

Regulering van Airbnb in relatie tot de Grondwet, mensenrechtenverdragen en de EU-regelgeving

1. Reikwijdte van de autonome regelgevende bevoegdheid van de gemeente

Volgens artikel 124, eerste lid, van de Grondwet wordt de bevoegdheid tot regeling en bestuur inzake hun huishouding aan de besturen van de gemeente overgelaten. Dit zijn de zogenaamde autonome bevoegdheden van de gemeente. Deze autonome bevoegdheid houdt in, dat het de gemeente in beginsel vrij staat iedere activiteit te ondernemen die zij in het belang van de gemeente nodig oordeelt.

In beginsel heeft de gemeenteraad verordenende bevoegdheid voor haar grondgebied ten aanzien van openbare belangen¹ voor zover er geen uitputtende hogere regeling is die de behartiging van dat belang ter hand heeft genomen of de Grondwet het onderwerp ter regeling heeft voorbehouden aan de formele wetgever².

Regelt een verordening dezelfde materie vanuit een ander motief, dan is geen sprake van regeling van hetzelfde onderwerp. Met andere woorden: de uitputtendheid van de hogere regeling doet er dan niet aan af dat vanuit een ander motief over datzelfde onderwerp toch regels in een gemeentelijke verordening kunnen worden gesteld³. De gemeentelijke regeling met een ander motief mag dan echter niet in strijd zijn met de hogere wet- en regelgeving en mag evenmin de goede werking van die wet- en regelgeving doorkruisen⁴. Dit geldt ook voor privaatrechtelijke handelingen zoals bijvoorbeeld convenanten. Om te bepalen of een regeling of privaatrechtelijke handeling een hogere regeling op onaanvaardbare wijze doorkruist, moet onder meer worden gelet op inhoud en strekking van de hogere regeling en op de wijze waarop en de mate waarin in die hogere regeling de belangen van de burgers zijn beschermd.

Indien een meld- of vergunningsplicht voor toeristische verhuur geen aanvullende eisen ten opzichte van de Woningwet en het Bouwbesluit stelt aan het gebouw, geen betrekking heeft op woonruimteverdeling, wat uitputtend geregeld is in de Huisvestingswet 2014, en geen regels bevat over woonruimtevoorraadbeheer die de desbetreffende bepalingen in de Huisvestingswet 2014 doorkruisen, kunnen gemeenten in het kader van leefbaarheid autonome regelgevende bevoegdheid hebben en zo een verplichting opnemen in de APV zonder grondslag in de wet in formele zin. Echter de vraag is dan of er een grondwettelijke bepaling is die dit uitsluit⁵.

2. Artikel 10 van de Grondwet

Bij de vraag of een meld- of vergunningplicht voor het aanbieden van een (deel) van de woning via Airbnb mogelijk is op basis van een APV-bepaling zonder een specifieke grondslag in de wet in formele zin (de zogenoemde ondergrens van artikel 149 van de Gemeentewet), moet onderzocht worden of zo een meld- of vergunningsplicht gezien kan worden als een inbreuk op de persoonlijke levenssfeer, zoals neergelegd in artikel 10 van de Grondwet⁶.

Wat onder de persoonlijke levenssfeer en de eerbiediging daarvan is begrepen, is in de grondwetsgeschiedenis slechts beperkt en tijdgebonden beantwoord. De kern van het recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer is de bescherming van het recht op persoonlijke en individuele autonomie, zowel in de afbakening van de privésfeer tot de publieke sfeer als in relatie tot de rechten en vrijheden van anderen⁷. In de memorie van toelichting wordt met enkele globale opmerkingen over inhoud en afbakening van het begrip persoonlijke levenssfeer in brede zin volstaan⁸. Als eerste komt de ruimtelijke dimensie van de persoonlijke levenssfeer aan bod: "het gebied waarbinnen elk individu vrij is en geen inmenging van anderen behoeft te dulden". Daarbij gaat het vooral om het huis waarin iemand leeft⁹ namelijk het huisrecht, het recht om anderen de toegang tot de woning te ontzeggen, en het waarnemen, registreren en openbaar maken met behulp van technische

¹ Artikel 124, eerste lid van de Grondwet

² E. Brederveld, Gemeenterecht, zevende druk, Kluwer, 2005 p. 121 ev.

³ S.A.J. Munneke, Gemeentestem 2006, 170

⁴ Hoge Raad 23 december 1980, AB 1981, 237

⁵ Kamerstukken II 1988/89, 19 403, nr. 10, p. 188

⁶ ABRvS 28 augustus 1995, AB 1996, 204

⁷ G. Overkleeft-Verburg, in de Grondwet, Tjeenk Willink, Deventer 2000, p. 156

⁸ G. Overkleeft-Verburg, Wetenschappelijk commentaar Artikel 10 Grondwet, p. 10

⁹ M. Vols, Woonoverlast en het recht op privéleven, Boom Juridische uitgevers, 31 oktober 2013, p. 19

apparatuur door derden van hetgeen in de woning gebeurt, evenals: “sommige gewoonten, gedragingen, contacten, abonnementen, lidmaatschappen en bepaalde aspecten van het gezinsleven”. Het recht op bescherming van de persoonlijke levenssfeer beschermt dat deel van het privéleven dat zich binnen de woning afspeelt¹⁰. Vervolgens wordt gerefereerd aan een verklaring van de Raad van Europa, waarin het recht op privacy is omschreven als: “het recht zijn eigen leven te leiden met zo weinig mogelijk inmenging van buitenaf”. Deze aanduidingen voorzien in een normatieve oriëntatie van de werking van het grondrecht op persoonlijke levenssfeer, maar zijn te vaag om het toepassingsbereik ervan in concreto voldoende af te kunnen bakenen. Door het open geformuleerde karakter van dit grondrecht blijft de waarborgfunctie ervan min of meer onbepaald. De nadere verbijzondering hiervan is door de grondwetgever uitdrukkelijk doorgeschoven naar de wetgever en de rechter.¹¹

Wat onder woning verstaan wordt, is tijdens de parlementaire behandeling van artikel 10 van de Grondwet niet besproken, wel bij de totstandkoming van de Algemene wet op het binnen treden¹². De bewoningswil van de bewoner maakt dat een woning als woning kan worden bestempeld¹³. Een woning die als zodanig in gebruik is (het huis waarin men leeft¹⁴), behoort volgens de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State naar haar aard tot de persoonlijke levenssfeer van haar bewoners, hieraan kan niet afdoen de omstandigheid dat die woning daarnaast nog een andere functie vervult. De tijdelijke afwezigheid van de bewoner van een woning leidt er niet toe dat aan die ruimte de woningstatus ontvalt¹⁵.

De vraag is bij toeristische verhuur of de woning als zodanig in gebruik is. Onder een woning wordt verstaan een ruimte die feitelijk in gebruik is als woning. Lokaliteiten die doorgaans niet te boek staan als woning, zoals een schuur, garage, berging, keet of schip moeten soms toch als woning worden aangemerkt. Dat is het geval als zij feitelijk door de gebruikers als woning in gebruik zijn¹⁶. Andersom kan het voorkomen dat een pand te boek staat als woning, maar uitsluitend voor andere doeleinden in gebruik is. Een dergelijk pand zal dan niet langer de bescherming genieten die artikel 10 van de Grondwet aan woningen toekent. Gelet op het fundamentele belang van het in geding zijnde grondrecht, mag men aannemen dat zich niet snel een situatie zal voordoen die rechtvaardigt dat een als woning te boek staand pand niet langer onder de bescherming van artikel 10 van de Grondwet valt¹⁷. Dat zou het geval kunnen zijn indien de woning in kwestie helemaal aan de persoonlijke levenssfeer van de bewoners is onttrokken. In verband met toeristische verhuur is het moeilijk om hierover uitsluitsel te geven. In gevallen waarin een deel van de woning wordt bewoond en één of enkele kamers worden aangeboden voor toeristische verhuur, zal deze woning de bescherming kunnen genieten van artikel 10 van de Grondwet.

Indien de woning onder de bescherming van artikel 10 van de Grondwet valt, is het vervolgens de vraag of door het instellen van een plicht tot het melden van toeristische verhuur een inbreuk wordt gemaakt op de persoonlijke levenssfeer van de bewoners. Dit is mede afhankelijk van de eisen die verbonden worden aan zo een meld- of vergunningsplicht en welke gegevens moeten worden aangeleverd. Hoe verder die verplichtingen ingrijpen op hetgeen een bewoner in de woning mag doen in zijn woning (aantal personen, tijdstippen, al dan niet tegen betaling, ...) hoe sneller sprake is van een inbreuk op artikel 10 van de Grondwet.

Dit betekent niet dat er geen meld- of vergunningsplicht voor toeristische verhuur mogelijk is, alleen betekent dit dat zo een inbreuk alleen mogelijk is indien daarvoor dat bij wet in formele zin is mogelijk gemaakt. Bij zo een wettelijke beperking moet uiteraard de noodzaak, effectiviteit en proportionaliteit van de inbreuk gerechtvaardigd kunnen worden.

Gezien het ontbreken van jurisprudentie over het gebruik van de woning voor toeristische verhuur of gelijkaardige activiteiten in relatie tot artikel 10 van de Grondwet, zal uiteindelijk de rechter moeten beoordelen of een meldplicht voor toeristische verhuur die is opgenomen in een APV, zonder specifieke grondslag in de wet in formele zin, een inbreuk oplevert op artikel 10, eerste lid van de Grondwet.

¹⁰ M. Vols, Woonoverlast en het recht op privéleven, Boom Juridische uitgevers, 31 oktober 2013, p. 19

¹¹ Kamerstukken II, 1975/76, 13 872, nr. 3, p. 41

¹² M. Vols, Woonoverlast en het recht op privéleven, Boom Juridische uitgevers, 31 oktober 2013, p. 19

¹³ Kamerstukken II, 1984/85, 19 703, nr. 3, p. 19

¹⁴ HR 9 januari 1987, NJ 1987, 928

¹⁵ HR 4 januari 1972, NJ 1972, 121 en HR 19 juni 2001, NJ 2001, 574

¹⁶ HR 19 juni 2001, NJ 2001, 574; HR 17 mei 1974, NJ 1975, 238 en HR 3 oktober 1995, NJ 1996, 219

¹⁷ M. Vols, Woonoverlast en het recht op privéleven, Boom Juridische uitgevers, 31 oktober 2013, p. 22

Aangenomen mag worden dat voor een meld- of vergunningsplicht waaraan regels verbonden zijn die het privéleven van de bewoner kunnen aantasten een grondslag in de wet in formele zin vereist is.

Als niemand meer woont in de woning en deze alleen als Airbnb-accommodatie wordt verhuurd, is er geen sprake meer van een woningfunctie en ligt een inbreuk op artikel 10 van de Grondwet, minder voor de hand. Als de bewoner in de woning verblijft tijdens de verhuur (een hosted stay) zal er bijna zeker sprake zijn van een woning en zal een meld- of vergunningsplicht bijna zeker een beperking inhouden van artikel 10 van de Grondwet. Indien de bewoner soms wel in de woning woont, maar tijdens de tijdelijke verhuur niet (unhosted stay). Dan zal in lijn met hetgeen het Europees Hof voor de rechten van de Mens in de zaak *Gillow vs. United Kingdom*¹⁸ heeft beslist, een grote kans bestaan dat een meldings- of vergunningsplicht een inbreuk is op het recht van artikel 10 van de Grondwet.

3. Eigendomsrecht

Een meld- of vergunningsplicht kan ook een beperking of regulering inhouden van het eigendomsrecht. Dit recht is beschermd in het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (EVRM)¹⁹. Een beperking of regulering vanuit de overheid is mogelijk indien deze inmenging gerechtvaardigd is. Daarbij is van belang dat de inmenging bij wet is voorzien, in het algemeen belang en onder de voorwaarden voorzien in de wet en in de algemene beginselen van internationaal recht is en die beperking proportioneel is. Dat een dergelijke beperking moet voorzien zijn bij wet houdt in dat de inmenging niet in strijd mag zijn met het rechtszekerheidsbeginsel en met het verbod van willekeur²⁰. Het begrip "bij wet" is ruimer dan alleen bij wet in formele zin. Het omvat ook gemeentelijke verordeningen en zelfs beleidsregels als deze maar voldoende kenbaar, toegankelijk en voorzienbaar zijn²¹. Dit houdt tevens in dat de beperking voldoende precies moet zijn omschreven²². Het zou dus mogelijk zijn op basis van het EVRM om het eigendomsrecht via een bepaling in een APV, zonder grondslag in de wet in formele zin, te reguleren door middel van een meld- of vergunningsplicht. Daarbij dient wel opgemerkt te worden dat in zulk een verordening onderbouwd zal moeten worden waarom deze regulering noodzakelijk en proportioneel is.

4. De Dienstenrichtlijn en de Dienstenwet

De richtlijn elektronische handel (Richtlijn 2000/31/EG) is niet van toepassing op de vereisten die gesteld worden aan de aanbieders van accommodatie omdat de aanbieders geen dienst van de informatiemaatschappij leveren.

Indien de platforms zelf een dienst verlenen "die gewoonlijk tegen vergoeding, langs elektronische weg, op afstand en op individueel verzoek van een afnemer wordt verricht"²³, bieden zij een dienst van de informatiemaatschappij aan. Dan kunnen zij niet afhankelijk worden gesteld van een voorafgaande vergunning of enige andere vergelijkbare vereiste die specifiek en exclusief op die diensten²⁴ is gericht. Daarnaast kunnen alleen onder beperkte omstandigheden en aan de hand van een specifieke procedure voorschriften worden opgelegd aan platforms die dergelijke diensten grensoverschrijdend verlenen vanuit een andere lidstaat²⁵.

¹⁸ *Willow vs United Kingdom*, EHRM 24 november 1986, App. No. 9063/80

¹⁹ Artikel 1 van het Eerste Protocol bij het Verdrag voor de Rechten van de Mens

²⁰ Zie bijv. EHRM 9 november 1999, *Spacek s.r.o. t. Tsjechië*, RJD 1999, EHRM 1999, 8, m.nt. Heringa en EHRM 30 mei 2000, *Belvedere Alberghiera S.r.l. t. Italie*, RJD 2000, EHRM 2000, 59, m.nt. Janssen

²¹ Zie EHRM 26 april 1979, NJ 1980, 146 (*Sunday Times*), EHRM 2 augustus 1984, NJ 1988 m.nt. P. van Dijk (Malone), EHRM 24 april 1990, NJ 1991, 523 m.nt. EJD (Huvig-Kruslin), EHRM 28 oktober 1994, NJ 1995, 509 m.nt. Kn. (Murray) en EHRM 29 augustus 1997, 1999, 710 m.nt. EJD (Worm). Zie voor gevallen waarin niet aan deze kwaliteitscriteria werd voldaan: EHRM 26 april 1991, NJ 1993, 710 (Asch) en EHRM 15 november 1996, NJ 1998, 488 m.nt. Kn. (Domenichini). Zie ook: G. Overkleeft-Verburg, Het grondrecht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer, in A.K. Koekok, *De Grondwet, een systematisch en artikelsgewijs commentaar*, Deventer 2000, p. 155-178

²² T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik, *De eigendomsbescherming van artikel I van het Eerste Protocol bij het EVRM en het Nederlandse bestuursrecht*, JB Plus, 2003, p. 5

²³ Zie artikel 2, onder a), van Richtlijn 2000/31/EG en artikel 1, lid 1, onder b), van Richtlijn EU2015/1535. Zie ook bijlage I bij deze laatste richtlijn voor een indicatieve lijst van diensten die niet onder deze definitie vallen.

²⁴ Zie artikel 4 van de Richtlijn elektronische handel

²⁵ Zie artikelen 2 en 3 van de Richtlijn elektronische handel. Er kan alleen een uitzondering worden gemaakt op het oorsprongslidbeginsel voor de vrijheid om diensten van de informatiemaatschappij grensoverschrijdend aan te

Krachtens het EU-recht, in het bijzonder de fundamentele vrijheden van het Verdrag en de Dienstenrichtlijn²⁶, mogen er aan dienstverleners geen vereisten inzake markttoegang of andere vereisten (zoals vergunningsregelingen en verplichte licenties) worden opgelegd, tenzij deze vereisten niet-discriminerend werken, noodzakelijk zijn om een duidelijk geïdentificeerde doelstelling van algemeen belang te dienen²⁷ en in verhouding staan tot het realiseren van deze doelstelling (dat wil zeggen dat er niet meer vereisten mogen worden opgelegd dan strikt noodzakelijk is)²⁸. Dit geeft de eigenaar in beginsel bevoegdheid om de woning in elke gewenste vorm te verhuren.²⁹

Absolute verboden en kwantitatieve beperkingen van een activiteit worden normaliter als uiterste maatregel opgelegd. Zij mogen alleen worden toegepast wanneer er geen minder beperkende vereisten kunnen worden gebruikt om een legitieme doelstelling van algemeen belang te realiseren. Zo is een verbod op de verhuur van appartementen voor korte perioden algemeen moeilijk te rechtvaardigen wanneer deze vorm van verhuur tot een maximaal aantal dagen per jaar kan worden beperkt.³⁰

Ten aanzien van een meld- of vergunningsplicht voor toeristische verhuur zijn tevens de Dienstenrichtlijn (Richtlijn 2006/123/EG) en de Dienstenwet van toepassing. Aanbieders van toeristische verhuur verrichten een dienst in de zin van de dienstenrichtlijn (leveren een prestatie in ruil voor een financiële tegenprestatie).

Een meld- of vergunningsplicht treft de in Nederland gevestigde dienstverrichters. Dat betekent dat hoofdstuk III van de Dienstenrichtlijn van toepassing is, in het bijzonder de artikelen 9, 14 en 15 die zien op de vestiging van dienstverrichters en op eisen en vergunningstelsels die van toepassing zijn op gevestigde dienstverrichters.

Indien de duur van verhuur in een gegeven jaar wordt beperkt tot bij voorbeeld 60 dagen is dat een kwantitatieve beperking van de dienstverlening in de zin van artikel 15, tweede lid, onderdeel a, van de Dienstenrichtlijn. Het stellen van een dergelijke eis moet worden gerechtvaardigd aan de hand van de criteria van artikel 15, eerste en derde lid, van de Dienstenrichtlijn. Kern van deze rechtvaardiging is dat moet worden aangetoond welke dwingende redenen van algemeen belang met deze beperking wordt gediend, waarom het noodzakelijk is, waarom het proportioneel is en tevens moet worden onderbouwd dat de beperking non-discriminatoire is. Een dwingende reden van algemeen belang moet zien op publieke belangen en niet op economische belangen. Tot slot is er een verplichting tot notificatie bij de Europese Commissie van een dergelijke beperking ingevolge artikel 15, zevende lid, van de dienstenrichtlijn.

Bij een meldplicht in de vorm van een jaarlijkse registratieverplichting kan er sprake zijn van een vergunningstelsel in de zin van artikel 9 van de Dienstenrichtlijn. Ook hier geldt dat een dergelijke vergunning gerechtvaardigd moet worden op grond van een dwingende reden van algemeen belang, noodzakelijk en proportioneel moet zijn. Daarbij moet in het bijzonder worden stilgestaan bij de vraag waarom een vergunning/melding ex ante nodig is in plaats van controle achteraf. Voor artikel 9 van de Dienstenrichtlijn geldt geen notificatieverplichting.

5. Conclusie

Een meld- of vergunningsplicht voor toeristische verhuur die geen aanvullende eisen stelt ten opzichte van de Woningwet en het Bouwbesluit, geen betrekking heeft op woonruimteverdeling, hetgeen uitputtend geregeld is in de Huisvestingswet 2014, en geen regels bevat over woonruimtevoorraadbeheer die de desbetreffende bepalingen in de Huisvestingswet 2014 doorkruisen

bieden wanneer er een dreiging of ernstig risico bestaat dat een van de volgende vier doelstellingen wordt ondergraven: de openbare orde, de bescherming van de volksgezondheid, de openbare veiligheid (met inbegrip van het waarborgen van de nationale veiligheid en defensie), en de bescherming van consumenten. In dergelijk geval moeten de nationale maatregelen evenredig zijn en moeten bepaalde procedurele voorwaarden, waaronder kennisgeving aan de Commissie, worden geëerbiedigd.

²⁶ Zie de artikelen 9 en 16 van Richtlijn 2006/123/EG (de Dienstenrichtlijn) en de artikelen 49 en 56 van het Verdrag betreffende de werking van Europese Unie (VWEU)

²⁷ Zie artikel 4, punt 8, van de Dienstenrichtlijn voor een lijst met dwingende redenen van algemeen belang in het kader van die richtlijn.

²⁸ Zie overweging 39 en artikel 4, punt 6, van de Dienstenrichtlijn over het concept "vergunning"

²⁹ Rechtbank Amsterdam, 29 oktober 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:9967

³⁰ Mededeling van de Commissie aan het Europees Parlement, de Raad, het Europees Economisch en Sociaal Comité en het Comité van de Regio's, Een Europese agenda voor de deeleconomie, 2 juni 2016

en tevens uitsluitend ziet op woningen die permanent via Airbnb worden verhuurd, zou geregeld kunnen worden via de APV, zonder grondslag in de wet in formele zin. Zulk een meldingsplicht moet een dwingende reden van algemeen belang hebben, noodzakelijk, proportioneel en non-discriminatoir zijn. Door al deze beperkingen lijkt het niet mogelijk om zonder grondslag in de wet in formele zin een meld- of vergunningsplicht voor toeristische verhuur via Airbnb in te stellen.