

prijvergelijkingswebsite zijn een handelspraktijk. Hostingex-
ceptie niet van toepassing.

Art. 6:162 en 6:196c lid 4 BW; art. 2 sub d Richtlijn Oneer-
lijke handelspraktijken (2005/29/EG)

nr. C/13/575776 / HA ZA 14-1093

ECLI:NL:RBAMS:2015:6507

in de zaak van
de rechtspersoon naar buitenlands recht
SKYSCANNER LTD.,
gevestigd te Edinburgh (Verenigd Koninkrijk),
eiseres,
advocaat mr. R.E. van Schaik te Amsterdam,
tegen
de stichting
STICHTING RECLAME CODE,
gevestigd te Amsterdam,
gedaagde,
advocaat mr. drs. S.M. Kingma te Den Haag.
Partijen zullen hierna Skyscanner en SRC genoemd worden.

1 De procedure

- 1.1. Het verloop van de procedure blijkt uit:
- het tussenvonnissen van 18 februari 2015;
 - het proces-verbaal van comparitie van 27 juli 2015.

1.2. Ten slotte is vonnis bepaald.

2 De feiten

2.1. Skyscanner exploiteert onder meer een vergelij-
kingswebsite voor vliegtickets. Bezoekers van de website
kunnen de door hen gewenste luchthaven van vertrek, de
beoogde eindbestemming en de datum waarop men wil
reizen, alsmede een aantal aanvullende gegevens, invoeren
waarna op de website een overzicht van het aanbod van
vliegtickets wordt getoond dat aansluit op de ingevulde
voorkeuren.

2.2. Skyscanner verkrijgt de op haar website gepre-
senteerde gegevens deels op basis van met aanbieders van
vliegtickets gesloten overeenkomsten en deels op basis van
een licentieovereenkomst met een onderneming die we-
reldwijd een computerreserverings-systeem beheert ten
behoefte van vliegmaatschappijen.

2.3. SRC is opgericht op initiatief van een aantal bij het
verzorgen van reclame betrokken partijen (adverteerders,
communicatieadviesbureaus en de media). SRC heeft de
Nederlandse Reclame Code (NRC) opgesteld, waarin de re-
gels zijn vastgelegd die naar de mening van SRC bij reclame-
uitingen in acht moeten worden genomen. De NRC bestaat
uit een algemeen deel en uit onderdelen die op specifieke
reclame-uitingen betrekking hebben, waaronder de Recla-
mefcode Reisaanbiedingen (RR). In artikel III van de RR is
onder meer het volgende bepaald:

IER 2016/9

RECHTBANK AMSTERDAM

7 oktober 2015
(Mr. Marcus)
m.nt. D. Haije¹

(Skyscanner Ltd./Stichting Reclame Code)

(On)rechtmatigheid beslissing van College van Beroep Recla-
me Code Commissie (CvB). Handelspraktijk prijvergelijkings-
website. Hostingexceptie.

Beslissing van CvB over prijsvermelding vliegticketaanbieding
op website Skyscanner niet onrechtmatig. Activiteiten van een

3 VT 2015/00869 (Blue Band), VT 2015/00883 (Perfekt Wiebelkontjes), VT
2015/00884 (Perfekt Zappie), VT 2015/00885b (Perfekt Pannenkoekenmix)
en VT 2015/00886 (Perfekt Sunny Fruit).

1 Mr. Daniël Haije is advocaat en compagnon bij Hoogenraad & Haak, adver-
tising + IP advocaten te Amsterdam.

“Aanbieders zijn gehouden tot het hanteren van correcte en duidelijke prijzen in hun reclame-uitingen. Zij publiceren hun prijzen, al of niet gespecificeerd, inclusief de hen op het moment van publicatie bekende vast onvermijdbare (= bijkomende onlosmakelijk aan de dienst verbonden) kosten die voor de aangeboden diensten aan de aanbieder moeten worden betaald”

2.4. Bij SRC kunnen klachten in verband met overtreding van de NRC worden ingediend. Deze klachten worden behandeld door de Reclame Code Commissie (RCC). Tegen de beslissing van de RCC kan in beroep worden gegaan bij het College van Beroep (CvB). De RCC en het CvB nemen ook klachten in behandeling die zijn gericht tegen reclame-uitingen van adverteerders die zich niet op enigerlei wijze aan naleving van de NRC hebben verbonden.

2.5. De uitspraken van de RCC en het CvB zijn niet in rechte afdwingbaar. Teneinde zich te vergewissen van naleving is bij SRC een afdeling Compliance actief. Deze afdeling vraagt na een uitspraak waarin een bepaalde reclame-uiting in strijd met de RCC wordt geoordeeld aan de betrokken adverteerder schriftelijk, door middel van het invullen van een ‘compliance-verklaring’, te bevestigen dat hij de betreffende reclame-uiting niet meer openbaar zal maken dan wel niet meer op dezelfde wijze zal verspreiden.

2.6. Ingeval de compliance-verklaring niet wordt afgelegd, wordt het op de uitspraak betrekking hebbende dossier als ‘non-compliant’ op de website van SRC gepubliceerd. De Autoriteit Consument en Markt (ACM) wordt van een dergelijke melding op de hoogte gesteld. Daarnaast hebben de bij SRC aangesloten partijen zich verplicht om hun mediakanalen niet open te stellen voor als ‘non-compliant’ aangemerkte reclame-uitingen.

2.7. In september 2013 is Skyscanner ervan op de hoogte gesteld dat de Algemene Nederlandse Vereniging van Reisondernemingen (ANVR) een klacht had ingediend tegen zowel Skyscanner als reisorganisator Go Voyages (hierna te noemen Govolo). De klacht hield in dat vliegtickets werden aangeboden voor een bepaalde prijs, zonder dat daarbij werd vermeld dat behalve de prijs voor de vliegtickets ook een bedrag van € 25,- aan boekingskosten en een variabel bedrag voor betaalkosten in rekening wordt gebracht. Een dergelijke wijze van aanbieden is in strijd met artikel III RR (zie 2.3).

2.8. Skyscanner heeft Govolo aangesproken op de geconstateerde overtreding en, nadat was gebleken dat deze een stelselmatig karakter hadden, Govolo verwijderd uit haar aanbod, dat wil zeggen dat door Govolo te koop aangeboden tickets geen deel meer uitmaken van de vergelijking die op de website van Skyscanner wordt gemaakt.

2.9. De RCC heeft op 21 november 2013 op de klacht tegen Govolo beslist en deze gegrond geoordeeld. Daarbij overwoog de RCC onder meer:

“[...]”

Klager heeft onweersproken gesteld dat het niet mogelijk is om het door adverteerder voor € 585,31 naar Miami aangeboden ticket voor die prijs bij adverteerder te boe-

ken. Bij de op de webpagina vermelde (ticket)prijs komen nog boekingskosten en, afhankelijk van de voor de boeking gebruikte betaalkaart, ook nog betaalkosten. Alleen indien de reis betaald wordt door middel van een Franse Carte Bleue betaalkaart, hetgeen in Nederland een incourant betaalmiddel is, worden geen betaalkosten en boekingskosten in rekening gebracht. Voor de Nederlandse consument zijn betaalkosten derhalve in feite niet te vermijden kosten. Nu eerdergenoemde boekings- en betaalkosten dienen te worden aangemerkt als vaste en onvermijdbare kosten hadden deze bij de geadverteerde prijs moeten zijn inbegrepen. Nu dat niet het geval is, is de uiting in strijd met het bepaalde onder III sub 1 van de Reclamecode Reisaanbiedingen (RR).
[...]

De beslissing

Op grond van het vorenstaande acht de Commissie de uiting in strijd met het bepaalde onder III sub 1 RR en beveelt zij adverteerder aan niet meer op een dergelijke wijze reclame te maken.
[...].”

2.10. Eveneens 21 november 2013 heeft de RCC beslist op de klacht die was ingediend tegen Skyscanner. In die beslissing is in gelijke zin als hiervoor ten aanzien van Govolo overwogen, waarna de RCC vervolgt:

“Ter beoordeling van de Commissie is nu of verweerder verantwoordelijk is voor het feit dat Govolo ten onrechte als goedkoopste aanbieder op verweerders website is vermeld. Verweerder stelt dat hij voor de op zijn website staande informatie geheel afhankelijk is van de aan hem door derden verstrekte informatie en derhalve niet verantwoordelijk kan worden gehouden voor de inhoud daarvan. Zijn bemoeienis beperkt zich tot het rubriceren van deze informatie naar prijs en verweerder meent zich om die reden te kunnen beroepen op “parallele” toepassing van het bepaalde in artikel 6:196c lid 3 en 4 BW.

De Commissie is van oordeel dat verweerders bemoeienis niet sec beperkt is gebleven tot het op zijn website plaatsen van de aan hem door derden verstrekte informatie. Zij overweegt daartoe dat deze informatie niet in de oorspronkelijke vorm openbaar wordt gemaakt of wordt opgeslagen. De verschillende aanbiedingen zijn door verweerder op uniforme wijze, passend in de door hem voor zijn website gekozen opmaak, tot één geheel getransformeerd. Aldus is de aanbieding van Govolo op verweerders website verwerkt. Het is verweerder die mededeelt dat Govolo het goedkoopst is. Om deze reden, kan verweerder niet met succes een beroep doen op het bepaalde in artikel 6:196c lid 3 en 4 BW en dient hij verantwoordelijk te worden gehouden voor de inhoud van de uiting.

Verweerders beroep op het arrest van het Hof Leeuwarden (22 mei 2012 IEPT20120522) kan evenmin slagen. Anders dan in het betrokken arrest speelt verweerder geen neutrale rol. De bestreden webpagina maakt het

voor een in een bepaalde reis geïnteresseerde consument mogelijk om op eenvoudige wijze na te gaan welke aanbieder voor hetzelfde product het goedkoopst is. De reizen zijn door verweerder daartoe reeds gerangschikt naar prijs. Hierdoor is verweerder behulpzaam bij het vinden van een aantrekkelijke aanbieding, is hij geen neutraal doorgeefluik en beïnvloedt hij door zijn handelen zelfstandig en direct de keuze van de consument.

Verweerder heeft terecht aangevoerd dat hij geen aanbieder is in de zin van de RR. Dat neemt echter niet weg dat verweerder verantwoordelijk dient te worden gehouden voor het op zijn website staande aanbod en hij er zorg voor dient te dragen dat dit niet in strijd is met de NRC. Nu het bewuste ticket naar Miami ook volgens verweerder niet is te boeken voor het op verweerdere website staande bedrag van € 587,-, is de Commissie van oordeel dat onjuiste informatie is verstrekt ten aanzien van de prijs als bedoeld in artikel 8.2 aanhef en onder d NRC. Voorts is de Commissie van oordeel dat de gemiddelde consument hierdoor ertoe gebracht kan worden een besluit over een transactie te nemen, dat hij anders niet had genomen. Om die reden is de uiting misleidend en daardoor oneerlijk in de zin van artikel 7 NRC.

De Commissie heeft kennis genomen van de mededeling dat verweerder uitingen van Govolo sinds augustus 2013 niet meer op zijn website opneemt. Dit neemt echter de onjuistheid, gelegen in de eerdere onjuiste prijsvermelding, niet weg.

De beslissing van de Reclame Code Commissie

Op grond van het vorenstaande acht de Commissie de uiting in strijd artikel 7 NRC en beveelt zij verweerder aan niet meer op een dergelijke wijze reclame te maken”.

2.11. Skyscanner is tegen de beslissing van de RCC in beroep gegaan bij het CvB. ANVR heeft incidenteel beroep ingesteld. Het CvB heeft op 20 mei 2014 uitspraak gedaan en daarbij wat betreft het (principale) appel van Skyscanner het volgende overwogen:

“[...]”

In het principaal appel staat als onbetwist vast dat op basis van de door de ANVR op de website van appellante ingevulde gegevens ten onrechte Govolo als goedkoopste aanbieder werd genoemd. Dit was het gevolg van het feit dat deze aanbieder bepaalde onvermijdbare vaste kosten niet in haar prijs had verdisconteerd hetgeen, naar niet in geschil is, in strijd is met het bepaalde onder III sub 1 van de Reclamecode Reisaanbiedingen (RR). Appellante bestrijdt in beroep het oordeel van de Commissie dat zij als professionele onafhankelijke vergelijker mede verantwoordelijk is voor deze overtreding. Het College begrijpt het standpunt van appellante aldus, dat zij primair stelt dat haar activiteiten geen handelspraktijk vormen in de zin van Richtlijn 2005/29/EG, voorts dat de exploitant van een professionele vergelijkingssite nooit verantwoordelijk behoort te zijn voor onjuiste gegevens die derden aanleveren, en ten slotte dat zij zich beroept

op de uitsluiting van aansprakelijkheid als bedoeld in artikel 6:196c lid 4 BW, mede gelet op het arrest van Hof Leeuwarden van 22 mei 2012, IEPT20120522 (Stokke/Marktplaats). Het College oordeelt hierover als volgt.

6.2. Appellante exploiteert een professionele vergelijkingssite die in de eerste plaats is gericht op het vergelijken van prijzen die vliegtuigmaatschappijen rekenen, waarbij ook aspecten zoals vertrektijd, tussenstops en reistijd kunnen worden vergeleken. Appellante stelt dat zij hierbij een onafhankelijke positie inneemt, in deze zin dat zij zelf geen vliegtickets verkoopt. Appellante maakt reclame voor haar diensten en prijst, naar uit de inleidende klacht blijkt, haar vergelijkingssite aldus aan dat via deze website met behulp van “geweldige aanbiedingen” de “goedkoopste” vliegtickets kunnen worden gevonden. Het bedrijfsmatig exploiteren van een dergelijke website dient naar het oordeel van het College als een zelfstandige handelspraktijk te worden beschouwd. Het College verwijst in dit verband naar hoofdstuk 1.2 van het op 3 december 2009 gepubliceerde Werkdocument van de diensten van de Commissie (“Leidraad voor de tenuitvoerlegging/ toepassing van Richtlijn 2005/29/EG betreffende oneerlijke handelspraktijken”), waar onder meer staat: “In geval van professionele, maar onafhankelijke prijsvergelijkingssites bestaat de activiteit van de handelaar in het verkrijgen van prijzen van detailhandelsbedrijven en het doorgeven van deze informatie aan de consument. Dergelijke dienstverleners moeten daarom eveneens worden beschouwd als handelaren en zijn derhalve gebonden aan de bepalingen van de richtlijn.” Het College leidt overigens uit de door ANVR overgelegde e-mail van de Autoriteit Consument Markt d.d. 10 januari 2014 af dat deze instantie eveneens van oordeel is dat het exploiteren van een vergelijkingssite als de onderhavige een zelfstandige handelspraktijk in de zin van Richtlijn 2005/29/EG is. De brief bevat immers, kort weergegeven, de mededeling dat volgens de Autoriteit Consument & Markt de regels inzake prijstransparantie ook voor vergelijkingssites gelden en dat zij bij de handhaving van die regels de exploitanten van die websites aan die regels zal houden.

6.3. Op grond van het voorgaande kan de stelling van appellante dat haar activiteiten niet kunnen worden aangemerkt als een handelspraktijk in de zin van Richtlijn 2005/29/EG niet slagen. Het College verwerpt om dezelfde reden het beroep van appellante op Hof van Justitie EU, 17 oktober 2013, RLVs v Stuttgarter Wochenblatt (C-391/12). De gewraakte uiting zoals deze door de Commissie is omschreven (“goedkoopste tickets Miami” in combinatie met de prijs die Govolo volgens de website van appellante voor dit ticket rekent op basis van de ingevoerde gegevens), is commercieel van aard en houdt onmiskenbaar verband met een zakelijk belang dat appellante erbij heeft dat consumenten gebruik maken van haar vergelijkingssite teneinde daar een keuze voor een vliegtuigmaatschappij te maken en bij die aanbieder vervolgens een vlucht te boeken. De consument die van de vergelijkingssite gebruik maakt, hoeft niet meer zelf-

standig aanbieders te vergelijken. De gewraakte uiting beïnvloedt aldus actief en direct de keuze van de consument met een zelfstandig commercieel doel. Daarmee wijkt de onderhavige zaak wezenlijk af van de situatie die aan de orde was in bedoelde uitspraak van het Hof van Justitie EU.

6.4. Het College verwerpt voorts het beroep van appellante op artikel 6:196c lid 4 BW. Deze bepaling mist toepassing in de situatie dat, zoals in het onderhavige geval, de handelsactiviteiten niet beperkt blijven tot het enkele doorgeleiden van informatie van derden. Appellante oefent immers op basis van die informatie een zelfstandige handelspraktijk uit die in het onderhavige geval tot oneerlijke reclame heeft geleid. De consument die op de door ANVR in haar inleidende klacht omschreven wijze zoekt naar het goedkoopste vliegticket en naar aanleiding van de reclame van appellante haar vergelijkingssite raadpleegt, wordt in de onjuiste veronderstelling gebracht dat Govolo de goedkoopste aanbieder is. Dat de oorzaak van deze fout is gelegen in de onjuiste informatie die Govolo heeft aangeleverd, brengt niet mee dat appellante niet door ANVR hierop zou kunnen worden aangesproken in het kader van de onderhavige klacht. De contractuele uitsluiting van aansprakelijkheid in de algemene voorwaarden van Appellante staat daaraan evenmin in de weg; ANVR staat buiten die contractuele relatie.

6.5. Appellante onderscheidt zich bovendien van een "hosting provider" in de zin van artikel 6:196c lid 4 BW, doordat zij zelfstandig onderzoek doet naar de juistheid van de door derden aangeleverde gegevens. Zij heeft hiertoe, naar zij stelt, een team van zes personen beschikbaar dat dagelijks actief controleert of de aanbieders juiste prijzen opgeven. Voorts beschikt appellante over een team personen dat, naar zij stelt, constant in dialoog is met de aanbieders om deze te wijzen op naleving van de regels. Appellante classificeert, structureert en vergelijkt de gegevens in het kader van een handelspraktijk die specifiek op vergelijking van een algemeen aanbod is gericht. Op grond van het voorgaande is het College tevens van oordeel dat de handelsactiviteiten van appellante wezenlijk verschillen van die van Marktplaats, die immers niet specifiek als een vergelijkingssite kan worden aangemerkt. Dit brengt mee dat het beroep van appellante op het genoemde arrest van het Hof Leeuwarden geen doel treft. Voor analoge toepassing van het bepaalde in artikel 6:196c lid 4 BW is evenmin plaats. Daarbij wijst het College op het volgende.

6.6. Het College acht het aannemelijk dat de gemiddelde consument die naar aanleiding van de aanprijzing van de vergelijkingssite van appellante van die website gebruik zal maken en zal zien welke aanbieder het goedkoopst is, erop zal vertrouwen dat die aanbieder ook daadwerkelijk het voordeligst is. Appellante is immers een professionele vergelijker die stelt onafhankelijk te zijn en in dat kader classificeert, structureert en vergelijkt. De consument zal zich daarom door dit resultaat laten leiden bij het nemen van een besluit over een

transactie. Dit brengt mee dat de vermelding als goedkoopste aanbieder direct het economische gedrag van de gemiddelde consument zal (kunnen) beïnvloeden. In het geval van Govolo wordt niet aan de geldende eisen met betrekking tot de prijsvermelding voldaan waardoor zij op de vergelijkingssite van appellante ten onrechte als de goedkoopste aanbieder werd genoemd. Het College onderschrijft het oordeel van de Commissie dat hierdoor sprake is van misleiding als bedoeld in artikel 8.2 aanhef en onder d NRC. Zoals vermeld zal de gemiddelde consument ten onrechte op die vermelding vertrouwen en daardoor een besluit over een transactie kunnen nemen dat hij niet had genomen indien hij zou hebben geweten dat Govolo in werkelijkheid niet de voordeligste aanbieder was.

6.7. Het is aan appellante om voldoende maatregelen te nemen teneinde af te dwingen dat de aanbieders waarvan zij op haar website de prijzen publiceert, deze prijzen aanleveren overeenkomstig de toepasselijke regelgeving, waaronder de Reclamecode Reisaanbiedingen met de daarin opgenomen verplichting alle vaste onvermijdbare kosten in de prijs op te nemen. Deze verplichting volgt overigens ook uit artikel 23 van Verordening (EG) Nr. 1008/2008 van het Europees Parlement en de Raad van 24 september 2008 inzake gemeenschappelijke regels voor de exploitatie van luchtdiensten in de Gemeenschap. Ingevolge dit artikel dienen de voor het publiek beschikbare luchttarieven altijd de geldende passagiers- of luchttarieven en alle toepasselijke belastingen en heffingen, toeslagen en vergoedingen te bevatten die op het tijdstip van publicatie onvermijdbaar en voorzienbaar zijn. Die verplichting is naar het oordeel van het College ook rechtstreeks op appellante zelf van toepassing. Zij publiceert immers bedoelde tarieven in het kader van een prijsvergelijking en valt daarmee onder de ratio van artikel 23 van Verordening (EG) Nr. 1008/2008, zoals toegelicht in nummer 16 van de considerans bij die verordening. Dat appellante maatregelen kan nemen om het aanbod op haar website in overeenstemming met de regelgeving te doen zijn, staat niet ter discussie. Appellante oefent immers controle uit en kan aanbieders, ook naar aanleiding van klachten van derden, op onjuiste prijzen aanspreken en hen zo nodig van haar website uitsluiten.

6.8. In hoeverre op dit moment op de website van appellante de prijzen conform de bepalingen van de Reclamecode Reisaanbiedingen worden gepubliceerd en in hoeverre appellante in staat zal zijn jegens aanbieders af te dwingen dat deze hun gegevens steeds in overeenstemming met de regelgeving aanleveren, doet voor het onderhavige geschil niet ter zake. De inleidende klacht ziet immers specifiek op Govolo en de beoordeling kan dan ook beperkt blijven tot de vermelding van het tarief van Govolo op bedoelde website. Appellante stelt dat zij de aanbieding van deze aanbieder van haar website heeft verwijderd. Voor zover ANVR verwijst naar andere aanbieders, gaat het College daaraan voorbij nu dit buiten het kader van de inleidende klacht valt. Voor zover ANVR

hiermee bedoelt de klacht uit te breiden, overweegt het College dat het Reglement van de Reclame Code Commissie en het College van Beroep voorziet in een procedure waarbij klachten altijd in twee instanties worden beoordeeld. Voor beoordeling van geheel nieuwe klachten door het College is daarom geen plaats. Op grond van het voorgaande kan worden voorbijgegaan aan het formele bezwaar dat appellante maakt tegen de hoofdstuk "Structurele overtredingen [naam appellante]" van het verweerschrift en tegen het overleggen van de daarbij behorende bijlagen 3 tot en met 7. Deze stellingen en bijlagen zijn op grond van het voorgaande niet relevant voor het onderhavige geschil.

6.9. De grieven in het principaal appel treffen geen doel. Derhalve wordt in het principaal appel beslist als volgt.

(...)

7. De beslissing

Het College bekrachtigt de beslissing van de Commissie, zowel in het principaal als in het incidenteel appel".

2.12. Na de uitspraak van het CvB heeft SRC aan Skyscanner een compliance-formulier toegezonden. Skyscanner heeft in reactie daarop laten weten het principiële oneens te zijn met de uitspraak en daarover een rechterlijk oordeel zal vragen. SRC heeft voor de loop van deze procedure afgezien van het 'non-compliant' verklaren (zie 2.6) van Skyscanner.

3 Het geschil

3.1 Skyscanner vordert dat de rechtbank, voor zover mogelijk uitvoerbaar bij voorraad,

- a) voor recht verklaart dat de beslissing van het CvB onrechtmatig is jegens Skyscanner;
- b) voor recht verklaart dat Skyscanner, indien zij prijzen van derde op haar website publiceert, een rechtsgeldig beroep toekomt op artikel 6:196c lid 4 BW indien deze prijzen misleidend of anderszins onrechtmatig zijn en Skyscanner deze prijzen prompt verwijdert of de toegang daartoe onmogelijk maakt zodra zij hiermee bekend raakt of hiermee redelijkerwijs bekend kan zijn;
- c) SRC veroordeelt in de proceskosten.

3.2. Skyscanner stelt dat de procedure voor het CvB (en daarvoor bij de RCC) betrekking had op een reclameuiting van een derde, in casu Govolo. Het is daarom onterecht dat Skyscanner wordt aanbevolen niet meer op een dergelijke wijze reclame te maken. Skyscanner vergelijkt slechts prijzen van vliegtickets en heeft geen inzicht in de voorwaarden waaronder deze worden aangeboden. Ingeval blijkt van oneerlijke handelspraktijken wordt de betreffende aanbieder hiervan bericht en het betreffende aanbod van de website verwijderd. Skyscanner stelt dat zij enkel een doorgeef functie heeft en op grond van artikel 6:196c lid 4 BW niet aansprakelijk is voor de informatie die op haar vergelijkingswebsite wordt getoond.

3.3. SRC voert verweer. Een oordeel van de RCC dan wel het CvB is niet meer dan het geven van een mening over een reclameuiting, hetgeen een ieder vrij staat. Van onrechtmatigheid kan reeds daarom geen sprake zijn, aldus SRC. Verder voert zij aan dat Skyscanner een eigen commercieel belang heeft bij het doen plaatsvinden van boekingen via haar website. Zij is daarom ook aanspreekbaar op de inhoud van die vergelijkingen. SRC betwist dat Skyscanner een beroep kan doen op artikel 6:196c lid 4 BW.

3.4. Op de stellingen van partijen wordt hierna, voor zover van belang, nader ingegaan.

4 De beoordeling

4.1. Skyscanner vordert in de eerste plaats een verklaring voor recht dat de beslissing van het CvB (hierna: de beslissing) onrechtmatig is. Zij onderbouwt deze vordering, kort gezegd, met de stelling dat de beslissing onjuist is.

4.2. SRC betwist dat de beslissing onjuist is maar voert daarnaast als meer verstrekkend verweer aan dat de beslissing, ongeacht de juistheid, niet onrechtmatig is omdat deze niet meer behelst dan de weergave van een oordeel over de verenigbaarheid van de reclameuiting met de in de NRC vervatte normen. SRC beroept zich in dit verband op de grondwettelijk beschermde vrijheid van meningsuiting.

4.3. De rechtbank is met SRC van oordeel dat de vrijheid van meningsuiting ook betrekking heeft op het geven van de beslissing. Deze vrijheid van meningsuiting is evenwel niet onbegrensd, maar mag worden beperkt indien daarin is voorzien bij wet en deze beperking in een democratische samenleving noodzakelijk is in het belang van, voor zover thans aan de orde, de bescherming van de goede naam of de rechten van anderen.

4.4. Van een beperking die bij wet is voorzien, is sprake wanneer de uitlatingen van SRC onrechtmatig in de zin van artikel 6:162 BW worden geoordeeld. Voor het antwoord op de vraag of hiervan sprake is, moeten de wederzijdse belangen worden afgewogen. SRC heeft een belang om (in het openbaar) een (negatieve) beoordeling te geven over de verenigbaarheid van reclameuitingen met de in de NRC vervatte normen. Het belang van Skyscanner is erin gelegen dat Skyscanner niet lichtvaardig wordt blootgesteld aan negatieve publiciteit die haar goede naam aantast. Welk van deze belangen, die in beginsel gelijkwaardig zijn, de doorslag behoort te geven, hangt af van alle omstandigheden van het geval. Bij de vraag of SRC onrechtmatig kan handelen in het kader van het toetsen van de in de NRC vervatte normen is het volgende van belang.

4.5. De RCC en het CvB zijn weliswaar niet gelijk te stellen met bij wet ingestelde gerechtelijke instanties, maar worden binnen de reclamebranche wel als gezaghebbend beschouwd, hetgeen onder meer blijkt uit de onweersproken stelling van SRC dat 96% van haar aanbevelingen vrijwillig worden opgevolgd. Daarnaast beschikt SRC over een zeker machtsmiddel door een 'non-compliance'-verklaring af te geven. Deze positie brengt met zich dat van genoemde instanties mag worden verwacht dat zij zorgvuldigheid betrachten bij het geven van een oordeel.

4.6. De door de RCC en het CvB te betrachten zorgvuldigheid bestaat onder meer hierin dat zij handelt overeenkomstig haar interne (procedure)regels, waarin de mogelijkheid tot het voeren van verweer in voldoende mate dient te zijn gewaarborgd, en dat zij voor haar oordelen gebruikt maakt van zakelijke bewoordingen die niet onnodig afbreuk doen aan de reputatie van de voor de betreffende reclameuiting verantwoordelijke. Van onrechtmatig handelen door de RCC en het CvB kan verder sprake zijn ingeval zij komt tot een oordeel dat in redelijkheid niet als juist kan worden aanvaard.

4.7. In dit geval is tussen partijen niet in geschil dat de RCC en het CvB tot hun oordeel zijn gekomen na een procedure waarin Skyscanner voldoende mogelijkheid tot het geven van een weerwoord op de tegen haar ingediende klacht is gegeven. Ook is niet in geschil dat de RCC en het CvB hun oordeel in zakelijke bewoordingen hebben gesteld, zonder Skyscanner onnodig in diskrediet te brengen. De rechtbank is voorts van oordeel dat de beslissing van de RCC en het CvB niet aanstonds als onjuist kan worden gekwalificeerd. De redenen hiervoor zullen uit het navolgende blijken.

4.8. Daarnaast is het volgende van belang. De vraag of een door de RCC of het CvB gegeven beslissing onrechtmatig moet worden geacht kan niet los worden gezien van de vraag of deze beslissing in rechte juist wordt geacht. In de regel zal een beslissing die in rechte juist wordt geacht niet onrechtmatig zijn. Het enkele feit dat een beslissing in rechte onjuist wordt geacht zal, behoudens de in de laatste zin van rechtsoverweging 4.6 bedoelde situatie, echter niet voldoende zijn om te kunnen leiden tot het oordeel dat SRC onrechtmatig heeft gehandeld. Slechts ingeval van bijkomende omstandigheden zal van onrechtmatigheid sprake kunnen zijn.

4.9. In het thans aan de orde zijnde geval is van belang dat SRC onweersproken heeft gesteld dat zij nog niet is overgegaan tot het 'non-compliant' verklaren van Skyscanner. De beslissing heeft daarom nog geen directe gevolgen voor Skyscanner, aldus SRC. Naar de rechtbank begrijpt ligt het geschonden belang van Skyscanner ook niet in de omstandigheid dat zij de bewuste reclameuiting niet meer mag bezigen – zij heeft immers onweersproken verklaard dat het aanbod van Govolo niet langer deel uitmaakt van de op haar website gepresenteerde vergelijkingen (en in die zin is zij reeds compliant) – maar in het feit dat de beslissing is gegrond op een haars inziens onjuiste uitleg van de van toepasselijke regels. Deze uitleg, die er kort gezegd op neerkomt dat Skyscanner (mede) verantwoordelijk is voor overtredingen die door aanbieders van vliegtickets worden gepleegd, leidt er namelijk toe dat Skyscanner het risico loopt dat zij steeds opnieuw een negatief oordeel van de RCC en het CvB kan verwachten. Ter terechtzitting is door SRC verklaard dat het bij repeterende klachten van dezelfde aard lastiger wordt om niet 'non-compliant' te worden verklaard. Skyscanner zal zich daarom bij handhaving van de uitleg van de van toepassing zijnde regels zoals in de beslissing is verwoord, genoodzaakt zien haar bedrijfsvoering aan te passen.

4.10. De rechtbank is van oordeel dat het belang van Skyscanner om niet geconfronteerd te worden met een in rechte onjuist geachte beslissing van het CvB die als (voorzienbaar) gevolg heeft dat zij niet slechts een bepaalde reclameuiting dient te staken maar tevens haar bedrijfsvoering dient aan te passen mee dient te wegen bij de beoordeling van de vraag of sprake is van onrechtmatig handelen.

4.11. Zoals hiervoor reeds aan de orde is gekomen is op dit moment echter nog geen sprake van dergelijke gevolgen voor Skyscanner, nu SRC haar nog niet non-compliant heeft verklaard. Dergelijke gevolgen zouden zich weliswaar binnen afzienbare tijd voor kunnen doen, maar blijkens het petitum van de dagvaarding wordt thans alleen een oordeel gevraagd over de beslissing van het CvB. Skyscanner heeft ook de omvang van deze gevolgen niet nader gepreciseerd. Derhalve dient beoordeeld te worden of het enkel gebruiken van een uitleg van de van toepasselijke regels op een wijze zoals in de beslissing gebeurd, onrechtmatig is.

4.12. Voor het aannemen van een dergelijke onrechtmatigheid is naar het oordeel van de rechtbank in ieder geval vereist dat die beoordeling, gelet op hetgeen op het moment van het doen van uitspraak bij het CvB bekend was of had moeten zijn (mede gelet op het overwogene onder 4.5), voorzienbaar in rechte als onjuist zou moeten worden bestempeld. Daarvan kan onder meer sprake zijn ingeval over een verschil van inzicht ter zake de interpretatie van een van toepassing zijnde regel reeds door een relevante rechterlijke instantie een (onherroepelijke) uitspraak is gedaan, maar deze door het CvB is genegeerd.

4.13. Skyscanner voert in dat verband twee stellingen aan.

In de eerste plaats dat in de beslissing ten onrechte is geoordeeld dat de activiteiten van Skyscanner kunnen worden aangemerkt als 'handelspraktijk' in de zin van artikel 2, sub d, van de Richtlijn Oneerlijke handelspraktijken (2005/29/EG).

In de tweede plaats dat in de beslissing ten onrechte is geoordeeld dat Skyscanner geen beroep toekomt op artikel 6:196c lid 4 BW.

4.14. Wat het eerste punt betreft verwijst Skyscanner naar de uitspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie (HvJ EU) van 17 oktober 2013, (RLvS Verlagsgesellschaft mbH/Stuttgarter Wochenblatt GmbH). Meer in het bijzonder wijst Skyscanner op rechtsoverweging 37 en verder van dat arrest, waar het HvJ EU overweegt:

"[...]

In deze richtlijn [2005/29; rb] wordt het begrip "handelspraktijk" weliswaar bijzonder ruim gedefinieerd (...), maar dit neemt niet weg dat de aldus beoogde praktijken van commerciële aard moeten zijn, namelijk van handelaars moeten uitgaan, en bovendien rechtstreeks verband moeten houden met de verkoopbevordering, het verkopen of het leveren van hun producten aan consumenten.

(...)

39 In omstandigheden als aan de orde in het hoofdgeding staat echter vast dat de betrokken publicaties, te

weten twee artikelen met informatieve en beschrijvende redactionele inhoud, niet dienen ter verkoopbevordering van het product van de krantenuitgever, in casu een gratis krant, maar wel ter verkoopbevordering van producten en diensten van ondernemingen die geen partij in het hoofdgeding zijn”.

4.15. Volgens Skyscanner is het in haar geval zo dat de reclame-uitingen zoals die van Govolo uitgaan van en gericht zijn op het bevorderen van de verkoop van producten van Govolo, en derhalve geen commercieel belang van Skyscanner dienen. Skyscanner zelf levert geen producten aan de bezoekers van haar website en de reclame-uiting houdt derhalve geen verband met de verkoopbevordering, het verkopen of het leveren van haar producten aan consumenten. Er is derhalve sprake van een vergelijkbare situatie, en Skyscanner kan daarom evenmin als het Stuttgarter Wochenblatt als handelaar in de zin van Richtlijn 2005/29/EU worden beschouwd.

4.16. De SRC voert hiertegen aan dat het verdienmodel van Skyscanner erin bestaat dat zij ervoor probeert te zorgen dat consumenten via haar website boekingen bij bepaalde verkopers van vliegtickets doen, waarvoor een vergoeding aan Skyscanner wordt betaald. Skyscanner heeft er derhalve belang bij dat op haar website tickets voor een lage prijs worden aangeboden, omdat dit consumenten zal stimuleren via haar website te boeken. Het onvermeld laten van onvermijdbare kosten draagt derhalve bij aan het bereiken van de commerciële doelstellingen van Skyscanner, aldus SRC. Om die reden dient Skyscanner volgens haar wel als handelaar in de zin van Richtlijn 2005/29/EU te worden beschouwd.

4.17. Beide partijen hebben voorts verwezen naar de door de Europese Commissie uitgegeven “LEIDRAAD VOOR DE TENUITVOERLEGGING/TOEPASSING VAN RICHTLIJN 2005/29/EG BETREFFENDE ONEERLIJKE HANDELSPRAKTIJKEN”. In deze leidraad is onder meer de volgende passage opgenomen:

“1.2. Onlinehandelspraktijken in sociale media of op prijsvergelijkingswebsites vallen onder de definitie (...)

In geval van professionele, maar onafhankelijke prijsvergelijkingswebsites bestaat de activiteit van de handelaar in het verkrijgen van prijzen van detailhandels-bedrijven en het doorgeven van deze informatie aan de consument. Dergelijke dienstverleners moeten daarom eveneens worden beschouwd als handelaren en zijn derhalve gebonden aan de bepalingen van de richtlijn. In deze gevallen moeten de criteria en methoden die door de dienstverleners worden gebruikt en eventuele contractuele relaties met bepaalde handelaren bekend worden gemaakt aan de gebruikers van de website”.

4.18. SRC verwijst ter onderbouwing van haar standpunt naar de titel van paragraaf 1.2 en de eerste twee zinnen van de geciteerde alinea. Skyscanner stelt dat zij voldoet aan de voorschriften genoemd in de laatste zin van de geciteerde

alinea en derhalve voldoet aan de voorgeschreven transparantievereisten.

4.19. De rechtbank oordeelt als volgt. Onweersproken is dat Skyscanner een eigen commercieel belang heeft bij het plaatsvinden van boekingen via haar website. Verder is van belang hetgeen het HvJ EU overweegt in rechtsoverweging 41 van het arrest RLVs Verlagsgesellschaft mbH/Stuttgarter Wochenblatt GmbH:

“41 Aangezien de publicatie door de krantenuitgever van dergelijke artikelen, die – in voorkomend geval indirect – de producten en diensten van derden kunnen promoten, geen wezenlijke verstoring vormt van het economisch gedrag van de consument bij diens beslissing zich de betrokken krant – die overigens gratis verschijnt – te verwerven of mee te nemen (zie over dit aspect arrest Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag, punten 44 en 45), kan een dergelijke uitgeverspraktijk op zich echter niet als een “handelspraktijk”, in de zin van artikel 2, sub d, van richtlijn 2005/29, van deze uitgever worden aangemerkt”.

4.20. Uit deze overweging blijkt dat essentieel voor deze beslissing van het HvJ EU is dat de aan de orde zijnde reclame-uiting geen wezenlijke verstoring vormde van het economisch gedrag van de consument bij diens beslissing de betrokken krant al dan niet te verkrijgen. Aannemelijk is echter dat het voor het economisch gedrag van een consument wel van belang is dat op de website van Skyscanner tickets worden aangeboden tegen een (als gevolg van het niet vermelden van onvermijdbare kosten) lage prijs. Dat zal een consument immers stimuleren via de website van Skyscanner tickets te boeken. In ieder geval kan worden gesteld dat de uitspraak van het CvB niet op voorhand als onverenigbaar met het aan de orde zijnde arrest moet worden beschouwd. Daar komt nog bij dat de tekst van de leidraad een aanwijzing vormt voor de juistheid van de uitleg van het CvB.

4.21. Uit het voorgaande volgt dat ten aanzien van dit onderdeel niet kan worden vastgesteld dat op het moment dat zij de beslissing nam voor het CvB voorzienbaar was dat de beslissing in rechte als onjuist zou worden bestempeld

4.22. Ten aanzien van haar tweede punt, dat in de beslissing ten onrechte is overwogen dat Skyscanner geen beroep toekomt op artikel 6:196c lid 4 BW, vordert Skyscanner tevens een afzonderlijke verklaring van recht.

Artikel 6:196c lid 4 BW luidt:

“Degene die diensten van de informatiemaatschappij verricht als bedoeld in artikel 15d lid 3 van Boek 3, bestaande uit het op verzoek opslaan van van een ander afkomstige informatie, is niet aansprakelijk voor de opgeslagen informatie, indien hij:

a. niet weet van de activiteit of informatie met een onrechtmatig karakter en, in geval van een schadevergoedingsvordering, niet redelijkerwijs behoort te weten van de activiteit of informatie met een onrechtmatig karakter, dan wel

- b. zodra hij dat weet of redelijkerwijs behoort te weten, prompt de informatie verwijdert of de toegang daartoe onmogelijk maakt”.

4.23. Toegepast op de aan de orde zijnde casus betekent dit dat Skyscanner niet aansprakelijk is voor van Govolo afkomstige informatie, ingeval zij deze informatie op verzoek van Govolo opslaat en voldoet aan de onder a en b genoemde vereisten. Uit de door Skyscanner zelf verstrekte informatie blijkt echter dat zij de van Govolo afkomstige informatie niet opslaat op verzoek van Govolo, maar dat zij deze informatie betreft via de Amadeus IT Group S.A. Het initiatief voor het verkrijgen van de informatie ligt derhalve bij Skyscanner. Reeds daarom moet worden geoordeeld dat het CvB heeft kunnen overwegen dat Skyscanner geen beroep op artikel 6:196c lid 4 BW toekomt.

4.24. Uit het voorgaande volgt dat de vorderingen van Skyscanner dienen te worden afgewezen. Skyscanner zal als de in het ongelijk gestelde partij worden veroordeeld in de proceskosten, tot aan deze uitspraak aan de zijde van SRC begroot als volgt:

griffierecht	€ 608,00
salaris advocaat	€ 904,00 (2 punten × factor 1 × tarief € 452,00)
totaal	€ 1.512,00

De daarover gevorderde wettelijke rente vanaf de vijftiende dag na de datum van het vonnis kan eveneens als verder onbetwist worden toegewezen.

5 De beslissing

De rechtbank

- 5.1 wijst de vorderingen af,
5.2. veroordeelt Skyscanner in de kosten van het geding tot aan deze uitspraak aan de zijde van SRC begroot op € 1.512,00
5.3. veroordeelt Skyscanner tot vergoeding van de wettelijke rente over de proceskosten, met ingang van de vijftiende dag na het wijzen van dit vonnis, tot aan de dag van voldoening.

Dit vonnis is gewezen door mr. G.H. Marcus en in het openbaar uitgesproken op 7 oktober 2015.

Noot

“*With great power comes great responsibility*”.² In navolging van het vonnis in deze zaak (en de daarin voorkomende beslissingen van de Reclame Code Commissie (RCC) en het College van Beroep (CvB)) lijken deze gevleugelde woorden

2 De precieze herkomst van deze alom bekende spreuk is onbekend. Het citaat wordt toegeschreven aan een breed scala aan personen: van Voltaire tot Spider-Man. Zie <http://quoteinvestigator.com/2015/07/23/great-power/>.

zowel van toepassing op de rol van RCC en CvB als op de rol van prijsvergelijkingswebsites zoals Skyscanner.

Feiten

In september 2013 dient reisbrancheorganisatie ANVR een klacht in tegen zowel vliegticketaanbieder Go Voyages als prijsvergelijkingswebsite-exploitant Skyscanner. De prijsvergelijkingswebsite had een aanbieding van Go Voyages voor vliegtickets naar Miami bovenaan de lijst “Goedkoopste tickets Miami” gezet. Echter: in de prijs van Go Voyages waren onvermijdbare boekingskosten niet verdisconteerd. Een overtreding van de Reclamecode Reisaanbiedingen. De RCC wijst de klacht van de ANVR toe, zowel tegen Go Voyages als tegen Skyscanner. Skyscanner gaat in hoger beroep bij het CvB en voert – net als bij de RCC – aan dat zij als professionele prijsvergelijkingswebsite niet verantwoordelijk gehouden kan worden voor de overtreding van Go Voyages. Allereerst zijn volgens Skyscanner haar activiteiten geen handelspraktijk in de zin van de Richtlijn OHP.³ Daarnaast doet Skyscanner een beroep op (analoge) toepassing van de hostingexceptie van artikel 6:196c lid 4 BW, want Skyscanner is afhankelijk van de door aanbieders aangeleverde prijsinformatie. Skyscanner vangt wederom bot. Volgens het CvB zijn de activiteiten van een prijsvergelijkingswebsite als Skyscanner wel degelijk een handelspraktijk: de Leidraad OHP⁴ merkt dergelijke dienstverleners aan als handelaren in de zin van de Richtlijn OHP en de prijsvermelding op de website van Skyscanner beïnvloedt actief en direct de keuze van de consument met een zelfstandig commercieel doel. Daarnaast verwerpt het CvB het beroep van Skyscanner op de hostingexceptie, omdat – kort gezegd – de activiteiten van Skyscanner niet beperkt blijven tot het enkele doorgeleiden van informatie van derden. Skyscanner oefent immers op basis van de ontvangen informatie een zelfstandige handelspraktijk uit, namelijk vergelijking van een algemeen aanbod. In dat kader classificeert, structureert en vergelijkt zij de gegevens. Bovendien doet Skyscanner zelfstandig onderzoek naar de juistheid van de door derden aangeleverde (prijs)gegevens. Go Voyages werd door Skyscanner ten onrechte als goedkoopste aanbieder genoemd. De gemiddelde consument zal zich laten leiden door het vergelijkingsresultaat van een zich als professioneel en onafhankelijk presenterende prijsvergelijkingswebsite, zodat voldaan is aan het manipulatievereiste. Het CvB onderschrijft het oordeel van de RCC dat sprake is van misleiding, en bekrachtigt de beslissing van de RCC.

Skyscanner is het principieel oneens met de beslissing van het CvB en vordert in deze bodemprocedure bij de Rechtbank Amsterdam tegen de Stichting Reclame Code (SRC) verklaringen voor recht dat (i) de beslissing van het CvB onrechtmatig is tegenover Skyscanner; en (ii) Skyscanner

3 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 Richtlijnen 84/450/EEG, 97/7/EG, 98/27/EG en 2002/65/EG en van Verordening (EG) nr. 2006/2004 (Richtlijn OHP).

4 Leidraad voor de tenuitvoerlegging/toepassing van Richtlijn 2005/29/EG betreffende oneerlijke handelspraktijken (Leidraad OHP).

zich met vrucht kan beroepen op de hosting-exceptie van artikel 6:196c lid 4 BW indien zij prijzen van een derde op haar website publiceert die misleidend of anderszins onrechtmatig zijn.

Toerekening aan SRC – onafhankelijkheid RCC en CvB

Skyscanner ageert in deze zaak niet tegen de publicatie van de beslissing van het CvB door de SRC, maar tegen de inhoud van de beslissing van het CvB.⁵ Skyscanner vordert immers dat de rechtbank verklaart voor recht dat de beslissing van het CvB onrechtmatig is. Aangezien het CvB een orgaan vormt van de SRC (en zelf geen rechtspersoon is), zal een eventuele onrechtmatige beslissing krachtens de wet zijn toe te rekenen aan de SRC. De rechtbank gaat daar kennelijk ook van uit. Uit het vonnis blijkt niet dat op dit punt een processueel debat heeft plaatsgevonden. Een nadelig gevolg van deze toerekening lijkt mij dat daardoor de onafhankelijkheid van RCC en CvB in gevaar zou kunnen komen. Immers: als de SRC verantwoordelijk wordt gehouden voor beslissingen van RCC en CvB, dan zou zij in de verleiding kunnen komen om die beslissingen inhoudelijk bij te sturen teneinde aansprakelijkheid te vermijden. Voor de goede orde: de SRC benadrukt zelf dat zij geen invloed heeft op de inhoudelijke beoordeling van klachten of op de uiteindelijke beslissing – en zo moet het natuurlijk ook zijn in een goed functionerend systeem van zelfregulering.⁶ Het ontbreekt echter aan een formele waarborg die de inhoudelijke onafhankelijkheid van RCC en CvB verzekert.⁷ In dat opzicht verschilt de zelfregulering door de SRC van rechtspraak; in geval van onrechtmatige rechtspraak kan de Staat aansprakelijk worden gesteld, maar de onafhankelijkheid van de rechter is stevig verankerd in de scheiding der machten. Misschien zou de SRC moeten overwegen om de inhoudelijke onafhankelijkheid van RCC en CvB formeel vast te leggen.

Toetsingskader

Skyscanner onderbouwt haar standpunt dat de beslissing van het CvB onrechtmatig is met de stelling dat de beslissing onjuist is. De SRC betwist dat de beslissing onjuist is, maar voert als meer verstrekkend verweer aan dat de beslissing, ongeacht de juistheid daarvan, niet onrechtmatig is omdat deze niet meer is dan de weergave van een oordeel over de verenigbaarheid van de reclame-uiting met de in de NRC vervatte normen.

De rechtbank ziet zich geplaagd voor de vraag hoe de rechtmatigheid van een beslissing van RCC en CvB dient te wor-

den getoetst, en kiest voor een sterk op de rechtspraak over onrechtmatige perspublicaties geïnspireerd toetsingskader (zie r.o. 4.3 en 4.4).⁸ Dit toetsingskader komt mij wat *out of place* voor, nu immers de (on)rechtmatigheid van de beslissing zelf, en niet de publicatie daarvan, het onderwerp van geschil is.⁹ Wat daar van zij, het door de rechtbank gehanteerde toetsingskader sluit aan bij de (schaarse) rechtspraak over (publicatie van) uitspraken van de RCC.¹⁰ De rechtbank werkt het toetsingskader verder en concreter uit dan tot dusver bekend, via de volgende in aanmerking te nemen omstandigheden:

I. Gezag van RCC en CvB en de daaruit voortvloeiende zorgvuldigheidsplicht

De rechtbank constateert terecht dat RCC en CvB gezaghebbend zijn,¹¹ en dat dit gezag voor die instanties een zorgvuldigheidsplicht impliceert. Die zorgvuldigheidsplicht houdt volgens de rechtbank het volgende in:

- a. RCC en CvB moeten volgens hun interne (procedure)regels handelen, waarin de mogelijkheid tot het voeren van verweer in voldoende mate dient te zijn gewaarborgd (lees: RCC en CvB moeten het principe van hoor- en wederhoor toepassen);
- b. RCC en CvB moeten in hun beslissingen gebruikmaken van zakelijke bewoordingen die niet onnodig afbreuk doen aan de reputatie van de adverteerder

8 R.o. 4.4: "(...) SRC heeft een belang om (in het openbaar) een (negatieve) beoordeling te geven over de verenigbaarheid van reclame-uitingen met de in de NRC vervatte normen. Het belang van Skyscanner is erin gelegen dat Skyscanner niet lichtvaardig wordt blootgesteld aan negatieve publiciteit die haar goede naam aantast. Welk van deze belangen, die in beginsel gelijkwaardig zijn, de doorslag behoort te geven, hangt af van alle omstandigheden van het geval. (...)"

9 De rechtbank lijkt zelfs uitsluitend de rechtmatigheid van de uitleg van de toepasselijke regels door het CvB te toetsen. Zie r.o. 4.11. De beslissing van het CvB heeft namelijk nog geen directe gevolgen voor Skyscanner, want de SRC heeft Skyscanner in afwachting van de uitkomst van de bodemprocedure nog niet non-compliant verklaard. De rechtbank toetst dus de rechtmatigheid van de beoordeling die tot de beslissing leidt, niet de beslissing zelf.

10 Hof Amsterdam 26 januari 1989, IER 1989/22, p. 43 (OZO/Reclame Code Commissie), Pres. Rechtbank Amsterdam 12 oktober 1994, IER 1994/31, p. 190 (L'Oréal/Stichting Reclame Code), Vzr. Rechtbank Amsterdam 13 juni 2012, NJF 2012/394 (Chiropractor), Hof Amsterdam 22 april 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:1459 (Chiropractor), HR 11 september 2015, ECLI:NL:HR:2015:2535 (met mooie, informatieve conclusie A-G Wissink, 81 RO, Chiropractor).

11 Vgl. Pres. Rechtbank Haarlem 2 april 1986, IER 1986/22, p. 57: "De rechter is aan die uitspraak niet gebonden, maar 'het ligt wel in de rede dat de rechter bij de in deze door hem te hanteren, geldende wettelijke normen als vervat in de art. 1416a e.v. BW in zijn zelfstandig oordeel verdisconteert oordelen van de Reclame Codecommissie, respectievelijk van het College van Beroep voor zover deze oordelen – die als van algemene bekendheid feitelijk gezag en gedragsbepalend effect hebben in reclame- en mediakringen – een uitdrukking vormen van wat in het sociaal-economisch verkeer leeft omtrent hetgeen uit een oogpunt van mededinging via reclame zorgvuldig of onzorgvuldig wordt geacht" en Hof Den Haag 23 december 2014, IER 2015/19 (Hotel Booker), r.o. 4.8.: "Ten overvloede merkt het hof op dat hoewel de uitspraken van de RCC partijen niet binden, deze uitspraken doorgaans een belangrijke indicatie vormen over hoe het bepaalde in Afdeling 3A van titel 3 van Boek 6 BW dient te worden opgevat, mede gezien de bijzondere deskundigheid van de RCC op dit terrein. Daarbij tekent het hof aan dat in de preamble van de Richtlijn (onder 20) de wens wordt uitgesproken dat handelaren – mede – aan de hand van gedragscodes houvast kan worden geboden. Zo kan een effectieve uitvoering van de Richtlijn in bepaalde economische sectoren worden bevorderd."

5 Publicatie van de beslissing is in casu niet aan de orde. De SRC heeft de beslissing van het CvB (nog) niet gepubliceerd, kennelijk in afwachting van de definitieve uitkomst van deze bodemprocedure. De hogerberoepstermijn loopt nog.

6 De SRC meldt hierover op haar website o.m.: "De leden van de Commissie en het College beoordelen klachten zonder last of ruggespraak, dat wil zeggen geheel onafhankelijk en zonder (voor)overleg met mensen buiten de Commissie of het College."

7 In art. 3 lid 1 van het Reglement betreffende de Reclame Code Commissie en het College van Beroep (te vinden op www.reclamecode.nl) is wél geregeld dat de leden van RCC en CvB onafhankelijk handelen van hun achterban, maar dat laat de mogelijkheid van inmenging door de SRC onverlet.

(lees: RCC en CvB mogen geen onnodig grievende bewoordingen gebruiken);

- c. RCC en CvB mogen niet komen tot een oordeel dat in redelijkheid niet als juist kan worden aanvaard (lees: RCC en CvB moeten op een zorgvuldige manier tot hun inhoudelijke oordeel komen).

II. Juistheid van de beslissing in rechte

Onjuist is niet per se onrechtmatig, aldus de rechtbank. Het enkele feit dat een beslissing van RCC of CvB door een rechter onjuist wordt geacht zal niet voldoende zijn om te kunnen leiden tot het oordeel dat de SRC onrechtmatig heeft gehandeld, tenzij de inhoudelijke-zorgvuldigheidsplicht is geschonden. Bijkomende omstandigheden zijn vereist. Als de beoordeling, gelet op hetgeen op het moment van het doen van de uitspraak bij het CvB bekend was of had moeten zijn, voorzienbaar in rechte als onjuist zou moeten worden bestempeld, kan die beoordeling onrechtmatig zijn. Daarvan kan volgens de rechtbank onder meer sprake zijn als het CvB relevante rechtspraak *negeert*.

Het door de rechtbank geformuleerde toetsingskader lijkt mij behoorlijk streng, maar niet te streng. Juridisch-dogmatisch vormt een beslissing van RCC of CvB geen rechtspraak of andere vorm van bindende vaststelling van rechten en plichten. Het is slechts een *mening* over de verenigbaarheid van een reclame-uiting met de normen uit de Nederlandse Reclame Code.¹² Maar in de praktijk staat een beslissing van RCC of CvB gelijk aan een *oordeel* van een orgaan met groot gezag, welk oordeel bij uitstek als feit wordt gepresenteerd. Dat bijzondere karakter schept een zware zorgvuldigheidsplicht en rechtvaardigt m.i. een strengere toetsing dan in geval van een "normale" perspublicatie. *With great power comes great responsibility*.

Deze zaak vormt voor RCC en CvB een stevige aansporing om de Nederlandse en Europese rechtspraak goed op het netvlies te houden. Ik lees in het vonnis echter geen verplichting om staande rechtspraak in alle gevallen te volgen. Dat lijkt mij ook niet wenselijk; een soort precedenten-rechtspraakstelsel gekoppeld aan een risicoaansprakelijkheid voor de SRC zou de onafhankelijkheid van RCC en CvB aantasten en kan verlamdend werken voor het systeem van zelfregulering. Als ik het goed zie, laat het vonnis ruimte voor gemotiveerd afwijken van relevante rechtspraak. In dat geval is immers geen sprake van *negeren*. En ook: de beoordeling door het CvB kan volgens de rechtbank onrechtmatig zijn als die beoordeling voorzienbaar rechtens onjuist is. Ik denk wel dat RCC en CvB met een razend goed verhaal zouden moeten komen om afwijking te rechtvaardigen.

Inhoudelijk: handelspraktijk en hostingexcepie

De rechtbank past het door hem geformuleerde toetsingskader toe, en gaat in dat kader na of de beslissing voorzien-

baar rechtens onjuist was.¹³ En dus passeren de argumenten van Skyscanner de revue.

Skyscanner heeft in de procedure bij het CvB principieel gesteld dat haar activiteiten geen handelspraktijk vormen. Omdat de Leidraad OHP een aanwijzing bevat voor de juistheid van het standpunt van het CvB en omdat de activiteiten van Skyscanner een wezenlijke verstoring van het economisch gedrag vormen (i.t.t. de situatie in het door Skyscanner aangehaalde arrest HvJ EU Stuttgarter Wochenblatt¹⁴) oordeelt de rechtbank dat de beslissing van het CvB op dit punt niet voorzienbaar rechtens onjuist was.

Skyscanner heeft zich daarnaast beroepen op (analoge) toepassing van de hostingexcepie van artikel 6:196c lid 4 BW. De rechtbank oordeelt daarover dat het CvB heeft kunnen overwegen dat Skyscanner geen beroep op de hostingexcepie toekomt, al omdat het initiatief voor het verkrijgen van de informatie bij Skyscanner ligt (en niet bij de aanbieders) zodat geen sprake zou zijn van "op verzoek opslaan". Dat lijkt mij wat kort door de bocht, mede gezien het feit dat Skyscanner zich ook op *analoge* toepassing van de hostingexcepie heeft beroepen. De rechtbank toetst op dit punt bovendien niet de beoordeling/argumentatie van het CvB, maar hanteert zijn eigen beredenering. In feite vult de rechtbank hier rechtsgronden aan, hetgeen in dit verband wat vreemd aandoet. Met de afwijzing van het beroep op de hostingexcepie op zich heb ik minder moeite, nu het in de procedure bij het CvB niet draaide om de droge mededeling dat een ticket naar Miami bij Go Voyages € 587 kost. In dat geval zou er iets voor te zeggen zijn dat Skyscanner slechts informatie van Go Voyages doorgaf. Maar Skyscanner bemoeit zich actief met de informatie (check door team) en rangschikt de van aanbieders ontvangen prijsinformatie op prijs, wat in casu resulteert in een mededeling van Skyscanner met de strekking dat Go Voyages het goedkoopste ticket naar Miami aanbiedt. Die mededeling van Skyscanner klopte niet, en was misleidend. Als Skyscanner zich wel op de hostingexcepie had kunnen beroepen, is het de vraag of Skyscanner daar iets mee zou zijn opgeschoten. Een geslaagd beroep op de hostingexcepie zou civielrechtelijke aansprakelijkheid voor schade als gevolg van de informatie uitsluiten, maar staat m.i. niet in de weg aan feitelijke toerekening van de (reclame)mededeling aan Skyscanner en een verbod.¹⁵

Tot slot: zorgplicht prijsvergelijkingswebsite

Prijsvergelijkingswebsites vervullen een belangrijke rol in het keuzeproces van de consument, en hebben een sterke invloed op het economisch gedrag van de consument. Daarbij hoort een relatief zware zorgplicht om de juistheid van de vermelde informatie zoveel mogelijk zeker te stellen en om zo transparant mogelijk te opereren: *With great power,*

12 Vgl. V.zr. Rechtbank Amsterdam 13 juni 2012, *NJF* 2012/394, r.o. 4.6, Hof Amsterdam 22 april 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:1459 (*Chiropractor*).

13 Het is niet in geschil dat Skyscanner voldoende gelegenheid heeft gehad om verweer te voeren, en dat de beslissing in zakelijke bewoordingen is geformuleerd.

14 HvJ EU 17 oktober 2013, C-391/12, IEPT20131017 (*RLvS/Stuttgarter Wochenblatt*).

15 Artikel 6:196c lid 5 BW, zie ook Hof Leeuwarden 22 mei 2012, IEPT20120522, r.o. 7.9 e.v. (*Stokke/Marktplaats*).

comes great responsibility. In een overweging ten overvloede (onder 6.7) stelt het CvB echter dat het aan Skyscanner zou zijn om voldoende maatregelen te nemen om “af te dwingen” dat de aanbieders waarvan zij op haar website de prijzen publiceert deze prijzen aanleveren conform de toepasselijke regelgeving. Ik denk dat het CvB hier wat is doorgeschoten. Het is niet aan Skyscanner om absoluut zeker te stellen dat de door derden aangeleverde informatie voldoet aan de geldende regelgeving. Dat lijkt mij zelfs niet mogelijk. Het is wel aan Skyscanner om misleiding van de consument door haar eigen mededelingen te voorkomen. Als Skyscanner de juistheid van de door aanbieders aangeleverde prijsinformatie niet kan garanderen, dan zou zij de waarheidspretentie van de op Skyscanner vermelde prijsinformatie kunnen inperken door middel van een disclaimer. Die zou als strekking moeten hebben dat Skyscanner haar uiterste best doet om correcte prijzen te vermelden, maar afhankelijk is van de door de aanbieders aangeleverde (prijs)informatie zodat zij niet voor 100% in kan staan voor de juistheid van de vermelde prijzen. Zo kan de consument de vermelde informatie op zijn juiste waarde schatten: een zeer handige wegwijzer in de oceaan van aanbod – die niet per se in alle gevallen absoluut klopt.

D. Haije
