

ECLI:NL:GHAMS:2019:1849

Instantie	Gerechtshof Amsterdam
Datum uitspraak	28-05-2019
Datum publicatie	11-06-2019
Zaaknummer	200.208.832/01
Formele relaties	Cassatie: ECLI:NL:HR:2021:527, (Gedeeltelijke) vernietiging met verwijzen
Rechtsgebieden	Civiel recht
Bijzondere kenmerken	Hoger beroep
Inhoudsindicatie	Het Bedrijfstakpensioenfonds voor de reisbranche vordert een verklaring voor recht dat de exploitant van het reserveringsplatform www.booking.com onder het begrip reisagent van de werkingssfeerbepaling van het Verplichtstellingsbesluit van 23 december 1996 (Stcrt. 1996 nr. 250) valt. Het hof oordeelt dat het exploiteren van een onlinereserveringsplatform niet valt onder het begrip bemiddelen bij de totstandkoming van overeenkomsten.
Vindplaatsen	Rechtspraak.nl PJ 2019/87 met annotatie van B. Degelink AR-Updates.nl 2019-0620 PR-Updates.nl PR-2019-0077 VAAN-AR-Updates.nl 2019-0620

Uitspraak

GERECHTSHOF AMSTERDAM

afdeling civiel recht en belastingrecht, team I

zaaknummer : 200.208.832/01

zaaknummer rechtbank Amsterdam : 4206523 CV EXPL 15-14703

arrest van de meervoudige burgerlijke kamer van 28 mei 2019

inzake

STICHTING BEDRIJFSTAKPENSIOENFONDS VOOR DE REISBRANCHE,

gevestigd te Utrecht,

appellante,

advocaat: mr. N.A. de Leeuw te Alphen aan den Rijn,

tegen

BOOKING.COM B.V.,

gevestigd te Amsterdam,

geïntimeerde,

advocaat: mr. S.F. Sagel te Amsterdam.

1 Het geding in hoger beroep

Partijen worden hierna Bpf Reisbranche en Booking.com genoemd.

Bpf Reisbranche is bij dagvaarding van 16 januari 2017 in hoger beroep gekomen van een vonnis van de kantonrechter in de rechtbank Amsterdam (hierna: de kantonrechter) van 30 december 2016, onder bovenvermeld zaaknummer gewezen tussen Bpf Reisbranche als eiseres en Booking.com als gedaagde.

Partijen hebben daarna de volgende stukken ingediend:

- memorie van grieven;
- akte aanvullende producties (37 t/m 58)
- memorie van antwoord met productie.

Partijen hebben de zaak ter zitting van het hof van 30 november 2018 doen bepleiten, Bpf Reisbranche door mr. De Leeuw voornoemd en mr. G.R. Derksen, advocaat te Enschede, en Booking.com door mr. Sagel voornoemd en mr. M. Warmerdam, advocaat te Amsterdam, aan de hand van pleitnotities die zijn overgelegd.

Bij deze gelegenheid hebben beide partijen nog stukken in het geding gebracht, Bpf Reisbranche de producties 59 tot en met 77 en Booking.com een als productie 32 genummerde USB stick.

Ten slotte is arrest gevraagd.

Bpf Reisbranche heeft geconcludeerd dat het hof het bestreden vonnis zal vernietigen en, opnieuw rechtdoende, voor recht zal verklaren dat Booking.com met ingang van 1 januari 1999, subsidiair vanaf 31 januari 2008, meer subsidiair vanaf de datum van het arrest of een door het hof te bepalen datum, verplicht is deel te nemen aan Bpf Reisbranche en, uitvoerbaar bij voorraad, Booking.com te veroordelen tot terugbetaling van het bedrag dat Bpf Reisbranche op grond van het bestreden vonnis aan Booking.com heeft voldaan, met veroordeling van Booking.com in de proceskosten van de procedure in eerste aanleg en in hoger beroep.

Booking.com heeft geconcludeerd tot bekrachtiging van het bestreden vonnis, met veroordeling, uitvoerbaar bij voorraad, van Bpf Reisbranche in de kosten van het geding in hoger beroep.

Beide partijen hebben in hoger beroep bewijs van hun stellingen aangeboden.

2 Feiten

- 2.1 Bpf Reisbranche, opgericht op 28 juni 1996, is een bedrijfstakpensioenfonds en heeft tot doel het uitkeren en het doen uitkeren van pensioenen aan de (gewezen) deelnemers en hun nabestaanden.
- 2.2 Bij besluit van de Staatssecretaris van Sociale Zaken en Werkgelegenheid van 23 december 1996 (Stcrt. 1996 nr. 250, hierna het verplichtstellingsbesluit) is deelneming in Bpf Reisbranche verplicht gesteld voor de werknemers van 21 tot en met 64 jaar die werkzaam zijn in de bedrijfstak van de reisbranche. Het verplichtstellingsbesluit is bij besluit van de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid van 31 januari 2008 gewijzigd (hierna het wijzigingsbesluit 2008). In beide besluiten staan de volgende gelijkkluidende begripsomschrijvingen:

Reisbranche:

de bedrijfstak waarin ondernemingen of onderdelen van ondernemingen werkzaam zijn die uitsluitend of in hoofdzaak het bedrijf uitoefenen van reisorganisator of reisagent;

Reisorganisator:

degene die in de uitoefening van zijn bedrijf op eigen naam al dan niet van tevoren georganiseerde reizen aanbiedt. Hieronder wordt tevens verstaan degene die in Nederland ten behoeve van al dan niet in Nederland afkomstige reizigers c.q. ten behoeve van niet in Nederland gevestigde reisondernemingen bemiddelt bij de uitvoering van reizen of onderdelen daarvan;

Reisagent:

degene die in de uitoefening van zijn bedrijf bemiddelt bij het tot stand komen van overeenkomsten op het gebied van reizen in de ruimste zin des woords, waaronder worden begrepen overeenkomsten inzake vervoer, verblijf en pakketreizen.

In het verplichtstellingsbesluit staat:

De onder de verplichtstelling vallende ondernemingen zijn de ondernemingen die zich uitsluitend of in hoofdzaak bewegen op het gebied van de Reisbranche. Dit wordt geacht het geval te zijn indien alle of het merendeel van de werknemers van de onderneming op het voornoemde gebied werkzaam is of op het verzoek van de onderneming als zodanig door het bestuur is aanvaard. Een onderneming of een deel van de onderneming wordt geacht in hoofdzaak het bedrijf van reisorganisator en/of reisagent uit te oefenen indien meer dan 50% van de loonsom van de desbetreffende onderneming (of een onderdeel daarvan) daaraan moet worden toegeschreven.

Vrijwel gelijkkluidend staat in het wijzigingsbesluit 2008:

De onder de verplichtstelling vallende ondernemingen zijn de ondernemingen die: zich uitsluitend of in hoofdzaak bewegen op het gebied van de reisbranche. Dit wordt geacht het geval te zijn indien alle of het merendeel van de werknemers van de onderneming op het voornoemde gebied werkzaam is. Een onderneming of een deel van de onderneming wordt geacht in hoofdzaak het bedrijf van reisorganisator en/of reisagent uit te oefenen indien meer dan 50% van de loonsom van de desbetreffende onderneming (of een onderdeel daarvan) daaraan moet worden toegeschreven

- 2.4 Bij brief van 3 april 2015 heeft Bpf Reisbranche, namens de Algemene Nederlandse Vereniging van Reisondernemingen (ANVR), FMV, CNV Dienstenbond en De Unie, de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid verzocht om het verplichtstellingsbesluit 1998, zoals laatstelijk gewijzigd bij besluit van 31 januari 2008, te wijzigen. In die brief staat onder meer:

"Online diensten

De sociale partners in de reisbranche hebben, uitsluitend ter verduidelijking, besloten expliciet in de werkingssfeer op te nemen dat ook werkgevers in de reisbranche die online diensten leveren, onder de verplichtstelling vallen. Dit is geen uitbreiding van de verplichtstelling daar deze werkgevers al onder de verplichtstelling vielen."

2.5 Ter uitvoering van dit verzoek is bij besluit van 8 juni 2015 (*Stcrt.* 2015 nr. 15992) van de Staatssecretaris van Sociale Zaken en Werkgelegenheid (hierna het wijzigingsbesluit 2015) aan de begrippen reisorganisator en reisagent online toegevoegd. De omschrijving van beide begrippen is inhoudelijk niet gewijzigd. In het wijzigingsbesluit 2015 staat (de wijzigingen zijn door het hof onderstreept):

(online) reisorganisator:

degene die in de uitoefening van zijn bedrijf op eigen naam al dan niet van tevoren georganiseerde reizen aanbiedt. Hieronder wordt tevens verstaan degene die in Nederland ten behoeve van al dan niet in Nederland afkomstige reizigers c.q. ten behoeve van niet in Nederland gevestigde reisondernemingen bemiddelt bij de uitvoering van reizen of onderdelen daarvan;

(online) reisagent:

degene die in de uitoefening van zijn bedrijf bemiddelt bij het tot stand komen van overeenkomsten op het gebied van reizen in de ruimste zin des woords, waaronder worden begrepen overeenkomsten inzake vervoer, verblijf en pakketreizen.

2.6 Booking.com is in 1996 als Nederlandse IT-start up opgericht en houdt zich blijkens de bedrijfsomschrijving in het uittreksel uit het Handelsregister bezig met webportals, financiële holdings en het ontwikkelen, produceren en uitgeven van software en het ontwikkelen en exploiteren van een (mobiele) website en app (inclusief bijkomende activiteiten op het gebied van informatietechnologie) en holdingactiviteiten. Booking.com staat bij de Kamer van Koophandel geregistreerd met de codes 6312 (Webportals), 6420 (Financiële holdings) en 6201 (Ontwikkelen, produceren en uitgeven van software). Uit de tot de gedingstukken behorende informatie van de website van Booking.com blijkt onder meer de volgende informatie:

"Onze Missie

Wij helpen vakantiegangers en zakenreizigers met het gemakkelijk ontdekken, reserveren en genieten van een verblijf in de beste accommodaties ter wereld, met keuze voor ieder budget.

Onze Visie

Booking.com is een informatieve en gebruiksvriendelijke website met gegarandeerd de beste prijs. Ons doel is om zowel zakenreizigers als vakantiegangers op de meest efficiënte en voordelige manier de mogelijkheid te bieden om te zoeken in ons brede aanbod van accommodatie en te boeken, waar ter wereld zij zich ook bevinden.

Onze Hotel- en Content teams werken vanuit lokale, ondersteunende kantoren samen met onze accommodatiepartners om daarmee transparantie, beschikbaarheid en de beste prijzen voor al onze klanten mogelijk te maken. Het meertalige Customer Service team biedt 24/7 ondersteuning voor iedereen zodat onze klanten zeker kunnen zijn dat hun verblijf voldoet aan de verwachtingen of zelfs meer dan dat.

Voordelen voor onze klanten

De laagste prijzen

Of u nu in de stad, aan de kust of op het platteland verblijft, Booking.com garandeert u de beste prijs.

Geen reserveringskosten

()

Veilig boeken

()

Voordelen voor eigenaren van accommodaties

Er worden per week meer dan 4,5 miljoen kamernachten gereserveerd via onze website. Booking.com biedt een voordelig commissiemodel en onderhoudt een netwerk van meer dan 5000 affiliate-partnerwebsites. Uw persoonlijke accountmanager staat voor u klaar om u te helpen met het

optimaliseren van uw omzet."

2.7 Booking.com hanteert algemene voorwaarden waarvan de inhoud op haar website te raadplegen is. In de tot de gedingstukken behorende algemene voorwaarden is onder meer opgenomen:

1. Reikwijdte van onze service

Via deze website bieden wij (Booking.com en haar geaffilieerde (distributie)partners) een online platform aan waarop alle soorten tijdelijke accommodatie (bijvoorbeeld hotels, motels, hostels en bed & breakfasts, gezamenlijk de "accommodatie(s)") kunnen adverteren om hun kamers voor reservering aan te bieden en waar bezoekers van de website dergelijke reserveringen kunnen maken. Als u een reservering maakt via Booking.com dan gaat u een (contractueel bindende) relatie aan met de logiesverstrekker bij wie u reserveert. Wij zullen vanaf het moment dat u uw reservering heeft gemaakt uitsluitend als tussenpersoon fungeren tussen u en de logiesverstrekker; wij zullen de gegevens van uw reservering naar de betreffende logiesvertrekker sturen en wij sturen u een bevestigingsmail voor en ten behoeve van de logiesvertrekker.

()

2. Tarieven en Besteprijsgarantie

()

Wij willen dat u de laagst mogelijke prijs betaalt voor uw verblijf bij een accommodatie. Als u op het internet, na via ons gereserveerd te hebben, uw accommodatie tegen de dezelfde voorwaarden voor een lagere prijs vindt, dan zullen wij het verschil tussen ons tarief en het lagere tarief vergoeden volgens de algemene voorwaarden van de Besteprijsgarantie. (). "

2.8 Booking.com geeft op haar websitepagina met de titel "Hoe wij werken" informatie over werking van de online reserveringsdienst. In het afschrift van de tot de gedingstukken behorende websitepagina staat onder andere:

"Zo werkt onze online reserveringsdienst

Bemiddelingsdienst van Booking.com

()

Via de website www.booking.com biedt Booking.com een online reserveringsdienst waarmee alle accommodatieverstrekkers, zoals hoteliers en andere aanbieders hun producten en diensten aan kunnen bieden, en die websitegebruikers kunnen gebruiken om een reservering te maken. Booking.com B.V. biedt zelf de diensten op de website www.booking.com niet aan en verkoopt daarom geen accommodaties. Wanneer u boekt via de website www.booking.com gaat u een directe contractuele relatie aan met de aanbieder waarmee u de reservering heeft gemaakt. Booking.com communiceert uw reserveringsgegevens aan de betreffende aanbieder(s) en stuurt u een bevestigingsmail in naam van en namens de aanbieder. Onze reserveringsdienst is gratis voor de gebruiker. Booking.com berekent de gast geen reserverings- of annuleringskosten of andere kosten in verband met hun reservering, en er wordt geen betaling gedaan door Booking.com. De betaling wordt rechtstreeks door de aanbieder in rekening gebracht. De aanbieders die gemachtigd zijn hun reserveringsproducten- en diensten aan te bieden en van wie deals getoond worden op de website www.booking.com zijn professionals in een contractuele relatie met Booking.com. Als onderdeel van de contractuele relatie ontvangt Booking.com een commissie van de aanbieder nadat de gast bij de accommodatie van de aanbieder heeft verbleven of gebruik gemaakt heeft van de service of het product.

()

Rangschikking accommodaties

Op de resultatenpagina van onze website worden accommodaties in de betreffende regio of stad standaard gesorteerd of kunt u, voor uw gemak, de filters bovenaan de resultatenpagina gebruiken om alleen de overeenkomende resultaten te zien:

- Onze topkeuzes (standaardrangschikking):

()

- *Laagste prijs eerst:*

()

- *Klantenbeoordelingsscore en prijs:*

()

- *Sterrenclassificatie:*

()

- *Gastenbeoordelingsscore:*

()

Afstand van het stadscentrum:

()..”

2.9 Het Pensioenfonds Detailhandel heeft bij brief (met onderwerp registratie pensioenfonds) van 12 augustus 2014 aan Booking.com een vragenformulier toegezonden en haar verzocht dat in te vullen en te retourneren teneinde te kunnen beoordelen of het personeel van Booking.com moet deelnemen aan de pensioenregeling van het Bedrijfstakpensioenfonds Detailhandel.

2.10 Booking.com heeft het vragenformulier op 19 september 2014 per e-mail geretourneerd.

2.11 Booking.com is bij brief van 20 oktober 2014 (met onderwerp Bevestiging inschrijving) van Syntrus namens Bpf Reisbranche medegedeeld dat onderzoek is gedaan naar de verstrekte gegevens op het vragenformulier, de Kamer van Koophandel en de website van Booking.com en dat op basis daarvan geconcludeerd is dat Booking.com onder de werkingssfeer van Reiswerk Pensioenen valt.

2.12 Bij brief van 23 oktober 2014 aan Syntrus heeft Booking.com laten weten dat van een inschrijving door haar bij Bpf Reisbranche geen sprake is.

3 De beoordeling

3.1 Bpf Reisbranche heeft in eerste aanleg een verklaring voor recht gevorderd dat Booking.com met ingang van primair 1 januari 1999, subsidiair 31 januari 2008 en meer subsidiair vanaf de datum van het vonnis, verplicht is deel te nemen aan Bpf Reisbranche met veroordeling van Booking.com in de kosten van het geding. Bpf Reisbranche heeft aan haar vordering ten grondslag gelegd dat Booking.com valt onder het begrip (online)reisagent zoals gedefinieerd in het verplichtstellingsbesluit omdat zij bemiddelt bij de totstandkoming van overeenkomsten op het gebied van reizen, onder andere met betrekking tot tijdelijk verblijf.

3.2 Booking.com heeft de vorderingen van Bpf Reisbranche bestreden en daartoe gesteld dat zij geen (online)reisagent is in de zin van het verplichtstellingsbesluit omdat zij in de uitoefening van haar bedrijf niet bemiddelt bij het tot stand komen van overeenkomsten op het gebied van reizen in de ruimste zin van het woord. Booking.com brengt niet daadwerkelijk overeenkomsten tot stand maar is een online marketing platform waarop locatie-eigenaren hun accommodatie kunnen aanbieden en waarop klanten een accommodatie kunnen reserveren.

3.3 De kantonrechter heeft de vorderingen van Bpf Reisbranche afgewezen en Bpf Reisbranche veroordeeld in de proceskosten. Voor de uitleg van de werkingssfeerbepalingen in het verplichtstellingsbesluit heeft de kantonrechter de cao-norm gehanteerd. Hij heeft overwogen dat onder “bemiddelen” moet worden verstaan een activiteit waarbij de bemiddelaar tussenbeide komt om een overeenkomst tot stand te brengen. Die actieve rol kan volgens de kantonrechter niet aan Booking.com worden toegekend bij de totstandkoming van de individuele reisovereenkomsten via het door haar geëxploiteerde platform. Booking.com kan slechts worden gezien als een digitaal prikbord, waarop de aanbieder een hotel of accommodatie plaatst en de consument door middel van het

gebruiken van de site en met behulp van zoektermen in staat wordt gesteld die accommodatie te vinden. De kantonrechter heeft daarbij in aanmerking genomen dat een reisagent ten tijde van de totstandkoming van het verplichtstellingsbesluit een wezenlijk andere rol had dan de rol die Booking.com thans in de reiswereld heeft, zodat de extensieve uitleg die Bpf Reisbranche aan het begrip "bemiddelen" heeft gegeven, niet voor de hand ligt. Volgens de kantonrechter leiden de overige door Bpf Reisbranche nog aangevoerde feiten en omstandigheden evenmin tot het oordeel dat Booking.com een reisagent is in de zin van het verplichtstellingsbesluit.

3.4 Tegen deze beslissing en de daaraan ten grondslag gelegde motivering komt Bpf Reisbranche met negen grieven op. De inhoud van de grieven kan als volgt verkort weergegeven worden:

- grief I betreft de uitleg van het woord bemiddelen waarvan wordt betoogd dat die uitleg niet in overeenstemming is met de cao-norm en evenmin recht doet aan de rol die Booking.com vervult;
- grief II stelt aan de orde dat de rol van de reisagent ten tijde van de totstandkoming van het verplichtstellingsbesluit niet wezenlijk anders is dan de rol die Booking.com thans vervult;
- grief III betreft enerzijds de toepassing van de door de Hoge Raad in zijn prejudiciële beslissing (ECLI:NL:HR:2015:3099) gegeven regel omtrent de verdeling van de bewijslast en anderzijds de verzwaarde stelplicht die op Booking.com rust in het kader van haar betwisting dat meer dan 50% van de loonsom moet worden toegeschreven aan de reisbranche;
- grief IV betreft de uitleg van nr 1 van de algemene voorwaarden van Booking.com (zie 2.7) waar staat dat Booking.com nadat de reservering is gemaakt slechts als tussenpersoon functioneert;
- grief V gaat over de laagste prijsgarantie en daarin wordt betoogd dat die garantie niet geïsoleerd, maar in onderlinge samenhang moet worden gezien met de activiteiten die Booking.com ontplooit;
- grief VI stelt aan de orde dat het voor de uitleg van het begrip bemiddelen niet van belang is of Booking.com adviseert, en voor zover dat wel relevant is, daadwerkelijk van advisering sprake is;
- grief VII gaat over de commissie die de accommodatie-eigenaar van Booking.com ontvangt, dat dat commissierecht een sterke aanwijzing is dat Booking.com bemiddelt en dat ook dit element in onderlinge samenhang moet worden gezien met de activiteiten die Booking.com ontplooit;
- grief VIII richt zich in de kern tegen het oordeel van de kantonrechter dat alle functiebenamingen van de cao voor de reisbranche wijzen op het klassieke begrip reisagent en dat Booking.com niet onder het begrip reisagent van de cao voor de reisbranche valt;
- grief IX bevat de op de voorgaande grieven gebaseerde conclusie dat de kantonrechter ten onrechte de vorderingen van Bpf Reisbranche heeft afgewezen en strekt ertoe de zaak in volle omvang aan het hof voor te leggen.

Booking.com heeft de grieven bestreden. De grieven lenen zich voor een gezamenlijke behandeling.

3.5 De kernvraag die in deze procedure voorligt is of Booking.com werkzaamheden verricht als reisagent in de zin van het verplichtstellingsbesluit.

3.6 Bij de beantwoording van deze vraag stelt het hof voorop dat de werkingsfeer van een verplicht gesteld bedrijfstakpensioenfonds duidelijk dient te zijn omdat voor de onder de verplichtstelling vallende werkgevers van rechtswege de verplichting ontstaat tot naleving van de statuten en reglementen van het verplichte bedrijfstakpensioenfonds. Die duidelijkheid vereist dat werkgevers op grond van de tekst van het verplichtstellingsbesluit dienen te kunnen bepalen of zij onder de verplichtstelling vallen of niet. Voorts strekt tot uitgangspunt dat bij de uitleg van de werkingsfeerbepaling van het verplichtstellingsbesluit de zogenoemde cao-norm geldt. Dat betekent dat bij de uitleg van de werkingsfeerbepaling de bewoordingen daarvan, gelezen in het licht van de gehele tekst van het verplichtstellingsbesluit en een eventuele toelichting daarop, in beginsel van doorslaggevende betekenis zijn. Daarbij komt het niet aan op een grammaticale uitleg van de tekst van de betrokken bepaling, maar op het vaststellen van de betekenis die naar objectieve maatstaven volgt uit de bewoordingen van het verplichtstellingsbesluit, waarbij, naast de taalkundige betekenis, ook dient te worden acht geslagen op de kenbare ratio, strekking en systematiek van het verplichtstellingsbesluit en op de aannemelijkheid van de rechtsgevolgen waartoe de verschillende, op zichzelf mogelijke tekstinterpretaties zouden leiden.

3.7 Het hof stelt vast dat met de wijzigingsbesluiten 2008 en 2015 geen wijziging/uitbreiding is beoogd van de omschrijving van de bedrijfsactiviteit zoals opgenomen in het verplichtstellingsbesluit van 23 december 1996. Het gegeven dat de omschrijving van de bedrijfsactiviteit van de (online)reisagent sedert het verplichtstellingsbesluit in 1996 niet gewijzigd is, doet de vraag rijzen of het begrip reisagent *ex-tunc* of *ex-nunc* uitgelegd dient te worden. Booking.com stelt dat in 1996 bij het begrip reisagent niet gedacht kan zijn aan een online platform zoals zij dat exploiteert omdat men in die tijd voor het boeken van een reis naar het reisbureau in het dorp ging en nog niemand van het online boeken van een reis had gehoord. Volgens Booking.com brengt het toepassen van de cao-norm mee dat het begrip reisagent moet worden uitgelegd naar de stand van de reisbranche in 1996 en betekent dat reeds dat zij geen reisagent is als bedoeld in het verplichtstellingsbesluit. Bpf Reisbranche heeft daartegenover gesteld dat de verschijningsvorm die het aloude reisbureau in 1996 had onverlet laat dat materieel de totstandkoming van een boeking via dat reisbureau destijds niet (veel) verschilde van een boeking via Booking.com thans.

3.8 Het hof is van oordeel dat het - door Bpf Reisbranche niet betwiste - feit dat in 1996 nog geen online reisbureaus bestonden, niet reeds met zich brengt dat Booking.com geen (online)reisagent in de betekenis van het verplichtstellingsbesluit kan zijn. Dat bij de uitleg van dat begrip beslissende betekenis toekomt aan de vraag of de bedrijfsvorm en -organisatie overeenkomen met die van de reisagent in 1996 volgt niet uit de tekst van het verplichtstellingsbesluit en evenmin uit de strekking van de cao-norm. Een aanwijzing daarvoor is gelegen in de toevoeging "(online)" (zie 2.5) waarmee, zoals beide partijen bevestigen, geen inhoudelijke wijziging maar een explicitering van het begrip reisagent is beoogd.

3.9 Voor de beantwoording van de vraag of Booking.com een (online)reisagent is in de betekenis van het verplichtstellingsbesluit, is beslissend of haar bedrijfsactiviteit valt onder de omschrijving *bemiddelt bij het tot stand komen van overeenkomsten op het gebied van reizen in de ruimste zin des woords, waaronder worden begrepen overeenkomsten inzake vervoer, verblijf en pakketreizen*. Het debat van partijen spitst zich toe op de vraag of Booking.com bemiddelt.

3.10 Bpf Reisbranche heeft haar standpunt dat Booking.com bemiddelt bij het tot stand komen van overeenkomsten op het gebied van reizen als volgt toegelicht. Booking.com is (veel) meer dan een elektronisch prikbord omdat Booking.com actief betrokken is bij het bij elkaar brengen van vraag naar, en aanbod van accommodaties en het bewerkstellingen van overeenkomsten. Daarom is zij een tussenpersoon die werkzaam is bij het tot stand brengen van een overeenkomst zoals artikel 7:425 BW bepaalt voor een bemiddelingsovereenkomst. Vanaf het moment waarop de klant een reservering heeft gemaakt, treedt Booking.com - ook volgens haar algemene voorwaarden - als tussenpersoon op en stuurt zij de gegevens van de reservering naar de accommodatieverstrekker en een reserveringsbevestiging naar de klant. Aan de zijde van de accommodatieverstrekkers blijkt die actieve rol uit het afschermen van de (namen van de) klanten zoals alle andere reisagenten dat doen, de aanwijzing van een persoonlijk accountmanager, het actief in de markt zetten van de accommodatie, het zorgdragen voor een optimaal ontwerp van de websitepagina van de accommodatieverstrekker, de invloed van de tijdige commissiebetaling aan Booking.com op de ranking van de accommodatieverstrekker en het aan deze bieden van een - met een duimpje gemarkeerde - extra aanbevelingsmogelijkheid. Voor deze activiteiten ontvangt Booking.com commissie. Aan de zijde van de klant blijkt die actieve rol van Booking.com volgens Bpf Reisbranche uit de veelvuldige benadering van de klant nadat die een reservering heeft geplaatst. Dat die benadering zeer sturend is blijkt uit vele e-mails waarin de klant:

- uitgenodigd wordt de Booking.com app te downloaden waarmee de klant vervolgens reserveringen kan controleren en wijzigen;
- een beloning in het vooruitzicht wordt gesteld bij een boeking door iemand aan wie de klant Booking.com heeft aanbevolen;
- gewezen wordt op de vele voordelen van Booking.com;
- op de hoogte wordt gesteld van deals, de beste deals en lastminutedeals;
- onder de noemer van reisgids en reisinspiratie gewezen wordt op toeristische tips voor het aanstaande verblijf in de accommodatie;

- korting wordt aangeboden op een volgende boeking via Booking.com;
 - verleid wordt tot het boeken van aanvullende diensten zoals bijvoorbeeld het huren van een auto.
- Voorts biedt Booking.com een laagste prijsgarantie en stelt zij een klantenservice ter beschikking. Door dit alles in onderlinge samenhang bezien, is Booking.com (veel) meer dan slechts een onlineplatform, bemiddelt zij bij het tot stand komen van overeenkomsten en valt zij onder de werkingssfeerbepaling van het verplichtstellingsbesluit.

3.11 Booking.com heeft haar standpunt dat zij niet bemiddelt bij het tot stand komen van overeenkomsten op het gebied van reizen als volgt toegelicht.

Booking.com exploiteert een ict-gedreven onlinereserveringsplatform dat slechts als een doorgeefluik tussen de klanten en de accommodatieverstrekkers functioneert. Op het platform kunnen klanten en accommodatieverstrekkers elkaar vinden maar Booking.com vervult, anders dan artikel 7:425 BW voor het bestaan van een bemiddelingsovereenkomst vereist, geen actieve rol bij het daadwerkelijk tot stand brengen van een overeenkomst tussen een klant en een accommodatieverstrekker. Een klant en een accommodatieverstrekker contracteren rechtstreeks met elkaar en daarom is Booking.com niet als tussenpersoon werkzaam en is van een bemiddelingsovereenkomst in de betekenis van artikel 7:425 BW geen sprake. Booking.com geeft slechts geautomatiseerd reserveringsinformatie door: de door de klant gemaakte reservering wordt per e-mail doorgestuurd naar de accommodatieverstrekker en de reservering wordt per e-mail bevestigd aan de klant. Booking.com bemoeit zich niet met de inhoud van de door te geven informatie van en over de accommodatieverstrekkers en controleert die informatie evenmin op juistheid. De taak van de accountmanager betreft het voor en door de accommodatieverstrekker optimaliseren van de presentatie van de accommodatie op de website, maar deze heeft geen bemoeienis bij het tot stand komen van een overeenkomst tussen de accommodatieverstrekker en de klant. Niet alle accommodatieverstrekkers krijgen een accountmanager toegewezen. Of dat zo is, is afhankelijk van de commissie die Booking.com van de accommodatieverstrekker ontvangt. Er is, anders dan in het geval van een traditionele reisagent, bovendien geen sprake van het afschermen van de accommodatieverstrekker. Klanten kunnen de accommodatieverstrekkers ook rechtstreeks benaderen. Evenmin is sprake van exclusiviteit omdat accommodatieverstrekkers hun accommodatie ook elders kunnen aanbieden. De klantenservice van Booking.com heeft in vergelijking met die van een traditioneel reisbureau een zeer beperkte rol die met name betrekking heeft op (technische) problemen bij de reservering. Na de reservering communiceren klant en accommodatieverstrekker rechtstreeks met elkaar. Eventuele verzoeken tot wijziging of annulering van de reservering worden gedaan in rechtstreeks contact tussen de klant en de accommodatieverstrekker. De e-mails met inhoudelijke informatie en tips over het verblijf in de accommodatie zijn afkomstig van de accommodatieverstrekkers en aanbieders van kortingen. De e-mails die de klant na de boeking van Booking.com ontvangt zijn marketing gedreven en hebben geen ander doel dan klanten te verleiden de website van Booking.com nogmaals te bezoeken.

3.12 Uit de tekst van het verplichtstellingsbesluit blijkt dat de bemiddeling in de zin van dat besluit betrekking dient te hebben op de totstandkoming van overeenkomsten op het gebied van reizen in de ruimste zin des woords. Of daarvan sprake is wordt bepaald door de wijze waarop de overeenkomsten tussen de klanten en accommodatieverstrekkers tot stand komen en de rol die Booking.com daarbij speelt.

3.13 Booking.com exploiteert een reserveringsplatform. Op dat platform zijn wereldwijd miljoenen accommodaties te vinden van accommodatieverstrekkers aan wie Booking.com de mogelijkheid biedt hun accommodaties aan te bieden. Bezoekers van de website van Booking.com kunnen die advertenties van accommodaties bekijken en door middel van een (of meer) te kiezen filter(s) gericht(er) naar een accommodatie van hun voorkeur zoeken. Het aldus gevonden zoekresultaat wordt getoond, waarna de bezoeker een reservering voor een bepaalde accommodatie kan maken. Zodra de bezoeker een reservering heeft gemaakt, ontvangt hij van Booking.com een bevestiging daarvan en ontvangt de accommodatieverstrekker de reserveringsgegevens. De overeenkomst tussen de klant en de accommodatieverstrekker komt tot stand door de reservering door de klant, die daarbij gebruik maakt van het door Booking.com geboden platform. Dit is door Bpf Reisbranche niet bestreden en

staat ook duidelijk in de in nr 2.7 geciteerde tekst van de algemene voorwaarden van Booking.com en de in 2.8 weergegeven informatie over de werkwijze van Booking.com. Hieruit volgt dat de (geautomatiseerde) verzending van de reserveringsgegevens aan de accommodatieverstrekkers en de bevestiging van de reservering aan de klant door Booking.com slechts de administratieve verwerking betreffen van de reeds door de reservering tot stand gekomen overeenkomst. Dat in de algemene voorwaarden van Booking.com is bepaald dat Booking.com deze handelingen na de reservering als tussenpersoon verricht en dat Booking.com op haar website haar dienst als bemiddelingsdienst aanmerkt, maken dit niet anders. Een en ander betekent dat de betrokkenheid van Booking.com bij de totstandkoming van een overeenkomst slechts bestaat uit het scheppen van de mogelijkheid tot het via een geboden platform bij elkaar komen van het aanbod van de accommodatieverstrekkers en de vraag van de bezoekers van de website. Aan accommodatieverstrekkers geeft Booking.com de mogelijkheid om tegen betaling van een commissie goederen of diensten op haar website aan te bieden en aan zakelijke gebruikers en consumenten geeft zij de mogelijkheid om op die website door middel van een reservering direct een contractuele relatie aan te gaan met een de accommodatieverstrekker. Het staat de accommodatieverstrekkers in die zin vrij hun accommodatie op de site van Booking.com te plaatsen en als zij dat doen, behouden zij de vrijheid hun accommodatie tevens zelf of op andere wijze aan te bieden. Het staat de bezoekers van de website vrij om een accommodatie te reserveren of om op een andere wijze de accommodatieverstrekker te benaderen. Het enkele verschaffen van deze onafhankelijk van elkaar bestaande algemene mogelijkheden, waarvan het benutten geheel aan de accommodatieverstrekkers en de bezoekers van de website wordt overgelaten, is geen bemiddelen bij het tot stand brengen van overeenkomsten. Dit is ook niet het geval indien veronderstellenderwijs wordt aan genomen dat, zoals Bpf Reisbranche heeft gesteld en Booking.com heeft bestreden, het zinsdeel in de ruimste zin des woords in de definitie van reisagent in het verplichtstellingsbesluit niet slechts op overeenkomsten op het gebied van reizen maar ook op bemiddelt bij het totstandkoming van overeenkomsten betrekking zou hebben. Bij deze stand van zaken heeft Booking.com aan haar stelplicht en bewijslast voldaan zodat er geen aanleiding is Booking.com te belasten met het bewijs dat zij niet bemiddelt bij de totstandkoming van reisovereenkomsten, voor zover die bewijslast al op haar zou rusten.

3.14 Uit hetgeen Bpf Reisbranche overigens heeft aangevoerd ter onderbouwing van haar standpunt dat van bemiddeling sprake is, blijkt geen betrokkenheid van Booking.com bij het daadwerkelijk tot stand komen van de overeenkomst tussen de klant en de accommodatieverstrekker. Dat geldt in het bijzonder voor het recht van Booking.com op commissie, de aanstelling van een accountmanager, het aanwezig zijn van een klantenservice, de laagste prijsgarantie, de ranking van het zoekresultaat en de inhoud en strekking van de e-mails die na de reservering van de accommodatie aan de klant verstuurd worden. Dat de accommodatieverstrekker voor de plaatsing van de accommodatie op de website commissie verschuldigd is aan Booking.com, maakt de rol van Booking.com bij de totstandkoming van de overeenkomst niet anders. Dit geldt evenzo voor de aanstelling van een accountmanager die tot taak heeft de accommodatieverstrekker te adviseren in de wijze waarop de accommodatie wordt gepresenteerd en de hulp die de klant bij (technische) problemen met de reservering kan inroepen van de klantenservice van Booking.com. Met het geven van de laagste prijsgarantie, maakt Booking.com het voor bezoekers aantrekkelijk om via haar website een reservering te plaatsen, maar daarmee is zij niet betrokken bij de totstandkoming van die reservering. Daarbij is van belang dat de prijsgarantie geen verdere strekking heeft dan te voorkomen dat de accommodatieverstrekker de accommodatie zelf voor een lagere prijs aanbiedt dan de prijs waarvoor de accommodatie op Booking.com staat. Dit betekent dat Booking.com met het geven van de prijsgarantie geen invloed heeft op de vaststelling van de prijs door de accommodatieverstrekker. Ook overigens is niet gebleken dat Booking.com enige, laat staan beslissende en/of controlerende, invloed uitoefent op de accommodaties en/of de voorwaarden waaronder die door de accommodatieverstrekkers worden aangeboden. De na de reservering door Booking.com aan de klant gestuurde berichten met aanprijzende bewoordingen en toeristische adviezen, de door de bezoeker van de website met filters te bedienen ranking noch de speciale aanbeveling van accommodaties met een duimpje, getuigen van een daadwerkelijke betrokkenheid van Booking.com bij de totstandkoming van overeenkomsten.

- 3.15 Bpf Reisbranche heeft nog gewezen op enkele uitlatingen namens Booking.com in 2015, berichten over Booking.com in de pers en een uitspraak van het College van Beroep van de Reclame Code Commissie van 4 juli 2014. In het bijzonder zou [X] , de toenmalig operationeel directeur van Booking.com, in een ANP bericht 25 juni 2015 voor Booking.com de term online reisbureau hebben gebezigd en van een artikel in het (online) reisvakblad travel360 van 1 april 2016 zou de openingszin luiden: "Booking.com is veel meer dan een online booking tool voor hotelkamers". Aan deze mededelingen komt geen betekenis toe omdat die niet van belang zijn voor de uitleg van het verplichtstellingsbesluit. Dit geldt evenzo voor de uitspraak van College van Beroep van de Reclame Code Commissie waarin beslist werd over de betekenis van het woord wij op de website van Booking.com.
- 3.16 Bpf Reisbranche heeft tot slot gesteld dat Booking.com een reisbureau is in een modern geautomatiseerd jasje en dat soortgelijke platforms, zoals Otravo, Cheap Tickets en Vliegwinkel.nl, zich wel bij Bpf Reisbranche hebben aangemeld. Ook deze stellingen kunnen Bpf Reisbranche niet baten omdat het voor de vraag of Booking.com een (online)reisagent is niet ter zake doet dat andere platforms zich wel bij Bpf Reisbranche hebben aangemeld.
- 3.17 De slotsom luidt dat Booking.com niet valt onder het begrip (online)reisagent in de werkingssfeerbepaling van het verplichtstellingsbesluit. Hierop stuiten alle grieven van Bpf Reisbranche af.
- 3.18 Het vonnis waarvan beroep zal worden bekrachtigd. Bpf Reisbranche zal als in de het ongelijk gestelde partij worden verwezen in de kosten van het geding in appel.

4 Beslissing

Het hof:

bekrachtigt het vonnis waarvan beroep;

veroordeelt Bpf Reisbranche in de kosten van het geding in hoger beroep, tot op heden aan de zijde van Booking.com begroot op 716,- aan verschotten en 3.222,- voor salaris;

verklaart deze kostenveroordeling uitvoerbaar bij voorraad.

Dit arrest is gewezen door mrs. H.M.M. Steenberghe, A.M.A. Verscheure en G.J. Visser en door de rolraadsheer in het openbaar uitgesproken op 28 mei 2019.