

Noot

*Het Lucky 4 All-arrest.**Één stap dichterbij een heldere afbakening tussen verboden piramidesystemen en toegelaten multi-levelmarketingsystemen?*Elisa Paredis¹

MULTI-LEVEL MARKETING EN PIRAMIDESYSTEMEN – De relevantie van het onderscheid tussen toegelaten multi-levelmarketing (“MLM”) enerzijds, en verboden piramidesystemen anderzijds, is de laatste jaren des te prangender geworden. De verkooptechniek gehanteerd door zulke MLM-systemen is namelijk in forse opmars in Europa de laatste 10 à 15 jaar². Meer specifiek werd in 2016 in België voor 215 miljoen EUR aan items verkocht door middel van directe verkoop³, waar MLM zo’n 80-90% van uitmaakt⁴. De directe band tussen de consument en verkoper is een aantrekkelijke marketingstrategie voor bedrijven, maar ook veel consumenten kunnen het appreciëren in een vertrouwde kring van vrienden of familie items te kopen. Voor de distributeurs vormt het bovendien een laagdrempelige manier om een centje bij te verdienen. Vooral het feit dat deze vergoeding niet louter vasthangt aan hun eigen verdiensten, maar ook aan (die van) de mensen die ze zelf mee in het systeem hebben gebracht, wordt beschouwd als een grote troef⁵. Het is echter dit laatste typerende element van MLM dat de grens met verboden piramidesystemen, fundamenteel gestoeld op

rekrutering en als *per se* misleidend beschouwd, zo dun maakt⁶.

BELANG VAN EEN DUIDELIJKE AFBAKENING – Een vage juridische grens vormt niet alleen een barrière voor legale MLM-systemen die wel degelijk economische voordelen met zich mee zouden kunnen brengen, maar zou ook geëxploiteerd kunnen worden om *de facto* misleidende piramidesystemen door de mazen van het net te laten glippen en zo consumentenbescherming te ondermijnen. Gelet op deze risico’s en de rijzende populariteit van MLM, is een duidelijke afbakening dus van groot belang.

De beoordeling van het “Lucky 4 All”-spel in het geannoteerde arrest van het hof van beroep te Antwerpen, zelf steunend op het antwoord op de prejudiciële vraag gesteld aan het Hof van Justitie in de zaak *Nationale Loterij*, brengt ons één stap dichterbij dergelijke duidelijke afbakening. In deze bijdrage zullen aldus op basis van het geannoteerde arrest de juridische grenzen van verboden piramidesystemen worden uiteengezet.

I. VERBODEN PIRAMIDESYSTEMEN: *RATIO* EN JURIDISCH KADER

WETTELIJKE BEPALING – Piramidesystemen die voldoen aan de voorwaarden zoals uiteengezet in artikel VI.100, 14° WER vormen misleidende handelspraktijken die *per se* verboden zijn. Het verbod is een letterlijke vertaling van punt 14 van bijlage I van de richtlijn oneerlijke handelspraktijken en luidt als volgt: “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.”

RATIO – De *ratio* achter het verbod is voorkomen dat consumenten in een gelaagd systeem gelokt worden met de belofte op vergoeding, wanneer ze eigenlijk hoofdzakelijk vergoed zullen worden voor het aantrekken van nieuwe klanten in het systeem in plaats van voor het verkopen van goederen of diensten. Zulke systemen zijn onhoudbaar, daar bij het uitbreiden van het aantal nieuwe klanten die zelf weer nieuwe klanten moeten aanbrenge, saturatie op de markt snel bereikt is. Hierdoor leveren zulke systemen vaak enkel voordelen op aan de deelnemers – meestal de organisatoren – aan de top van de piramide, terwijl nieuwe deelnemers geen

¹ Doctoraatsstudente KU Leuven, Faculteit Rechtsgeleerdheid, onderzoekseenheid Consument, Concurrentie en Markt.

² E. DAEMS, “Over de (il)legaliteit van Herbalife: iedereen verkoper, niemand consument”, *Knack*, 26 juni 2017, www.knack.be/nieuws/gezondheid/over-de-il-legaliteit-van-herbalife-iedereen-verkoper-niemand-consument/article-longread-870555.html (laatst geraadpleegd 18 december 2018).

³ The European Direct Selling Association (“Seldia”), *European 2016 statistical report*, beschikbaar op www.seldia.eu/images/statistics/2016-statistics-13June2017.pdf (laatst geraadpleegd 13 december 2018).

⁴ G. ALBAUM en R. PETERSON, “Multilevel (network) marketing: An objective view”, *The Marketing Review* 2011, 11, 4, (347) 349.

⁵ C. GROSS en D. VRIENS, “The Role of the Distributor Network in the Persistence of Legal and Ethical Problems of Multi-level Marketing Companies”, *Journal of Business Ethics* 2017, DOI 10.1007/s10551-017-3556-9; O. TOKAJI-NAGY, *A Legal and Empirical Investigation Into the Direct Selling Industry’s Advocacy in the EU*, doctoraats thesis University van Maastricht, 2016, 17-18.

⁶ G. STRAETMANS en L. VAN GUCHT, “Piramideverkoop na 4Finance”, *RW* 2014-15, 34, (1323) 1331.

redelijke kans maken om hun financiële investeringen terug te winnen⁷.

ZWARTE LIJST – Daar het opzetten of promoten van zulke systemen wordt beschouwd als één van de meest ernstige misleidende praktijken ten aanzien van consumenten⁸, maakt het deel uit van de zwarte lijst. In ieder geval worden zij onweerlegbaar vermoed het economisch gedrag van de gemiddelde consument wezenlijk te verstoren en in strijd te zijn met de vereisten van professionele toewijding. Enige appreciatiemarge voor de rechter is dus uitgesloten met als doel een hoog niveau van consumentenbescherming te waarborgen door rechtszekerheid wat betreft het verbod te verzekeren⁹. Daarenboven blijkt het ernstig misleidende karakter

van piramidesystemen ook uit de strafsancie hieraan gekoppeld. Op het overtreden van dit verbod staat namelijk de zwaarst mogelijke strafsancie die opgelegd kan worden voor een inbreuk op de bepalingen van het Wetboek economisch recht (met name een “sancie van niveau 6”); zie art. XV.86 WER *jo.* art. XV.70 WER).

TERUGVALBEPALINGEN – Hierbij dient echter wel reeds vermeld te worden dat, indien een bepaalde marketingpraktijk niet bestempeld wordt als een *per se* verboden piramidesysteem, de praktijk – althans in theorie – nog steeds verboden kan worden onder één van de algemene verbodsbepalingen op misleidende, agressieve of oneerlijke handelspraktijken (zie *infra*)¹⁰.

II. LUCKY 4 ALL: VERBODEN PIRAMIDESYSTEEM?

WERKING LUCKY 4 ALL – In het geannoteerde arrest moest het hof te Antwerpen zich uitspreken over de vraag of het spel “Lucky 4 All” een verboden piramidesysteem uitmaakt in de zin van artikel VI.100, 14° WER. Dit spel berust op het idee dat personen die wensen deel te nemen aan de lottotrekkingen van de Nationale Loterij elkaars winkansen kunnen verhogen door samen te spelen. Elke gevormde groep kan namelijk 9.841 combinaties opgeven. Om deel te nemen moet iedere speler een initieel bedrag van 10 EUR inbrengen. Vervolgens dient er een maandelijkse bijdrage van 43 EUR te worden betaald, waarmee elke deelnemer wekelijks 10 combinaties kan opgeven. Echter, in tegenstelling tot een gewoon lottogroepsspel¹¹, staat niet elke speler op gelijke hoogte, maar wordt de groep opgedeeld in acht lagen, waarbij nieuwe deelnemers op een lager niveau komen te staan dan de speler die hen heeft geworven. De winst wordt dan als volgt verdeeld: de winnende speler zelf krijgt 50% van de winst, 40% wordt vervolgens verdeeld over de lagen *boven* de winnende speler, en 10% wordt opnieuw geïnvesteerd in de aankoop van nieuwe combinaties. Bovendien is

het maximum dat aan een speler kan worden uitgekeerd beperkt tot één miljoen EUR, daar alles hierboven terugvloeit naar het Lucky 4 All-systeem zelf.

Hoe hoger een speler zich bevindt in de piramide, hoe groter dus de kans om te delen in de winst. Elke speler kan zelf deze kans vergroten door andere spelers te rekruteren en zo op te klimmen in de piramide. Hoger dan de vijfde laag kunnen deelnemers echter wel niet komen, daar het Lucky 4 All-systeem zelf de bovenste vier lagen inneemt en zo dus altijd meedeelt in de winst van andere (externe) spelers.

VOORWAARDEN VERBOD PIRAMIDESYSTEEM – Opdat het Lucky 4 All-systeem valt onder het verbod van artikel VI.100, 14° WER, moeten drie voorwaarden vervuld zijn. Zoals uiteengezet in het *4finance*-arrest van het Hof van Justitie, houdt dit in dat (i) het systeem gebaseerd is op de belofte dat de consument een economisch voordeel zal kunnen krijgen; (ii) de verwezenlijking van deze belofte afhangt van de toetreding van nieuwe consumenten in het systeem; en (iii) het grootste deel van de inkomsten waaruit de aan de

7. “Richtsnoeren voor de tenuitvoerlegging/toepassing van richtlijn nr. 2005/29/EG betreffende oneerlijke handelspraktijken”, *werkdocument van de diensten van de commissie*, 25 mei 2016, SWD(2016) 163 final, 81; G. STRAETMANS en L. VAN GUCHT, *o.c.*, 1323.

8. De richtlijn en aldus ook het verbod op piramidesystemen is enkel van toepassing op handelspraktijken betreffende *consumenten*. In de rechtsleer wordt erop gewezen dat hierdoor veel piramidesystemen dreigen buiten schot te blijven, daar in bepaalde promotionele systemen consumenten ook de mogelijkheid krijgen om op duurzame wijze goederen of diensten te verkopen en aldus te kwalificeren als “onderneming”, waardoor zij de bescherming als “consument” kunnen verliezen (zie “Richtsnoeren voor de tenuitvoerlegging/toepassing van richtlijn nr. 2005/29/EG betreffende oneerlijke handelspraktijken”, *o.c.*, 82). Bepaalde auteurs brengen als oplossing naar voren om de beoordeling van de kwalificatie als “consument” door te voeren op het ogenblik dat men toetreedt tot het verkoopsysteem (zie G. STRAETMANS en L. VAN GUCHT, *o.c.*, 1325; B. KEIRSBILCK, “Over *per se* verboden piramidesystemen en andere, voorwaardelijk toegelaten promotionele systemen”, *DCCR* 2015, 107, (110) 111-112). Echter, gelet op het recente arrest *Schrems* van het Hof van Justitie, waarin het Hof een dynamische interpretatie van het begrip “consument” vooropstelt, weliswaar betreffende verordening nr. 44/2011, is het nog maar de vraag of een statische interpretatie zoals vooropgesteld door de rechtsleer in deze zaak nog wel een oplossing kan bieden (zie HvJ 25 januari 2018, C-498/16, *Schrems*, ECLI:EU:C:2018:34, punt 38). In sommige landen, waaronder België, lost men dit interpretatieprobleem op door het verbod op piramidesystemen ook toepasselijk te maken in B2B-situaties (zie art. VI.109 WER en G. STRAETMANS, “Piramideverkoop, *4finance* en de toekomst van multi-level marketing”, *SEW* 2015, 6, (272), 273-274).

9. “Voorstel voor een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende oneerlijke ‘business-to-consumer’-handelspraktijken op de interne markt en tot wijziging van richtlijnen nr. 84/450/EEG, nr. 97/7/EG en nr. 98/27/EG”, COM(2003) 356 final, 9; Richtlijn 2005/29/EG betreffende oneerlijke handelspraktijken van ondernemingen jegens consumenten, rechtsoverw. 17.

10. HvJ 3 april 2014, C-515/12, *4finance*, ECLI:EU:C:2014:211, punt 3; zie echter commentaar van G. STRAETMANS en L. VAN GUCHT, *o.c.*, 1333; B. KEIRSBILCK, *o.c.*, 118; J. VANDENBULCKE, “Lucky 4 All? Pyramid Schemes under the UCPD”, *EuCML* 2018, (74) 78.

11. Appellanten haalden namelijk aan dat het Lucky 4 All-systeem een toegelaten lottogroepsspel is. Dit wordt echter door het hof weerlegd door erop te wijzen dat bij een lottogroepsspel de winst gelijkmatig onder de deelnemers wordt verdeeld, wat niet het geval is bij het Lucky 4 All-systeem.

consumenten belofde vergoeding kan worden betaald, niet voortvloeit uit een werkelijke economische activiteit¹².

a) Voorwaarde 1: belofte op economisch voordeel

VOORWAARDE 1: BELOFTE OP ECONOMISCH VOORDEEL – Wat betreft de eerste twee voorwaarden rees zowel in eerste als in tweede aanleg weinig discussie. Allereerst werd geoordeeld dat aan consumenten wel degelijk een belofte op een mogelijk economisch voordeel voorgehouden wordt, of in de bewoordingen van artikel VI.100, 14° WER “kans op een vergoeding”. Het economisch voordeel betreft hier niet de winst op zichzelf, doch wel de verhoogde kans op winst door collectieve lottodeelname¹³.

b) Voorwaarde 2: toetreding nieuwe consumenten

VOORWAARDE 2: TOETREDING NIEUWE CONSUMENTEN – Ten tweede stond het voor de rechters in eerste en tweede aanleg ook zonder veel twijfel vast dat deze verhoogde kans op winst ook afhangt van de toetreding van nieuwe consumenten in het systeem. Dit volgt rechtstreeks uit de organisatie van het systeem, dat de bovenste lagen van de piramide bevoordeelt door hen te laten meedelen in de winst van de lagere lagen. Deelnemers hebben er dus alle belang bij om zelf nieuwe spelers in het systeem te trekken, zodat zij zelf hiërarchisch hoger komen te staan¹⁴.

c) Voorwaarde 3: werkelijke economische activiteit

VOORWAARDE 3: WERKELIJKE ECONOMISCHE ACTIVITEIT – De derde voorwaarde, met name dat het grootste deel van de inkomsten waaruit de aan de consumenten belofde vergoeding kan worden betaald niet voortvloeit uit een werkelijke economische activiteit, blijkt echter moeilijker toepasbaar in de praktijk. Alhoewel het *4finance*-arrest enige concretisering aanbood, opende het ook nieuwe interpretatiemoeilijkheden die aanleiding gaven tot huidig geannoteerd arrest.

RELEVANTIE – Deze voorwaarde is nochtans de relevantste, daar ze doorslaggevend is in het afbakenen van legale MLM-systemen en verboden piramidesystemen¹⁵. Zulke MLM-systemen zullen namelijk ook vaak aan de eerste twee voorwaarden voldoen. Zo beloven ze immers ook economische voordelen aan nieuwe klanten (voorwaarde 1), mede gelinkt aan het opbouwen van eigen sales teams (“downline”) (voorwaarde 2)¹⁶. Hetgeen wat toegelaten MLM-systemen dan van verboden piramidesystemen onderscheidt, is dat *naast* de rekrutering er ook sprake is van een werkelijke economische activiteit die voldoende inkomsten oplevert om de belofde vergoedingen (hoofdzakelijk) mee te bekostigen (zie *infra*)¹⁷.

TWEE VEREISTEN – Zo stelt het Hof in *4finance* namelijk over verboden piramidesystemen dat “zonder een werkelijke economische activiteit die voldoende inkomsten oplevert om de aan de consumenten belofde vergoeding te betalen, een dergelijk verkoopbevorderingssysteem noodzakelijkerwijs berust op de economische bijdrage van de deelnemers eraan, aangezien de mogelijkheid voor een lid van dit systeem om een vergoeding te ontvangen in wezen afhangt van de door de nieuwe leden betaalde bijdragen”¹⁸. Hier leidt het Hof aldus twee vereisten uit af, met name dat (i) “de consument tegen betaling (of in bewoordingen van het *4finance*-arrest, ‘financiële bijdrage’ of ‘economische bijdrage’) kans maakt op een vergoeding” en (ii) de aan de bestaande leden belofde vergoedingen “hoofdzakelijk” of “eerder” worden gefinancierd door de bijdragen van de nieuwe spelers¹⁹.

(i) Tegen betaling

VOORWAARDE 3: WERKELIJKE ECONOMISCHE ACTIVITEIT – VEREISTE VAN BETALING – De vereiste van de betaling door de consument werd aldus bevestigd in *4finance* nadat enige verwarring was ontstaan door verschillen tussen de taalversies. Dit werd bepaald (i) op basis van het feit dat de meeste taalversies wel degelijk betaling door de consument om aan het systeem deel te nemen als wezenlijk element van een piramidesysteem beschouwen²⁰ en (ii) gelet op het doel van de richtlijn, i.e. de bescherming van de economische belangen van de consument. Zonder betaling is het namelijk moeilijk het economisch gedrag vast te stellen waartegen deze krachtens de richtlijn moet worden beschermd²¹.

¹² HvJ 3 april 2014, C-515/12, *4finance*, ECLI:EU:C:2014:211, punt 20.

¹³ Voorz. Kh. Antwerpen 7 oktober 2014, *Jaarboek Marktpraktijken* 2014, 488; Antwerpen 3 december 2015, 2014/AR/3168, tussenaarrest, p. 20.

¹⁴ *Ibid.*

¹⁵ G. STRAETMANS en L. VAN GUCHT, *o.c.*, 1331.

¹⁶ O. TOKAJI-NAGY, *o.c.*, 16.

¹⁷ “Richtsnoeren voor de tenuitvoerlegging/toepassing van richtlijn nr. 2005/29/EG betreffende oneerlijke handelspraktijken”, *o.c.*, 82; H. MICKLITZ, B. MONAZZAHIAN en C. RÖBLER, *Door to door selling – pyramid selling – multilevel marketing: Final report, Volume 1, Outline of a possible approach to regulation*, Instituut für Europäische Wirtschafts und Verbraucherrecht, Study commissioned by the European Commission, 42-43.

¹⁸ HvJ 3 april 2014, C-515/12, *4finance*, ECLI:EU:C:2014:211, punt 21.

¹⁹ HvJ 3 april 2014, C-515/12, *4finance*, ECLI:EU:C:2014:211, punt 23: “Uit wat voorafgaat, volgt dat voor de kwalificatie als ‘piramidesysteem’ [...] in de eerste plaats is vereist dat de leden van een dergelijk systeem een financiële bijdrage betalen.” en punt 27: “In de tweede plaats volgt uit de punten 20 tot en met 22 [...] dat de kwalificatie als ‘piramidesysteem’ [...] een band vereist tussen de door de nieuwe leden verrichte betalingen en de door de bestaande leden ontvangen vergoedingen.”

²⁰ HvJ 3 april 2014, C-515/12, *4finance*, ECLI:EU:C:2014:211, punt 25.

²¹ *Ibid.*, punt 24 en Concl. Adv. Gen. SHARPSTON van 19 december 2013, C-515/12, *4finance*, ECLI:EU:C:2013:868, punt 32.

GEEN *DE MINIMIS*, GEEN SPECIFIEKE REDEN VEREIST – Omdat de richtlijn dit niet letterlijk vereist en in het licht van het doel van de zwarte lijst, met name rechtszekerheid²², is een specifieke reden voor betaling of een minimumbedrag echter niet vereist²³. Zo maakt het dus niet uit dat er slechts een zeer laag of symbolisch bedrag wordt gevraagd²⁴. Ook het argument dat de betaling dient ter dekking van de administratieve kosten voor de toetreding van de consument aan het systeem, of voor een starterskit of voor een bepaalde opleiding, is irrelevant. Dit blijft zo zelfs indien het bedrag in redelijke verhouding staat met de tegenprestatie²⁵. Dit laatste lijkt ook (impliciet) bevestigd te zijn in (de procedurele voorgaanden van) deze zaak²⁶. Zo werd hier als betaling namelijk aangeduid zowel de toetredingsbijdrage van 10 EUR als de maandelijke inzetten van 43 EUR, ook al vertegenwoordigt deze 43 EUR ongeveer de (marktconforme) prijs van de lotto-combinaties²⁷. In dit licht lijkt de juistheid van de beoordeling van het begrip “betaling” van het hof van beroep te Brussel in het *Herbalife*-arrest twijfelachtig²⁸. Hierin werd “betaling” namelijk erg nauw opgevat, met name in de zin van entreegeld zonder tegenprestatie of waarbij de betaling buiten verhouding staat tot de waarde van de dienst die hierdoor wordt vergoed. Het starterspakket dat de *Herbalife*-leden dienen aan te kopen voor 107,15 EUR, wordt dus niet als betaling beschouwd, daar de betaling overeenstemt met de aanbevolen detailhandelprijs voor de producten in dit pakket vervat. Eveneens valt de jaarlijkse vergoeding van 10 EUR voor communicatie- en andere administratiekosten buiten schot, aangezien het excessieve karakter ervan niet werd bewezen. Zoals aangestipt door STRAETMANS en VAN GUCHT, lijken exact zulke discussies omtrent de omvang van de betaling de rechtszekerheid in de weg te staan die het Hof wenst te vermijden²⁹.

GEBREK *DE MINIMIS*, GEEN BELEMMERING VOOR LEGALE PROMOTIONELE SYSTEMEN – Hierbij dient echter wel met klem te worden benadrukt dat het gebrek aan een *de minimis* er niet toe leidt dat ieder systeem dat enige betaling van de deelnemer vereist ook daadwerkelijk onder het verbod in artikel VI.100, 14° WER valt. De vereiste van een financiële band tussen de beloofde vergoeding en betaling (zie *infra*) moet hier bovenop ook steeds worden voldaan. Zo zal een promo-

tioneel systeem dat een betaling vraagt louter ter tegemoetkoming van administratieve kosten van de intreding deze betaling wellicht niet (kunnen) gebruiken om de beloofde economische vergoeding te bekostigen, maar zal deze financiering (daardoor noodzakelijkerwijze) voortkomen uit een werkelijke economische activiteit³⁰. Zelfs indien de bekostiging ervan (in theorie) wel degelijk mogelijk is door, bijvoorbeeld, de winst gehaald uit de verplichte aankoop van een starterskit, dan nog zal dit systeem enkel en alleen verboden zijn wanneer dit ook effectief het grootste deel van de winst is die gemaakt wordt. In deze zin worden legale MLM-systemen als dusdanig niet gehinderd door de voorwaarde van “betaling”.

GEBREK *DE MINIMIS* LEIDT (MEESTAL) NIET TOT TOEPASSING VERBOD WAAR OVERBODIG – Daarenboven zal het hierdoor in de praktijk wellicht ook zeer weinig voorkomen dat systemen met een zeer lage instapkost, waarbij de economische belangen van de consument niet plausibel wezenlijk worden verstoord³¹, door het verbod gevat zullen worden, ook al is dit in theorie wel mogelijk door het gebrek aan een *de minimis*³².

(ii) *Financiële band: “hoofdzakelijk” of “eerder”*

VOORWAARDE 3: WERKELIJKE ECONOMISCHE ACTIVITEIT – BAND TUSSEN VERGOEDING EN BETALING – Naast de vereiste van “betaling”, werd in het *Afinance*-arrest ook de vereiste van een band tussen de betaling en vergoedingen bevestigd, nadat ook hier discussie over rees door verschillen tussen de taalversies. Opdat er dus sprake is van een verboden piramidesysteem in de zin van punt 14 van bijlage I van de richtlijn (of art. VI.100, 14° WER), dient de financiering van de beloofde vergoeding aan de consument “eerder” of “hoofdzakelijk” af te hangen van betalingen die door latere deelnemers aan het systeem zijn verricht. Het louter verkrijgen van een vergoeding voor het aanbrenge van nieuwe leden is dus niet voldoende om onder het verbod te vallen. Volgens advocaat-generaal SHARPSTON komt dit overeen met het restrictieve karakter van de zwarte lijst en de daarbij passende restrictieve interpretatie ervan³³.

TER VRIJWARING CREATIEVE VERKOOPMETHODEN – Aldus

²². HvJ 3 april 2014, C-515/12, *Afinance*, ECLI:EU:C:2014:211, punt 26.

²³. *Ibid.*, Concl. Adv. Gen. SHARPSTON, *o.c.*, punt 60.

²⁴. In de zaak *Afinance* ging het om een bedrag van 0,01 LT.

²⁵. G. STRAETMANS en L. VAN GUCHT, *o.c.*, 1331; D. BRULOOT, “Piramidesystemen blijven grotendeels buiten schot”, *Jaarboek Marktpraktijken* 2013, (503) 509; Concl. Adv. Gen. SHARPSTON, *o.c.*, punt 53 (inschrijfgeld ter tegemoetkoming aan administratiekosten wordt gegeven als voorbeeld van een betaling).

²⁶. Antwerpen 3 december 2015, 2014/AR/3168, tussenaarrest, p. 20.

²⁷. Eén lottocombinatie kost op het ogenblik van dit schrijven, buiten abonnement, 1,25 EUR.

²⁸. Brussel 2 december 2013, nr. 2012/AR/736, p. 17-18, *Jaarboek Marktpraktijken* 2013, 484, noot D. BRULOOT.

²⁹. G. STRAETMANS en L. VAN GUCHT, *o.c.*, 1331; Het opleggen door het Hof van een gespecificeerde *de minimis* drempel gelijk voor 28 lidstaten om deze rechtsonzekerheid in te tomen zou een moeilijke opdracht zijn, waar bovendien mogelijks niet voldoende flexibiliteit wordt gelaten voor legale MLM-systemen. Een vager geformuleerde grens zou dan weer niet rechtlijnig toepasbaar zijn, en deze taak overlaten aan de lidstaten zou leiden tot discrepanties, zie hierover ook: J. VANDENBULCKE, *o.c.*, 78.

³⁰. Concl. Adv. Gen. SHARPSTON, *o.c.*, punt 53.

³¹. B. KEIRSBILCK, *o.c.*, 118.

³². *O.c.*; G. STRAETMANS en L. VAN GUCHT, *o.c.*, 1332.

³³. Concl. Adv. Gen. SHARPSTON, *o.c.*, punt 48.

advocaat-generaal SHARPSTON, laat deze interpretatie daarenboven ook de meeste ruimte aan creatieve verkoopmethoden. Deze zouden anders ook ongerechtvaardigd onder dit verbod vallen, ook al spoort het niet met de *ratio* hiervan³⁴. Zoals hierboven reeds beschreven, is het de bedoeling van het verbod dat men wil voorkomen dat consumenten met de belofte op een vergoeding in een systeem gelokt worden waarvan het voortbestaan afhangt van de rekrutering van een steeds groter aantal nieuwe deelnemers om de aan de bestaande leden beloofde vergoedingen te financieren en aldus in die zin “piramidaal” is. Aangezien zulke exponentiële aanwas van nieuwe leden door rekrutering in de praktijk onhoudbaar is – alhoewel ze wel nodig is om de vergoedingen te financieren – zullen de laatst togetreden leden altijd geen of minder vergoeding ontvangen dan beloofd en hun initiële investering aldus niet kunnen terugverdienen³⁵. Enkel de exploitant aan de top haalt voordeel uit zulk een systeem. Het essentiële van zo’n piramidaal systeem is dus dat de winst enkel gegenereerd wordt *binnen* het systeem door opeenvolgende lidmaatschapsgelden (en dus fundamenteel gestoeld is op rekrutering) in plaats van het op de markt brengen van goederen of diensten geleverd aan consumenten *buiten* het systeem (en dus fundamenteel gestoeld is op een werkelijke economische activiteit)³⁶. Indien deze laatste voorwaarde zich dus niet zou stellen, zou bijvoorbeeld, een verkoopsysteem waarbij lezers betalen voor een inschrijving in een boekenclub en die een boekenbon ontvangen voor het werven van nieuwe leden onder het verbod vallen, terwijl een piramidale (onhoudbare) opbouw ontbreekt³⁷.

INTERPRETATIEMOEILIKHEDEN: VAAGHEID “HOOFDZAKELIJK”, “EERDER”, “GROOTSTE DEEL” – Alhoewel deze interpretatie

het best samenhangt met de kern van het verbod en het risico op belemmering van gerechtvaardigde verkoopmethoden vermindert, is ze niet vrij van interpretatiemoeilijkheden. Allereerst stelt zich het probleem van de vaagheid van de begrippen “hoofdzakelijk”, “eerder” en “voor het grootste deel”. Waar de Nederlandstalige versie het begrip “eerder” hanteert, hanteren sommige andere taalversies een begrip dat het best als “hoofdzakelijk” kan worden vertaald³⁸. Het Europees Hof verwijst naar beide noties en voegt hier nog de notie “het grootste deel” aan toe. Zo is er in de rechtsleer dus allereerst al discussie of deze begrippen wel überhaupt dezelfde lading dekken³⁹. Vervolgens dwingt deze vereiste de nationale rechter ertoe geval per geval na te gaan of de beloofde vergoedingen wel degelijk “hoofdzakelijk” of “eerder” afhangen van de betalingen door nieuwe leden, wat gelet op de complexiteit van zulke systemen geen evidente taak is. Terecht wordt aldus in de rechtsleer geopperd dat de rechtszekerheid die de zwarte lijst hoort te dienen, met name door het vermijden van *case-by-case*-beoordelingen, hiermee niet echt bereikt wordt. Bovendien zal door de openheid van de begrippen de invulling ervan in een concrete zaak sterk kunnen verschillen naar gelang de persoon die zich erover uitsprekt, wat de eenvormigheid dan weer niet ten goede komt⁴⁰.

INTERPRETATIEMOEILIKHEDEN: RECHTSTREEKSE OF ONRECHTSTREEKSE BAND? – DISCUSSIE *IN CASU* – De tweede interpretatiemoeilijkheid kwam aan het licht in huidig geannoteerd arrest. De vraag die in deze zaak rees was of deze financiële band ook een rechtstreekse band moet zijn, of dat een onrechtstreekse band volstaat. In eerste aanleg was de voorzitter van de rechtbank van koophandel te Antwerpen van mening dat het Hof van Justitie in *4finance* wel degelijk een

³⁴ *Ibid.*, punt 48 en 53.

³⁵ Zie HvJ 3 april 2014, C-515/12, *4finance*, ECLI:EU:C:2014:211, punt 26: “Een dergelijk systeem kan alleen maar ‘piramidaal’ zijn in de zin dat het voortbestaan ervan afhangt van de toetreding van een steeds groter aantal nieuwe deelnemers om de aan de bestaande leden betaalde vergoedingen te financieren. Het impliceert tevens dat de laatst togetreden leden minder kans maken om een vergoeding te ontvangen voor hun betaling. Dit systeem stort in elkaar zodra de toename van het aantal leden, die voor het voortbestaan van het systeem in theorie eeuwig moet blijven doorgaan, niet langer volstaat om de aan alle deelnemers beloofde vergoedingen te financieren.”

³⁶ Concl. Adv. Gen. SHARPSTON, *o.c.*, punt 56; “Richtsnoeren voor de tenuitvoerlegging/toepassing van richtlijn 2005/29/EG betreffende oneerlijke handelspraktijken”, *o.c.*, 82; H. MICKLITZ, B. MONAZZAHIAN en C. RÖBLER, *o.c.*, 42-43.

³⁷ In dit geval is er namelijk sprake van (i) een belofte op een economisch voordeel, namelijk de boekenbon, waarbij (ii) het economisch voordeel afhangt van de werving van nieuwe leden, en (iii) is er sprake van een betaling, namelijk het inschrijvingsgeld. Als de voorwaarde dus enkel zou zijn dat er een vergoeding wordt verkregen voor het werven van nieuwe leden, *in casu* hier de boekenbon, dan zou dit systeem ook onder het verbod vallen, terwijl er helemaal geen sprake is van misleiding van de consument; zie Concl. Adv. Gen. SHARPSTON, *o.c.*, punt 53.

³⁸ E. CALLENS, “Piramidesystemen na Lucky 4 All: een geluk bij een ongeluk”, *DCCR* 2017, 117, (78) 87, in vn. 49 verwijzend naar de bewoordingen in de Engelstalige (“*primarily*”), Franstalige (“*essentiellement*”), Spaanstalige (“*fundamentalmente*”) en Duitstalige (“*hauptsächlich*”) versies van de richtlijn.

³⁹ Volgens sommige auteurs dekken de begrippen “hoofdzakelijk” en “eerder” namelijk een andere lading. Zo is G. STRAETEMANS van mening dat het begrip “eerder” strenger is dan het begrip “hoofdzakelijk” en moet het begrip “eerder” toegepast worden daar in het dictum van het *4finance*-arrest enkel dit begrip vermeld wordt (zie G. STRAETEMANS en L. VAN GUCHT, *o.c.*, 1331). B. KEIRSBILCK lijkt anderzijds de mening toegedaan dat het toe te passen criterium “het grootste deel” overeenstemmend met “hoofdzakelijk” is, gelet op verwijzing hiernaar in punt 20 en de verwijzing naar *a contrario* “zeer klein deel” in punt 33 (zie B. KEIRSBILCK, *o.c.*, 118). E. CALLENS daarentegen, meent dat de begrippen allemaal dezelfde draagwijdte hebben, en dat het Hof de verschillen in de taalversies treffend samenbrengt in de notie “het grootste deel” (E. CALLENS, *o.c.*, 87-88). Daar ook in het arrest *Nationale Loterij* het Hof de term “het grootste deel” gebruikt om de derde voorwaarde aan te duiden, en vervolgens steeds verwijst naar “hoofdzakelijk” of “eerder” bij het verder uiteenzetten van de tweede vereiste van deze voorwaarde, lijkt mij deze laatste opvatting het meest plausibel.

⁴⁰ Er lijkt wel enigszins consensus te bestaan in de rechtsleer dat de begrippen niet mathematisch moeten worden toegepast in de zin van “meer dan de helft”, gelet op de complexiteit van een piramidaal verkoopsysteem, zie: E. CALLENS, *o.c.*, 88; J. TROEDER, “De la vente en boule de neige au système de promotion pyramidale. Essai de synthèse d’une évolution législative et jurisprudentielle”, *RDPC* 2016, 1, (4) 21; G. STRAETEMANS en L. VAN GUCHT, *o.c.*, 1332; J. STUYCK, *Beginselen van Belgisch Privaatrecht*, XIII, *Handels- en privaatrecht*, Deel 2, *Mededingingsrecht*, A, *Handelspraktijken*, Mechelen, Kluwer, 2015, 326.

rechtstreekse band vereist. Daar volgens de voorzitter de verhoogde winstkansen niet rechtstreeks afhangen van de bijdragen van de nieuwe leden doch wel van het opbouwen van een eigen groot ledenaantal dat onder de rekruterende speler staat, is deze rechtstreekse band niet voorhanden. De kwalificatie als “verboden piramidesysteem” werd vervolgens afgewezen. Het hof van beroep was hier echter niet zo zeker van en stelde hieromtrent een prejudiciële vraag aan het Hof van Justitie.

UITSpraak Hof van Justitie – In de zaak *Nationale Loterij* moest het Hof van Justitie, weliswaar zonder conclusie van de advocaat-generaal, verduidelijken of de vereiste financiële band zowel onrechtstreeks als rechtstreeks kon zijn. Het Hof herhaalde de redenering uiteengezet in *4finance* en zette aldus opnieuw de eigenschappen die promotionele systemen nu juist “piramidaal” maken in de verf, met name dat de levensvatbaarheid van het systeem afhangt van de toetreding van een steeds groter aantal leden en hun bijdragen en de hieruit voortvloeiende financiële band tussen de bijdragen van deze nieuwe leden aan het systeem en de uitgekeerde vergoedingen aan de bestaande leden. Wat betreft deze financiële band, oordeelt het Hof dat het de kwalificatie als “eerder” of “hoofdzakelijk” is die van belang is, en dat uit de bewoordingen van deze bepaling niet kan worden afgeleid dat deze “hoofdzakelijke” band ook noodzakelijkerwijze direct moet zijn. In lijn met vorige rechtspraak werd aldus op basis van een letterlijke interpretatie van het verbod bepaald dat een onrechtstreekse band volstaat⁴¹. Ondanks het feit dat de zwarte lijst in principe vasthangt met een restrictieve aanpak, koos het Hof dus toch voor een ruime uitlegging van deze vereiste, daar “*een andere uitlegging van deze bepaling deze overigens haar nuttig effect [zou] kunnen ontnemen*”⁴².

UITSpraak Hof van Beroep Antwerpen (Geannoteerd Arrest) – Toegepast op Lucky 4 All, oordeelde het hof van beroep te Antwerpen dat deze onrechtstreekse financiële band wel degelijk voorhanden was en dat bijgevolg alle voorwaarden van het verbod op piramidesystemen voldaan zijn. De verhoogde winstkans van de spelers (i.e. het beloofde economische voordeel) hangt namelijk hoofdzakelijk af van de instroom van nieuwe spelers in het Lucky 4 All-systeem, dat vervolgens afhangt van een toetredingsbijdrage en regelmatige inzetten (de betaling of financiële bijdrage). Zoals gesteld, zal de winst door de inzetten van de nieuwe, lager geplaatste deelnemers namelijk gedeeltelijk uitgekeerd worden aan de bestaande, hogergeplaatste leden, wier winst hier hoofdzakelijk van zal afhangen in plaats van

voornamelijk voort te vloeien uit de winst uit hun eigen inzetten.

RUIE UITLEGGING VERZEKERT NUTTIG EFFECT – Minstens in deze zaak kan de ruime uitlegging door het Hof van Justitie wat betreft de financiële band worden toegejuicht. Zo zorgt ze ervoor dat een systeem dat exact de “piramidale” kenmerken heeft zoals door het Hof van Justitie omschreven en waarvoor het verbod werd ingesteld ook effectief door dit verbod gevat wordt. Zo hebben spelers onderaan de piramide principieel minder kans op winst en is het systeem wegens marktverzadiging aldus onhoudbaar⁴³. In de woorden van het hof te Antwerpen: “*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.*” Zo botst de ruime uitlegging niet op het restrictieve karakter van de zwarte lijst, daar ze het verbod niet uitbreidt, maar enkel, zoals vermeld door het hof, het nuttig effect ervan verzekert. Ondanks het ontbreken van een rechtstreekse band, noemde het hof Lucky 4 All aldus terecht een “schoolvoorbeeld” van een verboden piramidesysteem.

Daarenboven kan ook in andere gevallen de flexibiliteit geboden door deze ruime uitlegging ertoe leiden dat *de facto* piramidale systemen niet door de mazen van het net kunnen glijpen⁴⁴. Bijvoorbeeld, een gelaagd systeem zou anders aan de toepassing van het verbod kunnen ontsnappen door niet langer als commissie een percentage te verschaffen op de *betalingen* door nieuwe leden voor bijvoorbeeld de aankoop van een voorraad cosmeticaproducten, maar een commissie louter vast te koppelen aan het *aantal* producten dat zichzelf en de downline aankopen, ongeacht of deze producten worden doorverkocht aan eindconsumenten. Ook in zo’n systeem zijn deelnemers namelijk gemotiveerd om hun downline uit te breiden en hun geld te laten investeren in het systeem door producten aan te kopen waarop hun commissies worden betaald. Zo wordt de winst aldus niet gemaakt door verkoop aan eindconsumenten, maar eerder door verkopen *binnen* het systeem⁴⁵.

RUIE UITLEGGING KAN RECHTSZEKERHEID BEKNOTTEN – Huidig geannoteerd arrest en het arrest *Nationale Loterij* nemen aldus enige onduidelijkheid gecreëerd door het *4finance*-arrest, die zou kunnen leiden tot een ontwijking van de toepassing van het verbod op piramidesystemen, weg. Twee opmerkingen dienen hier echter nog bij gemaakt te worden. Allereerst is het wel zo dat deze ruime uitlegging het werk van de nationale rechters niet makkelijker maakt. Zoals hier-

41. G. STRAETMANS, noot onder HvJ 15 december 2016, C-667/15, *Nationale Loterij*, ECLI:EU:C:2016:958.

42. HvJ 15 december 2016, C-667/15, *Nationale Loterij*, ECLI:EU:C:2016:958, punt 31.

43. In tegenstelling tot wat geïntimeerden beweerden en zoals correct gesteld door het hof te Antwerpen, is marktverzadiging geen afzonderlijk te onderzoeken voorwaarde voor een piramidesysteem.

44. HvJ 15 december 2016, C-667/15 *Nationale Loterij*, ECLI:EU:C:2016:958, punt 31.

45. H. MICKLITZ, B. MONAZZAHIAN en C. RÖBLER, o.c., 36-37: “*Remuneration may also be indirectly related to recruitment. In order to evade the scope of application of anti-pyramid statutes, some companies have changed their remuneration system so that bonuses are no longer tied to recruitment but rather to purchases made by recruits. All that matters is the amount of products the participant himself and his downline recruits purchase.*”

boven vermeld, is de invulling van de begrippen “eerder” of “hoofdzakelijk” om de vereiste financiële band vast te stellen reeds een moeilijke opgave in de praktijk. Daarbovenop moet de rechter nu, na het uitsluiten van een rechtstreekse link, ook nog eens nagaan of er al dan niet een onrechtstreekse link voorhanden is. Hier kunnen aldus interpretatiemoeilijkheden ontstaan omtrent de vraag hoe ver men deze link mag zoeken (wanneer is de band té indirect?). In ieder geval dient te worden vermeden dat de flexibiliteit die deze ruime uitlegging verschaft, wordt aangewend om ook gerechtvaardigde MLM-systemen onder het verbod te brengen. Zo zou het bijvoorbeeld te ver gaan om het “onrechtstreeks” verband zo te interpreteren dat aan dit verband voldaan is bij promotionele systemen waarbij een vergoeding betaald wordt op verkopen door de downline aan consumenten, omdat deze vergoeding dan onrechtstreeks zou voortvloeien uit de betaling van de nieuw gerekruteerden aan het systeem bij de aankoop van de vervolgens doorverkochte producten. Mijns inziens correct gesteld in het *Herbalife*-arrest⁴⁶ slaan de bewoordingen van artikel VI.100, 14° WER “dan uit de verkoop of het verbruik van producten” namelijk ook op de verkoop door de downline⁴⁷. In dit geval wordt de winst namelijk wel degelijk gegenereerd buiten het systeem. Marketing op meerdere niveaus is namelijk niet *per se* verboden en gelijkheid tussen de leden in een promotioneel systeem is geen wettelijke vereiste om de stempel van “misleidende handelspraktijk” te ontlopen. In dit opzicht is een “rechtvaardiging” “waarom [de organisatoren] niet op gelijke voet staan met de rest van de spelers, maar *per se* de eerste vier niveaus van het spel moeten kleden”, die volgens het hof ontbreekt, aldus ook niet juridisch noodzakelijk.

TERUGVALBEPALINGEN – Ten tweede is het zo dat zelfs indien een gelaagd systeem niet aan alle voorwaarden van een verboden piramidesysteem voldoet, dit systeem nog steeds gevat kan worden door de algemene verboden op agressieve (art. VI.101-102 WER), misleidende (art. VI. 97-99 WER)

of oneerlijke handelspraktijken (art. VI.93 WER)⁴⁸. Voor de toepassing van deze bepalingen is echter wel telkens een beoordeling *in concreto* nodig. Hierbij moet de rechter in de concrete zaak nagaan (i) of er sprake is van een oneerlijke, misleidende of agressieve handelspraktijk én (ii) of deze handelspraktijk het economische gedrag van de gemiddelde consument wezenlijk verstoort of wezenlijk kan verstoren⁴⁹. Sommige auteurs wijzen echter wel op de beperkte slagkracht van deze terugvalbepalingen: indien een bepaald verkoopsysteem wel degelijk een werkelijke economische activiteit uitoefent, dan kan dit systeem moeilijk *op zichzelf* oneerlijk zijn. Enkel in gevallen waarbij het niet kan worden nagegaan of er een werkelijke economische activiteit voorhanden is, omdat een betaling ontbreekt, zouden deze terugvalbepalingen van dienst kunnen zijn⁵⁰. Weliswaar kan zelfs het nut voor deze gevallen in twijfel worden getrokken. Zo wijst STRAETMANS er correct op dat een betaling nu juist werd vereist als voorwaarde omdat het “zonder betaling door de consument moeilijk [is] het economisch gedrag te identificeren waartegen deze krachtens de richtlijn moet worden beschermd”⁵¹.

Desalniettemin kan een verkoopsysteem, ook al is het niet *op zichzelf* oneerlijk of misleidend, zich nog steeds schuldig maken aan oneerlijke of misleidende praktijken die wél onder de algemene verbodsbepalingen kunnen vallen⁵². Zo wordt in de rechtsleer als voorbeeld van een misleidende praktijk gegeven het niet vermelden of expres verhullen van de piramidale structuur of het verkoopniveau waarop de consument instapt in het systeem (onder bv. art. VI.97, 3° WER of art. VI.99 WER)⁵³. Daarenboven, aangezien veel MLM-systemen zijn aangesloten bij de Europese Associatie voor Directe Verkoop (“SELDIA”), en hierdoor verplicht verschillende gedragscodes moeten naleven⁵⁴, zou eventueel het niet naleven van deze gedragscode ook een misleidende handelspraktijk kunnen uitmaken onder artikel VI.98, 2° WER.

III. CONCLUSIE

Legale MLM-systemen en verboden piramidesystemen kunnen dicht bij elkaar liggen. Het doorslaggevende criterium in de praktijk zal meestal zijn of er al dan niet sprake is van een werkelijke economische activiteit die het grootste deel van

de beloofde vergoedingen kan financieren. Dit is het geval bij legale MLM-systemen, die deze beloofde vergoedingen hoofdzakelijk kunnen bekostigen met de winst gegenereerd door de verkoop van goederen of diensten aan consumenten

⁴⁶. Brussel 2 december 2013, 2012/AR/736, p. 17.

⁴⁷. “Richtsnoeren voor de tenuitvoerlegging/toepassing van richtlijn nr. 2005/29/EG betreffende oneerlijke handelspraktijken”, *o.c.*, 101; H. MICKLITZ, B. MONAZZAHIAN en C. RÖBLER, *o.c.*, 37.

⁴⁸. HvJ 3 april 2014, C-515/12, *Afinance*, ECLI:EU:C:2017:211, punt 32.

⁴⁹. J. VANDENBULCKE, *o.c.*, 76.

⁵⁰. G. STRAETMANS en L. VAN GUCHT, *o.c.*, 1333; B. KEIRSBILCK, *o.c.*, 118.

⁵¹. HvJ 3 april 2014, C-515/12, *Afinance*, ECLI:EU:C:2017:211, punt 24; G. STRAETMANS en L. VAN GUCHT, *o.c.*, 1333.

⁵². J. VANDENBULCKE, *o.c.*, 76.78.

⁵³. G. STRAETMANS en L. VAN GUCHT, *o.c.*, 1334-1335.

⁵⁴. European Direct Selling Code of Conduct towards Consumers, punt 1.7, p.7; European Direct Selling Code of Conduct towards Direct Sellers, between Direct Sellers and between Companies, punt A.d., p. 20, beide beschikbaar op www.seldia.eu/images/ethics/SELDIA_CodeofConduct_2015.pdf (laatst geraadpleegd 20 december 2018).

buiten het systeem. Verboden piramidesystemen aan de andere kant zijn in feite hoofdzakelijk gestoeld op rekrutering, door het genereren van winst voornamelijk *binnen* het systeem door betalingen van nieuwe leden.

In de zaak *Nationale Loterij* werd terecht geoordeeld dat deze laatste voorwaarde ook voldaan kan zijn zelfs al is de band maar indirect. Huidig geannoteerd arrest geeft hier in de beoordeling van het Lucky 4 All-systeem een treffend voorbeeld van. Wat namelijk echt telt, is of het systeem uiteindelijk onhoudbaar is en nadelig voor later toetredende

leden door een gebrek aan een werkelijke economische activiteit, wat bij dit systeem wel degelijk het geval was. De ruime uitlegging verbreedt hier aldus niet het toepassingsgebied van het verbod, maar verzekert louter het nuttig effect. Weliswaar dient men wel waakzaam te blijven dat dit ook zo blijft in toekomstige zaken, door de ruime begrippen vooruitgeschoven door het Hof van Justitie niet op zulke wijze te interpreteren dat ook MLM-systemen niet door het verbod beoogd hieronder zouden vallen.