



Het Booking.com-arrest van de Hoge Raad: hoe nu verder?

De Hoge Raad heeft bij arrest van 9 april 2021 (ECLI:NL:HR:2021:527) geoordeeld dat Booking.com kwalitatief een '(online) reisagent' is zoals vermeld in de verplichtstellingsbeschikking van de minister voor het bedrijfstakpensioenfonds Reisbranche (bpf Reisbranche). Met dit oordeel is echter nog niet de vraag beantwoord of Booking.com met ingang van 1 januari 1999 kwalitatief én kwantitatief een werkgever binnen de bedrijfstak Reisbranche is.

Hieronder leest u over de inhoud van deze uitspraak van de Hoge Raad en de mogelijke gevolgen daarvan.

1. Inleiding

Hoewel de Hoge Raad bij arrest van 9 april 2021 heeft geoordeeld dat Booking.com kwalificeert als 'reisagent' in de zin van de verplichtstellingsbeschikking voor bpf Reisbranche, is daarmee nog niet de vraag beantwoord of Booking.com met ingang van 1 januari 1999 kwalitatief én kwantitatief een werkgever binnen de bedrijfstak Reisbranche is.

Ook een bevestigend antwoord op die laatste vraag impliceert niet direct dat bpf Reisbranche met succes van Booking.com over al die jaren pensioenpremies kan vorderen. Dit is gezien de toepasselijke verjaringstermijn en het feit dat er vóór 1 januari 2019 is gedagvaard, wel aannemelijk.

In lijn met het advies van de advocaat-generaal van 2 oktober 2020 (zie hierover ons eerdere [bericht](#)) vernietigt de Hoge Raad het arrest van 28 mei 2019 van het hof Amsterdam en verwijst de zaak ter verdere behandeling naar het hof Den Haag. Voor deze verwijzingsprocedure is van belang dat Booking.com in feitelijke instanties *subsidiar* heeft aangevoerd dat zij niet valt onder bpf Reisbranche, omdat zij niet 'uitsluitend of in hoofdzaak' het bedrijf uitoefent van reisagent en *meer subsidiar* een beroep heeft gedaan op verjaring, rechtsverwerking en de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid.

2. Het primaire verweer dat Booking.com geen '(online) reisagent' is slaagt niet

De zaak spitst zich bij de Hoge Raad toe op de vraag of Booking.com 'bemiddelt bij het tot stand komen van overeenkomsten' en daarmee als '(online) reisagent' onder de *kwalityatieve* werkingssfeer van (sub g, eerste alinea) bpf Reisbranche valt. Inmiddels staan volgens de Hoge Raad de volgende feiten vast:

- Booking.com exploiteert een online reserveringsplatform waarop accommodaties van accommodatiehouders (aanbieders) worden getoond.
- Klanten kunnen op die website, door gebruik te maken van daarop aanwezige digitale faciliteiten, een accommodatie van die aanbieders boeken.
- De administratieve verwerking van de boeking geschiedt doordat Booking.com via haar website de reserveringsgegevens aan de aanbieder verstrekt en de bevestiging aan de reiziger verzendt.
- Booking.com ontvangt een commissie van de aanbieder nadat de klant bij de accommodatie van de aanbieder heeft verbleven of gebruik heeft gemaakt van de service of het product.

De Hoge Raad oordeelt dat Booking.com reeds door het bieden van de mogelijkheid om via haar website de overeenkomst met de accommodatieverstrekker aan te gaan en door klanten en aanbieders van de accommodaties de administratieve verwerking uit handen te nemen, werkzaamheden verricht die eraan bijdragen dat reisovereenkomsten tot stand komen. Deze werkzaamheden zijn dienstbaar aan het tot stand brengen van de reisovereenkomsten en dat kwalificeert als bemiddeling. Ook wijst de beloningsstructuur van Booking.com erop dat sprake is van bemiddeling. Een en ander stemt volgens de Hoge Raad in de kern overeen met artikel 7:425 en 7:426 lid 1 BW en de taalkundige betekenis van het begrip bemiddelen. Dit laat volgens de Hoge Raad geen andere conclusie toe dan dat Booking.com in de uitoefening van haar bedrijf 'bemiddelt bij het tot stand komen van overeenkomsten op het gebied van reizen' en dus een '(online) reisagent' zoals vermeld in de verplichtstellingsbeschikking van bpf Reisbranche is.

3. Het subsidiaire verweer: niet 'uitsluitend of in hoofdzaak' bewegen op het gebied van de reisbranche

Bij het hof Den Haag kan het verweer aan de orde komen dat Booking.com niet 'uitsluitend of in hoofdzaak' het bedrijf uitoefent van reisagent. Daarbij kunnen ook (de in de conclusie van de advocaat-generaal, r.o. 1.5 en r.o. 3.40 vermelde) 'IT'-gerelateerde functies van werknemers van Booking.com relevant zijn. In de omschrijving van de werkingssfeer van bpf Reisbranche wordt niet gerefereerd aan bepaalde werkwijzen of technieken waarmee of met behulp waarvan de bedrijfsactiviteiten worden verricht. Ook als de in de verplichtstellingsbeschikking van bpf Reisbranche omschreven werkzaamheden worden verricht door middel van een technologie die ten tijde van de totstandkoming daarvan nog niet kenbaar of gangbaar was (zoals informatietechnologie), *kan* toch voldaan zijn aan die omschrijving (vgl. r.o. 3.3, de beoordeling van het middel in het voorwaardelijk incidentele beroep). Noch het arrest van de Hoge Raad, noch de conclusie van de advocaat-generaal bevat passages over de *uitleg* van het volgende 'uitsluitend of in hoofdzaak'-criterium van bpf Reisbranche (sub g, tweede alinea).

'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'.

Uit de bovenvermelde tekst 'indien alle of het merendeel van de *werknemers* van de onderneming op het voornoemde gebied *werkzaam is*' en '*meer dan 50% van de loonsom*' kan worden afgeleid dat de werkingssfeer van bpf Reisbranche is gerelateerd aan de *werkzaamheden* die de werknemers verrichten. Bij de eventueel nog volgende beoordeling zullen de *functies van de werknemers* (van Booking.com) en de daarmee gemoeide *feitelijke werkzaamheden* van primair belang zijn voor de beoordeling van de werkingssfeer van bpf Reisbranche. Indien *bijvoorbeeld hoofdzakelijk technische werknemers* van Booking.com betrokken blijken te zijn bij (kortweg) 'het automatiseren van de communicatie' door werkzaamheden aan (onderdelen van) de elektronische (computer)installatie, dan *kan* de werkingssfeer van de bedrijfstak Reisbranche naar de achtergrond verdwijnen en de werkingssfeer van de bedrijfstak Metaal en Techniek naar de voorgrond treden (vgl. *Stcrt.* 28 april 2015 nr. 11859, art. 9.1.h m.b.t. het 'communicatie- en industriële automatiseringsinstallatiebedrijf'). Dit laatste lijkt echter niet voor de hand te liggen als de werknemers van Booking.com hoofdzakelijk behoren tot de zogenoemde 'Hotel- en *Content teams*' en het '*Customer Service team*', zoals vermeld in het arrest van de Hoge Raad (r.o. 2.1) en deze werknemers bijvoorbeeld de informatie op de website van Booking.com actueel houden en het klantencontact onderhouden. Ook de in het arrest vermelde 'accountmanager, die tot taak heeft de accommodatieverstrekker te adviseren over de wijze waarop de accommodatie wordt gepresenteerd', lijkt (slechts) betrokken te zijn bij het tot stand brengen van de reisovereenkomsten (r.o. 2.3).

4. Het meer subsidiaire verweer: een verjaringstermijn van vijf of van twintig jaar?

Anders dan de advocaat-generaal (bij r.o. 3.9 van haar conclusie) van mening lijkt te zijn, is het mede gelet op de arresten van het hof Arnhem-Leeuwarden (van 15 oktober 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:8464 en 8 december 2020, ECLI:NL:GHARL:2020:10274) de vraag of de verjaringstermijn ten aanzien van dit soort pensioenpremievorderingen slechts vijf jaar bedraagt op grond van artikel 3:308 BW. Zie over het arrest van 15 oktober 2019 ons eerdere [bericht](#). Het hof Arnhem-Leeuwarden overweegt in r.o. 5.10 van dit arrest terecht dat artikel 3:308 BW *niet* is bedoeld voor dit soort (direct uit de wet voortvloeiende) vorderingen. De in artikel 3:308 BW genoemde verjaringstermijn van vijf jaar geldt, aldus het hof, wél voor een eenmaal opgelegde periodieke premienota of een premienota die door verzuim niet is opgelegd. Mede hieruit kan worden afgeleid dat in beginsel artikel 3:306 BW (met een verjaringstermijn van twintig jaar) van toepassing is op dit soort vorderingen. Er kan eventueel ook een beroep worden gedaan op artikel 3:310 BW ('vordering tot schadevergoeding', met een maximale verjaringstermijn van twintig jaar) of 'verlenging van de verjaringstermijn' op grond van artikel 3:321 lid 1 aanhef en onder f BW (in geval van een schuldenaar die opzettelijk het bestaan van de schuld of de opeisbaarheid daarvan verborgen houdt, met een - impliciete - maximale termijn van eveneens twintig jaar). Aangezien bpf Reisbranche Booking.com vóór 1 januari 2019 heeft gedagvaard, lijkt bpf Reisbranche over de jaren vanaf 1 januari 1999 pensioenpremies van Booking.com te kunnen vorderen, als Booking.com sindsdien kwalitatief én kwantitatief een werkgever binnen de bedrijfstak Reisbranche is.

5. Hoe nu verder bij het hof Den Haag?

Het hof Den Haag zal zich bij de beoordeling van het *kwantitatieve* criterium 'uitsluitend of in hoofdzaak' niet gebonden moeten achten aan de onjuiste overweging van de advocaat-generaal (met verwijzing naar de verplichtstellingsbeschikking, sub e - '*reisbranche*' - en sub g, *eerste* alinea - '[online] reisagent') dat bpf Reisbranche '*niet* gerelateerd is aan de *werkzaamheden* die de werknemers verrichten'. Een rechtsvraag over de uitleg van het '*uitsluitend of in hoofdzaak*'-criterium was in cassatie ook niet aan de orde. Dit hof zal (in lijn met het hof Arnhem-Leeuwarden) tot uitgangspunt kunnen nemen dat voor rechtsovereenkomsten van bedrijfstakpensioenfondsen (tot het verstrekken van werknemersgegevens en de betaling van pensioenpremiebijdragen) *in beginsel* een verjaringstermijn van twintig jaar geldt. De rechtsvraag met betrekking tot verjaring was in cassatie ook niet aan de orde. Het hof Den Haag zal dienen te beoordelen of Booking.com sinds 1 januari 1999 een onderneming is die zich uitsluitend of in hoofdzaak beweegt op het gebied van de reisbranche.

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 werknemers) van de desbetreffende onderneming (of een onderdeel daarvan) daaraan moet worden toegeschreven, aldus de kwantitatieve werkingssfeerbepaling. Op welke wijze kan het hof bepalen of Booking.com aan dit kwantitatieve 'uitsluitend of in hoofdzaak'-criterium van bpf Reisbranche voldoet?

6. De beoordeling van het criterium 'uitsluitend of in hoofdzaak'

Met informatie van Booking.com zoals (a) de verzamelloonstaten met een overzicht van alle werknemers die in een bepaald jaar in dienst zijn, (b) de met deze werknemers gesloten arbeidsovereenkomsten (met op grond van artikel 7:655 BW informatie over de functie, de gebruikelijke arbeidsduur en het loon) en (c) per functie een beschrijving van de feitelijke werkzaamheden van de werknemers, is het mogelijk met het [hier beschreven rekenmodel voor bedrijfstak\(cao- en pensioen\)regelingen](#) op basis van controleerbare variabelen vast te stellen of (de onderneming van) Booking.com ook aan het kwantitatieve 'uitsluitend of in hoofdzaak'-criterium van bpf Reisbranche voldoet. Hierbij dient in acht te worden genomen dat de onderneming van Booking.com ook een onderdeel van de juridische eenheid van deze werkgever kan betreffen dat op deze wijze in beeld kan worden gebracht.

7. Moet Booking.com meewerken aan een werkingssfeeronderzoek?

Het is onduidelijk of bpf Reisbranche in deze zaak (eventueel subsidiair) een vordering tegen Booking.com heeft ingesteld tot (a) het verlenen van medewerking aan een werkingssfeeronderzoek en/of het verstrekken van de bovenvermelde werknemersinformatie (benodigd voor een dergelijk onderzoek) en (b) een verklaring voor recht dat de werkingssfeer van bpf Reisbranche van toepassing is op Booking.com als dat uit de analyse van de werknemersinformatie volgt. In deze procedure vordert bpf Reisbranche in ieder geval een verklaring voor recht dat Booking.com, met ingang van 1 januari 1999 dan wel een latere datum, verplicht is deel te nemen aan bpf Reisbranche. Op grond van het arrest van de Hoge Raad van 9 april 2021 is minst genomen sprake van een zogenoemd 'gerechtvaardigd vermoeden van toepasselijkheid van de werkingssfeer' van bpf Reisbranche op Booking.com. Een werkgever die onder een dergelijke omstandigheid weigert werknemersgegevens te verstrekken ter uitvoering van een werkingssfeeronderzoek, handelt onrechtmatig jegens het bedrijfstakpensioenfonds (vgl. hof Den Bosch 12 april 2011, ECLI:NL:GHSHE:2011:BQ1268).

8. De gevolgen van het arrest van de Hoge Raad

Uit dit arrest van de Hoge Raad in de zaak Booking.com volgt dat 'bemiddeling' zoals vermeld in de kwalitatieve werkingssfeerbepaling van bpf Reisbranche met een elektronisch communicatiemiddel zoals een online platform kan plaatsvinden. Deze uitspraak kan gevolgen hebben voor andere werkgevers die zich op dezelfde wijze als Booking.com met een online platform binnen het werkingssfeerbereik van de bedrijfstak Reisbranche begeven. Een dergelijke werkgever loopt het risico verplicht te worden met twintig jaar terugwerkende kracht zijn werknemers bij het bedrijfstakpensioenfonds aan te melden, werknemersgegevens te verstrekken en pensioenpremies vermeerderd met wettelijke renten te voldoen. Het financiële belang bij dit soort werkingssfeerzaken is groot. Met een online platform kunnen werkgevers zich eveneens binnen het werkingssfeerbereik van andere bedrijfstakken dan de bedrijfstak Reisbranche begeven. Nederland kent een bedrijfstakgewijze organisatie van het bedrijfsleven met meer dan zeventig takken van bedrijf die vaak weer zijn onderverdeeld in nog meer takken van bedrijf. Het betreft een fijnmazig netwerk van bedrijfstak(cao- en pensioen)regelingen (**bcp-regelingen**) waar veruit de meeste werkgevers en werknemers in Nederland aan gebonden zijn. Een werkgever die geen bcp-regelingen toepast, doet er goed aan zich af te vragen of dit terecht is. Het ten onrechte niet toepassen van bcp-regelingen kan ook tot gevolg hebben dat de bestuurder van de onderneming aansprakelijk wordt gehouden voor de betaling van de onbetaald gebleven pensioenpremies. Dat is echter weer een ander verhaal.

9. Ten slotte een bedrijfstak-cao en een bedrijfstak-cao-fonds

Ten slotte merken wij op dat er binnen de bedrijfstak Reisbranche (zoals bij de meeste andere bedrijfstakken eveneens het geval is) nog sprake is van een *bedrijfstak-cao* en een *bedrijfstak-cao-fonds*. Het valt dus niet uit te sluiten dat er in de toekomst vorderingen worden ingesteld om de hiervoor bedoelde bedrijfstakregelingen eveneens toe te passen.

Contact

Heeft u vragen over de werkingssfeer van bedrijfstak(cao- en pensioen)regelingen? Neem dan contact op met uw Loyens & Loeff-adviseur of met Mathieu J.H. Halsema en/of Robert Goedhart van het team bcp-regelingen. Wij zijn u graag van dienst.

Disclaimer

Hoewel deze publicatie met grote zorgvuldigheid is samengesteld, aanvaarden Loyens & Loeff N.V. en alle andere entiteiten, samenwerkingsverbanden, personen en praktijken die handelen onder de naam 'Loyens & Loeff', geen enkele aansprakelijkheid voor de gevolgen van het gebruik van de informatie uit deze uitgave zonder hun medewerking. De aangeboden informatie is bedoeld ter algemene informatie en kan niet worden beschouwd als advies.