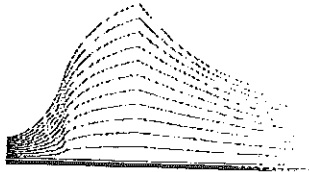


Kopie
art. 792 GW
Vrij van griffierecht - art. 280,2° W.Reg.

672 f



Repertoriumnummer 2016 / 1462
Datum van uitspraak 16 februari 2016
Rolnummer 2014/AR/2559

Uitgifte

Uitgereikt aan	Uitgereikt aan	Uitgereikt aan
op € BUR	op € BUR	op € BUR

Niet aan te bieden aan de
ontvanger

Eindarrest

Hof van beroep Brussel

Vergelijkende reclame

Arrest

Base Company NV
t/
Belgacom NV

8^e kamer,
burgerlijke zaken

Aangeboden op 19 FEV. 2016
Niet te registreren D'HOOGHE K. <i>no</i>

COVER 01-00000385442-0001-0026-01-01-1



792 + POS +
copie Vers. Economie
laet 448

BASE COMPANY NV, met maatschappelijke zetel te 1200 SINT-LAMBRECHTS-WOLUWE,
Neerveldlaan 105,

appellante,

vertegenwoordigd door Mr. Tom HEREMANS en Mr. Lisbeth DEPYPERE, advocaten te 1170
BRUSSEL, Terhulpesteenweg 178;

tegen

PROXIMUS NV, van publiek recht, voorheen **BELGACOM NV**, met maatschappelijke zetel te
1030 SCHAARBEEK, Koning Albert II laan 27,

geïntimeerde,

vertegenwoordigd door Mr. Herman DE BAUW, advocaat te 1050 BRUSSEL, Louizalaan 99.

Het hoger beroep is gericht tegen een vonnis dat op 1 oktober 2014 werd uitgesproken door
de voorzitter van de Nederlandstalige rechtbank van koophandel te Brussel, zetelend zoals
in kort geding, als stakingsrechter.

Er wordt geen akte van betekening van dit vonnis voorgelegd.

Het verzoekschrift tot hoger beroep werd tijdig voor appellante, Base Company NV,
neergelegd ter griffie van het hof op 25 november 2014. Het is regelmatig naar de vorm.

I. De bestreden beslissing

1. Bij het bestreden vonnis heeft de eerste rechter :
 - de hoofdvordering van Proximus NV, destijds Belgacom NV geheten, ontvankelijk en
gegrond verklaard in de mate dat :
 - werd vastgesteld dat Base misleidende vergelijkende reclame voert door te
beweren dat Base "een uiterst performant netwerk heeft", waarbij zij het

PAGE 01-00000385442-0002-0026-01-01-4



674

- voorstelt alsof Proximus dit zou beweren of alsof dit uit een studie van Proximus zou blijken;
- werd vastgesteld dat Base misleidende vergelijkende reclame voert door te stellen dat zij "het beste spraaknetwerk heeft";
 - de staking werd bevolen van elk van deze inbreuken ten laatste 24 uren na de betekening van het vonnis, op straffe van een dwangsom van 25.000 euro per vastgestelde individuele radio- of TV- spot inclusief bioscopen en Internet, van 1.000 euro per inbreuk in een editie van een krant of tijdschrift, van 2.000 euro per inbreuk per individuele affiche en per dag, gepersonaliseerde mailing of circulaire op voormeld verbod, dit met een maximum aan te verbeuren dwangsommen van 750.000 euro, waarbij als een afzonderlijke inbreuk zal worden beschouwd :
 - het verspreiden van de verboden publiciteit in een editie van een krant of tijdschrift;
 - het verspreiden van de verboden publiciteit op het internet per dag;
 - het verspreiden van de verboden publiciteit via affiches per dag;
 - het verspreiden van de verboden publiciteit in iedere afzonderlijke al dan niet gepersonaliseerde mailing of circulaire gericht aan de consument;
 - het verspreiden van de verboden publiciteit in iedere afzonderlijke reclamespot in de audiovisuele media inclusief bioscopen;
 - de door Proximus gevorderde publicatie afgewezen;
 - de tegenvordering van Base ontvankelijk en gedeeltelijk gegrond verklaard in de mate dat :
 - werd vastgesteld dat Belgacom door in reclame de verzendsnelheid van Base grafisch kleiner voor te stellen dan die van Proximus, hoewel de verzendsnelheid van Base groter is, of door de verzendsnelheid van Base proportioneel te klein voor te stellen tegenover die van Proximus, zich schuldig maakt aan een schending van artikel VI. 17 §2 WER, van de artikelen VI. 94, VI. 95 en VI. 97 WER en van artikel VI. 105 WER;
 - de staking werd bevolen van deze of soortgelijke reclame onder verbeurte van een dwangsom van 500 euro per individuele e-mail, brief of persoonlijke mededeling en van 5.000 euro per mededeling en per dag via om het even welk ander medium, onder meer (doch niet beperkt tot) de website, krantenadvertenties, brochures, folders of persberichten, en dit vanaf 7 dagen na de betekening van dit vonnis;
 - al het door Base meer gevorderde, waaronder de publicatie van het vonnis, afgewezen;
 - gezegd dat elke partij haar eigen kosten diende te dragen.



675

II. De vorderingen van de partijen voor het hof

2. Base verzoekt het hof om :

“Wat het hoger beroep van BASE betreft:

Het hoger beroep van BASE ontvankelijk en gegrond te verklaren;

Het vonnis a quo teniet te doen en als volgt te hervormen:

T.a.v. de oorspronkelijke toegekende vorderingen van Belgacom:

De vorderingen van Belgacom ontvankelijk, doch geheel ongegrond te verklaren.

Ondergeschikt, voor zover het Hof van oordeel is dat een stakingsbevel mocht worden uitgesproken:

- (i) Het in eerste aanleg uitgesproken stakingsbevel te hervormen en preciezer te formuleren in de zin dat BASE niet in het algemeen wordt verboden te beweren dat zij “het beste spraaknetwerk” heeft;
- (ii) De dwangsommen te beperken tot 500 EUR per mededeling per dag en tot 5000 EUR per klant waarbij een inbreuk wordt gemaakt, met een maximum van 50.000 EUR en waarbij de dwangsom slechts verbeurt 7 dagen na de betekening van het tussen te komen arrest;

T.a.v. de oorspronkelijke afgewezen tegenvorderingen van BASE:

De tegenvorderingen van BASE ontvankelijk en gegrond te verklaren en bijgevolg:

- Vast te stellen dat Belgacom door in reclame te beweren dat de klanten onbeperkt kunnen genieten van haar diensten terwijl dit onbeperkt genieten in werkelijkheid enkel geldt voor het telefoneren en het versturen van SMS berichten, met uitsluiting van dataverkeer, zich schuldig maakt aan een schending van artikelen 85-86 WMPC *juncto* artikel 90 WMPC, heden artikelen VI.94-VI.95 WER *juncto* artikel VI.99 WER;

PAGE 01-00000385442-0004-0026-01-01-4



676

- Vast te stellen dat Belgacom door het in reclame voor te stellen alsof klanten van andere operatoren een slecht bereik hebben op hun netwerk of moeilijkheden ondervinden om het signaal te ontvangen, zonder dat er op objectieve wijze relevante en controleerbare kenmerken van de diensten worden vergeleken of zonder dat dit correct is, zich schuldig maakt aan een schending van artikel 19 § 2 WMPC, heden artikel VI.17 § 2 WER;
- De staking te bevelen van deze of soortgelijke reclame onder verbeurte van een dwangsom van 500 euro per individuele e-mail, brief of persoonlijke mededeling en van 5.000 euro per mededeling en per dag via om het even welk ander medium, onder meer (doch niet beperkt tot) de website, krantenadvertenties, brochures, folders of persberichten, en dit vanaf 7 dagen na betekening van het tussen te komen arrest;

Wat het incidenteel beroep van Belgacom betreft:

T.a.v. de oorspronkelijke afgewezen vordering van Belgacom:

Het incidenteel beroep van Belgacom ongegrond te verklaren;

Haar ervan af te wijzen;

Subsidiair, voor zover het incidenteel beroep van Belgacom zou worden toegekend, het stakingsbevel nauwkeurig te omschrijven en de dwangsommen te beperken tot 500 EUR per mededeling per dag en tot 5000 EUR per klant waarbij een inbreuk wordt gemaakt, met een maximum van 50.000 EUR en waarbij de dwangsom slechts verbeurt 7 dagen na de betekening van het tussen te komen arrest;

T.a.v. de oorspronkelijke toegekende tegenvordering van BASE:

Het incidenteel beroep van Belgacom ongegrond te verklaren en het vonnis a quo te bevestigen;

T.a.v. de kosten:

Belgacom te veroordelen tot alle kosten van beide aanleggen met inbegrip van de wettelijke rechtsplegingsvergoeding van BASE van 1.320 EUR in eerste aanleg en 1.320 in hoger beroep en met inbegrip van de rolrechten van het hoger beroep.”

PAGE 01-00000385442-0005-0026-01-01-4



67

3. Proximus verzoekt het hof :

“Wat het beroep en “incidenteel beroep” van Base betreft:

Het beroep en “incidenteel beroep” van Base ongegrond te verklaren;

Haar er van af te wijzen;

Subsidiair: voor zover het beroep van Base zou worden toegekend, het stakingsbevel niet uit te breiden tot “soortgelijke reclame”, en het maximum aan te verbeuren dwangsommen vast te stellen op 750.000 EUR (wat overeenkomt met het maximum aan dwangsommen dat de eerste rechter heeft opgelegd voor de Inbreuken weerhouden in hoofde van Base).

Wat het incidenteel beroep van Proximus betreft:

1. Aangaande de oorspronkelijke vordering van Proximus: het incidenteel beroep van Proximus ontvankelijk en gegrond te verklaren;

Bijgevolg vast te stellen dat Base, in strijd met artikel VI.17 §1, 1° en §2 WER, misleidende vergelijkende reclame voert door te beweren dat Base, in vergelijking met Proximus, een ulterst performant netwerk heeft;

De staking daarvan te bevelen ten laatste 24 uur na de betekening van het arrest op straffe van een dwangsom van 25.000 EUR per vastgestelde individuele radio- of Tv-spot inclusief bioscopen en internet, 1000 EUR per Inbreuk in een editie van een krant of tijdschrift, 2.000 EUR per individuele affiche en per dag, gepersonaliseerde mailing of circulaire op voormeld verbod, dit met een maximum aan te verbeuren dwangsommen van 750.000 EUR, waarbij als een afzonderlijke inbreuk zal worden beschouwd:

- Het verspreiden van de verboden publiciteit in een editie van een krant of tijdschrift;
- Het verspreiden van de verboden publiciteit op het internet per dag;
- Het verspreiden van de verboden publiciteit via affiches per dag;
- Het verspreiden van de verboden publiciteit in iedere afzonderlijke al dan niet gepersonaliseerde mailing of circulaire gericht aan de consument;
- Het verspreiden van de verboden publiciteit in iedere afzonderlijke reclamespot in de audiovisuele media inclusief bioscopen;



2. Aangaande de oorspronkelijke tegenvorderingen van Base: het vonnis a quo te hervormen in zoverre het heeft vastgesteld dat Proximus, door in reclame de verzendsnelheid van BASE grafisch kleiner voor te stellen dan die van Proximus, hoewel de verzendsnelheid van BASE groter is, of door de verzendsnelheid van BASE proportioneel te klein voor te stellen t.o.v. die van Proximus, zich schuldig maakt aan een schending van artikel VI.17 §2 WER, van artikelen VI.94, VI.95 en VI.97 WER en van artikel VI.105 WER, en de staking heeft bevolen van deze of soortgelijke reclame onder verbeurte van een dwangsom van 500 euro per individuele e-mail, brief of persoonlijke mededeling en van 5.000 euro per mededeling en per dag via om het even welk ander medium, onder meer (doch niet beperkt tot) de website, krantenadvertenties, brochures, folders of persberichten, en dit vanaf 7 dagen na betekening van het vonnis;

Base van haar oorspronkelijke vordering af te wijzen;

Subsidiair: voor zover het hof van oordeel is dat een stakingsbevel mocht worden uitgesproken, het in eerste aanleg uitgesproken stakingsbevel te herformuleren in de zin dat het niet slaat op "soortgelijke" reclame, en het maximum aan te verbeuren dwangsommen vast te stellen op 750.000 EUR.

In alle geval

Base te veroordelen tot de kosten van het geding in eerste aanleg, met inbegrip van de rechtsplegingsvergoeding begroot op 1.320 EUR, en tot de rechtsplegingsvergoeding in beroep, eveneens vastgesteld op 1.320 EUR."

III. De relevante feiten

4. Base en Proximus zijn de uitbaters van een eigen mobiel telecommunicatienetwerk in België. Zij bieden beiden mobiele telefonie- internet- en televisiediensten aan, zowel aan particulieren als aan bedrijven. Zij zijn elkaars concurrenten.

5. Belgacom NV, thans Proximus NV geheten, publiceerde regelmatig op haar website de resultaten van tests die uitgevoerd werden op de mobiele communicatienetwerken van Proximus, Base en Mobistar door het onafhankelijk bureau CommSquare.



679

Zij publiceerde op haar website onder meer de resultaten van deze tests voor het vierde kwartaal van 2013.

Door Proximus werd vastgesteld dat Base tijdens het weekend van 25 en 26 januari 2014 reclame maakte, zowel op haar website als paginagroot in verschillende nationale kranten, waaronder het Nieuwsblad, De Standaard, De Morgen, Het Laatste Nieuws en Le Soir, door middel van de volgende advertentie :

BEDANKT, PROXIMUS.

BASE HEEFT EEN UITERST PERFORMANT NETWERK.

Althans, volgens Proximus. En wie zegt u dat tegen te spreken? We nemen dan ook met veel plezier de cijfers over uit de studie die Proximus tot uitverrekenen en op haar site publiceerde. Concreet zijn:

✓ BASE heeft het beste spraaknetwerk.

Wat is het beste spraaknetwerk?

BASE	98,5%
Proximus	97,5%
Orange	97,0%

✓ BASE heeft het snelste 3G netwerk voor mobiel internet.

Wat is het snelste 3G netwerk?

Orange	10,4 Mbps
De Proximus	9,0 Mbps
BASE	8,5 Mbps

Wat is het snelste 4G netwerk?

BASE	20,0 Mbps
De Proximus	19,0 Mbps
Orange	18,0 Mbps



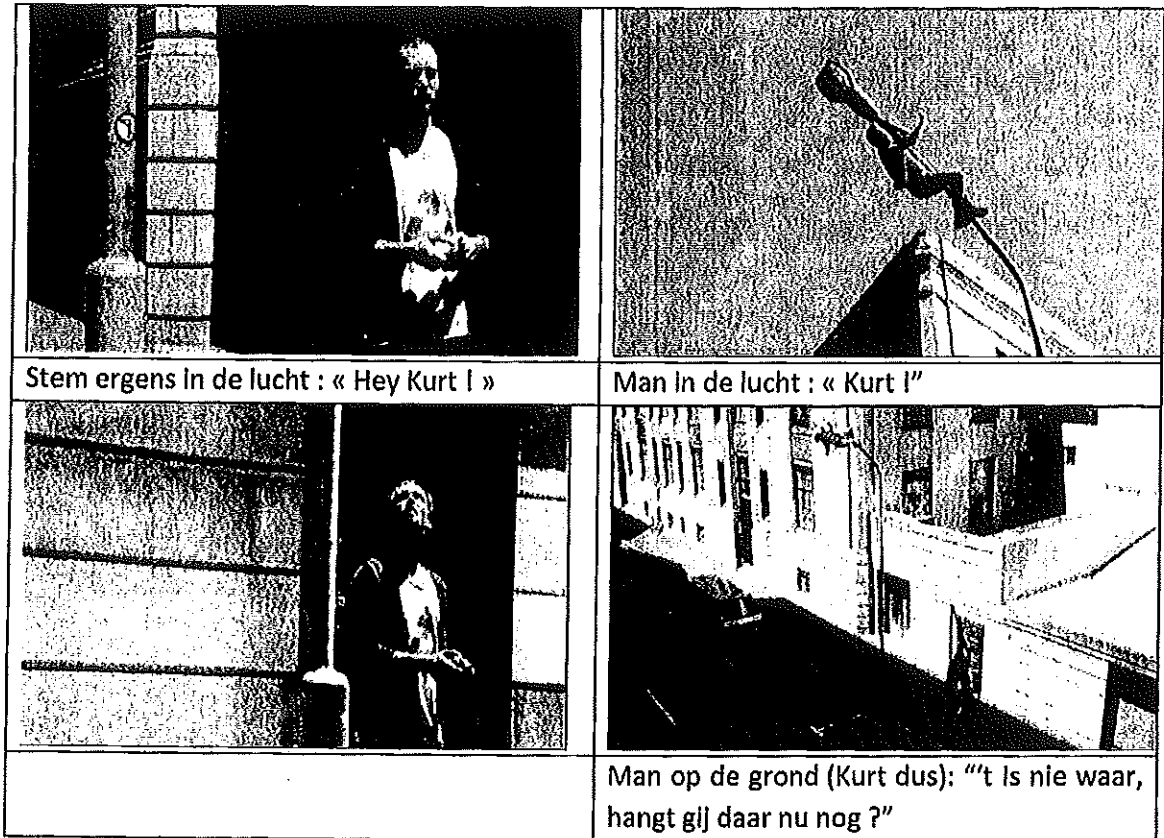
Het snelste 4G netwerk is nu onze uitdaging.



Volgens Proximus maakte deze reclame inbreuk op diverse bepalingen van de regelgeving inzake marktpraktijken en consumentenbescherming.

6. Door Base werd vervolgens, op een niet nader bepaalde datum in 2014, vastgesteld dat Proximus reclame voerde via de radio en de televisie, die volgens Base inbreuk maakte op diverse bepalingen van de regelgeving inzake marktpraktijken en consumentenbescherming.

De voorstelling die door Base wordt gegeven van de betrokken reclame op de televisie, en die door Proximus niet betwist wordt, is de volgende :



681

	
	<p>Stem buiten beeld: "Blijf niet onbeperkt hangen..."</p>
	
<p>Stem buiten beeld: "...Geniet liever onbeperkt van Proximus kwaliteit voor maar 50 euro per maand met Smart 50."</p>	<p>"Genieten van het Proximus 4G-netwerk doet u met een compatibel toestel"</p>
	
<p>Man zegt: "Wauw"</p>	

De reclame die op de radio werd gemaakt, luidde als volgt :

- « Hallo ?
- Hey Frank, Lieven hier.

PAGE 01-00000385442-0010-0026-01-01-4



- Hey Lieven, alles goed ?
- Heu ja, met mij wel. Zeg, vraagske, zit gij nu in dlene boom?
- Ja. Ik heb anders geen bereik hé.
- Ah oké, ik dacht al, is die nu helemaal zot geworden? Wie klimt er nu in een boom...
- Seg euh, Lieven, ik ga u moeten laten want ik heb nog een conference call met mijn grote baas.
- Oeil Maar ziet die dan niet dat gij in dlene boom zit?
- Ja maar die is dat al gewoon.

Blijf niet onbeperkt hangen. Nieuw: Smart 50 van Proximus. Dat is onbeperkt genieten van Proximus kwaliteit voor maar 50 euro per maand. Meer info in uw Belgacomcenter."

Base stelde eveneens de volgende reclame vast, die door Proximus gemaakt werd via haar website :

4G, le réseau le plus rapide de Belgique

De quoi ai-je besoin pour profiter de la 4G ?

Proximus, le meilleur réseau

	Vitesse pour télécharger un fichier	Vitesse pour envoyer un fichier
Proximus	19.1 Mbps	11.5 Mbps
Base	11.6 Mbps	7.1 Mbps



Volgens Base maakt deze reclame eveneens inbreuk op diverse bepalingen van de regelgeving inzake marktpraktijken en consumentenbescherming.

7. De partijen menen elk dat de door hen gemaakte reclame voldoet aan alle wettelijke voorwaarden, daar waar de reclame van de andere partij inbreukmakend zou zijn.

8. Proximus ging op 27 januari 2014 over tot dagvaarding van Base voor de eerste rechter.

In de loop van de procedure werd door Base een tegenvordering ingesteld.

IV. Beoordeling

IV. I. De vordering van Proximus tegen Base

A. De beweerde inbreuk op de regelgeving inzake marktpraktijken en consumentbescherming

9. De grieven van Proximus aangaande de aangevochten reclame van Base zijn de volgende :

- Base stelt het ten onrechte zo voor dat Proximus zou beweren dat Base een "uiterst performant netwerk" heeft : "Base heeft een uiterst performant netwerk. Althans, volgens Proximus. (...)";
- Base beweert ten onrechte dat zij het beste spraaknetwerk heeft;
- Base kan niet rechtmatig beweren dat zij een uiterst performant netwerk heeft.

a. Wat de boodschap in de aangevochten reclame betreft die luidt : "Base heeft een uiterst performant netwerk. Althans, volgens Proximus. (...)"

10. Volgens Proximus betreft het vergelijkende reclame en maakt de aangevochten bewering in de reclame inbreuk op de artikelen VI. 97, 2°, VI. 99 §1 en 105, 1° WER.



Vergelijkende reclame wordt gedefinieerd in artikel 2, 20° van de wet van 6 april 2010 betreffende de marktpraktijken en consumentenbescherming ("WMPC"), thans artikel 1.8.14° WER als *"elke vorm van reclame waarbij een concurrent dan wel door een concurrent aangeboden goederen of diensten uitdrukkelijk of impliciet worden genoemd."*

De consument vanuit wiens standpunt de reclame dient te worden beoordeeld en die zodoende als maatstaf geldt, is de gemiddelde consument - dit wil zeggen deze die redelijk geïnformeerd, omzichtig en oplettend is - van de betrokken soort producten of diensten.

Eveneens wordt rekening gehouden met maatschappelijke, culturele en taalkundige factoren.

Er is slechts sprake van een misleiding in de zin van de hiervoor geciteerde bepalingen wanneer de gemiddelde consument ertoe gebracht wordt of kan gebracht worden een besluit te nemen dat hij anders niet had genomen, over de vraag of, en, zo ja, hoe en onder welke voorwaarden, hij een product koopt, geheel of gedeeltelijk betaalt, behoudt of van de hand doet, of een contractueel recht uitoefent in verband met het product, ongeacht of de consument wel of niet tot handelen overgaat.

De beweerde misleiding moet, om een inbreuk uit te maken, het gedrag van de consument beïnvloeden of kunnen beïnvloeden.

11. In casu stelt het hof vast dat Proximus terecht aanvoert dat op geen enkele wijze uit de resultaten van de Commsquare studie zoals Proximus die op haar website heeft gepubliceerd, kan worden afgeleid dat Proximus beweerde dat Base een uiterst performant netwerk heeft.

Het is niet omdat Proximus op haar website de resultaten van een studie toont waaruit blijkt dat Base op drie van de acht criteria voor de beoordeling van de kwaliteit van het netwerk, beter scoort dan Proximus, en op de vijf andere slechter, dat Proximus daarmee erkent dat "Base een uiterst performant netwerk" heeft.

Ten onrechte dus beweert Base dat de reclame waarin zij stelt dat zij *"een uiterst performant netwerk heeft en het beste spraaknetwerk"*, niet misleidend is, "omdat de verstrekte informatie van de website van Belgacom zelf kwam". Proximus heeft op haar website niet beweerd *"dat Base een uiterst performant netwerk heeft"*. Nochtans is dit precies wat Base in haar reclame voorhoudt.



685

Daarbij wordt vastgesteld dat de reclame van Base in de kranten vermeldt: *“We nemen dan ook met veel plezier de cijfers over uit de studie die Proximus liet uitvoeren en op haar site publiceerde”*. Dit creëert de indruk dat de reclame van Base alle relevante cijfers heeft overgenomen uit de studie die Proximus op haar website heeft gepubliceerd, terwijl zij zich baseert op slechts drie van de acht criteria en Proximus op de andere vijf beter scoort dan Base.

Minstens zal de gemiddelde consument er van uit gaan dat de cijfers waarvan Base geen gewag maakt in haar reclame, geen invloed hebben op de conclusie die Base als hoofdboodschap weergeeft, namelijk dat uit de studie die Proximus heeft laten maken blijkt dat Base een *“uiterst performant netwerk”* heeft.

Base kan geen nuttig argument putten uit een vermelding aangebracht in de aangevochten reclame die verscheen in een aantal kranten en die luidt als volgt : *“Meer info op www.base.be/nl/netwerk.html”*. De website van Base zou dan op haar beurt verwijzen naar *“het onafhankelijk onderzoek”* van Commsquare en naar *“een extract van een studie uitgevoerd door Commsquare in opdracht van Proximus”*. De geciteerde vermelding staat echter niet alleen helemaal onderaan de aangevochten reclame advertentie die opgenomen werd in een aantal kranten, doch werd daarenboven afgedrukt in een zeer klein en daardoor amper leesbare lettertype. De geadresseerde van de reclame zal er dan ook door de betrokken vermelding niet toe gebracht worden om de website van Base te consulteren in verband met de resultaten van de studie uitgevoerd door Commsquare, teneinde daarvan kennis te nemen. Op de website zelf van Base staat enkel een deel van de onderzoeksresultaten van de studie die uitgevoerd werd in opdracht van Proximus, met name de resultaten op drie van de acht geteste kenmerken van het netwerk die gunstig uitvielen voor Base, zonder dat dit echter wordt duidelijk gemaakt. Dit creëert, zoals reeds gesteld, de indruk dat de reclame van Base alle relevante cijfers heeft overgenomen uit de studie die Proximus op haar website heeft gepubliceerd, terwijl zij zich baseert op slechts drie van de acht criteria en Proximus op de andere vijf beter scoort dan Base.

Anders dan Base beweert, is de gewraakte reclame wel degelijk van aard het gedrag van (zowel) consumenten (als niet-consumenten) rechtstreeks te beïnvloeden en merkbaar te beperken. Het is immers voldoende aannemelijk dat de performantie van het netwerk een bijzonder belangrijk criterium is bij de keuze van de gebruiker van mobiele netwerken voor een welbepaalde telecomoperator. *In casu* is de boodschap van Base dat zij, volgens Proximus, zijnde haar grootste concurrent, over een *“uiterst performant netwerk”* beschikt, van aard de gebruiker rechtstreeks er toe te brengen te opteren voor Base als leverancier in plaats van Proximus, minstens bestaat de mogelijkheid daartoe.



886

Het is daarbij niet nodig dat Proximus bewijst dat de consument of niet-consument *effectief* werd misleid. Zoals de tekst van artikel VI.97 WER het stelt, volstaat dat de reclame van Base de gemiddelde consument kan misleiden.

De reclame van Base is dan ook misleidend in de zin van de artikelen VI.97, 2°, VI.99, §1 en 105, 1° WER. Zij is bijgevolg verboden door artikel VI.95 WER.

Nu de reclame van Base ook kwalificeert als vergelijkende reclame (Proximus en Base zijn concurrenten en Base identificeert Proximus in haar reclame aan de hand van de door Proximus aangeboden diensten onder de merknaam Proximus), is zij ook misleidend in de zin van artikel VI.17, § 1, 1° WER. Zij is bijgevolg ook verboden door artikel VI.17, §2 WER.

b. Wat de boodschap in de aangevochten reclame betreft die luidt : “Base heeft het beste spraaknetwerk”

12. Deze titel volgt onder de tekst *“Hieronder zie je een extract van een studie uitgevoerd door Commsquare in opdracht van Proximus. Oordeel zelf”*.

Door de bewering “Base heeft het beste spraaknetwerk” te doen voorafgaan door de voormelde tekst, creëert Base de indruk dat uit een studie die in opdracht van Proximus werd uitgevoerd, blijkt dat “Base het beste spraaknetwerk heeft”.

Base baseert zich daarvoor evenwel op slechts één van de twee testcriteria die gebruikt werden in de studie, en die Proximus op haar website vermeldt onder de hoofding *“Vergelijk de kwaliteit van oproepen”*, nl. het criterium *“Aantal succesvolle oproepen (niet onderbroken)”*.

De website van Proximus vermeldt onder de hoofding *“Vergelijk de kwaliteit van oproepen”* echter ook nog een tweede criterium, nl. de *“Kwaliteit van het geluid”*. Hier scoort Proximus beter dan Base. Base houdt hiermee op geen enkele wijze rekening bij haar bewering dat Base “het beste spraaknetwerk” heeft.

Uit het feit dat Base minder onderbroken gesprekken zou hebben dan Proximus, kan bijgevolg niet redelijkerwijze worden besloten dat het “spraaknetwerk” van Base beter is dan dat van Proximus. Zo is het netwerkbereik relevant voor de beoordeling van de kwaliteit van een spraaknetwerk. Uit de studie waarop Base zich baseert, volgt dat Proximus inzake netwerkbereik zowel binnen als buiten beter scoort dan Base. De stelling dat “Base het beste



687

spraaknetwerk heeft”, is dan ook misleidend, nu deze stelling slechts op één criterium is gebaseerd en dat criterium niet eens het belangrijkste criterium of minstens slechts één van de belangrijke criteria is bij de beoordeling van het beste spraaknetwerk.

Het verweer van Base dat haar reclame niet misleidend is omdat zij “zeer duidelijk in de reclame stelde wat zij als het “beste spraaknetwerk” zlet, zodat de consument perfect geïnformeerd was”, faalt. De testresultaten met betrekking tot het aantal niet onderbroken oproepen, zullen redelijkerwijze door de gemiddelde consument beschouwd worden als één van de redenen waarom Base het beste spraaknetwerk heeft. De gemiddelde consument zal de vermelde testresultaten niet interpreteren in de zin dat de claim “Base heeft het beste spraaknetwerk” uitsluitend betrekking heeft op het aantal niet onderbroken oproepen. Minstens zal hij er van uitgaan dat op alle andere relevante punten Base niet minder goed scoort dan Proximus.

Indien Base de indruk had willen wekken dat zij enkel het best scoorde op het vlak van het aantal succesvolle oproepen, dan stelde haar titel ten onrechte “Base heeft het beste spraaknetwerk”.

Het verweer van Base “dat Base helemaal niet verplicht is om in haar vergelijking dezelfde kenmerken te vermelden als Proximus” is niet pertinent. De kritiek van Proximus is niet dat Base niet dezelfde kenmerken vergelijkt als Proximus. De kritiek van Proximus is dat Base reclame maakt waarin zij beweert dat zij, in vergelijking met Proximus, het beste spraaknetwerk heeft, terwijl dit niet blijkt uit de studie waarop Base zich voor haar bewering baseert.

Base beweert dat “iedere consument die het begrip “beste spraaknetwerk” leest, weet dat dit met een korrel [zout] zou moeten worden genomen en dat het beste nooit absoluut is”. Zij verwijst daarbij naar artikel VI.93 WER volgens hetwelk dat het verbod op misleidende reclame “de gangbare, legitieme reclamepraktijk onverlet [laat] waarbij overdreven uitspraken worden gedaan of uitspraken die niet letterlijk dienen te worden genomen”. Base doelt daarbij op haar recht om superlatiefreclame of hyperbolische reclame te maken.

De in casu aangevochten bewering in de reclame, die in casu een objectieve kwaliteit betreft, met name deze van het spraaknetwerk, kwalificeert niet als hyperbolische reclame.

Bovendien wordt de uitlating gemaakt in het kader van een vergelijking (hier met Proximus), daar waar vergelijkende reclame vereist dat kenmerken op objectieve wijze worden



vergeleken (artikel VI.17, §1, 3° WER). Een “overdreven” uitspraak is per definitie geen objectieve uitspraak.

Bovendien mag vergelijkende reclame geen gevaar voor misleiding opleveren (artikel VI.17, §1, 1° WER). Het moet voor de bestemming duidelijk zijn dat er geenszins sprake is van een juiste bewering, maar dat het gaat om een overdreven eigen waardering van de reclame. Er wordt niet ingezien hoe *in casu* de bestemming van de reclame de “overdrijving” gemakkelijk zou herkennen wanneer Base beweert dat zij, in vergelijking met Proximus, het beste spraaknetwerk heeft, temeer nu Base beweert dat dit blijkt uit een studie die Proximus zelf heeft laten maken.

Ook hier is, anders dan wat Base voorhoudt, de misleiding van aard de aankoopbeslissing van de gebruiker van een spraaknetwerk rechtstreeks te beïnvloeden en merkbaar te beperken. Het is immers voldoende aannemelijk dat de kwaliteit van een spraaknetwerk voor de gebruiker van een spraaknetwerk van belang is bij zijn keuze van leverancier. Dit geldt niet alleen voor de consument, maar ook voor de niet-consument die gebruik wenst te maken van een spraaknetwerk. De professioneel die door de reclame van Base wordt aangesproken is trouwens geen professioneel in telecommunicatie (zoals bijvoorbeeld een voortverkoper van telecommunicatiediensten), maar net zoals een consument een gewone gebruiker van telecommunicatiediensten. Er is geen gegronde reden om aan te nemen waarom een dergelijke professioneel die met de reclame geconfronteerd wordt, deze reclame op een andere wijze zal begrijpen als een consument.

De aangevochten bewering in de reclame van Base is derhalve ook om die reden misleidend in de zin van de artikelen VI.97, 2°; VI.99, §1 en 105, 1° WER, en bijgevolg verboden door artikel VI.95 WER. Nu de reclame eveneens kwalificeert als vergelijkende reclame, is zij ook misleidend in de zin van artikel VI.17, § 1, 1° WER, en dus ook verboden door artikel VI.17 §2 WER.

c. Wat de boodschap in de aangevochten reclame betreft dat Base een uiterst performant netwerk heeft

13. Dit onderdeel van de vordering van Proximus is gesteund op artikel VI 17, §1, 3° WER.

Proximus vecht de bewering van Base aan die stelt, zonder meer en dus los van de bewering dat Proximus dit toegeeft, dat Base een uiterst performant netwerk heeft.



Ten onrechte leest Proximus in de aangevochten reclame – weze het expliciet of impliciet - de bewering dat het netwerk van Base performanter zou zijn dan dat van Proximus, of met andere woorden dat het netwerk van Proximus minder performant zou zijn dan dat van Base of niet uiterst performant.

Aangezien het netwerk van Base op drie van de acht – en dus op bijna de helft – van de criteria die door de Commsquare studie in aanmerking werden genomen om de kwaliteit van het netwerk te evalueren, het beste scoort, kan Base rechtmatig beweren dat zij een uiterst performant netwerk heeft.

Dat de aangevochten reclame de melding bevat “Het snelste G4 netwerk is nu onze uitdaging”, doet niets af aan hetgeen voorafgaat.

Uit het gegeven dat de aangevochten reclame op de website van Base melding maakt van een extract van een studie die uitgevoerd werd door Commsquare in opdracht van Proximus, en die Inderdaad uitwijst dat Base een performant netwerk heeft, aangezien het op drie van de acht geteste punten uitwijst dat Base het beste scoort, kan Proximus geen nuttig argument putten, aangezien niet vaststaat dat deze bewering niet aan de wettelijke voorwaarden voldoet (artikel VI. 17 §1, 3° WER).

Het incidenteel beroep van Proximus is ongegrond.

B. Het stakingsbevel

14. Terecht stelt Base dat haar niet in abstracto het verbod kan worden opgelegd om te stellen dat zij het beste spraaknetwerk heeft.

Enkel de inbreukmakende vergelijkende reclame, met name deze die hiervoor besproken werd, kan in casu het voorwerp uitmaken van het stakingsbevel.

Het stakingsbevel mag er niet toe strekken om aan Base een bevel tot staking op te leggen dat als gevolg zou hebben dat zij niet mag beweren dat zij het beste spraaknetwerk heeft, in de hypothese dat deze bewering aan al de wettelijke voorschriften voldoet.

Het bij het bestreden vonnis opgelegde stakingsbevel wordt in die zin aangepast (cfr. dispositief van dit arrest).



C. De dwangsommen

15. Base verzoekt het hof de dwangsommen te beperken tot 500 euro per mededeling per dag en tot 5.000 euro per klant waarbij een inbreuk wordt gemaakt, met een maximum van 50.000 euro.

In strijd met hetgeen Base aanvoert, zijn de bij het bestreden vonnis opgelegde dwangsommen niet overdreven hoog. Zij vormen evenmin een schadevergoeding die aan Proximus zou worden toegekend in de hypothese van het niet naleven van het opgelegde stakingsverbod.

Er is evenmin een gegronde reden om het maximum aan te verbeuren dwangsommen, dat door de eerste rechter werd bepaald op 750.000 euro, naar beneden te herzien. Dit zou immers in casu het ontradend effect van de opgelegde dwangsom dreigen teniet te doen.

Het middel van Base is ongegrond.

VI. II. De vordering van Base tegen Proximus

A. De beweerde inbreuken op de regelgeving inzake marktpraktijken en consumentenbescherming

16. Base vecht de volgende respectieve reclame van Proximus aan :

- de reclame over de onbeperkte Proximus kwaliteit voor 50 euro; de audiovisuele en audioreclame over de Proximus kwaliteit (zie het feitenrelaas);
- de reclame over de verzendsnelheid van Base en Proximus (zie het feitenrelaas).
 - a. de reclame over de onbeperkte Proximus kwaliteit voor 50 euro; de audiovisuele en audioreclame over de Proximus kwaliteit

17. Volgens Base is deze reclame misleidende vergelijkende reclame.

Proximus betwist hetgeen voorafgaat.



18. Base stelt terecht dat de reclame in casu vergelijkende reclame is.

Er zijn in België immers slechts drie mobiele netwerkkoperatoren, te weten de beide partijen en Mobistar. De aangevochten reclame noemt in casu dan ook impliciet onder meer Base. Aangezien Base als onderneming kon geïdentificeerd worden door de consument, gaat het wel degelijke om vergelijkende reclame (zie HvJ EU 10 april 2007, De Landtsheer, C-381/05, www.curia.europa.eu).

19. Base verzoekt het hof vast te stellen dat Proximus door in reclame te beweren dat de klanten onbeperkt kunnen genieten van haar diensten terwijl dit onbeperkt genieten in werkelijkheid enkel geldt voor het telefoneren en het versturen van SMS berichten, met uitsluiting van dataverkeer, zich schuldig maakt aan een schending van artikelen 85-86 WMPC juncto artikel 90 WMPC, heden artikelen VI.94-VI.95 WER juncto artikel VI.99 WER.

Volgens Base houdt deze reclame een misleidende omissie in omdat essentiële informatie zou zijn weggelaten. Volgens Base had Proximus moeten verduidelijken dat voor het dataverkeer een beperking van 3 Gigabyte per maand geldt, en dat voor ieder verbruik boven deze grens, de consument 0,10 euro per Megabyte dient bij te betalen, zoals blijkt uit de website van Proximus.

Het hof overweegt als volgt.

Base betwist niet dat de consument met Smart 50 onbeperkt kan bellen, noch dat hij met Smart 50 onbeperkt kan SMS-en. Proximus betwist niet dat het onbeperkt karakter niet geldt voor mobiel dataverkeer. Voor het mobiel dataverkeer gold inderdaad een beperking van 3 Gigabyte per maand, en voor ieder verbruik boven deze grens, diende de consument 0,10 euro per Megabyte bij te betalen.

Het hof oordeelt dat het gegeven dat het onbeperkt karakter niet gold voor mobiel dataverkeer in casu essentiële informatie is, die de gemiddelde consument nodig heeft om een geïnformeerd besluit te nemen.

Het weglaten van deze informatie is een misleidende omissie. Dit wordt in casu niet verholpen door de loutere vermelding in de reclame : "Afspraak in uw Belgacom Center", zonder meer.



Proximus kan, in het kader van haar verweer, geen nuttig argument putten uit de verwijzing naar een aantal stukken afkomstig van het Belgisch Instituut voor Postdiensten en Telecommunicatie. Specifiek met betrekking tot de Belgische markt, stelde het Belgisch Instituut voor Postdiensten en Telecommunicatie weliswaar jaren geleden vast dat de gemiddelde consument per maand slechts 60 megabyte nodig heeft, doch deze studie was, zoals Base aantoont, voorbijgestreefd op het ogenblik waarop de aangevochten reclame door Proximus werd gevoerd, door recentere gegevens uit september 2013 en 2014.

Het is voldoende aannemelijk dat, in geval de reclame zou vermeld hebben dat het dataverkeer beperkt is tot 3 Gigabyte per maand, dit de gemiddelde consument ertoe zou gebracht hebben of kunnen gebracht hebben om zich geen Smart 50 aan te schaffen.

Er is sprake van een misleidende omissie in de zin van artikel art. VI.99 WER.

Anders dan Proximus beweert, is de gewraakte reclame wel degelijk van aard het gedrag van (zowel) consumenten (als niet-consumenten) rechtstreeks te beïnvloeden en merkbaar te beperken. Het is immers voldoende aannemelijk dat het aanbieden van onbeperkt bellen en sms'en samen met onbeperkt dataverkeer, dat alles aan de Proximuskwalliteit binnen "Smart 50", een bijzonder belangrijk criterium is bij de keuze van de gebruiker van mobiele netwerken voor een welbepaalde telecomoperator. *In casu* is deze boodschap van Proximus van aard de gebruiker rechtstreeks er toe te brengen te opteren voor Proximus als leverancier in plaats van Base, minstens bestaat de mogelijkheid daartoe (wat volstaat).

De reclame van Proximus is dan ook misleidend in de zin van de artikel VI.99 WER. Zij is bijgevolg verboden door artikel VI.95 WER.

Nu de reclame van Proximus ook kwalificeert als vergelijkende reclame (Belgacom en Base zijn concurrenten en Proximus identificeert Base in haar reclame (cfr. supra), is zij ook misleidend in de zin van artikel VI.17, § 1, 1° WER. Zij is bijgevolg ook verboden door artikel VI.17, §2 WER.

Base stelt terecht dat de reclame van Proximus niet objectief en controleerbaar is, met name wat de bewering inzake het kenmerk van de bereikbaarheid betreft.

Proximus verschaft geen enkele uitleg of gegeven waaruit de objectiviteit van de bewering inzake de bereikbaarheid zou blijken.



63

Zoals eveneens reeds gesteld, dient vergelijkende reclame nochtans objectief te zijn (artikel VI.17, §1, 3° WER).

Een “overdreven” uitspraak, waarachter Proximus zich in casu (op haar beurt) tracht te verschuilen, is per definitie geen objectieve uitspraak.

Proximus maakt zich derhalve eveneens schuldig aan een schending van artikel VI.17 §1, 3° WER, hetgeen verboden is krachtens artikel VI. 17, §2 WER.

Tenslotte verwijt Base aan Proximus dat haar reclame de goede naam van Base zou schaden en denigrerend zou zijn (artikel VI. 17 § 1,5° WER).

In casu oordeelt het hof dat de aangevochten reclame, wat de man in de boom of bovenaan de lantaarnpaal betreft, niet gespeend is van humor, doch het hier niet gaat om denigrerende humor of enige vorm van humor die de goede naam van Base kan schaden of schaadt. Minstens wordt het tegendeel onvoldoende aannemelijk gemaakt.

b. de reclame over de verzendsnelheid van Base en Proximus

20. Ook de vergelijkende reclame van Proximus over de verzendsnelheid van Base en Proximus (er wordt niet betwist dat het hier gaat om vergelijkende reclame) is misleidend. De reclame is meer bepaald misleidend in de zin van artikel VI.17 §1, 1° WER *juncto* de artikelen VI.97 WER en VI.105 WER.

Het is duidelijk dat de consument wordt misleid over de verzendsnelheid bij Proximus en bij Base om via 3G en/of 4G een bestand te versturen.

De verzendsnelheid om via 3G een bestand te versturen is bij Proximus 1,3 Mbps. (Megabyte per seconde), dus trager dan bij Base, waar de verzendsnelheid 2,2 Mbps is. Desondanks is het balkje van Proximus in de reclame groter dan dat van Base.

Daarenboven zijn ook de balkjes in verband met de 4G verzendsnelheid niet in proportie. De verzendsnelheid om via 4G een bestand te versturen is bij Proximus 11,9 Mbps. Bij Base is die verzendsnelheid 10,3 Mbps, wat dus nauwelijks minder is. Toch is het balkje van Base wat betreft de 4G-verzendsnelheid bijna gehalveerd ten opzichte van dat van Proximus.



Het is voldoende aannemelijk dat de gemiddelde consument voornamelijk oog zal hebben voor de balkjes, die veel visueler zijn dan de relatief kleine cijfertjes ernaast. De cijfertjes zelf zullen aan de aandacht van de gemiddelde consumenten of een deel ervan ontsnappen. De gemiddelde consument zal denken dat de balkjes een getrouwe weergave zijn van de cijfers, wat echter niet het geval is.

Een dergelijke reclame is misleidend en kan de gemiddelde consument ertoe brengen een besluit over een transactie te nemen dat hij anders niet had genomen, namelijk om zich bij Proximus te abonneren omdat hij verkeerdelijk denkt dat de snelheid om een bestand te versturen bij Proximus hoger is.

De gewraakte reclame is wel degelijk van aard het gedrag van (zowel) consumenten (als niet-consumenten) rechtstreeks te beïnvloeden en merkbaar te beperken.

De bovenstaande reclame is dan ook onrechtmatig in de zin van artikel VI.17 WER *juncto* de artikelen VI.93, VI.94 en VI.97 WER.

B. Het stakingsbevel

21. Proximus voert terecht aan dat een stakingsbevel voldoende precies dient te zijn. Zij verzet er zich dan ook terecht tegen dat een stakingsbevel zou opgelegd worden voor "soortgelijke" reclame als deze die Inbreukmakend werd bevonden.

C. De dwangsommen

22. Het hof beperkt het maximum van de te verbeuren dwangsommen tot een bedrag van 750.000 euro.

23. Alle overige door de partijen ingeroepen feitelijke elementen, argumenten en middelen zijn niet ter zake dienend en wegen in ieder geval niet op tegen hetgeen hiervoor door het hof werd overwogen.

PAGE 01-000003&5442-0023-0026-01-01-4



OM DEZE REDENEN :
HET HOF, recht doende na tegenspraak,

Gelet op artikel 24 van de wet van 15 juni 1935 op het gebruik der talen in gerechtszaken.

Verklaart het hoger beroep van Base ontvankelijk en gegrond in de hierna bepaalde mate :

Doet het bestreden vonnis teniet, behalve in de mate waarin het de vordering van Base ongegrond verklaarde die ertoe strekte vast te stellen dat door in de aangevochten reclame te beweren dat de klanten onbeperkt kunnen genieten van haar diensten terwijl dit onbeperkt genieten in werkelijkheid enkel geldt voor het telefoneren en het versturen van SMS berichten, met uitsluiting van dataverkeer, zich schuldig maakt aan een schending van artikelen 94-VI.95 WER *juncto* artikel VI.99 WER;

Opnieuw recht doende aangaande deze vordering :

Verklaart deze vordering gegrond;

Stelt vast dat Proximus, door in de aangevochten reclame te beweren dat de klanten onbeperkt kunnen genieten van haar diensten terwijl dit onbeperkt genieten in werkelijkheid enkel geldt voor het telefoneren en het versturen van SMS berichten, met uitsluiting van dataverkeer, zich schuldig maakt aan een schending van artikelen 94-VI.95 WER *juncto* artikel VI.99 WER;

Stelt vast dat Proximus in de aangevochten reclame door het zo voor te stellen alsof klanten van andere operatoren een slecht bereik hebben op hun netwerk of moeilijkheden ondervinden om het signaal te ontvangen, zonder dat er op objectieve wijze relevante en controleerbare kenmerken van de diensten worden vergeleken, zich schuldig maakt aan een schending van artikel 19 § 2 WMPC, heden artikel VI.17 § 2 WER;



Beveelt de staking van deze reclame onder verbeurte van een dwangsom van 500 euro per individuele e-mail, brief of persoonlijke mededeling en van 5.000 euro per mededeling en per dag via om het even welk ander medium, onder meer (doch niet beperkt tot) de website, krantenadvertenties, brochures, folders of persberichten, en dit vanaf 7 dagen na betekening van het tussen te komen arrest, met dien verstande dat het totaal aan te verbeuren dwangsommen geplafonneerd wordt op een maximumbedrag van 750.000;

Hervormt het bestreden vonnis in die zin dat:

- vastgesteld werd dat Base misleidende vergelijkende reclame voert door te stellen dat zij "het beste spraaknetwerk heeft";
- de staking werd bevolen van soortgelijke reclame als deze waarin de verzendsnelheid van Base grafisch kleiner wordt voorgesteld dan die van Proximus, hoewel de verzendsnelheid van Base groter is, of de verzendsnelheid van Base proportioneel te klein werd voorgesteld tegenover Proximus;

Zegt dat enkel de reclame die in onderhavig arrest als inbreukmakend werd beoordeeld het voorwerp uitmaakt van het stakingsbevel;

Verklaart het incidenteel beroep van Proximus ontvankelijk doch ongegrond;

Legt de kosten van de beroepsprocedure voor één derde ten laste van Base en voor twee derden ten laste van Proximus;

Stelt de kosten vast op 210 euro (verzoekschrift hoger beroep) + 1.320 euro aan de zijde van Base en op 1.320 euro (rechtsplegingsvergoeding) aan de zijde van Proximus.



697

Aldus gevonnist en uitgesproken ter openbare terechtzitting van de burgerlijke achtste kamer van het hof van beroep te Brussel, op 16 februari 2016, waar aanwezig waren en zitting hielden:

Bruno LYBEER,
Catharina VAN SANTVLIET,
Els HERREGODTS,
Kaatje BATSELIER,

Voorzitter,
Raadsheer,
Raadsheer,
Griffier.

Kaatje BATSELIER

Els HERREGODTS

Catharina VAN SANTVLIET

Bruno LYBEER

