

PROCUREUR-GENERAAL
BIJ DE
HOGE RAAD DER NEDERLANDEN

Nummer 20/01382
Zitting 5 maart 2021

CONCLUSIE

M.H. Wissink

In de zaak
Digital Revolution B.V.
(hierna: Digital Revolution),
advocaat: mr. H.J.W. Alt

Tegen

Media Concept Bürobedarf GmbH
(hierna: Media Concept),
advocaat: mr. H.J. Pot

Deze zaak tussen twee concurrenten (bekend als 123-inkt en prindo.nl) betreft oneerlijke handelspraktijken en misleidende (vergelijkende) reclame. Media Concept adverteert op Google Shopping met een lage prijs die slechts voor de aanschaf van één exemplaar geldt. Deze beperking kan niet worden vermeld op Google Shopping, maar blijkt indien vanuit Google Shopping wordt doorgelinkt naar de zogenaamde bestemmingspagina op de website van Media Concept waar het product kan worden gekocht. Wie de webwinkel van Media Concept (prindo.nl) rechtstreeks benadert, betaalt een andere (hogere) prijs dan de op Google Shopping vermelde prijs. In cassatie is aan de orde of het hof kon oordelen dat geen sprake is van misleiding.

1. Feiten en procesverloop¹

1.1 In cassatie kan van de volgende feiten en omstandigheden worden uitgegaan.

(i) 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.

(ii) 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.

(iii) Op 24 januari 2019 heeft Digital Revolution voor de tonercartridge Samsung MLT-D111L op Google Shopping een prijsvergelijking gemaakt.

(iv) 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. 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.*"

(v) 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 de webwinkel een hogere prijs tonen dan na de hiervoor bedoelde doorgeleiding via Google Shopping en zou een afnamebeperking ontbreken.

(vi) 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.

(vii) 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."

(viii) Na het vonnis van de rechtbank in deze zaak heeft Media Concept de tekst van haar aanbieding (zie hiervoor onder (iv)) gewijzigd. Zij heeft de tekst "*Maximale hoeveelheid: 1. Actie producten zijn slechts beperkt beschikbaar, daarom is de afnamehoeveelheid per*

¹ Zie rov. 3.1-3.7 en 4.5 van het in cassatie bestreden arrest van het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden (locatie Leeuwarden) van 18 februari 2020, ECLI:NL:GHARL:2020:1556, in verbinding met de rov. 2.1-2.5 en 3.1-3.3 van het vonnis van de Voorzieningenrechter in de rechtbank Midden-Nederland (locatie Lelystad) van 25 februari 2019 (gepubliceerd op www.boek9.nl onder nummer IEPT20190225).

bestelling en klant beperkt" vervangen door de tekst "*Maximaal 1 product per bestelling per klant*".

- 1.2 Digital Revolution vordert in dit kort geding tegen Media Concept, kort samengevat, een verbod om prijsaanbiedingen te doen (zoals via Google Shopping) zonder daarbij te vermelden dat het aanbiedingsprijzen zijn, en voorts 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, alsmede een rectificatie en dwangsommen. Hieraan heeft Digital Revolution ten grondslag gelegd dat Media Concept met haar prijsbeleid zich schuldig maakt aan misleidende reclame (art. 6:194 BW), misleidende vergelijkende reclame (art. 6:194a BW) en misleidende (oneerlijke) handelspraktijken (art. 6:193b BW). Media Concept heeft tegen de vordering verweer gevoerd.
- 1.3 De voorzieningenrechter in de rechtbank Midden-Nederland heeft in zijn vonnis van 25 februari 2019 de vordering van Digital Revolution afgewezen.
- 1.4 Op het hoger beroep van Digital Revolution heeft het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden bij arrest van 18 februari 2020 het vonnis van de voorzieningenrechter bekrachtigd.
- 1.5 Digital Revolution heeft bij procesinleiding van 14 april 2020 tijdig cassatieberoep ingesteld tegen dit arrest. Media Concept heeft geconcludeerd tot verwerping van het beroep. Partijen hebben hun standpunten schriftelijk laten toelichten, waarna Digital Revolution heeft gerepliceerd en Media Concept heeft gedupliceerd.

2. Bespreking van het cassatiemiddel

- 2.1 Het cassatiemiddel bevat in de onderdelen 3 tot en met 10 klachten. Onderdeel 1 bevat geen klacht, onderdeel 2 bevat een samenvatting van de klachten. Het middel klaagt niet specifiek over het juridisch kader en de uitgangspunten zoals uiteengezet in rov. 5.5 (eerste volzin), 5.6, 5.7 en 5.8 (eerste, tweede en derde volzin). Ik bespreek de onderdelen 3-10 in de hierna te noemen volgorde en zal daarbij, waar nodig, verwijzen naar onderdeel 2.

Een aantal klachten betreft de uitgangspunten voor de beoordeling door het hof. Onderdeel 3 (samengevat in subonderdeel 2.1) betreft het oordeel in rov. 5.9 dat geen sprake is van vergelijkende reclame. Onderdeel 4 betreft het oordeel in rov. 5.8 dat de prijsbewuste klant zich normaliter zal verdiepen in de voorwaarden van een prijsaanbod. Onderdeel 6 (samengevat in subonderdeel 2.3) bestrijdt het oordeel in rov. 5.4 en 5.11 dat prijsdifferentiatie doordat Media Concept verschillende prijzen hanteert op Google Shopping en de bestemmingspagina enerzijds en op haar eigen pagina prindo.nl anderzijds, op zichzelf geoorloofd is. Subonderdeel 8.2.4 klaagt hierover in verband met rov. 5.15.

De beoordeling door het hof van de afzonderlijke verwijten van Digital Revolution komt aan de orde in de onderdelen 5 en 7-9. Onderdeel 5 betoogt dat het hof in rov. 5.11 had moeten oordelen dat de advertentie van Media Concept op Google Shopping misleidend is zonder acht te slaan op de in rov. 5.12 bedoelde bestemmingspagina waarnaar de bezoeker van Google Shopping bij doorklikken wordt geleid. Onderdeel 7 betreft enerzijds het oordeel in rov. 5.12 dat geen sprake is van misleiding op de bestemmingspagina in verband met de daarop vermelde beperking van het prijsaanbod op Google Shopping tot één exemplaar en anderzijds het oordeel in rov. 5.13 dat geen sprake is van misleiding op de bestemmingspagina omdat daarop niet staat vermeld dat de prijs op deze pagina alleen

geldt indien wordt doorgeklikt vanuit Google Shopping. Onderdeel 8 klaagt over het oordeel in rov. 5.14-5.16 dat de vermelding van ‘gunstige prijzen’ op de site van prindo.nl niet misleidend is en in verband hiermee klaagt onderdeel 9 over de feitenvaststelling in rov. 3.1-.3.7

De onderdelen 10 en 11 betreffen alle verwijten van Digital Revolution. Volgens onderdeel 10 onderzoekt het hof in rov. 5.3-5.13 ten onrechte slechts of de (potentiële) koper die de sites (Google Shopping, de bestemmingspagina of prindo.nl) bezoekt wordt misleid. Onderdeel 11 klaagt over de aan de rov. 5.11-5.17 door het hof ten grondslag gelegde verdeling van de stelplicht en bewijslast. Onderdeel 12 bevat louter op de voorgaande klachten voortbouwende klachten.

Juridisch kader

- 2.2 Ter inleiding merk ik het volgende op. Afdeling 6.3.4 BW (art. 6:194-6:196) richt zich tegen misleidende reclame en ongeoorloofde vergelijkende reclame. Het beschermingsbereik van deze afdeling is op grond van het bepaalde in art. 6:194 lid 1 BW beperkt tot “*personen die handelen in de uitoefening van een bedrijf*”.² In de bescherming van consumenten voorziet de regeling inzake oneerlijke handelspraktijken van afdeling 6.3.3a BW (art. 6:193a-6:193j).
- 2.3 Art. 6:194 lid 1 BW verklaart onrechtmatig het openbaar maken of laten maken van misleidende mededelingen omtrent goederen of diensten die in de uitoefening van een beroep op bedrijf worden aangeboden. Aan openbaar maken in de zin van deze bepaling komt een ruime strekking toe.³ Het misleidende karakter van een mededeling kan gelegen zijn in zowel onjuistheid als onvolledigheid.⁴ De vaststelling dat een mededeling onjuist of onvolledig is, brengt niet zonder meer mee dat deze ook misleidend is (zie hierna in 2.5).⁵ Het eerste lid geeft een niet uitputtende opsomming van aspecten waarop de misleiding betrekking kan hebben, waaronder de prijs. Aansprakelijke persoon is zowel degene van wie de mededeling uitgaat (de adverteerder of een door deze ingeschakeld reclamebureau) als degene aan wie de openbaarmaking is opgedragen (bijvoorbeeld de uitgever van een krant of een omroep).⁶
- 2.4 Art. 6:194a BW bevat een specifieke regeling voor vergelijkende reclame. Daaronder is volgens het eerste lid te verstaan “*elke vorm van reclame waarbij een concurrent dan wel door een concurrent aangeboden goederen of diensten uitdrukkelijk of impliciet worden*

² Asser/Sieburgh 6-IV 2019/314; G.H. Lankhorst, T&C, afd. 6.3.4, Inl. opm., aant. 1, en art. 6:194a BW, aant. 1; Van Nispen-Huydecoper-Cohen Jehoram, Industriële eigendom deel 3 2012/5.3.2.1.

³ Asser/Sieburgh 6-IV 2019/316; C.J.J.C. van Nispen, GS Onrechtmatige daad, art. 6:194 BW, aant. 3.1, en art. 6:194a BW, aant. 9; G.H. Lankhorst, T&C, art. 6:194 BW, aant. 3; Van Nispen-Huydecoper-Cohen Jehoram, Industriële eigendom deel 3 2012/5.3.2.6. Vgl. D.W.F. Verkade, Misleidende (B2B) en vergelijkende reclame (Mon. BW nr. B49b) 2019/22-2.24, 2.27. Zie ook HR 17 december 2010, ECLI:NL:HR:2010:BO1979, NJ 2011/8 (Van Nieuwburg/TMF), rov. 4.2.

⁴ G.H. Lankhorst, T&C, art. 6:194 BW, aant. 3 en 5 (Algemeen).

⁵ Vgl. HR 27 november 2009, ECLI:NL:HR:BH2162, NJ 2014/201 (World Online), m.nt. C.E. du Perron, rov. 4.10.4.

⁶ Asser/Sieburgh 6-IV 2019/316-317; C.J.J.C. van Nispen, GS Onrechtmatige daad, art. 6:194 BW, aant. 6 en 10; G.H. Lankhorst, T&C, art. 6:194 BW, aant. 3; D.W.F. Verkade, Misleidende (B2B) en vergelijkende reclame (Mon. BW nr. B49b) 2019/30; Van Nispen-Huydecoper-Cohen Jehoram, Industriële eigendom deel 3 2012/5.3.2.3 en 5.3.2.7.

genoemd.⁷ Aan het begrip reclame in deze bepaling komt geen andere betekenis toe dan een openbaar gemaakte mededeling als bedoeld in art. 6:194 lid 1 BW.⁸ Indien de vergelijking niet kan worden herleid tot (de naam, het merk of de producten van) een bepaalde concurrent dan is geen sprake van vergelijkende reclame.⁹ Het tweede lid stelt een aantal cumulatieve voorwaarden waaronder vergelijkende reclame geoorloofd is. De vergelijkende reclame dient onder meer niet misleidend als bedoeld in art. 6:194 BW of een misleidende handelspraktijk als bedoeld in art. 6:193c-6:193g BW te zijn.¹⁰ Als de vergelijking verwijst naar een speciale aanbieding dan stelt het derde lid als extra voorwaarde dat duidelijk en ondubbelzinnig de periode waarvoor deze aanbieding geldt dan wel 'zo lang de voorraad strekt' moet zijn vermeld.

- 2.5 De beoordeling of (al dan niet vergelijkende) reclame misleidend is geschiedt aan de hand van de vermoedelijke verwachting van een 'maatman'. Voor het consumentenpubliek is dat volgens vaste rechtspraak de gemiddeld geïnformeerde, omzichtige en oplettende gewone consument.¹¹ Voor zover het relevante publiek uit ondernemers bestaat zou dat de gemiddeld geïnformeerde, omzichtige en oplettende gewone beroeps- of bedrijfsbeoefenaar kunnen zijn.¹² Voor misleiding is noodzakelijk, en voldoende, dat de onjuiste of onvolledige informatie de maatman misleidt of kan misleiden en door haar misleidend karakter zijn economisch gedrag kan beïnvloeden.¹³ Zo wordt aangenomen dat de gemiddelde consument zich ervan bewust is dat een zekere overdrijving (zoals het gebruik van superlatieven) eigen is aan reclame en daarom met scepsis moet worden beschouwd.¹⁴ Naast het relevante publiek dient bij de beoordeling of reclame misleidend is rekening te worden gehouden met de omstandigheden van het geval.¹⁵

-
- ⁷ De definitie is gelijk aan die gegeven in art. 2, aanhef en onder c, van Richtlijn 2006/114/EG van het Europees Parlement en de Raad van 12 december 2006 inzake misleidende reclame en vergelijkende reclame.
- ⁸ C.J.J.C. van Nispen, GS Onrechtmatige daad, art. 6:194a BW, aant. 3.2. Richtlijn 2006/114/EG inzake misleidende en vergelijkende reclame definieert in art. 2, aanhef en onder a, reclame als: "iedere mededeling bij de uitoefening van een commerciële, industriële of ambachtelijke activiteit of van een vrij beroep ter bevordering van de afzet van goederen of diensten, met inbegrip van onroerende goederen, rechten en verplichtingen".
- ⁹ G.H. Lankhorst, T&C, art. 6:194a BW, aant. 5; C.J.J.C. van Nispen, GS Onrechtmatige daad, art. 6:194a BW, aant. 4; D.W.F. Verkade, Misleidende (B2B) en vergelijkende reclame (Mon. BW nr. B49b) 2019/3.87.
- ¹⁰ Zie ook C.J.J.C. van Nispen, GS Onrechtmatige daad, art. 6:194a BW, aant. 10 en 12.
- ¹¹ Vaste rechtspraak sinds HvJ 16 juli 1998, C-210/96, ECLI:EU:C:1998:369, NJ 2000/374 m.nt. Verkade (Gut Springenheide), punt 31. Zie verder D.W.F. Verkade, in Misleidende (B2B) en vergelijkende reclame (Mon. BW nr. B49b) 2019/35; Van Nispen-Huydecoper-Cohen Jehoram, Industriële eigendom deel 3 2012/5.3.2.10.
- ¹² Aldus D.W.F. Verkade, in Misleidende (B2B) en vergelijkende reclame (Mon. BW nr. B49b) 2019/35-2.36. Zie ook G.H. Lankhorst, T&C, art. 6:194 BW, aant. 5.
- ¹³ Vgl. de definitie van misleidende reclame in art. 2, aanhef en onder b, Richtlijn 2006/114/EG inzake misleidende en vergelijkende reclame: "elke vorm van reclame die op enigerlei wijze, daaronder begrepen haar opmaak, de personen tot wie zij zich richt of die zij bereikt, misleidt of kan misleiden en die door haar misleidende karakter hun economische gedrag kan beïnvloeden, of die om die redenen een concurrent schade toebrengt of kan toebrengen".
- ¹⁴ MvT. Kamerstukken II, 1975-1976, 13 611, nr. 3, p. 10; Asser/Sieburgh 6-IV 2019/316; G.H. Lankhorst, T&C, art. 6:194 BW, aant. 5, en art. 6:194a BW, aant. 6; D.W.F. Verkade, Misleidende (B2B) en vergelijkende reclame (Mon. BW nr. B49b) 2019/40-41; C.J.J.C. van Nispen, GS Onrechtmatige daad, art. 6:194a BW, aant. 12.
- ¹⁵ HvJ 8 februari 2017, C-562/15, ECLI:EU:C:2017:95, NJ 2018/2, IER 2017/42 m.nt. Hoogenraad en Duivenvoorde, punt 31; HvJ 19 september 2006, C-356/04, ECLI:EU:C:2006:585, NJ 2007/18 (Lidl/Colruyt), m.nt. M.R. Mok, punten 77-79; HvJ 18 november 2010, C-159/09, ECLI:EU:C:2010:696, NJ 2011/53 (Lidl/Vierzon), m.nt. M.R. Mok, punten 46-50.

Onderdeel 3: vergelijkende reclame

- 2.6 Onderdeel 3 (samengevat in subonderdeel 2.1) is gericht tegen rov. 5.9, waarin het hof tot uitgangspunt neemt dat het beroep van Digital Revolution op art. 6:194a BW alleen al moet worden afgewezen omdat de vergelijking niet door Media Concept maar door Google Shopping wordt uitgevoerd. Het onderdeel is opgebouwd uit de subonderdelen 3.1-3.6.
- 2.7 Bij deze klachten mist Digital Revolution belang. In het vervolg van zijn arrest heeft het hof, kort gezegd, geoordeeld dat geen sprake is van misleiding van klanten op Google Shopping, de bestemmingspagina en de homepage van prindo.nl (rov. 5.12-5.16). In navolging van de voorzieningenrechter,¹⁶ is het hof blijkbaar van oordeel dat deze gronden zich ook verzetten tegen toewijzing van de vordering op grond van misleidende vergelijkende reclame; hierop doelt het hof met de woorden “alleen al” in rov. 5.9. Daarbij is het hof, evenals de voorzieningenrechter,¹⁷ ervan uitgegaan dat Digital Revolution het beroep op art. 6:194a BW op geen andere gronden hebben gebaseerd dan dat de vergelijkende reclame misleidend zou zijn. Zoals hierna blijkt, kunnen de tegen de rov. 5.11-5.16 gerichte klachten niet tot cassatie leiden. Het gevolg daarvan is dat de tegen rov. 5.9 gerichte klachten bij gebrek aan belang evenmin tot cassatie kunnen leiden. Ten overvloede zal ik hierna de subonderdelen 3.1-3.6 nog kort bespreken.
- 2.8 Subonderdeel 3.1 klaagt, samengevat, dat voor aansprakelijkheid ex art. 6:194a BW voldoende is dat Media Concept de vergelijkende reclame ‘openbaar laat maken’, en dat daaraan niet afdoet dat Google Shopping degene is die de vergelijking feitelijk openbaar maakt c.q. uitvoert. Ook ten aanzien van vergelijkende reclame geldt dat aansprakelijk is degene die “een mededeling openbaar maakt of laat openbaar maken” op de voet van art. 6:194 BW. Volgens subonderdeel 3.2 is onduidelijk wat het hof in 5.9 bedoelt met “het uitvoeren” van “de vergelijking” en waarom dit alleen door Google Shopping zou zijn gedaan. Hieraan voegt subonderdeel 3.2.1 toe dat rechtens niet relevant is wie de vergelijking feitelijk maakt, maar wie de regie voert over de inhoud en inkleding van de vergelijking en de vergelijking openbaar laat maken. Subonderdeel 3.3 vervolgt met het betoog dat de omstandigheid dat Google Shopping het medium is waarop de door Media Concept doorgegeven prijs naast die van concurrenten verschijnt, niet uitsluit dat de inhoud en inkleding van de vergelijking mede wordt bepaald door Media Concept of dat zij degene is die de vergelijking openbaar laat maken.
- 2.9.1 Naar mijn mening is op zichzelf juist het uitgangspunt van de subonderdelen dat de adverteerder die vergelijkende reclame “openbaar maakt of laat maken” onder het toepassingsbereik van art. 6:194a BW valt.¹⁸ De vraag is echter of daarvan in dit geval gesproken kan worden. Weliswaar laat (i) Media Concept haar aanbod¹⁹ openbaar maken

¹⁶ Zie rov. 4.13 van het vonnis van 25 februari 2019.

¹⁷ Zie rov. 3.2 van het vonnis van 25 februari 2019.

¹⁸ Daarover bestaat tussen partijen ook geen verschil van mening. Zie de schriftelijke toelichting namens Media Concept nr. 7.

¹⁹ Hiermee bedoel ik niet te zeggen dat sprake is van een aanbod in de zin van art. 6:217 BW, dat door aanvaarding leidt tot totstandkoming van een overeenkomst. Zie daarover de schriftelijke toelichting namens Digital Revolution nr. 2.1 e.v. en de reactie daarop in de schriftelijke dupliek nr. 4 e.v.

door Google Shopping en maakt zij daarmee reclame op Google Shopping en (ii) laat Media Concept haar aanbod op Google Shopping vergelijken met aanbiedingen van anderen, maar daarmee is naar mijn mening nog niet gezegd (iii) dat Media Concept een ‘vergelijkende reclame’ openbaar maakt of laat maken. Een ‘vergelijkende reclame’ is immers reclame “waarbij een concurrent dan wel de door een concurrent aangeboden goederen of diensten uitdrukkelijk of impliciet worden genoemd” (zie art. 6:194a lid 1 BW).

Wie zijn aanbod door middel van een advertentie openbaar (en daarmee: reclame) maakt, laat zijn aanbod in zekere zin steeds vergelijken door derden die kennis nemen van dit aanbod en tevens kennis nemen van de aanbiedingen van andere aanbieders. Daarmee is niet reeds gezegd, dat het geadverteerde aanbod als zodanig een vergelijking met dat van andere aanbieders inhoudt. Een medium waarin verschillende reclames zijn opgenomen geeft derden toegang tot (een deel van) het aanbod op de markt (bijvoorbeeld bij verschillende advertenties in een krant) en kan, onder omstandigheden, de vergelijking door derden van de aanbiedingen van verschillende aanbieders vergemakkelijken (zoals bij het presenteren van een resultatenlijst op basis van criteria als prijs op een prijsvergelijkingsite).

- 2.9.2 Het hof heeft in rov. 3.2 – in cassatie onbestreden – vastgesteld dat Google Shopping een prijsvergelijkingswebsite is waarop verkopers, tegen betaling, advertenties kunnen plaatsen voor hun producten, die vervolgens op prijsniveau met elkaar worden vergeleken. Daaruit volgt dat in de redenering van het hof onderscheid kan worden gemaakt tussen enerzijds het laten plaatsen van advertenties door verkopers voor hun producten en anderzijds het met elkaar vergelijken van deze aanbiedingen door Google Shopping.²⁰ Daarbij heeft het hof kennelijk in aanmerking genomen dat in de advertentie zelf de producten van concurrenten niet uitdrukkelijk of impliciet worden genoemd.²¹

Een individuele advertentie op Google Shopping vermeldt alleen de prijs (zie rov. 3.2 en 5.11) en bevat dus als zodanig geen uitdrukkelijke vergelijking met het aanbod van anderen op Google Shopping. Een dergelijke advertentie leidt uiteraard wel tot een vergelijking met het aanbod van anderen die ook op de site adverteren. Dit brengt volgens Digital Revolution mee dat sprake is van een impliciete vergelijking in de advertentie van Media Concept met het aanbod van anderen.²² Die vergelijking zit naar mijn mening echter in beginsel niet – ook niet: impliciet – in de individuele advertentie als zodanig, maar in de weergave van de resultaten op de vergelijkingssite. De vergelijking kan alleen gemaakt worden dankzij de aanwezigheid van andere advertenties van andere aanbieders op dezelfde site.²³

²⁰ Zie ook rov. 3.6 en rov. 5.5 (slot) waar het hof spreekt van “door Media Concept op Google Shopping geadverteerde prijzen” resp. “het op Google Shopping geadverteerde prijsaanbod van Media Concept”.

²¹ Zie ook de ‘print screen’ van Google Shopping in rov. 3.3 van het bestreden arrest.

²² Zie ook de schriftelijke toelichting namens Digital Revolution nrs. 3.1-3.3 en de schriftelijke repliek nrs. 3.3 (“Het feit dat Media Concept niet zelf de door haar concurrenten aangeboden goederen in haar advertenties op Google Shopping noemt en het feit dat Media Concept ook niet zelf de vergelijking uitvoert of openbaar maakt, maar dat door Google Shopping laat doen, doet er niet aan af dat Media Concept op Google Shopping vergelijkende reclame maakt.”).

²³ De situatie lijkt enigszins op die waarin wordt opgeroepen om te vergelijken met het aanbod van een concurrent. Vgl. daarover Spindler/Schuster/Micklitz/Namysłowska, 4. Aufl. 2019, UWG § 6 Rn. 23 (“An einem Vergleich fehlt es, wenn sich ein Unternehmen darauf beschränkt, eigene Waren oder Dienstleistungen anzupreisen oder wenn lediglich eine Aufforderung erfolgt, sich mit dem Angebot des Mitbewerbers auseinanderzusetzen. Kein Fall der

Gezien de door het hof vastgestelde feiten meen ik dat het niet van een onjuiste rechtsopvatting getuigt en ook geen nadere motivering behoeft dat volgens het hof het beroep op art. 6:194a BW niet opgaat omdat de vergelijking niet door Media Concept maar door Google Shopping wordt uitgevoerd. De subonderdelen 3.1-3.3 stuiten hierop af.

- 2.10 De subonderdelen 3.4, 3.4.1, 3.4.2 en 3.4.3 klagen, samengevat, dat het oordeel in rov. 5.9 dat de vergelijking “wordt uitgevoerd” door Google Shopping en niet door Media Concept tegenstrijdig is met door het hof vastgestelde feiten (in rov. 3.2) dat partijen gebruik maken van Google Shopping en dat op deze website “verkopers (...) advertenties kunnen plaatsen voor hun producten, die vervolgens op prijsniveau met elkaar worden vergeleken”, (in rov. 3.3) dat Digital Revolution op Google Shopping een prijsvergelijking heeft gemaakt, en (in rov. 3.6) dat sprake is van “door Media Concept op Google Shopping geadverteerde prijzen”.
- 2.11 Deze klachten kunnen naar mijn mening niet tot cassatie leiden. De feitelijke vaststelling in rov. 3.2 biedt juist steun aan het oordeel van het hof dat de vergelijking niet door Media Concept maar door Google Shopping wordt uitgevoerd. Met de daaropvolgende vaststelling in rov. 3.3 heeft het hof kennelijk bedoeld dat Digital Revolution een advertentie heeft geplaatst zodat Google Shopping deze op prijsniveau kan vergelijken. Dat Media Concept volgens het hof in rov. 3.6 ‘prijzen adverteert’ strookt eveneens met het in rov. 3.2 gemaakte onderscheid tussen het (laten) plaatsen van advertenties enerzijds en het vergelijken van deze advertenties (op prijsniveau) anderzijds. In rov. 3.3 gaat het kennelijk om een vergelijking die een bezoeker van Google Shopping laat maken door een zoekopdracht in te vullen.
- 2.12 Onderdeel 3.5 klaagt dat het hof niet deugdelijk heeft gemotiveerd waarom het in rov. 5.9 “met Media Concept” van oordeel is dat het beroep op vergelijkbare reclame moet worden afgewezen op de grond dat de vergelijking niet door Media Concept wordt uitgevoerd, gelet op de reactie die Digital Revolution bij pleidooi in hoger beroep op dit verweer heeft gegeven.
- 2.13 Deze klacht gaat niet op. Dat het hof in rov. 5.9 het verweer van Media Concept heeft gevolgd dwingt op zichzelf niet tot de conclusie dat het hof de reactie op dit verweer van Digital Revolution over het hoofd heeft gezien. Het hof behoeft niet uitdrukkelijk in te gaan op deze reactie om zijn oordeel begrijpelijk te doen zijn. Dat spreekt te meer omdat aan een uitspraak in kort geding minder hoge motiveringseisen kunnen worden gesteld.²⁴
- 2.14 Volgens de subonderdelen 3.6, 3.6.1 en 3.6.2 is, samengevat, het hof blijkens de formulering “alleen al” in rov. 5.9 van oordeel dat het beroep op art. 6:194a BW ook op andere gronden moet worden afgewezen, maar heeft het hof dit oordeel niet nader gemotiveerd zodat het onvoldoende gemotiveerd is.

vergleichenden Werbung liegt deshalb vor, wenn auf der Internetseite ein Link auf das Angebot eines Konkurrenten verweist.”). In vergelijkbare zin Köhler/Bornkamm/Feddersen/Köhler, 39. Aufl. 2021, UWG § 6 Rn. 56; Ohly/Sosnitza/Ohly, 7. Aufl. 2016, UWG § 6 Rn. 37. Anders MüKoUWG/Menke, 2. Aufl. 2014, UWG § 6 Rn. 141.

²⁴ Asser Procesrecht/Korthals Altes & Groen 7 2015/191, Vgl. ook Asser Procesrecht/Boonekamp 6 2020/154.

- 2.15 Deze klacht faalt. Zoals eerder vermeld (in 2.9) stuit het beroep op art. 6:194a BW volgens het hof ook af op het in de rov. 5.11-5.16 gegeven oordeel dat de reclame niet misleidend is.

Onderdeel 4: maatman

- 2.16 Onderdeel 4 richt in de subonderdelen 4.1-4.4 klachten tegen rov. 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.”

- 2.17 Ik bespreek eerst subonderdeel 4.2 dat klaagt over de overweging 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.

Volgens het subonderdeel, samengevat, is dit oordeel onvoldoende begrijpelijk gemotiveerd omdat uit de door Media Concept in hoger beroep overgelegde producties 7a-d en haar toelichting daarop in de memorie van antwoord niet volgt dat Media Concept stelt dat uit die producties zou blijken dat de klant zich verdiept “in de voorwaarden van een prijsaanbod”, Digital Revolution de stellingen van Media Concept heeft weersproken en gezien het arrest World Online enkel verwacht kan worden dat de 'maatman-cartridge-koper' zich beperkt tot het zich verdiepen in de op Google Shopping, een bestemmingspagina of een bepaalde pagina op de Prindo-website aangeboden informatie, maar niet dat aangenomen kan worden dat deze zich verder verdiept in niet op die specifieke locatie aangeboden informatie.

Het oordeel getuigt van een onjuiste rechtsopvatting voor zover daarin besloten ligt dat dit publiek meer doet dan afgaan op wat op een prijsvergelijkingsite als Google Shopping aan prijsvoorwaarden geadverteerd wordt of op een webpagina - al dan niet bij een rechtstreeks bezoek - daarover gesteld wordt.

- 2.18.1 Deze klachten gaan naar mijn mening niet op. Media Concept heeft na een bespreking van de producties 7a-7c geconcludeerd (in de memorie van antwoord nr. 39), kort gezegd, dat de consument op de markt voor onder meer printertoebehoren zeer prijsbewust is en kritisch om zich heen kijkt naar mogelijkheden om de beste voorwaarden te vinden voor het artikel waarnaar zij op zoek is. Hieruit kon het hof afleiden dat (Media Concept heeft gesteld dat) de prijsbewuste klant zich normaliter zal verdiepen in de voorwaarden van een prijsaanbod. Hieraan doet niet af, anders dan subonderdeel 4.2 betoogt, dat dit laatste niet in de producties 7a-7c staat. Het hof sluit zich aan bij het standpunt dat Media Concept op basis van deze producties heeft ingenomen. Het hof kon dat doen zonder dat het afzonderlijk behoefde in te gaan op de in de klacht genoemde stellingen van Digital Revolution bij pleidooi.

- 2.18.2 In rov. 4.10.3 van zijn arrest in de zaak World Online overwoog de Hoge Raad, onder verwijzing naar rechtspraak van het Hof van Justitie, dat van de 'maatman-belegger' mag worden verwacht dat hij bereid is zich in de aangeboden informatie te verdiepen, maar niet dat hij beschikt over specialistische of bijzondere kennis en ervaring (behoudens het geval dat de reclame zich uitsluitend op personen met dergelijke kennis en ervaring richt).²⁵ Anders dan subonderdeel 4.2 veronderstelt, staat dit niet in de weg aan het oordeel dat de door het hof in rov. 5.8 bedoelde maatman zich niet alleen zal verdiepen in de (op een pagina, zoals op de site van Google Shopping vermelde) prijs, maar ook in de (op een andere pagina, zoals op de in rov. 5.12 bedoelde bestemmingspagina vermelde) voorwaarden van een prijsaanbod. Of dit het geval is, zal moeten worden beoordeeld aan de hand van de omstandigheden van het geval. Het oordeel getuigt niet van een onjuiste rechtsopvatting en behoeft geen nadere motivering. Zie verder de bespreking van onderdeel 5.
- 2.19 De subonderdelen 4.3 en 4.4 klagen over de overwegingen dat het zich verdiepen in de prijs en voorwaarden voor een prijsaanbieding in het bijzonder geldt indien de klant een ondernemer is en dat van een ondernemer in beginsel meer kennis en oplettendheid mag worden verwacht dan van de gewone gemiddelde consument. Ik betrek op deze subonderdelen de opmerking in subonderdeel 4.1, dat belang bestaat bij de algemene klacht van subonderdeel 4.1 (die in de subonderdelen 4.3 en 4.4. wordt uitgewerkt en toegelicht) aangezien het hof kennelijk de aan ondernemers toegedichte "meer kennis en oplettendheid" impliciet ten grondslag legt aan wat het hof vervolgens in met name rov. 5.13 overweegt.
- 2.20 Deze klachten kunnen niet tot cassatie leiden. Het in aanmerking komende publiek bestaat uit consumenten en ondernemers (rov. 5.8, in zoverre niet bestreden). Bij zijn beoordeling van wat voor de "gemiddelde klant" zal gelden, verwijst het hof (in rov. 5.13 en 5.16) expliciet naar "de consument en de ondernemer". Daarom mag worden aangenomen dat het hof beiden op het oog heeft, ook waar het (in rov. 5.12) eenvoudig spreekt van "de klant". Anders dan subonderdeel 4.1 veronderstelt, valt uit de oordelen in rov. 5.11 e.v. niet op te maken dat het hof, ook bij de beoordeling van wat voor de gemiddelde klant-consument geldt, impliciet zou hebben getoetst aan wat geldt voor de klant-ondernemer met "meer kennis en oplettendheid". In zoverre missen de klachten feitelijke grondslag. Voor het overige ontbreekt belang bij de klachten van de subonderdelen 4.3 en 4.4. Indien aangenomen moet worden dat het hof ten onrechte aan de klant-ondernemer, die beschikt over "meer kennis en oplettendheid", hogere eisen zou hebben gesteld dan aan de klant-consument, dan zou moeten worden aangenomen dat voor de klant-ondernemer hetzelfde geldt als voor de klant-consument (dat aan de klant-ondernemer lagere eisen zouden moeten worden gesteld dan aan de klant-consument wordt door het middel, terecht, niet betoegd). Het oordeel van het hof zou dan niet anders zijn uitgevallen.

Onderdeel 6 en subonderdeel 8.4.2: prijsdifferentiatie

- 2.21 Media Concept biedt consumenten die via Google Shopping haar webwinkel prindo.nl bezoeken een andere (lagere) prijs dan de consumenten die haar webwinkel rechtstreeks

²⁵ HR 27 november 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2162, NJ 2014/201 m.nt. C.E. du Perron onder verwijzing naar HvJ 16 juli 1998, C-210/96, NJ 2000/374 (Gut Springenheide) en HvJ 19 september 2006, C-356/04, NJ 2007/18 m.nt. M.R. Mok (Lidl/Colruyt)

bezoeken (zie rov. 5.4). Volgens het hof zijn partijen het erover eens dat deze vorm van prijsdifferentiatie op zich is toegestaan (rov. 5.4). Het hof overweegt in rov. 5.11 dat het hanteren van een andere (lagere) prijs voor gebruikers van Google Shopping op zich geoorloofd is. Het hof spreekt in rov. 5.15 van het onbetwiste uitgangspunt dat het hanteren van verschillende prijzen voor verschillende routes is toegestaan. Onderdeel 6 (samengevat in subonderdeel 2.3) klaagt in de subonderdelen 6.1 tot en met 6.5 over rov. 5.4 en 5.11, subonderdeel 8.4.2 klaagt over rov. 5.15. Subonderdeel 6.1 verwijst naar de subonderdelen 6.2-6.4 en behoeft geen afzonderlijke bespreking.

- 2.22 In rov. 5.4 (en dus ook in rov. 5.11 en 5.15) bedoelt het hof een onderscheid te maken tussen consumenten die rechtsreeks op de homepage/webwinkel van prindo.nl terecht komen (waarover rov. 5.14 e.v.) en consumenten die via Google Shopping de webwinkel prindo.nl bezoeken, dat wil zeggen vanuit Google Shopping doorklikken – via de link ‘site bezoeken’ (zie rov. 3.4) – naar de speciaal daarvoor ingerichte bestemmingspagina (zie rov. 5.12). Voor zover subonderdeel 6.4 veronderstelt dat het hof iets anders heeft bedoeld, faalt het bij gebrek aan feitelijke grondslag.
- 2.23 Volgens subonderdeel 6.2 is, samengevat, onvoldoende en onbegrijpelijk gemotiveerd het oordeel dat partijen het erover eens zijn dat de vorm van prijsdifferentiatie die Media Concept hanteert door op Google Shopping een andere (lagere) prijs te hanteren dan in haar webwinkel prindo.nl. De standpunten van Digital Revolution in deze procedure maken duidelijk dat zij van oordeel is dat deze vorm van prijsdifferentiatie op Google Shopping niet is toegestaan, zoals blijkt uit de in de subonderdelen 6.2.1-6.2.6 bedoelde passages uit het dossier. Subonderdeel 6.3 voegt hieraan, kort gezegd, toe dat op zich is toegestaan dat een aanbieder van goederen of diensten voor verschillende verkoopkanalen eventueel andere prijzen hanteert, maar dat het vervolgens wel zaak is dat in de reclame die dan eventueel voor die verschillende prijzen c.q. die aanbiedingen gemaakt wordt geen sprake is van misleiding.
- 2.24.1 Deze klachten falen omdat zij berusten op een onjuiste lezing van het arrest. De overwegingen van het hof in 5.4 en 5.11 dienen, mede gezien de in rov. 5.15 gebruikte formulering, zo te worden begrepen dat (in de formulering van rov. 5.15) het hanteren van verschillende prijzen voor verschillende routes is toegestaan, dus bijvoorbeeld voor de route via Google Shopping en voor de rechtstreekse route naar prindo.nl. Dat impliceert niet reeds een oordeel over de vraag of de wijze waarop Media Concept te werk is gegaan al dan niet moet worden aangemerkt als misleidend. Dit laatste heeft het hof immers voor de door Digital Revolution gemaakte verwijten onderzocht in de rov. 5.11 e.v.
- 2.24.2 De klachten strekken er mede toe te betogen dat prijsdifferentiatie (“hetzelfde merkartikel tegen verschillende prijzen ten verkoop aanbieden”) wel is toegestaan, maar reclamedifferentiatie niet: “[h]et gebruik van prijsdifferentiatie brengt met zich dat ongeclausuleerde uniforme prijsreclame misleidend is, aangezien de geadverteerde prijs per

definitie onjuist is voor een deel van de winkels.”²⁶ Digital Revolution leidt dit laatste af uit HvJ 8 februari 2017 (Carrefour/Intermarché).²⁷

Die zaak betrof een vergelijking door supermarktketen Carrefour, waarbij Carrefour de prijzen van haar goedkoopste winkeltypen (haar Hypermarchés, en niet van haar eigen duurdere winkeltypen) vergeleek met de prijzen van de (gewone) supermarkten van haar concurrent Intermarché.²⁸ In die zaak is, kort gezegd, geoordeeld dat een reclameboodschap waarin prijzen worden vergeleken van winkels van verschillende omvang of van een verschillend type een misleidend karakter heeft als de prijzen afhankelijk zijn van de omvang of van het type van de winkel, tenzij de consument bij de vergelijking hiervan op de hoogte wordt gebracht doordat dit in de reclameboodschap zelf worden vermeld. Ook indien zou moeten worden aangenomen dat in de onderhavige zaak sprake is van vergelijkende reclame, kon het hof op de in rov. 5.11 e.v. bedoelde gronden oordelen dat geen sprake is van misleiding. De zaak Carrefour staat daaraan niet in de weg, omdat die een andere feitelijke situatie betrof.

- 2.24.3 Subonderdelen 6.2.3, 6.2.4 en 6.3 wijzen nog op grief 1, waarmee Digital Revolution betoogde dat de voorzieningenrechter ten onrechte er blijk van gaf Google Shopping te zien als een verkoopkanaal voor het aanbieden van producten in plaats van als een advertentiesite. In rov. 3.2 heeft het hof Google Shopping aangemerkt als een prijsvergelijkingssite waarop verkopers, tegen betaling, advertenties kunnen plaatsen voor hun producten, die vervolgens op prijsniveau met elkaar worden vergeleken. Voor zover de subonderdelen 6.2.3, 6.2.4 en 6.3 mede ertoe strekken te betogen dat het hof een onbegrijpelijke uitleg aan grief 1 heeft gegeven, dienen zij te falen.
- 2.25 Volgens subonderdeel 6.2.5 volgt uit rov. 3.2 van het bestreden arrest dat de op Google Shopping geadverteerde prijs dezelfde dient te zijn als de prijs waarvoor die producten op de website prindo.nl verkocht worden. Dit standpunt steunt blijkens de daarop gegeven toelichting op het betoog van Digital Revolution over ‘dynamic pricing’, dat wil zeggen dat Media Concept de prijzen op haar site voortdurend wijzigt afhankelijk van factoren als vraag en aanbod, locatie, kopersgedrag en klantprofiel. In haar pleitnota in hoger beroep nr. 1.6 heeft Digital Revolution aangevoerd *“dat het adverteren met prijzen voor Prindo sowieso een hachelijk avontuur is, omdat de prijzen immers al anders kunnen liggen op het moment dat iemand van de advertentie kennis neemt. Een prijsadvertentie van Prindo heeft dus ook nog eens een beperkte houdbaarheidsdatum”*. Hieruit zou volgens de klacht volgen dat aan de op Google Shopping geadverteerde prijzen een tijdsbeperking geldt, die niet op Google Shopping kan worden weergegeven.²⁹
- 2.26 Dit subonderdeel faalt. Zoals vermeld, kon het hof oordelen dat prijsdifferentiatie op zichzelf is toegestaan. Dat de op Google Shopping geadverteerde prijzen ‘beperkt houdbaar zijn’, is weliswaar als stelling aangevoerd bij pleidooi in hoger beroep, maar naar het kennelijke oordeel van het hof niet aan de vorderingen van Digital Revolution ten grondslag gelegd. Dat

²⁶ Schriftelijke toelichting namens Digital Revolution nrs. 6.2-6.3.

²⁷ HvJ 8 februari 2017, C-562/15, ECLI:EU:C:2017:95, NJ 2018/2, IER 2017/42 m.nt. Hoogenraad en Duivenvoorde, punten 36-38.

²⁸ D.W.F. Verkade, Misleidende (B2B) en vergelijkende reclame (Mon. BW nr. B49b), 2019/3.101

²⁹ Schriftelijke toelichting namens Digital Revolution nr. 6.3

oordeel is niet onbegrijpelijk en berust overigens op een aan het hof voorbehouden uitleg van de processtukken.

2.27 Subonderdeel 8.4.2 klaagt onder (a)-(e) over de overweging in rov. 5.15 dat een verplichting van Media Concept om op haar homepage te vermelden dat haar producten via Google Shopping goedkoper zijn, niet is te rijmen met het onbetwiste uitgangspunt dat het hanteren van verschillende prijzen voor verschillende routes is toegestaan.

2.28 Het subonderdeel slaagt niet. De klacht onder (a) verwijst naar onderdeel 6 en faalt in het voetspoor van dat onderdeel.

De eerste klacht onder (b) steunt op een feitelijk betoog, dat de door Media Concept op Google Shopping geadverteerde prijzen reclame maken voor de producten die op de prindo-website te koop zijn ongeacht de route welke naar die website gevolgd wordt. Dit betoog kan niet voor het eerst in cassatie worden aangevoerd. De klacht verwijst niet naar vindplaatsen in de processtukken waaruit volgt dat dit betoog in feitelijke instanties is aangevoerd. Reeds om die reden kan niet worden aangenomen dat het hof op dit betoog, wat daar verder van zij, had moeten reageren. Hetzelfde geldt voor de tweede klacht onder (b) voor zover die betoogt dat op Google Shopping niet wordt vermeld dat de geadverteerde prijzen lager zijn dan die op prindo.nl.

Voor het overige stuiten de tweede klacht onder (b) en de klacht onder (c), die beide veronderstellen dat sprake is van misleidende prijsreclame op Google Shopping, af op de door de onderdelen 5 en 7 vergeefs bestreden oordelen in rov. 5.11 en 5.12.

De klacht onder (d) komt neer op een herformulering van de in rov. 5.14 bedoelde stelling van Digital Revolution, die het hof in rov. 5.15-5.17 heeft beoordeeld en verworpen. De klacht onder (e) bevat een conclusie die op de klachten onder (a)-(d) voortbouwt en het lot daarvan deelt.

Onderdeel 5: Google Shopping

2.29 Het hof verwerpt de stelling 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 het op Google Shopping niet mogelijk is aan te geven dat aan de geadverteerde prijs beperkingen kleven, zoals de afnamebeperking (rov. 5.11). De gebruikers van Google Shopping worden door het aanklikken van de link "Site bezoeken" doorgeleid naar een speciaal daarvoor ingerichte bestemmingspagina. Op deze pagina 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 – besluiten niet tot koop over te gaan (rov. 5.12).

Onderdeel 5 (samengevat in subonderdeel 2.2) klaagt in de subonderdelen 5.1 tot en met 5.10 over rov. 5.11. Subonderdeel 5.1 verwijst naar de subonderdelen 5.2-5.10 en behoeft geen afzonderlijke bespreking. Subonderdeel 5.2 bevat geen klacht.

2.30 De subonderdelen 5.3, 5.4, 5.5, 5.5.1 en 5.5.2 richten rechts- en motiveringsklachten tegen het oordeel in rov. 5.11 dat geen sprake is van misleiding. Deze klachten zijn gebaseerd op het volgende, samengevat weergegeven, betoog. Door het hof is niet weersproken en in cassatie geldt daarom als hypothetische feitelijke grondslag de in rov. 5.11 weergegeven stellingen van Digital Revolution (i) "*dat de door Media Concept gehanteerde voorwaarden*

voor de op Google Shopping gehanteerde prijs essentiële informatie vormen” (zie rov. 5.11), welke voorwaarden naar de stelling van Digital Revolution inhouden dat dit een speciale prijs is, die maximaal voor één exemplaar per bestelling geldt en die alleen geldt bij gebruikmaking van de doorklikroute via Google Shopping (zie subonderdeel 5.3), en (ii) dat het weglaten van deze essentiële voorwaarden voor de op Google Shopping gehanteerde prijs “de consument op het verkeerde been kan zetten bij de aankoopbeslissing” (zie subonderdeel 5.4). Daarmee staat in cassatie vast dat sprake is van onrechtmatig handelen van Media Concept op grond van een misleidende omissie als bedoeld in art. 6:193d lid 2 en art. 6:194 lid 2 BW (subonderdeel 5.5).

2.31 Dit betoog gaat niet op. De hypothetische feitelijke grondslag houdt in dat als de eiser tot cassatie een beroep doet op feiten die door hem in eerste aanleg of hoger beroep zijn aangevoerd maar niet door de rechter zijn beoordeeld, bij de beoordeling van het cassatieberoep als hypothese moet worden uitgegaan van het vaststaan van deze feiten. De door de subonderdelen onder (i) en (ii) bedoelde stellingen zijn daarentegen louter juridische stellingen (althans de juridische kwalificatie van feiten) die sowieso geen hypothetische feitelijke grondslag kunnen vormen.³⁰ Bovendien heeft het hof deze stellingen beoordeeld.

Ten aanzien van de gestelde voorwaarde dat de prijs op Google Shopping een ‘speciale prijs’ betreft heeft het hof in rov. 5.11 geoordeeld dat het niet gaat om een uitverkoopprijs, en in rov. 5.13 dat de gemiddelde klant die voor een tweede exemplaar prindo.nl rechtstreeks bezoekt zal zien dat de prijs dan afwijkt. Ten aanzien van de voorwaarde dat de klant slechts één exemplaar tegelijk kan bestellen heeft het hof in rov. 5.12 geoordeeld dat geen sprake is van misleiding omdat de klant daarover correct wordt geïnformeerd op de bestemmingspagina. Ten aanzien van de voorwaarde dat de geadverteerde prijs alleen geldt indien de doorklikroute via Google Shopping wordt gevolgd heeft het hof in rov. 5.13 geoordeeld dat geen sprake is van misleiding omdat dit geen essentiële informatie is. Uit een en ander volgt dat volgens het hof op deze punten ook geen sprake is van misleidende omissie van essentiële informatie als bedoeld in de art. 6:194 lid 2 en art. 6:193d lid 1 BW. De onder (i) en (ii) bedoelde stellingen zijn daarmee verworpen.

2.32 Subonderdeel 5.6 neemt onder verwijzing naar subonderdelen 5.2-5.5 tot uitgangspunt dat de advertentie van Media Concept op Google Shopping op zichzelf kwalificeert als een misleidende handelspraktijk jegens consumenten en misleidende reclame jegens ondernemers. Daarmee staat volgens het subonderdeel vast dat de vergelijking op Google Shopping waarin deze advertentie is opgenomen als ongeoorloofde vergelijkende reclame ex art. 6:194a BW kwalificeert. De subonderdelen 5.6.1-5.6.5 geven een nadere uitwerking. Volgens subonderdeel 5.6.1 zijn de Google Shopping-vergelijkingen misleidend ex art. 6:194a lid 2 onder a BW doordat daarin de misleidende prijsadvertentie van Media Concept is betrokken. Dit misleidende karakter wordt volgens subonderdeel 5.6.2 versterkt doordat de prijsadvertentie van Media Concept op Google Shopping wordt vergeleken met niet-misleidende prijsadvertenties van concurrenten. De misleiding betreft volgens subonderdeel 5.6.3 niet alleen de prijs waarvoor een product wordt aangeboden, maar ook welke leverancier gunstiger prijzen aanbiedt. Het bereik van de advertenties op Google Shopping

³⁰ Vgl. o.m. A.E.H. van der Voort Maarschalk, in: B.T.M. van der Wiel (red.), Cassatie 2019/55; Asser Procesrecht/Korthals Altes & Groen 7 2015/284.

is volgens subonderdeel 5.6.4 niet beperkt tot de gebruikers van deze website maar omvat ook de personen die zich door hen laten beïnvloeden. Volgens subonderdeel 5.6.5 is de conclusie uit het voorgaande dat vast staat dat sprake is van misleidende vergelijkende reclame en dat daarom de oordelen van het hof in de rov. 5.11-5.18 van een onjuiste rechtsopvatting getuigen en niet deugdelijk zijn gemotiveerd.

2.33 Deze subonderdelen borduren voort op de subonderdelen 5.2-5.5 en dienen daarom, evenals die subonderdelen, te falen. Ten aanzien van de in de subonderdelen 5.6.3 en 5.6.4 opgeworpen punten verwijs ik voorts naar de bespreking van onderdeel 10.

2.34 Voor zover subonderdeel 5.7 veronderstelt dat bij wege van hypothetische feitelijke grondslag moet worden aangenomen dat sprake is van misleiding, dan wel dat het hof in rov. 5.11-5.13 heeft geoordeeld dat essentiële informatie is weggelaten, berust het op een onjuiste lezing van het bestreden arrest en dient het daarom te falen.

2.35 Indien het hof in rov. 5.11 de uitlegregel voor misleidende omissie van art. 6:193d lid 4 en art. 6:194 lid 4 BW heeft toegepast en impliciet heeft geoordeeld dat in de advertentie op Google Shopping geen essentiële informatie is weggelaten, dan is dit oordeel volgens subonderdeel 5.7 onjuist en niet deugdelijk gemotiveerd is.

Deze klacht wordt, samengevat, als volgt uitgewerkt in de subonderdelen 5.8 tot en met 5.8.5. Volgens subonderdeel 5.8 staat vast dat aan de op Google Shopping geadverteerde prijs drie beperkingen kleven: de prijs wijkt af van de op prindo.nl gehanteerde prijs, de prijs geldt alleen voor één exemplaar per bestelling en de prijs geldt alleen indien de klant via Google Shopping doorklikt naar prindo.nl. Deze voorwaarden zijn aan te merken als voorbehouden bij het op Google Shopping geadverteerde aanbod en het weglaten daarvan kwalificeert als het weglaten van essentiële informatie, resulterend in misleiding door omissie. Gezien deze beperkingen en de vaststelling in rov. 5.11 "*dat het op Google Shopping niet mogelijk is aan te geven dat aan de geadverteerde prijs beperkingen kleven, zoals de afnamebeperking*", is Google Shopping een ongeschikt medium voor het adverteren van prijzen waaraan dergelijke beperkingen zijn verbonden (subonderdelen 5.8.1 en 5.8.2) en is sprake van een misleidende omissie en van misleidende vergelijkende reclame bij een vergelijking met prijzen waaraan geen beperkingen kleven (subonderdelen 5.8.3 en 5.8.5).

Volgens subonderdeel 5.8.4 zijn op Google Shopping geen maatregelen genomen om de consument langs andere wegen te informeren en is een impliciet oordeel van het hof in rov. 5.12 en 5.13 dat de informatie op de bestemmingspagina het ontbreken van essentiële informatie op Google Shopping zou opheffen, onjuist en onvoldoende gemotiveerd omdat de advertentie op Google Shopping op zichzelf moet worden beoordeeld en daar niet wordt verwezen naar informatie op de bestemmingspagina.

2.36.1 Op grond van art. 6:193d lid 4 BW wordt bij de beoordeling of een handelspraktijk een misleidende omissie inhoudt, gelet op de feitelijke context, de beperkingen van het communicatiemedium en de maatregelen die zijn genomen om de informatie langs andere wegen ter beschikking van de consument te stellen. Deze bepaling is krachtens art. 6:194 lid 4 BW van overeenkomstige toepassing bij de beoordeling of sprake is van een misleidende omissie als bedoeld in art. 6:194 leden 2 en 3 BW. Volgens art. 7 lid 3 van de

Richtlijn oneerlijke handelspraktijken³¹ betreft het beperkingen in ruimte of tijd". Volgens de rechtspraak van het Hof van Justitie moet artikel 7, leden 1 en 3, van de richtlijn oneerlijke handelspraktijken aldus worden uitgelegd dat bij de beoordeling of een handelspraktijk als een misleidende omissie moet worden beschouwd, rekening dient te worden gehouden met de context waarin die praktijk plaatsvindt, met name de beperkingen die eigen zijn aan het voor de handelspraktijk gebruikte communicatiemedium, de beperkingen qua ruimte of tijd die dat medium meebrengt alsook maatregelen die de handelaar genomen heeft om de informatie langs andere wegen ter beschikking van de consument te stellen, ook al blijkt dat vereiste niet uitdrukkelijk uit de bewoordingen van de betrokken nationale regeling.³²

2.36.2 Het hof heeft de bepalingen van art. 6:193d lid 4 en 6:194 lid 4 BW blijkens rov. 5.7 tot uitgangspunt genomen. Op basis hiervan is het hof tot het oordeel gekomen dat geen sprake is van misleiding. Daarbij heeft het hof de beperkingen in het adverteren op Google Shopping (rov. 5.11) en de op de bestemmingspagina getroffen maatregelen om de klant correct te informeren (rov. 5.12) in samenhang beoordeeld. De subonderdelen 5.7-5.8.5 berusten op een onjuiste lezing van het arrest voor zover zij veronderstellen dat de beoordelingen in rov. 5.11 en 5.12 niet in samenhang met elkaar dienen te worden gelezen.

2.36.3 Het hof is van de juiste beoordelingsmaatstaven uitgegaan en zijn daarop gebaseerde oordelen in rov. 5.11 en 5.12 behoeven geen andere motivering om begrijpelijk te zijn.

Anders dan subonderdeel 5.8.4 wil, kan een algemene verplichting om de aan een prijs verbonden voorwaarden in de advertentie zelf op te nemen niet uit HvJ 8 februari 2017 (Carrefour) worden afgeleid, in elk geval niet indien vaststaat dat dit door de beperkingen van het medium niet mogelijk is en sprake is van alternatieve maatregelen om de klant volledig te informeren. Dat bij de beoordeling of sprake is van een misleidende omissie de advertentie op Google Shopping per definitie op zichzelf zou moeten worden beoordeeld, strookt niet met het bepaalde in art. 6:193d lid 4 en 6:194 lid 4 BW.

Voor zover de subonderdelen 5.7-5.8.5 argumenten aanvoeren die een feitelijke waardering vereisen, geldt dat deze argumenten niet in hoger beroep door Media Concept zijn aangevoerd, althans is in de processtukken in cassatie niet vermeld dat en waar zij deze argumenten heeft aangevoerd. Zij kunnen niet voor het eerst in cassatie worden aangevoerd. De subonderdelen 5.7-5.8.5 slagen om deze redenen niet.

2.37 Volgens subonderdeel 5.9 miskent het hof in rov. 5.11 e.v. dat ingevolge art. 6:194a lid 3 BW een vergelijkende reclame die verwijst naar een speciale aanbieding dient te vermelden dat het gaat om een speciale aanbiedingsprijs, de periode gedurende welke de prijs of andere specifieke voorwaarden gelden dan wel dat de aanbieding loopt zo lang de voorraad strekt. Subonderdeel 5.10 klaagt, samengevat, dat het hof in rov. 5.11 geheel voorbij gaat aan het

³¹ 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 en tot wijziging van richtlijn 84/450/EEG van de Raad, richtlijnen 97/7/EG, 98/27/EG en 2002/65/EG van het Europees Parlement en de Raad en van verordening (EG) nr. 2006/2004 van het Europees Parlement en de Raad, PbEU 2005, L 149/22.

³² HvJ 26 oktober 2016, C-611/14, ECLI:EU:C:2016:800, AB 2017/37 m.nt. S.W. Haket en M.J.M. Verhoeven (Canal Digital Danmark). Vgl. ook HvJ EU 23 januari 2019, C-430/17, ECLI:EU:C:2019:47 Walbusch Walter Busch), punt 37 e.v.; HvJ 12 mei 2011, C-122/10, ECLI:NL:XX:2011:BQ5458, IER 2011/49 m.nt. P.G.F.A. Geerts, TvC 2012/3 m.nt. Van Boom (Ving Sverige), waarover mijn conclusie sub 3.7.1-3.8 voor HR 1 mei 2015, ECLI:NL:HR:2015:1191 (art. 81 RO).

vereiste ingevolge art. 6:194a lid 2 onder c BW dat een vergelijking representatief moet zijn en dat het niet aangaat een bijzondere aanbieding te (doen) vergelijken met het algemene prijspeil van de concurrent.

2.38 Deze klachten stranden reeds op het in cassatie vergeefs bestreden oordeel in rov. 5.9 dat het beroep op art. 6:194a BW al moet worden afgewezen omdat de vergelijking niet door Media Concept maar door Google Shopping wordt uitgevoerd.

Subonderdeel 5.9 strandt ook op de vaststellingen in rov. 4.5 dat de tekst op de bestemmingspagina dat 'actieproducten slechts beperkt beschikbaar zijn' is verwijderd, en in rov. 5.11 dat hier niet gaat om een uitverkoopprijs die Media Concept gedurende een uitverkoopperiode hanteert.

In verband met subonderdeel 5.10 merk ik nog op dat Digital Revolution in hoger beroep niet heeft aangevoerd dat niet voldaan is aan de bedoelde representativiteits-eis, althans in het subonderdeel wordt niet vermeld dat en waar zij dat heeft gedaan. Dit betoog vergt een waardering van feitelijke aard en kan daarom niet voor het eerst in cassatie worden aangevoerd.

Onderdeel 7: de bestemmingspagina

2.39 Het hof overweegt dat de gebruikers van Google Shopping door het aanklikken van de link "Site bezoeken" worden doorgeleid naar een speciaal daarvoor ingerichte bestemmingspagina. Op deze pagina 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 - besluiten niet tot koop over te gaan (rov. 5.12). Het hof oordeelt dat niet nodig is dat op de bestemmingspagina wordt vermeld dat de geadverteerde prijs alleen geldt indien de doorklikroute van Google Shopping wordt gevolgd. De gemiddelde klant zal zien dat de prijs afwijkt indien hij voor het tweede exemplaar de webwinkel prindo.nl rechtstreeks bezoekt en kan dan alsnog beslissen of hij het product voor die prijs wil aanschaffen (rov. 5.13). Onderdeel 7 klaagt hierover in de subonderdelen 7.1 tot en met 7.4. Subonderdeel 7.1 verwijst naar de subonderdelen 7.2-7.4 en behoeft geen afzonderlijke bespreking.

2.40 Subonderdeel 7.2 is gericht tegen rov. 5.12 en bevat een inleiding op de daarop volgende subonderdelen. De klachten van subonderdeel 7.2.1 veronderstellen dat het oordeel is beperkt tot de vraag of er op de bestemmingspagina al dan niet sprake is van misleiding en dat het oordeel dus niet afdoet aan misleiding op Google Shopping waarvan volgens het middel sprake is. Zou het hof wel het oog hebben op mogelijke misleiding op Google Shopping of andere pagina's op de Prindo-website dan getuigt dat (impliciete) oordeel van een onjuiste rechtsopvatting en is het onbegrijpelijk en onvoldoende gemotiveerd, aangezien de afwezigheid van misleiding op één locatie niet met zich brengt dat geen sprake is of kan zijn van misleiding op één of meer andere locaties.

2.41 Het hof heeft in rov. 5.11 en 5.12 beoordeeld of sprake is van misleiding doordat op Google Shopping wordt geadverteerd met een prijs waarvan na doorklikken naar de bestemmingspagina blijkt, dat die prijs slechts geldt voor één exemplaar. Deze overwegingen dienen in onderlinge samenhang te worden gezien. Dit geldt ook voor de op deze overwegingen voortbouwende rov. 5.13. Voor zover subonderdeel 7.2.1 uitgaat van een andere lezing van het bestreden arrest, berust het op een onjuiste feitelijke grondslag.

Voor zover subonderdeel 7.2.1 betoogt dat de beoordeling van de misleiding aan de hand van Google Shopping en de bestemmingspagina in onderling verband rechtens onjuist dan wel of onbegrijpelijk of onvoldoende gemotiveerd is, dienen zij te falen. Ik verwijs hiervoor naar de bespreking van subonderdelen 5.7 en 5.8.

- 2.42 Volgens subonderdeel 7.2.2, samengevat, miskent het hof dat degene die zich na aankomst op de bestemmingspagina 'bekocht voelt' al feitelijk is misleid en dat aan deze misleiding niet afdoet dat de klant nog kan besluiten niet tot koop over te gaan.
- 2.43 Dit subonderdeel leest rov. 5.12 niet in samenhang met rov. 5.11 en faalt op de in de 2.42 genoemde gronden.
- 2.44 Volgens de subonderdelen 7.2.3 en 7.2.4, samengevat, ligt in rov. 5.12 besloten (i) dat alleen geen sprake is van misleiding bij de specifieke groep die via Google Shopping doorklikt naar de bestemmingspagina (de "doorklikkers") en (ii) dat er sprake is (en blijft) van misleiding van alle andere gebruikers van Google Shopping die niet via de bestemmingspagina via de doorklikroute vanaf Google Shopping bezoeken (de 'niet-klikkers') en van degenen die door de niet-klikkers beïnvloed worden, zodat het hof in rov. 5.17 in zoverre ten onrechte en onbegrijpelijk de vorderingen afwijst.
- 2.45 Deze subonderdelen dienen te falen. Kennelijk voortbouwend op de veronderstelling van de subonderdelen 5.3-5.5.2, alsmede op subonderdeel 5.6.4, veronderstellen ook de subonderdelen 7.2.3 en 7.2.4 ten onrechte dat bij wege van hypothetische feitelijke grondslag moet worden aangenomen dat sprake is van misleiding. Bovendien lezen ook de subonderdelen 7.2.3 en 7.2.4 rov. 5.12 niet in samenhang met rov. 5.11. Ik verwijs ten slotte naar de bespreking van onderdeel 10.³³
- 2.46 Subonderdeel 7.3 klaagt in de subonderdelen 7.3.1 tot en met 7.3.4 over rov. 5.13. Subonderdeel 7.3.1 verwijst naar subonderdeel 7.2.1 en faalt om dezelfde redenen als dat subonderdeel.
- 2.47 In de eerste plaats klaagt subonderdeel 7.3.2 dat het hof in rov. 5.13 miskent dat het voor Media Concept mogelijk is om op de door Media Concept gecontroleerde bestemmingspagina's op de Prindo-website alle informatie te verstrekken die verstrekt dient te worden om te zorgen dat geen sprake is van misleiding. Hierop voortbouwend betoogt het subonderdeel, kort gezegd, dat vaststaat dat sprake is van misleiding.
- 2.48 Dit betoog vergt een waardering van feitelijke aard en kan daarom niet voor het eerst in cassatie worden aangevoerd. Het subonderdeel verwijst niet naar vindplaatsen in de processtukken waaruit volgt dat dit betoog in feitelijke instanties is aangevoerd. De klacht faalt daarom.

³³ Bij deze stand van zaken kan m.i. in het midden blijven of uit de in het middel genoemde vindplaatsen volgt dat Digital Revolution in hoger beroep heeft gesteld dat de 'niet-klikkers' misleid worden (zie met name de appeldagvaarding nr. 4.4.1). Zie hierover de schriftelijke toelichting namens Media Concept nrs. 25-26 en 44 en de reactie daarop in de schriftelijke repliek nr. 4.8.

- 2.49 Voor zover subonderdeel 7.3.2 verder veronderstelt dat het hof kennelijk van oordeel is dat als vertrekpunt heeft te gelden dat het niet vermelden van het doorklikroute-vereiste op de bestemmingspagina in beginsel een misleidende omissie is, berust het op een onjuiste lezing van het bestreden arrest en dient het daarom te falen.
- 2.50 Indien het hof daarentegen geacht moet worden de uitlegregel van artikel 6:193d(4) BW en artikel 6:194(4) BW toe te passen en op basis daarvan te oordelen dat Media Concept geen essentiële informatie heeft weggelaten, getuigt dat impliciete oordeel van het hof ook van een onjuiste rechtsopvatting en is het onbegrijpelijk en onvoldoende gemotiveerd, aldus de laatste klacht van subonderdeel 7.3.2, verwijzend naar de subonderdelen 7.3 en 7.4.
- 2.51 Subonderdeel 7.3.3 veronderstelt dat sprake is van misleiding op de bestemmingspagina en berust daarmee op een onjuiste lezing van het arrest.
- 2.52 Anders dan subonderdeel 7.3.4 onder a aanvoert, is voldoende duidelijk dat het hof met een “tweede exemplaar” het oog heeft op een klant die via Google Shopping naar de bestemmingspagina is verwezen en daar een eerste exemplaar heeft gekocht, en voor een tweede exemplaar de website van prindo.nl heeft bezocht. Daaraan doet niet af dat er ook kopers kunnen zijn die voor de bestelling van het tweede exemplaar opnieuw de route via Google Shopping naar de bestemmingspagina volgen. Anders dan subonderdeel 7.3.4 onder b en c aanvoert, behoefde het hof niet nader in te gaan op feitelijke varianten (zoals bestelling van een derde exemplaar, bestelling van een ander kleur, het tijdsverloop tussen de eerste en tweede bestelling, of de tweede bestelling door een andere functionaris van een bedrijf is gedaan), nu deze varianten naar het kennelijke oordeel van het hof niet wezenlijk afwijken van de door het hof in het algemeen beschreven bestelling van een tweede exemplaar. Deze oordelen zijn feitelijk van aard en daarom aan het hof voorbehouden. Zij getuigen niet van een onjuiste rechtsopvatting en behoeften geen nadere motivering, mede gezien de in kort geding aan de motivering te stellen eisen.
Subonderdeel 7.3.4 onder d bouwt voort op subonderdeel 7.2.2 en subonderdeel 7.3.4 onder e bevat een conclusie. Zij falen om de eerder gegeven redenen.
- 2.53 De subonderdelen 7.3.4 onder f en 7.4 stellen in het voetspoor van subonderdeel 5.6.4 aan de orde dat het bereik van Google Shopping zich ook uitstrekt tot diegenen die voor hun oordeelsvorming niet zelf Google Shopping gebruiken maar afgaan op adviezen van - al dan niet doorklikkende - Google Shopping gebruikers respectievelijk de misleiding van personen die Google Shopping bezoeken maar niet doorklikken naar de bestemmingspagina.
- 2.54 Deze subonderdelen borduren voort op de onjuiste aanname dat het hof heeft geoordeeld dat sprake is van misleiding en dienen daarom te falen. Ik verwijs voorts naar de bespreking van onderdeel 10.

Onderdelen 8 en 9: homepage prindo.nl

- 2.55 Het hof verwerpt in rov. 5.1-5.16 de stelling dat de gemiddelde klant die de webwinkel van prindo.nl rechtstreeks bezoekt door de in rov. 3.7 (zie hiervoor in 1.1 onder (vii)) 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. 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. De stelling vindt bovendien geen steun in de tekst van de mededeling die door de gemiddelde klant als een algemene gebruikelijke aanprijzing wordt beschouwd en niet als een (misleidende) vergelijkende of superioriteitsclaim. Hierover klaagt onderdeel 8 in de subonderdelen 8.1 en 8.3 tot en met 8.6. Subonderdeel 8.1 verwijst naar de subonderdelen 8.2-8.6 en behoeft geen afzonderlijke bespreking. Subonderdeel 8.2 bevat geen klacht. Subonderdeel 8.4.2 onder a-d is reeds besproken.

2.56 Subonderdeel 8.3 klaagt in de subonderdelen 8.3.1 tot en met 8.3.4, samengevat, dat het hof niet ingaat op het verwijt van Digital Revolution dat op (alle productpagina's van) de Prindo-website sprake is van misleiding omdat daar wordt vermeld dat sprake is van "lage prijzen" terwijl verzwegen wordt dat sprake is van twee verschillende prijzen. Ook subonderdeel 8.4.2 onder (e) wijst hierop. Onderdeel 9 voegt hieraan toe dat de vermelding "lage prijzen" ten onrechte niet in de feitenvaststelling is opgenomen.

2.57 In de inleidende dagvaarding nr. 3.7 heeft Digital Revolution onder meer gesteld:

"Prindo NL maakt zich ook schuldig aan misleiding, zoals hiervoor bedoeld, doordat Prindo NL bij de op Google Shopping gecommuniceerde prijzen ten onrechte niet aangeeft dat dit een specifieke prijs is, die alleen via Google Shopping aangeboden wordt en gerealiseerd kan worden, zodat de geadresseerde ten onrechte in de veronderstelling kan verkeren dat dit de reguliere prijs is welke hem of haar ook wordt aangeboden indien hij of zij vervolgens - al dan niet gebaseerd op deze via Google Shopping gecommuniceerde prijs - direct de Prindo NL-site bezoekt. Die misleiding wordt vervolgens versterkt doordat daar door het gebruik van de toevoeging "lage prijs" in het kader "uw voordeel" ook de indruk gewekt wordt dat dit een gunstige prijs, een voordeel, - en voor Prindo NL de gunstigste prijs - zou zijn. Door niet duidelijk te communiceren (i) dat de op Google Shopping prijs gecommuniceerde prijs een prijs is die alleen beschikbaar is voor gebruikers die via Google Shopping de aankoop realiseren en (ii) dat de bij een direct bezoek aan de website gecommuniceerde prijzen ongunstiger zijn dan de via andere kanalen, zoals Google Shopping, beschikbare prijzen, is tevens - in aanvulling op de bovenbedoelde gronden — sprake van een misleidende ommissie (...)." [onderstreping toegevoegd; A-G]

2.58 Het hof heeft beoordeeld of op Google Shopping, de bestemmingspagina respectievelijk de homepage van prindo.nl kon dan wel moest worden vermeld dat er een prijsverschil is tussen de route via Google Shopping en de bestemmingspagina enerzijds en de route via de homepage van prindo.nl anderzijds (zie rov. 5.11, 5.14 en 5.15).

Het hof heeft voorts beoordeeld of de gemiddelde klant die de webwinkel van prindo.nl rechtstreeks bezoekt door de mededeling over "gunstige prijzen" 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 (rov. 5.14). In dit verband oordeelde het hof, kort gezegd, dat Media Concept op haar homepage niet hoeft te vermelden dat haar producten via Google Shopping goedkoper zijn (rov. 5.15) en dat de mededeling over "gunstige prijzen" door de gemiddelde klant als een algemene gebruikelijke aanprijzing wordt beschouwd en niet als een (misleidende) vergelijkende of superioriteitsclaim (rov. 5.16).

Hiermee heeft het hof onderzocht (i) of sprake is van misleiding doordat de bij een direct bezoek aan de website gecommuniceerde prijzen ongunstiger zijn dan via andere kanalen en (ii) of de mededeling over "gunstige prijzen" misleidend is, hetzij als zodanig, hetzij in relatie tot de prijzen die worden geadverteerd op Google Shopping. Hierin ligt naar mijn mening besloten dat het hof tevens een oordeel heeft gegeven over de mededeling "lage

prijzen”, ook omdat die mededeling in de stellingen van Digital Revolution in verband wordt gebracht met een “gunstige prijs” of “de gunstigste prijs”.³⁴ Het hof behoefde reeds hierom de vermelding “lage prijzen” niet afzonderlijk in de feitenvaststelling op te nemen. De klachten van de (sub)onderdelen 8.3, 8.4.2 en 9 falen daarom.

- 2.59 Volgens de subonderdelen 8.4 en 8.4.1 is, samengevat, onbegrijpelijk en onvoldoende gemotiveerd de overweging in rov. 5.15 dat zonder nadere toelichting, die door Digital Revolution niet is gegeven, niet valt in te zien op welke grond Media Concept zou zijn gehouden op haar homepage te melden dat haar producten via Google Shopping goedkoper zijn. De overweging dat geen nadere toelichting is gegeven inzake de grondslag van haar vorderingen betreffende deze “gunstige prijzen”-claim van Media Concept op de homepage van de Prindo-website, miskent dat Digital Revolution in de inleidende dagvaarding heeft aangevoerd onder 3.7 dat op de Prindo-website sprake is van - kort gezegd - misleiding door omissie.
- 2.60 Deze klacht berust naar mijn mening op een onjuiste lezing van de bestreden overweging en slaagt daarom niet. Het hof heeft niet het oog op een gebrek aan toelichting van de grondslag van de vorderingen betreffende de “gunstige prijzen”-claim als zodanig. Het hof oordeelt echter, mede gezien het uitgangspunt dat prijsdifferentiatie in beginsel mogelijk is, dat een nadere toelichting nodig is om te kunnen oordelen dat het hanteren van verschillende prijzen op Google Shopping en de bestemmingspagina enerzijds en op prindo.nl anderzijds meebrengt dat op prindo.nl naar de lagere prijs op Google Shopping moet worden verwezen. Het voorgaande wordt niet anders in het licht van het reeds besproken subonderdeel 8.4.2.
- 2.61 Subonderdeel 8.5 bevat klachten in de subonderdelen 8.5.1-8.5.3. Subonderdeel 8.5.1 klaagt dat de weergave van de stelling van Digital Revolution in rov. 5.14 te beperkt is.
- 2.62 Subonderdeel 8.5.1 gaat niet op. In de weergave van de stellingen van Digital Revolution in rov. 5.14 is verdisconteerd dat Digital Revolution ook betoogde dat wordt verzwegen dat de voorgeschotelde prijzen hoger zijn dan op Google Shopping. Zie rov. 5.14, tweede volzin. Voorts heeft het hof in rov. 5.14-5.16 de stellingen van Digital Revolution over “gunstige prijzen” en “lage prijzen” beoordeeld.
- 2.63 Volgens subonderdeel 8.5.2 is, samengevat, onduidelijk wat het hof in rov. 5.16 bedoeld met een “superioriteitsclaim”, gegeven dat de stelling van Digital Revolution erop neerkomt dat degene die de Prindo-website rechtstreeks bezoekt, mede door het gebruik van de aanprijzingen “lage prijzen” en “gunstige prijzen” in de veronderstelling verkeert dat de op die website aangeboden producten niet voor lagere prijzen te koop zijn dan de aan hem/haar geadverteerde prijzen. Dat heeft niets te maken met superioriteit in de zin van “in relatie tot de prijsstand van de rest van de markt of alle plaatsen waarop Media-Concept haar assortiment aanbiedt” (zoals Media Concept in haar pleitnotities in eerste aanleg nr. 32 stelde), maar alles met het feit dat op één plaats/locatie – zoals een fysieke winkel of een

³⁴ Zie de geciteerde passage uit de inleidende dagvaarding en voorts de pleitaantekeningen in eerste aanleg nr. 7.2 (“dat de op de website gebruikte prijzen gunstig en laag zouden zijn”). vgl. ook de dagvaarding in hoger beroep nr. 9.2.2 en de pleitnota in hoger beroep nr. 8.2.1.

website – aangeboden producten dezelfde prijs hebben en dat die prijs niet hoger of lager is afhankelijk van de vraag via welke ingang men die (web)winkel c.q. locatie bezoekt.

2.64 Deze klacht slaagt naar mijn mening niet. Een superioriteitsclaim betreft een vergelijking ten aanzien van een bepaald aspect van het aangeboden (zoals bijvoorbeeld ‘voordeliger dan’ of ‘de voordeligste’) ten opzichte van iets anders.³⁵ Naar het oordeel van het hof zal de mededeling over “gunstige prijzen” (en dus ook over “lage prijzen”, zie hiervoor in 2.58) door de gemiddelde klant niet als zodanig worden opgevat. In de rov. 5.15 en 5.16 ligt besloten dat dit ook geldt in verband met de vraag via welke ingang men die (web)winkel c.q. locatie bezoekt.

Het betoog aan het slot van subonderdeel 8.5.2 dat sprake is van misleiding berust op een waardering van feitelijke omstandigheden. Dit betoog kan niet voor het eerst in cassatie worden aangevoerd. Het subonderdeel verwijst daarbij niet naar vindplaatsen in de processtukken waaruit blijkt dat dit betoog reeds in feitelijke instanties is gevoerd. Het hof kan daarom niet verweten worden dat het niet op dit betoog is ingegaan.

2.65 Subonderdeel 8.5.3 bouwt voort op subonderdeel 8.5.2 en kan daarom evenmin slagen. Subonderdeel 8.6 bouwt voort op de subonderdelen 5.6.3 en 5.6.4 en faalt in het verlengde daarvan.

Onderdeel 10: relevante publiek

2.66 Volgens onderdeel 10, samengevat, onderzoekt het hof in rov. 5.3-5.13 ten onrechte slechts of de (potentiële) koper die de sites (Google Shopping, de bestemmingspagina of prindo.nl) bezoekt wordt misleid. Het relevante publiek in de zin van art. 6:194 BW omvat iedereen die direct of indirect kennis neemt van de mededeling en wiens economisch gedrag daardoor beïnvloed kan worden bij een aankoopbeslissing of bij een keuze van een leverancier, waartoe ongefundeerde reputatieschade van een concurrerende leverancier of een onterechte toename van de reputatie of goodwill van de adverteerder voldoende kan zijn (subonderdeel 10.2). Het hof miskent aldus dat de Google Shopping-advertenties ook en met name misleidend zijn voor diegenen (i) die niet de doorklikroute gebruiken om bij Prindo het betreffende product te gaan kopen of bijvoorbeeld (ii) Google Shopping gebruiken om zich in brede zin te oriënteren om een leverancier te selecteren en vervolgens om hen moverende redenen op enig later moment rechtstreeks de website van Prindo bezoeken in de veronderstelling dat zij daar de producten tegen de op Google Shopping geadverteerde prijzen kunnen kopen en daarmee net zo voordelig uit zouden zijn als wanneer zij wel destijds direct tot aankoop zouden zijn overgegaan en dan de doorklikroute zouden hebben gevolgd (subonderdeel 10.5). Dit geldt ook voor oneerlijke handelspraktijken als bedoeld in art. 6:193c en 6:193d BW (subonderdeel 10.3) en voor vergelijkende reclame als bedoeld in art. 6:194a BW (subonderdeel 10.4).

2.67.1 Deze klachten, die gezamenlijk behandeld kunnen worden, slagen naar mijn mening niet. Volgens de rechtspraak van het Hof van Justitie staat is het aan de nationale rechter om na

³⁵ Vgl. D.W.F. Verkade, Misleidende (B2B) reclame en vergelijkende reclame (Mon. BW B49b), 2019/42, die onderscheidt tussen comparatief- of superioriteitsreclame (zoals “voordeliger dan”) en superlatief- of absolute superioriteitsreclame (zoals “de voordeligste”).

te gaan of een advertentie, gelet op de omstandigheden van elk geval en rekening houdend met de consumenten tot wie zij gericht is,³⁶ kan misleiden.³⁷

Daartoe moet de rechter rekening houden met de perceptie van een normaal geïnformeerde en redelijk oplettende en bedachtzame gemiddelde consument van de producten of diensten waarover het gaat in de betrokken advertentie. De consument tot wie de advertentie is gericht, is naar het oordeel van het hof de koper van inkt- en toner cartridges (rov. 5.3). Het gaat om een prijsbewuste klant die zich normaliter zal verdiepen in de voorwaarden van een prijsaanbod (rov. 5.8).

De vraag of deze klant wordt misleid doordat essentiële informatie ontbreekt, moet worden beantwoord met inachtneming van de feitelijke context, de beperkingen van het communicatiemedium en de maatregelen die zijn genomen om de informatie langs andere wegen ter beschikking te stellen (art. 6:193d lid 4 en 6:194 lid 4 BW). Tot de omstandigheden van het geval behoren dat het op Google Shopping niet mogelijk is aan te geven dat aan de geadverteerde prijs beperkingen kleven, zoals de afnamebeperking (rov. 5.11) en dat de klant na doorklikken op de bestemmingspagina wordt geïnformeerd dat hij/zij slechts één exemplaar kan bestellen (rov. 5.12). Volgens het hof zal de gemiddelde klant indien hij voor het tweede exemplaar de webwinkel prindo.nl rechtstreeks bezoekt, zien dat de prijs afwijkt (rov. 5.13).

- 2.67.2 De klachten van onderdeel 10 komen erop neer dat personen die Google Shopping zelf niet bezoeken of die Google Shopping wel bezoeken maar niet doorklikken naar de bestemmingspagina, kunnen worden misleid indien zij (via anderen) kennis nemen van uitsluitend de op Google Shopping aangeboden prijs.³⁸ Ook voor deze personen geldt echter dat als zij zich eenmaal verdiepen in het aanbod op de wijze als bedoeld in rov. 5.11-5.13, zij niet worden misleid. De klachten zien er mijns inziens aan voorbij, dat het al dan niet misleidende karakter van de advertentie op Google Shopping moet worden beoordeeld met inachtneming van de regel van 6:194 lid 4 en 6:193 d lid 4 BW. Indien de in onderdeel 10 bedoelde personen zich verdiepen in het aanbod, gedragen zij zich als een normaal geïnformeerde en redelijk oplettende en bedachtzame gemiddelde consument van de producten of diensten waarover het gaat in de betrokken advertentie. De stelling dat het louter kennis nemen (via anderen) van de informatie op Google Shopping kan leiden tot reputatieschade van een concurrent, doet naar mijn mening niet af aan het oordeel van het hof dat de advertentie op Google Shopping in de omstandigheden van dit geval niet misleidend kan worden genoemd.

Onderdeel 11: stelplicht en bewijslast

- 2.68 Onderdeel 11 gaat er in de subonderdelen 11.1 en 11.2, samengevat, van uit dat het hof in rov. 5.11 tot en met 5.17 oordeelt dat stelplicht en bewijslast ter zake van de drie verwijten die Digital Revolution aan Media Concept maakt en die het hof in deze overwegingen heeft

³⁶ De schriftelijke toelichting namens Media Concept nr. 26 wijst terecht op het belang van deze uitspraak in verband met de personen die niet zelf doorklikken naar de bestemmingspagina.

³⁷ HvJ 8 februari 2017, C-562/15, ECLI:EU:C:2017:95, NJ 2018/2, IER 2017/42 m.nt. Hoogenraad en Duivenvoorde, punt 31, met verwijzing naar HvJ 18 november 2010, C-159/09, ECLI:EU:C:2010:696, NJ 2011/53 (Lidl), punt 46 en HvJ 12 mei 2011, C-122/10, ECLI:EU:C:2011:299 (Ving Sverige) punt 51.

³⁸ Zie ook de schriftelijke toelichting namens Digital Revolution nrs. 8.1 en 9.3-9.4.

beoordeeld, op Digital Revolution rusten. Dit impliceert volgens subonderdeel 11.3 een verwerping van het betoog van Digital Revolution dat op Media Concept, ook in kort geding, de in art. 6:193j lid 1 en 6:195 lid 1 BW bedoelde stelplicht en bewijslast rust ten aanzien van, kort gezegd, de juistheid en volledigheid van de informatie. Volgens subonderdeel 11.4 is het oordeel van het hof dat Digital Revolution niet aan haar stelplicht heeft voldaan onjuist dan wel onbegrijpelijk, althans oordeelt het hof dat geen sprake is van misleiding op basis van eigen bevindingen van het hof zonder daarbij steun te vinden in of aan te sluiten bij datgene wat door Media Concept is aangevoerd.

- 2.69.1 Volgens art. 6:195 lid 1, eerste volzin, BW rust op iemand die inhoud en inkleding van de mededeling geheel of ten dele heeft bepaald of doen bepalen, de bewijslast ter zake van de juistheid of volledigheid van de feiten die in de mededeling zijn vervat of daardoor worden gesuggereerd en waarop het beweerde misleidende karakter van de mededeling berust onderscheidenlijk waarop de ongeoorloofdheid van de vergelijkende reclame berust. Volgens de tweede volzin dient, ingeval van vergelijkende reclame, degene die inhoud en inkleding van de mededeling geheel of ten dele zelf heeft bepaald of doen bepalen binnen korte termijn de bewijzen aan te dragen waarop de materiële juistheid en volledigheid van de feitelijke gegevens in de reclame rust. Art. 6:193j lid 1 BW bevat een met art. 6:195 lid 1 BW vergelijkbare bewijsregel.
- 2.69.2 Deze bewijsregel betreft, kort gezegd, de feitelijke elementen waarop het beweerde misleidend karakter van de mededeling berust.³⁹ De bewijsregel ziet niet op de vraag of een mededeling al dan niet misleidend is, omdat dit door de rechter moet worden beoordeeld. Dit betreft ook de vraag welke feiten ter voorkoming van misleiding hadden moeten worden medegedeeld.⁴⁰ Indien te weinig is gesteld, wordt niet aan bewijsoverlevering toegekomen en dus ook niet aan de toepassing van de art. 6:193j lid 1 en 6:195 lid 1 BW.⁴¹ In kort geding zijn de wettelijke bewijsregels niet van toepassing, maar zijn zij wel van invloed op de eisen die worden gesteld aan het verweer van degene die reclamemededelingen openbaar maakt.⁴²

³⁹ MvA, Kamerstukken II, 1978/1979, 13 611, nr. 6, p. 14.

⁴⁰ D.W.F. Verkade, Misleidende (B2B) reclame en vergelijkende reclame (Mon. BW B49b), 2019/62-63; D.W.F. Verkade, Oneerlijke handelspraktijken jegens consumenten (Mon. BW B49a), 2016/49-50. Vgl. ook MvA, Kamerstukken II, 1978/1979, 13 611, nr. 6, p. 15; C.J.J.C. van Nispen, GS Onrechtmatige daad, art. 6:195, aant. 6.

⁴¹ D.W.F. Verkade, Misleidende (B2B) reclame en vergelijkende reclame (Mon. BW B49b), 2019/63; D.W.F. Verkade, Oneerlijke handelspraktijken jegens consumenten (Mon. BW B49a), 2016/50. Vgl. voorts P.G.F.A. Geerts & A.M.E. Verschuur (red.), Kort begrip van het intellectuele eigendomsrecht, 2020, p. 725; C.J.J.C. van Nispen, GS Onrechtmatige daad, art. 6:195, aant. 2, en art. 6:193j, aant. 1; C.J.J.C. van Nispen, J.L.R.A. Huydecoper & T. Cohen Jehoram, Industriële eigendom deel 3 2012/5.3.4.1. Zie voorts HR 2 december 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1562, NJ 1996/246 m.nt. D.W.F. Verkade, rov. 4.2.

⁴² Vgl. HR 15 januari 1999, ECLI:NL:HR:1999:ZC2817, NJ 1999/665 m.nt. D.W.F. Verkade, rov. 3.3.2-3.3.3. Zie voorts MvA, Kamerstukken II, 1978/1979, 13 611, nr. 6, p. 15 ("Wordt in kort geding een verbod gevraagd van bepaalde, volgens de eiser onjuiste en daardoor misleidende mededelingen, en kan de gedaagde de juistheid van deze mededelingen niet op korte termijn aannemelijk maken, dan zal de president, de belangen van partijen tegen elkaar afwegende, voorshands tot het opleggen van een verbod kunnen komen"); G.H. Lankhorst, T&C BW (actueel t/m 21-1-2021), art. 6:195, aant. 6; C.J.J.C. van Nispen, GS Onrechtmatige daad, art. 6:195, aant. 1 en 10, en art. 6:193j, aant. 5; P.G.F.A. Geerts & A.M.E. Verschuur (red.), Kort begrip van het intellectuele

2.70 De klachten van onderdeel 11, die gezamenlijk behandeld kunnen worden, slagen naar mijn mening niet. Het hof beoordeelde of (i) de prijsvermelding op Google Shopping, gelezen in verband met de prijsvermelding en de beperking tot één product op de bestemmingspagina (rov. 5.11-5.12), (ii) het niet vermelden op de bestemmingspagina dat de aangeboden prijs alleen geldt bij doorklikken vanuit Google Shopping (rov. 5.13) en (iii) de mededeling over gunstige prijzen op prindo.nl (rov. 5.14-5.16) misleidend zijn. Deze oordelen betreffen steeds de rechterlijke waardering van het feitenmateriaal, maar niet de juistheid of volledigheid van de feiten als zodanig. Hierop zien de door onderdeel 11 ingeroepen bewijsregels niet. Evenmin valt in te zien dat het hof in rov.5.11-5.17 te hoge eisen heeft gesteld aan de stelplicht van Digital Revolution of de feitelijke grondslag van het verweer van Media Concept heeft aangevuld.

Slotsom

2.71 De klachten van onderdeel 12 falen in het voetspoor van de onderdelen 3 tot en met 11. Dit leidt tot de slotsom dat het cassatieberoep dient te worden verworpen. Ik heb in het middel geen klachten aangetroffen die rechtsvragen aan de orde stellen die beantwoording behoeven met het oog op de rechtseenheid of rechtsontwikkeling.

3. Conclusie

De conclusie strekt tot verwerping van het cassatieberoep.

De Procureur-Generaal bij de
Hoge Raad der Nederlanden

A-G

eigendomsrecht, 2020, p 760; Asser/Sieburgh 6-IV 2019/320; D.W.F. Verkade, Misleidende (B2B) reclame en vergelijkende reclame (Mon. BW B49b), 2019/66; D.W.F. Verkade, Oneerlijke handelspraktijken jegens consumenten (Mon. BW B49a), 2016/51; C.J.J.C. van Nispen, J.L.R.A. Huydecoper & T. Cohen Jehoram, Industriële eigendom deel 3 2012/5.3.4.1.4; Asser Procesrecht/Boonekamp 6 2020/132.

20/01382

Ondertekening Conclusie P.G.

Handtekeningen

Wissink, mr. M.H.

A handwritten signature in black ink, appearing to be 'M.H. Wissink', written over a horizontal line.