

**Zaak C-59/19**

**Verzoek om een prejudiciële beslissing**

**Datum van indiening:**

29 januari 2019

**Verwijzende rechter:**

Bundesgerichtshof (Duitsland)

**Datum van de verwijzingsbeslissing:**

11 december 2018

**Verzoekende partij tot Revision:**

Wikingershof GmbH & Co. KG

**Verwerende partij in Revision:**

Booking.com BV

---

**BUNDESGERICHTSHOF**

**BESLISSING**

[OMISSIS]

van

11 december 2018

in het geding tussen

Wikingershof GmbH & Co. KG, [OMISSIS] Kropp,

verzoekster en verzoekster tot „Revision”,

[OMISSIS]

tegen

Booking.com BV, [OMISSIS] Amsterdam (Nederland),

verweerster en verweerster in „Revision”

[OMISSIS] [Or. 2]

De Kartellsenat (kamer voor kartelzaken) van het Bundesgerichtshof (hoogste federale rechter in burgerlijke en strafzaken, Duitsland) heeft op 11 december 2018 [OMISSIS]

beslist:

- I. De behandeling van de zaak wordt geschorst.
- II. Het Hof van Justitie van de Europese Unie wordt overeenkomstig artikel 267 VWEU verzocht om een prejudiciële beslissing over de volgende vraag betreffende de uitlegging van het Unierecht:

Moet artikel 7, punt 2, van verordening (EU) nr. 1215/2012 van het Europees Parlement en de Raad van 12 december 2012 betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken (PB 2012, L 351, blz. 1) aldus worden uitgelegd dat het voor verbintenissen uit onrechtmatige daad bevoegde gerecht kennis kan nemen van een vordering tot staking van een bepaalde gedraging, wanneer in aanmerking wordt genomen dat de verweten gedraging strookt met de contractuele bepalingen, maar de verzoekende partij stelt dat deze bepalingen berusten op misbruik door de verwerende partij van een dominante marktpositie? [Or. 3]

#### Motivering

- 1 A. Verzoekster exploiteert een hotel in Sleeswijk-Holstein. Verweerster, die haar zetel in Nederland heeft, exploiteert een hotelreserveringsplatform.
- 2 In maart 2009 heeft verzoekster een door verweerster overgelegd contractformulier ondertekend, waarin onder meer het volgende is bepaald:

„Algemene voorwaarden

Het hotel verklaart een kopie van versie 0208 van de algemene voorwaarden (...) van Booking.com te hebben ontvangen. Deze zijn online beschikbaar op Booking.com (...). Het hotel bevestigt dat het de voorwaarden gelezen en begrepen heeft en dat het instemt met de voorwaarden. De voorwaarden vormen een wezenlijk onderdeel van deze overeenkomst (...)

- 3 De algemene voorwaarden bepalen onder meer dat verweerster een internetsysteem met de benaming „Extranet” aan het hotel ter beschikking stelt, via hetwelk de informatie van het hotel kan worden bijgewerkt en inlichtingen betreffende de reserveringen kunnen worden opgevraagd. Voorts bevatten zij een regeling volgens welke de rechterlijke instanties te Amsterdam bevoegd zijn om

kennis te nemen van alle uit de overeenkomst voortvloeiende geschillen, met uitzondering van geschillen betreffende betalingen en facturen.

- 4 Verweerster heeft haar op het extranet ter inzage beschikbare algemene voorwaarden nadien meermaals gewijzigd. Verzoekster heeft schriftelijk duidelijk gemaakt dat geen rekening moest worden gehouden met een versie van de algemene voorwaarden, die zij op 25 juni 2015 via e-mail ter kennis had gebracht van de contractanten van verweerster.
- 5 Verzoekster is van mening dat kleinere hotels zoals zij, wegens de dominante positie van verweerster op de markt voor bemiddelingsdiensten ten behoeve van hotels via websites voor hotelreserveringen, geen andere keuze hebben dan een overeenkomst met **[Or. 4]** verweerster te sluiten. Volgens verzoekster vormen bepaalde gedragingen van verweerster in verband met de bemiddeling inzake hotelreserveringen een niet-gerechvaardigde belemmering en zijn zij derhalve in strijd met het kartelrecht.
- 6 Verzoekster heeft verzocht, verweerster op straffe van nader bepaalde wettelijke dwangmaatregelen te gelasten zich ervan te onthouden
  - een door verzoekster voor haar hotel aangegeven prijs zonder voorafgaande toestemming van verzoekster op het hotelreserveringsplatform aan te duiden als een verlaagde prijs of een prijs met korting,
  - de contactgegevens die door de contractanten van verzoekster via het hotelreserveringsplatform zijn meegedeeld, geheel of gedeeltelijk voor zich te houden en verzoekster te verplichten uitsluitend via de door verweerster ter beschikking gestelde contactmogelijkheden contact op te nemen met de doorverwezen contractanten,
  - de plaatsing van het hotel ten aanzien van zoekopdrachten afhankelijk te stellen van het verstrekken van een provisie van meer dan 15 %.
- 7 Verzoekster voert aan dat zij, voor zover dat gedrag strookt met de door verweerster gestelde algemene voorwaarden, enkel vanwege de dominante marktpositie van verweerster met deze voorwaarden heeft ingestemd.
- 8 Verweerster heeft onder andere betwist dat het aangezochte LG Kiel (Landgericht Kiel; rechter in eerste aanleg Kiel, Duitsland) territoriaal en internationaal bevoegd was. Het Landgericht heeft verzoeksters vordering niet-ontvankelijk verklaard wegens het ontbreken van territoriale en internationale bevoegdheid. Het hoger beroep van verzoekster is verworpen. Tegen die beslissing is het door de Kartellsenat toegestane beroep tot „Revision” van verzoekster gericht. **[Or. 5]**
- 9 B. Of het beroep tot „Revision” slaagt, hangt af van de uitlegging van artikel 7, punt 2, van verordening (EU) nr. 1215/2012 van het Europees Parlement en de Raad van 12 december 2012 betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de

erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken [PB 2012), L 351, blz. 1; hierna: verordening (EU) nr. 1215/12]. Alvorens op het beroep tot „Revision” te beslissen, dient derhalve de behandeling van de zaak te worden geschorst en het Hof van Justitie van de Europese Unie (hierna: „Hof”) overeenkomstig artikel 267, eerste alinea, onder b), en derde alinea, VWEU, te worden verzocht om een prejudiciële beslissing.

- 10 I. De appelrechter heeft zijn beslissing in wezen gemotiveerd als volgt:
- 11 Het aangezochte gerecht is territoriaal noch internationaal bevoegd om kennis te nemen van de ingestelde vordering. Het aangezochte gerecht is niet bevoegd als gerecht van de plaats van uitvoering [artikel 7, punt 1, van verordening (EU) nr. 1215/12] noch als het voor verbintenissen uit onrechtmatige daad bevoegde gerecht [artikel 7, punt 2, van verordening (EU) nr. 1215/12]. De vraag of de overeenkomst een geldig forumkeuzebeding bevat, is derhalve niet relevant.
- 12 Volgens de rechtspraak van het Hof moet artikel 7, punt 2, van verordening (EU) nr. 1215/12 strikt worden uitgelegd. Deze norm heeft alleen betrekking op vorderingen om de verwerende partij aansprakelijk te stellen voor de schade en die geen verband houden met verbintenissen uit overeenkomst. Daartoe volstaat niet dat tussen de partijen een contractuele verhouding bestaat. Er is wel sprake van een verband met een overeenkomst wanneer de verweten gedraging kan worden beschouwd als niet-nakoming van de contractuele verbintenissen zoals deze kunnen worden bepaald aan de hand van het voorwerp van de overeenkomst. Dit is a priori het geval wanneer een uitlegging van de overeenkomst noodzakelijk is om vast te stellen of de verweten gedraging geoorloofd dan wel ongeoorloofd is. In dat opzicht zijn de verbintenissen in het kader van de vordering geen verbintenissen uit onrechtmatige daad [Or. 6] in de zin van artikel 7, punt 2, van verordening (EU) nr. 1215/12. De vordering heeft betrekking op een wijziging van de inhoud van de overeenkomst en van het gedrag van verweerster. Het geschil tussen de partijen vindt zijn oorsprong in hun contractueel geregelde betrekkingen. Het geschil heeft dus geen betrekking op een of ander mededingingsversturend gedrag van de verweerster dat geenszins verband houdt met de overeenkomst. Verweersters rechten en plichten moeten op basis van de overeenkomst worden vastgesteld. Van de in het kader van verzoeksters stakingsvordering opgeworpen vragen was geen sprake geweest indien partijen tevoren geen overeenkomst hadden gesloten. Dat geldt tevens voor een beoordeling op basis van het kartelrecht. Het geschil heeft geen betrekking op verbintenissen uit overeenkomst, maar wel op een overeenkomst omdat de kernvraag is of de overeenkomst geheel of gedeeltelijk bestaat.
- 13 II. Het beroep tot „Revision” slaagt indien het aangezochte LG Kiel territoriaal en internationaal bevoegd is. Daarvoor is het van cruciaal belang of de appelrechter terecht heeft beslist dat het LG Kiel overeenkomstig artikel 7, punt 2, van verordening (EU) nr. 1215/12 onbevoegd is.

- 14 1. De appelrechter heeft de vraag of het aangezochte gerecht niet bevoegd was, alleen al omdat de partijen een geldig forumkeuzebeding in de overeenkomst hadden opgenomen, onbeantwoord gelaten. Deze vraag moet evenwel ontkennend worden beantwoord.
- 15 Het forumkeuzebeding was vervat in de door verweerster gebruikte algemene voorwaarden. Het Landgericht heeft in dat verband vastgesteld dat de voorwaarden van artikel 25, lid 1, derde volzin, onder a), en lid 2, van verordening (EU) nr. 1215/12 niet vervuld waren omdat er geen sprake was van een elektronische mededeling van de algemene voorwaarden waardoor de overeenkomst duurzaam geregistreerd wordt. In het beroep tot „Revision” worden tegen deze beoordeling geen bezwaren geuit. **[Or. 7]**
- 16 De Kartellsenat is het niet eens met het standpunt van het Landgericht dat een overeenkomst tot aanwijzing van een bevoegd gerecht overeenkomstig artikel 25, lid 1, derde volzin, onder b), van verordening (EU) nr. 1215/12 was gesloten in een vorm die wordt toegelaten door de handelwijzen die tussen de partijen gebruikelijk zijn. In dit opzicht rijzen er geen vragen met betrekking tot het Unierecht die verduidelijking behoeven. De handelwijzen in de zin van deze bepaling kunnen alleen de plaats innemen van de anders vereiste schriftelijke overeenkomst, maar niet die van de overeenstemming tussen de contractanten [OMISSIS]. Het Landgericht heeft dienaangaande louter vastgesteld dat de algemene voorwaarden herhaaldelijk waren gewijzigd nadat de overeenkomst was gesloten. Daarentegen is niet vastgesteld dat deze wijzigingen op het extranet zijn gepubliceerd en hoe verzoekster daarop heeft gereageerd, in het bijzonder of zij had verklaard dat zij met deze vorm van informatie-overdracht akkoord ging. De appelrechter was op dit punt veeleer van oordeel dat de partijen het erover oneens waren, of verzoekster kennis had genomen van elke wijziging van de algemene voorwaarden.
- 17 2. Met het beroep tot „Revision” wordt niet opgekomen tegen de aanname van de appelrechter dat de bevoegdheid van het aangezochte gerecht niet berust op artikel 7, punt 1, onder a), van verordening (EU) nr. 1215/12. In het beroep tot „Revision” worden ook tegen deze beoordeling geen bezwaren geuit.
- 18 3. Volgens het beroep tot „Revision” heeft de appelrechter ten onrechte geoordeeld dat er geen sprake is van rechterlijke bevoegdheid op grond van verbintenissen uit onrechtmatige daad overeenkomstig artikel 7, punt 2, van verordening (EU) nr. 1215/12. Van een contractuele vordering is slechts sprake wanneer de vordering op zijn minst is gebaseerd op een vrijwillig aangegane verbintenis. Dat is in het hoofdgeding niet het geval. Daarom is de in het dictum geformuleerde te beantwoorden vraag met betrekking tot het Unierecht voorgelegd. **[Or. 8]**
- 19 a) De bevoegdheid overeenkomstig artikel 7, punt 2, van verordening (EU) nr. 1215/12 is volgens de rechtspraak van het Hof niet alleen afhankelijk van het antwoord op de vraag of de betrokken vordering volgens het nationale recht van

de lidstaat een vordering uit onrechtmatige daad is. Ook voor een dergelijke vordering ontbreekt de bevoegdheidsgrond van artikel 7, punt 2, van verordening (EU) nr. 1215/12 indien zij verband houdt met verbintenissen uit overeenkomst in de zin van artikel 7, punt 1, onder a), van verordening (EU) nr. 1215/12. Het begrip „overeenkomst” heeft dan weer betrekking op verbintenissen die jegens andere personen vrijwillig zijn aangegaan (arresten van het Hof van 17 september 2002, Tacconi, C-334/00, Jurispr. 2002, I-7357, punt 23, en 20 januari 2005, Engler, C-27/02, Jurispr. 2005, I-481, punt 50 e.v.).

- 20 De begrippen „verbintenissen uit overeenkomst” in de zin van artikel 7, punt 1, onder a), van verordening (EU) nr. 1215/12 en „verbintenissen uit onrechtmatige daad” in de zin van artikel 7, punt 2, van verordening (EU) nr. 1215/12 zijn autonoom en dienen in de eerste plaats in het licht van de systematiek en het doel van deze verordening te worden uitgelegd om ervoor te zorgen dat zij in alle lidstaten eenvormig worden toegepast (arresten van het Hof van 27 september 1988, Kalfelis, 189/87, Jurispr. 1988, blz. 5565, punt 15, en 18 juli 2013, ÖFAB, C-147/12, [OMISSIS] punt 27). Dienovereenkomstig moet bij civielrechtelijke vorderingen tot schadevergoeding worden nagegaan of deze, ongeacht de kwalificatie ervan naar nationaal recht, voortvloeien uit verbintenissen uit overeenkomst (arresten van 13 maart 2014, Brogsitter, C-548/12, [OMISSIS] punt 21; 10 september 2015, Holtermann Ferho Exploitatie, C-47/14, [OMISSIS] punt 70 e.v., en 14 juli 2016, Granarolo, C-196/15, [OMISSIS] punt 20 e.v.). Hetzelfde geldt voor preventieve stakingsvorderingen (arresten van het Hof van 1 oktober 2002, Henkel, C-167/00, Jurispr. 2002, I-8111, en 5 februari 2004, Danmarks Rederiforening/LO Landsorganisationen i Sverige, C-18/02, Jurispr. 2004, I-1417, punt 27). **[Or. 9]**
- 21 Derhalve kan op grond van de enkele omstandigheid dat een van de contractpartijen een civielrechtelijke aansprakelijkheidsvordering instelt tegen de andere partij niet worden aangenomen dat de ingestelde vorderingen voortvloeien uit verbintenissen uit overeenkomst. Ook al vloeit een dergelijke vordering volgens het nationale recht voort uit verbintenissen uit onrechtmatige daad, dan nog gaat het om een verbintenis uit overeenkomst in de zin van artikel 7, punt 1, onder a), van verordening (EU) nr. 1215/12, indien de verweten gedraging kan worden beschouwd als niet-nakoming van de contractuele verbintenissen zoals deze kunnen worden bepaald aan de hand van het voorwerp van de overeenkomst. Dit is a priori het geval wanneer de uitlegging van de overeenkomst noodzakelijk is om vast te stellen of de gedraging die de verzoekende partij verwijt aan de verwerende partij geoorloofd dan wel ongeoorloofd is [arrest van het Hof van 13 maart 2014, Brogsitter, C-548/12, NJW (Neue Juristische Wochenschrift) 2014, punt 23 e.v.].
- 22 b) Partijen in het hoofdgeding zijn het erover oneens of verweerster zich ten opzichte van verzoekster in een dominante marktpositie bevindt en daarvan misbruik maakt, en daarmee in strijd met het kartelrecht handelt. Verzoekster stelt in dat verband dat voor de handelwijze van verweerster, die erin bestaat prijzen van verzoekster als verlaagde prijzen of als prijzen met korting aan te duiden,

geen geldige contractuele basis bestaat. De andere twee gedragingen waarop de stakingsvordering betrekking heeft, stroken weliswaar met de algemene voorwaarden, maar verzoekster is de overeenkomst enkel op basis van deze voorwaarden aangegaan omdat zij, gelet op de dominante marktpositie van verweerster, geen andere keuze had.

- 23 c) A priori lijkt het geen twijfel dat sprake is van vorderingen uit onrechtmatige daad in de zin van artikel 7, punt 2, van verordening (EU) nr. 1215/12 wanneer het gaat om vorderingen tot schadevergoeding of stakingsvorderingen, die gebaseerd zijn op het feit dat de verweten gedraging moet worden aangemerkt als het misbruik maken van een machtspositie in **[Or. 10]** de zin van artikel 102 VWEU of een soortgelijke bepaling van het nationale kartelrecht (arrest van het Hof van 5 juli 2018, Lithuanian Airlines, C-27/17, punt 51 e.v.). Dergelijk misbruik kan met name erin bestaan dat een onderneming met een machtspositie het aangaan van contractuele betrekkingen ervan afhankelijk stelt dat onbillijke voorwaarden in de overeenkomst worden opgenomen [artikel 102, tweede alinea, onder a), VWEU, [OMISSIS]].
- 24 Anders dan de appelrechter is de Kartellsenat geneigd te oordelen dat een andere beoordeling evenmin gepast is wanneer de verzoekende partij op het tijdstip waarop zij de vordering instelt, reeds contractuele betrekkingen is aangegaan met een onderneming die – volgens haar overeenkomst – een machtspositie heeft, zodat in aanmerking wordt genomen dat de verweten gedraging strookt met de contractuele bepalingen, maar de verzoekende partij deze bepalingen onbillijk acht en betoogt dat zij niet uit vrije wil maar vanwege de dominante marktpositie van de verwerende partij met de voorwaarden heeft ingestemd. In de discussies in rechte tussen de partijen staat namelijk niet de uitlegging van de overeenkomst centraal, maar wel de vraag of de omstandigheid dat een onderneming met een – vermeende – machtspositie bepaalde contractuele voorwaarden vereist of inroept, als misbruik moet worden beschouwd en die onderneming daarmee in strijd met het kartelrecht handelt. **[Or. 11]**

[OMISSIS]