen is het nieuwe hebben!

### 2.2.1 Innovatie: begrip

Iedereen praat over ‘innovatie’: het is een ‘hip woord’ geworden waaraan de meeste juristen weinig betekenis toekennen. Innovatie is echter een wezenlijk element van economische ontwikkeling. Hoewel er genoeg aandacht aan de stimulering van dit verschijnsel wordt besteed in de economische en bedrijfskundige literatuur, heeft dit onderwerp tot nu toe een bescheiden rol gespeeld in de juridische literatuur.<sup>12</sup> Toch heeft de stimulering van innovatie ook een juridische dimensie: wet- en regelgeving kunnen innovatie belemmeren of bevorderen. Deze effecten zijn sterk afhankelijk van de gekozen regels. Hiermee wordt niet alleen maar wetgeving betreffende intellectueel eigendom bedoeld, maar ook wet- en regelgeving in het algemeen: wetten die verouderde of onnodige regels hebben, wetten die de snelle maatschappelijke en technologische veranderingen niet bijhouden, wetten die blijven, terwijl de wereld doorgaat. Innovatie kent en heeft ook een ‘juridisch leven’ nodig naast patenten. Innovatie wordt tegenwoordig niet alleen maar beschouwd als een middel om een doel zoals economische groei te bereiken, maar ook als een doel op zichzelf dat bijzondere aandacht en bescherming verdient, ook door het publiekrecht.<sup>13</sup>

‘Innovatie’ is echter geen juridisch begrip:<sup>14</sup> innovatie verwijst naar het proces om nieuwe ideeën te verwezenlijken en nieuwe producten op de markt te introduceren.

11. R. de Lange, *Publiekrechtelijke rechtsvinding*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1991, p. 55.

12. S. Ghosh & R.P. Malloy (red.), *Creativity, Law and Entrepreneurship*, Cheltenham: Elgar Law and Entrepreneurship, Edward Elgar 2011, p. 3.

13. M. Granieri & A. Renda, *Innovation Law and Policy in the European Union: Towards Horizon 2020*, Heidelberg: Springer 2012, p. 19.

14. S. Müller, ‘Innovationsrecht-Konturen einer Rechtsmaterie’ (2013) 2 *Innovations- und Technikrecht*, p. 58, 60.

‘Innovatie’ en ‘inventie’ zijn verschillende begrippen. Volgens Jan Fagerberg is innovatie: *‘not the first occurrence of an idea for a new product or process but rather the first attempt to carry it out into practice’*.<sup>15</sup> Deze definitie is belangrijk om het verschijnsel van *sharing economy* te kunnen begrijpen en deze diensten te kunnen kwalificeren als ‘innovatief’. Deze definitie is ook breed genoeg om zowel naar technologische als sociale innovatie te kunnen verwijzen. Hoewel *sharing economy* veel te danken heeft aan technologie, kan het onderliggende idee van ‘delen’ het gemeenschapsgevoel versterken en gekwalificeerd worden als sociale innovatie. In het geval van Lyft wordt er van vreemden verwacht dat ze niet alleen maar een rit delen, maar ook met elkaar communiceren.

Innovatie is tevens een begrip dat verschillende dimensies omvat. Innovatie roept een of meerdere positieve maatschappelijke veranderingen in het leven. Het is ook een relatief begrip dat geanalyseerd moet worden in een specifiek kader, een bepaald land, sector of gebied. Soms is een product of dienst niet de allereerste toepassing van een idee, maar omdat het op een nieuw gebied of met een geheel nieuw ‘jasje’ verschijnt, kan het wel beschouwd worden als een innovatie. Dit is bijvoorbeeld het geval van *sharing economy*: je woonkamer verhuren tegen betaling voor een paar nachten aan vreemden is geen inventie van Airbnb. Voordat er hotels in de meeste steden bestonden werden bedevaartgangers vaak opgevangen door vreemden, bij wie ze logeerden en aan wie een tegenprestatie werd betaald. Airbnb is echter innovatief omdat dit elektronisch platform contact tussen onbekenden en de betaling van de tegenprestatie vergemakkelijkt.<sup>16</sup>

### 2.2.2 Sharing economy

Het begrip ‘sharing economy’ verwijst naar verschillende vormen van deelinitiatieven (‘collaborative consumption’, ‘peer economy’ of ‘collaborative economy’). Sommige initiatieven beogen alleen het gemeenschapsgevoel te versterken en zijn niet primair gericht op winst, terwijl andere soms gezien worden als bijbaan. In de wereld van *sharing economy* worden netwerken gebruikt om toegang te krijgen tot bepaalde producten of diensten die voorheen ontoegankelijk waren. In deze wereld zijn er ook geen professionals: alleen individuen die op zoek zijn naar een bepaald product of dienst en amateurs die graag chef-kok, klusjesman of taxichauffeur spelen. *Sharing economy* kan betrekking hebben op zeer eenvoudige initiatieven zoals een boormachine delen met je burens (of zelfs via een elektronisch platform zoals ‘spullendelen’) tot het verlenen van verschillende klusdiensten. Terwijl het recht niet in de weg zit van de meeste deelinitiatieven, begint het begrip van ‘sharing economy’ de grenzen van het recht op te zoeken.

Terwijl je gerust een lift kunt geven aan vrienden of kennissen tegen betaling, kan ‘taxichauffeur’ spelen op een vrijdagavond wel een ‘duur spelletje’ worden in Amsterdam, Berlijn of Brussel. Op 11 oktober 2014 werden vier Uber-chauffeurs aangehouden en beboet in Amsterdam. In samenwerking met het Openbare Minis-

15. J. Fagerberg, ‘Innovation: A Guide to the Literature’, in: J. Fagerberg, D.C. Mowery & R.R. Nelson (red.), *The Oxford Handbook of Innovation*, Oxford: Oxford University Press 2007, p. 4.
16. J. Orsi, *Practicing Law in the Sharing Economy: Helping People Build Cooperatives, Social Enterprise, and Local Sustainable Economies*, ABA 2012.

terie heeft de Inspectie Leefomgeving en Transport ('ILT') – de toezichthouder op het gebied van vervoer – besloten om 'mystery guests' UberPop-auto's te laten bestellen.<sup>17</sup> De ILT beschouwt UberPop als illegaal taxivervoer en heeft vier amateurtaxichauffeurs gearresteerd die het risico lopen om een boete te moeten betalen tot € 4200. Bij herhaling van de overtreding kan ook een dwangsom tot € 10.000 opgelegd worden. Uber heeft de actie van ILT bekritiseerd en beargumenteerd dat de App 'de taxibranche juist openbreekt', vooral in een stad waar een taxirit aanzienlijk duur is.<sup>18</sup> Dit is echter niet de eerste keer dat de amateurtaxichauffeurs van Uber beboet worden. In België, Duitsland en in de Verenigde Staten ligt de regulering (of juist het gebrek aan passende regels) van Uber en andere deelinitiatieven onder vuur. Aan de ene kant betogen de start-ups achter deze innovatieve diensten dat ze innovatief zijn, lagere prijzen en nieuwe producten bieden aan de consument. Bestaande wetgeving is volgens Uber en andere apps verouderd en niet geschikt om innovatieve diensten te reguleren. Aan de andere kant protesteren de professionals die gelijkwaardige diensten aanbieden dat er hier sprake is van oneerlijke mededinging, schending van de regels omtrent veiligheid, verplichte aansprakelijkheidsverzekering en bescherming van volksgezondheid. Een amateurchef-kok die zijn privé-keuken omzet in een succesvol quasi-cateringbedrijf wordt niet regelmatig geïnspecteerd door de Nederlandse Voedsel- en Warenautoriteit, de Inspectie SZW en de Inspectie Leefomgeving en Transport. Dit betekent ook dat de hygiëne en kwaliteit van de gebruikte ingrediënten niet worden gecontroleerd, wat de gezondheid van zijn klanten in gevaar kan brengen.<sup>19</sup> We kunnen echter beargumenteren dat deze klanten lagere verwachtingen hebben, maar is dit wel zo? Moeten er geen regels zijn om bepaalde risico's te beperken? Hoe kunnen we een 'kans bieden' aan *sharing economy* en tegelijkertijd de balans tussen innovatie en andere belangen verbeteren?

In de volgende paragraaf bespreek ik de rol van de wetgever, toezichthouders en bestuursrechters in deze ogenschijnlijke strijd tussen 'innovatie' en 'andere belangen' die het recht – vaak het bestuursrecht – dient te beschermen. Deze analyse gaat niet alleen over een belangenafweging maar zij is ook een poging om nieuwe betekenis te geven aan bestaande rechtsregels en te garanderen dat het recht evolueert samen met de maatschappij. In de volgende paragraaf gaan we ook op zoek naar verschillende perspectieven en instrumenten om het recht te 'moderniseren'.

### 2.3 **Sharing economy en het recht: oude wijn in nieuwe zakken of nieuwe wijn in nieuwe zakken?**

Tot nu toe zijn deelinitiatieven ongereguleerd gebleven. Toch wordt dit gebrek aan regels niet geaccepteerd door de verleners van professionele diensten die beweren dat de Uber en Lyft schuldig bevonden moeten worden aan oneerlijke mededinging. Gecertificeerde taxiondernemers moeten verschillende tentamens afleggen, aanto-

17. Zie [www.volkskrant.nl/binnenland/uber-chauffeurs-via-mystery-guests-opgepakt-in-amsterdam~a3766899/](http://www.volkskrant.nl/binnenland/uber-chauffeurs-via-mystery-guests-opgepakt-in-amsterdam~a3766899/).

18. [www.volkskrant.nl/binnenland/uber-chauffeurs-via-mystery-guests-opgepakt-in-amsterdam~a3766899/](http://www.volkskrant.nl/binnenland/uber-chauffeurs-via-mystery-guests-opgepakt-in-amsterdam~a3766899/).

19. R. Belk, 'You are what you can access: sharing and collaborative consumption online' (2014) 67 *Journal of Business Research* 1595.

nen dat ze de steden goed kennen en veilig kunnen rijden, bepaalde keurmerken aanvragen en zich registreren bij de belastingdienst. Uber- en Lyftchauffeurs zijn vaak particulieren die hun eigen auto's gebruiken om extra geld te verdienen. Hetzelfde geldt voor hotels en restaurants: de exploitatie van horecabedrijven moet in overeenstemming zijn met het gemeentelijke bestemmingsplan en vereist de aanvraag van talloze vergunningen, zoals een drankvergunning (in verband met de Drank- en Horecawet), exploitatievergunning, omgevingsvergunning en zelfs een terrasvergunning. Hoeveel vergunningen heb je nodig om je huis elke week aan iemand anders te verhuren? Nul? Is dit innovatie? Misschien. Is dit wettelijk? Min of meer. Sinds februari staat Gemeente Amsterdam huiseigenaren toe hun woning tijdelijk te verhuren via Airbnb aan maximaal vier personen en voor twee maanden per jaar. Toch blijkt het dat de meeste Airbnb-huiseigenaren deze regels schenden en veiligheidsvoorschriften negeren. Gemeente Amsterdam wilde een innovatieve regelgever worden, toch blijkt deze aanpak moeilijk uitvoerbaar te zijn. Wat is de weg naar een effectieve regulering van innovatie, met name van sharing economy: 'moderne rechtsvorming' of nieuwe regels?

### 2.3.1 Nieuwe wijn in oude zakken

'Beter, sneller en gunstiger dan een taxi': zo begon de strijd tussen Uber en verschillende taxi- en autoverhuurbedrijven in 2013 in Duitsland. In april werd een rechtbank in Berlijn gevraagd om te beslissen of 'UberBlack' de *Personenbeförderungsgesetz* had geschonden.<sup>20</sup> UberBlack die limousines en andere luxueuze auto's aanbiedt werd in dit geval gekwalificeerd als een autoverhuurbedrijf. Volgens verschillende taxibedrijven zou Uber schuldig zijn aan oneerlijke mededinging. In dit geval moest de rechtbank analyseren of Uber onder het begrip van 'autoverhuurbedrijf' viel en zo ja, of een bestelling die via de 'Uber app' geplaatst werd onder het begrip 'telefonisch' viel. Mocht dat zo zijn, dan zou Uber de bovengenoemde wet overtreden. Volgens §49 alinea 4 lid 3 van de *Personenbeförderungsgesetz* wordt het verkeer met huurauto gedefinieerd als: *'het vervoer van passagiers met auto's die worden verhuurd voor het hele transport en waarmee de opdrachtgever ritten voert en het doel bepaalt'*. Voor het verkeer met verhuurde auto's geldt dat *'na de uitvoering van de transportopdracht (...) de huurauto onmiddellijk teruggebracht [moet] worden naar de plaats van het bedrijf (...), tenzij [de auto] voorafgaand aan de reis van zijn plaats van vestiging of tijdens het rijden telefonisch [al besteld werd voor] een nieuwe transportopdracht'*. Volgens § 49 alinea 4 lid 2 van deze wet mogen huurauto's niet aangeboden worden op openbare plaatsen en dienen ze teruggebracht te worden na elke rit. In het geval van Uber worden alle bestellingen geplaatst terwijl de auto's aan het rijden zijn en niet geparkeerd staan in een centrale. In deze zaak heeft Uber beweerd dat het bedrijf geen auto's bezat en geen chauffeurs in dienst had. Uber was 'een simpele app die mensen met elkaar in contact bracht'. Om te beslissen of de bovenstaande regels van toepassing waren moest de Berlijnse rechtbank twee begrippen interpreteren: 'autoverhuur' en 'telefonisch'. De rechtbank heeft het grammaticale element genomen als uitgangspunt en beide begrippen geïnterpreteerd in het kader van de nieuwe technologieën. De rechtbank heeft Uber verboden vanwege strijd met de bovengenoemde regels. Hoewel er meerdere overeenkomsten zijn tussen UberBlack

20. Rb. LG Berlin 11 April 2014 – 15 O 43/14, beschikbaar op [www.beckonline.de](http://www.beckonline.de).

en ‘gewone’ autoverhuurbedrijven, vinden we dat de rechtbank verbazingwekkend weinig uitleg heeft gegeven over de interpretatie van deze begrippen.

Op 25 augustus 2014 heeft het Landgericht van Frankfurt am-Main beslist dat Uber niet meer actief mocht zijn in Duitsland.<sup>21</sup> Uber werd gekwalificeerd als ‘concurrent’ van de taxibedrijven die een kort geding hadden aangespannen tegen dit bedrijf. De rechtbank in Frankfurt vond dat Uber die zonder vergunningen rijdt, niet voldeed aan regels die bedoeld zijn om de klanten te beschermen. Er was namelijk geen technische controle op het voertuig noch was er een gezondheidscheck van de bestuurder.

Er worden allerlei vergunningen vereist voor de exploitatie van een hotel of het rijden van een taxi, maar de ‘helden’ van de ‘sharing economy’ weigeren om aan deze eisen te voldoen. Ze beweren dat ze andere diensten aanbieden en dat andere regels voor hen moeten gelden: een UberPop-/UberX-auto zou niet gekwalificeerd mogen worden als ‘een taxi’, een Airbnb-studio, slaapkamer of tuinhuis is geen ‘hotelkamer’.

Tot nu toe hebben rechters de neiging gehad om deze begrippen breed te interpreteren zonder te belichten of het doel en de strekking van de rechtsnormen een rol hebben gespeeld of dat alleen de betekenis naar gewoon spraakgebruik of gangbare juridisch technische betekenis in acht werd genomen (zie infra).<sup>22</sup> Er wordt ook niet verwezen naar het innovatieve karakter van deze deelinitiatieven.

Het grammaticale element – ondanks zijn beperkingen<sup>23</sup> – brengt zekerheid met zich mee: ‘*words have a limited range of meaning and no interpretation that goes beyond that range is permissible*’, verkondigt Antonin Scalia.<sup>24</sup> Dit is ook duidelijk als wij de definities in de Wet Personenvervoer 2000 analyseren: hier is ‘taxivervoer: personenvervoer per auto tegen betaling, niet zijnde openbaar vervoer’. Een letterlijke interpretatie van artikel 76 van deze wet zou er ook weinig twijfels over laten bestaan: ‘Het is verboden taxivervoer te verrichten zonder een daartoe door Onze Minister verleende vergunning’. Hoewel ‘taal het instrument van het recht [is], kan het ook een struikelblok zijn (...) [vooral] als een rechtsnorm verouderd is’. In zulke gevallen ‘kunnen we ons afvragen of het de taak van de rechter is om wetteksten uit te leggen’ en in te vullen<sup>25</sup> want in 2000 zou geen enkele wetgever ooit de aankomst en de voordelen van Uber kunnen hebben voorzien.

Als regelgeving verouderd is, kunnen we ons afvragen of rechters ‘gelegenheids-’ of occasionele wetgevers kunnen worden en wetgeving kunnen updaten. Rechters (en vooral bestuursrechters) zijn wel beperkt in deze poging om wetgever ‘te spelen’. Zoals Richard Posner toelicht is de ruimte waar rechters recht kunnen vormen be-

21. Landgericht Frankfurt am Main 3. Zivilkammer, Aktenzeichen 2-03 O 329/14, Beschluss, 25 August 2014. Uber is in beroep gegaan en mag inmiddels weer rijden in Duitsland. De huidige juridische situatie en status van Uber zijn echter nog steeds onduidelijk.

22. J.A. Pontier, *Rechtsvinding*, Nijmegen: Aers Aequi 1998, p. 30-31.

23. J.B.M. Vranken, *Kritiek en Methode van Rechtsvinding*, Deventer: Kluwer 1978, p. 231 en p. 267-268.

24. A. Scalia, *A Matter of Interpretation: Federal Courts and the Law*, Princeton University Press 1997, p. viii.

25. J.A. Pontier, *Rechtsvinding*, Nijmegen: Aers Aequi 1998, p. 30.

grensd door ‘redelijkheid’: deze ruimte van redelijkheid verwijst niet alleen naar de marginale toetsing van bestuursrechters, maar ook naar de ruimte die de bestuursrechter beschikt ‘to decide a case without disgracing himself’.<sup>26</sup> Deze ruimte is afhankelijk van de positie van de rechter binnen de rechterlijke macht (‘hoe hoger, des te groter zijn macht om recht te vormen’), zijn ervaring, het rechtsgebied en de aanwezigheid van emoties of een sterke publieke opinie.<sup>27</sup> Aan rechtsvorming hebben (bestuurs)rechters tot nu toe niet gedaan. Het belang van innovatie wordt ook buiten beschouwing gelaten. Toch impliceert het ‘vinden van het recht’ dat concrete omstandigheden in acht worden genomen en belangen worden afgewogen. Ook het belang van innovatie en de bevordering van concurrentie op een markt door middel van lagere prijzen en meer aanbod. Een teleologische interpretatie van regels waar de nadruk gelegd zou worden op de doelen en de strekking van regels zou hier nuttig kunnen zijn. Toch zou het duidelijk moeten worden waarom bepaalde vergunningen vereist worden en of Uber en andere vergelijkbare *sharing economy*-platforms en dienstverleners aan zulke eisen voldoen ‘op hun eigen manier’.

### 2.3.2 Nieuwe wijn zonder zakken?

De bovengenoemde vergunningen weerspiegelen de ordenende en sturende functies van de overheid en afhankelijk van het onderwerp dienen ze de volksgezondheid, verkeersveiligheid of openbare orde te beschermen.<sup>28</sup> Toch zijn de regels omtrent deze vergunningen gebaseerd op statische begrippen die de werkelijkheid van twintig of dertig jaar geleden beoogden. Inmiddels zijn er innovatieve vormen van ‘hotels’ en ‘vervoer’ verschenen die net wel en net niet onder deze begrippen vallen: kan je woonkamer beschouwd worden als een hotelkamer? Kun je een lift tegen betaling geven aan een vreemde of word je automatisch gekwalificeerd als een snorder? Innovatie zet deze begrippen onder druk en vraagt om een nieuw en innovatiever perspectief op het (bestuurs)recht dat innovatie ziet als een van de vele belangen die beschermd en afgewogen moet worden.

Toezichthouders hebben tot nu toe terughoudendheid betracht bij deelinitiatieven. Onze amateurtaxichauffeurs zijn wellicht de helden van de jonge inwoners van kosmopolitische steden zoals New York, Washington, DC, Londen en Berlijn die minder willen betalen voor een taxirit. Toch kunnen deze ‘helden’ het leven van hun klanten in gevaar brengen, volgens de toezichthouders. In 2014 heeft de Pennsylvania Public Utility Commission een last onder dwangsom opgelegd in Pittsburgh aan Uber en Lyft. De toezichthouder heeft dit besluit gemotiveerd aan de hand van de risico’s voor de veiligheid van het verkeer en de passagiers. Bovendien hadden de chauffeurs van Uber en Lyft de verplichte vergunningen (‘certificate of public convenience’) niet aangevraagd bij de Pennsylvania Public Utility Commission.<sup>29</sup> Toezichthouders kunnen echter een andere rol spelen in dit verhaal.

26. R.A. Posner, *How Judges Think*, Harvard University Press 2008, p. 79-81 en p. 86-87.

27. R.A. Posner, *How Judges Think*, Harvard University Press 2008, p. 86.

28. L.A. Geelhoed, *De interveniërende staat: aanzet voor een instrumentenleer*, Den Haag: Staatsuitgeverij 1983, p. 6-9.

29. J. Nath, PUC Issues Cease and Desist Orders for Uber, Lyft, 90.5 WESA News (2 juli 2014), <http://wesa.fm/post/puc-issues-cease-and-desist-orders-uber-lyft>.



De tocht naar de actualisering van het bestuursrecht is lang en moeizaam en zij bestaat uit twee wegen: aan de ene kant moet begrepen worden dat dankzij innovatie (ogenschijnlijk) objectieve begrippen zoals 'hotel' vaag worden en worden we geconfronteerd met onverwachte beoordelingsruimte. Toezichhouders moeten feiten juridisch kwalificeren en beslissen welke innovatieve verschijnselen onder de wettelijke begrippen vallen, of ze inspecties moeten organiseren of niet. Toezichhouders en andere bestuursorganen zijn afhankelijk van bestaande wetgeving, maar als ze gevraagd worden om vage begrippen te interpreteren, kunnen ze eerst de voor- en nadelen van *sharing economy* tegen de andere belangen die bestuursrecht dienen te beschermen, afwegen.

### 2.3.3 Nieuwe wijn en nieuwe zakken

In augustus 2014 heeft de Maryland Public Service Commission beslist dat Uber Technologies moest voldoen aan dezelfde eisen als 'andere autoverhuurbedrijven' in die deelstaat. Toch heeft de toezichhouder een belangrijke stap genomen door toe te geven dat 'moderne regels noodzakelijk waren' want 'sinds de invoering van de bestaande regels hebben verschillende technologische ontwikkelingen zich voorgedaan'. Hoewel dit bestuursorgaan vond dat deze regels op UberBlack en UberSUV van toepassing waren, heeft de Maryland Public Service Commission aangekondigd dat er nieuwe regels tot stand moeten komen binnen 90 dagen.<sup>30</sup> In Colorado, specifieke regels op het gebied van 'ride-sharing' zijn in juni 2014 ingevoerd. Met de invoering van deze regels tracht de wetgever van deze deelstaat innovatie te bevorderen en tegelijkertijd verkeersveiligheid te waarborgen. Uber en Lyft zijn o.a. verplicht om een speciale verzekering aan te schaffen voor alle ritten.<sup>31</sup> Dit is een eerste stap, maar het is een stap die de wetgever niet alleen hoeft te zetten. Toezichhouders en bestuursrechters kunnen ook een bijdrage leveren aan het moderniseren van het publiekrecht.

## 2.4 Conclusie

Hoewel deelinitiatieven geen inventies van onze tijd zijn, hebben nieuwe technologieën de toegang tot verscheidene faciliteiten, diensten en producten verbeterd. We zijn nu getuige van een nieuwe democratische trend: toegang in plaats van eigendom. *Sharing economy* brengt de meerdere voordelen van innovatie met zich mee. Toch is zij – zoals andere vormen van innovatie – gecompliceerd en 'eigenwijs'. Bestaande regels die geschreven werden voor de relatie tussen professionals en consumenten blijken excessief te zijn in het kader van *sharing economy* en kunnen in de weg staan van innovatie. Bijvoorbeeld wanneer alle Uber-chauffeurs taxivergunningen zouden moeten aanvragen, dan zou UberPop/UberX even duur zijn als een taxi en zou deze app op korte termijn verdwijnen. Is het in een tijd waar iedereen gebruik kan maken van GPS, nog steeds evenredig om van taxichauffeurs

30. Zie persbericht van de Maryland Public Service Commission, Maryland PSC finds that Uber is a Common Carrier, Onders Modern Regulation for Non-Taxi Cab for Hire Carriers (6 augustus 2014) [http://webapp.psc.state.md.us/Intranet/sitesearch/Whats\\_new/Maryland%20PSC%20Finds%20that%20Uber%20is%20a%20Common%20Carrier.pdf](http://webapp.psc.state.md.us/Intranet/sitesearch/Whats_new/Maryland%20PSC%20Finds%20that%20Uber%20is%20a%20Common%20Carrier.pdf).

31. Zie de volledige tekst van het wetsvoorstel op [www.leg.state.co.us/Clitics/CLICS2014A/csL.nsf/ffsbill-cont3/70364091166B28FC87257C4300636F6B?Open&file=125\\_enr.pdf](http://www.leg.state.co.us/Clitics/CLICS2014A/csL.nsf/ffsbill-cont3/70364091166B28FC87257C4300636F6B?Open&file=125_enr.pdf).

te verwachten dat ze alle straten uit hun hoofd leren? Hebben we een vergunning hiervoor nodig? Als we willen dat het recht werkelijk evolueert, moeten we rekening houden met de nieuwe technologische en maatschappelijke ontwikkelingen en concrete voorstellen doen. Zo zouden we bijvoorbeeld minder veeleisende vergunningen of een andere vorm van toezicht voor *sharing economy*-initiatieven kunnen voorstellen.

De evolutie van het recht is tevens de taak van de rechter die ook moderne regels voor onze samenleving moet proberen te vinden. De (bestuurs)rechter kan ook het publiekrecht in beweging zetten met een rechtsvormingsmethode die niet alleen naar het grammaticale element kijkt, maar verouderde wetgeving probeert te belichten en meer aandacht besteedt aan het doel en de strekking van de rechtsnormen en de belangen die afgewogen moeten worden. 'Elke rechtsstrijd is tevens een belangenstrijd',<sup>32</sup> maar in het geval van *sharing economy*, gaat het om de strijd tussen risico's en mogelijkheden (innovatie), het verleden en de toekomst, 'het hebben' en 'het (kunnen) delen'.

---

32. J.A. Pontier, *Rechtsvinding*, Nijmegen: Ars Aequi 1998, p. 46.