

**HET HOF VAN BEROEP  
TE ANTWERPEN  
26 APRIL 2007**

**Het HOF VAN BEROEP, zitting houdend te ANTWERPEN, VIJFDE TER KAMER, recht doende in burgerlijke zaken, heeft volgend arrest gewezen :**

**In zake: 2004/AR/1793:**

**N.V. B.** met zetel te (...)  
met ondernemingsnummer (...)

**appellante**

tegen het vonnis van de rechtbank van koophandel te Hasselt d.d. 30 april 2004;

vertegenwoordigd door Meester C. (...) advocaat te (...)

**tegen:**

**N.V. P** , met als handelsbenaming (...)  
met vennootschapszetel te (...)  
met ondernemingsnummer (...)

**geïntimeerde**

vertegenwoordigd door Meester L., advocaat te (...)

## **1. De antecedenten**

NV P heeft een actie gevoerd waarbij zij, bij de aankoop van een brilmontuur, een korting aanbood gelijk aan de leeftijd van de koper.

NV B die net als NV P een aantal optieklazen uitbaat, heeft op 13.04.2004 NV P gedagvaard voor de zoals in kort geding zetelende voorzitter van de rechtbank van koophandel te Hasselt.

Zij riep in dat, met deze actie, inbreuk werd gepleegd op (a) art. 93 WHPC omdat de actie strijdig was met de wet van 25.02.2003 ter bestrijding van discriminatie (b) art. 40 WHPC omdat dergelijke hoge kortingen noodzakelijk tot verkoop van verlies leiden, (c) art. 54 WHPC omdat de verkoop van een montuur gekoppeld is aan de verkoop van glazen en (d) art. 23,11 WHPC omdat reclame wordt gevoerd voor deze met de wet strijdige praktijk.

Zij vroeg de vaststelling van de inbreuk en het bevel tot staking, evenals de publicatie van het vonnis.

In het bestreden vonnis dd. 30.04.2004 oordeelde de eerste rechter dat op de wet van 25.02.2003 gesteunde vorderingen enkel kunnen worden gesteld door de in art. 19 van de wet bedoelde personen, nl. hetzij het slachtoffer van de discriminatie of de in de wet aangewezen groepering.

Nu NV B niet staande hield dat zij zelf slachtoffer van de discriminatie was werd haar eis, in zoverre op deze wet gesteund, onontvankelijk verklaard.

Uit de verklaring, afgeleverd door de leverancier van NV P dat deze voor personen ouder dan 60 jaar, aan NV P

dezelfde korting geeft als deze die zij aan haar klanten geeft, leidde de eerste rechter af dat de verkoop met verlies niet was bewezen. Evenmin achtte de eerste rechter het bestaan van een gezamenlijk aanbod bewezen en, bij gebrek aan inbreuk, werd ook de

inbreuk op art. 23,11 WHPC niet weerhouden. De vordering werd, in zoverre toelaatbaar, ongegrond verklaard.

Met een op 22.06.2004 neergelegd verzoekschrift heeft NV B hoger beroep ingesteld.

Zij vraagt het hof:

«Op grond van artikel 95 W.H.P.C. de inbreuken van geïntimeerde op artikel 40, 23 en 93 W.H.P.C. vast te stellen en de staking van deze inbreuken te bevelen op straffe van een dwangsom van 12.395,00 EUR per overtreding.

De staking en stopzetting te bevelen van de door geïntimeerde gevoerde reclame via folders, affiches, radiospots, krantenartikelen, en met welk communicatiemiddel dan ook en op welke wijze dan ook, evenals gelijkaardige reclames met dezelfde inhoudelijke boodschap en/of dezelfde of gelijkaardige kortingen.

Geïntimeerde te veroordelen tot de publicatie op kosten van gedaagde van het integrale vonnis, minstens van een samenvatting hiervan, in de dagbladen, de Gazet van Antwerpen, Het Belang van Limburg en Het Nieuwsblad, en dit op straffe van een dwangsom van 12.395 EUR per dag vanaf de betekening van de tussen te komen uitspraak zolang de publicatie niet is gebeurd».

NV vraagt het hof:

«1. Wat betreft de vordering gesteund op artikel 93 W.H.P.C.:

- het hoger beroep van appellante onontvankelijk te verklaren en haar ervan af te wijzen
- ondergeschikt, het hoger beroep van appellante ongegrond te verklaren en haar ervan af te wijzen

2. Wat betreft de vordering gesteund op artikel 40 W.H.P.C.:

- het hoger beroep van appellante ontvankelijk, doch ongegrond te verklaren en haar ervan af te wijzen
- in ondergeschikte orde, indien de gemiddelde cijfers niet worden weerhouden, geïntimeerde op te leggen om ten behoeve van het Hof op confidentiële wijze, zonder mededelingsplicht aan appellante, de berekening te maken voor alle afzonderlijke modellen van monturen met hun respectieve winstmarges en dit voor alle leeftijden en de resultaten van al deze toetsen voor te leggen aan het Hof binnen een redelijke termijn, door het Hof te bepalen, zodat het Hof uit deze specifieke toets-resultaten

kan selecteren welke als verkoop met verlies dieren te worden gekwalificeerd.

3. Wat betreft de vordering gesteund op artikel 23,11° W.H.P.C.:

- het hoger beroep van appellante ontvankelijk, doch ongegrond te verklaren en haar ervan af te wijzen

4. Wat betreft de gevraagde publicatiemaatregel

- het hoger beroep van appellante ontvankelijk, doch ongegrond te verklaren en haar ervan af te wijzen»

## **2. Beoordeling**

Het doel en de grondslag van de vorderingen werden, zo in feite als in rechte, in de hieraan voorafgaande procedurestukken uiteengezet.

Het hof verwijst ernaar.

### **Betreffende de wet van 25.02.2003 (antidiscriminatiewet)**

De partijen zijn het erover eens dat art. 2 van de wet, na het arrest van het Arbitragehof dd. 06.10.2004, als volgt moet worden gelezen.

«Art. 2.

§ 1 Er is sprake van directe discriminatie indien een verschil in behandeling (...) niet objectief en redelijkerwijze wordt gerechtvaardigd (...).

§ 2 Er is sprake van indirecte discriminatie wanneer een ogenschijnlijk neutrale bepaling, maatstaf of handelwijze als dusdanig een schadelijke weerslag heeft op personen (...), tenzij die bepaling, maatstaf of handelwijze objectief en redelijkerwijze wordt gerechtvaardigd.

§ 3 Het ontbreken van redelijke aanpassingen voor de persoon met een handicap vormt een discriminatie in de zin van deze wet.

Als een redelijke aanpassing wordt beschouwd de aanpassing die geen onevenredige belasting betekent, of waarvan de belasting in voldoende mate gecompenseerd wordt door bestaande maatregelen.

§ 4 Elke vorm van directe of indirecte discriminatie is verboden bij:

- het leveren of het ter beschikking stellen van goederen en diensten aan het publiek;

...»

### **Artikel 19 bepaalt o.m. :**

«Art. 19.

§ 1 Op verzoek van het slachtoffer van de discriminatie of van een van de in artikel 31 bedoelde groeperingen stelt de voorzitter van de rechtbank van eerste aanleg of, naar gelang van de aard van de daad, de voorzitter van de arbeidsrechtbank of van de rechtbank van koophandel, het bestaan vast van een zelfs onder het strafrecht vallende daad waardoor de bepalingen van deze wet worden overtreden en beveelt hij de staking ervan.

De voorzitter van de rechtbank kan de opheffing van de staking bevelen zodra bewezen is dat een einde is gemaakt aan de overtreding van deze wet

...».

Eenzijds betwist NV P, dat NV P een inbreuk op de wet van 25.02.2003 kan aanvoeren als een met de eerlijke handelsgebruiken strijdige daad; anderzijds houdt zij staande dat de door haar gevoerde actie geen order de wet van 25.02.2003 vallende daad van discriminatie inhoudt, omdat een onderscheid van de prijs volgens de leeftijd een objectief en redelijke verantwoord onderscheid is, nu (a) oudere mensen doorgaans minder bemiddeld zijn en (b) oudere mensen doorgaans duurdere brillen behoeven.

### **Betreffende de verkoop met verlies.**

NV P voert aan dat, globaal genomen, zij tijdens de periode van de actie een gemiddelde winst behaalde van 18,3 %. NV B acht deze voorstelling irrelevant en roept in dat iedere verkoop afzonderlijk dient betekenen. NV P reageert daarop dat, desgevallend zij in de mogelijkheid moet worden gesteld op vertrouwelijke wijze haar cijfers product per product en per leeftijd voor te leggen, vermits zeker niet iedere verkoop met verlies werd gerealiseerd.

Zij beroept zich vervolgens op de verklaring van haar (enige) leverancier, die verklaarde voor de verkopen aan personen ouder dan 60 jaar, eenzelfde korting toe te kennen als deze die NV P geeft. NV B meent dat dit attest niet ernstig kan worden

genomen en niet bewezen is dat deze leverancier daadwerkelijk deze kortingen heeft verleend.

**\* ontvankelijkheid van het hoger beroep**

Het hoger beroep, ingesteld door een procespartij die gegriefd is, is in alle onderdelen ontvankelijk.

Het verweer van geïntimeerde dat enkel de in de antidiscriminatiewet geïntimeerde categorie van natuurlijke- en rechtspersonen/groeperingen waartoe appellante niet behoort, een vordering gesteund op deze wet kunnen instellen en dat geen enkele door deze wet beschermde consument, een discriminatie met betrekking tot deze verkoopspijp heeft aangeklaagd, blijft vreemd aan de beoordeling van de ontvankelijkheid van het hoger beroep.

**\* grond van het geschil**

*a) artikel 93 WHPC — antidiscriminatiewet*

De vordering gesteund op artikel 93 WHPC, beoogt een oneerlijke handelspraktijk die schadeverwekkend is voor de concurrerende handelaar die appellante is, te verbieden.

Het gegeven dat de gehekelde actie in zich een schending zou inhouden van de antidiscriminatiewet die ondermeer de belangen van de consument beschermt, belet niet dat dergelijke beweerd discriminerende praktijk jegens potentiële klanten, een met de eerlijke handelsgebruiken strijdige daad jegens appellante kan opleveren.

Niet een discriminatie van appellante is de basis der vordering, wel het schadeverwekkend karakter van het beweerd gebruik van een bij wet verboden discriminerende praktijk.

Deze vordering werd derhalve onterecht onontvankelijk verklaard door de eerste rechter.

De door geïntimeerde gebezigde praktijk dient getoetst te worden aan de hierboven omschreven antidiscriminatiewet die iedere vorm van discriminatie verbiedt.

De gehekkelde actie, kernachtig uitgedrukt in de slogan "*uw leeftijd is uw korting in procenten*", komt hierop neer dat aan de koper een korting gelijk aan zijn leeftijd wordt aangeboden.

De prijs is derhalve rechtstreeks gekoppeld aan de toevallige factor leeftijd.

De leeftijd, waarover de klant geen controle heeft, is het onderscheidingscriterium dat het verschil in behandeling bepaalt en geïntimeerde kan dan ook niet gevolgd worden waar zij dergelijk verschil in behandeling in twijfel trekt omdat *alle consumenten van dezelfde leeftijd gelijk behandeld worden*.

De ongelijke behandeling bij het leveren van goederen - dit omvat uiteraard ook verkopen - aan het publiek is hier rechtstreeks gebaseerd op de leeftijd die de discriminatiegrond is.

Nu de wet zelf bepaalt wat dient verstaan te worden onder directe en indirecte discriminatie, moet een nadere definitie van het begrip "discriminatie" niet elders - ook niet in het Van Dale woordenboek - gezocht worden.

Blijft te onderzoeken of de verschillende behandeling objectief en redelijkerwijze gerechtvaardigd is.

Deze rechtvaardigingstoets komt neer op een beoordeling van de evenredigheid van het gemaakte onderscheid met het nagestreefde legitieme doel.

Geïntimeerde stelt het onterecht voor als zou zij louter een onderscheid maken tussen twee categorieën mensen namelijk "ouderen" en "jongeren" - hetgeen in casu een objectieve en redelijke verantwoording van een verschillende behandeling is of kan zijn - daar waar

zij een korting geeft die gelijke tred houdt met de leeftijd van de kandidaat-koper en dus jaar per jaar stijgt ( 25 jaar = 25%, 26 jaar = 26%, 30 jaar = 30% enz.) zonder hiervoor enige rechtvaardiging te kunnen inroepen.

Geen redenen — laat staan een objectieve of redelijke verantwoording - kan immers aangevoerd worden om aan een dertigjarige consument een korting toe staan van 30% en aan een tweeëndertigjarige een korting van 32%; bezwaarlijk kan hiervoor het argument van een jaarlijks minderende koopkracht ingeroepen worden en het als "marktonderzoek" voorgestelde stuk, dat één pagina telt, is weinig zeggend en ondersteunt alleszins niet de stelling dat dergelijke rechtstreekse binding tussen prijs en leeftijd gerechtvaardigd is. De prijs van een brilmontuur stijgt ook niet per jaar verschil in leeftijd.

In de door geïntimeerde aangehaalde voorbeelden van verantwoorde ongelijke behandeling in functie van leeftijd worden grote categorieën van de consumentenbevolking onderscheiden ( studenten — senioren — 55-plussers ) om de prijs van goederen of diensten te bepalen en hiervoor zijn anders dan in de verkoopspolitiek van geïntimeerde, wel objectieve redenen zoals bijvoorbeeld koopkracht en mobiliteit voorhanden of nog sociaal - integrerend ingegeven redenen.

Het is derhalve bewezen dat geïntimeerde met haar hierboven beschreven actie een inbreuk pleegt op de antidiscriminatie wet jegens de consument en zij door deze op een schending der wet gebaseerde praktijk een oneerlijke concurrent is van appellante die zich aan deze wet houdt.

Geïntimeerde verschaft zich zodoende een onrechtmatige concurrerende positie die de beroepsbelangen van appellante schaadt en deze praktijk vormt dan ook een inbreuk op artikel 93 WHPC.

#### b) verkoop met verlies

Artikel 40 WHPC verbiedt de handelaar producten te koop aan te bieden of te verkopen met verlies.



Een verkoop met een uiterst beperkte winstmarge, waarbij rekening dient gehouden met de prijzen en de algemene onkosten, wordt gelijkgesteld met een verkoop met verlies waarmee een verkoopprijs zonder commercieel karakter wordt bedoeld.

Het is juist dat de bewijslast van deze ingeroepen inbreuk bij appellante ligt maar deze bewijsvoering is vrij en kan gebeurlijk uit de feitelijke omstandigheden zelf blijken.

De door geïntimeerde gevoerde actie heeft ondermeer tot gevolg dat aan een zestigjarige consument een korting van 60%, aan tachtigjarige een korting van 80%, en aan een negennegentigjarige een korting van 99% wordt toegekend bij aankoop van een brilmontuur ; aan een honderdjarige zou volgens geïntimeerde de brilmontuur als geschenk aangeboden worden waarbij het hof opmerkt dat de reclamefolder gewag maakt van "100 jaar = Gratis!!!" maar iets verder in deze folder wordt gesteld dat een honderdjarige niet alleen 100% korting krijgt op de montuur maar ook de glazen gratis krijgt .

Een korting van 100% voor een honderdjarige consument betekent inderdaad dat hij niets betaalt voor een brilmontuur en zulks is zonder enige twijfel een verkoop met verlies en geïntimeerde kan dit specifiek aan de leeftijd gebonden kortingsysteem dat zij hanteert dan niet uitleggen als gratis geschenk dat niet onder het verbod van artikel 40 WHPC valt.

Geïntimeerde stelt in haar conclusies bij de bespreking van de te onderzoeken winstmarges overigens zelf dat een verkoop met verlies der monturen moet getoetst worden in functie van de leeftijdskortingen van één tot honderd jaar.

Appellante werpt terecht op dat de hoegrootheid van deze — dan toch tot 99% - enorme kortingen op zich uitwijzen dat deze brilmonturen met verlies, en dus zeker zonder een noemenswaardige winst, worden verkocht.

Verlieslatende verkoop moet beoordeeld worden ten opzichte van het welbepaalde product — de monturen - door geïntimeerde te koop

aangeboden en het volstaat daarbij dat één product met verlies of quasi zonder winst wordt verkocht om een schending op te leveren van artikel 40 WHPC, zodat geïntimeerde ter weerlegging hiervan onterecht een berekening maakt van haar winstmarge over een gemiddelde van alle verkochte monturen.

Wanneer zoals te dezen het tot het uiterste doortrekken van het aan de leeftijd gebonden kortingsysteem op zich bewijst dat met verlies wordt verkocht — of zonder noemenswaardige winstmarge, moet geïntimeerde de (uitzonderlijke) omstandigheden aantonen die de verlieslatende te koopaanbiedingen tegenspreken.

De loutere door geen andere stukken ondersteunde verklaring van de (enige) leverancier van geïntimeerde dat tijdens de actie ( zij liep toen van 1.4.2004 tot 1.5.2004 ) een bijkomende korting van 20% op de monturen wordt toegekend weerlegt de inbreuk op artikel 40 WHPC niet. De op 22.4.2004 afgeleverde verklaring van diezelfde leverancier dat hij voor verkopen aan personen ouder dan zestig jaar eenzelfde korting als deze toegekend door geïntimeerde, geeft is evenmin door enig controleerbaar stuk ondersteund en werd bovendien duidelijk opgesteld in het licht van het aanhangig geschil waarnaar expliciet wordt verwezen in deze verklaring die bij gebreke aan enig boekhoudkundig stuk hieromtrent, niet kan getoetst worden aan de realiteit van dergelijke toegestane kortingen en daarom twijfels doet rijzen omtrent het waarheidsgehalte van deze hangende de procedure afgegeven verklaring mede gelet op de bijzondere relatie tussen deze partijen.

De inbreuk op artikel 40 WHPC is bewezen.

c) inbreuk op artikel 23,11° WHPC

De reclamecampagne betreffende de hierboven omschreven oneerlijke handelspraktijk die leidt tot een inbreuk op artikel 40 WHPC vormt een inbreuk op artikel 23,11° zodat de staking ervan wordt bevolen zoals hierna bepaald.

De voor de eerste rechter ingeroepen inbreuk op artikel 54 WHPC (gezamenlijk aanbod) wordt blijkens de conclusies niet meer staande gehouden zodat hierop niet verder dient ingegaan te worden.

De gevorderde publicatiemaatregel wordt niet toegekend gelet op de aan het stakingsbevel gekoppelde dwangsom die op voldoende wijze bijdraagt tot het ophouden van de gewraakte daden en hun uitwerking.

Het hoger beroep is grotendeels gegrond.

**OM DEZE REDENEN**

**HET HOF**

Recht doend op tegenspraak;  
Gelet op art. 24 van de wet van 15 juni 1935;

Verklaart het hoger beroep ontvankelijk en grotendeels gegrond.  
Wijzigt het bestreden vonnis als volgt :

Verklaart de stakingsvordering ontvankelijk en grotendeels gegrond;

Dienvolgens stelt vast dat geïntimeerde inbreuk pleegt op :

- artikel 93 WHPC door met schending van de wet van 25.2.2003 producten te koop aan te bieden en te verkopen met een korting in procenten gelijk aan de leeftijd van de potentiële koper en beveelt de staking ervan
- op artikel 40 WHPC door brilmonturen met verlies te koop aan te bieden en te verkopen en beveelt de staking ervan
- op artikel 23,11° WHPC door reclame te maken voor deze met artikel 93 en artikel 40 WHPC strijdige praktijken en beveelt de staking van deze of een inhoudelijk gelijkaardige reclame via folders, affiches, radiospots, krantenartikels of enig ander voor het publiek bestemd communicatiemiddel

dit alles onder verbeurte van een dwangsom van € 12 000 per overtreding vastgesteld na betekening van huidig arrest.

Verwijst geïntimeerde in de kosten van beide aanleggen, aan de zijde van appellante volgens opgave in conclusie begroot op:

- |  |          |
|--|----------|
| - dagvaarding                            | € 236,00 |
| - rechtsplegingsvergoeding eerste aanleg | € 116,53 |
| - rolrecht                               | € 186,00 |
| - rechtsplegingsvergoeding hoger beroep  | € 233,03 |

Aldus gedaan en uitgesproken in ZESSENTWINTIG APRIL TWEEDUIZENDZEVEN waar aanwezig waren :

**mevrouw A. WINANTS**

**de heer W. BRANDS**

**de heer F. DE ROY**

**mevrouw M. VAN AMMELEN**

**Wvd. Voorzitter-Raadsheer**

**Plaatsvervangend Raadsheer**

**Plaatsvervangend Raadsheer**

**Griffier**

Op het oogenblik van de uitspraak van huidig arrest, waarover de heer Plaatsvervangend Raadsheer E. DE BOEL, mede beraadslaagd heeft overeenkomstig artikel 778 van het Gerechtelijk Wetboek, wordt deze magistraat wettig verhinderd zijnde, vervangen door de heer Plaatsvervangend Raadsheer F. DE ROY, hiertoe aangewezen overeenkomstig artikel 779 van het Gerechtelijk Wetboek, bij beveldschrift van de heer Eerste Voorzitter van het Hof van beroep te Antwerpen in datum van heden.