
HOF VAN BEROEP ANTWERPEN 28 SEPTEMBER 2007

MARKTPRAKTIJKEN

Verkooptechnieken – Kettingverkoop of piramideverkoop – Richtlijn nr. 2005/29/EG – Toepassingsvoorwaarden – Indirecte band tussen de door nieuwe leden verrichte betalingen en de door de bestaande leden ontvangen vergoedingen – Kansspelen

Op grond van artikel VI.100, 14° WER kan een handelspraktijk als verboden piramidesysteem worden gekwalificeerd zelfs indien er slechts een indirecte band bestaat tussen de door de nieuwe leden verrichte betalingen en de door de bestaande leden ontvangen vergoedingen. Dit is het geval wanneer de vergoeding van bestaande leden niet voortkomt uit het eigen verbruik van de lotto inzetten, maar “eerder” of “hoofdzakelijk” uit de inleg van later toetredende leden waarmee zij op de lotto spelen.

*Loterie Nationale – Nationale Loterij, naamloze vennootschap van publiek recht / Adriaensen Paul, De Kesel Werner, The Right Frequency VZW
Zet.: B. Ponet, M.-C. Willemaers en I. Renap (raadsheren)*

[...]

I. Voorgaanden

[...]

2. Alvorens verder ten gronde te oordelen, schorste het hof de verdere behandeling van de zaak en stelt volgende prejudiciële vraag aan het Hof van Justitie:

“Is het voor de toepassing van punt 14 van bijlage I van richtlijn nr. 2005/29 van het Europees Parlement en de Raad van 11 mei 2005 (betreffende oneerlijke handelspraktijken van ondernemingen jegens consumenten op de interne markt en tot wijziging van richtlijn nr. 84/450/EEG van de Raad, richtlijnen nr. 97/7/EG, nr. 98/27/EG en nr. 2002/65/EG van het Europees Parlement en de Raad en van verordening (EG) nr.2006/2004 van het Europees Parlement en de Raad) vereist dat van een verboden piramidespel slechts sprake is indien de verwezenlijking van de financiële belofte naar bestaande leden:

- *eerder of in hoofdzaak afhangt van de rechtstreekse doorbetaling van de bijdragen van de nieuwe leden (‘directe band’),*

dan wel

- *dat het volstaat dat de verwezenlijking van die financiële belofte voor bestaande leden eerder of hoofdzakelijk afhangt van een indirecte betaling door de bijdragen van bestaande*

PRATIQUES DU MARCHÉ

Techniques de vente – Ventes en chaîne ou système de promotion pyramidale – Directive n° 2005/29/EG – Conditions d’application – Lien indirect entre les participations versées par de nouveaux adhérents et les contreparties perçues par les adhérents en place – Jeux de hasard

Sur la base de l’article VI.100, 14°, CDE, une pratique commerciale peut être qualifiée de système de promotion pyramidale même s’il n’existe qu’un lien indirect entre les participations versées par de nouveaux adhérents et les contreparties perçues par les adhérents en place. C’est le cas lorsque la contrepartie perçue par les adhérents en place ne résulte pas du propre emploi des mises du Lotto, mais dépend « essentiellement » ou « principalement » de la mise des adhérents ultérieurs avec laquelle ils jouent au Lotto.

leden, i.e. zonder dat bestaande leden eerder of hoofdzakelijk hun vergoeding verkrijgen uit hun eigen verkoop of hun eigen verbruik van goederen of diensten maar voor de verwezenlijking van hun financiële belofte eerder of hoofdzakelijk afhangen van de toetreding en bijdragen van nieuwe leden (‘indirecte band’)?”

[...]

II. Verdere beoordeling

[...]

5. Appellante beroept zich in hoofdorde op het bestaan van een verboden piramidespel.

Overeenkomstig artikel 91, 14° WMPC (art. VI.100, 14° WER) worden de volgende misleidende handelspraktijken onder alle omstandigheden als oneerlijk beschouwd:

“Een piramidesysteem opzetten, beheren of promoten waarbij de consument tegen betaling kans maakt op een vergoeding die eerder voortkomt uit het aanbrenge van nieuwe consumenten in het systeem dan uit de verkoop of het verbruik van producten.”

Bij tussenarrest van 3 december 2015 heeft het hof reeds geoordeeld dat de belofte van een economisch voordeel aanwezig is in het Lucky 4 All-spel en dat de verwezenlijking daarvan afhangt van de toetreding van nieuwe consumenten tot het systeem.

De enige overblijvende vraag is of de financiering van de vergoeding uitgekeerd aan de consument “eerder” of “hoofdzakelijk” afhangt van de bijdrage van de nieuwe deelnemers.

6. Bij arrest van 15 december 2016, zoals *supra* onder de voorgaanden reeds geciteerd, heeft het Hof van Justitie geoordeeld dat een onrechtstreekse band volstaat.

Dit onrechtstreekse verband houdt in dat de vergoeding van bestaande leden niet voorkomt uit het eigen verbruik van de lotto-inzetten, maar “eerder” of “hoofdzakelijk” uit de inleg van later toetredende leden waarmee zij op de lotto spelen.

De vergoeding van bestaande leden komt niet hoofdzakelijk voort uit de winsten van eigen inzetten, maar hoofdzakelijk uit de winsten van de inzetten van de nieuwe toestromende deelnemers. De uitkering naar de top van de piramide komt indirect voort uit de bijdrage van de nieuwe leden en niet uit het verbruik door die spelers van zelf aangekochte lottocombinaties.

Uit de hele werking en de structuur van het spel (voor de uitgebreide beschrijving van het spel verwijst het hof naar het vonnis *a quo* p. 5-10, beschrijving die het hof zich eigen maakt) blijkt dat geïntimeerden (Lucky 4 All) zelf de grootste voordelen halen uit het spel. Zelfs als geïntimeerden meespelen met het spel, dan is er geen enkele rechtvaardiging waarom zij niet op gelijke voet staan met de rest van de spelers, maar per sé de eerste 4 niveaus van het spel moeten bekleden. Daarvoor kan maar één reden bestaan en dat is dat het systeem (lees: geïntimeerden) aldus optimaal genieten van de winsten die de spelers genereren in de 8 niveaus onder haar (hen).

Deze winsten zijn de volgende:

- Lucky 4 All ontvangt sowieso 10% op alle winsten gegenereerd in het hele spel, dus ook in de niveaus die zich meer dan 8 levels lager bevinden;
- Lucky 4 All ontvangt eveneens 5% (4% + 1%) van het prijzengeld uit de winnende lijn onder zich. Gezien Lucky 4 All helemaal bovenaan de piramide staat, zijn haar winstkansen gevoelig hoger dan voor de gewone speler;
- Lucky 4 All ontvangt zelf 50% van het prijzengeld uit eigen winnende combinaties.

De structuur van het spel betekent echter ook dat deelnemers die later toetreden tot het spel en zich onderaan de piramide bevinden, principieel recht hebben op minder winsten (tenzij zij ook erin slagen om hun persoonlijke spelersgroep volledig op te vullen met andere spelers en dus in totaal 9.840 lottocombinaties). Spelers onderin de piramide zullen er na verloop van tijd niet in slagen om nog nieuwe leden aan te trekken, eenvoudigweg omdat de interesse in het spel zal verminderen. Een exponentiële aanwas van nieuwe leden is niet mogelijk. Het spel botst ergens op zijn limieten.

Lucky 4 All is een schoolvoorbeeld van een piramidesysteem die een omzetting uitmaakt van bijlage I van de richtlijn oneerlijke handelspraktijken (de zogenaamde zwarte lijst) en laat geen verdere beoordelingsmarge aan de rechter toe. Een staking ervan dringt zich derhalve op.

7. Geïntimeerden werpen vervolgens diverse middelen op teneinde te ontsnappen aan de kwalificatie van een piramidesysteem. Deze middelen zijn niet ter zake dienend en ongegrond en worden louter volledigheidshalve weerlegd als volgt.

7.1. Ten onrechte stelt derde geïntimeerde dat zij als loutere sponsor niet de gewraakte handelspraktijk beging.

Derde geïntimeerde tracht ten onrechte haar betrokkenheid te ontkennen. Het feit dat de VZW als dusdanig niet zou meespelen met het spel is irrelevant. Stuk 2 toont aan dat derde geïntimeerde meer dan alleen sponsort maar het spel zelf mee ondersteunt. Overigens is dit verweer laattijdig nu bij tussenarrest van 3 december 2015 de vordering ten aanzien van derde geïntimeerde reeds ontvankelijk werd verklaard en ook jegens haar reeds de overige twee voorwaarden van het piramidesysteem werden onderzocht.

7.2. Voorts stellen geïntimeerden ten onrechte dat zij geen “handelspraktijk” zouden voeren en zij geen winst zouden beogen.

Terecht stelt appellante dat een handelspraktijk als dusdanig geen winstooi merk vereist. Artikel I.8, 23° WER definieert de handelspraktijk als: “Iedere handeling, omissie, gedraging, voorstelling van zaken of commerciële communicatie, met inbegrip van reclame en marketing, van een onderneming, die rechtstreeks verband houdt met de verkoopbevordering, verkoop of levering van een product.”

Er is geen reden om deze definitie restrictief te interpreteren. Integendeel dient de definitie ruim geïnterpreteerd te worden om een hoog niveau van consumentenbescherming te verzekeren. Het WER en de richtlijn oneerlijke handelspraktijken nr. 2005/29 vereisen niet dat men enkel eigen producten wil doorverkopen of de verkoop ervan wil bevorderen. Een handelspraktijk kan ook betrekking hebben op andermans producten.

Verder heeft het hof in het tussenarrest van 3 december 2015 reeds aangenomen dat het spel een handelspraktijk uitmaakt door de twee eerste constitutieve voorwaarden voor het piramidesysteem te bespreken en te aanvaarden zodat *a fortiori* de kwalificatie handelspraktijk werd weerhouden én door te oordelen dat geïntimeerden ondernemingen zijn in de zin van artikel 2, 1° WMPC (thans art. I.1, 1° WER). De organisatie van een lottospel pot beoogt evident de verkoop van lottoproducten te bevorderen en kwalificeert dus als een handelspraktijk, zoals appellante terecht stelt.

Het middel van geïntimeerden dat er geen sprake is van een handelspraktijk (slechts ingeroepen na het tussenarrest van 3 december 2015), is ten slotte manifest laattijdig zodat aan-

genomen dient te worden dat geïntimeerden berust hebben in de kwalificatie als handelspraktijk.

Overigens heeft ook het Hof van Justitie de structuur van het bestreden spel doorprikt als hebbende een winst oogmerk, voor zover dit al vereist zou zijn om als handelspraktijk te kwalificeren (randnr. 22, 32-33 van het arrest).

8. Ten slotte beroepen geïntimeerden zich nog op diverse middelen/argumenten die het hof voor zover als nodig en louter volledigheidshalve weerlegt.

Geïntimeerden houden ten onrechte voor dat de vergoeding aan bestaande deelnemers voorkomt uit zogenaamde systeemcombinaties. Een en ander neemt niet weg dat het merendeel van de vergoedingen nog steeds voortkomt uit de bijdragen (en regelmatige inzetten) van leden onderin de piramide. De winsten uit deze bijdragen maken nog steeds de hoofdbrok uit van de uitkering aan bestaande leden.

Verder is het niet correct te stellen dat de vergoeding aan bestaande leden (rechtstreeks) moet voorkomen uit de entreegelden van nieuwe leden. Een en ander was overigens net het opzet van de prejudiciële vraag, het onderscheid tussen directe doorbetaling dan wel indirecte doorbetaling, door een voorafgaand verbruik in hoofde van anderen van goederen of diensten. Het Hof van Justitie heeft dat laatste als voldoende aangemerkt in randnr. 31 van het arrest.

Het is evenzeer niet juist van geïntimeerden om het spel te bestempelen als een vorm van “*multi-levelmarketing*” (of vertaald als marketing op meerdere niveaus). Anders dan bij dit zakenmodel verwerft de deelnemer aan het piramidespel van Lucky 4 All, op het moment dat hij aan het piramidespel geld inlegt, geen voordeel maar slechts (of in hoofdzaak) de kans op een voordeel in de toekomst waarvan de verwezenlijking (in hoofdzaak) afhankelijk is van de inleg van latere deelnemers. Het voordeel is niet afhankelijk (toch niet in hoofdzaak) van de winsten uit de eigen 10 lottocombinaties die de speler aankocht.

Geïntimeerden houden eveneens ten onrechte voor dat er geen marktverzadiging zal optreden, gezien Lucky 4 All beweerdelijk een verkoopbevorderingssysteem is.

Terecht stelt appellante dat marktverzadiging als dusdanig geen afzonderlijk te onderzoeken voorwaarde is van een piramidesysteem. Marktverzadiging is overigens een onweerlegbare realiteit. Verder is het zo dat, door de specifieke winstverdeling, latere deelnemers in het spel minder kans maken op winst. Een eeuwige aanwas van nieuwe leden is nooit mogelijk. De steeds groter wordende basis van de piramide, die exponentieel toeneemt, zal steeds meer moeite hebben om nieuwe geïnteresseerde spelers aan te trekken.

Ten slotte is Lucky 4 All ook geenszins te beschouwen als een toegelaten lottogroepsspel die inderdaad door appellante wordt gepromoot. De essentie van een gewoon lottogroepsspel bestaat erin dat twee of meerdere spelers een gemeen-

schappelijke inzet organiseren om samen met meer verschillende combinaties te kunnen spelen en zo dus de winstkansen van de groep te verhogen. Het risico bij een gemeenschappelijk inzet blijft voor elke deelnemer dus hetzelfde: de winst wordt gewoon gelijkmatig onder hen verdeeld. Met dat laatste ligt het verschil met Lucky 4 All. Door de ingewikkelde verdeling van de winsten met verschillende percentages en dit naar boven toe, is het risico geenszins gelijkmatig. Spelers die de top van de piramide bevolken lopen veel minder risico dan spelers aan de basis, van wie verwacht wordt dat ze continu nieuwe spelers aanbrengen.

Alle overige door geïntimeerden ingeroepen middelen/argumenten zijn niet ter zake dienend nu duidelijk de drie voorwaarden voor een kwalificatie van Lucky 4 All als piramidesysteem vervuld zijn en, anders dan geïntimeerden voorhouden, geen andere vereisten dienen bewezen te worden.

9. Het hof dient zich niet verder uit te spreken over het oorspronkelijke derde middel van appellante (misleidende handelspraktijken) vermits dit middel nevensgeschikt is aan het middel inzake het piramidesysteem.

Dit middel kan niet tot een ruimere staking leiden zodat het hof dit niet dient te onderzoeken gelet op de reeds vastgestelde inbreuk op de regels inzake het piramidesysteem.

10. Besluit: het hoger beroep van appellante is, wat haar tweede middel betreft (de vaststelling van een verboden piramidesysteem), gegrond.

Het oorspronkelijk incidenteel beroep van geïntimeerden is ongegrond.

[...]

III. Beslissing

[...]

Het hof zegt voor recht dat het aanbieden, promoten, organiseren en uitbaten door geïntimeerden van het spel “Lucky 4 All” als *dusdanig*, waarvan de werking beschreven in het proces-verbaal van vaststelling d.d. 27 maart 2014, een verboden piramidesysteem uitmaakt in de zin van artikel 91, 14° WMPC (thans art. VI.100, 14° WER).

Het hof beveelt de onmiddellijke staking van deze inbreuk onder verbeurte van een dwangsom van 5.000 EUR per dag dat het gewraakte spel “Lucky 4 All” georganiseerd blijft, binnen de 7 werkdagen na betekening van het tussen te komen arrest, met een maximum te verbeuren dwangsom van 150.000 EUR.

Het hof verklaart het oorspronkelijke incidenteel beroep van geïntimeerden, zoals geformuleerd in de syntheseconclusies van 23 juli 2015 neergelegd voor het tussenarrest, ongegrond.

[...]