

003697

Repertoriumnummer 2017 / 7442
Datum van uitspraak 28 september 2017
Rolnummer 2014/AR/3168

Uitgifte

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

Niet aan te bieden aan de ontvanger

eindarrest

Hof van beroep Antwerpen

Arrest

vijfde kamer
burgerlijke zaken

Aangeboden op
Niet te registreren

COVER 01-00000946319-0001-0018-01-01-1



LOTERIE NATIONALE - NATIONALE LOTERIJ, naamloze vennootschap van publiek recht, met maatschappelijke zetel te 1040 ETTERBEEK, Belliardstraat 25-33, KBO 0223.967.357.

Appellante;

vertegenwoordigd door Mr. MUYLDERMANS Jeroen, in eigen naam en loco Mr. MAEYAERT Paul, beiden advocaat te 1000 BRUSSEL, Havenlaan 86c bus 414.

tegen het vonnis van de Voorzitter van de rechtbank van koophandel Antwerpen, afdeling Antwerpen van 07 oktober 2014, zetelend zoals in kort geding, AR A/14/3040 en A/14/5762.

tegen

1. [REDACTED], wonende te 2920 KALMTHOUT, Schooldreef 58,
2. [REDACTED] wonende te 2990 WUUSTWEZEL, Bredabaan 201 bus 2.
3. **THE RIGHT FREQUENCY VZW**, met maatschappelijke zetel te 2920 KALMTHOUT, Schooldreef 58, KBO 0546.548.820.

Geïntimeerden; alle vertegenwoordigd door Mr. PEETERS Ruben, advocaat te 3090 OVERIJSE, Spaltlaan 11.

I.
VOORGAANDEN

1.
De feiten werden nauwkeurig weergegeven in het vonnis a quo d.d.7 oktober 2014 (pag.3 t.e.m. pag.10). Het Hof verwijst ernaar.

De vorderingen en retroacten werden uiteengezet in het tussenarrest van 3 december 2015. (pag. 2 t.e.m. 12). Het Hof verwijst ernaar en sluit aan bij dit tussenarrest.

2.
Bij tussenarrest van 3 december 2015 verklaarde het Hof het hoger beroep ontvankelijk en alvast deels ongegrond.
Het Hof verklaarde het incidenteel beroep ontvankelijk en alvast deels ongegrond;
Het hof zegde voor recht dat de vordering van appellante ontvankelijk is;



Het Hof verklaarde het hoger beroep alvast ongegrond in de mate dat appellante een inbreuk op art. 37 lid 2, 1° en 2° Loterijwet juncto art. 95 WMPC (thans art. VI.104 WER) inriep.

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 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 84/450/EEG van de Raad, Richtlijnen 97/7/EG, 98/27/EG en 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 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”)?”*

Het Hof hield iedere verdere beslissing aan met inbegrip van de uitspraak over de kosten.

*

In het tussenarrest werden zowel het hoger beroep zelf als de vorderingen van appellante ontvankelijk verklaard. De exceptie wegens gemis aan belang in haar hoofde werd ongegrond verklaard.

Het Hof verklaarde het eerste middel van appellante evenwel ongegrond (schending van het loterijmisdrijf in de zin van art. 37 lid 2 Loterijwet), in het bijzonder omdat geïntimeerden geen ander voordeel zouden halen dan dat uit de loten zelf, of noch de spelresultaten van Lotto zouden aanwenden voor handelsdoeleinden.

Wat het tweede middel van appellante betreft (een zogenaamd verboden piramidesysteem) oordeelde het Hof dat het litigieuze spelsysteem alvast voldeed aan twee van de drie constitutieve voorwaarden daarvan, met name de belofte van een economisch voordeel en de verwezenlijking daarvan door de toetreding van steeds meer nieuwe leden. Wat de derde voorwaarde betreft, met name of de vraag of de financiering van de vergoeding uitgekeerd



aan de leden “eerder” afhangt van de bijdrage van nieuwe deelnemers, stelde het Hof de hoger reeds aangehaalde prejudiciële vraag aan het Hof van Justitie.

Over het oorspronkelijke derde middel van appellante (misleidende handelspraktijken) deed het Hof nog geen uitspraak. Volgens appellante is dit middel nevens geschikt aan het middel inzake het piramidesysteem. Aangezien het niet tot ruimere staking kan leiden, dient het Hof volgens appellante dit middel niet te onderzoeken zo het de inbreuk op de regels inzake het piramidesysteem zou aanvaarden.

3.

Bij arrest van 15 december 2016 (zaak C-667/15) heeft het Hof van Justitie de prejudiciële vraag beantwoord.

In het **beschikkend gedeelte** verklaarde het Hof voor recht:

Punt 14 van bijlage I bij richtlijn 2005/29/EG 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 85/450/EEG van de Raad, richtlijnen 97/7/EG, 98/27/EG en 2002/65/EG van het Europese Parlement en de Raad en van Verordening EG nr. 2006/2004 van het Europese Parlement en de Raad (“Richtlijn oneerlijke handelspraktijken”) moet aldus worden uitgelegd dat op grond van deze bepaling een handelspraktijk ook als een “piramidesysteem” kan worden gekwalificeerd indien er slechts een indirecte band bestaat tussen de door nieuwe leden van een dergelijk systeem verrichte betalingen en de door de bestaande leden ontvangen vergoedingen.

In het **overwegend gedeelte** merkte het Hof van Justitie o.m. op:

“(…)

30. *Uit de bewoordingen van deze bepaling kan echter niet worden afgeleid dat de vereiste financiële band noodzakelijkerwijze direct is. Van belang is de kwalificatie “eerder” of “hoofdzakelijk” bij de door nieuwe deelnemers aan een dergelijk systeem verrichte betalingen. Punt 14 van bijlage 1 bij richtlijn 2005/29 kan dus van toepassing zijn op een systeem waarin er een indirecte band bestaat tussen de door nieuwe leden verrichte betalingen en de door de bestaande leden ontvangen vergoedingen.*

31. *Een andere uitlegging van deze bepaling zou deze overigens haar nuttig effect kunnen ontnemen, aangezien bij een verplichte directe band het absolute verbod op piramidesystemen eenvoudig zou kunnen worden omzeild.*

32. *Wat betreft de financiële band die is vereist opdat er sprake is van een dergelijk “piramidesysteem”, blijkt uit de aan het Hof overgelegde stukken dat in het hoofdgeding de winstkans samenhangt met de onbegrensde instroom van nieuwe spelers in het Lucky4All-*



stelsel, die op zijn beurt afhangt van een toetredingsbijdrage en regelmatige inzetten. Bovendien lijkt het begrenzen van de winst, die waarschijnlijker wordt naargelang het aantal spelers toeneemt, ook bij te dragen tot de financiering van dit stelsel. Een dergelijke financiële band lijkt dus indirect, maar zeker. Het staat evenwel aan de verwijzende rechter om een en ander te verifiëren.

33. Een stelsel zoals het Lucky4All-stelsel lijkt hoe dan ook te voldoen aan de voorwaarden om het te kwalificeren als een "handelspraktijk" in de zin van bijlage I bij Richtlijn 2005/29, aangezien het ertoe strekt winst voor het stelsel zelf te creëren, te weten voor de organisatoren van dit stelsel en niet enkel voor de spelers. Het is aan de verwijzende rechter om dit na te gaan.

34. Gelet op bovenstaande overwegingen moet op de prejudiciële vraag worden geantwoord dat punt 14 van bijlage I bij Richtlijn 2005/29 aldus moet worden uitgelegd dat op grond van deze bepaling een handelspraktijk ook als een "piramidesysteem" kan worden gekwalificeerd indien er slechts een indirecte band bestaat tussen de door nieuwe leden van een dergelijk stelsel verrichte betalingen en de door de bestaande leden ontvangen vergoedingen".

4.

Appellante preciseert haar vordering na het arrest van het Hof van Justitie:

Appellante vordert het hoger beroep ontvankelijk en gegrond te verklaren en dienvolgens:

- voor recht te zeggen dat het aanbieden, promoten, organiseren en uitbaten door geïntimeerden van het spel "Lucky4All" *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), minstens een misleidende en oneerlijke handelspraktijk jegens de consument uitmaakt in de zin van de artikelen 88, 2°, 90 §1 en §2, (thans resp. de artikelen VI.97, 2 VI.99 § 1 en § 2 WER), en jegens de Nationale Loterij in de zin van artikel 95 en artikel 96, 1°, a) WMPC (thans art. VI.104 WER en VI.105, 1°, a) WER).

-Dienvolgens de onmiddellijke staking van deze inbreuken te bevelen onder verbeurte van een dwangsom van €50.000,00 per dag dat het gewraakte spel "Lucky4All" georganiseerd blijft, binnen de drie werkdagen na betekening van het tussen te komen arrest.

Het bestreden vonnis voor het overige integraal te bevestigen en dienvolgens:

- het oorspronkelijk incidenteel beroep van geïntimeerde, zoals geformuleerd in de synthesebesluiten van 23 juli 2015 neergelegd voor het tussenarrest, als ongegrond af te wijzen.



- Het nieuwe incidenteel beroep van geïntimeerden, zoals geformuleerd in de besluiten van 5 april 2017 neergelegd na het tussenarrest, onontvankelijk of ontoelaatbaar te verklaren, minstens als ongegrond af te wijzen.

Geïntimeerden in solidum te veroordelen tot de kosten van het geding, met inbegrip van een rechtsplegingsvergoeding in hoger beroep begroot op €12.000,00, meer de dagvaardingskosten (ten aanzien van eerste geïntimeerde: €348,69, ten aanzien van tweede geïntimeerde: €250,92 en ten aanzien van derde geïntimeerde: €348,69), meer het rolrecht hoger beroep van €210,00, meer de betekeningskosten van €559,89.

5.

Na arrest van het Hof van Justitie passen geïntimeerden hun vordering aan en stellen zij een nieuw incidenteel beroep in.

Geïntimeerden verzoeken het Hof het hoger beroep van appellante ongegrond te verklaren voor zover daarop nog geen recht werd gedaan bij tussenarrest van 3 december 2015.

Zij vragen om het incidenteel beroep zoals uitgebreid bij conclusies na arrest van het Hof van Justitie ontvankelijk en gegrond te verklaren voor zover daarop nog geen recht werd gedaan bij tussenarrest van 3 december 2015.

Het vonnis a quo te hervormen en teniet te doen, in de mate dat geïntimeerden door de eerste rechter als volgt veroordeeld werden:

Wat het spel "Lucky4All" betreft:

- In de mate dat de eerste rechter zegde voor recht dat het aanbieden, promoten, organiseren en uitbaten door geïntimeerden van het spel "Lucky4All" zoals beschreven in het proces-verbaal van vaststelling d.d.27 maart 2014, waarbij concreet wordt gewezen op het gebrek aan controle en transparantie alsmede het gebrek aan informatie omtrent de volgende gegevens: het gegeven dat (i) het systeem enkel kan werken indien de boom/piramide volledig gevuld is, (ii) dat de voorgespiegelde winstkansen enkel dan gelden en (iii) dat de speler instaat voor het aanbrengen van nieuwe spelers, een misleidende en oneerlijke handelspraktijk uitmaakt in de zin van de artikelen 88,2°,90 §1 en §2, artikel 95 en art. 96, 1°, a) WMPC;
- In de mate dat de eerste rechter de staking beval en het gestaakt houden van vermelde inbreuk onder verbeurte van een dwangsom van €5.000,00 per dag dat het spel "Lucky4All" georganiseerd blijft, binnen de 7 werkdagen na betekening van het tussen te komen vonnis."



Wat de commerciële uitingen omtrent "Lucky4All" betreft:

- In de mate dat de eerste rechter voor recht zegde dat elke uiting door eerste en tweede geïntimeerde en/of derde geïntimeerde die insinueert of stelt dat Lucky4All is onderzocht en/of goedgekeurd door officiële instanties, openbare instellingen en/of de Nationale Loterij, een inbreuk inhoudt op de artikelen 88, 6° WMPC, artikel 91,4° WMPC en artikel 96, 1°, c) WMPC.
- In de mate dat de eerste rechter voor recht zegde dat volgende uitingen of slagzinnen door eerste en tweede geïntimeerde en/of derde geïntimeerde gebruikt voor de aanduiding of promotie van het spel "Lucky4All" een misleidende marktpraktijk uitmaakt in de zin van de artikelen 84 WMPC, artikel 88, 2° WMPC en artikel 96 1°, a) WMPC:

-“Lucky4All” biedt je maximale winstkansen bij het meespelen aan de Belgische Lotto. De unieke wiskundige formule verbindt je met vele andere spelers. In dit krachtige netwerk win en verdeel je samen veel geld, op een eerlijke manier. Ontdek hoe gemakkelijk je mee kunt delen in het geluk ... en bijdraagt aan de overvloed van iedereen.

-“Geluk groeit als je het met anderen deelt”.

-“Een nieuwe manier van delen waarmee je iedere week wint”.

- In de mate dat de eerste rechter de staking en het gestaakt houden beval van vermelde inbreuk onder verbeurte van een dwangsom van €1.000,00 per dag en per enkelvoudige inbreuk binnen de zeven werkdagen na betekening van het tussen te komen vonnis.

Wat de transparantieverplichtingen betreft:

- In de mate dat de eerste rechter voor recht zegde dat eerste en tweede geïntimeerde en/of derde geïntimeerde een inbreuk plegen op de artikelen 4, 4° a) en artikel 13 KBO-wet,
- In de mate dat de eerste rechter de staking en het gestaakt houden van vermelde inbreuk beval onder verbeurte van een dwangsom van €1.000,00 per dag en per enkelvoudige inbreuk binnen de zeven werkdagen na betekening van het tussen te komen vonnis.



opnieuw rechtdoende, verzoeken geïntimeerden het Hof:

Wat betreft het vermeende 'per se' verboden piramidesysteem

Het hoger beroep ongegrond te verklaren in de mate dat appellante een inbreuk op art. 91,14 ° WMPC (art. VI.100,14 ° WER), art. 95 (art. VI.104 WER) en art. 96, 1 ° WMPC (art. VI.105, 1 ° , a) WER) inroept.

Wat betreft de vermeende misleidende marktpraktijken

In hoofdorde

Het hoger beroep ongegrond te verklaren in de mate dat appellante een inbreuk op de artikelen 88, 2° (art. VI.97,2 ° WER), 90 §1 en §2 (art. VI.99 § 1 en § 2 WER) art. 95 (art. VI.104 WER) en art. 96, 1°, a) WMPC (art. VI.105, 1 ° , a) WER) inroept.

In ondergeschikte orde:

Eender welke vaststelling en eender welk daaraan gekoppeld stakingsbevel (1) te beperken tot het aanbieden, promoten, organiseren, en uitbaten door geïntimeerden van het spel "Lucky4All", zoals beschreven in het proces-verbaal van vaststelling d.d.27 maart 2014, zonder voor de deelnemer te voorzien in een transparantie, alsook een contractuele controle mogelijkheid met betrekking tot die informatie die voor de consument noodzakelijk is om de correcte toepassing van het reglement te kunnen verifiëren, en (2) het maximum te verbeuren bedrag van eender welke opgelegd dwangsom, te bepalen op €50.000,00.

Wat betreft de kosten van eerste aanleg:

Het vonnis a quo eveneens te hervormen, en teniet te doen, in de mate dat geïntimeerden door de eerste rechter veroordeeld werden tot het betalen van de kosten van de dagvaarding, alsook een rechtsplegingsvergoeding van €6.000,00.

Dienvolgens, opnieuw rechtdoende,

In hoofdorde:

Appellante te veroordelen tot de kosten van het geding en tot het betalen aan geïntimeerden van de gerechtskosten betreffende de eerste aanleg (miv een rechtsplegingsvergoeding t.b.v. €1.440,00)



In ondergeschikte orde:

Minstens de gerechtskosten om te slaan in toepassing van artikel 1017, 4° Ger.W., zodat de verwijzing in de kosten in het voordeel van geïntimeerden uitvalt.

Wat betreft de kosten van de procedure hoger beroep

In hoofdorde:

Appellante te veroordelen tot de kosten van het geding en tot het betalen aan geïntimeerden van de gerechtskosten betreffende het hoger beroep (met inbegrip van een rechtsplegingsvergoeding ten bedrage van €1.440,00),

In ondergeschikte orde:

Minstens deze gerechtskosten om te slaan in toepassing van art.1017, 4° Ger.W., zodat de verwijzing in de kosten in het voordeel van geïntimeerden uitvalt.

II.
VERDERE BEOORDELING

A.

Over de toelaatbaarheid van het incidenteel beroep van geïntimeerden na het tussenarrest

1.

Nadat geïntimeerden initieel (in een beroepsconclusie van 19 maart 2015) een beperkt incidenteel beroep instelden, breidden geïntimeerden hun incidenteel beroep na tussenarrest uit in conclusies neergelegd op 5 april 2017.

In het bijzonder werd het incidenteel beroep uitgebreid wat betreft:

- de communicatie rond het spel die misleidend zou zijn (o.m. het feit dat geïntimeerden goedkeuring zouden hebben van de Nationale Loterij en allerhande aankondigingen die consumenten veel geld beloofden);
- de miskennis van de transparantieplichtingen, in het bijzonder het gebrek aan identificatie van geïntimeerden aan de hand van een KBO-nummer.

Appellante is van oordeel dat dit incidenteel beroep niet toelaatbaar is.



2.

Alhoewel art. 1054 Ger.W. toelaat dat de gedaagde in hoger beroep te allen tijde incidenteel beroep instelt tegen alle partijen die in het geding zijn voor de rechter in hoger beroep, zelfs indien hij het vonnis zonder voorbehoud heeft betekend of er vóór de betekening in berust heeft, neemt dit niet weg dat indien de geïntimeerde heeft berust ná betekening van het vonnis, zijn incidenteel beroep op die punten ontoelaatbaar is.

Niet ter betwisting staat dat het incidenteel beroep tijdig werd ingesteld.

In casu dient echter vastgesteld te worden dat geïntimeerden na betekening van het vonnis en het vervolgens instellen van een beperkt incidenteel beroep, berust hebben in de beoordeling van alle overige rechtspunten.

De stilzwijgende berusting kan op grond van art. 1045 Ger.W. afgeleid worden uit bepaalde en met elkaar overeenstemmende akten of feiten waaruit blijkt dat de partij het vaste voornemen heeft haar instemming te betuigen met de beslissing.

Uit de rechtspleging blijkt het volgende:

Nadat het hoofdberoep door appellante werd ingesteld, hebben geïntimeerden in eerste instantie een beperkt incidenteel beroep ingesteld. Hierop heeft appellante in haar conclusie van 22 mei 2015 (in randnummer 24) vastgesteld dat het vonnis van de eerste rechter op alle andere punten dus in kracht van gewijsde is getreden. In het bijzonder gold dit volgens appellante o.m. voor de commerciële uitingen over en de voorstelling van het spel van Lucky4All, die als misleidend werden beschouwd en wat betreft de miskenning van de transparantieverplichtingen.

In hun syntheseconclusie van 23 juli 2015 hebben geïntimeerden dit niet betwist. Zij handhaafden hun beperkt incidenteel beroep.

Door dit incidenteel beroep vooralsnog, na het tussenarrest van 2 december 2015 en het arrest van het Hof van Justitie van 15 december 2016, uit te breiden, komen geïntimeerden terug op een onherroepelijke berusting.

Het Hof kan het gedrag van geïntimeerden immers enkel als met elkaar overeenstemmende feiten interpreteren die instemming betuigen met het vonnis a quo. Geïntimeerden hebben immers stilzwijgend maar ondubbelzinnig te kennen gegeven dat zij het vaste voornemen hadden hun instemming te betuigen met de andere dicta van de beslissing.



3.

De argumentatie van geïntimeerden dat de berusting nietig zou zijn wegens strijdigheid met de openbare orde, om reden dat titel 4 boek VI WER een economische politiewet is, kan niet gevolgd worden.

Het begrip openbare orde wordt restrictief geïnterpreteerd.

Huidige Titel 4 van boek VI (voorheen WMPC, verboden praktijken) en titel 2 van boek III WER (voorheen KBO wet) betreft vooreerst geen wetgeving van openbare orde doch wetgeving van dwingende aard.

De berusting in een beslissing die een vordering (tot staking) toekent inzake thans Titel 4 van boek VI (voorheen WMPC, verboden praktijken) en titel 2 van boek III WER (voorheen KBO wet) bedreigt voorts minstens de wezenlijke belangen van de staat of van de gemeenschap niet, zodat zij de openbare orde niet verstoort.

4.

Louter volledigheidshalve merkt het Hof op dat het uitgebreid incidenteel beroep alleszins grotendeels ongegrond is.

Zoals infra gemotiveerd wordt, berust het incidenteel beroep, wat de commerciële uitingen betreft op het argument dat geïntimeerde geen 'handelspraktijken' hebben gevoerd. Infra (onder nr. 7) wordt deze stellingname weerlegd. Het incidenteel beroep berust wat de transparantieplichtingen betreft op een gelijklopende redenering die evenzeer wordt afgewezen. Een handelspraktijk vereist immers geen winsttoogmerk maar enkel de verkoop of verkoopbevordering van een product. Bovendien werd bij tussenarrest van 3 december 2015 reeds geoordeeld dat geïntimeerden ondernemingen zijn in de zin van art. 2,1° WMPC (thans art. 1.1,1° WER) (en geen particulieren die enkel uit hobby handelen). Er bestaat bijgevolg geen reden om het oordeel van de eerste rechter te hervormen wat de commerciële uitingen betreft en wat de transparantieplichtingen ten aanzien van eerste en tweede geïntimeerde betreft. Enkel ten aanzien van derde geïntimeerde merkt het Hof op dat derde geïntimeerde wel degelijk ingeschreven was en is in de KBO zoals blijkt uit de vermelding van het ondernemingsnummer in de conclusies van geïntimeerden en uit stuk 7 van geïntimeerden. Volstrekt ondergeschikt is het incidenteel beroep van derde geïntimeerde, voor zover toelaatbaar, minstens slechts op dit punt gegrond.

B.

Over het resterende deel van het hoofdberoep van appellante

5.

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



Overeenkomstig art. 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 aanbrengen 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 Lucky4All-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 (Lucky4All) 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 vier 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:

- Lucky4All ontvangt sowieso 10% op alle winsten gegenereerd in het hele spel, dus ook in de niveaus die zich meer dan 8 levels lager bevinden;
- Lucky4All ontvangt eveneens 5% (4 % + 1 %) van het prijzengeld uit de winnende lijn onder zich. Gezien Lucky4All helemaal bovenaan de piramide staat, zijn haar winstkansen gevoelig hoger dan voor de gewone speler;
- Lucky4All 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 9840 lotto combinaties). 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 haar limieten.

Lucky4All is een schoolvoorbeeld van een piramidesysteem die een omzetting uitmaakt van bijlage 1 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 winsttoogmerk vereist. Art. 1.8.23° 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 nr. 2005/29 Oneerlijke Handelspraktijken 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 art. 2,1° WMPC (thans art. 1.1,1° WER). De organisatie van een lotto-speelpot 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 tenslotte manifest laattijdig zodat aangenomen 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 winstoogmerk, voor zover dit al vereist zou zijn om als handelspraktijk te kwalificeren (randnummers 22, 32-33 van het arrest).

8.

Tenslotte 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 randnummer 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 het dit zakenmodel verwerft de deelnemer aan het piramidespel van Lucky4All, 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 tien lottocombinaties die de speler aankocht.

Geïntimeerden houden eveneens ten onrechte voor dat er geen marktverzadiging zal optreden, gezien Lucky4All beweerdelijk een verkoopsbevorderingssysteem 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.

Tenslotte is Lucky4All 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 gemeenschappelijke 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 Lucky4All. 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 continue nieuwe spelers aanbrengen.

Alle overige door geïntimeerden ingeroepen middelen/argumenten zijn niet ter zake dienend nu duidelijk de drie voorwaarden voor een kwalificatie van Lucky4All 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.



C.

Over het stakingsbevel en de gevorderde dwangsom

11.

Gelet op de inbreuk op art. 91,14° WMPC (thans art. VI.100,14° WER) past het om de staking hiervan te bevelen.

De formulering van het stakingsbevel zoals door appellante voorgesteld is voldoende precies: appellante verwijst hierbij duidelijk naar de werking van het spel zoals beschreven door een gerechtsdeurwaarder. Ten onrechte stellen geïntimeerden dat het gevorderde stakingsbevel onvoldoende duidelijk zou zijn. Het incidenteel beroep hieromtrent is ongegrond.

Om de naleving van het stakingsbevel te bevelen, is het aangewezen om een dwangsom op te leggen. Het Hof bevestigt de dwangsom zoals door de eerste rechter opgelegd van € 5.000,00 per dag dat het spel Lucky4All georganiseerd blijft, te verbeuren binnen de 7 werkdagen na betekening van het arrest.

Ten onrechte vordert appellante om een dwangsom van € 50.000,00 per dag op te leggen dat het gewraakte spel verder wordt georganiseerd dit zonder beperking of plafond.

De eerste rechter bepaalde het maximum te verbeuren bedrag op een dwangsom van € 50.000,00. Het Hof is evenwel van oordeel dat dit bedrag dient opgetrokken te worden tot een maximum te verbeuren dwangsom van € 150.000,00. Ook op dit punt is het hoger beroep van appellante gegrond.

D.

Over de gerechtskosten

12.

Appellante is zowel in eerste aanleg als in hoger beroep de in het gelijk gestelde partij in de zin van art. 1017 Ger.W. Er bestaat geen reden om de kosten om te slaan in de zin van art. 1017 lid 4 Ger.W.

Zowel in eerste aanleg als in hoger beroep wordt de vordering van appellante immers gegrond verklaard en wordt de staking van de verdere organisatie van het spel bevolen, ongeacht de middelen die daaraan ten grondslag liggen.

Het enkele feit dat het eerste middel van appellante (inbreuken op de Loterijwet) werd afgewezen zowel in eerste aanleg als in het tussenarrest, neemt niet weg dat appellante de in het gelijkgestelde partij blijft. Het incidenteel beroep van geïntimeerden is ook op dit onderdeel ongegrond.



13.

Onderhavige procedure is complex te noemen, zowel in feite als in rechte, waarbij o.m. een afzonderlijke procedure gevoerd werd voor het Hof van Justitie, na een prejudiciële vraag. Ook kwamen veel juridische betwistingen aan bod waaromtrent partijen uitvoerig standpunt innamen met verwijzing naar Europese richtlijnen en rechtspraak van het Hof van Justitie.

Een verhoogde rechtsplegingsvergoeding dringt zich derhalve op, die zowel voor eerste aanleg als in hoger beroep, begroot wordt op € 6.000,00 rechtsplegingsvergoeding.

Het oordeel van de eerste rechter inzake de rechtsplegingsvergoeding wordt derhalve bevestigd en ook in hoger beroep worden geïntimeerden veroordeeld tot een verhoogde rechtsplegingsvergoeding van € 6.000,00.

14.

De eerste rechter begrootte de dagvaardingskosten niet. Appellante vordert terecht de verwijzing van geïntimeerden in de dagvaardingskosten.

Het rolrecht hoger beroep is tevens ten laste van geïntimeerden.

De betekeningkosten zijn daarentegen geen door het Hof te begroten gerechtskosten in de zin van art. 1018 Ger.W.

III.

BESLISSING

Het hof beslist bij arrest op tegenspraak.

De rechtspleging verliep in overeenstemming met de wet van 15 juni 1935 op het gebruik van de taal in gerechtszaken.

Het Hof werkt het tussenarrest van 3 december 2015 verder uit.

Het Hof verklaart het hoger beroep van appellante deels gegrond.

Het Hof zegt voor recht dat het aanbieden, promoten, organiseren en uitbaten door geïntimeerden van het spel "Lucky4All" *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 €5.000,00 per dag dat het gewraakte spel "Lucky4All" georganiseerd blijft, binnen de zeven werkdagen na betekening van het tussen te komen arrest, met een maximum te verbeuren dwangsom van €150.000.

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

Het Hof verklaart het nieuwe incidenteel beroep van geïntimeerden, zoals geformuleerd in de conclusies van 5 april 2017 neergelegd na tussenarrest, ontoelaatbaar.

Het Hof bevestigt het oordeel van de eerste rechter inzake de rechtsplegingsvergoeding in eerste aanleg en verwijst geïntimeerden bijkomend in de kosten van het hoger beroep begroot op een rechtsplegingsvergoeding in hoger beroep van €6.000,00, meer het rolrecht hoger beroep van €210,00. Het Hof verwijst geïntimeerden tevens in de dagvaardingskosten die niet begroot werden door de eerste rechter, ten aanzien van eerste geïntimeerde: €348,69, ten aanzien van tweede geïntimeerde: €250,92 en ten aanzien van derde geïntimeerde: €348,69.

Dit arrest werd uitgesproken in de openbare zitting van 28 september 2017 door

Mevrouw B. PONET

Raadsheer

Mevrouw M.-C. WILLEMAERS

Raadsheer

Mevrouw I. RENAP


Raadsheer

Mevrouw C. VERSWYVELEN


Griffier



C. VERSWYVELEN



I. RENAP



M.-C. WILLEMAERS



B. PONET



Bestemd voor bestuurlijke inlichting.

Vrij van griffierecht

Voor eensluidend kopie afgeleverd aan **FOD Economie, Algemene directie Economische Reglementering, afdeling Consument en Onderneming**

Antwerpen, **03 oktober 2017**



V. Vriens
Griffier-hoofd van dienst

