

Contracten maken

Multi Level Marketing: een oneerlijke handelspraktijk?

Mr. E.C. Runia*

1. Inleiding

Multi Level Marketing is een verkoopmethode die al jaren in Nederland en de haar omringende landen veelvuldig wordt gebruikt. Het is een begrip dat niet bij iedereen bekend is, maar de praktijkuitvoering van deze verkoopmethode, de zogenoemde 'tupperwareparty's', doet over het algemeen wel een belletje rinkelen. Multi Level Marketing (hierna 'MLM') was al in de jaren negentig van de vorige eeuw een opkomend en actueel fenomeen. Bijna iedereen heeft wel iemand in zijn vrienden- of kennissenkring die is aangesloten bij een MLM-systeem. In zijn artikel 'Contractshoppen en andere methoden om ongewenste wetsregels te ontlopen' uit 1999 heeft Van Wechem reeds uitgebreid aandacht aan de diverse MLM-constructies besteed en aan de daaraan (meest civielrechtelijk) gerelateerde onderwerpen.¹

In dit artikel een update over dit onderwerp. Hierbij zal de nadruk liggen op de in 2005 gepubliceerde Richtlijn Oneerlijke Handelspraktijken (hierna de 'Richtlijn').² De vraag zal centraal staan wat de implementatie van de Richtlijn in Nederland voor MLM-bedrijven betekent en in het bijzonder – in het kader van het thema van dit tijdschrift – of de gewoonlijk gebruikte MLM-contracten hierop dienen te worden aangepast. Allereerst volgt hierna echter een nadere omschrijving van hetgeen MLM nu precies inhoudt.

* Advocaat bij Baker & McKenzie Amsterdam N.V.

1 T.H.M. van Wechem, 'Contractshoppen en andere methoden om ongewenste wetsregels te ontlopen', *Civiele constructies*, BW-Krant Jaarboek 1999 15, p. 9 e.v.

2 Richtlijn 2005/29/EG van het Europees Parlement en de Raad 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, PbEG 2005 L 149/22 ('Richtlijn oneerlijke handelspraktijken').

2. Het begrip MLM

MLM is inmiddels een verkoopsysteem dat in heel Europa is ingeburgerd. Ooit vooral bekend van de zogenoemde 'tupperwareparty's', worden er nu vele producten door middel van een MLM-systeem in Europa verkocht. Gegeven het feit dat er zoveel verschillende MLM-bedrijven operationeel zijn in Europa is het moeilijk om een algemene definitie te geven van een MLM-systeem.³ In een rapport opgesteld naar aanleiding van een studie in opdracht van de Europese Commissie (hierna de 'Commissie') over (onder andere) MLM wordt MLM gedefinieerd als:

*'Een vorm van directe verkoop waarbij directe verkopers onafhankelijke handelaren zijn die de producten van de onderneming mogen kopen tegen een gereduceerde prijs voor verkoop of eigen gebruik, deze producten mogen wederverkopen aan consumenten of onafhankelijke handelaren en andere onafhankelijke handelaren mogen werven die op hun beurt weer additionele onafhankelijke handelaren mogen werven. De handelaren ontvangen commissie op basis van hun eigen verkopen en de verkopen van handelaren in hun directe mervingslijn zoals gedefinieerd in het marketing plan van de onderneming.'*⁴

De hiervoor genoemde handelaren zijn eigenlijk altijd natuurlijke personen die worden geworven tijdens veelal goed georganiseerde bijeenkomsten.⁵ Tijdens deze bijeenkomsten wordt het business plan van het MLM-bedrijf uitgelegd. Als men de presentaties en brochures bekijkt, dan valt op dat deze vaak in wervende turbotaal zijn opgesteld. De nadruk ligt op hetgeen men kan verdienen en

3 Zie ook Van Wechem 1999, p. 11.

4 Door to door selling - pyramid selling - Multi level marketing, A study commissioned by the European Commission, contract no, A0/7050/98/000156, te vinden op <http://ec.europa.eu/consumers/cons_int/safe_shop/door_sell/sur10_01.pdf>. Overigens is het goed om op te merken dat dit rapport geen zienswijzen bevat van de Commissie en dat de Commissie een expliciete disclaimer heeft opgenomen ten aanzien van dit rapport. Dit citaat dient dan ook slechts als voorbeeld.

5 Van Wechem 1999, p. 11.

welke voordelen (zoals leuke bijeenkomsten op tropische eilanden) men kan behalen naarmate men een hogere rang binnen de organisatie krijgt.

De handelaren ontvangen vaak niet alleen commissie over hun eigen verkopen, maar ook over de verkopen van de door hen nieuw aangebrachte handelaren. De handelaar ontvangt bovendien meestal een bonus voor elke nieuwe handelaar die hij aanbrengt. Ten slotte komt het in bepaalde MLM-systemen voor dat de deelnemer eerst een bepaald bedrag voor marketing materiaal moet betalen of een bepaalde minimumhoeveelheid moet afnemen om deel te mogen nemen in het MLM-systeem. Net als bij de traditionele 'tupperwareparty' worden de producten nog steeds veelal bij de handelaren thuis aan de man/vrouw gebracht. Dit laatste is een van de redenen dat een MLM-verkoopstelsel een hogere winstrealisatie mogelijk maakt, immers de tussenschakels hoeven niet de kosten van vaste verkooppunten te dragen.⁶

3. De Richtlijn

De Richtlijn had op 1 juli 2007 in alle lidstaten wettelijk geïmplementeerd moeten zijn. De Nederlandse wetgever is echter rijkelijk laat met het implementeren van deze communautaire wetgeving. Op het moment van schrijven van dit artikel ligt het wetsvoorstel ter implementatie van de Richtlijn (hierna het 'wetsvoorstel') nog steeds bij de Eerste Kamer.⁷ Feit is echter dat met de komst van de Richtlijn de consument in de Europese Unie een stuk beter lijkt beschermd. Hoe ver die bescherming reikt, zal tot op zekere hoogte afhangen van de interpretatie van de Richtlijn. Uitgangspunt is volledige harmonisatie, maar de toepassing zal toch afhangen van nationale implementatiewetgeving en – in eerste instantie lokale – interpretatie door rechters.⁸ Immers, de Richtlijn bevat een aantal begrippen dat voor meer interpretaties vatbaar is en uitleg zal behoeven.⁹

Over de implementatie en interpretatie van de Richtlijn zijn alleen al in Nederland vele artikelen geschreven.¹⁰ In deze bijdrage zal ik mij slechts op een van de verboden handelspraktijken richten, te weten het verbod dat voor de MLM-bedrijven potentieel de

meeste invloed kan hebben op hun bedrijfsvoering. Het opzetten, beheren of promoten van een piramidesysteem is namelijk een van de handelspraktijken die op de zwarte lijst staat van de Richtlijn en dus onder alle omstandigheden als oneerlijk en verboden wordt beschouwd.¹¹ Dat dit verbod in de zwarte lijst is opgenomen, is geenszins verrassend, nu piramidesystemen al lange tijd op de agenda van de Europese Commissie staan.¹² De vraag is echter welke handelspraktijken kunnen worden beschouwd als een piramidesysteem. In punt 14 van de bijlage 1 bij de Richtlijn (hierna 'Punt 14') wordt een omschrijving gegeven wanneer een piramidesysteem in ieder geval verboden is, die in het Nederlandse wetsvoorstel¹³ letterlijk is overgenomen:

*'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 goederen.'*¹⁴

Wanneer de hiervoor uiteengezette algemene omschrijving van een MLM-systeem nader onder de loep wordt genomen, valt direct op dat de elementen genoemd in Punt 14 tot op zekere hoogte bij een doorsnee MLM-systeem terugkomen. Immers, een MLM-systeem draait meestal niet alleen om de verkoop van producten, maar ook om de aanbreng van nieuwe deelnemers in het systeem. Ook het element van de vergoeding komt in alle MLM-systemen terug. De kernvraag is dan ook of de verkoopmethode MLM onder omstandigheden als piramidesysteem in de zin van de Richtlijn en dus als verboden handelspraktijk kan worden bestempeld.

4. Nadere criteria

In de memorie van toelichting op het wetsvoorstel (hierna 'MvT') doet de wetgever het zo makkelijk voorkomen:

'Bij de beoordeling of een handelspraktijk oneerlijk is, dient eerste te worden gezien of de handelspraktijk in de bijlage met concrete gedragingen is opgenomen. Zo ja, dan is zij automatisch oneerlijk en verboden op grond van de richtlijn.'

Aan de ene kant heeft de Nederlandse wetgever hier gelijk: doordat er sprake is van totale harmonisatie zullen de lidstaten de lijst van verboden handelspraktijken letterlijk moeten overnemen. Piramidesystemen zijn nu in de hele EU verboden. Anderzijds is het helemaal niet zo gemakkelijk om te bepalen of een handelspraktijk een verboden piramidesysteem is. Allereerst geeft de Richtlijn geen definitie van een piramidesysteem. Bovendien is het omslagpunt wanneer iets een piramidesysteem is en wanneer niet moeilijk te bepalen en voor verschillende uitleg vatbaar. Im-

6 Van Wechem 1999, p. 11.

7 Aanpassing van de Boeken 3 en 6 BW en andere wetten aan de richtlijn betreffende oneerlijke handelspraktijken van ondernemingen jegens consumenten op de interne markt, Kamerstukken 2007/08, 30 928 nr. A. Op 17 juni 2008 heeft de Eerste Kamercommissie voor Justitie het eindverslag uitgebracht. De plenaire behandeling vindt plaats op 23 september 2008.

8 Alhoewel de Richtlijn nog niet is geïmplementeerd in Nederland zal de Nederlandse rechter wel zaken die onder de werkingssfeer van de Richtlijn vallen, richtlijnconform moeten uitleggen.

9 Zo bepleit Steijger dat de MvT op bepaalde punten instructiever had kunnen zijn met betrekking tot de uitleg van bepaalde begrippen uit de Richtlijn. L. Steijger, 'Wetgevingspraktijken onder de loep genomen: een analyse van de implementatie van de Richtlijn Oneerlijke handelspraktijken in Nederland', IVIR 2007-7/8, p. 124-137.

10 Zie onder andere W.H. van Boom, 'Inpassing en handhaving van de Wet oneerlijke handelspraktijken', TvC 2008-1, p. 4 e.v.; L. Steijger, 'Wetgevingspraktijken onder de loep genomen: een analyse van de implementatie van de Richtlijn Oneerlijke Handelspraktijken in Nederland', IVIR 2007-7/8, p. 124-137; B.J. Drijber, 'Richtlijn oneerlijke handelspraktijken: een eerlijke compromis', NTER 2005-9, p. 179-184; en M.H.F. Broekman, 'De Richtlijn Oneerlijke Handelspraktijken', TvC 2005, p. 175 e.v.

11 Art. 5 lid 1 van de Richtlijn bepaalt dat oneerlijke handelspraktijken verboden zijn. Lid 5 van dit artikel voegt hier aan toe dat bijlage I de lijst bevat van handelspraktijken die onder alle omstandigheden als oneerlijk worden beschouwd.

12 Zie noot 4: reeds in 1998 gaf de Europese Commissie opdracht tot het verrichten van de hiervoor genoemde studie naar de onderwerpen colportage, piramidesystemen en MLM.

13 Zie noot 7.

14 Bijlage 1 bij de Richtlijn, punt 14.

mers, binnen veel MLM-systemen krijgt de deelnemer naast een vergoeding voor het aanbrengen van nieuwe deelnemers ook een percentage van de opbrengsten van de verkoop van goederen door die nieuwe deelnemers. Eerstgenoemde vergoeding is overduidelijk een vergoeding die voortkomt uit het aanbrengen van nieuwe consumenten, maar hoe zit het met de tweede vergoeding? Aan de ene kant gaat het om een vergoeding over verkopen. Aan de andere kant gaat het niet om een vergoeding over de producten die de deelnemer zelf heeft verkocht, maar over de verkopen van de door hem aangebrachte nieuwe deelnemer. Indien men het verbod in Punt 14 moet zien als een weegschaal, die óf kan doorslaan naar een verboden piramidesysteem, óf naar een toegelaten MLM-systeem, is het onduidelijk aan welke kant van de weegschaal die laatstgenoemde vergoeding dan moet worden toegevoegd.

Er is meer duidelijkheid nodig omtrent het begrip piramidesysteem en de bepaling wanneer een vergoeding eerder voortkomt uit het aanbrengen van nieuwe deelnemers dan uit de verkoop van goederen. Allereerst zal de communautaire achtergrond ten aanzien van consumentenbescherming in het algemeen worden besproken en meer specifiek de geschiedenis van de totstandkoming van de Richtlijn. Daarnaast zullen de ontwikkelingen ten aanzien van de begrippen piramidesysteem en MLM in Nederland aan bod komen.

Achtergrond op EU-niveau

De Europese Commissie is al jaren bezig met het thema consumentenbescherming. De eerste richtlijnen ter bescherming van consumentenbelangen dateren uit het begin van de jaren tachtig. Ook richt de Commissie zich al langere tijd op MLM- en piramidesystemen. Zo heeft zij eind jaren negentig opdracht gegeven tot de reeds hiervoor genoemde studie naar *door to door selling*-, piramidesystemen en Multi Level Marketing (hierna 'Studie'). Naar aanleiding van de Studie heeft er een hoorzitting plaatsgevonden waarin belanghebbende partijen hun mening over de uitkomsten van de Studie kenbaar konden maken.¹⁵ Zowel de Studie als de daaropvolgende hoorzitting vond plaats in het bredere kader van het Actieplan voor het consumentenbeleid 1999-2001 van de Commissie.¹⁶ In 2001 heeft de Commissie vervolgens een openbare raadpleging over de toekomstige ontwikkeling van de consumentenbescherming in de EU op gang gebracht door middel van de publicatie van een Groenboek.¹⁷ Dit heeft geleid tot de Strategie voor het consumentenbeleid 2002-2006¹⁸, waaruit onder meer de Richtlijn is voortgekomen.

In de toelichting op het voorstel voor de Richtlijn geeft de Commissie geen nadere toelichting op het verbod ten aanzien van piramidesystemen.¹⁹ Ook het gemeenschappelijk standpunt van de Raad behandelt dit onderwerp niet. Dit lijkt misschien niet zo vreemd: er worden immers zoveel verschillende handelspraktijken behandeld in de Richtlijn. Echter, indien men de Studie en het verslag van de daaropvolgende hoorzitting ten aanzien van dit onderwerp leest, dan blijkt dat er binnen de EU alleen al veel

verschillende opvattingen bestaan over de definitie van piramidesysteem. Het finale rapport van de Studie bevat meer dan tien pagina's over de verschillende elementen van een piramidespel.²⁰ Ook wordt in het rapport een voorstel gedaan voor een vrij uitgebreide definitie van een piramidesysteem.²¹ Uit het verslag van de hoorzitting blijkt dat de consumentenorganisaties het over het algemeen eens waren met de voorgestelde definitie, maar dat met name de belangenorganisaties van MLM-bedrijven de definitie veel te breed vonden. De Commissie geeft expliciet aan in een disclaimer bij de Studie dat deze niet haar standpunten bevat. De Commissie geeft in de Richtlijn echter zoals reeds aangegeven geen definitie van een piramidesysteem. Nu er ook verder geen nadere toelichting is over het begrip piramidesysteem en ook het Europese Hof van Justitie zich nog niet over dit onderwerp heeft uitgelaten, is het onduidelijk waarop de huidige definitie van piramidesysteem uit de Richtlijn is gebaseerd. Bovendien zijn er op communautair niveau ook geen andere criteria om te bepalen wanneer er sprake is van een piramidesysteem. Het gevolg is dat nationale rechters allereerst zullen terugvallen op hun nationale wetgeving en jurisprudentie ten aanzien van dit onderwerp of een prejudiciële vraag zullen moeten stellen aan het Europese Hof van Justitie.

Nederlandse achtergrond

In Nederland is er in tegenstelling tot sommige andere EU-landen geen specifieke wetgeving met betrekking tot MLM-systemen.²² Wel zijn piramidespelen²³ sinds 29 mei 1998 verboden in Nederland op grond van artikel 1a van de Wet op de kansspelen. Een piramidespel wordt in dit artikel gedefinieerd als:

*'een gelegenheid waarbij deelnemers een investering maken ten einde daaruit een voordeel te verwerven dat geheel of ten dele afhankelijk is van de investeringen door latere deelnemers.'*²⁴

In de memorie van toelichting op de wijziging van de Wet op de kansspelen²⁵ (hierna MvT) wordt een piramidespel als volgt omschreven:

'Deelnemers aan een piramidespel moeten trachten door middel van een opschuifstelsel aan de top van de piramide te komen. De meeste piramidespelen kennen verschillende niveaus. Op ieder niveau werft iedere deelnemer één of meerdere nieuwe deelnemers, of worden deze deelnemers geworven door andere deelnemers of organisatoren van het piramidespel. Een nieuwe deelnemer betaalt een bepaald bedrag aan de deelnemer die hem geworven heeft en/of aan deelnemers of organisatoren die zich hoger in de piramide bevinden. Nadat de nieuwe deelnemer zelf weer nieuwe deelnemers geworven heeft, of deze door andere deelnemers of organisatoren geworven zijn, of soms nadat de opvolgende nieuwe deelnemers op hun beurt weer nieuwe deelnemers geworven hebben, of deze door andere deelnemers of organisatoren geworven

20 Studie, p. 26 e.v.

21 Studie, p. 25.

22 Zo hebben Spanje en het Verenigd Koninkrijk gedetailleerde regelgeving ten aanzien van de wijze waarop multi level marketing legaal mag worden bedreven.

23 De termen piramidespel en piramidesysteem zullen verder door elkaar worden gebruikt.

24 Art. 1a lid 2 Wet op de kansspelen.

25 Kamerstukken II 1996/97, 25 523, nr. 3.

15 Het verslag van de hoorzitting is te vinden op: <http://ec.europa.eu/consumers/cons_int/safe_shop/door_sell/door02_en.pdf>.

16 COM (1998) 696 def.

17 COM (2001) 531 def.

18 COM (2002) 208 def.

19 SEC(2003) 724.

zijn, krijgt hij zijn inleggeld, geheel, gedeeltelijk of vermeerderd met een bepaald bedrag terug. Hoewel er verschillende varianten van het piramidospel bestaan, hebben zij alle gemeen dat het te verwerven voordeel afhankelijk is van nieuwe deelnemers die op hun beurt weer geld inleggen.'

Daarnaast geeft de MvT aan dat het grootste bezwaar ten aanzien van piramidesystemen is dat het systeem op een gegeven moment vastloopt. Degenen die zich op dat moment op het laatste of voorlaatste niveau bevinden zullen hun deelname aan het piramidospel onvermijdelijk met een negatief resultaat beëindigen. Ten slotte benoemt de minister in de MvT specifiek dat verkoopsystemen zoals MLM in principe niet onder het verbod vallen.²⁶ Dit betekent echter niet dat alle MLM-systemen gevrijwaard zijn van het verbod op piramidesystemen. De minister heeft namelijk bepaalde karakteristieke eigenschappen verbonden aan MLM-systemen, te weten:

- Bij MLM is geen sprake van het betalen van een bepaald bedrag uitsluitend teneinde het recht tot deelname aan een organisatie of het recht tot het werven van nieuwe deelnemers/kopers te verkrijgen, maar staat de verkoop van producten centraal.
- De deelnemer kan de producten voor een reële prijs kopen, teneinde ze met winst te verkopen.
- De afnemer betaalt niet voor deelname, maar voor het product. De afnemers die geen producten willen of kunnen verkopen worden derhalve niet benadeeld.

Indien hiervoor genoemde eigenschappen naar de praktijk worden vertaald, dan kan daar het volgende over worden gesteld. Het eerste criterium betekent dat indien er al een bedrag moet worden betaald als eerste inleg hier in ieder geval iets van waarde tegenover zal moeten staan. Bovendien zal hetgeen de deelnemer krijgt voor zijn inleg gerelateerd moeten zijn aan de verkoop van de producten. Te denken valt aan marketingmateriaal, verkoopinstructies, training, eerste producten om te verkopen, een eigen website, enzovoort. Het bedrag van inleg zal in principe moeten overeenkomen met de waarde van de producten/diensten die men hier voor krijgt. Daarnaast zal de prijs van de producten in verhouding moeten staan tot soortgelijke producten op de markt. Bovendien mogen de afnemers die niet willen of kunnen verkopen niet worden benadeeld. Of aan hiervoor genoemde eigenschappen cumulatief moet worden voldaan wordt niet benoemd, maar lijkt wel raadzaam.

Ten slotte is het verdedigbaar te stellen dat indien er geen risico is dat een MLM-systeem vastloopt, het ook niet als een verboden piramidospel kan worden beschouwd. Indien een MLM-bedrijf en haar deelnemers dan ook al jaren deze verkoopmethode met succes toepassen, lijkt dit een sterke aanwijzing dat het gaat om een legale MLM-constructie.

Hoge Raad

A-G Machielse geeft in de enige uitspraak van de Hoge Raad²⁷ over piramidesystemen en MLM aan dat de vraag wat een piramidospel is aan de hand van de Wet op de kansspelen dient te worden beantwoord. Tevens citeert hij de hiervoor genoemde onderschei-

dende elementen van MLM ten opzichte van piramidesystemen uit de MvT. In deze zaak ging het – kort gezegd – om de vraag of een gedragsdeskundige als getuige diende te worden opgeroepen teneinde te bepalen aan de hand van het gedrag van de deelnemers tijdens de wervingsbijeenkomsten of een bepaald systeem aan te merken was als een piramidospel. De A-G oordeelde dat een dergelijke bepaling diende te geschieden aan de hand van de definitie in de Wet op de kansspelen en de nadere criteria in de MvT. Nu de verklaring van de verdachte in kwestie over zijn organisatie paste in de daar gegeven definitie van een piramidospel, was het derhalve volgens de procureur-generaal niet nodig een gedragsdeskundige op te roepen. Dit oordeel is door de Hoge Raad bevestigd.

Concluderend kan men stellen dat het Nederlandse verbod ten aanzien van piramidespellen in de Wet op de kansspelen dezelfde insteek heeft als die ten aanzien van piramidesystemen in de Richtlijn. Wanneer de nadruk binnen een systeem ligt op het verdienen van geld door het werven van mensen en niet op het verkopen van producten, is er sprake van een verboden piramidospel. De Nederlandse wetgever biedt echter een nader handvat om te bepalen wanneer een systeem als MLM-verkoopsysteem en dus niet als verboden piramidospel kan worden gekwalificeerd, te weten in het geval het systeem de hiervoor vermelde eigenschappen bezit en er in ieder geval geen risico op vastlopen van het systeem bestaat.

Uitspraak Rechtbank Haarlem

De door de wetgever gegeven eigenschappen om te bepalen of een MLM-systeem een legitieme verkoopmethode of een illegaal piramidospel is, lijken voor MLM-bedrijven een uitkomst. Zolang de bedrijven hun verkoopsystemen conform deze eisen inrichten, lopen zij geen risico. Echter, uit een recente uitspraak van de Rechtbank Haarlem blijkt dat deze criteria niet altijd zuiver worden toegepast.²⁸

De rechtbank moet in deze uitspraak beslissen of de MLM-distributiemethode van de firma WIN Worldwide B.V. (hierna 'WIN') als een piramidospel in de zin van de Wet op de kansspelen kan worden aangemerkt. De organisatie van WIN, een bedrijf dat al veertien jaar actief is in Nederland, wordt door de rechtbank als volgt omschreven.

De WIN-organisatie kent een gelaagd systeem van distributeurs met verschillende posities, te weten de startpositie van associate, vervolgens de posities van manager, executive, director, regent, double regent en uiteindelijk presidential round table (PRT). In laatstgenoemde positie kan de distributeur binnen zijn distributeurschap een ander distributienetwerk opzetten. De PRT-distributeur kan nieuwe distributeurs aanbrengen door aan hen een deel van zijn voorraad WIN-producten te verkopen. Hij ontvangt, als initiële distributeur (upline), provisie van WIN over de eigen verkopen en over de verkopen van de door hem aanbrengende, ondergelegen distributeurs (downline). Om de positie van PRT te verkrijgen dient de distributeur 200.000 vastgestelde producthoeveelheden volume points earned (VPE) in te kopen ter waarde van ongeveer EUR 146.000.²⁹

26 Kamerstukken II 1996/97, 25 523, nr. 3.

27 HR 8 februari 2005, LJF AR 8424.

28 Rb. Haarlem 18 oktober 2007, LJN: BB6062.

29 Idem, r.o. 2.2.

Eiser heeft € 99 moeten betalen als inschrijvingsgeld, waarvoor hij een cd met verkooptrainingen, instructies en de WIN-reglementen heeft ontvangen en er een eigen WIN-website voor hem is aangemaakt. Eiser heeft vervolgens voor € 177.779,38 netto aan producten gekocht om de status van PRT-distributeur te krijgen, zodat hij provisie kan krijgen over de door hem aangebrachte distributeurs. Uiteraard vallen de verkopen en verkregen commissies tegen en eiser eist dan ook van WIN (onder andere) schadevergoeding.

De rechtbank verwijst naar de MvT van de Wet op de kansspelen en komt tot de conclusie dat aan de ene kant de methode van WIN in ieder geval mede is gericht op de verkoop van haar spullen en niet – slechts – op het werven van nieuwe deelnemers. Aan de andere kant valt – kort samengevat – echter ook niet uit te sluiten dat de organisatie van WIN in overwegende mate is gericht op het werven van nieuwe distributeurs. Om te bepalen welke van de twee elementen doorslaggevend is, is volgens de rechtbank onder meer bepalend of uit de verkoop van de producten van WIN aan eindgebruikers de marketingkosten zich laten terugverdienen. Anders dan dat eiser stelt, is hierbij niet beslissend of de prijzen van de WIN-producten te hoog zijn vergeleken met andere producten op de markt. Volgens de rechtbank is er geen sprake van een piramidespel

*‘indien de als marketingkosten aan te merken commissies aan uplines in de prijs van de te verkopen producten van WIN zijn verdisconteerd en deze moeten worden betaald uit de opbrengst van de verkoop van de producten aan eindgebruikers, terwijl bovendien de omzet en winst uit verkoop aan eindgebruikers zodanig is dat deze marketingkosten zich daadwerkelijk laten terugverdienen’.*³⁰

De rechtbank komt tot de conclusie dat zij om die reden meer inzicht moet hebben in de prijsstelling van de producten en stelt WIN in de gelegenheid dit bij akte in het geding te brengen. Het eindoordeel van de rechter is (nog) niet gepubliceerd.

Wat opvalt, is dat de rechtbank het feit of er een reële prijs is betaald niet een bepalend element vindt. Bovendien gaat het er volgens de rechtbank om dat de commissies voor de hogere lagen in het verkoopsysteem (volgens de rechtbank ‘marketingkosten’) zijn verdisconteerd in de verkoopprijs van de producten en dat de lagere distributeurs deze kosten door verkoop van producten kunnen terugverdienen. Dit is tegenstrijdig met twee van de vereisten genoemd in de MvT. Ten eerste betekent dit dat de afnemers die geen producten willen of kunnen verkopen, benadeeld worden. Immers, zij kunnen de ‘marketingkosten’ niet terugverdienen. Ten tweede betekent dit automatisch dat de deelnemers geen ‘reële prijs’ hebben betaald voor de producten.

Tussenconclusie

Er is veel onderzoek geweest op Europees niveau naar de begrippen piramidesysteem en MLM-systemen. Ook heeft de Europese Commissie zich wel degelijk goed laten informeren over deze onderwerpen. Bovendien hebben de verschillende belangengroepen ook hun zegje kunnen doen. Toch is er weinig tot geen houvast

op Europees niveau omtrent het begrip ‘piramidesysteem’ en er ontbreekt een definitie in de Richtlijn. Het zal aan het Hof van Justitie zijn om helderheid te verschaffen in deze. Tot die tijd zullen de nationale rechters (als zij zelf geen vraag stellen aan het Hof van Justitie) hun heil moeten zoeken in de nationale regelgeving en jurisprudentie. In Nederland is het begrip piramidespel in de Wet op de kansspelen vrijwel gelijklopend aan het begrip piramidesysteem in de Richtlijn. Echter, de MvT geeft enige verduidelijking ten aanzien van de uitleg van dit begrip. Bovendien heeft de Nederlandse wetgever ook enige handvatten verschaft ten aanzien van de criteria waaraan een MLM-systeem in ieder geval moet voldoen, wil het kwalificeren als een legale verkoopmethode. Uit de uitspraak van de Rechtbank Haarlem blijkt echter dat het ook zeer wel mogelijk is dat een rechter een ander criterium toepast bij de beoordeling of er sprake is van een illegaal piramidespel.

4. Is de Richtlijn wel van toepassing op MLM-bedrijven en hun deelnemers?

Op basis van het hiervoor genoemde kan een MLM-bedrijf, afhankelijk van hoe het zijn organisatie heeft ingericht, wel degelijk het risico lopen dat er sprake is van een verboden piramidesysteem in de zin van de Richtlijn. De vraag is echter in hoeverre MLM-bedrijven nu in de praktijk zullen worden geraakt door dit verbod. De Richtlijn is namelijk alleen van toepassing op oneerlijke handelspraktijken van *ondernemingen jegens consumenten*.³¹ Vallen de deelnemers in een MLM-systeem wel onder het begrip consument uit de Richtlijn?

Begrip consument

Een consument is volgens de Richtlijn ‘een natuurlijk persoon die die handelspraktijken verricht die onder deze richtlijn vallen en die buiten zijn bedrijfs- of beroepsactiviteit vallen’. De Nederlandse wetgever heeft deze definitie vrijwel letterlijk overgenomen.³² Ook in Nederland zal dus gelden dat de verboden handelspraktijken op de zwarte lijst alleen toepasselijk zijn ten aanzien van consumenten. Dit is een keuze van de Nederlandse wetgever. De Richtlijn voorziet in totale harmonisatie, hetgeen betekent dat de lidstaten niet verder (of minder ver) mogen gaan dan de Richtlijn doet met het reguleren van oneerlijke handelspraktijken van ondernemingen jegens consumenten. Echter, de materie die buiten de Richtlijn valt, mogen lidstaten naar eigen inzicht regelen.³³ Zo had de wetgever wel degelijk ervoor kunnen kiezen om het consumentenbegrip in het wetsvoorstel te verruimen tot (bijvoorbeeld) zelfstandige ondernemers zonder personeel. Ook vanuit de politiek is

³¹ Art. 3 lid 1 van de Richtlijn. Overigens is het opmerkelijk dat art. 3 spreekt van ondernemingen, terwijl hier geen definitie van is gegeven in de Richtlijn: er is alleen een definitie van handelaar. Men zou zich kunnen afvragen of een onderneming hetzelfde is als een handelaar.

³² Zie art. 193a sub 1 a van het wetsvoorstel, met dien verstande dat de Nederlandse wetgever de zinsnede ‘die die handelspraktijken verricht die onder deze richtlijn vallen’ heeft weggelaten.

³³ Zie ook het art. van L. Steijger, ‘Wetgevingspraktijken onder de loep genomen: een analyse van de implementatie van de Richtlijn Oneerlijke handelspraktijken in Nederland’, IVIR 2007-7/8, p. 124-137.

hiervoor gepleit.³⁴ Nu het wetsvoorstel reeds bij de Eerste Kamer ligt en al is geamendeerd, lijkt het er echter sterk op dat ook in Nederland alleen consumenten bescherming zullen genieten tegen oneerlijke handelspraktijken met dien verstande dat er wellicht enige reflexwerking zou kunnen uitgaan van de zwarte lijsten.³⁵

De hiervoor genoemde beperking is om de volgende reden van belang in het kader van MLM-praktijken. Zoals omschreven, bestaat een MLM-systeem eigenlijk altijd uit verschillende lagen. Overduidelijk is dat de onderste laag, de eindgebruikers, die de producten kopen voor eigen gebruik en deze niet kopen om door te verkopen, onder de definitie van consument uit de Richtlijn vallen. Zij genieten dan ook in ieder geval de bescherming uit de Richtlijn. Maar hoe zit het met de laag hier net boven, die de producten wellicht deels voor eigen gebruik, maar in ieder geval ook voor wederverkoop inkoop. Vallen deze personen ook onder de definitie van consument of zijn zij aan te merken als handelaar nu er wellicht sprake is van enige beroepsuitoefening?³⁶ In dat geval zouden deze personen juist verplicht zijn om de Richtlijn na te leven in hun verhouding als handelaar tot de consument aan wie zij wederverkopen. Dit lijkt een enigszins gekunstelde situatie. Immers, de personen die meedoen aan een MLM-systeem zijn meestal natuurlijke personen die hun producten vaak thuis aan de man/vrouw brengen. Moet mevrouw Jansen die drie dagen per week in een kapperszaak werkt, maar daarnaast eens in de twee weken op zondag een 'party' organiseert, aangemerkt worden als een niet-consument die geen bescherming geniet van de Richtlijn?

Verdedigd zou kunnen worden dat dit een onrechtvaardige situatie oplevert. Immers, mevrouw Jansen zal niet over veel meer commerciële kennis beschikken dan de gemiddelde consument. Bovendien organiseert zij maar sporadisch een 'party'. Toch zou zij dan niet onder de communautaire en Nederlandse consumentenbescherming vallen. Er zijn echter ook particulieren die een groot deel van hun tijd spenderen aan de verkoop van MLM-producten en soms verdienen zij hier ook veel geld mee. Deze deelnemers zullen zich vaak op een hoger niveau binnen het MLM-systeem bevinden. Men zou kunnen stellen dat dergelijke deelnemers van een MLM-systeem wel degelijk op een zeer commercieel niveau handel drijven. De vraag is dan ook hoe moet worden bepaald of iemand handelspraktijken uitoefent die binnen zijn bedrijfs- of beroepsactiviteit vallen. In de hiervoor genoemde Studie is gepleit voor de volgende definitie:

*'Consument/directe verkoper: ieder individu die als onafhankelijke verkoper zakelijke kansen zoekt binnen een Multi Level Marketing bedrijf en die zijn/haar bedrijf opereert op een niet-commercieel niveau, i.e. laag inkomen, parttime, hobby.'*³⁷

34 Zie het Verslag van de Vaste Commissie voor Justitie van 27 maart 2007, Kamerstukken II 2006/07, 20 928, nr. 6 en het artikel van Verdel, p. 37.

35 Zie over dit onderwerp het artikel van J.J.C. Verdel, 'Bescherming van voor niet-consumenten door het ontstaan van reflexwerking van de "zwarte lijsten" uit de Wet oneerlijke handelspraktijken', TvC 2008-1, p. 34 e.v.

36 Het begrip handelaar wordt als volgt gedefinieerd in art. 2 sub b van de Richtlijn: 'Een natuurlijke persoon of rechtspersoon die die handelspraktijken verricht die onder deze richtlijn vallen en die betrekking hebben op zijn bedrijfs- of beroepsactiviteit, alsook degene die in naam van of voor rekening van hem optreedt.'

37 Studie, p. 40.

Als argument voor deze definitie geeft de Studie aan dat onderscheid dient te worden gemaakt tussen de consument/directe verkoper die als particulier deelneemt aan een MLM-systeem en de gewone directe verkoper die zijn zaak ook verder uitbreidt en er in investeert. Eerstgenoemde dient onder de bescherming van de consumentenwetgeving te vallen, laatstgenoemde heeft dat niet nodig.³⁸ Een zeer gerechtvaardigd onderscheid dat ook duidelijke criteria aanbrengt wanneer een dergelijk onderscheid dient te worden gemaakt. Echter, de hiervoor genoemde definitie ziet op de specifieke situatie van MLM-systemen en is logischerwijs niet opgenomen in de Richtlijn.

Uit de toelichting op de Richtlijn blijkt dat de Commissie ervoor heeft gekozen de standaarddefinitie voor consument op te nemen die in verscheidene richtlijnen betreffende consumentenbescherming wordt gebruikt.³⁹ Het wordt echter niet duidelijk wat er nu wordt bedoeld met de zinsnede 'die buiten zijn bedrijfs- of beroepsactiviteit vallen' uit die standaarddefinitie.

De definitie van consument is in de recent gehouden publieke consultatie over de herziening van de Colportage Richtlijn en de publieke consultatie ten aanzien van het consumentenacquis uitgebreid aan de orde gekomen. Daaruit is gebleken dat het merendeel van de ondervraagden pleit voor een gezamenlijk consumentenbegrip voor het gehele consumentenacquis, inclusief de Richtlijn.⁴⁰ Slechts drie lidstaten en sommige consumentenorganisaties hebben gepleit voor een uitbreiding van het begrip 'consument'. Ook blijkt dat het merendeel van de correspondenten geen voorstander is van de uitbreiding van het begrip consument naar bijvoorbeeld kleine bedrijven.⁴¹ In de consultatie wordt echter de hiervoor genoemde vraag wanneer iets buiten de bedrijfs- of beroepsactiviteit valt niet beantwoord.

Aan de ene kant zou men kunnen stellen dat het kenmerkende van een consument is dat hij producten of diensten koopt voor eigen gebruik. Zo wordt een consument ook gedefinieerd in de *Van Dale*. Op basis van deze definitie koopt mevrouw Jansen haar producten met het doel deze weder te verkopen en is zij dus ten aanzien van deze verkopen per definitie geen consument. Aan de andere kant kan men ook redeneren dat het beroep van mevrouw Jansen kapper is en dat zij de producten niet koopt in haar hoedanigheid van kapper. Bijgevolg is zij wellicht toch wel als een consument in de zin van de Richtlijn aan te merken. Nu er geen nadere criteria op communautair niveau zijn te vinden, zal het aan het Hof van Justitie zijn om hier duidelijkheid over te verschaffen.

Totdat er meer duidelijkheid is over de terminologie 'die buiten zijn bedrijfs- of beroepsactiviteit vallen' zal het dus voor MLM-bedrijven onduidelijk zijn of deelnemers als mevrouw Jansen met succes het verbod van de Richtlijn kunnen inroepen. Wel is duidelijk dat de eindgebruikers bescherming genieten onder dit verbod. Ook geldt dat indien mevrouw Jansen als handelaar moet worden aangemerkt, dit niet automatisch betekent dat zij zich helemaal

38 Studie, p. 40-41.

39 SEC(2003) 724, p. 10.

40 Een samenvatting van de antwoorden op de publieke consultatie is te vinden op: <<http://ec.europa.eu/consumers/rights/docs/finalsummary30052008.pdf>>, p. 2.

41 Zie <http://ec.europa.eu/consumers/cons_int/safe_shop/acquis/acquis_working_doc.pdf>, p. 5.

niet kan beroepen op de Richtlijn. Immers, er is mogelijk een reflexwerking van de zwarte lijst van Bijlage 1 van de Richtlijn voor niet-consumenten, zoals omschreven door Verdel.⁴² Een rechter zou dus wel degelijk op vrijwillige basis het verbod van Punt 14 van toepassing kunnen verklaren op de verhouding tussen het MLM-bedrijf en zijn deelnemers. Bovendien blijft ook het verbod van piramidespelen in de Wet op de kansspelen in Nederland van toepassing en staat het een rechter vrij om een MLM-systeem als verboden piramidospel te kwalificeren en de deelnemer schadevergoeding toe te kennen.

Handhaving

Mochten de deelnemers kunnen worden aangemerkt als consument, dan rijst de vraag welke mogelijkheden zij hebben om op te treden tegen oneerlijke handelspraktijken van de MLM-bedrijven.

De bepalingen van de Richtlijn zijn in het wetsvoorstel opgenomen als species van de onrechtmatige daad. Als zodanig kan de consument een actie uit onrechtmatige daad starten en hierbij schadevergoeding vorderen die hij heeft geleden als gevolg van de oneerlijke handelspraktijk.⁴³ Verder zal het met de vaststelling van een oneerlijke handelspraktijk vaak mogelijk zijn voor de consument om de overeenkomst te vernietigen op grond van artikel 3:44 BW of artikel 6:228 BW.⁴⁴

Daarnaast kunnen consumenten op basis van de Wet handhaving consumentenbescherming⁴⁵ (hierna 'WHC') een klacht indienen bij de Consumentenautoriteit (hierna 'CA'). De CA kan overgaan tot civiel- of bestuursrechtelijke handhaving, waarbij wel dient te worden opgemerkt dat de CA alleen opkomt voor collectieve consumentenbelangen. De CA heeft met betrekking tot de civiele handhaving ook voor oneerlijke handelspraktijken de mogelijkheid de bijzondere verzoekschriftprocedure van artikel 3:305d BW aanhangig te maken bij het Hof Den Haag. Het hof kan staking van de oneerlijke handelspraktijk, publicatie van zijn beschikking en rectificatie van misleidende informatie bevelen. Ten slotte verdient het met betrekking tot de bestuursrechtelijke handhaving nog opmerking dat er voor wat betreft de op te leggen boete een toevoeging wordt gemaakt aan artikel 2.15 WHC. Voor overtredingen van de bepalingen ten aanzien van oneerlijke handelspraktijken kan namelijk een boete van ten hoogste € 450.000 worden opgelegd, terwijl voor alle andere overtredingen een boete van de vijfde categorie kan worden opgelegd (momenteel € 74.000). Het lijkt erop dat ondernemingen dus wel degelijk handhaving door de CA serieus zullen moeten nemen.

42 Zie noot 10.

43 Zie voor een uitgebreide analyse over dit onderwerp het artikel van W.H. van Boom, 'Inpassing en handhaving van de Wet oneerlijke handelspraktijken', TvC 2008-1, p. 4 e.v. Volgens Van Boom zal het niet altijd makkelijk zijn voor de consument om zijn schade aan te tonen. Bovendien zal schadevergoeding ook niet altijd de meest voor de hand liggende remedie zijn.

44 Zie ook over dit onderwerp Van Boom, idem noot 43.

45 Stb. 2006, 591.

Aanpassing van huidige MLM-contracten?

Bij MLM-systemen zijn er twee niveaus, de overeenkomsten tussen de MLM-organisatie en de MLM-deelnemers en die tussen de MLM-deelnemers en de kopende consumenten. Op beide transacties zou de Richtlijn invloed kunnen uitoefenen. De MLM-organisatie zou zich ten opzichte van de deelnemer kunnen schuldig maken aan oneerlijke handelspraktijken, maar ook en daar lijkt het risico eerder aanwezig, zouden de deelnemers zich richting consumenten kunnen schuldig maken aan oneerlijke handelspraktijken.

In de eerste type transacties, dus tussen organisatie en deelnemer, kan de vraag gesteld worden of de deelnemer nu er wellicht sprake is van enige beroepsuitoefening wel als consument in het kader van de richtlijn kan worden aangemerkt. Op het eerste gezicht lijkt het antwoord op die vraag ontkennend te moeten worden beantwoord, maar dit kan niet met zekerheid gezegd worden, omdat in veel MLM-systemen de deelnemer de werkzaamheden als 'schnabbel' verricht, sporadisch wordt er een of andere party georganiseerd. Niettemin is het niet ondenkbeeldig dat de deelnemer zich door middel van reflexwerking toch op de bescherming van de Richtlijn zou kunnen beroepen, maar zeker is dat niet.

Hoe dit ook zij, met betrekking tot de relatie tussen het MLM-bedrijf en de deelnemer lijkt er geen directe noodzaak om de huidige contracten aan te passen. Immers, de voorwaarde dat een systeem niet op het verdienen van geld door het werven van mensen moet zijn gericht, gold ook al op basis van artikel 1a Wet op de kansspelen. Hoogstens zou men kunnen stellen dat met de komst van de Richtlijn het nog duidelijker is dat de nadruk binnen het systeem van een MLM-bedrijf moet zijn gericht op de verkoop van producten. Indien de contracten van een MLM-bedrijf dan ook al voldoen aan dit criterium lijkt er geen aanleiding te zijn om deze contracten aan te passen. Mocht het Hof van Justitie in de toekomst met een nadere uitleg komen ten aanzien van het begrip piramidesysteem, dan is het raadzaam voor MLM-bedrijven om te bezien of hun contracten nog steeds voldoen aan de uitleg van het Hof.

Heel anders ligt dat in de relatie tussen de deelnemer en de consument. Hier is de invloed van de Richtlijn immers veel directer. Hoewel deze relatie strikt genomen buiten de invloedssfeer van het MLM-bedrijf ligt, zou het aanbeveling verdienen om de deelnemer te instrueren om zich aan de bepalingen van de Richtlijn te houden en de normering van de Richtlijn in die transactie tussen de MLM-organisatie en de deelnemer te incorporeren. Op die manier zal de MLM-organisatie daadwerkelijke invloed kunnen uitoefenen dat de deelnemers zich niet aan oneerlijke handelspraktijken schuldig zullen maken. Dit zou immers negatief kunnen reflecteren op de desbetreffende MLM-organisatie. Bovendien zouden er ontbindingsrechten ten gunste van de MLM-organisatie in het contract kunnen worden opgenomen ingeval de deelnemers zich schuldig maken aan oneerlijke handelspraktijken.

Ten slotte dienen de MLM-contracten natuurlijk ook rekening te houden met andere leerstukken, zoals agentuur en colportage. Deze onderwerpen worden in het artikel van Van Wechem behandeld en zullen hier niet nader aan bod komen. Wel dient te worden opgemerkt dat er in het kader van de herziening van onder andere

de Colportagerichtlijn⁴⁶, in de toekomst wellicht weer wijzigingen zullen worden doorgevoerd die van belang kunnen zijn voor MLM-bedrijven. Aan te raden valt dat MLM-bedrijven deze ontwikkelingen in de gaten houden.

5. Conclusie

Het is goed mogelijk dat de verkoopmethode MLM onder omstandigheden ook als piramidesysteem in de zin van de Richtlijn en dus als verboden handelspraktijk zou kunnen worden bestempeld. Dit zal afhangen van hoe het MLM-bedrijf zijn bedrijfsvoering op schrift en in de praktijk heeft ingericht. Kern van het verbod in de Richtlijn is dat het systeem meer gericht is op het aanbrenge van nieuwe deelnemers dan op de verkoop van producten. Nu er op communautair niveau verder geen nadere handreiking is over de uitleg van het begrip piramidesysteem, zal de Nederlandse rechter bij de beoordeling van een MLM-systeem mogelijk terugvallen op de MvT bij de Wet op de kansspelen en de bestaande jurisprudentie dan wel een prejudiciële vraag stellen aan het Hof van Justitie.

Totdat er meer duidelijkheid is over de terminologie 'die buiten zijn bedrijfs- of beroepsactiviteit vallen' zal het voor MLM-bedrijven onduidelijk blijven of hun deelnemers zich direct zullen kunnen beroepen op de Richtlijn. Wel is het goed mogelijk dat de deelnemers zich kunnen beroepen op reflexwerking van de zwarte lijst van de Richtlijn of artikel 1a van de Wet op de kansspelen kunnen inroepen.

Aanpassing van de MLM-contracten in de relatie tussen het MLM-bedrijf en de deelnemer lijkt vooralsnog niet nodig. Wel verdient het aanbeveling om met betrekking tot de relatie tussen de deelnemer en de consument de deelnemers in de MLM-contracten te instrueren om zich aan de bepalingen van de Richtlijn te houden met als sanctiemiddel ontbinding van de overeenkomst.

⁴⁶ Op 13 maart 2007 heeft de Commissie de Strategie voor het consumentenbeleid 2007-2013 aangenomen (COM(2007) 99 def). Onderdeel van deze strategie is de herziening acht consumentenrichtlijnen, waaronder Richtlijn 85/577/EEG betreffende de bescherming van de consument bij buiten verkoopruimten gesloten overeenkomsten.