

---

**HOF VAN BEROEP BRUSSEL 10 JANUARI 2018**


---

**RECHTSVORDERING**

**Collectieve rechtsvordering – Ontvankelijkheid – Doelmatigheid – Factoren voor de beoordeling van de doelmatigheid – Optiesysteem – Opt-in gepast – Bekendmaking – *Proximus* -zaak**

*Het verbod aan de groepsvertegenwoordiger de rechtsvordering tot herstel van een collectieve schade niet meer te wijzigen of uit te breiden geldt enkel vanaf het ontvankelijkheidsvonnis en niet daarvoor.*

*De rechtsvordering tot collectief herstel is slechts ontvankelijk indien een beroep erop meer doelmatig lijkt dan een rechtsvordering van gemeen recht. De beoordeling van de schade in het kader van die ontvankelijkheidsvoorwaarde houdt een prima facie-onderzoek van de grond van de zaak in. Algemeen zal de rechtsvordering tot collectief herstel als meer doelmatig worden beoordeeld wanneer een groot aantal consumenten potentieel schade hebben geleden door een gemeenschappelijke oorzaak. Op het ogenblik van het instellen van de vordering tot collectief herstel moet er geen sprake te zijn van “geleden” schade.*

*Om te oordelen of de vordering tot collectief herstel meer doelmatig is dan een individuele vordering van gemeen recht, kan met een aantal elementen rekening worden gehouden: de potentiële omvang van de groep, het bestaan van individualiseerbare schade die voldoende in verband kan worden gebracht met het collectieve schadegeval, de complexiteit en de juridische efficiëntie van de rechtsvordering tot collectief herstel en de juridische zekerheid voor de groep consumenten. Het schadebedrag per consument kan geen decisief element zijn. De schaalgrootte van de collectieve rechtsvordering brengt mee dat de vorderingen voor een klein bedrag financieel haalbaar worden. Bovendien laat de collectieve rechtsvordering toe de feiten en de motieven in één procedure te beoordelen en derhalve tot een stabiele en geharmoniseerde gerechtelijke oplossing te komen.*

*Opdat het bewijs van schade en van het causaal verband voor alle groepsleden op individuele wijze zou kunnen geleverd en beoordeeld worden, moet de persoonlijke situatie en het gedrag van elke consument nagegaan worden, hetgeen vereist dat de leden van de groep geïdentificeerd zijn in de gegrondheidsfase van het geding. Het opt-in-systeem is meer geschikt als het nodig blijkt de leden van de groep snel, exact en met naam te identificeren. Wanneer het noodzakelijk is om in de gegrondheidsfase de persoonlijke situatie en/of het gedrag van elke consument te onderzoeken, dient het opt-in-systeem gekozen te worden.*

**ACTION EN JUSTICE**

**Action en réparation collective – Recevabilité – Efficience – Paramètres – Opt-in préféré à l’opt-out – Publication – Affaire *Proximus***

*L’interdiction faite au représentant de modifier ou d’étendre l’action en réparation d’un préjudice collectif ne vaut qu’à partir de la décision sur la recevabilité et pas avant celle-ci.*

*L’action en réparation collective n’est recevable que si le recours à cette action est plus efficace qu’une action de droit commun. L’appréciation du préjudice exige dans ce contexte une appréciation « prima facie ».*

*En règle, l’appréciation du caractère efficace de l’action pourra prendre en compte l’ampleur potentielle du groupe concerné, l’existence d’un préjudice individuel qui pourra être mis en corrélation avec le préjudice collectif, la complexité et l’efficacité juridique de l’action et la sécurité juridique qui en résulte pour le groupe de consommateurs.*

*Le montant du préjudice par consommateur n’est pas un facteur décisif. L’échelle de l’action permet d’assurer l’indemnisation de dommages individuels même faibles.*

*La preuve et l’ampleur du dommage subi par chaque membre du groupe, l’existence d’un lien causal et l’analyse du comportement du consommateur impliquent que, lors de la phase d’indemnisation, tous les consommateurs puissent être identifiés de façon précise. Ceci exige qu’un système d’opt-in soit choisi plutôt qu’un système d’opt out.*

*NV Proximus / VZW Test Aankoop*

*Zet.: M. Bosmans (raadsheer dd. voorzitter), K. Piteus (raadsheer) en O. Dugardyn (plv. raadsheer)*

*Pl.: Mrs. H. De Bauw, Snauwaert loco De Bauw en P. Soetweye loco R. Heylen*

*Zaak: 2017/AR/721*

(...)

4. Bij vonnis van 4 april 2017 oordeelde de eerste rechter als volgt:

“Verklaart de vordering van de VZW Consumentenorganisatie Verbruikersunie Test Aankoop om N op grond van schending van contractuele verplichtingen en van de bepalingen van Boek VI Wetboek economisch recht door Proximus N vergoeding te bekomen voor de schade geleden door de eigenaars van een V3 decoder die ingingen op het aanbod van 1 jaar gratis huur dat Proximus hen in de loop van de maand mei-juni 2016 deed naar aanleiding van het buiten dienst stellen van hun decoders vanaf 31 januari 2017, ontvankelijk.

Stelt vast dat de potentiële benadeelden alle eigenaars zijn van de 30.000 aangeschrevenen die intekenden op dit aanbod.

Bepaalt dat in uitvoering van artikel XVII.38, § 1, 1° van het Wetboek economisch recht, voor zij die gewoonlijk in België verblijven, het optiesysteem met exclusie (OPT-OUT) moet worden toegepast.

Bepaalt dat de schadelijders binnen een termijn van 6 weken na de hierna vermelde publicatie in het *Belgisch Staatsblad* hun keuzerecht in de zaak AR nr. 2016/4461/A (*Test Aankoop / Proximus*) moeten meedelen aan de griffie van deze rechtbank op het adres:

Burgerlijke Griffie van de Nederlandstalige rechtbank van eerste aanleg te Brussel: gebouw Montesquieu, Quatre Brasstraat 13, 1000 Brussel.

Bepaalt de termijn die aan partijen wordt toegekend om een akkoord te onderhandelen over het herstel van de collectieve schade op 3 maanden na het verstrijken van de termijn voor het uitoefenen van het keuzerecht.

Verzoekt de griffie om in toepassing van artikel XVII.43, § 3 van het Wetboek economisch recht, de huidige beslissing onmiddellijk na het verstrijken van de beroepstermijn (die begint te lopen na de betekening van de huidige beslissing):

– mee te delen aan de diensten van het *Belgisch Staatsblad* die de integrale bekendmaking binnen de 10 dagen verzekerden;

– een kopie ervan eveneens toe te zenden aan de FOD Economie, K.M.O., Middenstand en Energie die ze integraal bekendmaakt op zijn website.

Bepaalt dat Proximus onmiddellijk na het verstrijken van de beroepstermijn aan alle eigenaars van de V3 decoder, op het haar laatst gekende adres, een (gewone) brief moet toesturen

waarin het beschikkend gedeelte van dit vonnis wordt overgenomen.

Houdt de beslissing omtrent de kosten aan en verzendt de zaak voor het overige naar de rol.”

(...)

### III. Relevante feiten

8. De eerste rechter heeft de feiten op deugdelijke wijze samengevat. Het hof maakt zich deze samenvatting eigen:

“1. Proximus is een telecommunicatiebedrijf dat onder meer een digitale televisiedienst aanbiedt aan haar klanten.

2. Bij brief van 25 mei 2016 verwittigt Proximus de aankopers van een V3 decoder dat deze decoder vanaf 31 januari 2017 niet meer zal kunnen gebruikt worden omwille van technologische wijzigingen.”

Deze brief luidt:

“Al gehoord van de nieuwe tv-ervaring van Proximus? Wil je die ook ontdekken? Ruil dan je huidige decoder in tegen ons nieuwste model en betaal het eerste jaar niets hiervoor!

Vanaf 31 januari 2017 zal je trouwens niet langer Proximus TV kunnen kijken via je huidige decoder.

(...)

Gekochte decoder(s) met volgend(e) serienummer(s) op de sticker onderaan worden vervangen, het serienummer begint met SN of S/N

250941219-3

252060799-3

Wat moet ik doen om de omruiling naar dit nieuwe model aan te vragen en 1 jaar huur van de decoder volledig gratis cadeau te krijgen?

(...)

Hoeveel kost dit nieuwe decoder model?

Je kan deze decoder enkel huren. De huurprijs is momenteel euro 8/maand. Maar je geniet het eerste jaar helemaal gratis van je decoder als je binnen de maand na de datum vermeld boven in deze brief je nieuwe decoder aanvraagt!

Wanneer moet ik mijn nieuwe decoder aansluiten?

Zo snel mogelijk! Vanaf 31 januari 2017 zal je niet langer Proximus TV kunnen kijken via je oude decoder.

(...)

3. Op 8 juni 2016 ontvangt de klant een nieuwe brief:

“Een tiental dagen geleden hebben wij je per brief laten weten dat je huidige decoder in de toekomst verouderd zal zijn. Je zult met je huidige decoder vanaf 31 januari 2017 geen tv meer kunnen kijken. Wij nodigen je daarom uit om hem om te ruilen tegen ons nieuwste model, waarbij we je het eerste jaar huur volledig gratis cadeau doen (voordeel euro 8/maand/decoder)!

Aarzel niet en reserveer binnen de 15 dagen na ontvangst van deze brief je nieuwe decoder want dit aanbod is éénmalig en beperkt in de tijd(1)

Wat moet je doen om de omruiling naar dit nieuwe model aan te vragen en 1 jaar van de huur van de decoder volledig gratis cadeau te krijgen.

Gekochte decoder(s) met volgend(e) serienummer(s) op de sticker onderaan worden vervangen, het serienummer begint met SN of S/N

250941219-3

252060799-3

(...)

Wat kost dit nieuwe decodermodel na 1 jaar gratis huur?

De huurprijs van een nieuwe decoder is momenteel euro 8/maand.

(1) Dit aanbod is enkel geldig binnen de 30 dagen na versturen van de eerste uitnodigingsbrief en als je je decoder bestelt via de bovenstaande procedure.”

4. Op 28 september 2016 volgt dan een brief die luidt:

“Enige tijd geleden hebben wij je laten weten dat je huidige decoder in de toekomst verouderd zal zijn. Je zult met je huidige decoder vanaf 31 januari 2017 geen tv meer kunnen kijken.

Wij nodigen je daarom uit om hem te vervangen door ons nieuwste model.

De decoder kan enkel gehuurd worden maar als je hem vóór 15 november 2016 aanvraagt, dan krijg je de huur tot eind juli 2017 gratis!(1)

(...)

Wat moet je doen om de omruiling naar dit nieuwe model aan te vragen en 1 jaar van de huur van de decoder volledig gratis cadeau te krijgen?

Gekochte decoder(s) met volgend(e) serienummer(s) op de sticker onderaan worden vervangen, het serienummer begint met SN of S/N

(...)

Hoeveel kost dit nieuwe decodermodel?

De huurprijs van een nieuwe decoder is momenteel euro 8/maand.

We geven je de huur van je nieuwe decoder cadeau tot eind juli 2017 als je intekent vóór 15 november!

(...)

(1) Dit uitzonderlijke en tijdelijke aanbod is enkel geldig tot de datum vermeld in deze brief en op voorwaarde dat je je decoder bestelt via de bovenstaande procedure.”

5. Test Aankoop meent dat de klanten van de V3 decoder met de eerste twee brieven onder druk werden gezet om hun oude decoder veel eerder aan de kant te schuiven dan 31 januari 2017. Wie onmiddellijk inging op het aanbod om 1 jaar gratis te huren, liet immers wel 7 maanden van het kosteloos gebruiksgenot van zijn eigen decoder vallen, waardoor hij in werkelijkheid slechts 5 maanden gratis huurde. De klant betaalde dus volgens Test Aankoop 56 EUR per decoder meer dan nodig. Volgens Test Aankoop was het immers helemaal niet de bedoeling van Proximus om het jaar gratis huur te laten ingaan op 1 februari 2017. Dit zou ook blijken uit de derde brief van september 2016 waarin de einddatum van de gratis huur wordt bepaald op juli 2017; de startdatum voor het jaar gratis huur is dus juli 2016.

6. Proximus van zijn kant wijst er op dat zij N conform artikel 8.3 van de algemene voorwaarden van de dienst Proximus TV N van bij aanvang klanten informeert dat er in de loop van het contract mogelijk nieuwe modellen of ander materiaal op de markt worden gebracht.

Omdat vanaf 1 februari 2017 de V3 decoders (die destijds konden worden gekocht of gehuurd) niet meer volstonden om kwaliteitsvolle tv-dienst te leveren, zou Proximus haar klanten tijdig en herhaaldelijk hebben verwittigd en geïnformeerd over het nieuwe type decoder (die zij enkel zou gaan verhuren).

Tijdens deze informatiecampagne in meerdere fasen zou Proximus tegelijkertijd een commercieel voordeel hebben gedaan. Dit aanbod nam de vorm aan van een aantal maanden gratis huur voor de klant die besliste om de nieuwe decoder eerder dan 31 januari 2017 in gebruik te nemen. Het laatste aanbod (in de brief van september 2016) zou daarbij een nieuw aanbod zijn geweest omdat hier maar 8 maanden gratis huur werden geboden in plaats van een jaar. Bij dit alles merkt Proximus nog op dat de eigenaars van V3 decoders die inmiddels geen klant meer waren of die hun decoder reeds vervingen niet meer werden aangeschreven.

7. Test Aankoop maakte reeds bij brief van 7 juni 2016 bezwaar tegen de werkwijze van Proximus. Deze bezwaren werden door Proximus beantwoord bij brief van 14 juni 2016.

8. In de daaropvolgende brief van 20 juni 2016 vroeg Proximus dat de klanten die een V3 decoder hadden aangekocht in de periode tussen 2008 en 2013, 12 maanden lang geen huur zou worden aangerekend, te beginnen op 1 februari 2017.

9. De latere briefwisseling en gesprekken leidden niet tot een akkoord en op 14 september 2016 stuurde Test Aankoop een ingebrekestelling aan Proximus met verzoek om voor alle betrokken consumenten het aanbod van 12 maanden gratis huur te laten ingaan op 1 februari 2017.

10. Bij gebrek aan een vergelijk tussen partijen leidde Test Aankoop uiteindelijk op 30 november 2016 de huidige procedure tot collectief herstel in.”

(...)

## V. Bespreking

### V.1. Hoofdberoep van Proximus

*V.1.1. Eerste middel (in hoofdorde): de vordering is onontvankelijk, aangezien niet is voldaan aan de voorwaarde van artikel XVII.36, 3° WER*

V.1.1.1. EERSTE ONDERDEEL: AFWEZIGHEID VAN EEN GROEP EN “COLLECTIEVE” SCHADE

(...)

### Beoordeling

14. Uit de vermelding in het gedinginleidende verzoekschrift van twee individuele serienummers waarvan de decoders toebehoren aan een en dezelfde klant, leidt Proximus ten onrechte af dat de groep niet uit ca. 30.000 consumenten bestaat, doch slechts uit één persoon en dat de collectieve schade dan ook slechts bestaat uit de schade die één enkele persoon zou geleden hebben.

De inhoud van het verzoekschrift is immers duidelijk: de vordering heeft betrekking op ca. 30.000 consumenten die eigenaar zijn van een V3 decoder, aan wie bij brieven van 25 mei 2016 en 28 september 2016 door Proximus één jaar gratis huur van een nieuwe decoder werd aangeboden op voorwaarde dat zij binnen de maand respectievelijk binnen 15 dagen hun oude decoder (die vanaf 31 januari 2017 niet meer zal kunnen worden gebruikt omwille van technologische wijzigingen) in te ruilen voor een nieuwe.

15. Test Aankoop heeft de vergissing rechtgezet in haar conclusie van 15 februari 2017.

Proximus is terecht van oordeel dat de vergissing niet louter een materiële vergissing betrof. Test Aankoop stelt zelf dat zij het nummer heeft toegevoegd, waarvan zij uitging dat het een typenummer was dat gemeen was voor alle decoders die toebehoorden aan gedupeerde eigenaars. De vergissing betreft dus een intellectuele vergissing.

16. Artikel XVII.64 WER bepaalt het volgende:

“In afwijking van artikel 807 van het Gerechtelijk Wetboek mag de groepsvertegenwoordiger de rechtsvordering tot herstel van een collectieve schade niet meer wijzigen of uitbreiden.”

Volgens de *memorie van toelichting* vindt dit verbod zijn verantwoording in het optiesysteem: de benadeelde personen moeten op het ogenblik waarop ze beslissen al dan niet een optie uit te oefenen, weten wat het precieze voorwerp van de rechtsvordering is. Eenmaal hij tot de groep behoort, verliest de consument immers zijn mogelijkheden om individueel voor het gerecht te ageren voor dezelfde schade (*MvT, Parl.St.Kamer 2013-14, nr. 53-K3300/001 en nr. 53-K3301/001, p. 43*).

Ook in het verslag namens de Kamercommissie wordt verduidelijkt dat het verbod tot uitbreiding of wijziging van de vordering is ingegeven door het feit dat de consumenten zullen beslissen of ze al dan niet in een collectieve vordering meestappen, op basis van de gegevens die de ontvankelijkheidsbeslissing bevat (art. XVII.43, § 2 WER). De termijn waarbinnen de consumenten hun optierecht kunnen uitoefenen, loopt vanaf de bekendmaking van die beslissing. Het komt erop aan dat het verzoek van de vertegenwoordiger achteraf niet wordt gewijzigd, want dat zou betekenen dat de consumenten niet correct waren geïnformeerd op het ogenblik dat ze van hun optierecht gebruik maakten (*Verslag, Parl.St.Kamer 2013-14, nr. 53-K3300/004, 73*).

Uit de parlementaire voorbereiding blijkt derhalve duidelijk dat het verbod tot uitbreiding of wijziging van de vordering enkel geldt vanaf het ontvankelijkheidsvonnis en niet daarvoor (zie ook: E. DE BAERE, *De Belgische class action*, Mechelen, Kluwer, 2017, 160, nr. 186).

Voor zover de rechtzetting van de vergissing als een uitbreiding van de vordering kan worden beschouwd, is deze niet verboden, aangezien het verbod zoals omschreven in artikel XVII.64 WER enkel geldt vanaf het ontvankelijkheidsvonnis.

17. Het hof besluit dan ook dat er sprake is van een groep en van collectieve schade die het geheel vormt van alle individuele schade die een gemeenschappelijke oorzaak heeft.

Het eerste onderdeel van het eerste middel is bijgevolg ongegrond.

V.1.1.2. TWEDE ONDERDEEL: AFWEZIGHEID VAN GELEDEN SCHADE

(...)

### Beoordeling

24. De beoordeling van de schade in het kader van de derde ontvankelijkheidsvoorwaarde houdt een *prima facie* -onderzoek van de grond van de zaak in. Het hof dient m.a.w. na te gaan of het bestaan van schade aannemelijk wordt gemaakt.

25. In tegenstelling tot hetgeen Proximus benadrukt, dient er op het ogenblik van het instellen van de vordering tot collectief herstel geen sprake te zijn van “geleden” schade.

In de *memorie van toelichting* wordt het meer doelmatig karakter van de collectieve rechtsvordering onder meer als volgt omschreven:

“Algemeen zal de rechtsvordering tot collectief herstel als meer doelmatig worden beoordeeld wanneer een groot aantal consumenten potentieel schade hebben geleden door een gemeenschappelijke oorzaak.” (*MvT, Parl.St.Kamer 2013-14, nr. 53-K3300/001 en nr. 53-K3301/001, p. 21*).

Deze omschrijving sluit aan bij het beginsel dat de rechtsvordering tot collectief herstel niets wijzigt aan het recht inzake burgerlijke aansprakelijkheid (S. RUTTEN, “Beslissing ten gronde” in J. ROZIE, S. RUTTEN en A. VAN OEVELEN (eds.), *Class actions*, Antwerpen, Intersentia, 2015, (105) 115, nr. 14). Het gemeen aansprakelijkheidsrecht vereist zekere of vaststaande schade. Dit betekent evenwel niet dat de schade zich actueel moet hebben voorgedaan. Toekomstige schade kan ook zekere schade zijn, wanneer het bestaan ervan op voldoende wijze vaststaat, m.a.w. wanneer actueel vaststaat dat de schade zich zal voordoen (zie: T. VANSWEEVELT en B. WEYTS, *Handboek Buitencontractueel Aansprakelijkheidsrecht*, Antwerpen-Oxford, Intersentia, 2009, 638, nr. 1017).

26. De collectieve schade wordt door Test Aankoop en Proximus verschillend omschreven.

De schade die de consumenten lijden, moet veroorzaakt zijn door een mogelijke inbreuk door de onderneming op een van haar contractuele verplichtingen, op een van de Europese verordeningen of de wetten bedoeld in artikel XVII.37 WER of op een van hun uitvoeringsbesluiten.

Het begrip “mogelijk” impliceert een *prima facie* -onderzoek van de grond van de zaak. “Mogelijk” betekent niet dat er zekerheid moet zijn, maar dat er in redelijkheid voldoende elementen zijn die (kunnen) wijzen op een inbreuk (S. VOET en B. ALLEMEERSCH, “De rechtsvordering tot collectief herstel: een Belgische class action voor consumenten”, *RW* 2014-15, (643) 646, nr. 8, vn. 38; F. DANIS, E. FALLA en F. LEFEVRE, “Introduction aux principes de la loi relative à l’action en réparation collective et premiers commentaires critiques”, *TBH* 2014, (560) 565-566).

Test Aankoop stelt dat “de collectieve schade van de ca. 30.000 consumenten haar gemeenschappelijke oorzaak vindt in:

het misleidend karakter/agressief karakter van het aanbod van Proximus (via brieven d.d. 25 mei 2016 en 8 juni 2016) tot het verkrijgen van 1 jaar gratis huur; en

het niet honoreren van de eigen contractuele verplichtingen ingevolge inbreuken op Boek VI WER”.

Zij zet op gedetailleerde wijze uiteen welke bepalingen van het WER volgens haar zijn geschonden en stelt tevens dat Proximus een inbreuk heeft begaan op haar contractuele verplichtingen.

De misleiding houdt in dat aan de consumenten die tijdig op het aanbod zijn ingegaan en dus hun eigen (destijds aangekochte) decoder vroegtijdig (vóór 31 januari 2017) hebben vervangen door een nieuwe gehuurde decoder, geen volledig jaar gratis huur hebben genoten, om reden dat het aangeboden jaar is ingegaan vanaf het ogenblik van de vervanging en niet vanaf 1 februari 2017 (datum waarop de oude decoders zouden buiten werking worden gesteld). Anders gesteld, voormelde consumenten dienden vóór 1 februari 2017 nog niet te huren, aangezien hun oude decoder nog werkte. De maanden die zij vóór 1 februari 2017 gratis hebben gekregen, moeten dan ook in mindering worden gebracht van het aangeboden jaar gratis huur. Het effectieve voordeel dat de consumenten hebben genoten, bestaat uit het aantal maanden gratis huur vanaf 1 februari 2017. Dit aantal maanden is minder dan het aangeboden jaar gratis huur. Door de misleiding hebben de consumenten derhalve schade geleden, bestaande uit het aantal maanden huur vanaf de vervanging van hun oude decoder tot 1 februari 2017.

Proximus is bijgevolg verkeerd wanneer zij stelt dat de situatie van de klanten die gingen op het aanbod moet worden vergeleken met de situatie waarin zij zich zouden hebben bevonden indien zij niet waren ingegaan op dat aanbod (of met de situatie dat er geen aanbod was geweest). De oorzaak van de schade is immers niet het aanbod (of het ingaan op het aanbod), maar wel de misleidende inhoud van het aanbod. De klanten die op het aanbod zijn ingegaan, dachten dat zij een jaar gratis huur zouden krijgen, terwijl het in werkelijkheid slechts een aantal maanden was.

Uit het voorgaande volgt duidelijk dat enkel klanten die zijn ingegaan op het aanbod, werden misleid en schade hebben geleden. Dit oordeel wordt hierna uitvoeriger gemotiveerd (zie *infra* randnr. 61-65, incidenteel beroep van Test Aankoop).

27. Het hof besluit dat er sprake is van geleden schade.

Het tweede onderdeel van het eerste middel is bijgevolg ongegrond.

V.1.1.3. DERDE ONDERDEEL: DE RECHTSVORDERING LIJKT OOK OM ANDERE REDENEN NIET MEER DOELMATIG DAN EEN VORDERING VAN GEMEEN RECHT

(...)

### Beoordeling

34. De vordering van Test Aankoop die ertoe strekt de consument vrij te stellen van de betalingsverplichting, indien hij nog geen betaling heeft gedaan, betreft geen opschorting van een legitieme contractuele verplichting.

Zelfs indien de consument de huur nog niet heeft betaald, is het niet uitgesloten dat hij misleid is geweest door het aanbod en zijn oude decoder heeft vervangen door een nieuwe decoder, zodat de door hem geleden schade veroorzaakt door de misleiding, moet worden hersteld. Deze consument vrij-

stellen van de betalingsverplichting, is een vorm van herstel van de geleden schade.

35. Om te oordelen of de vordering tot collectief herstel meer doelmatig is dan een individuele vordering van gemeen recht, reikt de *memorie van toelichting* een aantal elementen aan waarmee rekening kan worden gehouden: de potentiële omvang van de groep, het bestaan van individualiseerbare schade die voldoende in verband kan worden gebracht met het collectieve schadegeval, de complexiteit en de juridische efficiëntie van de rechtsvordering tot collectief herstel en de juridische zekerheid voor de groep consumenten (*MvT, Parl.St.Kamer 2013-14*, nr. 53-K3300/001 en nr. 53-K3301/001, p. 8 en 21; zie ook: S. VOET en B. ALLEMEERSCH, “De rechtsvordering tot collectief herstel: een Belgische class action voor consumenten”, *RW 2014-15*, (643) 649, nr. 14). Ook een efficiënte consumentenbescherming en de vlotte werking van het gerecht mogen in aanmerking worden genomen (*MvT, Parl.St.Kamer 2013-14*, nr. 53-K3300/001 en nr. 53-K3301/001, p. 8).

Het schadebedrag per consument kan geen decisief element zijn (*MvT, Parl.St.Kamer 2013-14*, nr. 53-K3300/001 en nr. 53-K3301/001, p. 21). De individuele schade kan en mag dus verschillend zijn.

Ten eerste is er *in casu* een groot aantal consumenten die potentieel schade hebben geleden. De brieven met het aanbod werden naar ca. 30.000 klanten van Proximus verstuurd. Zoals hiervoor reeds geoordeeld (zie *supra*, randnr. 26) en zoals hierna uitgebreider zal worden gemotiveerd (zie *infra*, randnrs. 61-65), hebben enkel de consumenten die op het aanbod zijn ingegaan potentieel schade geleden. Er is derhalve een groot aantal potentiële schadelijders.

Ten tweede heeft de schade een gemeenschappelijke oorzaak, met name het misleidende aanbod dat door Proximus werd geformuleerd in de brieven van 25 mei 2016 en 8 juni 2016.

Ten derde betreft de schade die elke consument heeft geleden, een klein bedrag, dat volgens Test Aankoop als volgt wordt berekend: aantal maanden van vervanging van decoder tot 1 februari 2017 x 8 EUR per maand x aantal decoders per consument, vermeerderd met de forfaitaire schadevergoeding voorzien in de algemene voorwaarden van Proximus.

Op grond van deze elementen besluit het hof dat een rechtsvordering tot collectief herstel meer doelmatig is dan een individuele vordering naar gemeen recht.

De schaalgrootte van de collectieve rechtsvordering brengt mee dat de vorderingen voor een klein bedrag financieel haalbaar worden. Bovendien is de collectieve rechtsvordering meer doeltreffend, omdat deze de rechtbank en thans het hof in staat stelt de feiten en de motieven in één procedure te beoordelen en derhalve tot een stabiele en geharmoniseerde gerechtelijke oplossing te komen.

Het feit dat de schade en het causaal verband Proximus merkt terecht op dat het goed mogelijk is dat consumenten ingingen op het aanbod, omdat zij zo snel mogelijk wilden genieten van de verbeterde gebruikservaring en de extra functionaliteiten van de nieuwe decoder en zij de promotie van een aantal maanden gratis huur een interessant aanbod vonden, maar niet omdat zij misleid werden. Deze consumenten zijn geenszins gegriefd door de handelwijze van Proximus.

per consument verschillend kunnen zijn, neemt niet weg dat het meer doelmatig is om de gelinkte feitelijke en juridische kwesties in eenzelfde procedure te behandelen.

36. Gelet op het voorgaande is het derde onderdeel van het eerste middel ongegrond.

#### V.1.1.4. SAMENVATTING VAN HET EERSTE MIDDEL

37. Het hof oordeelt dat voldaan is aan de voorwaarde van artikel XVII.36, 3° WER.

De overige voorwaarden van artikel XVII.36 WER worden niet betwist.

De rechtsvordering tot collectief herstel is bijgevolg ontvankelijk.

#### V.1.2. Tweede middel (in ondergeschikte orde): de maatregelen inzake de verderzetting van de procedure

##### V.1.2.1. EERSTE ONDERDEEL: EEN OPT-IN-SYSTEEM IS MEER GEPAST

(...)

#### Beoordeling

46. De rechter moet een keuze maken tussen het opt-in- en het opt-out-systeem. Het opt-out-systeem of optiesysteem met exclusie wordt in artikel I.21, 4° WER als volgt gedefinieerd: “het systeem waarin deel uitmaken van de groep, alle consumenten benadeeld door de collectieve schade, behoudens zij die hun wil hebben geuit er geen deel van uit te maken”.

Het opt-in-systeem of optiesysteem met inclusie wordt in artikel I.21, 5° WER als volgt gedefinieerd: “het systeem waarin enkel deel uitmaken van de groep, de consumenten benadeeld door de collectieve schade die de wil hebben geuit deel uit te maken van de groep”.

Op grond van wat naar zijn mening “het meest geschikt is met het oog op de samenstelling van de groep benadeelde consumenten” (*MvT, Parl.St.Kamer 2013-14*, nr. 53-K3300/001 en nr. 53-K3301/001, p. 4). De rechter dient bij het maken van een keuze zich onder andere te baseren op de feiten en beweegredenen die zijn aangevoerd door de partijen, alsook op zijn marktkennis. De aard van de schade die door de groepsleden wordt geleden, zal daarbij een doorslaggevend element zijn (*MvT, Parl.St.Kamer 2013-14*, nr. 53-

K3300/001 en nr. 53-K3301/001, p. 29; zie ook: C. DEMOULIN en J. KLEIN, “Class actions à la belge, opt-outs en collectieve acties” in J. ROZIE, S. RUTTEN en A. VAN OEVELEN (eds.), *Class actions*, Antwerpen, Intersentia, 2015, (47) 52, nr. 26).

In de *memorie van toelichting* wordt verder verduidelijkt dat de rechter zal opteren voor het optiesysteem met inclusie (opt-in), als het bijna onmogelijk is, zelfs maar bij benadering het aantal leden in te schatten, waaruit de groep zal bestaan (het kan dan ook wenselijk zijn dat de benadeelde personen zich kenbaar maken), of nog, indien de aard van de schade een actieve tussenkomst vereist van de benadeelde personen voor de vaststelling en de raming ervan (*MvT, Parl.St.* Kamer 2013-14, nr. 53-K3300/001 en nr. 53-K3301/001, p. 30).

*In casu* dient het bewijs van schade en van het causaal verband voor alle groepsleden op individuele wijze geleverd en beoordeeld te worden. De omvang van de schade hangt immers af van het ogenblik waarop de consument op het aanbod is ingegaan hetzij vóór einde juni 2016 (zie brieven van 25 mei 2016 en 8 juni 2016), hetzij vóór 15 november 2016 (brief van 28 september 2016) en van het aantal decoders dat hij heeft laten vervangen. De individuele consument moet tevens het bewijs leveren van het causaal verband tussen de misleiding door Proximus en de geleden schade. Het is immers niet ondenkbaar dat consumenten op het aanbod zijn ingegaan, niet omwille van het beweerd misleidend karakter ervan, maar gewoon omdat zij het aanbod van één jaar gratis huur interessant vonden en/of zo snel mogelijk wensten te genieten van de voordelen van de nieuwe decoder (minder energiegebruik, meer functionaliteiten zoals rechtstreekse toegang tot Netflix en een verbeterde gebruikservaring).

Opdat het bewijs van schade en van het causaal verband voor alle groepsleden op individuele wijze zou kunnen geleverd en beoordeeld worden, moet de persoonlijke situatie en het gedrag van elke consument nagegaan worden, hetgeen vereist dat de leden van de groep geïdentificeerd zijn in de gegrondheidsfase van het geding. Het opt-in-systeem is meer geschikt als het nodig blijkt de leden van de groep snel, exact en met naam te identificeren. Wanneer het noodzakelijk is om in de gegrondheidsfase de persoonlijke situatie en/of het gedrag van elke consument te onderzoeken, dient het opt-in-systeem gekozen te worden.

De groep wordt immers gevormd door “het geheel van consumenten die individueel benadeeld zijn door een collectieve schade” (zie ook de definitie van “groep”, art. I.21, 2° WER). Het is dus niet de bedoeling dat wie niet “individueel benadeeld is” door het (beweerd) misleidend karakter van het aanbod van Proximus, deel uitmaakt van de groep.

47. Samen met de eerste rechter voegt Proximus nog een criterium toe voor de keuze van het optiesysteem. Zij stelt dat het belang van de individuele slachtoffers om deel uit te

maken van een groep, *in casu* afdoende beschermd is door de groep samen te stellen op basis van het opt-in-systeem, omdat de consument zich er van bewust is dat hij het slachtoffer is geworden van de schade en zich vrij gemakkelijk kan realiseren dat deze tot vergoeding aanleiding kan geven. Zij wijst er op dat de consument weet dat hij een brief heeft ontvangen in verband met de buitenwerkingstelling van de decoder en dat Test Aankoop de consumenten reeds uitvoerig over hun (beweerde) rechten heeft geïnformeerd via haar website en door middel van persberichten.

In de *memorie van toelichting* wordt geen melding gemaakt van het bewustzijn van de consument als criterium voor de keuze van het toepasselijke optiesysteem. De consument op de hoogte brengen en bewust maken van zijn rechten is precies de ratio van de publiciteitsmaatregelen voorzien in artikel XVII.43, § 2, 3° WER, evenals van de aanvullende maatregelen tot bekendmaking die de rechter kan opleggen in de ontvankelijkheidsbeslissing (zie: art. XVII.43, § 2, 9° WER) (zie *infra*, randnrs. 56-57).

48. Het argument van Test Aankoop dat er sprake is van strooischade, zodat een optiesysteem met exclusie het meest is aangewezen, kan niet worden bijgetreden. De vaststelling dat de schade per consument gering is, belet een individuele consument om een vordering naar gemeen recht in te stellen en maakt een vordering tot collectief herstel meer doelmatig dan een vordering naar gemeen recht, maar belet niet dat de consument op de hoogte is van de schade en van zijn rechten, zodat hij eenvoudig zijn wil kan uiten om deel uit te maken van de groep en derhalve afdoende beschermd is door een opt-in-systeem.

V.1.2.2. TWEDE ONDERDEEL: ER ZIJN GEEN AANVULLENDE PUBLICITEITSMATREGELEN NODIG

(...)

### Beoordeling

56. Het standpunt van Proximus dat de eerste rechter *ultra petita* heeft geoordeeld door in een aanvullende maatregel van bekendmaking te voorzien bij het opt-out-systeem, terwijl dit door Test Aankoop niet was gevorderd, kan niet worden bijgetreden.

Artikel XVII.43, § 2, 9° WER voorziet in de mogelijkheid voor de rechter om aanvullende maatregelen tot bekendmaking van de ontvankelijkheidsbeslissing in deze beslissing op te nemen, indien hij oordeelt dat de maatregelen in artikel XVII.43, § 3 WER niet volstaan, terwijl artikel XVII.42, § 1 WER niet vereist dat dergelijke maatregelen worden opgenomen in het verzoekschrift. Hieruit kan worden afgeleid dat de rechter ambtshalve aanvullende publiciteitsmaatregelen kan opleggen.

57. Test Aankoop is terecht van oordeel dat bij een opt-in-systeem een bijkomende bekendmaking noodzakelijk is, gezien van de consument verwacht wordt dat hij zich meldt.

Opdat de consument zich hiervan bewust zou zijn, dient hij gewaarschuwd te worden. Een aanvullende maatregel waarbij Proximus verplicht wordt een bijkomende en afzonderlijke brief aan de betrokken consumenten te sturen, zal deze consumenten voldoende en terdege op de hoogte brengen.

Een mededeling van de ontvankelijkheidsbeslissing in de factuur is onvoldoende, omdat klanten zich dan niet voldoende bewust zullen zijn van de ontvankelijkheidsbeslissing. Wanneer de klant een brief met een factuur opent, gaat zijn aandacht mogelijk meer naar het bedrag van de factuur en niet naar de extra vermeldingen die deze factuur mogelijk bevat.

De communicatie van Test Aankoop is eveneens onvoldoende. Zij is immers niet specifiek gericht op de klanten van Proximus die hun V3 decoder hebben vervangen en van wie Proximus over de juiste informatie beschikt, maar is eerder toegespitst op de leden van Test Aankoop en op de consumenten die de pers volgen en zich bewust zijn van het feit dat ze mogelijk slachtoffer zijn.

Het hof legt dan ook aan Proximus de verplichting op om aan haar klanten die op het aanbod zijn ingegaan, een brief te sturen met mededeling van de ontvankelijkheidsbeslissing op het laatste haar bekende adres.

## V.2. Incidenteel beroep van Test Aankoop

*Enige middel: de omschrijving van de groep*

(...)

### BEOORDELING

61. Test Aankoop maakt niet aannemelijk dat de klant die niet op het aanbod van Proximus is ingegaan, schade heeft geleden.

De klant die niet op het aanbod van Proximus is ingegaan, is niet misleid geweest door dit aanbod en kan dan ook geen schade hebben geleden door de misleiding.

De stelling van Test Aankoop dat de consumenten die niet zijn ingegaan op het aanbod “evenzeer misleid werden door het aanbod van Proximus, nu blijkt dat de periode van kosteloze huur niet inging vanaf het buiten werking stellen van de oude decoders maar vanaf intekening op het aanbod”, kan niet worden bijgetreden. Het feit dat deze consumenten niet op het aanbod zijn ingegaan, bewijst immers precies dat deze consumenten niet misleid werden.

62. Er was geen enkele wettelijke of contractuele verplichting in hoofde van Proximus om 12 maanden gratis huur aan te bieden.

Artikel 8.3 van de algemene voorwaarden van de Dienst Proximus TV bepaalt duidelijk het volgende:

“De klant wordt er uitdrukkelijk over geïnformeerd dat Proximus zich het recht voorbehoudt om de decoder of ander

materiaal op elk ogenblik te wijzigen, indien technische aanpassingen vereist zijn of om de dienst te verbeteren. Deze wijzigingen kunnen automatisch op afstand worden uitgevoerd, maar het is tevens mogelijk dat nieuwe modellen van decoders of ander materiaal op de markt worden gebracht. In de mate van het mogelijke zal Proximus trachten ervoor te zorgen dat de oude modellen van decoders of ander materiaal compatibel blijven met de evolutie van de dienst. Wanneer deze compatibiliteit echter niet langer mogelijk is, dient de klant de nodige stappen te ondernemen om de decoder of ander materiaal te vervangen indien hij zijn abonnement op de dienst wenst te verlengen.” (zie: stuk nr. 6 bundel van Test Aankoop).

Het aanbod van Proximus was enkel een commercieel voorstel en geen compensatie voor het stopzetten van de dienstverlening en de verplichte verandering van decoder (zoals Test Aankoop voorhoudt).

Het is evident dat de klant die beslist om niet in te gaan op het commercieel voorstel van Proximus bestaande uit 12 maanden gratis huur, dit voordeel niet zal genieten. Dat is een gevolg van de eigen keuze van de klant.

63. De kosten die gepaard gaan met het overstappen naar een andere aanbieder, vormen geen schade in hoofde van de consument die niet op het aanbod is ingegaan. Er bestond geen verplichting of noodzaak om van aanbieder te veranderen. Klanten die niet zijn ingegaan op het aanbod, konden er voor kiezen om pas vanaf 1 februari 2017 een nieuwe decoder te huren (en tot dan hun oude decoder te gebruiken).

64. Ook uit de omschrijving van de collectieve schade door Test Aankoop blijkt dat eigenaars van V3 decoders die niet zijn ingegaan op het aanbod, in elk geval geen slachtoffer zijn van deze collectieve schade. Test Aankoop beschrijft de collectieve schade als: “Voor alle consumenten die in België een (of meerdere) V3 decoder(s) van Proximus hebben aangekocht geldt dat zij ten gevolge van de schriftelijke communicatie uitgaand van Proximus werden misleid aangaande het tijdstip en dringendheid van ingaan op een aanbod van 12 maanden gratis huur enerzijds, anderzijds aangaande het aanbod zelf, daar waar de decoder nog werkzaam is tot 31 januari 2017 voorhouden dat 1 jaar gratis huur wordt toegekend, doch waarbij de aanvangstermijn van dit aanbod niet start op 1 februari 2017 doch wel in de loop van de maand juli 2016, zodat het aantal gratis maanden huur niet 12 maanden (1 jaar) maar slechts 5 maanden bedraagt.”

65. Gelet op het voorgaande, is het incidenteel beroep van Test Aankoop ongegrond.

(...)

Om deze redenen,

Het hof

Gelet op de wet van 15 juni 1935 op het gebruik der talen in gerechtszaken;



Rechtsprekende op tegenspraak;

Verklaart het hoofdberoep van Proximus ontvankelijk en in de volgende mate gegrond;

Hervormt het bestreden vonnis, in zoverre het in uitvoering van artikel XVII.38, § 1, 1° van het Wetboek economisch recht, bepaalt dat, voor zij die gewoonlijk in België verblijven, het optiesysteem met exclusie (opt-out) moet worden toegepast;

Opnieuw rechtsprekende,

Bepaalt dat in uitvoering van artikel XVII.38, § 1, 1° van het Wetboek economisch recht, voor zij die gewoonlijk in België verblijven, het optiesysteem met inclusie (opt-in) moet worden toegepast;

Bepaalt dat de schadelijders binnen een termijn van 6 weken na de hierna vermelde publicatie in het *Belgisch Staatsblad* hun keuzerecht in de zaak met rolnr. 2017/AR/721 (*Proximus / Test Aankoop*) bij brief moeten meedelen aan de griffie van het hof op het adres: Burgerlijke griffie van het hof van beroep te Brussel, Justitiepaleis, Poelaertplein, 1000 Brussel;

De brief moet het rolnr. 2017/AR/721 vermelden, evenals de referte Proximus/Test Aankoop en de naam en contactgegevens van de schadelijder;

Bepaalt de termijn die aan partijen wordt toegekend om een akkoord te onderhandelen over het herstel van de collectieve schade op 3 maanden na het verstrijken van de termijn voor het uitoefenen van het keuzerecht;

Verzoekt de griffie om in toepassing van artikel XVII.43, 3 van het Wetboek economisch recht:

– de huidige beslissing onmiddellijk mee te delen aan de diensten van het *Belgisch Staatsblad* die de integrale bekendmaking ervan binnen de 10 dagen verzekeren;

– een kopie van huidige beslissing over te zenden aan de FOD Economie, Middenstand en Energie die ze integraal bekendmaakt op zijn website;

Bepaalt dat Proximus onmiddellijk aan alle eigenaars van een V3 decoder die op het aanbod van 12 maanden gratis huur zijn ingegaan, op het haar laatst gekende adres, een brief per post moet toesturen waarin het beschikkende gedeelte van huidige beslissing wordt overgenomen;

Verklaart het incidenteel beroep van Test Aankoop ontvankelijk, doch ongegrond;

Houdt de beslissing omtrent de kosten aan;

Verzendt de zaak voor het overige naar de bijzondere rol.

(...)

## Note

### *Affaire Proximus: un éclairage jurisprudentiel en matière de recevabilité d'une action en réparation collective*

*Florence Danis et Elodie Falla<sup>1</sup>*

## 1. INTRODUCTION

1. L'arrêt annoté constitue la première décision rendue en degré d'appel en Belgique relativement à la phase de recevabilité d'une action en réparation collective. Il constitue un éclairage précieux sur les conditions de recevabilité d'une action en réparation collective et sur les balises à définir par le juge au stade de la recevabilité, en particulier au regard du mécanisme d'option (*opt-in* ou *opt-out*).

2. Après des commentaires liminaires relatifs à la phase de recevabilité dans le cadre de l'action en réparation collective (2.), la présente contribution évoque les faits à la base de l'affaire *Proximus* (3.), les éléments-clés de la décision de recevabilité rendue en première instance (4.), le raisonnement sous-tendant la décision de la cour d'appel (5.), ainsi qu'une série d'enseignements pouvant être tirés du cas d'espèce (6.).

<sup>1</sup> F. DANIS, avocate au barreau de Bruxelles; E. FALLA, docteur en droit et collaboratrice notariale; la présente contribution constitue l'opinion personnelle des auteurs et n'engage nullement les associations au sein desquelles exercent les auteurs.