

Booking.com en Airbnb: twee uitspraken over de bemiddelingsovereenkomst

Bb 2022/13

Aan de hand van twee recente uitspraken van de Hoge Raad wordt in deze bijdrage besproken wanneer een overeenkomst kwalificeert als bemiddelingsovereenkomst in de zin van art. 7:425 BW en wat de gevolgen van die kwalificatie zijn.

1. Inleiding

De kwalificatie van overeenkomsten is een belangrijk onderwerp. Aan de hand van de kwalificatie wordt immers bepaald welke wettelijke bepalingen daarop van toepassing zijn. In deze bijdrage staat de bemiddelingsovereenkomst centraal. Aan de hand van twee recente uitspraken van de Hoge Raad wordt ingegaan op de kwalificatie van een overeenkomst als bemiddelingsovereenkomst en de gevolgen van zo'n kwalificatie.

2. Juridisch kader

2.1 De bemiddelingsovereenkomst

De bemiddelingsovereenkomst staat gedefinieerd in art. 7:425 BW: *“Een bemiddelingsovereenkomst is de overeenkomst van opdracht waarbij de ene partij, de opdrachtnemer, zich tegenover de andere partij, de opdrachtgever, verbindt tegen loon als tussenpersoon werkzaam te zijn bij het tot stand brengen van een of meer overeenkomsten tussen de opdrachtgever en derden.”*

De bemiddelaar verricht in opdracht van de opdrachtgever werkzaamheden in het kader van het sluiten van overeenkomsten met zijn opdrachtgever. Wie denkt aan bemiddeling, denkt al snel aan de makelaar die bemiddelt bij de aan- of verkoop en huur- of verhuur van onroerend goed. Ook kan bijvoorbeeld gedacht worden aan een oppasbedrijf dat bemiddelt bij de totstandkoming van een overeenkomst tussen de ouder en een oppas,² of een recruitmentbureau dat bemiddelt bij de totstandkoming van arbeidsovereenkomsten tussen een werkgever en een werknemer.³

Anders dan de tekst van art. 7:425 BW doet vermoeden, is voor de kwalificatie van een overeenkomst als bemiddelingsovereenkomst niet vereist dat een vergoeding is overeengekomen voor de werkzaamheden van de bemiddelaar. Het ontstaan van een aanspraak op loon is geen noodzakelijke voorwaarde om van een bemiddelingsovereenkomst te kunnen spreken.⁴ Hoewel de bemiddelaar dus ook gratis kan bemiddelen, is het uitgangspunt in art. 7:426 BW dat de bemiddelaar recht heeft op loon zodra door zijn bemiddeling

de overeenkomst tussen de opdrachtgever en de derde tot stand is gekomen.

De formulering van de wet ('werkzaam zijn bij het tot stand brengen van een of meer overeenkomsten') is breed. Dat wil niet zeggen dat elke betrokkenheid bij de totstandkoming van een overeenkomst als bemiddeling kwalificeert. Zo oordeelde de Hoge Raad in 2015 bijvoorbeeld dat een bureau dat via een website adverteert met de woonruimte van de verhuurder – zonder daarvoor kosten in rekening te brengen bij de verhuurder – niet bemiddelt als de website alleen als 'elektronisch prikbord' functioneert. Met elektronisch prikbord bedoelt de Hoge Raad dat de beheerder van de website de aspirant-verhuurder en -huurder niet van elkaar afschermt en het dus niet onmogelijk maakt dat zij rechtstreeks zonder tussenkomst van de website-beheerder met elkaar in contact treden om over de totstandkoming van een huurovereenkomst te onderhandelen.⁵ Uitgangspunt is echter wel dat sprake is van bemiddeling als een websitebeheerder in opdracht of met goedvinden van een verhuurder een door deze te verhuren woning op zijn website plaatst, omdat daarin meestal een opdracht besloten ligt om een huurovereenkomst tot stand te brengen tussen de verhuurder en een derde.⁶

In de literatuur wordt betoogd dat er bij de vraag of sprake is van een bemiddelingsovereenkomst rekening mee moet worden gehouden of het gaat om bemiddeling tegen loon of gratis bemiddeling en dat als er recht op loon is, een zeer geringe bemoeienis al voldoende kan zijn.⁷

2.2 Wettelijke beperkingen bij tweezijdige bemiddeling

Een bemiddelaar kan bemiddelen voor één opdrachtgever (de makelaar die bemiddelt voor uitsluitend de koper of de verkoper), maar kan ook als bemiddelaar optreden voor beide contractspartijen bij de tot stand te brengen overeenkomst. Dit laatste wordt tweezijdige bemiddeling genoemd. Op grond van art. 7:417 BW, in combinatie met de schakelbepaling art. 7:427 BW, gelden bij tweezijdige bemiddeling een aantal voorschriften.

- 1) Tweezijdige bemiddeling is – in beginsel⁸ – uitsluitend toegestaan als de inhoud van de rechtshandeling zo nauwkeurig vaststaat dat strijd tussen de belangen van de partijen voor wie wordt bemiddeld is uitgesloten (art. 7:417 lid 1 BW).

1 Renske Verhoeff is advocaat bij Van Benthem & Keulen B.V. te Utrecht.

2 Zie bijvoorbeeld Rb. Rotterdam 30 juli 2020, ECLI:NL:RBROT:2020:7877.

3 Zie bijvoorbeeld Rb. Rotterdam 17 september 2021, ECLI:NL:RBROT:2021:9742.

4 HR 16 oktober 2015, ECLI:NL:HR:2015:3099, NJ 2016/108, r.o. 4.4.4.

5 HR 16 oktober 2015, ECLI:NL:HR:2015:3099, NJ 2016/108, m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai.

6 HR 16 oktober 2015, ECLI:NL:HR:2015:3099, NJ 2016/108, r.o. 4.4.2.

7 HR 9 april 2021, ECLI:NL:HR:2021:527, NJ 2021/206, m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai, r.o. 5.2.

8 Deze regel is van regeland recht, zie hierover M.Y. Schaub, 'Airbnb als tweezijdig bemiddelaar: hoe nieuwe ontwikkelingen in oude regels passen', NTBR 2021/15, p. 117.

- 2) Als een van de partijen voor wie wordt bemiddeld een consument is, dan is schriftelijke toestemming van de consument nodig (art. 7:417 lid 2 BW).

Handelt de bemiddelaar in strijd met deze voorwaarden? Dan vervalt zijn recht op een vergoeding voor de bemiddeling (art. 7:417 lid 3 BW) en kan de bemiddelaar aansprakelijk worden gehouden voor de door de opdrachtgever geleden schade.

Als sprake is van tweezijdige bemiddeling bij koop of verkoop dan wel huur of verhuur van een onroerende zaak (of gedeelte daarvan) en een van de opdrachtgevers is een consument, dan geldt op grond van art. 7:417 lid 4 BW aanvullend dat de bemiddelaar geen vergoeding in rekening mag brengen bij de koper of huurder. Deze bepaling is door de wetgever in het leven geroepen om misbruik tegen te gaan dat erin bestond dat makelaars en andere bemiddelaars in onroerend goed tweezijdig courtage in rekening brachten volgens het (destijds) geldende maximumtarief en zich dus dubbel lieten betalen.⁹

3. **Bespreking arresten Booking.com en Airbnb**

3.1 **Arrest Booking.com**

In april 2021 heeft de Hoge Raad een uitspraak gedaan over de vraag of het businessmodel van de website Booking.com, kwalificeert als bemiddeling.¹⁰ Booking.com is een website waarop gebruikers onder meer hotels en andere (vakantie) accommodaties kunnen boeken. Accommodatieverstrekkers kunnen hun accommodatie tegen betaling op Booking.com laten plaatsen. Zakelijke gebruikers kunnen vervolgens door middel van een reservering direct een contractuele relatie aangaan met een accommodatieverstrekker. Om te beoordelen of Booking.com op grond van het Verplichtstellingsbesluit verplicht is om deel te nemen aan het bedrijfstakpensioenfonds, moet de vraag worden beantwoord of Booking.com bemiddelt bij het tot stand brengen van overeenkomsten op het gebied van reizen.

Het hof beantwoordt die vraag ontkennend. Kort gezegd oordeelt het hof dat de betrokkenheid van Booking.com slechts bestaat uit het scheppen van de mogelijkheid voor accommodatieverstrekkers en bezoekers van de website om bij elkaar te komen. Daarbij behouden accommodatieverstrekkers de mogelijkheid om hun accommodatie ook op andere wijze aan te bieden en zijn bezoekers vrij om een accommodatie op een andere manier te benaderen. Het enkele verschaffen van onafhankelijk van elkaar bestaande algemene mogelijkheden, terwijl het benutten daarvan geheel aan de accommodatieverstrekker en de bezoekers van de website wordt overgelaten is volgens het hof geen bemiddeling bij het tot stand brengen van overeenkomsten.¹¹

De Hoge Raad oordeelt daarentegen dat het businessmodel van Booking.com wel degelijk kwalificeert als bemiddeling. De Hoge Raad geeft daarbij het volgende juridische kader:

“(…) Ingevolge art. 7:425 BW is voor het kunnen aannemen van bemiddeling vereist dat de tussenpersoon ‘werkzaam [is] bij het tot stand brengen van een of meer overeenkomsten tussen de opdrachtgever en derden’. Dat houdt in dat de tussenpersoon werkzaamheden verricht die dienstbaar zijn aan het tot stand komen van de overeenkomst(en). Niet vereist is dat de tussenpersoon zelf de overeenkomst(en) ten behoeve van de opdrachtgever sluit; voldoende is dat zijn werkzaamheden eraan bijdragen dat opdrachtgever en derde de overeenkomst(en) kunnen sluiten. (...)

Of werkzaamheden als bemiddeling aangemerkt moeten worden, hangt af van de omstandigheden van het geval. Met betrekking tot een aantal omstandigheden merkt de Hoge Raad het volgende op.

Indien de tussenpersoon een vergoeding bedingt naar aanleiding van het tot stand komen van de overeenkomst tussen de derde en de wederpartij, wijst dat op bemiddeling. Ingevolge art. 7:426 lid 1 BW verkrijgt de tussenpersoon immers recht op loon zodra door zijn bemiddeling de overeenkomst tot stand is gekomen. De aard, omvang en intensiteit van de door een tussenpersoon te verrichten werkzaamheden kunnen variëren; om van bemiddeling te kunnen spreken, behoeven die werkzaamheden niet veelomvattend te zijn. Zo is in beginsel al sprake van bemiddeling in de zin van art. 7:425 BW indien de tussenpersoon in opdracht of met goedvinden van een verhuurder een door deze te verhuren woning op zijn website plaatst, opdracht via de tussenpersoon een huurovereenkomst tussen verhuurder en huurder tot stand kan komen.”¹²

De Hoge Raad overweegt vervolgens dat als het online reserveringsplatform van Booking.com erop is gericht of ertoe uitnodigt dat derden met behulp van diensten of faciliteiten van het platform overeenkomsten met accommodatiehouders aangaan en Booking.com een beloning ontvangt voor het tot stand komen van die overeenkomsten, het bedrijfsmodel van Booking.com bemiddeling behelst.¹³ Daaraan staat volgens de Hoge Raad niet in de weg dat de mogelijkheid bestaat dat bezoekers de website ook kunnen gebruiken om het aanbod van verschillende accommodatiehouders te bekijken om vervolgens zelf (buiten de website om) contact op te nemen met een accommodatiehouder om een overeenkomst te sluiten.¹⁴

⁹ HR 19 november 2021, ECLI:NL:HR:2021:1725, NJ 2021/396, r.o. 3.2.3, onder verwijzing naar *Kamerstukken II* 1985/86, 19385, nr. 3, p. 5 en *Kamerstukken II* 2014/15, 34207, nr. 3, p. 2.

¹⁰ HR 9 april 2021, ECLI:NL:HR:2021:527, NJ 2021/206, m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai.

¹¹ Hof Amsterdam 28 mei 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:1849, r.o. 3.13.

¹² HR 9 april 2021, ECLI:NL:HR:2021:527, NJ 2021/206, m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai, r.o. 4.1.5–4.1.6.

¹³ HR 9 april 2021, ECLI:NL:HR:2021:527, NJ 2021/206, r.o. 4.1.7.

¹⁴ HR 9 april 2021, ECLI:NL:HR:2021:527, NJ 2021/206, r.o. 4.1.7.

3.2 Arrest Airbnb

In november 2021 heeft de Hoge Raad nog een arrest gewezen over bemiddeling.¹⁵ Aanleiding daarvoor was de volgende casus.

Airbnb is een platform dat kan worden gebruikt om (vakantie)accommodaties te verhuren of boeken. Gebruikers moeten een account aanmaken, en kunnen dan zelf accommodaties aanbieden of deze zoeken en reserveren. Bij het boeken van de accommodatie brengt Airbnb servicekosten in rekening. Deze kosten worden zowel in rekening gebracht bij de gebruiker die de accommodatie aanbiedt (de verhuurder) als bij degene die de accommodatie reserveert (de huurder).¹⁶ Deze gang van zaken heeft tot vele procedures geleid. Consument-gebruikers van Airbnb die een accommodatie hebben geboekt en servicekosten hebben betaald, stellen dat Airbnb heeft bemiddeld bij het tot stand komen van de boekingen, en daarom op grond van art. 7:417 lid 4 BW geen servicekosten (bemiddelingskosten) bij hen in rekening had mogen brengen. Zij vorderen terugbetaling van de betaalde kosten.

Vanwege de circa tweehonderd (bij verschillende gerechten) aanhangige procedures waarbij de vraag voorligt of art. 7:417 lid 4 BW van toepassing is op de kortetermijnverhuur van vakantieaccommodaties, ziet de Rechtbank Rotterdam aanleiding om prejudiciële vragen aan de Hoge Raad te stellen.¹⁷ Zodoende moet de Hoge Raad onder meer de vragen beantwoorden (1) of in dit geval sprake is van bemiddeling; en (2) of art. 7:417 lid 4 BW in het geval van tijdelijke (ver)huur van toepassing is.¹⁸

Met betrekking tot de eerste vraag herhaalt de Hoge Raad allereerst de in het Booking.com-arrest geformuleerde uitgangspunten bij de kwalificatie van een bemiddelingsovereenkomst. De Hoge Raad overweegt vervolgens:

“Een platform als dat van Airbnb kenmerkt zich erdoor dat via het platform overeenkomsten tot stand worden gebracht tussen gebruikers van het platform, dat de exploitant van het platform een vergoeding ontvangt bij de totstandkoming van een overeenkomst tussen gebruikers en dat gebruikers uitsluitend met elkaar in contact kunnen treden via het platform. Deze omstandigheden brengen mee dat de exploitant van dat platform als tussenpersoon werkzaamheden verricht die als bemiddeling in de zin van art. 7:425 BW zijn aan te merken.”¹⁹

De vraag of de beperking van art. 7:417 lid 4 BW in dit geval van toepassing is, beantwoordt de Hoge Raad ontkennend onder verwijzing naar de wetsgeschiedenis. Uit die wetsgeschiedenis maakt de Hoge Raad op dat een redelijke wetstoepassing van art. 7:417 lid 4 BW meebrengt dat dit artikel niet van toepassing is op kortetermijnverhuur van

vakantieaccommodaties zoals deze worden aangeboden op het platform van Airbnb. De volgende omstandigheden worden daarbij door de Hoge Raad aangehaald.

- (i) De aanleiding voor het in de wet opnemen van art. 7:417 lid 4 BW is gelegen in de klachten over het tweezijdig in rekening brengen van maximale courtage voor bemiddeling bij onroerende zaken. Bij het invoeren van deze bepaling was de gedachte niet dat het in het algemeen ongeoorloofd is dat een tweezijdige bemiddelaar zijn loon volgens een verdeelsleutel bij verschillende opdrachtgevers in rekening brengt.
- (ii) Art. 7:417 lid 4 BW is ingevoerd om betrekking te hebben op bemiddeling bij de huur of verhuur van woonruimte.
- (iii) De bepaling dient niet verder te strekken dan nodig is voor het doel waarvoor deze werd ingevoerd.²⁰

Het is bemiddelaar Airbnb dus niet op grond van art. 7:417 lid 4 BW verboden om (in geval van kortetermijnverhuur van vakantieaccommodaties) een bemiddelingsvergoeding in rekening te brengen bij de huurder.

4. Slotopmerkingen

Uit de besproken uitspraken volgt dat een tussenpersoon die (enige) betrokkenheid heeft bij de totstandkoming van overeenkomsten al snel wordt aangemerkt als bemiddelaar. Dat is een relevante constatering omdat de kwalificatie van een overeenkomst als bemiddelingsovereenkomst leidt tot de toepasselijkheid van een aantal specifieke wetsbepalingen. Voornamelijk van belang is art. 7:417 BW, waarin beperkingen en voorschriften staan opgenomen voor de tweezijdige bemiddelaar die bemiddelt voor opdrachtgevers met een (potentieel) tegengesteld belang.

Ziet de bemiddeling op de aan- en verkoop of huur- en verhuur van onroerende zaken en is er een consument betrokken? Dan moet extra worden opgelet. De bemiddelaar mag dan namelijk geen bemiddelingsvergoeding in rekening brengen bij de koper of huurder. In het arrest Airbnb heeft de Hoge Raad op dit uitgangspunt overigens een uitzondering geformuleerd voor de kortetermijnverhuur van vakantieaccommodaties die niet worden gehuurd voor bewoning.

15 HR 19 november 2021, ECLI:NL:HR:2021:1725, NJ 2021/396, m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai.

16 HR 19 november 2021, ECLI:NL:HR:2021:1725, NJ 2021/396, r.o. 2.2.

17 Rb Rotterdam 15 januari 2021, ECLI:NL:RBROT:2021:207, r.o. 5.2.1 en r.o. 5.4.5.

18 Zie HR 19 november 2021, ECLI:NL:HR:2021:1725, NJ 2021/396, r.o. 2.4 voor de precieze formulering en de overige vragen.

19 HR 19 november 2021, ECLI:NL:HR:2021:1725, NJ 2021/396, r.o. 3.1.3.

20 HR 19 november 2021, ECLI:NL:HR:2021:1725, NJ 2021/396, r.o. 3.2.8.