

Fijne FEESTDAGEN /
EN EEN GOED 2015.
PER FAX: 070-3506187

arrest

GERECHTSHOF DEN HAAG

Afdeling Civiel recht

Zaaknummer : 201.139.617/01

Zaaknummer rechtbank : C/09/450-16/ KG ZA 13-1040

arrest van 23 december 2014

inzake

Hotels.nl B.V.,

gevestigd te Groningen,

appellante,

hierna te noemen: Hotels.nl,

advocaat: mr. L.Ph.J baron van Utenhove te Den Haag.

tegen

1. Hotel Booker B.V.,

gevestigd te Haarlem,

geïntimeerde, hierna te noemen: Hotel Booker,

advocaat: mr. R.C. van Wieringhen Borski te Amsterdam.

en tegen

2. Hotelkamerveiling.nl B.V.,

gevestigd te Rhenen,

geïntimeerde,

hierna te noemen: Hotelkamerveiling.nl,

en gezamenlijk met Hotel Booker: Hotel Booker e.s.,

advocaat: mr. W.F. Dammers te Amsterdam.

Het geding

Bij exploitatie van (respectievelijk) 15 en 21 november 2013 is Hotels.nl in hoger beroep gekomen van het tussen partijen gewezen vonnis van de voorzieningenrechter van de rechtbank Den Haag van 31 oktober 2013 (verder: het vonnis). Bij memorie van grieven (met producties) heeft Hotels.nl vijf grieven aangevoerd. Bij akte van referentie heeft Hotelkamerveiling.nl zich – onder handhaving van al haar wettelijke aanspraken – gerefereerd aan het oordeel van het hof. Bij memorie van antwoord, tevens wijziging van voorwaardelijke eis in reconventie (met producties) heeft Hotel Booker de principale grieven bestreden en haar voorwaardelijke eis in reconventie gewijzigd. Daarop is gereageerd door Hotels.nl bij akte uitlating producties en reactie wijziging eis (met producties), waarna Hotel Booker nog een antwoordakte heeft genomen. Bij pleidooi van 13 november 2014 – ten behoeve waarvan zowel door Hotels.nl als door Hotel Booker nog nadere producties zijn overgelegd – hebben Hotels.nl en Hotel Booker hun respectieve standpunten nader toegelicht. Van de pleitzitting is proces-verbaal opgemaakt.

Zaaknummer: 201.139.617/01

2

Tot slot hebben Hotels.nl en Hotel Booker arrest gevraagd.

Beoordeling van het hoger beroep

1. Voor zover de door de voorzieningenrechter in het bestreden vonnis vastgestelde feiten niet in geschil zijn, zal ook het hof daarvan uitgaan.
2. Het gaat in deze zaak om het volgende:
 - 2.1 Hotels.nl houdt zich bezig met het aanbieden van hotelarrangementen via onder meer haar websites www.hotels.nl en www.uitslapen.nl.
 - 2.2 Hotel Booker houdt zich bezig met het via diverse websites en onder diverse handelsnamen (onder meer HotelSpecials.nl) aanbieden van hotelkamers en hotelarrangementen.
 - 2.3 Hotelkamerveiling.nl houdt zich bezig met het veilen van waardebonnen voor hotelovernachtingen via haar website www.hotelkamerveiling.nl.
 - 2.4 Een aantal organisaties uit de reisbranche, de luchtvaart, de waterrecreatie, de touringcarbranche en het railvervoer hebben zich in het kader van zelfregulering geconformeerd aan de Reclamecode Reisaanbiedingen (hierna: RR), waarvan de laatste versie dateert uit 2014. De Reclamecode Reisaanbiedingen maakt als een bijzonder onderdeel deel uit van de Nederlandse Reclame Code (hierna: NRC). De RR (versie 2014) bepaalt voor zowel prijsvermeldingen bij reclame-uitingen als prijsvermeldingen bij uitnodigingen tot aankoop van reisaanbiedingen als volgt:

“Aanbieders zijn gehouden tot het hanteren van correcte en duidelijke prijzen in hun reclame-uitingen. Zij publiceren hun prijzen, al of niet gespecificeerd, inclusief de hen op het moment van publicatie bekende vaste onvermijdbare (- bijkomende onlosmakelijk aan de dienst verbonden) kosten die voor de aangeboden diensten moeten worden betaald. Ten aanzien van onvermijdbare kosten waarvan de hoogte niet vooraf kan worden berekend omdat deze afhankelijk is van bepaalde keuzes van de consument, dient in de reclame-uiting direct naast of onder de geadverteerde prijs op transparante wijze te worden gespecificeerd welke bijkomende kosten per boeking er zijn en wat de hoogte daarvan is of, indien de hoogte niet vooraf kan worden weergegeven, hoe de consument de hoogte van die kosten kan berekenen.”
 - 2.5 De advocaat van Hotels.nl heeft bij brieven van 31 mei 2013 Hotel Booker c.s. erop gewezen – onder verwijzing naar onder meer de RR – dat zij een oneerlijke handelspraktijk verrichten in de zin van de artikelen 6:193a-j BW door vaste, onvermijdbare kosten, zoals toeristenbelasting, niet in hun eerste aanbod op te nemen, en door variabele onvermijdbare kosten niet adequaat te vermelden bij het eerste aanbod en Hotel Booker c.s. gesommeerd de door hen geëxploiteerde websites hierop aan te passen.
 - 2.6 De advocaat van Hotel Booker heeft bij brief van 25 juni 2013 aan de advocaat van Hotels.nl te kennen gegeven dat Hotel Booker de door Hotels.nl gedane verzoeken niet zal inwilligen.

Zaaknummer: 201.139.617/01

3

2.7 Hotelkamerveiling.nl heeft bij brief van 6 juni 2013 aan de advocaat van Hotels.nl bericht dat zij een aantal aanpassingen op haar website heeft doorgevoerd, zoals de wijziging van de benaming '1 Euro veilingen' in 'Euro veilingen' en de toevoeging onder deze benaming dat € 9,- veilingkosten in rekening worden gebracht.

2.8 Bij e-mail van 22 augustus 2013 heeft de advocaat van Hotels.nl aan (de gemachtigde van) Hotelkamerveiling.nl bericht dat de voorgestelde aanpassingen voor Hotels.nl onvoldoende zijn en verzocht binnen twee weken de volgens Hotels.nl vereiste aanpassingen door te voeren.

2.9 Hotelkamerveiling.nl heeft aan voornoemde eis niet, althans niet volledig, voldaan.

De vordering in conventie

2.10 In deze procedure vordert Hotels.nl in conventie, na wijziging van eis, althans nadere precisering van eis bij memorie van grieven, om bij arrest uitvoerbaar bij voorraad:

Primair

I. Hotel Booker c.s. te gebieden om binnen veertien dagen na betekening van het door het hof te wijzen arrest al hun reclame-uitingen, zowel online als offline (zowel op de 'eigen' websites als in nieuwsbrieven, online advertenties/banners en op websites van derden via wie zij hun producten en diensten aanbieden dan wel in de toekomst zullen aanbieden) zodanig aan te passen dat:

- a. alle vaste onvermijdbare kosten direct in de aanbiedingsprijs dan wel in de prijs in een uitnodiging tot aankoop worden opgenomen, met dien verstande dat tijdig duidelijk is wat in het aanbod is inbegrepen en de weergave van de prijs volledig en transparant is;
- b. alle variabele onvermijdbare kosten alsmede de wijze van berekening daarvan direct bij de eerste aanbieding duidelijk worden vermeld;
- c. geen gebruik wordt gemaakt van 'vanaf'-prijzen/(start)prijzen waarvoor de betreffende producten of diensten niet geboekt kunnen worden;

Subsidiair

II. Hotelkamerveiling.nl te gebieden om binnen veertien dagen na betekening van het in dezen door het hof te wijzen arrest al haar reclame-uitingen, zowel offline als online, zowel op de 'eigen' websites van Hotelkamerveiling.nl als in nieuwsbrieven en online advertenties/banners via welke Hotelkamerveiling.nl haar producten en diensten aanbiedt dan wel in de toekomst aan zal bieden, zodanig aan te passen dat alle vaste en variabele onvermijdbare kosten zoals nader aangeduid in het lichaam van de dagvaarding, direct onder of naast de advertentieprijs/(start)prijs duidelijk worden vermeld;

III. Hotelkamerveiling.nl te verbieden om in haar reclame-uitingen, zowel offline als online, zowel op de 'eigen' websites van Hotelkamerveiling.nl als in nieuwsbrieven en online advertenties/banners via welke Hotelkamerveiling.nl haar producten en diensten aanbiedt dan wel in de toekomst aan zal bieden, gebruik te maken van 'vanaf'-prijzen/(start)prijzen waarvoor de betreffende producten of diensten niet geboekt kunnen worden, tenzij alle vaste en variabele onvermijdbare kosten zoals nader aangeduid in het lichaam van de dagvaarding direct onder of naast de 'vanaf'-prijs/(start)prijs duidelijk zijn vermeld;

Zaaknummer: 201.139.617/01

4

al het voorgaande op straffe van een dwangsom van € 2.500,- voor iedere dag dat één van de verboden niet volledig wordt nagekomen; en

IV. Hotel Booker c.s. hoofdelijk te veroordelen in de proceskosten in beide instanties.

De vordering in voorwaardelijke reconventie

2.11 In reconventie vordert Hotel Booker (na wijziging van eis) voorwaardelijk – onder de voorwaarde dat enige vordering van Hotels.nl zal worden toegewezen – om bij arrest uitvoerbaar bij voorraad:

I. Hotels.nl te gebieden om binnen veertien dagen na betekening van het door het hof te wijzen arrest al haar reclame-uitingen, zowel online als offline (zowel op de ‘eigen’ websites als in nieuwsbrieven, online advertenties/banners en op websites van derden via wie zij hun producten en diensten aanbieden dan wel in de toekomst zullen aanbieden) zodanig aan te passen dat:

- a. alle vaste onvermijdbare kosten direct in de aanbiedingsprijs dan wel in de prijs in een uitnodiging tot aankoop worden opgenomen, met dien verstande dat tijdig duidelijk is wat in het aanbod is inbegrepen en de weergave van de prijs volledig en transparant is;
- b. alle variabele onvermijdbare kosten alsmede de wijze van berekening daarvan direct bij de eerste aanbieding duidelijk worden vermeld;
- c. geen gebruik wordt gemaakt van ‘vanaf’-prijzen/(start)prijzen waarvoor de betreffende producten of diensten niet geboekt kunnen worden;

II. Hotels.nl te verbieden om haar reclame-uitingen, zowel offline als online, zowel op haar ‘eigen’ websites als in nieuwsbrieven en online advertenties/banners via welke Hotels.nl haar producten en diensten aanbiedt dan wel in de toekomst aan zal bieden:

- a. te vermelden dat gratis kan worden geannuleerd, terwijl dat niet of slechts beperkt mogelijk is;
- b. te vermelden dat kortingen worden gegeven, terwijl die kortingen helemaal niet bestaan;
- c. te vermelden dat prijzen ‘lastminute’ zijn, terwijl die niet bestaan of zelfs duurder zijn dan reguliere prijzen;
- d. na te laten te vermelden dat er belangrijke beperkende voorwaarden zijn, zoals prijzen die enkel in het weekend gelden;
- e. te vermelden dat er nog maar één kamer beschikbaar is, terwijl voldoende kamers beschikbaar zijn,

al het voorgaande op straffe van een dwangsom van € 2.500,- voor iedere dag dat één van de verboden niet volledig wordt nagekomen.

III. Hotels.nl te veroordelen in de proceskosten van het geding.

Zaaknummer: 201.139.617/01

5

2.12 Bij het bestreden eindvonnis heeft de voorzieningenrechter de vorderingen van Hotels.nl afgewezen. Aan de voorwaardelijke reconventionele vordering kwam de rechtbank daarom niet toe. Hotels.nl is veroordeeld in de proceskosten.

2.13 Bij brief van 13 december 2013 heeft Hotels.nl bezwaar gemaakt tegen reclame-uitingen van de Hotel Booker bij de Reclame Code Commissie (hierna: de RCC). Bij beslissing van 17 februari 2014 (dossiernummer 2013/00991) heeft de RCC – kort samengevat – geoordeeld dat de bestreden reclame-uitingen van Hotel Booker strijdig zijn met het bepaalde in de (toenmalige) RR. Aan dat oordeel heeft de RCC onder meer ten grondslag gelegd dat het bepaalde in de RR onder meer meebrengt dat de toeristenbelasting, voor zover die op moment van publicatie van de prijs bekend is, in de geadverteerde (vanaf)prijs dient te zijn verdisconteerd en voor zover dit niet het geval is de toeristenbelasting als variabele onvermijdbare kosten direct bij de geadverteerde (vanaf)prijs dient te worden vermeld. Voorts heeft de RCC over de door Hotel Booker gerekende reserveringskosten overwogen dat deze veelal als vaste onvermijdbare kosten dienen te worden beschouwd en dat daaraan niet kan afdoen dat deze kosten niet aan zogenoemde VIP-klanten in rekening worden gebracht. De RCC heeft niet alleen de presentatie- en boekingspagina's, maar ook de daaraan voorafgaande pagina's van de bestreden uitingen op de websites en in de nieuwsbrieven aangemerkt als 'een uitnodiging tot aankoop' (in de zin van artikel II sub 4 van de RR). aangezien de bestreden uitingen commerciële boodschappen betreffen die de voornaamste kenmerken en de (vanaf)prijs van de reisdienst op een aan het gebruikte medium aangepaste wijze vermelden en de consument aldus in staat stellen een aankoop te doen. Daarbij heeft de RCC acht geslagen op de omstandigheid dat de toelichting op artikel 8.4 NRC vermeldt dat als een bestelmechanisme ontbreekt, het van de omstandigheden van het geval afhangt of sprake is van een uitnodiging tot aankoop, waarbij doorslaggevend is of de consument op grond van de informatie een besluit over een transactie kan nemen, waarbij als uitgangspunt heeft te gelden dat indien een vanaf-prijs wordt genoemd de consument doorgaans over voldoende informatie beschikt om tot een transactie te besluiten.

2.14 Hotels.nl heeft op 13 december 2013 eveneens bezwaar gemaakt bij de RCC tegen de reclame-uitingen van Hotelkamerveiling.nl. Bij uitspraak van 28 februari 2014 (dossiernummer 2013/00992) heeft de RCC geoordeeld dat de bestreden reclame-uitingen in strijd zijn met het bepaalde in de RR. De RCC overwoog daartoe onder meer dat de veilingkosten op het moment van de publicatie van de reclame-uiting een bekende vaste onvermijdbare kostenpost is die in de geadverteerde startprijs dient te zijn opgenomen. In de bijzondere omstandigheid dat het in de uitingen van Hotelkamerveilingen.nl gaat om aanbiedingen waarvan de uiteindelijke prijs door biedingen wordt bepaald, zag de RCC aanleiding om te oordelen dat de vaste onvermijdbare kosten niet in het (start)bod hoeven te worden verdisconteerd, zodat tijdens de biedingen duidelijk blijft wat geboden is. Om echter de door de RR beoogde duidelijkheid over de (totaal)prijs van reisaanbiedingen te waarborgen, dient wel – zowel op de homepage als op de individuele veilingpagina's – direct bij het startbod en de lopende biedingen van de te veilen arrangementen te worden vermeld dat sprake is van een bijkomend bedrag van € 9,- wegens veilingkosten. De RCC oordeelde in gelijke zin met betrekking tot de vooraf bekende onvermijdbare toeristenbelasting.

3.1 In hoger beroep vordert Hotels.nl vernietiging van het bestreden vonnis en dat het hof opnieuw rechtdoende haar vorderingen alsnog zal toewijzen.

3.2 De grieven beogen het geschil in volle omvang aan het hof voor te leggen.

Zaaknummer: 201.139.617/01

6

4.1 Hotels.nl legt aan haar vordering ten grondslag dat Hotel Booker c.s. in strijd handelt met het bepaalde in de Afdeling 3A van titel 3 van Boek 6 BW, met welke afdeling de Europese richtlijn 2005/29/EG van het Europees Parlement en de Raad van 11 mei 2005 betreffende oneerlijke handelspraktijken van ondernemingen jegens consumenten op de interne markt (hierna: 'de Richtlijn') in het Burgerlijk Wetboek is geïmplementeerd, omdat op de respectievelijke websites van Hotel Booker c.s. pas in een (te) laat stadium melding wordt gemaakt van onvermijdbare "verborgen kosten", als bijvoorbeeld toeristenbelasting en veilingkosten. Hotels.nl meent dat gezag dient te worden toegekend aan de zelfreguleringsregels zoals neergelegd in de NRC en de RR, alsmede de uitspraken van de RCC.

4.2 Volgens Hotel Booker is van oneerlijke handelspraktijken door haar geen sprake. Op de website van Hotelspecials.nl weet de consument dat de op de homepage – door haar home & themapagina genoemd - gepresenteerde prijzen alle exclusief bijkomende kosten zijn. Deze homepage is een algemene commerciële boodschap, aldus Hotel Booker. Pas indien de consument de 'presentatiepagina' van de door Hotel Booker geëxploiteerde websites aanklikt, wordt op een uniforme en volledig transparante wijze vermeld welke kosten nog bij de prijs van het product komen, omdat pas op dat moment sprake is van een uitnodiging tot aankoop. Volgens Hotel Booker c.s. voldoen haar websites daarom aan artikel 7, lid 4 van de Richtlijn en geven deze alle essentiële informatie als wettelijk vereist bij een uitnodiging tot aankoop. Anders dan de Richtlijn, de Wet op de oneerlijke handelspraktijken en de jurisprudentie van het Hof van Justitie van de EU (hierna: Hof van Justitie) zijn de NRC en de RR geen recht. Hotel Booker wijst erop, dat Hotelspecials.nl en het daarvan afgeleide Hotelaanbiedingen.nl beide zijn gecertificeerd door de Stichting Certificering Thuiswinkel Waarborg. Dit certificaat biedt de consument meer waarborgen dan de wet, aldus nog steeds Hotel Booker.

Er is volgens Hotel Booker c.s. geen enkele reden of grond om Hotels.nl een privaatrechtelijk dwangmiddel in handen te geven om naast de RCC en de Autoriteit Consument en Markt als toezichthouder op te treden. Zo die reden of grond er al mocht zijn, dan dient aan Hotelspecials.nl een gelijk dwangmiddel te worden verstrekt jegens Hotels.nl om het "level playing field" niet te verstoren.

4.3 Hotelkamerveiling.nl heeft in eerste aanleg primair een aantal formele verweren gevoerd: zo meent zij dat de zaak zich niet leent voor een kort geding, omdat de vorderingen van Hotels.nl een declaratoir karakter dragen. Verder meent Hotelkamerveiling.nl dat de vorderingen van Hotels.nl onvoldoende duidelijk zijn. Hotelkamerveiling.nl weerspreekt dat zij een concurrent is van Hotels.nl en dat zij onder de reisbranche valt. Daarom is de RR niet van toepassing en kan Hotels.nl geen schade hebben geleden als gevolg van handelen van Hotelkamerveiling.nl. Naar haar mening is van oneerlijke handelspraktijken geen sprake: Hotelkamerveiling.nl wijst erop dat een klant die haar website bezoekt zich eerst moet registreren, hij dient daarvoor ouder te zijn dan 18 jaar. Voorts wordt de klant uitvoerig gewezen op de voorwaarden, zodat hij weet wat hij kan verwachten. Van misleiding van de gemiddelde consument of onjuiste informatieverstrekking is geen sprake. Het startbod is geen uitnodiging tot aankoop, aldus nog steeds Hotelkamerveiling.nl.

4.4 Het hof overweegt als volgt.
Het gevorderde strekt ertoe om Hotel Booker c.s. te bewegen de beweerdelijke schending van een zorgvuldigheidsnorm jegens Hotels.nl – door kort gezegd te adverteren zonder te

Zaaknummer: 201.139.617/01

7

voldoen aan het bepaalde in Afdeling 3A van titel 3 van Boek 6 BW – te staken. Aldus is geen sprake van een vordering met een (slechts) declaratoir karakter.

4.5 Zoals hiervoor reeds vermeld strekt Afdeling 3A van Boek 6, titel 3 van het BW tot implementatie van de Richtlijn. Artikel 6:193b BW bepaalt dat een handelaar onrechtmatig jegens een consument handelt indien hij een handelspraktijk verricht die oneerlijk is. Blijkens het derde lid van dit artikel is een handelspraktijk in het bijzonder oneerlijk indien een handelaar een misleidende handelspraktijk verricht als bedoeld in de artikelen 6:193c tot en met 193g BW. Blijkens artikel 6:193c, eerste lid en onder d, BW is een handelspraktijk misleidend indien informatie wordt verstrekt die feitelijk onjuist is of die de gemiddeld consument misleidt of kan misleiden, zoals ten aanzien van de prijs of de wijze waarop deze wordt berekend. Op grond van artikel 6:193d BW is een handelspraktijk bovendien misleidend indien sprake is van een misleidende omissie, waaronder iedere handelspraktijk wordt verstaan waarbij essentiële informatie die de gemiddelde consument nodig heeft om een geïnformeerd besluit over een transactie te nemen, wordt weggelaten dan wel op onduidelijke, onbegrijpelijke, dubbelzinnige wijze, dan wel laat, wordt verstrekt, waardoor de gemiddelde consument een besluit over een overeenkomst neemt of kan nemen, dat hij anders niet had genomen.

Artikel 6:193e BW bepaalt dat in het geval van een uitnodiging tot aankoop, voor zover deze niet reeds uit de context blijkt, als essentiële informatie in vorenbedoelde zin heeft te gelden de prijs, inclusief belastingen, of, als het om een product gaat waarvan de prijs redelijkerwijs niet vooraf kan worden berekend, de manier waarop de prijs wordt berekend. Van een uitnodiging tot aankoop is blijkens artikel 193a, eerste lid onder g, BW sprake ingeval van een commerciële boodschap die de kenmerken en de prijs van het product op een aan het gebruikte medium aangepaste wijze vermeldt en de consument aldus in staat stelt een aankoop te doen.

Blijkens het arrest van het Hof van Justitie van 12 mei 2011, C-122/10, IER 2011, 49 (*Sving Sveridge*) moet de uitdrukking ‘de consument aldus in staat stelt een aankoop te doen’ in de Richtlijn – en derhalve ook in artikel 6:193a, eerste lid onder g, BW – aldus worden uitgelegd dat er sprake is van een uitnodiging tot aankoop wanneer de informatie inzake een geadverteerd product en de prijs ervan voor de consument volstaat om een besluit over een aankoop te nemen zonder dat de commerciële boodschap een daadwerkelijke mogelijkheid tot aankoop van het product hoeft te bieden of zonder dat toegang tot een dergelijke mogelijkheid behoeft te bestaan. Voorts is in dit arrest bepaald dat aan de voorwaarde van aanduiding van de prijs van het product kan zijn voldaan indien de commerciële boodschap een ‘vanaf prijs’ vermeldt, dat wil zeggen een laagste prijs waartegen het geadverteerde product kan worden gekocht.

4.6 Bij de beoordeling van de vraag of de door Hotels.nl bestreden commerciële uitingen van Hotel Booker c.s. – waarvan een groot aantal voorbeelden als productie is overgelegd – kwalificeren als ‘uitnodigingen tot aankoop’, stelt het hof het volgende voorop. In het *Sving Sveridge*-arrest heeft het Hof van Justitie overwogen dat het strookt met de strekking van de Richtlijn om een hoog niveau van consumentenbescherming tot stand te brengen om het begrip ‘uitnodiging tot aankoop’ niet restrictief uit te leggen. Daaraan voegde het Hof van Justitie toe dat in de uitdrukking ‘de consument aldus in staat stelt een aankoop te doen’ geen bijkomende voorwaarde mag worden gelezen.

Tegen deze achtergrond is het hof voorshands van oordeel dat de commerciële uitingen van Hotel Booker c.s. op de overzichtspagina’s van door hen geëxploiteerde websites, alsmede in nieuwsbrieven en online advertenties/banners (al dan niet op websites van derden) – waarin kort gezegd de consument wordt geattendeerd op de mogelijkheid om een hotelovernachting

Zaaknummer: 201.139.617/01

8

voor een bepaalde prijs te kunnen boeken, dan wel daarop een bod uit te brengen – uitnodigingen tot aankoop betreffen als bedoeld in artikel 6:193a, eerste lid onder g, BW. Daaraan kan gelet op genoemde uitspraak van het Hof van Justitie niet afdoen dat het aanbod zoals dat wordt weergegeven op de overzichtspagina's, in de nieuwsbrieven, en in advertenties/banners in zoverre onvolledig is dat veelal niet (veel) meer dan een prijs en een bestemming worden vermeld en aldus de overige kenmerken die wellicht van belang (kunnen) zijn voor de consument bij zijn besluit om al dan niet op het aanbod in te gaan, ontbreken. Het hof overweegt hiertoe als volgt. De door Hotels.nl bestreden commerciële uitingen van Hotel Booker c.s. richten zich tot consumenten op het internet. Deze strekken er, ten minste mede, toe om te bevorderen dat consumenten door het 'aanklikken' van commerciële uitingen op de overzichtspagina's van door haar geëxploiteerde websites, in nieuwsbrieven, of in de advertenties/banners, gebruik maken van het geadverteerde aanbod. Door Hotels.nl is gesteld dat in de praktijk consumenten niet zijn geneigd – wanneer zij eenmaal in het boekingsproces zitten – bij confrontatie met bijkomende kosten het proces af te breken, zodat het belang om de prijzen in commerciële uitingen zo laag mogelijk te houden groot is. Hotel Booker c.s. heeft dit niet, althans onvoldoende gemotiveerd weersproken.

4.7 Het hof is voorshands van oordeel dat het bepaalde in artikel 6:193e onder c BW meebrengt dat de aanbieders van reisaanbiedingen gehouden zijn, reeds vanaf de eerste uitnodiging tot aankoop:

(i) tot het publiceren van prijzen (al of niet gespecificeerd) inclusief de op het moment van publicatie bekende vaste onvermijdbare kosten die voor de aangeboden diensten moeten worden betaald;

(ii) ten aanzien van variabele onvermijdbare kosten – waarvan de hoogte niet vooraf kan worden berekend omdat deze afhankelijk zijn van bepaalde keuzes van de consument – direct zichtbaar, zonder dat een nadere handeling van de consument is vereist, naast of onder de geadverteerde prijs op transparante wijze te specificeren welke bijkomende kosten per boeking er zijn en wat de hoogte daarvan is of, indien de hoogte niet vooraf kan worden weergegeven, hoe de consument de hoogte van die kosten kan berekenen; en

(iii) geen gebruik te maken van 'vanaf'-prijzen/(start)prijzen waarvoor de desbetreffende producten of diensten niet geboekt kunnen worden.

4.8 Bij het voorgaande tekent het hof aan dat ook de RCC bij de uitleg van RR en de NRC – in de tussen Hotel Booker en Hotels.nl gewezen beslissing van 17 februari 2014 – tot een vergelijkbaar resultaat komt. Het verweer van Hotel Booker dat de RCC daarmee een verder strekkende regel hanteert dan die volgt uit art. 6:193e BW – welk artikel conform de Richtlijn dient te worden uitgelegd – verwerpt het hof. Ten overvloede merkt het hof op dat hoewel de uitspraken van de RCC partijen niet binden, deze uitspraken doorgaans een belangrijke indicatie vormen over hoe het bepaalde in Afdeling 3A van titel 3 van Boek 6 BW dient te worden opgevat, mede gezien de bijzondere deskundigheid van de RCC op dit terrein. Daarbij tekent het hof aan dat in de preambule van de Richtlijn (onder 20) de wens wordt uitgesproken dat handelaren – mede – aan de hand van gedragscodes houvast kan worden geboden. Zo kan een effectieve uitvoering van de Richtlijn in bepaalde economische sectoren worden bevorderd. Voorts wordt in de preambule de wens uitgesproken dat door de inschakeling van onder meer codehouders het inschakelen van een administratieve of rechterlijke instantie voorkomen kan worden.

4.9 Door Hotels.nl zijn diverse malen producties in het geding gebracht, inhoudende screenshots – waarvan de juistheid niet, althans niet voldoende, is betwist – van onder andere

Zaaknummer: 201.139.617/01

9

advertenties en overzichtspagina's van websites zoals die worden geëxploiteerd door Hotel Booker c.s. Blijkens deze producties acht het hof voldoende aannemelijk gemaakt dat door Hotel Booker c.s. in commerciële uitingen structureel niet wordt voldaan aan het hiervoor in rov. 4.7 bepaalde. Hotel Booker c.s. handelt aldus in strijd met een door hen in acht te nemen zorgvuldigheidsnorm jegens Hotels.nl. Het hof komt tot dit oordeel mede op grond van het volgende.

4.10 Het verweer van Hotel Booker c.s. dat de kosten die verband houden met de heffing van toeristenbelasting niet kwalificeren als onvermijdbare kosten moet worden gepasseerd. Voor zover toeristenbelasting wordt geheven door een gemeente, is sprake van een heffing die volgens een vast tarief wordt berekend – naar Hotel Booker c.s. heeft aangevoerd hanteert 95% van de gemeenten die toeristenbelasting een 'per persoon per nacht'-model – en welke kosten onvermijdelijk zijn. De omstandigheid dat geen toeristenbelasting pleegt te worden geheven van ingezetenen van de eigen gemeente, maakt het voorgaande niet anders. Ook al zou dit één procent van de boekingen betreffen, zoals Hotel Booker c.s. stelt, dan nog is sprake van een zodanig gering percentage dat zulks niet de conclusie kan rechtvaardigen dat toeristenbelasting als vermijdbare kosten zijn aan te merken die niet in de prijs bij een uitnodiging tot aankoop behoeven te worden opgenomen. Daarvoor is de kans dat de consument deze kosten daadwerkelijk zal kunnen vermijden, naar het voorlopige oordeel van het hof, te klein.

4.11 Voor zover Hotelkamerveiling.nl zich op het standpunt stelt dat de door Hotels.nl bestreden commerciële uitingen van Hotelkamerveiling.nl op haar overzichtspagina, in nieuwsbrieven en middels online advertenties/banners (al dan niet op websites van derden) niet zijn aan te merken als uitnodigingen tot aankoop zoals bedoeld in artikel 6:193e BW, aangezien Hotelkamerveiling.nl slechts het veilen van (waardebonnen voor) hotelarrangementen faciliteert, passeert het hof dat verweer. De omstandigheid dat Hotelkamerveiling.nl bemiddelt bij het aanbieden van hotelarrangementen en de omstandigheid dat de uiteindelijke prijs daarbij wordt bepaald in een biedingsproces kan naar het voorlopig oordeel van het hof er niet aan afdoen dat haar door Hotels.nl bestreden commerciële uitingen zijn aan te merken als 'uitnodigingen tot aankoop' van reisaanbiedingen. Daaraan kan ook niet afdoen dat een klant die op een website van Hotelkamerveiling.nl een bod wil uitbrengen, zich eerst moet registreren en ouder dient te zijn dan 18 jaar, waarbij deze klant wordt gewezen op de voorwaarden.

4.12 Wel volgt het hof Hotelkamerveiling.nl in haar verweer dat van haar niet kan worden gevergd om de onvermijdelijke vaste en variabele (bijkomende) kosten (zoals de veilingkosten) in haar bied/startprijzen op te nemen. Met het veilingconcept, zoals dat door Hotelkamerveiling.nl op haar site wordt vormgegeven, laat zich bezwaarlijk verenigen dat de bijkomende kosten die Hotelkamerveiling.nl in rekening brengt in de biedingsprijs tot uitdrukking moeten worden gebracht. Zulks is bij veilingen niet gebruikelijk en zal wellicht tot verwarring kunnen leiden. Dat laat onverlet dat Hotelkamerveiling.nl gehouden is alle onvermijdelijke (vaste en variabele) kosten die zij in rekening brengt conform het bepaalde in rechtsoverweging 4.7 direct naast of onder de biedingsprijs op transparante wijze te vermelden.

4.13 Het hof is van oordeel dat Hotels.nl voldoende aannemelijk heeft gemaakt dat zij iedere dag schade lijdt als gevolg van de omstandigheid dat de door Hotel Booker c.s. geëxploiteerde websites en reclame-uitingen van Hotel Booker c.s. niet voldoen aan het bepaalde in Afdeling 3A van Boek 6, titel 3 van het BW, aangezien door de handelwijze

Zaaknummer: 201.139.617/01

10

waarbij de consument pas in een later stadium wordt geïnformeerd over de vaste en variabele onvermijdbare kosten, de op de websites en reclame-uitingen vermelde prijzen gunstiger kunnen ogen dan op de prijzen die worden vermeld op de websites en in reclame-uitingen die wel voldoen aan het hiervoor bepaalde. Naar door Hotels.nl is aangevoerd en door Hotel Booker verder niet (voldoende gemotiveerd) is betwist, zullen consumenten door deze handelwijze ook genegen zijn sneller 'door te klikken' op en naar websites van Hotel Booker c.s., waarmee de kans voor Hotel Booker c.s. dat een consument ook uiteindelijk ingaat op haar aanbod wordt vergroot.

Met het voorgaande is ook het spoedeisende belang van Hotels.nl bij de gevraagde voorzieningen in voldoende mate gegeven. De omstandigheid dat Hotels.nl zich ook tot de RCC en de Autoriteit Consument en Markt zou kunnen wenden met het verzoek op te treden tegen de misleidende handelspraktijken van Hotel Booker c.s. laat onverlet dat het Hotels.nl vrij staat zich daartoe tot de burgerlijke rechter te wenden.

4.14 Gelet op het voorgaande behoeft de vraag of de gemiddelde consument wordt misleid geen beantwoording. Nu het hof van oordeel is dat de commerciële uitingen in deze zaak een 'uitnodiging tot aankoop' inhouden, volgt uit art. 6:193e onder c BW dat de prijs inclusief belastingen e.d. moet worden weergegeven. Het niet daaraan voldoen is per definitie een misleidende omissie als bedoeld in artikel 6:193d en levert op die grond reeds een 'misleidende handelspraktijk' op. Het voorgaande brengt mee dat grief 4 en grief 5 slagen. Bij die stand van zaken heeft Hotels.nl geen belang meer bij behandeling van de overige grieven.

4.15 Het hof zal Hotel Booker en Hotelkamerveiling.nl veroordelen te voldoen aan hetgeen hiervoor is overwogen onder 4.7. Nu Hotel Booker ter zitting heeft aangegeven dat zij zich niet op voorhand wenst te committeren aan dit arrest tot het moment dat het voorlopig oordeel van het hof is achterhaald, ziet het hof aanleiding aan deze veroordeling een dwangsom te verbinden, als na te melden. Zoals het hof ter zitting reeds heeft aangegeven, onderkent het hof het risico dat bij het opleggen van een dwangsom het eenvoudig voorstelbaar is dat tussen partijen executiegeschillen kunnen ontstaan. Met het oog daarop overweegt het hof nog het volgende. Een dwangsom wordt slechts verbeurd in gevallen, waarvan in ernst niet kan worden betwijfeld, dat zij, mede gelet op de gronden waarvoor het verbod werd gegeven, daaronder begrepen zijn (HR 3 januari 1964, NJ 1964, 445). De strekking van de dwangsom die het hof in het onderhavige geschil zal opleggen is om te bewerkstelligen dat partijen hun commerciële uitingen structureel in lijn brengen met hetgeen hiervoor is overwogen onder 4.7. Gelet op het voorgaande – en de omstandigheid dat naar het hof is gebleken partijen elkanders commerciële uitingen goed in het oog plegen te houden – zal het hof bij het opleggen van de dwangsom bepalen dat geen dwangsommen zullen worden verbeurd voor zover dit naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar moet worden geacht, in aanmerking genomen de mate waarin aan de veroordeling is voldaan, de ernst van de overtreding en de mate van verwijtbaarheid van de overtreding.

4.16 Hotel Booker c.s. zal – als de in het ongelijk gestelde partij in conventie – worden veroordeeld in de kosten van het geding in eerste aanleg in conventie.

4.17 De voorwaarde voor de behandeling van de vordering in reconventie is vervuld, zodat, anders dan de voorzieningenrechter van de rechtbank, het hof gehouden is daarover te oordelen. Hotels.nl heeft bij pleidooi erkend dat de wijze waarop de prijzen worden gepresenteerd op de door haar beheerde website www.hotelvoordeel.nl (voorheen:

Zaaknummer: 201.139.617/01

11

www.uitslapen.nl) niet voldoet aan hetgeen is overwogen in 4.7. Hotels.nl heeft daarbij aangegeven dat zij niets liever wil dan zich aan de regels houden, maar dat zij dit – gelet op het concurrentienadeel dat aldus zou worden geleden – feitelijk niet kan, zolang niet ook de concurrentie dat doet. Gelet hierop ligt het gevorderde in reconventie onder I voor toewijzing gereed. Teneinde een level playing field te creëren zal het hof aan deze veroordeling, op gelijke wijze als in conventie, een dwangsom verbinden.

4.18 Het gevorderde in reconventie onder II zal het hof afwijzen. Het betreft de vordering om Hotels.nl te verbieden/gebieden om – kort gezegd – in haar reclame-uitingen:

- a. te vermelden dat gratis kan worden geannuleerd, terwijl dat niet of slechts beperkt mogelijk is;
- b. te vermelden dat kortingen worden gegeven, terwijl die kortingen helemaal niet bestaan;
- c. te vermelden dat prijzen 'lastminute' zijn, terwijl die niet bestaan of zelfs duurder zijn dan reguliere prijzen;
- d. na te laten te vermelden dat er belangrijke beperkende voorwaarden zijn, zoals prijzen die enkel in het weekend gelden; en
- e. te vermelden dat er nog maar één kamer beschikbaar is, terwijl voldoende kamers beschikbaar zijn.

Ten aanzien van deze vorderingen heeft Hotel Booker c.s. onvoldoende onderbouwd – mede gelet op de gemotiveerde betwisting van het gevorderde door Hotels.nl – dat Hotels.nl over deze onderwerpen (structureel) misleidende informatie verstrekt.

4.19 Nu de voorzieningenrechter in eerste aanleg niet is toegekomen aan de voorwaardelijke reconventie, bestaat geen aanleiding tot een kostenveroordeling met betrekking tot die kosten. Daar beide partijen in het hoger beroep op punten in het ongelijk zijn gesteld, ziet het hof aanleiding de kosten van het hoger beroep te compenseren.

Beslissing

Het hof:

- vernietigt het tussen partijen gewezen vonnis van de voorzieningenrechter van de rechtbank Den Haag van 31 oktober 2013;

en opnieuw rechtdoende:

- veroordeelt Hotel Booker om binnen vier weken na betekening van dit arrest ervoor zorg te dragen dat alle door haar geëxploiteerde websites en al haar reclame-uitingen voldoen aan hetgeen het hof heeft overwogen onder 4.7, op straffe van verbeurte van een dwangsom van € 2.500,- voor iedere dag dat Hotel Booker dit gebod niet nakomt, tot een maximum van € 50.000,-;
- veroordeelt Hotelkamerveiling.nl om binnen vier weken na betekening van dit arrest ervoor zorg te dragen dat alle door haar geëxploiteerde websites en al haar reclame-uitingen voldoen aan hetgeen het hof heeft overwogen onder 4.7, met inachtneming van hetgeen het hof heeft overwogen onder 4.12 van dit arrest, op straffe van verbeurte van een dwangsom van € 2.500,- voor iedere dag dat Hotelkamerveiling.nl dit gebod niet nakomt, tot een maximum van € 50.000,-;
- veroordeelt Hotels.nl om binnen vier weken na betekening van dit arrest ervoor zorg te

Zaaknummer: 201.139.617/01

12

dragen dat alle door haar geëxploiteerde websites en al haar reclame-uitingen voldoen aan hetgeen het hof heeft overwogen onder 4.7, op straffe van verbeurte van een dwangsom van € 2.500,- voor iedere dag dat Hotels.nl dit gebod niet nakomt, tot een maximum van € 50.000,-;

- bepaalt dat geen dwangsommen zullen worden verbeurd voor zover dit naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar moet worden geacht, in aanmerking genomen de mate waarin aan de veroordeling is voldaan, de ernst van de overtreding en de mate van verwijtbaarheid van de overtreding;
- veroordeelt Hotel Booker c.s., hoofdelijk, in de kosten van het geding in eerste aanleg in conventie, aan de zijde van Hotels.nl tot op 31 oktober 2013 begroot op € 76,71 aan exploitkosten, € 589,- aan griffierecht en € 816,- aan salaris advocaat, en bepaalt dat deze bedragen binnen veertien dagen na de dag van deze uitspraak moeten zijn voldaan, bij gebreke waarvan de wettelijke rente als bedoeld in artikel 6:119 BW verschuldigd is vanaf het einde van voormelde termijn tot aan de dag der algehele voldoening;
- compenseert de kosten van het hoger beroep in die zin dat ieder der partijen de eigen kosten draagt;
- verklaart dit arrest tot hier uitvoerbaar bij voorraad; en
- wijst het meer of anders gevorderde af.

Dit arrest is gewezen door mrs. M.J. van der Ven, E.D.G. Kiersch en A.J.P. Schild en is uitgesproken ter openbare terechtzitting van 23 december 2014 in aanwezigheid van de griffier.

