

arrest

GERECHTSHOF ARNHEM-LEEWARDEN

locatie Leeuwarden

afdeling civiel recht, handel

zaaknummer gerechtshof 200.258.942/01
(zaaknummer rechtbank Midden-Nederland 472285)



arrest in kort geding van 18 februari 2020

in de zaak van

Digital Revolution B.V.,
gevestigd te Amsterdam,
appellante,
in eerste aanleg: eiseres,
hierna: **Digital Revolution**
advocaat: mr. Th.C.J.A. van Engelen, kantoorhoudend te Utrecht,

tegen

Media Concept Bürobedarf GmbH,
gevestigd te Unterhaching, Duitsland,
geïntimeerde,
in eerste aanleg: gedaagde,
hierna: **Media Concept**,
advocaat: mr. R.A.C. Stoop, kantoorhoudend te Amsterdam.

1. Het verloop van de procedure in hoger beroep

1.1 Het verloop van de procedure in hoger beroep blijkt uit:

- de dagvaarding in hoger beroep van 25 maart 2019 met daarin opgenomen de grieven;
- de memorie van antwoord (met producties); en
- een akte met aanvullende producties 13 - 19 van Digital Revolution.

1.2 Het hof heeft de zaak behandeld tijdens zijn zitting op 21 oktober 2019. Daarbij is akte verleend van de ingediende producties 13 - 19 van Digital Revolution.

1.3 De advocaten van Digital Revolution en Media Concept hebben de zaak vervolgens toegelicht. Zij hebben daarbij aantekeningen gebruikt. Van wat er op de zitting is gebeurd en is besproken is een verslag (proces-verbaal) gemaakt.

1.4 Vervolgens hebben partijen de processtukken overgelegd en heeft het hof arrest bepaald.

1.5 De vordering van Digital Revolution in hoger beroep houdt in dat het vonnis van de voorzieningenrechter van 25 februari 2019 wordt vernietigd en dat haar vorderingen alsnog worden toegewezen, een en ander met veroordeling van Media Concept in de proceskosten.

2. De bevoegdheid van het hof en het toepasselijke recht

2.1 Media Concept is gevestigd in Duitsland. Het geschil heeft dan ook internationale aspecten, zodat allereerst moet worden onderzocht of de Nederlandse rechter bevoegd is er kennis van te nemen. Dat is het geval: het geschil betreft een burgerlijke en handelszaak als bedoeld in artikel 1 van Brussel I. Op grond van artikel 7 lid 2 van deze verordening heeft de Nederlandse rechter rechtsmacht. Aan Media Concept wordt immers een onrechtmatige daad verweten, en het gestelde schadebrengende feit doet zich voor in Nederland.

2.2 Beide partijen gaan er - terecht - vanuit dat op het geschil Nederlands recht van toepassing is. Dit volgt uit artikel 6 van Rome II; er is sprake van een stilzwijgende rechtskeuze.

3. De feiten

3.1 Digital Revolution en Media Concept bieden online inkt- en tonercartridges voor printers aan: Digital Revolution via haar webwinkel 123inkt.nl en Media Concept via haar webwinkel prindo.nl. Digital Revolution is marktleider op dit gebied.

3.2 Digital Revolution en Media Concept maken gebruik van Google Shopping. Google Shopping is een prijsvergelijkingswebsite waarop verkopers, tegen betaling, advertenties kunnen plaatsen voor hun producten, die vervolgens op prijsniveau met elkaar worden vergeleken.

3.3 Op 24 januari 2019 heeft Digital Revolution voor de tonercartridge Samsung MLT-D111L op Google Shopping een prijsvergelijking gemaakt. Daarop is het volgende te zien (de omcirkeling is door Digital Revolution aangebracht).

2. Samsung MLT-D111L Via Google Shopping

Verkoopster	Verkoopsomschrijving	Deals	Product	Uitverkoop prijs	Uitverkoop prijs
123inkt.nl	★★★★★ (100)		€ 81,00	€ 81,00	€ 81,00
TonerProduct.nl - Alle 21 modellen	Geen beschrijving		€ 83,00	€ 83,00	€ 83,00
Printshop.nl	★★★★★ (11 219)		€ 81,00	€ 81,00	€ 81,00
Print.com	★★★★★ (1 770)		€ 72,00	€ 72,00	€ 72,00
Printoo.nl	Geen beschrijving		€ 109,00	€ 109,00	€ 109,00
inktop.nl	★★★★★ (292)		€ 2,00	€ 2,00	€ 2,00
Azevity	★★★★★ (330)		€ 85,00	€ 85,00	€ 85,00
inktop.nl	★★★★★ (110)		€ 85,00	€ 85,00	€ 85,00
TonerProduct.nl Nederland	★★★★★ (382)		€ 84,00	€ 84,00	€ 84,00
Mijnink.nl	★★★★★ (1 731)		€ 84,00	€ 84,00	€ 84,00

3.4 Na het klikken op de knop "Site bezoeken" wordt de bezoeker vanuit Google Shopping doorgeleid naar een daarvoor speciaal ingerichte plek in de webwinkel prindo.nl van Media Concept (zie afbeelding). Bij de prijs en levertijd stond (tot 8 maart 2019) de tekst: "Maximale hoeveelheid: 1. Actieproducten zijn slechts beperkt beschikbaar, daarom is de afnamehoeveelheid per bestelling en klant beperkt."



3.5 Indien een potentiële klant rechtstreeks (via de homepage) de webwinkel prindo.nl zou hebben bezocht en daar dezelfde tonercartridge Samsung MLT-D111L had opgezocht, dan zou het volgende zijn getoond:



3.6 De door Media Concept op Google Shopping geadverteerde prijzen zijn lager dan de prijzen die een klant moet betalen indien hij of zij de webwinkel prindo.nl rechtstreeks bezoekt.

3.7 Op de homepage van prindo.nl staat onder andere het volgende:

GUNSTIGE PRIJZEN

Via de producenten verkrijgen wij gunstige prijzen en bijzondere kortingen, die we aan u doorgeven - of het nu gaat om een origineel of om een alternatief product, bij Prindo doet u goedkoop uw inkopen.

4. Het geschil en de procedure in eerste aanleg

4.1 Tegen de achtergrond van de hiervoor genoemde feiten heeft Digital Revolution Media Concept gedagvaard voor de voorzieningenrechter van de Rechtbank Midden-Nederland te Lelystad en gevorderd als weergegeven in het bestreden vonnis onder 3.1. A, B en C. Het onder A gevorderde bevel komt neer op een verbod om prijsaanbiedingen te doen (zoals via Google Shopping) zonder daarbij te vermelden dat het aanbiedingsprijzen zijn, en een verbod om bij een rechtstreeks bezoek aan de Prindo website niet aan te geven dat de daar opgegeven prijs hoger kan zijn dan indien een andere route wordt gekozen. De onder B gevorderde voorziening betreft een rectificatie en C omvat de gebruikelijke dwangsomveroordeling.

4.2 Digital Revolution heeft aan haar vorderingen ten grondslag gelegd dat Media Concept met haar prijsbeleid zich schuldig maakt aan misleidende reclame (artikel 6:194 BW), misleidende vergelijkende reclame (artikel 6:194a BW) en misleidende (oneerlijke) handelspraktijken (artikel 6:193b BW).

4.3 Media Concept heeft gemotiveerd verweer gevoerd.

4.4 De voorzieningenrechter heeft in zijn vonnis van 25 februari 2019 de vorderingen van Digital Revolution afgewezen en haar in de proceskosten veroordeeld.

4.5 Media Concept heeft na het vonnis de tekst genoemd onder 3.4 van haar aanbieding gewijzigd. Zij heeft de tekst "*Maximale hoeveelheid: 1. Actie producten zijn slechts beperkt beschikbaar, daarom is de afnamehoeveelheid per bestelling en klant beperkt*" vervangen door de tekst "*Maximaal 1 product per bestelling per klant*".

5. De bespreking van de grieven

5.1 Tegen de afwijzing van de vorderingen is Digital Revolution onder aanvoering van negen grieven in hoger beroep gekomen. De grieven hebben tot doel dat het geschil door het hof in zijn geheel opnieuw wordt beoordeeld. Het hof ziet daarin aanleiding de grieven gezamenlijk te behandelen.

Spoedeisendheid

5.2 Het hof stelt ambtshalve vast dat Digital Revolution, die met haar vorderingen wil voorkomen dat Media Concept doorgaat met de gestelde onrechtmatige (handels)praktijken, een spoedeisend belang heeft bij die vorderingen. Het inhoudelijke verweer van Media Concept dat Digital Revolution door het handelen van Media Concept geen vermogensschade of reputatieschade lijdt, is voor de vaststelling van het spoedeisende belang niet relevant. Het antwoord op de vraag of schade aannemelijk is, speelt wel een rol

bij de beoordeling van de toewijsbaarheid van de vorderingen. Maar daaraan komt het hof, zoals hierna zal blijken, niet toe.

Kern van het geschil

5.3 In deze zaak gaat het om de vraag of Media Concept met haar advertenties zoals hierboven omschreven (op Google Shopping, op de bestemmingspagina na doorklikken, en op de Prindo website indien deze rechtstreeks wordt benaderd) de koper van inkt- en tonercartridges misleidt. Digital Revolution verwijt Media Concept met name dat zij bepaalde zaken niet vermeldt, een en ander zoals hierna per verwijt nader besproken wordt. Daarnaast stelt zij dat de onder 3.7 weergegeven mededeling misleidend is.

5.4 Media Concept heeft ervoor gekozen de consumenten die via Google Shopping haar webwinkel prindo.nl bezoeken een andere (lagere) prijs te bieden dan de consumenten die haar webwinkel rechtstreeks bezoeken. Partijen zijn het erover eens dat dat deze vorm van prijsdifferentiatie op zich is toegestaan. De lagere prijs op Google Shopping geldt alleen voor klanten die via Google Shopping (de doorklikroute) het product in de webwinkel prindo.nl kopen. De bestelling is beperkt tot één exemplaar per klant. Wanneer de klant een tweede exemplaar van hetzelfde product wil bestellen voor dezelfde prijs, moet hij terug naar Google Shopping. Indien hij in de webwinkel prindo.nl direct een tweede exemplaar bestelt, betaalt hij niet de op Google Shopping geadverteerde prijs maar een andere (hogere) prijs.

Toetsingskader

5.5 Artikel 6:194 lid 1 BW bepaalt, voor zover hier van belang, dat hij die omtrent goederen die door hem in de uitoefening van zijn bedrijf worden aangeboden, een mededeling openbaar maakt of laat openbaar maken, onrechtmatig handelt jegens een ander die handelt in de uitoefening van zijn bedrijf, indien deze mededeling in een of meer opzichten misleidend is, zoals ten aanzien van prijs en hoeveelheid. Tussen partijen is niet in geschil dat het op Google Shopping geadverteerde prijsaanbod van Media Concept een openbare mededeling is in de zin van artikel 6:194 lid 1 BW.

5.6 Een openbare mededeling, zoals een prijsadvertentie, is onder meer misleidend indien essentiële informatie ontbreekt, waardoor personen die kennis nemen van de advertentie (het in aanmerking komende publiek) ertoe kunnen worden gebracht iets te kopen wat zij niet zouden hebben gekocht indien zij volledig waren geïnformeerd (artikel 6:194 lid 2 BW).

5.7 Essentiële informatie is informatie die het in aanmerking komende publiek nodig heeft om een geïnformeerd besluit over een transactie te nemen en waarvan weglating de gemiddelde afnemer er toe kan brengen een besluit over een transactie te nemen dat hij anders niet had genomen. Bij de beoordeling of essentiële informatie is weggelaten of verborgen is gehouden worden de feitelijke context, de beperkingen van het communicatiemedium alsook de maatregelen die zijn genomen om de informatie langs andere wegen ter beschikking van het publiek te stellen in ogeschouw genomen (artikel 6:194 lid 4 BW in combinatie met artikel 6:193d lid 4 BW).

5.8 Het in aanmerking komende publiek, en daarover zijn partijen het ook eens, bestaat uit consumenten en ondernemers. Bij de beantwoording van de vraag of deze klant door de advertenties van Media Concept op Google Shopping kan worden misleid, moet ervan

worden uitgegaan dat deze normaal geïnformeerd is, redelijk oplettend en bedachtzaam (zie HvJ-EU 8 februari 2017, C:562/15, Carrefour, punt 31, ECLI:EU:C:2017:95). Tussen partijen is niet in geschil dat voor de gemiddelde klant van de betrokken standaard merkproducten de prijs een belangrijke factor is. Het hof is van oordeel dat Media Concept met de onderzoeken en publicaties in productie 7a - d genoegzaam heeft aangetoond dat deze prijsbewuste klant, de consument en de ondernemer, zich normaliter zal verdiepen in de voorwaarden van een prijsaanbod. Dit geldt in het bijzonder indien de klant een ondernemer is. Van een ondernemer mag namelijk in beginsel meer kennis en oplettendheid worden verwacht dan van de gewone gemiddelde consument.

5.9 Het hof is met Media Concept van oordeel dat het beroep van Digital Revolution op artikel 6:194a BW alleen al moet worden afgewezen omdat de vergelijking niet door Media Concept maar door Google Shopping wordt uitgevoerd.

5.10 Toepassing van de hiervoor genoemde uitgangspunten op het verweten handelen van Media Concept leidt tot het volgende.

Beperkingen adverteren op Google Shopping

5.11 Digital Revolution stelt, kort gezegd, dat de door Media Concept gehanteerde voorwaarden voor de op Google Shopping gehanteerde prijs essentiële informatie vormen en dat het weglaten daarvan de consument op het verkeerde been kan zetten bij de aankoopbeslissing. Vaststaat dat op Google Shopping geadverteerd wordt op prijs. Eveneens staat vast dat het op Google Shopping niet mogelijk is aan te geven dat aan de geadverteerde prijs beperkingen kleven, zoals de afnamebeperking. Google Shopping biedt de mogelijkheid om aan te geven dat het om sale prijs (uitverkoopprijs) gaat, maar zoals de voorzieningenrechter terecht heeft overwogen gaat het hier niet om een uitverkoopprijs die Media Concept gedurende een uitverkoopperiode hanteert, maar om een andere (lagere) prijs voor gebruikers van Google Shopping, hetgeen op zich is geoorloofd.

Eén exemplaar per klant

5.12 De gebruikers van Google Shopping worden door het aanklikken van de link "Site bezoeken" doorgeleid naar een speciaal daarvoor ingerichte bestemmingspagina. Op die bestemmingspagina krijgt de klant het aanbod nogmaals te zien. Op de bestemmingspagina wordt de klant geïnformeerd dat hij/zij slechts één exemplaar kan bestellen. De klant wordt op dit punt dus correct geïnformeerd en kan - indien hij zich op dat moment al 'bekocht' voelt, zoals Digital Revolution stelt - besluiten niet tot koop over te gaan. Er is daarom geen sprake van misleiding.

Doorklikroute

5.13 Op de bestemmingspagina staat niet dat de geadverteerde prijs alleen geldt indien de doorklikroute van Google Shopping wordt gevolgd. Het hof is met de voorzieningenrechter van oordeel dat dat ook niet nodig is, omdat de gemiddelde klant, de consument en de ondernemer, indien hij voor het tweede exemplaar de webwinkel prindo.nl rechtstreeks bezoekt, zal zien dat de prijs afwijkt. Hij kan dan alsnog beslissen of hij het product voor die prijs wil aanschaffen, zodat er ook op dit punt geen sprake is van misleiding.

Misleidende informatie op homepage prindo.nl

5.14 Digital Revolution stelt dat de gemiddelde klant, de consument en de ondernemer, die de webwinkel van prindo.nl rechtstreeks bezoekt door de onder 3.7 geciteerde mededeling in de veronderstelling wordt gebracht dat de daarop aangeboden prijzen de beste prijzen zijn waarvoor het product bij Media Concept te verkrijgen is, terwijl dat niet juist is. Indien de route van Google Shopping wordt gevolgd, kan de klant het product immers 10 - 25 % goedkoper krijgen. Digital Revolution meent dat Media Concept dit moet melden.

5.15 Het hof volgt Digital Revolution hierin niet. Zonder nadere toelichting, die door Digital Revolution niet is gegeven, valt niet in te zien op welke grond Media Concept zou zijn gehouden op haar homepage te melden dat haar producten via Google Shopping goedkoper zijn. Een dergelijke verplichting is ook niet te rijmen met het onbetwiste uitgangspunt dat het hanteren van verschillende prijzen voor verschillende routes is toegestaan.

5.16 De stelling vindt bovendien geen steun in de tekst van de mededeling "Via de producenten verkrijgen wij gunstige prijzen en bijzondere kortingen, die we aan u doorgeven - of het nu gaat om een origineel of om een alternatief product, bij Prindo doet u goedkoop uw inkopen". Het hof is met Media Concept van oordeel dat de mededeling door de gemiddelde klant, de consument en de ondernemer, als een algemene gebruikelijke aanprijzing wordt beschouwd en niet als een (misleidende) vergelijkende of superioriteitsclaim.

Conclusie

5.17 Uit wat hiervoor is overwogen, volgt dat de grieven falen. De vorderingen van Digital Revolution zullen ook in hoger beroep worden afgewezen.

5.18 Het hof zal het vonnis van de voorzieningenrechter bekrachtigen en Digital Revolution veroordelen in de proceskosten in hoger beroep (geliquideerd salaris van de advocaat: 2 punten, tarief II).

6. De beslissing

Het gerechtshof:

bekrachtigt het vonnis van de voorzieningenrechter te Lelystad van 25 februari 2019;

veroordeelt Digital Revolution in de kosten van het geding in hoger beroep en bepaalt deze kosten op € 741,- aan verschotten en op € 2.148,- voor geliquideerd salaris van de advocaat;

verklaart deze proceskostenveroordeling uitvoerbaar bij voorraad;

wijst het meer of anders gevorderde af.

Dit arrest is gewezen door mr. R.E. Weening, mr. Z.J. Oosting en mr. M. Schut en is in het openbaar uitgesproken op 18 februari 2020 door de rolraadsheer, in aanwezigheid van de griffier.

Uitgegeven voor grosse
op 10-2-2020
door de griffier van het Gerechtshof
Arnhem-Leeuwarden

mr. J.H. Kuiper