
HOF VAN BEROEP GENT 9 FEBRUARI 2009

HANDELSPRAKTIJKEN

Eerlijke gebruiken en oneerlijke handelspraktijken – Afwerving cliënteel – Derde medeplichtige contractbreuk – Vordering tot staking – Samenloop aansprakelijkheidsregimes

Het afwerpen van cliënteel van een concurrent is op zich geoorloofd, maar wordt onrechtmatig en vatbaar voor een vordering tot staking indien zij gepaard gaat met bijzondere bezwarende omstandigheden zoals het aanzetten tot contractbreuk. Dit aanzetten tot contractbreuk als bijkomende omstandigheid dient onderscheiden te worden van de aansprakelijkheid wegens derdemedeplichtigheid aan anderen contractbreuk.

Naar analogie met de regels die gelden bij samenloop en co-existentie van contractuele en extracontractuele aansprakelijkheid, is een stakingsvordering uit de Wet op de Handelspraktijken die steunt op de derdemedeplichtigheid aan contractbreuk slechts gegrond indien de eiser het bewijs levert van een (dreigende) schade die onderscheiden is van de contractuele schade die hij lijdt. De uitvoering van een verbintenis uit overeenkomst kan niet worden gevorderd via een stakingsvordering.

Metropool Games NV/Tony Rus Activities NV, Wimi NV, Bingo Lux NV, Funtastic-Antes NV, Nobilco NV, Naco NV
Zet.: F. Deschoolmeester (raadsheer)
Pl.: Mrs. S. Criel en J. Stijns en R. Verstringhe

(...)

Feiten en procedure in eerste aanleg

2. De NV Wimi heeft een groot marktaandeel op de Belgische markt van verdeling en uitbating van speelautomaten in horeca- en speelzalen. Ze beschikt over een reeks verwante vennootschappen met dezelfde handelsactiviteiten o.a. de NV Bingo Lux, de NV Funtastic-Antes, de NV Nobilco en de NV Naco (hierna: genoemd “Wimi groep”). De NV Metropool Games is actief op vlak van de exploitatie van recreatieparken en lunaparken, aan wie ze speelautomaten ter beschikking stelt (hierna genoemd: “Metropool”). De NV Eurautomat is producent, importeur en groothandelaar van kansspelen en amusementstoestellen (hierna genoemd: “Eurautomat”). Zij verkoopt dergelijke automaten aan o.a. de Wimi groep. De NV Rus Tony Activities (hierna: “NV Rus Tony”) is een belangrijke concurrent van de Wimi groep, ook verdeler/verhuurder van kansspelautomaten die deze toestellen plaatst in handelszaken, waarmee afzonderlijke overeenkomsten worden gesloten inzake o.m. de termijn van de verbintenissen en de financiële voorwaarden van de exploitatie van deze automaten. Volgens de NV Rus

PRATIQUES DU COMMERCE

Usages honnêtes et pratiques commerciales déloyales – Débauchage clientèle – Tierce-complicité rupture contrat – Action en cessation – Concours régimes de responsabilité

Le débauchage de clientèle d'un concurrent est en soi licite, mais est illégitime et susceptible d'une action en cessation s'il va de pair avec des circonstances spéciales aggravantes comme l'incitation à la rupture de contrat. Cette incitation à la rupture de contrat comme circonstance complémentaire doit être distinguée de la responsabilité pour tierce-complicité à la rupture de contrat.

Par analogie aux règles qui s'appliquent au concours et à la coexistence de responsabilité contractuelle et extracontractuelle, l'action en cessation de la loi sur les pratiques du commerce qui se base sur la tierce complicité à la rupture de contrat n'est fondée que si la partie demanderesse fournit la preuve d'un dommage (imminent) distinct du dommage contractuel. L'exécution d'une obligation résultant d'un contrat ne peut pas être réclamée par le biais d'une action en cessation.

Tony stelde zij in mei 2007 vast dat de Wimi groep systematisch haar cliënteel benaderde en aanzette tot contractbreuk, wat als onrechtmatige afwerving van cliënteel strijdig is met de eerlijke handelspraktijken. Volgens de NV Rus Tony gebeurde dit onder bijzondere omstandigheden o.a. het op agressieve wijze doen van allerlei financiële voorstellen en via slechtmaking, teneinde haar handelszaak volledig te destabiliseren en ernstige financiële schade aan te richten. Er wordt naar diverse verklaringen van horeca-uitbaters verwezen.

3. Bij dagvaarding, betekend op 11 mei 2007, vorderde de NV Rus Tony lastens de Wimi groep, Metropool en Eurautomat:

(1) hun praktijken te horen veroordelen als strijdig met de artikelen 93 en 95 WHPC, nl. onrechtmatige afwerving van cliënteel en parasitaire mededinging;

(2) te horen bevelen dat zij onmiddellijk hun praktijken staken, alsook er zich verder in de toekomst van dienen te onthouden, dit op straffe van een dwangsom van 50.000 EUR per vastgestelde inbreuk;

(3) verbod te horen opleggen om gedurende één jaar het

cliënteel van de NV Rus Tony te benaderen of contacten te onderhouden, zowel rechtstreeks als onrechtstreeks via een verwante onderneming of op enige andere wijze, op straffe van een dwangsom van 50.000 EUR per vastgestelde inbreuk;

(4) publicatie van het tussen te komen vonnis op hun kosten in een persbericht in verschillende kranten en tijdschriften naar keuze en op de homepagina van hun websites voor een bedrag van 75.000 EUR (excl. BTW), deze kosten invorderbaar zijnde lastens hen op eenvoudig vertoon van de factuur;

(5) te bevelen dat deze publicatie gebeurt in een kader, los van de andere teksten, in een lettertype gelijk aan minimum "Times New Roman 20", op straffe van een dwangsom van 5.000 EUR per krant en per begonnen dag vertraging;

(6) solidaire veroordeling tot de gedingkosten.

Bij conclusie, neergelegd op 6 juni 2007, vorderde de Wimi groep bij tegeneis lastens de NV Rus Tony:

(1) haar praktijken te horen veroordelen als strijdig met de artikelen 93 en 95 WHPC, nl. onrechtmatige afwerving van cliënteel en parasitaire mededinging;

(2) te horen bevelen dat zij onmiddellijk haar praktijken staakt, alsook er zich verder in de toekomst van moet onthouden, dit op straffe van een dwangsom van 50.000 EUR per vastgestelde inbreuk;

(3) verbod op te leggen haar toestellen te plaatsen in handelszaken die geen vergunning Klasse C van de Kansspelcommissie hebben;

(4) verbod op te leggen om nog voorstellen te doen welke aanzetten tot contractbreuk jegens de NV Bingo Lux en de NV Funtastic-Antes;

(5) publicatie van het tussen te komen vonnis op haar kosten in een persbericht in verschillende kranten en tijdschriften naar keuze van de NV Bingo Lux en de NV Funtastic-Antes en op de homepagina van haar website voor een bedrag van 75.000 EUR (excl. BTW), deze kosten invorderbaar zijnde lastens haar op eenvoudig vertoon van de factuur;

(6) te bevelen dat deze publicatie gebeurt in een kader, los van de andere teksten, in een lettertype gelijk aan minimum "Times New Roman 20", op straffe van een dwangsom van 5.000 EUR per krant en per begonnen dag vertraging;

(7) veroordeling tot de gedingkosten.

Bij conclusie, neergelegd op 13 juni 2007, breidde de NV Rus Tony zijn vordering uit met het opleggen van een verbod tot:

(1) slechtmaking of het op enige wijze verspreiden van verkeerde informatie;

(2) het aanzetten tot het plegen van contractbreuk via o.m. het aanbieden van geldsommen en andere voordelen;

(3) het aanbieden tot dragen van de kosten als gevolg van deze contractbreuk;

(4) het formuleren van voorstellen die aanzetten tot contractbreuk inzake overeenkomsten m.b.t. de plaatsing van caféspele, op straffe van 50.000 EUR dwangsom per inbreuk.

Bij conclusie, neergelegd op 20 juni 2007, vorderden Metropool en Eurautomat bij tegeneis een schadevergoeding lastens de NV Rus Tony van respectievelijk 5.000 EUR en 12.500 EUR wegens tergend en roekeloos geding.

Bij het vonnis *a quo* van 18 juli 2007 verklaarde de stakingsrechter:

(1) de hoofdeis ontvankelijk en als volgt gegrond:

a) de praktijken van de Wimi groep, Metropool en Eurautomat, in het bijzonder de onrechtmatige afwerving van cliënteel, worden veroordeeld als strijdig met de artikelen 93 en 95 WHPC;

b) beveelt de staking van de onrechtmatige praktijken en bevelen dat de Wimi groep, Metropool en Eurautomat zich ervan in de toekomst moeten onthouden om het cliënteel van de NV Rus Tony af te werven en aan te zetten tot contractbreuk, onder verbeurte van een dwangsom van 5.000 EUR per vastgestelde inbreuk vanaf de betekening;

c) wijst het méérgevorderde af als ongegrond;

(2) de tegenvorderingen ontvankelijk, doch ongegrond;

(3) veroordeelt de Wimi groep, Metropool en Eurautomat solidair tot de gedingkosten;

(4) beveelt kopij van dit vonnis over te maken aan de minister van Economische Zaken te Brussel.

Procedure in hoger beroep

4. Voor de gedetailleerde uiteenzetting van de grieven en argumenten van partijen in de principale en incidentele hogere beroepen, kan verwezen worden naar de respectievelijk beroepsaktes en conclusies.

Beoordeling

5. Gelet op de samenhang tussen de beroepsprocedures met rolno's. 2007/2349 en 2007/2371, teméér beide hogere beroepen hetzelfde vonnis *a quo* aanvechten, worden deze gevoegd (art. 30 Ger.W.).

6. Metropool en Eurautomat stellen dat ze met huidige discussie niets te maken hebben, vermits het plaatsen/exploiteren van speelautomaten in de kleinhandel niet tot hun maatschappelijk doel behoort. Ze stellen dat de NV Rus Tony géén belang zou hebben bij de oorspronkelijke vordering, dat het een "*actio ad futurum*" betreft en minstens dat de vordering géén voorwerp heeft. Het hof is vooreerst van oordeel dat de eerste rechter terecht met de economische realiteit in de sector van de speelautomaten rekening hield en het netwerk van vennootschappen rond marktlieder W.M. als de groep Wimi in aanmerking neemt (stukken 51 tot 53 NV Rus

Tony). De Wimi groep exploiteert en verhuurt amusementstoestellen in horecazaken. Alle verwante vennootschappen, alhoewel afzonderlijke rechtspersoonlijkheid, hanteren dezelfde bedrijfspolitiek en hebben in grote mate dezelfde bestuurders. Metropool exploiteert recreatie- en lunaparken, wat tevens beantwoordt aan de activiteiten van de NV Rus Tony, zoals blijkt uit het contract met de BVBA Fortuna 2000 inzake de exploitatie van een lunapark (stuk 13 NV Rus Tony). Aan Metropool wordt door de Wimi groep trouwens de regio Brabant toebedeeld (stuk 49 NV Rus Tony). Ook Eurautomat verwijst als groothandelaar specifiek naar haar verbondenheid met de Wimi groep (zie haar website). De door de Wimi groep geplaatste toestellen met logo “Wimi games” koopt ze aan bij Eurautomat, die trouwens in 1958 ook door W.M. werd opgericht (stuk 54 NV Rus Tony). De NV Rus Tony heeft aldus een belang om ook lastens deze vennootschappen haar stakingsvordering te richten. Daarenboven bepaalt artikel 18, 2° Ger.W. dat een rechtsvordering kan worden toegelaten teneinde een schending van een ernstig bedreigd recht te voorkomen. Typisch aan een stakingsvordering is dat zij ook geldt voor de toekomst (zie P. DE VROEDE, “Handelspraktijken. De doeltreffendheid van het stakingsbevel”, *TPR* 2004-1, 223, nr. 13). De stakingsrechter kan een stakingsbevel opleggen wanneer hij van oordeel is dat er gevaar bestaat dat de verboden praktijk in de toekomst zal worden gepleegd of dat er sprake is van herhalingsgevaar. Alle appellanten moeten onder het opgelegde bevel ressorteren, anders zou de verboden praktijk door een andere verwante vennootschap (die niet onder het stakingsbevel valt) kunnen worden voortgezet. De initiële vordering van de NV Rus Tony is dus lastens alle huidige appellanten ontvankelijk.

7. Het afwerpen van cliënteel van een concurrent is op zich geoorloofd, vermits deze voortvloeit uit de vrijheid van concurrentie. Deze afwijking wordt onrechtmatig op het ogenblik dat zij gepaard gaat met bijzondere omstandigheden en omwille van het doel dat zij beoogt (Gent 5 mei 1999, *Jaarboek Handelspraktijken & Mededinging 1999*, 528). Alle partijen zijn lid van de U.B.A. (Unie van de Belgische Automatenbranche), waarbij onder de leden een “gentleman’s agreement” geldt om elkaars cliënteel niet te benaderen, zelfs niet door aanbiedingen te formuleren (stuk 1 Wimi groep). De NV Rus Tony werd door de U.B.A. vanaf 17 april 2007 tot 31 december 2007 als lid geschorst (stuk 2 Wimi groep). Kort na deze schorsing hebben een 6-tal klanten van de NV Rus Tony quasi gelijktijdig in de periode van 9 tot 14 mei 2007 hun contracten verbroken (stukken 10, 14, 26, 28, 46, 47 NV Rus Tony), dit in brieven met vrijwel identieke bewoordingen, waarna de Wimi groep aldaar onmiddellijk hun speelautomaten onder een nieuw contract hebben geplaatst tegen (volgens de uitbaters) betere condities – zie PV van vaststelling op 16 en 30 mei 2007 (stukken 69, 72, 79 NV Rus Tony). Ook werden heel wat pogingen gedaan om cliënteel af te werven met aanlokkelijke voorstellen (stukken 1 tot 9, 33, 43, 45, 62 NV Rus Tony). In bepaalde gevallen

werden aanzienlijke sommen geboden om de financiële gevolgen van een contractbreuk met de NV Rus Tony op te vangen. De door de NV Rus Tony voorgelegde verklaringen zijn gelijklopend en vormen samen een voldoende bewijs van de onrechtmatige afwijking. Een grondige analyse waarbij elke verklaring wordt ontleed, doet hieraan géén afbreuk. Deze actieve en systematische afwijking, resultaat van een doelbewuste strategie en een georganiseerd opzet tijdens de schorsing van de NV Rus Tony als lid van de U.B.A., bracht een overstap van cliënteel van de NV Rus Tony naar de concurrerende Wimi groep teweeg. De NV Wimi en U.B.A. hebben hun zetel op hetzelfde adres, nl. Wijngaardstraat 36 te Haaltert (Kerksken – stuk 60 NV Rus Tony). Dergelijke bijzondere omstandigheden maken de afwijking onrechtmatig. Ook wordt slechtmaking als bijzondere omstandigheid naar voor gebracht op basis van een paar verklaringen van klanten (o.a. de uitbater van café “Ministerie” te Genk – stuk 7 NV Rus Tony). Nalezing van deze verklaringen laat het hof echter toe te besluiten dat de eerste rechter terecht oordeelde dat deze uitlatingen te vaag zijn om als voldoende bewijs van slechtmaking te worden aanvaard.

8. Appellanten verwijzen naar de vier cumulatieve voorwaarden welke moeten vervuld zijn opdat er sprake zou kunnen zijn van derdemedeplechtigheid aan contractbreuk (*cf.* Cass. 28 november 2002, *TBBR* 2004, 402). Er moet echter een belangrijk onderscheid gemaakt worden tussen enerzijds derdemedeplechtigheid aan contractbreuk, wat op zichzelf reeds onrechtmatig is en het voorwerp van een contractuele vordering, en anderzijds het aanzetten tot contractbreuk als bijkomende bezwarende omstandigheid in het kader van afwijking van cliënteel als oneerlijke handelspraktijk en voorwerp van een stakingsvordering. In huidige procedure moet geïntimeerde niet aantonen dat de vier voorwaarden tot daadwerkelijke derdemedeplechtigheid aan contractbreuk zijn vervuld. De NV Rus Tony bewijst haar overeenkomsten met de betrokken uitbaters, hetzij schriftelijk voor bepaalde duur, hetzij mondeling. Cliënteel dat contractueel verbonden is, kan niet als “*res nullius*” worden beschouwd en heeft een patrimoniaal karakter. De vrijheid van concurrentie is veel beperkter m.b.t. contractueel verbonden cliënteel dan t.o.v. vrij cliënteel. De Wimi groep, Metropool en Eurautomat kunnen moeilijk stellen dat zij niet op de hoogte waren van de lopende contracten tussen de NV Rus Tony en haar klanten. Via de belangenvereniging U.B.A., waarvan W.M. sinds 1975 voorzitter is, alsook uit de informatie op de toestellen zelf in de horecazaken (identificatie via fiscale en andere kentekens), is voor elk speelautomaat de medecontractant van de café-uitbater gekend. Deze kennis blijkt ook uit het feit dat de Wimi groep in haar stukkenbundel op de lijsten van de Kansspelcommissie aanduidt wie klant is bij de NV Rus Tony (stukken 73, 74, 78 Wimi groep).

9. In deze procedure (stakingsvordering) wordt ook geen schadevergoeding gevorderd wegens derdemedeplechtigheid aan contractbreuk. De argumentatie van appellanten (geen geldige overeenkomst, geen contractbreuk) is dan ook

voor de betrokken procedure ten gronde bestemd, gericht tegen de betrokken café-uitbaters en tegen appellanten als derdemedeplichtigen. Naar analogie met de regels die gelden bij samenloop en co-existentie van contractuele en extracontractuele aansprakelijkheid, komt een stakingsvordering die steunt op de medeplichtigheid aan een contractuele wanprestatie slechts gegrond voor indien de eiser aantoonst dat de houding van de derde van die aard is dat ze hem een schade kan berokkenen die onderscheiden is van de contractuele schade die hij lijdt. De uitvoering van een verbintenis uit overeenkomst kan niet worden gevorderd via een stakingsvordering volgens de Wet op de Handelspraktijken (Gent 6 juni 2005, *Jaarboek Handelspraktijken & Mededinging 2005*, 546). Voor een inbreuk op de handelspraktijken volstaat het voor de NV Rus Tony aannemelijk te maken dat zij naast contractuele schade ook andere schade kan/kon lijden o.m. qua interne organisatie en personeelskosten, nl. dat zij in haar beroepsbelangen werd of kan worden geschaad. Een plotse omzetzaling kan gevolgen hebben op de werking/de structuur van een bedrijf. Het schaden van de beroepsbelangen van de NV Rus Tony door appellanten bestaat uit het systematisch karakter van het aanzetten tot contractbreuk, al dan niet gecombineerd met financiële voordelen voor de uitbaters. Terecht heeft de eerste rechter dan ook een inbreuk vastgesteld op de artikelen 93 en 95 WHPC en de stakingsvordering (in bepaalde mate) toegekend.

10. De Wimi groep stelt op haar beurt bij tegeneis dat de NV Rus Tony haar cliënteel heeft benaderd en eveneens lucratieve voorstellen heeft geformuleerd (stukken 70, 71 Wimi groep). Er ligt echter onvoldoende bewijs voor van een beweerde onrechtmatige afwerving van cliënteel, die een aanvaardbare prospectie van de markt zou te buiten gaan. Het aanzetten tot plagen van contractbreuk wordt niet aangetoond.

11. Ook beweert de Wimi groep dat de NV Rus Tony toestellen levert aan uitbaters van cafés en aanverwanten die niet over de vereiste vergunning Klasse C beschikken. Het zou gaan om de herbergen “Gildenhuis”, “De Wijzer” en “Lindehof”. Waar de wet van 7 mei 1999 op de kansspelen (*BS 30 december 1999*) van openbare orde is, zou zo’n inbreuk als een oneerlijke handelspraktijk kunnen worden beschouwd die de beroepsbelangen van andere verkopers schaadt of kan schaden (art. 93 WHPC; *cf. Cass. 9 januari 1997, Arr.Cass. 1997, 49*). De stakingsrechter is dan ook bevoegd om van dit onderdeel kennis te nemen. Ook heeft de Wimi groep het vereiste belang om dergelijke vordering in te stellen, waar zij dezelfde markt bespeelt en dezelfde rechtsregels moet respecteren als de NV Rus Tony. De eerste rech-

ter wees de vordering echter terecht af als ongegrond, omdat de Wimi groep de beweerde inbreuken niet bewijst. De NV Rus Tony bewijst integendeel dat de aangehaalde cafés wel beschikken over deze vergunning (haar stukken 90 tot 92). De principale hogere beroepen zijn ongegrond.

12. Waar de oorspronkelijke vordering van de NV Rus Tony in bepaalde mate gegrond wordt beoordeeld, komt de tegeneis van Metropool en Eurautomat op basis van tergend en roekeloos geding ongegrond voor.

13. Bij incidenteel hoger beroep vordert de NV Rus Tony een hogere dwangsom, stellende dat tegenpartijen – wanneer de dwangsom niet in verhouding staat met de financiële voordelen die zij kunnen behalen bij inbreuken – het verbod zouden negeren. Het hof is van oordeel dat de door de eerste rechter opgelegde dwangsom van 5.000 EUR per vastgestelde inbreuk voldoende is om doeltreffend te zijn. Publicatie van het opgelegde stakingsbevel (art. 99 WHPC) is slechts aanvaardbaar wanneer dit ertoe bijdraagt om de gewraakte daad of de uitwerking ervan te doen ophouden. Het hof treedt de eerste rechter bij waar in casu deze nuttige bijdrage niet wordt ingezien. Het incidenteel hoger beroep is ongegrond. De NV Rus Tony en de Wimi groep vorderen 10.000 EUR rechtsplegingsvergoeding in hoger beroep (max. bedrag). Het gaat in casu om een niet in geld waardeerbare stakingsvordering. Het basisbedrag van 1.200 EUR is passend (KB 26 oktober 2007), waar de betwisting niet dermate gecompliceerd voorkomt.

Om deze redenen,

Het hof,

Rechtdoende op tegenspraak,

Gelet op artikel 24 van de wet van 15 juni 1935 op het taalgebruik in gerechtszaken.

Voegt de beroepsprocedures met rolno’s. 2007/2349 en 2007/2371 samen.

Verklaart alle hogere beroepen ontvankelijk, doch ongegrond.

Bevestigt het bestreden vonnis.

Veroordeelt alle appellanten solidair tot de gedingkosten van de beroepsprocedures, vereffend in hoofde van de NV Rus Tony op 1.200 EUR rechtsplegingsvergoeding hoger beroep.

(...)

Noot

Zie noot Jules Stuyck in dit nummer, p. 932.

Note

Voyez note Jules Stuyck p. 932.