

Hof van Cassatie, 25 oktober 2001**Iverlek / Radio Public (United Pan-Europe Communication Belgium)****Zaken C.00.0090 en C.00.0091****Zetel : Verougstraete (Voorz.), Bourgeois, Londers, Dirix, Stassijns (raadsheren)**

In twee arresten van 25 oktober 2001 deed het Hof van Cassatie uitspraak over de voorzieningen tegen twee arresten van het Hof van Beroep te Brussel dd. 26 oktober 1999 (*Jaarboek Handelspraktijken & Mededinging 1999*, 254 respectievelijk 344).

Beide zaken betreffen een geschil tussen de NV Radio Public en de gemengde intercommunale Iverlek in het kader van de strijd om de Leuvense kabelmarkt waar Iverlek en Radio Public elkaars concurrenten zijn.

De besproken arresten gaven het Hof de gelegenheid om zich uit te spreken over drie principiële kwesties uit de wet van 14 juli 1991 betreffende de handelspraktijken en de voorlichting en bescherming van de consument (WHPC). Het eerste arrest (C.00.0090) behandelt hoofdzakelijk de verkoop met verlies van diensten door een niet dominante onderneming. In het tweede arrest (C.00.0091) komen (i) het begrip 'totale prijs' uit artikel 55,1° WHPC en (ii) de wettigheid van de aankondiging van lanceerprijzen aan bod.

1. DE VERKOOP MET VERLIES VAN DIENSTEN

In de rechtspraak en rechtsleer wordt algemeen aanvaard dat de verkoop met verlies van diensten principieel toegelaten is. Onder omstandigheden kan deze verkoop echter toch op grond van artikel 93 WHPC worden verboden. Dit is in het bijzonder het geval wanneer er sprake is van een schending van het mededingingsrecht.

In de rechtspraak werd de verkoop met verlies van diensten ook vaak veroordeeld op grond van de vaststelling dat de gehanteerde prijzen onmogelijk konden bijdragen tot een normale en duurzame rentabiliteit, zodat moest worden besloten dat de partij die ze toepaste de eigen rentabiliteit uitstelde tot na de uitschakeling van de concurrentie, waarna de prijzen opnieuw zouden kunnen worden verhoogd zonder concurrentiele druk (zie bijvoorbeeld Voorz. Kh. Brussel, 3 juni 1996, *Jaarboek Handelspraktijken & Mededinging 1996*, 283; Brussel, 6 maart 1998, *Jaarboek Handelspraktijken & Mededinging 1998*, 233; Voorz. Kh. Antwerpen, 15 oktober 1998, *Jaarboek Handelspraktijken & Mededinging 1998*, 260). De analogie met de redenering inzake 'predatory pricing' in de mededingingsrechtelijke sfeer lijkt evident. In het licht van de, ook door het Hof van Cassatie gehuldigde, theorie van de beperkende werking van de Wet op de bescherming van de Economische Mededinging (WEM) op de WHPC kon men zich evenwel afvragen of deze rechtspraak zou kunnen standhouden (zie bijvoorbeeld Cass., 7 januari 2000, *TBH*, 2000, 369 alsmede L. GARZANITI en D. VANDERMEERSCH, "L'effet limitatif du droit de la concurrence sur le droit de la concurrence déloyale: état de la question", *TBH*, 1997, 4).

In het arrest dd. 26 oktober 1999 veroordeelde het Hof van Beroep te Brussel Iverlek wegens verkoop met verlies van diensten zonder als dusdanig te verwijzen naar het mededingingsrecht. De motieven van het Hof sluiten nauw aan bij de hierboven geciteerde rechtspraak :

« Dat (...), naar omstandigheden, de verkoop met verlies van diensten een praktijk kan vormen die wegens strijdigheid met de eerlijke handelsgebruiken kan worden beteugeld op grond van artikel 93 WHPC ;

(...) dat kan worden aangenomen dat een verkoop met verlies van diensten, wanneer hij kortstondig wordt toegepast, in beginsel batig kan zijn voor de onderneming – weze het eventueel op enige termijn – zowel als voor de consument en aldus beschouwd deze praktijk niet per se met de eerlijke handelsgebruiken strijdt ;

(...) dat de praktijk nochtans met de eerlijke handelsgebruiken onverenigbaar voorkomt, wanneer blijkt dat de onderneming de gevolgen van de verlieslatende verkopen niet kan blijven opvangen met tegen marktvoorwaarden ter beschikking gestelde middelen en het aangeboden verlieslatende prijsniveau voor de consument ook geen standvastig karakter vertoont ;

Dat het al dan niet geoorloofd karakter van deze verkoopstechniek verder mee moet worden beoordeeld in functie van het ten aanzien van alle marktdeelnemers nagestreefde doel ;

Dat het opzettelijk ontregelen van de normale marktmechanismen en het wegprijzen van concurrenten uit de markt om deze vervolgens te domineren als oneerlijke praktijk moet worden verboden ; »

In de voorziening in cassatie bekritiseerde Iverlek deze overwegingen. Zij beriep zich o.a. op de beperkende werking van de WEM op de WHPC.

Het Hof van Cassatie verwierp evenwel de voorziening in al haar onderdelen. Het bevestigde vooreerst dat, alhoewel de WHPC de verkoop met verlies van diensten niet uitdrukkelijk verbiedt, deze verkoop onder omstandigheden desalniettemin een daad strijdig met de eerlijke handelsgebruiken kan zijn :

« Dat het niet uitgesloten is dat de verkoop met verlies van een dienst onder omstandigheden in strijd kan zijn met de eerlijke gebruiken in handelszaken ;

Dat uit de omstandigheid dat alleen de verkoop met verlies van een product door de Wet Handelspraktijken expliciet verboden wordt niet kan worden afgeleid dat het leveren met verlies van een dienst niet in strijd kan zijn met het algemeen verbod bepaald in het genoemde artikel 93 »

Het middel betreffende de beperkende werking van de WEM op de WHPC werd als dusdanig niet behandeld om formele redenen. Het argument van de beperkende werking was volgens het Hof niet ingeroepen in beroep. Het Hof stelde desalniettemin dat ook verkopen met verlies van diensten door een onderneming die geen dominante positie bekleedt op de relevante markt onder omstandigheden onder artikel 93 kunnen vallen :

« Dat niet uitgesloten is dat een onderneming die geen dominante positie heeft op de betrokken markt toch een inbreuk kan begaan op het verbod van oneerlijke handelspraktijken door onder omstandigheden diensten met verlies te verkopen ; dat dit in het bijzonder het geval kan zijn wanneer de verkoop van diensten met verlies door de onderneming die geen dominante positie heeft, afgestemd is op de gedragingen van andere ondernemingen of van de overheid en een economisch ongeoorloofd doel nastreeft ».

Dat de verkoop met verlies van diensten door een dominante onderneming verboden kan worden is duidelijk en wordt door het Hof bevestigd. Voor niet dominante ondernemingen lijkt het Hof een dubbele voorwaarde te stellen :

- de onderneming heeft haar gedraging afgestemd op dat van een andere onderneming of van de overheid, *en*
- streeft daarbij een ongeoorloofd doel na.

De invulling van beide voorwaarden is voorlopig onzeker.

Deze eerste voorwaarde zou men kunnen lezen als een verwijzing naar onderling afgestemde feitelijke gedragingen in de mededingingsrechtelijke betekenis (zie artikel 2 van de WEM en artikel 81 van het EG-Verdrag). Misschien dacht het Hof ook aan het feit dat in het ondehavige geval zowel aandeelhouder Electrabel als andere entiteiten uit de Iverlek-groep bepaalde middelen aan voordelige voorwaarden ter beschikking hadden gesteld van de verlieslatende activiteit, Iverlek III.

Wat het Hof verder voor ogen had met de verwijzing naar *“gedrag dat is afgestemd op dat van de overheid”* is evenmin meteen duidelijk. Vermoedelijk houdt dit verband met het feit dat de aangevochten verkoop met verlies kaderde in wat het Hof van Beroep aanzag als het door de stad Leuven gestuwde opzet om via de oprichting van Iverlek III de abonnees van Radio Public te doen overstappen naar een kabelnet waaruit de Stad winstdeling kon puren en om, bijgevolg, Radio Public als kabeldistributeur in het Leuvense te elimineren.

Ook de twee voorwaarde, het ongeoorloofde doel, geeft aanleiding tot vragen. Waarschijnlijk moet men hierin een bevestiging lezen van de overweging in het arrest a quo : *“Dat het opzettelijk ontregelen van de normale marktmechanismen en het wegprijzen van concurrenten uit de markt om deze vervolgens te domineren als oneerlijke praktijk moet worden verboden ;”*. De specifieke omstandigheid dat één en ander kaderde in het hierboven reeds aangehaalde opzet van de stad Leuven om Iverlek III naar voor te schuiven ten koste van Radio Public is hier waarschijnlijk ook niet weg te denken. Toch behoeft deze passage enkele bemerkings. De vrije mededinging is één van de hoekstenen van ons economisch bestel. Prijsconcurrentie, en dus het wegprijzen van de concurrentie, is een belangrijk onderdeel van de vrije mededinging. Dat prijsconcurrentie, opzettelijk of onopzettelijk, kan leiden tot de ondergang van de concurrent maakt integraal deel uit van de spelregels.

De grens tussen geoorloofde en ongeoorloofde prijsconcurrentie in de dienstensector blijft daarom nog steeds moeilijk te bepalen. Het besproken cassatiearrest lijkt geschreven op maat van de bijzondere omstandigheden van de onderliggende zaak. De transponering van de voorwaarden die in het arrest werden geïdentificeerd naar andere zaken is niet vanzelfsprekend. Wel is duidelijk dat het Hof niet strikt houdt aan de beperkende werking van de WEM op de WHPC. De discussie nopens de concrete omstandigheden waaronder de verkoop met verlies van diensten kan worden verboden lijkt in elk geval nog niet afgerond.

2. HET BEGRIP TOTALE PRIJS UIT ARTIKEL 55,1° WHPC

In het arrest a quo stelde het Hof van Beroep te Brussel vast dat Iverlek inbreuk had gepleegd op artikel 54 WHPC door aan de consument samen met een kabelabonnement van twee jaar, de gratis aansluiting op het kabelnet – bestaande uit een enkelvoudige aansluiting en toegang tot het net, twintig meter binnenkabel, een contactdoos en een TV-snoer aan te bieden. Het Hof

van Beroep stelde dat dit aanbod niet kon genieten van de uitzondering voorzien in artikel 55,1° WHPC aangezien :

« uit de samenlezing van de artikelen 55, 56 en 57 WHPC moet worden afgeleid dat, anders dan in artikelen 56 en 57 waar het gratis aanbieden met een hoofdproduct wordt geregeld, de verkoop tegen een 'totale prijs' bedoeld in artikel 55, impliceert dat in het gedane aanbod de gecombineerde goederen of diensten ieder ten belope van een aandeel in de prijs effectief worden betaald ;

(...) dat nu in het besproken aanbod de aansluiting gratis wordt aangeboden samen met een abonnement gedurende 24 maanden, dit aanbod niet kan genieten van de in artikel 55,1 WHPC geoorloofde uitzondering. ».

In de voorziening in cassatie stelde Iverlek dat het Hof van Beroep te Brussel aan de toepasselijkheid van artikel 55,1° WHPC een voorwaarde heeft toegevoegd die er niet in te lezen staat met name dat elk onderdeel van het aangeboden geheel ten belope van een aandeel in de prijs effectief moet worden betaald. Iverlek argumenteerde dat ook een aanbod waarbij één van de bestanddelen gratis wordt aangeboden een aanbod is aan een totale prijs.

Het Hof van Cassatie verwierp dit middel op grond van de volgende overwegingen :

« Dat slechts van een totale prijs sprake is wanneer elk van de producten of diensten die gezamenlijk worden aangeboden tegen een bepaalde prijs wordt aangeboden, zodat de totale prijs de samenstelling vormt van de prijs van de afzonderlijke producten die gezamenlijk worden aangeboden ;

Dat wanneer samen met een hoofdproduct of –dienst een product of dienst gratis wordt aangeboden, de geoorlooftheid van de praktijk op grond van de artikelen 56 en 57 Wet Handelspraktijken moet worden beoordeeld. »

Het Hof bevestigt dus duidelijk dat wanneer een bestanddeel van het geheel als gratis wordt aangekondigd er geen sprake is van een totale prijs zodat artikel 55,1° niet van toepassing is (zie o.a. in dezelfde zin Antwerpen, 1 maart 1999, *Jaarboek Handelspraktijken & Mededinging 1999*, 294; Voorz. Kh. Hasselt, 20 januari 1992, *TBH*, 1993, 667; Gent, 23 december 1988, *Jaarboek Handelspraktijken 1988*, 148).

De formulering van het arrest blijft echter enigszins dubbelzinnig doordat niet volledig duidelijk is of het verbod om een bestanddeel van het aanbod gratis aan te bieden naast een formele ook een inhoudelijke eis bevat. Dat men bij de *formulering* van het aanbod de zaken niet mag *voorstellen* alsof één van de bestanddelen gratis wordt aangeboden is duidelijk. In een deel van de rechtspraak werd nochtans – ten onrechte – het tegengestelde aanvaard (zie bijvoorbeeld Luik, 3 juni 1997, *Jaarboek Handelspraktijken & Mededinging 1997*, 225).

Betekent het arrest echter ook dat producten of diensten die voorheen geen prijs hadden, of die de facto gratis worden aangeboden, nooit deel mogen uitmaken van een gezamenlijk aanbod in de zin van artikel 55,1° WHPC, zelfs niet indien slechts een totale prijs wordt aangekondigd zonder verwijzing naar het gratis karakter van één van de bestanddelen van het aanbod (zie in die zin : VERVLOET, A., noot onder Luik, 3 maart 1989, *Jaarboek Handelspraktijken 1989*, 149; SWENNEN, H., noot onder Brussel 4 januari 1979, *RW*, 1979-80, 464)?

Alhoewel bij de lectuur van het arrest het tegengestelde kan worden beweerd meen ik dat de vereiste van een totale prijs een loutere vormvereiste blijft die betrekking heeft op de wijze van verwoording van het aanbod eerder dan op de inhoud ervan. Wat niet kan is aankondigen dat één van de onderdelen van het aanbod gratis is. Het aanbod van Iverlek zondigde tegen deze voorwaarde en is dus verboden.

Wie echter vraagt dat elk onderdeel van het aanbod effectief een prijs heeft die ook moet worden betaald, voegt aan artikel 55,1° WHPC een voorwaarde toe die er niet in voorkomt. Dergelijke vereiste is overigens volstrekt zinloos want niet verifieerbaar. Bij een gezamenlijk aanbod tegen totale prijs kan de consument immers onmogelijk uitmaken wat het aandeel in deze prijs is van de individuele bestanddelen van het aanbod. Anders dan het Hof van Beroep te Brussel stelde het Hof van Cassatie overigens niet dat in het gedane aanbod de gecombineerde goederen of diensten ieder ten belope van een aandeel in de prijs *effectief moeten worden betaald*. Het Hof stelde enkel dat de totale prijs de samenstelling moet zijn van de prijs van de afzonderlijke producten die gezamenlijk worden aangeboden. Ook wanneer de facto een van de producten gratis wordt aangeboden maar aan de consument slechts de totale prijs van het aanbod wordt aangekondigd is aan deze voorwaarde voldaan.

3. HET LANCERINGSAAVBOD

Het tweede cassatiearrest (C.00.0091) is ook interessant omdat het uitspraak doet over het lanceringsaanbod, d.i. de praktijk waarbij een verkoper die een product nog niet eerder verkocht, aankondigt dat zijn prijs voor dit product slechts geldt voor een beperkte lanceringsperiode waarna hij zal worden verhoogd. Dergelijk aanbod is volgens het Hof niet onderworpen aan de bepalingen van de WHPC inzake de aankondiging en aanduiding van prijsverminderingen en prijsvergelijkingen (artikel 5, 42 en 43 WHPC) :

« Overwegende dat uit de wetsgeschiedenis blijkt dat een prijs waaraan de verkoper, die vroeger het product of dienst niet heeft verkocht, aankondigt dat de prijs maar geldt voor een beperkte lanceerperiode en later zal verhoogd worden, niet verboden is, behoudens wanneer deze praktijk zou verboden zijn krachtens andere wetsbepalingen ;

Dat dit spoort met de bedoeling van de wetgever zowel het initiatief van nieuwe marktdeelnemers aan te moedigen als de consument te vrijwaren tegen misleidende praktijken »

Het Hof van Cassatie bevestigt hiermee de rechtspraak en rechtsleer ter zake (zie bijvoorbeeld Voorz. Kh. Bergen, *Jaarboek Handelspraktijken 1988*, 50 en Voorz. Kh. Antwerpen, 19 juni 1997, *Jaarboek Handelspraktijken & Mededinging 1997*, 264).

Thomas De Meese
Advocaat Crowell & Moring
tdemeese@crowell.com