

RECHTSLEER

DOCTRINE

MEDEDINGINGSRECHT EN GEREGULEERDE SECTOREN/DROIT DE LA CONCURRENCE ET SECTEURS RÉGULÉS

De rechtsvordering tot schadevergoeding voor mededingingsinbreuken. Een grote stap vooruit?

Ignace Claeys¹ en Marieke Van Nieuwenborgh²

I. Inleiding	120
II. Overzicht	121
III. Regels ter vergemakkelijking van het bewijs van een mededingingsinbreuk	121
a. Inbreuk en fout	122
<i>i. Bewijs van een mededingingsinbreuk</i>	122
<i>ii. Bewijs van een fout in de zin van artikelen 1382-1383 BW</i>	123
b. Causaal verband tussen inbreuk en schade	126
<i>i. Vermoeden dat kartels schade veroorzaken</i>	127
<i>ii. Indirecte afnemers (of leveranciers) en passing-on</i>	128
c. Schade veroorzaakt door een mededingingsinbreuk	130
<i>i. Volledige vergoeding van de schade</i>	130
<i>ii. Begroting van de schade</i>	130
d. Overlegging van bewijsmateriaal	131
<i>i. Overlegging van bewijsmateriaal dat vertrouwelijke gegevens bevat</i>	132
<i>ii. Specifieke regeling voor bewijsmateriaal uit het dossier van de mededingingsautoriteit</i>	133
IV. Hoofdelijke aansprakelijkheid en regres	134
V. Specifieke verjaringsregels	136
VI. Belgische groepsvordering voor schadevergoedingen voor mededingingsinbreuken	138
VII. Een voorzichtige eerste evaluatie	139

SAMENVATTING

De wet van 6 juni 2017 voert specifieke regels in voor rechtsvorderingen tot vergoeding van de schade geleden door een inbreuk op het Belgisch en/of Europees mededingingsrecht. De wet zet de richtlijn nr. 2014/104/EU van 26 november 2014 om in het Belgisch recht. Met deze bijzondere regels wenst de EU de private handhaving van het mededingingsrecht te stimuleren. Deze bijdrage beschrijft en analyseert de wijzigingen die de nieuwe wet heeft aangebracht en gaat beknopt na in hoeverre zij kan bijdragen tot een performantere handhaving van de mededingingsregels in België.

¹ Hoofddocent UGent, Voorzitter Centrum voor Verbintenissenrecht UGent, Advocaat te Brussel (Eubelius).

² Advocaat te Brussel (Eubelius).

RÉSUMÉ

La loi du 6 juin 2017 introduit des règles spécifiques pour les actions en dommages et intérêts pour les infractions au droit de la concurrence belge et/ou européen. La loi transpose la directive n° 2014/104/EU du 26 novembre 2014. Avec ces règles particulières, l'UE souhaite encourager la mise en œuvre du droit de la concurrence par le droit privé. Cette contribution décrit et analyse les modifications que la nouvelle loi a apportées et examine dans quelle mesure elle peut contribuer à une mise en œuvre plus performante du droit de la concurrence en Belgique.

I. INLEIDING

1. Op 22 juni 2017 trad de wet van 6 juni 2017³ in werking, die een specifieke regeling invoert voor rechtsvorderingen tot schadevergoeding wegens inbreuken op het Belgisch en/of Europees mededingingsrecht⁴.

Net als op Europees niveau, blijft de publieke handhaving van de mededingingsregels door de Belgische Mededingingsautoriteit (en andere mededingingsautoriteiten) wel nog steeds prioritair. Anders is het bijvoorbeeld in de VS waar private handhaving het voornaamste middel is om de naleving van de mededingingsregels af te dwingen⁵.

De nieuwe regels zijn in het Wetboek van economisch recht (WER) ingevoegd. Ze zijn niet terug te vinden in Boek IV van het WER waarin de mededingingsregels en de andere bepalingen betreffende de publieke handhaving van de mededingingsregels zijn opgenomen. De wetgever heeft ervoor geopteerd om die nieuwe regels onder te brengen in de “Bijzondere rechtsprocedures” van Boek XVII van het WER, naast de stakingsvorderingen en de vorderingen tot collectief herstel, in een nieuwe Titel 3 “De rechtsvordering

tot schadevergoeding wegens inbreuken op het mededingingsrecht”.

2. Met de nieuwe wet is de richtlijn⁶ van 26 november 2014 die tot doel heeft de privaatrechtelijke handhaving van mededingingsinbreuken in de EU te promoten, laattijdig⁷, omgezet in het Belgisch recht. De EU heeft de regels voor schadevergoedingsvorderingen⁸ wegens inbreuken op het mededingingsrecht gedeeltelijk geharmoniseerd, omdat de ongelijke handhaving van het recht op schadevergoeding in de verschillende lidstaten ondernemingen in bepaalde lidstaten zou kunnen bevoordelen en bepaalde schadelijders onvergoed zou achterlaten en sommige ondernemingen ertoe zou kunnen aanzetten om zich niet te vestigen of geen goederen of diensten te leveren in de lidstaten waar die handhaving doeltreffender is⁹.

De tekst van de nieuwe wet volgt in grote mate, zij het niet altijd en dan soms wel op betwistbare of onduidelijke wijze, de letterlijke bewoordingen en structuur van de richtlijn.

³. Wet van 6 juni 2017 houdende de invoeging van een Titel 3 “De rechtsvordering tot schadevergoeding wegens inbreuken op het mededingingsrecht” in Boek XVII van het Wetboek van economisch recht, houdende invoeging van definities eigen aan Boek XVII, Titel 3 in Boek I en houdende diverse wijzigingen van het Wetboek van economisch recht (*BS* 12 juni 2017, p. 63.596).

⁴. Ter omzetting van art. 22, 2. van de richtlijn, wijkt de wetgever uitdrukkelijk af van de werking in de tijd van nieuwe procedureregels zoals bepaald in art. 3 Ger.W. (onmiddellijke werking). De procedureregels bepaald door deze wet gelden namelijk uitdrukkelijk niet voor vorderingen tot schadevergoeding, die vóór 26 december 2014 bij een Belgische rechter aanhangig werden gemaakt (art. 45 van de nieuwe wet). Voor het overige bevat de nieuwe wet geen expliciete overgangsbepalingen en treedt ze in werking de 10^{de} dag na die van de publicatie ervan in het *Belgisch Staatsblad*. Op het ogenblik van het schrijven van dit artikel was een prejudiciële vraag hangende bij het Hof van Justitie omtrent de toepasselijkheid van de bepalingen in de richtlijn nr. 2014/104 op feiten die dateren van voor de bekendmaking van deze richtlijn (zie zaak C-637/17).

⁵. W. WILS, “Private Enforcement of EU Antitrust Law and its Relationship with Public Enforcement: Past, Present and Future”, *World Competition* 2017, 3-45.

⁶. Richtlijn nr. 2014/104/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 november 2014 betreffende bepaalde regels voor schadevorderingen volgens nationaal recht wegens inbreuken op de bepalingen van het mededingingsrecht van de lidstaten en van de Europese Unie (*Pb.L.* 5 december 2014, afl. 349, 1). Het recht op vergoeding van de schade veroorzaakt door een mededingingsinbreuk werd reeds door het Hof van Justitie erkend in 2001 (HvJ 20 september 2001, C-453/99, *Courage en Crehan*, ECLI:EU:C:2001:465). Daarna volgden een Groenboek in 2005 (Groenboek van de Europese Commissie van 19 december 2005, Schadevorderingen wegens schending van de communautaire antitrustregels, SEC(2005)1732) en een Witboek in 2008 (Witboek van de Europese Commissie van 2 april 2008 betreffende schadevergoedingsacties wegens schending van de communautaire mededingingsregels, SEC(2008) 404). Zie J. ADYNS, “De richtlijn schadevorderingen: quel dommage, quel intérêt?”, *TBM* 2015, 306-307.

⁷. De richtlijn moest tegen 27 december 2016 worden omgezet in nationaal recht. De Europese Commissie heeft in januari 2017 een inbreukprocedure opgestart tegen 21 lidstaten. Ondertussen hebben reeds 25 lidstaten de richtlijn omgezet.

⁸. In de Nederlandstalige tekst spreekt de richtlijn nogal onhandig van “schadevorderingen”; in de Engelse tekst is er sprake van “actions for damages” (= schadevergoeding). Zie verder nog de niet verhelderende uitleg in *MvT*, 9.

⁹. Overw. 7-8 van de richtlijn.

II. OVERZICHT

3. De nieuwe wet voert specifieke regels in voor benadeelden die een vergoeding willen bekomen van de schade die zij hebben geleden ten gevolge van een inbreuk op het mededingingsrecht¹⁰. Die regels gelden voor schade veroorzaakt door inbreuken op zowel de Belgische als de Europese mededingingsregels. Ze zijn specifiek omdat ze op bepaalde punten afwijken van het (al)gemeen aansprakelijkheidsrecht.

In het Belgisch algemeen aansprakelijkheidsrecht dragen benadeelden een zware bewijslast wanneer ze een vergoeding vorderen van schade die voortvloeit uit inbreuken op het mededingingsrecht. Doordat mededingingsinbreuken doorgaans feitelijk en economisch complex zijn¹¹ en ook nog eens vaak verborgen worden gehouden, slaagden benadeelden er in het verleden vaak niet in aan te tonen dat zij recht hadden op vergoeding van schade veroorzaakt door een mededingingsinbreuk (voor zover ze al het initiatief namen om een vordering in te stellen)¹². De nieuwe wet voert een aantal opvallende wijzigingen door met als doel de kans op vergoeding voor deze partijen te vergroten.

4. Vooreerst heeft de nieuwe wet een aantal technieken ingevoerd om de bewijslevering te vergemakkelijken van elke toepassingsvoorwaarde die vervuld moet zijn om naar Belgisch recht schadevergoeding te bekomen (fout, schade en het oorzakelijk verband tussen beide). Voor het overige blijven de gemeenrechtelijke regels betreffende de verdeling van de bewijslast vervat in de artikelen 1315 BW en 870 Ger.W. van toepassing¹³. Het wordt wel gemakkelijker om

bewijsmateriaal te bekomen dat in het bezit is van de tegenpartij of een derde door de soepelere regels die de nieuwe wet daaromtrent heeft ingevoerd (III.).

Verder kan een benadeelde kiezen welke van de ondernemingen die een mededingingsinbreuk hebben gepleegd, hij aanspreekt. Door de invoering van een wettelijke hoofdelijkheid is een onderneming in principe immers niet enkel aansprakelijk voor de schade die zij bij haar eigen klanten of leveranciers heeft veroorzaakt, maar ook voor de schade die de andere plegers van eenzelfde mededingingsinbreuk aan hun klanten of leveranciers hebben veroorzaakt (IV.)¹⁴.

Daarnaast verduidelijkt de nieuwe wet het startpunt van de verjaring voor dit type van rechtsvorderingen. Aangezien de verjaring voortaan krachtens de nieuwe wet ook nog eens door en tijdens een onderzoek van een mededingingsautoriteit wordt gestuit, krijgt de benadeelde bijzonder veel tijd om zijn schadevergoedingsvordering in te stellen (V.).

Tot slot kunnen meerdere benadeelden onder bepaalde voorwaarden gezamenlijk een groepsprocedure opstarten. Die groepsprocedure moet ervoor zorgen dat een inbreukpleger zijn verantwoordelijkheid ook niet kan ontlopen in gevallen waarin de individuele schade van elke benadeelde beperkt is in verhouding tot de kosten die het instellen van een afzonderlijke vordering per benadeelde met zich mee zou brengen (VI.).

Deze bijdrage wordt nog afgerond met een evaluatie van die nieuwe regels (VII.).

III. REGELS TER VERGEMAKKELIJING VAN HET BEWIJS VAN EEN MEDEDINGINGSINBREUK

5. Krachtens de nieuwe wet wordt het voor een benadeelde die een schadevergoedingsvordering voor de Belgische rechter instelt, aan de hand van diverse mechanismen gemakkelijker gemaakt om het bewijs te leveren dat een plegger van een mededingingsinbreuk hem op foutieve wijze schade heeft berokkend. Hierna worden die mechanismen achtereenvolgens behandeld op het vlak van (a.) de inbreuk en de fout, (b.) het causaal verband tussen de fout en de schade en (c.) de schade en (d.) wordt ook ingegaan op de uitgebreide regels inzake de overlegging van bewijsmateriaal, die van belang kunnen zijn voor het bewijs van zowel de fout als de schade en het causaal verband tussen beide.

Het zal bij de lezing van de nieuwe wet er steeds weer op aankomen om de relatie tussen de erin voorziene specifieke regels en het gemeen recht te bepalen. Het algemene uitgangspunt is dat de nieuwe wet een *lex specialis* is, die op een aantal punten van het gemeen recht afwijkt (*lex specialis generalibus derogat*). Indien de nieuwe wet geen specifieke regel bepaalt, dan blijft het gemeen recht inzake aansprakelijkheid en procedure onverminderd spelen, met dien verstande dat de nationale regels betreffende de uitoefening van het recht op schadevergoeding voortvloeiend uit een inbreuk op de artikelen 101-102 VWEU het niet buitensporig moeilijk of praktisch onmogelijk mogen maken om het door het

¹⁰. Zoals gedefinieerd in art. I.22, 1° WER; zie ook *infra*.

¹¹. Aldus overw. 14 van de richtlijn, evenals GwH 10 maart 2016, nr. 38/2016, overw. B.9.

¹². Zie bv., Kh. Brussel (NL) 24 april 2015, *TBM* 2015, 212-227; Kh. Brussel (NL) 24 november 2014, *TBM* 2015, 37-46. Tegen beide vonnissen werd hoger beroep ingesteld bij het hof van beroep te Brussel.

¹³. Iedere partij moet het bewijs leveren van de feiten die zij aanvoert. De eiser moet aantonen dat zijn eis gegrond is en de verweerder moet de gegrondheid van zijn verweer kunnen bewijzen.

¹⁴. Ze kan wel aan aansprakelijkheid ontsnappen als ze immuniteit heeft gekregen of als ze een KMO in de zin van de wet is, zie *infra*, randnrs. 36 en 37.

VWEU gegarandeerde recht op schadevergoeding uit te oefenen¹⁵.

a. Inbreuk en fout

6. Om vergoeding van zijn schade te bekomen, moet de benadeelde in de eerste plaats aantonen dat de verweerder een fout heeft begaan. De nieuwe wet voert vermoedens in wanneer de inbreuk reeds in een beslissing van een mededingingsautoriteit werd vastgesteld (i.). Het bewijs van een inbreuk op de mededingingsregels levert echter niet noodzakelijk het bewijs van een fout in de zin van de artikelen 1382 en 1383 van het Burgerlijk Wetboek op (ii.).

i. Bewijs van een mededingingsinbreuk

7. Vooreerst moet een benadeelde die een schadevergoedingsvordering voor een Belgische rechter instelt, aantonen dat de verweerder een mededingingsinbreuk¹⁶ heeft gepleegd, dit is een inbreuk op artikel 101 of 102 VWEU en/of op artikel IV.1 of IV.2 WER. De bewijssituatie van de benadeelde zal ingevolge de nieuwe regels verschillen naargelang deze zich kan beroepen op inbreukvaststellingen die reeds werden gedaan (i) in een beslissing van de Belgische Mededingingsautoriteit of het hof van beroep te Brussel, (ii) in een beslissing van een mededingingsautoriteit of haar beroepsinstantie van een andere EU-lidstaat, of (iii) in een beslissing van een mededingingsautoriteit van een derde land.

8. In de eerste situatie is de benadeelde het best gediend. Dankzij de nieuwe wet kan hij zich immers voor de Belgische rechter beroepen op het vermoeden dat een inbreuk op het mededingingsrecht vaststaat wanneer deze werd vastgesteld, hetzij in een definitieve beslissing¹⁷ van de Belgische Mededingingsautoriteit (BMA)¹⁸, hetzij in een arrest van het hof van beroep te Brussel dat in kracht van gewijsde is getreden en waarin uitspraak wordt gedaan over een beroep tegen een beslissing van de BMA¹⁹. Dit vermoeden is uitdrukkelijk onweerlegbaar van aard.

Dit vermoeden geldt enkel in zover de ingeroepen beslissing een inbreuk op het mededingingsrecht heeft vastgesteld²⁰.

Wanneer de BMA een zaak seponereert omwille van haar beperkte middelen en haar prioriteitenbeleid, kan een benadeelde zich niet beroepen op enig vermoeden. Vermits de wet enkel een vermoeden heeft ingevoerd wanneer een inbreuk is vastgesteld, is er geen sprake van een vermoeden wanneer de BMA zou vaststellen dat er geen inbreuk is.

Bovendien is de draagwijdte van het vermoeden beperkt tot de aard van de inbreuk zoals die door de BMA of het hof van beroep te Brussel werd vastgesteld, rekening houdend met de door de BMA of het hof van beroep vastgestelde materiële, persoonlijke, temporele en territoriale werkingsfeer van de inbreuk²¹. Dat sluit niet uit dat schadevergoeding kan worden bekomen buiten de grenzen van die werkingsfeer, maar in die gevallen zal de benadeelde niet van het voordeel van het onweerlegbaar vermoeden kunnen genieten.

Deze bepaling beoogt de bewijslast voor benadeelden te verlichten in zogenaamde *follow-on-vorderingen*, dit zijn schadevergoedingsvorderingen die volgen op een inbreukprocedure door een mededingingsautoriteit. De nieuwe wet, in lijn met de richtlijn, kiest ervoor om de Belgische rechter niet langer de mogelijkheid te geven om in te gaan tegen de BMA of het hof van beroep te Brussel wanneer deze laatsten een inbreuk hebben vastgesteld. Dat zou de proceseconomie ten goede moeten komen en een eenvormige toepassing van het mededingingsrecht in de EU moeten verzekeren²².

Door de band die aldus tussen de publiekrechtelijke handhavingsprocedure en de privaatrechtelijke schadevergoedingsprocedure wordt gelegd, zal het risico van een schadevergoedingsprocedure mee in de weegschaal worden gelegd in het verweer dat een onderneming in een publiekrechtelijke handhavingsprocedure voert.

9. De idee dat de vaststelling van een inbreuk door een mededingingsautoriteit niet meer in twijfel kan worden getrokken, is niet geheel nieuw. Beschikkingen van de Europese Commissie kunnen reeds langer als bewijs van een inbreuk worden ingeroepen voor een nationale rechter die door een schadevergoedingsvordering is gevat. De nationale rechter mag immers geen beslissingen nemen die in strijd zijn met een beschikking van de Europese Commissie (tenzij wanneer deze werd vernietigd)²³. Dit betekent ook dat, wan-

¹⁵ Overw. 11 van de richtlijn.

¹⁶ Zie de definitie in art. I.22, 1° WER.

¹⁷ Een definitieve beslissing is een beslissing waartegen op grond van “gangbare rechtsmiddelen” geen of niet langer meer beroep open staat (zie art. I.22, 11° WER). Indien hoger beroep werd ingesteld tegen de beslissing van de BMA, dan kan men zich (nog) niet beroepen op het vermoeden.

¹⁸ Voorheen kon worden geargumenteed dat de beslissingen van de Raad voor de Mededinging als administratief rechtcollege gezag van gewijsde hadden, zodat de rechter hierdoor gebonden was (zie H. GILLIAMS en L. CORNELIS, “Private enforcement of the competition rules in Belgium”, *TBM* 2007, 26. Zie voor een andere zienswijze: F. LEFEVRE, “Les actions en responsabilité pour infraction au droit de la concurrence: questions actuelles et perspectives d’évolutions futures”, *TBM* 2009, 13).

¹⁹ Art. XVII.82, § 1 WER (zie art. 9, 1. richtlijn en overw. 34 van de richtlijn).

²⁰ Een inbreukbeslissing in de zin van art. I.22, 10° WER en *memorie van toelichting*, 35 (hierna: *MvT*).

²¹ *MvT*, 35. Zie ook overw. 34 van de richtlijn.

²² *MvT*, 36 en overw. 34 van de richtlijn.

²³ Art. 16 verordening nr. 1/2003 van de Raad van 16 december 2002 betreffende de uitvoering van de mededingingsregels van de art. 81 en 82 van het verdrag (*Pb.L.* 4 januari 2003, afl. 1, 1). Zie ook HvJ 6 november 2012, C-199/11, *Otis*, ECLI:EU:C:2012:684, § 65. Zie ook Kh. Brussel 24 november 2014, *TBM* 2015, 40.

neer de Europese Commissie heeft geoordeeld dat de beoordeelde feiten geen inbreuk uitmaken op de mededingingsregels, de rechter niet in andere zin kan oordelen²⁴. Wanneer de Europese Commissie daarentegen toezeggingen van een onderneming heeft aanvaard die tegemoetkomen aan de bezorgdheden van de Commissie omtrent de verenigbaarheid van het gedrag van die onderneming met het mededingingsrecht, heeft de nationale rechter wel nog steeds de macht om deze gedraging aan de mededingingsregels te toetsen²⁵. Net als voor beslissingen van de BMA, is het bindende karakter van een beschikking van de Europese Commissie beperkt tot de inbreuken zoals die in de Commissiebeschikking zijn vastgesteld en tot de partijen die het voorwerp waren van de beschikking²⁶.

10. In de tweede situatie heeft een nationale mededingingsautoriteit van een andere lidstaat van de Europese Unie²⁷ (of diens beroepsinstantie) een inbreuk op het mededingingsrecht vastgesteld. Volgens de nieuwe regels geldt die beslissing als “begin van bewijs”²⁸. Wat dat precies betekent, is niet met zoveel woorden toegelicht. In artikel 9 van de richtlijn is er sprake van een “*prima facie* bewijs”, wat wellicht de invoering van een weerlegbaar vermoeden beoogt. Dit bewijs moet worden onderzocht samen met de andere bewijselementen die de partijen desgevallend hebben aangebracht. Het zal op het eerste gezicht niet eenvoudig zijn voor een verweerder om aan te tonen dat hij geen inbreuk heeft gepleegd, wanneer deze reeds door een vreemde nationale mededingingsautoriteit werd vastgesteld, tenzij de verweerder kan aantonen dat de buitenlandse beslissing niet te verzoenen is met de Europese of de Belgische beschikkingspraktijk of ander bewijsmateriaal naar voren kan brengen.

11. In de derde situatie heeft een mededingingsautoriteit van een niet-lidstaat een inbreuk op het mededingingsrecht vastgesteld. Voor beslissingen in jurisdicties buiten de EU (die overigens meestal geen inbreuk op de relevante EUBepalingen of de Belgische bepalingen inzake mededinging zullen vaststellen) voert de nieuwe wet geen vermoeden of regel van *prima facie* bewijs in waarmee een Belgische rechter rekening zou moeten houden.

12. Los van de twee in de nieuwe wet voorziene situaties en de hierboven geschetste situatie waarin de Europese Commissie een mededingingsinbreuk vaststelt, kan het ook

nog voorkomen dat een mededingingsinbreuk wordt vastgesteld in het kader van een privaatrechtelijke vordering, zoals een schadevergoedingsvordering, zonder dat enige mededingingsautoriteit die inbreuk heeft vastgesteld of zelfs zonder dat enige publieke handhavingsprocedure is opgestart. Een inbreukbeslissing van een mededingingsautoriteit is inderdaad geen voorwaarde om schadevergoeding voor een nationale rechter te kunnen eisen²⁹. Indien een Belgische rechter in het kader van een schadevergoedingsvordering een inbreuk op de Europese of de Belgische mededingingsregels zou vaststellen, dan geldt het vermoeden van een inbreuk niet omdat het krachtens artikel XVII.82, § 1 WER enkel geldt wanneer die inbreuk wordt vastgesteld door de BMA of in een arrest van het hof van beroep te Brussel in beroep tegen een beslissing van de BMA. Het gezag van gewijsde van de beslissing inzake de schadevergoedingsvordering strekt zich slechts uit tot de partijen bij die vordering krachtens de relatieve werking van het gezag van gewijsde overeenkomstig artikel 23 Ger.W. Ook wanneer een hoofdelijke schuldenaar tot schadevergoeding wordt veroordeeld, wordt in het Belgisch recht doorgaans aangenomen dat het gezag van gewijsde van die veroordelende beslissing zich niet zomaar uitstrekt tot een andere hoofdelijke schuldenaar die niet in de schadevergoedingsprocedure was betrokken; voor de omgekeerde stelling ontbreekt elke wettelijke basis³⁰.

ii. Bewijs van een fout in de zin van artikelen 1382-1383 BW

13. Wanneer een mededingingsinbreuk komt vast te staan (al dan niet in het kader van een (on)weerlegbaar vermoeden), staat daarom nog niet noodzakelijk vast dat de inbreukpleger een fout heeft begaan. De verhouding tussen een inbreuk en een fout zal ongetwijfeld nog tot vele debatten aanleiding geven.

14. Vooreerst zou op het eerste gezicht een automatisch schadevergoedingsrecht bij een vastgestelde mededingingsinbreuk kunnen worden afgeleid uit de bepaling van de richtlijn dat de lidstaten ervoor moeten zorgen dat iedere persoon die door een inbreuk op het mededingingsrecht schade heeft geleden, het recht heeft om schadevergoeding te vorderen en te verkrijgen³¹.

²⁴. H. GILLIAMS en L. CORNELIS, “Private enforcement of the competition rules in Belgium”, *TBM* 2007, 26.

²⁵. Zie ook HvJ 23 november 2017, C-547/16, ECLI:EU:C:2017:891. Het Hof van Justitie was van oordeel dat de bezorgdheden die de Commissie na een voorlopige beoordeling had vastgesteld, en waaraan door de toezeggingen werd tegemoetgekomen, moesten worden beschouwd als een aanwijzing, of zelfs als een begin van bewijs, van de mededingingsbeperkende aard van de overeenkomst in kwestie. *In casu* had de Commissie als toezegging aanvaard dat de onderneming niet langer langlopende exclusiviteitsovereenkomsten zou sluiten.

²⁶. Kh. Brussel (NL) 24 april 2015, *TBM* 2015, 216.

²⁷. Dit zijn de autoriteiten die bevoegd zijn om de art. 101 en 102 VWEU toe te passen, aangewezen door een lidstaat op grond van art. 35 verordening nr. 1/2003.

²⁸. Art. XVII.82, § 2 WER (zie art. 9, 2. richtlijn).

²⁹. Zie overw. 13 van de richtlijn.

³⁰. Zie o.m. P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, III, Brussel, Bruylant, 2010, 1782, nr. 1253; P. WERY, *Droit des obligations*, II, Brussel, Larcier, 2016, 424-426, nrs. 451-452.

Bij nader inzien lijken de richtlijn en de nieuwe wet evenwel geen komaf te maken met de aansprakelijkheidsvereiste van een fout. De Belgische wetgever lijkt dat ook zo te hebben begrepen door aan het in de richtlijn uitgedrukte principe toe te voegen dat degene die door een mededingingsinbreuk schade heeft geleden, “overeenkomstig het gemeen recht” recht op schadevergoeding heeft³². In de parlementaire werken wordt inderdaad beklemtoond dat het principe van volledige schadevergoeding “op geen enkel punt afwijkt van het gemeen recht”³³. Volgens het gemeen aansprakelijkheidsrecht moet een fout (naast schade en een oorzakelijk verband tussen beide) worden aangetoond.

Die toevoeging in de nieuwe wet (in vergelijking met de tekst van de richtlijn) sluit ook aan bij de bedoeling van de Europese wetgever. Volgens de overwegingen van de richtlijn mogen de EU-lidstaten immers “in hun nationaal recht andere voorwaarden koppelen aan de vergoeding van schade, zoals de toerekenbaarheid, de relativiteit of de schuld”³⁴. Aan het stellen van die aansprakelijkheidsvereisten doet de richtlijn dus uitdrukkelijk geen afbreuk, met dien verstande weliswaar dat de beginselen van doeltreffendheid en gelijkwaardigheid moeten worden gerespecteerd³⁵.

15. Daarnaast kan ook worden gediscussieerd over de vraag of de foutvereiste in het kader van contractuele of buitencontractuele aansprakelijkheid moet worden beoordeeld. Het feit dat een directe contractuele verhouding tussen een benadeelde en een inbreukpleger bestaat, sluit de toepassing van de nieuwe wet alvast niet uit³⁶, maar de nieuwe wet laat open welke aansprakelijkheidsregeling moet worden toegepast. Beide aansprakelijkheidsregelingen kunnen tot het gemeen recht worden gerekend.

Om te kunnen besluiten dat de aansprakelijkheid van een inbreukpleger contractueel van aard is, is niet beslissend of er tussen de schadelijder en de inbreukpleger een contractuele band bestaat (wat overigens niet zelden het geval zal zijn). Bepalend is of de mededingingsinbreuk als een inbreuk op een contractuele verbintenis van de inbreukple-

ger jegens de schadelijder kan worden beschouwd (zoals bv. boycotafspraken tussen een leverancier en zijn concurrenten (d.i. een inbreuk op de mededingingsregels) als gevolg waarvan de leverancier de overeenkomst met zijn distributeur verbreekt en zo een wanprestatie begaat). Meestal zullen schadevergoedingsvorderingen voor mededingingsinbreuken zich in de buitencontractuele sfeer situeren³⁷, maar de toepassing van contractuele aansprakelijkheid kan niet geheel worden uitgesloten³⁸, wat onder meer van belang kan zijn voor het bepalen van de toepasselijke verjaringstermijn.

16. In het kader van de buitencontractuele aansprakelijkheid rijst vervolgens de vraag aan de hand van welke criteria moet worden geoordeeld of een mededingingsinbreuk ook als een fout is te kwalificeren.

Volgens vaststaande rechtspraak van het Hof van Cassatie ligt een buitencontractuele fout voor in geval van “een gedraging die ofwel neerkomt op een verkeerd optreden dat moet worden beoordeeld naar de maatstaf van een normaal en omzichtig (persoon), die in dezelfde omstandigheden verkeert, ofwel, behoudens onoverkomelijke dwaling of enige andere rechtvaardigingsgrond, een schending inhoudt van een nationaalrechtelijke norm of van een internationaal verdrag met rechtstreekse werking in de interne rechtsorde, waarbij de (persoon) verplicht is iets niet te doen of op een bepaalde manier wel iets te doen”³⁹. Met andere woorden, een buitencontractuele fout kan bestaan uit hetzij een schending van de algemene zorgvuldigheidsnorm, hetzij een schending van een specifiek of welbepaald wettelijk gebod of verbod⁴⁰.

Dat impliceert dat bij de vaststelling van een schending van een specifiek wettelijk⁴¹ opgelegd gebod of verbod de gestelde gedraging niet meer afzonderlijk aan de algemene zorgvuldigheidsnorm moet worden getoetst en alleen het bewijs van een rechtvaardigingsgrond een (toerekeningsvatbare) verweerder zal toelaten om aan de vaststelling van een fout te kunnen ontsnappen. Bij de beoordeling of een persoon zorgvuldig heeft gehandeld dan wel, bij een schending

³¹ Art. 3, 1. richtlijn. Zie ook HvJ 13 juli 2006, C-295/04 tot C-298/04, *Manfredi*, ECLI:EU:C:2006:461, § 61-62; HvJ 6 november 2012, C-199/11, *Otis*, ECLI:EU:C:2012:684, § 65 (“de vraag of er schade en een rechtstreeks causaal verband tussen de schade en de betrokken mededingingsregeling of onderling afgestemde feitelijke gedraging bestaat, wordt nog steeds door [de nationale rechter] beoordeeld”).

³² Art. XVII.72 WER.

³³ *MvT*, 18.

³⁴ Overw. 11 van de richtlijn. De idee uit het Witboek dat de fout-vereiste onder het nationaal recht zou moeten worden beperkt, werd uitdrukkelijk weggelaten uit het voorstel van richtlijn. Zie Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on certain rules governing actions for damages under national law for infringements of the competition law provisions of the Member States and of the European Union, 11 juni 2013, COM(2013) 404, 12 (“certain measures suggested in the White Paper, such as collective redress and rules on the fault requirement, have since been discarded for the purposes of this proposal”).

³⁵ Aan het Hof van Justitie zou een prejudiciële vraag kunnen worden gesteld of de foutvereiste uit het Belgisch recht in overeenstemming is met deze beginselen. Zie naar analogie voor wat betreft het causaal verband: HvJ 5 juni 2014, C-557/12, *Kone*, ECLI:EU:C:2014:1317, § 25 en 32.

³⁶ Overw. 13 van de richtlijn.

³⁷ B. WEYTS, “Economische schade”, *TBH* 2013, 1038.

³⁸ *MvT*, 18.

³⁹ Cass. 25 maart 2010, AR 09.0403.N (in weergegeven citaat “magistraat” vervangen door “persoon”). Zie ook o.m. Cass. 21 december 2007, AR C.06.0457.F; Cass. 25 oktober 2004, AR S.03.0072.F.

⁴⁰ Zie o.m. H. BOCKEN en I. BOONE, *Inleiding tot het schadevergoedingsrecht. Buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht en andere schadevergoedingsstelsels*, Brugge, die Keure, 2014, p. 92, nr. 148.

⁴¹ In de brede zin van het woord.

van een specifieke wettelijke gedragsnorm, zich op een rechtvaardigingsgrond kan beroepen, zullen wel veelal dezelfde concrete omstandigheden relevant zijn, zij het dat de lat hoger ligt bij het bewijs van een rechtvaardigingsgrond en de bewijslast in dat geval bij de verweerder ligt⁴².

Daarnaast wordt frequent beklemtoond dat de materiële schending van een specifiek wettelijk opgelegde gedraging op zichzelf slechts een fout uitmaakt als die schending wetens en willens gebeurde⁴³. Het voorwerp van dat bewustzijn en die wil mag evenwel niet verkeerd worden ingevuld. Het vereiste dat de schending wetens en willens gebeurt, betekent immers niet dat degene die een wet schendt, zich bewust moet zijn van het feit dat hij die wetsschending begaat, zo werd in een recent arrest van het Hof van Cassatie van 9 februari 2017 bevestigd⁴⁴. Om tot het besluit te komen dat een materiële schending van een bepaald wettelijk gebod of verbod niet wetens en willens gebeurde, zal de feitenrechter eerst het bestaan van een onoverkomelijke dwaling of een andere rechtvaardigingsgrond moeten vaststellen.

In het kader van een mededingingsinbreuk betekent dit alles dat eerst moet worden nagegaan of de geschonden mededingingsrechtelijke bepaling al dan niet een specifiek of bepaald gebod of verbod oplegt. Het antwoord op die vraag is bepalend om te weten of het gedrag van de inbreukpleger nog aan de hand van de zorgvuldigheidsmaatstaf moet worden beoordeeld. Vermits de artikelen 101 en 102 VWEU (en de art. IV.1 en IV.2 WER) notoir open normen zijn waarvan de inhoud in een bepaald concreet geval sterk afhankelijk is van de concrete (markt)omstandigheden, is een bijkomende zorgvuldigheidstoetsing van het gedrag van een inbreukpleger aangewezen⁴⁵.

Voor bepaalde gedragingen, zoals afspraken tussen concurrenten om de prijzen te verhogen of markten te verdelen, staat sinds vele jaren vast dat een normaal zorgvuldige onderneming weet of redelijkerwijze moet weten dat deze onder voornoemde verboden vallen. Dat verklaart waarom in de liftenkartelzaak de rechtbank van koophandel te Brussel uit de inbreuk op het kartelverbod van artikel 101

VWEU, zoals vastgesteld in een beschikking van de Europese Commissie, afleidde dat de karteldeelnemers artikel 101 VWEU hadden geschonden en dat zij dit wetens en willens hadden gedaan⁴⁶.

Maar de juridische kwalificatie van ondernemingsgedragingen is niet altijd zo duidelijk⁴⁷. Sommige praktijken hebben geen mededingingsbeperkende strekking maar (enkel) mededingingsbeperkende gevolgen op de markt. Bovendien kunnen praktijken die de mededinging beperken (bv. een gezamenlijk bod door twee concurrerende ondernemingen in het kader van een overheidsopdracht) mogelijk gerechtvaardigd zijn, met name als die praktijken noodzakelijk zijn om bepaalde efficiënties te verwezenlijken. In dergelijke situaties is het niet zeker dat de betrokken onderneming(en) redelijkerwijze had(den) moeten beseffen dat deze praktijken verboden waren⁴⁸.

Het voorgaande geldt ook voor het marktgedrag van een zgn. “dominante” onderneming. Wanneer dat marktgedrag resulteert in de uitsluiting van niet-dominante rivalen, is er sprake van een inbreuk. De gevolgen van het marktgedrag van een dominante onderneming zijn echter niet noodzakelijk perfect te voorspellen. Het Hof van Justitie heeft onlangs nog bevestigd dat de vaststelling van een misbruik van machtspositie een onderzoek van alle concrete omstandigheden van de zaak vergt, meer bepaald wanneer het gaat om getrouwheidskortingen verleend door een onderneming met een machtspositie⁴⁹. De vraag is dus of een zorgvuldig handelende (dominante) onderneming op het ogenblik dat zij de betrokken handeling stelde, had moeten beseffen dat die praktijk, gelet op alle concrete omstandigheden, verboden was.

Daarom is het niet vanzelfsprekend dat de rechtbank van koophandel te Gent in een vonnis van 23 maart 2017 met betrekking tot artikel IV.2 WER (misbruik van machtspositie) de inbreuk niet aan de zorgvuldigheidsmaatstaf toetste⁵⁰, maar het verbod op misbruik van machtspositie aanzag als een absoluut verbod en dus als een zogenaamde resultaatsverbintenis en meende dat het “niet juist [zou] zijn om aan

⁴². Zie hierover meer in detail I. CLAEYS, “Het foutbegrip bij overheidsaansprakelijkheid: zijn wetschending en fout nog één?” in *XXXIIIste Postuniversitaire Cyclus Willy Delva 2006-2007. Aansprakelijkheid, aansprakelijkheidsverzekering en andere schadevergoedingssystemen*, Kluwer, 2007, 194-231.

⁴³. Cass. 3 oktober 1994, *Arr. Cass.* 1994, 807 (“librement et consciemment”).

⁴⁴. Cass. 9 februari 2017, AR C.13.0143.F, met andersluid. concl. Adv. Gen. A. HENKES.

⁴⁵. Aldus H. GILLIAMS en L. CORNELIS, “Private enforcement of the competition rules in Belgium”, *TBM* 2007, 18. Net zoals dat ten aanzien van een schending van het gelijkheidsbeginsel door de wetgever is aanvaard in Cass. 10 september 2010, AR F.09.0042.N. Anders is het wanneer de Raad van State, bv. in het kader van overheidsopdrachten, een administratieve handeling heeft nietig verklaard, in welk geval de rechter, behoudens rechtvaardigingsgrond, noodzakelijk moet beslissen dat de administratieve overheid van wie de nietig verklaarde handeling uitgaat, een fout heeft begaan. Deze rechtspraak is gebaseerd op het gezag van gewijsde “*erga omnes*” van de beslissing tot nietigverklaring van de Raad van State. Zie Cass. 26 juni 2008, C.07.0272.N.

⁴⁶. Kh. Brussel (NL) 24 november 2014, *TBM* 2015, 40. Zie ook Kh. Brussel (NL) 24 april 2015, *TBM* 2015, 216, waarin in het algemeen werd overwoegen dat een inbreuk op art. 101 VWEU een buitencontractuele fout uitmaakt.

⁴⁷. In het licht van de recente rechtspraak van het Hof van Justitie is het niet uitgesloten dat ook in het geval van zogenaamde *hardcore*-restricties een zorgvuldigheidstoetsing aangewezen blijft (zie HvJ 6 december 2017, C-230/16, *Coty*, ECLI:EU:C:2017:941).

⁴⁸. H. GILLIAMS en L. CORNELIS, “Private enforcement of the competition rules in Belgium”, *TBM* 2007, 18. Zie ook F. LEFEVRE, “Les actions en responsabilité pour infraction au droit de la concurrence: questions actuelles et perspectives d'évolutions futures”, *TBM* 2009, 14.

⁴⁹. HvJ 6 september 2017, C-413/14, *Intel*, ECLI:EU:C:2017:632, § 139-142.

⁵⁰. Kh. Gent 23 maart 2017, *TBM* 2017, 170.

deze mogelijke benadeelden een bijkomende bewijslast op te leggen⁵¹. In een zaak met betrekking tot de tariefpraktijken van het toenmalige Belgacom ging het hof van beroep na of diens praktijken reeds eerder door het Hof van Justitie waren aangemerkt als misbruiken⁵². Het hof concludeerde dat uit de Europese rechtspraak duidelijk bleek dat dergelijke praktijken verboden waren en dat Belgacom niet kon volhouden dat haar tariefpraktijken overeenstemden met die van een zorgvuldige telecomoperator⁵³.

Indien een mededingingsinbreuk toch geen zorgvuldigheidsonderzoek zou vergen, dan nog moet de inbreuk wetens en willens zijn begaan. In dat geval kan de inbreukpleger niet aansprakelijk worden gesteld indien hij bewijst dat een rechtvaardigingsgrond (bv., onoverkomelijke dwaling of bevel van de overheid) voorligt, zoals werd onderzocht in de *Honda*-zaak door de rechtbank van koophandel te Gent⁵⁴.

17. Een specifiek probleem doet zich voor wanneer een dochteronderneming een mededingingsinbreuk heeft begaan. In dat geval is het van belang te weten wat de aansprakelijkheidsstatus is van de moederonderneming tegen wie een benadeelde in een schadevergoedingsvordering zijn pijlen (mede) richt. In het kader van de publiekrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht geldt immers een (weerlegbaar) vermoeden dat een moederonderneming die (bijna) 100% van het kapitaal in de dochteronderneming aanhoudt, aansprakelijk is voor de boetes die worden opgelegd voor de inbreuk gepleegd door haar dochteronderneming, tenzij de moeder afdoende kan bewijzen dat haar dochter zich op de markt autonoom gedraagt⁵⁵.

Dit vermoeden kan niet zomaar worden getransplanteerd in het kader van de private handhaving⁵⁶. Het Belgisch recht kent immers geen feitelijk vermoeden dat een moederonderneming een fout heeft begaan om reden dat zij er niet is in geslaagd haar dochteronderneming ervan te weerhouden een inbreuk te plegen.

De vraag rijst dan ook of zij gehouden kan worden tot betaling van een vergoeding voor de schade die haar dochteronderneming door een mededingingsinbreuk heeft veroorzaakt. De richtlijn regelt dit probleem niet, zodat mag worden aangenomen dat de richtlijn niet vereist dat op dit

vlak aanpassingen aan het nationaal recht worden aangebracht⁵⁷.

Wanneer de Europese Commissie of de BMA een inbreuk vaststelt, staat de inbreuk (behoudens beroep tegen de beslissing) in de schadevergoedingsprocedure onweerlegbaar vast. De vraag is of deze inbreuk krachtens de nieuwe wet in het kader van een schadevergoedingsvordering enkel vaststaat ten aanzien van de inbreukplegers zelf of ook ten aanzien van hun moederondernemingen. Zelfs indien uit de beslissing van de Commissie of de BMA kan worden afgeleid dat de inbreuk als zodanig aan de moederonderneming zou kunnen worden toegerekend, is het zeer de vraag of de inbreuk eveneens een fout in hoofde van de moederonderneming inhoudt. Zoals hoger werd uiteengezet, kan niet elke inbreuk gelijkgesteld worden met een fout in de zin van de artikelen 1382-1383 BW. Dit geldt *a fortiori* voor ondernemingen die enkel worden aangesproken omwille van hun hoedanigheid van moederonderneming van een inbreukpleger. De moederonderneming zou mogelijks kunnen ontsnappen aan privaatrechtelijke aansprakelijkheid omdat nog afzonderlijk een schending van de algemene zorgvuldigheidsnorm is aan te tonen of omdat zij niet wetens en willens een fout heeft begaan⁵⁸.

b. Causaal verband tussen inbreuk en schade

18. Wanneer is komen vast te staan dat de verweerder een fout heeft begaan, moet de eiser ook nog aantonen dat er een (zeker en niet louter waarschijnlijk) oorzakelijk verband bestaat tussen die fout en de schade die hij heeft geleden. De inhoud van de causaliteitstest is in principe volgens het gemeen aansprakelijkheidsrecht te beoordelen⁵⁹. Belgische rechters passen in principe de zogenaamde equivalentietheorie toe, dit wil zeggen dat alle fouten die een noodzakelijke voorwaarde zijn voor de schade (*conditiones sine qua non*) als oorzaak in aanmerking komen⁶⁰. Het maakt dan ook niet uit in welke mate een fout tot de schade heeft bijgedragen om te bepalen of een fout in causaal verband met de schade staat. Het soortgelijk gewicht van een fout is enkel van belang voor de verdeling van de aansprakelijkheid tussen hoofdelijke medeaansprakelijken⁶¹.

⁵¹. Kh. Gent 23 maart 2017, *TBM* 2017, 169.

⁵². Brussel 26 februari 2015, 2012/AR/1, *Belgacom / Base en Mobistar*, *TBH* 2015, 854. Zie ook T. BONTINCK, "Droit de la concurrence: quelques étapes sur le chemin de la consécration du private enforcement en droit belge", *TBH* 2015, 792.

⁵³. Brussel 26 februari 2015, 2012/AR/1, *Belgacom / Base en Mobistar*, *TBH* 2015, 855.

⁵⁴. Kh. Gent 23 maart 2017, *TBM* 2017, 170.

⁵⁵. Zie o.a. HvJ 10 september 2009, C-97/08 P, *Akzo Nobel*, ECLI:EU:C:2009:536, § 61.

⁵⁶. Kh. Brussel (Nl.) 24 april 2015, *TBM* 2015, 217.

⁵⁷. I. PICO en S. BOUWERS, "The Netherlands Post-Damages Directive: Will the Popularity as a Preferred Forum for Actions for Damages for Competition Law Infringements Increase?", *GCLR* 2017, 72-73.

⁵⁸. C. CAUFFMAN, "Het begrip 'onderneming' in de kartelschaderichtlijn en de (mogelijke) impact op de civielrechtelijke aansprakelijkheid van moeder-vennootschappen voor gedragingen van hun dochtervennootschappen naar Belgisch recht" in B. WEYTS en N. CARETTE (eds.), *Liber Amicorum Alois Van Oevelen*, Antwerp, Intersentia, 2017, 146.

⁵⁹. Overw. 11 van de richtlijn.

⁶⁰. B. WEYTS, "Economische schade", *TBH* 2013, 1024.

⁶¹. Zie ook Deel IV. in verband met hoofdelijke aansprakelijkheid en regres.

Om een causaal verband vast te stellen, maken rechters frequent gebruik van het criterium van de “normale gang van zaken” dat een weerlegbaar feitelijk of rechterlijk vermoeden in het leven roept in de zin van artikel 1349 BW. Wanneer een gedraging normaal, in het algemeen, een schadelijk gevolg met zich meebrengt, kan doorgaans, behoudens contra-indicaties, worden aangenomen dat dit in de concrete zaak ook het geval is geweest⁶². Het is dan aan de verweerder om aannemelijk te maken dat het concrete geval ingaat tegen de normale gang van zaken.

19. In het kader van een vordering ingesteld tegen de deelnemers aan het zogenaamde liftenkartel, is echter noch het Vlaamse Gewest noch de Europese Commissie er in geslaagd om de rechtbank ervan te overtuigen dat het de normale gang van zaken is dat kartels hogere prijzen met zich meebrengen⁶³. In die zaak ging het om een marktverdelingskartel tussen producenten van liften en roltrappen. Volgens de beoordelende rechtbank kan niet zomaar worden aangenomen dat dergelijke kartels leiden tot hogere prijzen, in het bijzonder wanneer bepaalde producenten geen deel uitmaken van het kartel en zij de prijzen van de kartelleden kunnen onderbieden⁶⁴.

Met de nieuwe wet is het evenwel niet meer nodig aan te tonen dat het kartel tot hogere prijzen heeft geleid, de wet voert immers een vermoeden in dat kartels schade veroorzaken (zij het dat daarmee de omvang van de schade nog niet is aangetoond). Hierna wordt eerst op dat vermoeden ingegaan (i.), waarna wordt onderzocht hoe dat vermoeden werkt ten aanzien van indirecte afnemers (of, in geval van een inkoopkartel, indirecte leveranciers) (ii.).

i. Vermoeden dat kartels schade veroorzaken

20. Normalerweise ligt de bewijslast van het oorzakelijk verband tussen fout en schade bij de eiser. Dat dit bewijs in het verleden niet altijd gemakkelijk te leveren was in het kader van inbreuken op het mededingingsrecht, blijkt duidelijk uit de rechtspraak met betrekking tot het liftenkartel. Om aan deze bezorgdheid tegemoet te komen, heeft de wetgever een weerlegbaar vermoeden ingevoerd dat kartels schade berokkenen⁶⁵. Dit vermoeden heeft enkel betrekking op het oorzakelijk verband en het bestaan van de schade en niet op het reële bedrag van de geleden schade. Het mag dan wel zijn dat kartels worden vermoed schade te veroorzaken, het

is nog steeds aan de eiser om de omvang van de schade aan te tonen⁶⁶.

Het toepassingsgebied van dat vermoeden is beperkt tot kartels, omdat deze zich vaak in het grootste geheim afspelen. Benadeelden zijn niet op de hoogte van de (details van de) afspraken die werden gemaakt om (bv.) de prijs kunstmatig hoog (of laag) te houden. Evenmin hebben ze toegang tot ander bewijsmateriaal dat hen in staat zou stellen om een oorzakelijk verband (en het bestaan van de daaruit voortvloeiende schade) aan te tonen⁶⁷.

De wettelijke definitie van een kartel verschilt, minstens in de gebruikte bewoordingen, van die van de richtlijn⁶⁸. De richtlijn spreekt over afspraken tussen twee of meer concurrenten, zonder meer⁶⁹. De nieuwe wet⁷⁰ viseert daarentegen ook uitdrukkelijk afspraken waarbij zowel concurrerende als niet-concurrerende ondernemingen betrokken zijn, zoals bijvoorbeeld een *hub and spoke*-kartel waarbij concurrenten (*spokes*) niet rechtstreeks met elkaar afspraken maken maar daartoe een gemeenschappelijke leverancier of afnemer (*hub*) gebruiken die de informatie doorgeeft. Daarnaast vallen ook afspraken gemaakt binnen een ondernemingsvereniging uitdrukkelijk onder de karteldefinitie van de wet.

Zowel in de richtlijn als in de nieuwe wet moeten er minstens twee concurrenten bij de geïmagineerde praktijk betrokken zijn om te kunnen spreken van een kartel. Concreet betekent dit dat een overeenkomst tussen een leverancier en zijn distributeur (bv. over vaste wederverkooprijzen) niet onder deze definitie valt. Vraag is of de mededingingsbeperkende afspraken die een leverancier heeft gemaakt met zijn distributeurs die elkaars concurrenten zijn, al dan niet onder de karteldefinitie en zo onder het vermoeden van causaliteit vallen, zoals bijvoorbeeld in het geval van een clause in de distributieovereenkomst die de distributeurs verbiedt om (passief) te verkopen in gebieden die exclusief aan een andere distributeur zijn toegewezen.

21. Voor andere inbreuken dan kartels zal de benadeelde nog steeds moeten kunnen aantonen dat die inbreuken bij hem schade hebben veroorzaakt. In bepaalde gevallen zal dit verre van evident zijn. Wanneer een onderneming bijvoorbeeld misbruik maakt van haar machtspositie door haar producten aan te bieden tegen rooftprijzen of door getrouwheidskortingen te geven, hebben de afnemers van de dominante onderneming hierdoor allerm minst schade geleden. Zij hebben

⁶². Kh. Brussel (NL) 24 april 2015, *TBM* 2015, 219; Kh. Brussel (NL) 24 november 2014, *TBM* 2015, 43.

⁶³. Kh. Brussel (NL) 24 april 2015, *TBM* 2015, 219.

⁶⁴. Kh. Brussel (NL) 24 november 2014, *TBM* 2015, 43.

⁶⁵. Art. XVII.73 WER (zie art. 17, 2. richtlijn).

⁶⁶. *Infra*, randnr. 27.

⁶⁷. *MvT*, 19.

⁶⁸. C. CAUFFMAN, “The transposition of the antitrust damages directive in Belgium”, *Maastricht European Private Law Institute Working Paper*, no. 2017/4.

⁶⁹. Vgl. art. I.22, 12° WER met art. 2, 14. van de richtlijn.

⁷⁰. Zie ook *MvT*, 10.

immers minder moeten betalen dan de prijs die ze zonder de mededingingsinbreuk hadden moeten neertellen.

Door die acties kan een concurrerende onderneming uit de markt worden geprijsd of minstens contracten hebben verloren. Zij zal echter moeten kunnen aantonen dat het misbruik aan de basis lag van haar schade. Zeker wanneer nog andere ondernemingen op die markt actief zijn, is de vaststelling van een causaal verband in dergelijke gevallen geen sinecure. Twee zaken met respectievelijk Belgacom en Honda in de hoofdrol zijn hiervan een goede illustratie.

De ene zaak had betrekking op een geschil tussen Belgacom, Mobistar en Base met betrekking tot de zogenaamde terminatietares⁷¹ die Belgacom tussen 1999 en 2004 aanrekenende. Belgacom zou misbruik gemaakt hebben van haar dominante positie door lage kleinhandelstarieven aan te rekenen voor gesprekken binnen haar eigen Belgacom-netwerk en hoge groothandelstarieven voor gesprekken van Mobistar- en Base-klanten naar het Belgacom-netwerk⁷². De schade werd op verzoek van de rechtbank door twee deskundigen geraamd op 1,84 miljard euro⁷³, maar daarmee was het oorzakelijk verband tussen het misbruik en de schade nog niet aangetoond⁷⁴. Gelet op de onzekerheid hieromtrent besloten de operatoren in oktober 2015 om de zaak te schikken voor een bedrag van “slechts” 120 miljoen euro⁷⁵.

In de *Honda*-zaak ging het eveneens om een misbruik van machtspositie. De eisers in die zaak waren de onafhankelijke verdelers van Honda-motorfietsen, die een gelijkvormigheidsattest moesten aanvragen bij Honda om de motorfietsen te kunnen doorverkopen in België⁷⁶. Honda verbond hieraan een aantal voorwaarden⁷⁷. De rechtbank oordeelde dat het “zeer waarschijnlijk” was dat de inbreuken hadden geleid tot vertragingen, bijkomende administratie en bijkomende kosten en dus schade voor de eisers⁷⁸. De rechtbank steunde zich onder meer op cijfers met betrekking tot het groter aantal aanvragen dat de eisers bij Honda hadden ingediend nadat een eind was gesteld aan de inbreukmakende praktijken, procedures die de eisers tegen de praktijken hadden ingeleid, en publiciteit waarin Honda de aankoop van motorfietsen via haar eigen verdelers had aangeprezen⁷⁹. Volgens de rechtbank was het zo waarschijnlijk dat de

inbreuken schade hadden veroorzaakt dat aan het tegendeel niet meer ernstig kon worden gedacht⁸⁰.

ii. Indirecte afnemers (of leveranciers) en passing-on

22. Door de problematiek van de doorberekening van meerkosten is het bewijs van het oorzakelijk verband een nog groter struikelblok voor de indirecte afnemers van producten⁸¹ in geval van een kartel aan de verkoopzijde. Indirecte afnemers zijn afnemers die producten hebben gekocht van een directe afnemer van de inbreukpleger (of van een volgende afnemer in de verkoopketting)⁸². Het kan gaan om producten die zelf het voorwerp van de mededingingsinbreuk waren (zoals televisie- of computerschermen), maar het kan evengoed gaan om andere producten (zoals computers of televisies) die van eerstgenoemde producten zijn afgeleid of waarin ze werden verwerkt. Bij een kartel aan de inkoopzijde bestaat hetzelfde probleem voor indirecte leveranciers die als gevolg van een inkoopkartel een lagere prijs hebben moeten aanvaarden voor de producten die zij aan de directe leveranciers van de inbreukplegende kopers hebben verkocht⁸³. Wat hieronder wordt uitgewerkt voor indirecte afnemers, geldt dus ook *mutatis mutandis* voor indirecte leveranciers.

Er is wat betreft de bewijslast inzake doorberekening een onderscheid te maken tussen (i) de situatie waarbij een indirecte afnemer een schadevergoedingsvordering instelt tegen een inbreukpleger en (ii) de situatie waarbij een directe afnemer een schadevergoedingsvordering instelt tegen een inbreukpleger.

23. Volgens het Belgisch gemeen recht konden indirecte afnemers op basis van artikel 1382 BW reeds vergoeding bekomen van de schade die zij leden als gevolg van de doorberekening (*passing-on*) van de meerkosten die een directe afnemer (of een andere indirecte afnemer eerder in de contractketting) zelf aan de kartel deelnemer had moeten betalen. In een arrest van 11 oktober 2011 erkende het hof van beroep te Brussel reeds dat een dergelijke doorberekening de indirecte afnemer in een minder gunstige positie brengt en

71. Tarieven die operatoren elkaar aanrekenen voor het afhandelen van gesprekken op elkaars netwerk.

72. Brussel 26 februari 2015, 2012/AR/1, *Belgacom / Base en Mobistar*, *TBH* 2015, 843-855.

73. De gerechtsdeskundigen werden later wel vervangen. Zie www.tijd.be/tech-media/telecom/Belgacom-haalt-slag-thuis-in-zaak-wurgprijzen/9167430.

74. www.trends.knack.be/economie/bedrijven/belgacom-wil-experts-in-schadezaak-van-1-8-miljard-wraken/article-normal-230731.html; www.tijd.be/ondernemen/telecom/Miljardenfactuur-blijft-Proximus-boven-het-hoofd-hangen/9605465.

75. www.deredactie.be/cm/vrtnieuws/economie/1.2474433; www.tijd.be/nieuws/archief/Proximus-koopt-met-schijntje-miljardengeschil-af/9689983.

76. Kh. Gent 23 maart 2017, *TBM* 2017, 175-176.

77. Kh. Gent 23 maart 2017, *TBM* 2017, 177.

78. Nochtans meende de Raad voor de Mededinging dat niet vaststond dat de inbreuken een negatieve invloed op de markt hadden gehad.

79. Kh. Gent 23 maart 2017, *TBM* 2017, 176.

80. Kh. Gent 23 maart 2017, *TBM* 2017, 176.

81. In de brede zin van het woord, zoals gedefinieerd in art. I.1, 4° WER, dit wil zeggen “goederen en diensten, onroerende goederen, rechten en verplichtingen”. Zie ook *MvT*, 11.

82. Art. I.22, 21° WER.

83. *MvT*, 41 en overw. 43 van de richtlijn.

hem dus schade berokkent⁸⁴. De nieuwe wet moest dan ook niet voorzien in een specifiek recht voor indirecte afnemers om een schadevergoedingsvordering in te stellen, vermits dat recht al bestond krachtens de gemeenrechtelijke aansprakelijkheidsregels.

Het is in de praktijk evenwel moeilijk voor indirecte afnemers om aan te tonen dat de meerkosten daadwerkelijk aan hen werden doorberekend en dat er een oorzakelijk verband bestaat tussen deze meerkosten en de inbreuk.

Daarom heeft de nieuwe wet in uitvoering van de richtlijn de bewijslast op genuanceerde wijze aangepast. De meerkosten worden namelijk geacht te zijn doorberekend wanneer de indirecte afnemer kan aantonen dat de verweerder een mededingingsinbreuk heeft gepleegd, de inbreuk heeft geleid tot meerkosten voor de directe afnemer, en de indirecte afnemer de goederen of diensten heeft afgenomen van de directe afnemer⁸⁵.

Eens een indirecte afnemer dit alles heeft aangetoond, is het vervolgens aan de verweerder om aannemelijk te maken dat de directe afnemers de meerkosten niet gedeeltelijk of volledig hebben doorberekend. Indien de verweerder zulks aannemelijk maakt, dan is het aan de eiser om het bestaan en de omvang van de doorberekening van de meerkosten aan te tonen.

24. Omgekeerd, in een procedure waar de directe afnemers schadevergoeding eisen van de inbreukpleger, is het sowieso aan de verwerende inbreukpleger om aan te tonen dat de directe afnemers de meerkosten geheel of gedeeltelijk aan hun klanten hebben doorberekend en de inbreukpleger aldus in die mate geen vergoeding aan de directe afnemers verschuldigd is⁸⁶. De wetgever heeft uitdrukkelijk het recht van de verwerende inbreukpleger erkend om de overlegging te vragen van het bewijsmateriaal dat de eiser of een derde in zijn bezit heeft, zoals bijvoorbeeld de facturen die de eiser tijdens maar ook vóór en ná de inbreukperiode aan zijn afnemers heeft gericht⁸⁷.

Het verschil met wat reeds voordien onder het Belgisch gemeen recht mogelijk werd geacht, is niet zo groot. Het kan immers worden aangenomen dat wanneer de eisende directe afnemer kon aantonen dat hij zonder het kartel een lagere

prijs voor het product zou hebben betaald, het aan de verweerder was om, als onderdeel van zijn verweer, aan te tonen dat de eiser de meerprijs aan zijn eigen klanten had doorberekend⁸⁸.

Zelfs indien de benadeelde directe afnemer de prijsverhoging volledig heeft doorberekend, dan nog kan hij wel vergoeding krijgen voor de gedeelde winst die hij door de lagere verkopen als gevolg van de prijsverhoging heeft ondergaan, wat ook uitdrukkelijk in de nieuwe wet is bepaald⁸⁹.

25. Het is goed mogelijk dat benadeelden die zich op verschillende niveaus in de distributieketen bevinden, in uiteenlopende procedures schadevergoedingsvorderingen instellen en verschillende rechters zich over de vergoeding van de schade van directe en indirecte afnemers uitspreken. In dat geval kunnen de vermoedens⁹⁰ die de bewijslast inzake de doorberekening van de meerkosten volkomen of grotendeels bij de verweerder leggen, elkaar enigszins doorkruisen. Een indirecte afnemer zal immers voorhouden dat de meerkosten aan hem werden doorberekend, terwijl een directe afnemer zal voorhouden dat hij de meerkosten zelf heeft moeten dragen en dus niet aan zijn eigen afnemers (de indirecte afnemers) heeft doorberekend.

Om ervoor te zorgen dat niet meer of minder schade wordt vergoed dan in werkelijkheid is geleden (overcompensatie is uit den boze), kan de geadieerde schadevergoedingsrechter⁹¹ rekening houden met procedures en beslissingen die verband houden met schade veroorzaakt door dezelfde inbreuk in België of in een andere lidstaat⁹². Wanneer een inbreukpleger reeds in een eerdere procedure tot schadevergoeding werd veroordeeld, zal hij de rechterlijke beslissing doorgaans zelf naar voren willen brengen (althans vanuit het perspectief van de schadeproblematiek) in de latere schadevergoedingsprocedure die door een andere schakel in de contractketting is ingesteld om een veroordeling tot vergoeding van dezelfde schade en zo overcompensatie te voorkomen. Het is evenwel niet uitgesloten dat de rechter die in de tweede aansprakelijkheidsprocedure een oordeel moet vellen, tot andere vaststellingen inzake het al dan niet doorrekenen van de meerkosten komt dan de rechter die de beslissing velde in de eerste aansprakelijkheidsprocedure.

⁸⁴. Brussel 11 oktober 2011, 2010/AR/3112, www.lex.be/nl/doc/be/rechtspraak-brussel/hof-van-beroep-arrest-11-oktober-2011-bejc_201110111_nl. Zie X. TATON, T. FRANCHOO, I. ROOMS en N. BAETEN, "Overzicht van rechtspraak. Private handhaving van het mededingingsrecht in België (2011-2015)", *TBH* 2017, 809. Zie ook X. TATON, T. FRANCHOO, I. ROOMS en N. BAETEN, "Private handhaving van het mededingingsrecht: overzicht van rechtspraak 2004-2010", *TBH* 2013, 28.

⁸⁵. Art. XVII.84 WER (zie art. 14 richtlijn). De indirecte afnemer zal wel nog de omvang van deze doorberekende meerkosten moeten aantonen.

⁸⁶. Art. XVII.83 WER (zie art. 12, 1. richtlijn).

⁸⁷. Art. XVII.83 WER, eerste lid. Zie ook art. XVII.74 WER e.v. en *infra*, onder d.

⁸⁸. H. GILLIAMS en L. CORNELIS, "Private enforcement of the competition rules in Belgium", *TBM* 2007, 20. Zie ook Kh. Gent 23 maart 2017, *TBM* 2017, 178.

⁸⁹. Art. XVII.83, tweede lid WER (zie art. 12, 3. richtlijn). Zie ook overw. 40 van de richtlijn.

⁹⁰. Zie *supra*.

⁹¹. Volgens de *memorie van toelichting* kan hij zulks ambtshalve in de mate dat het gaat om "relevante tot het publiek domein behorende informatie" (*MvT*, 42).

⁹². Art. XVII.85 WER (zie art. 15 richtlijn).

Die tegenstrijdigheid tussen beslissingen is in rechte niet ondenkbaar. Hoewel het gezag van gewijsde van een rechterlijke beslissing gezien zijn relatieve werking slechts tussen de partijen in de betrokken procedure geldt, heeft een rechterlijke beslissing ten aanzien van derden weliswaar (behoudens derdenverzet) de bewijswaarde van een feitelijk vermoeden, maar dat vermoeden is weerlegbaar en een rechterlijke beslissing bindt de rechter in een andere procedure niet⁹³. Met andere woorden, een rechter kan wel een beslissing vellen die afwijkt van een beslissing in een eerder afgesloten procedure⁹⁴.

Indien de beslissing in de eerste procedure definitief is geworden en dus geen (gewoon of buitengewoon) rechtsmiddel meer openstaat, is zij een *causa judicati* die de inbreukpleger verhindert om een vordering in onverschuldigde betaling jegens de eerste eiser in te stellen. De eiser in de tweede procedure zal dan weer niet gehinderd zijn door de eerste beslissing omdat het vermoeden van waarheid van deze beslissing jegens de eiser in de tweede procedure (als derde ten opzichte van het gewijsde in de eerste procedure) weerlegbaar is en de beslissing in de eerste procedure de rechter in de tweede procedure niet bindt.

Er bestaan uiteraard procedurele mechanismen om dergelijke problemen in zekere mate uit de weg te helpen (voor zover de zaken nog hangende zijn). In geval van samenhang met andere vorderingen die bij Belgische rechtbanken nog aanhangig zijn, kunnen de partijen de samenvoeging vragen in overeenstemming met de artikelen 27 en 30 Ger.W.⁹⁵. In geval van samenhangende vorderingen die aanhangig zijn voor de rechtbanken van verschillende EU-lidstaten, kan de rechtbank waarbij de zaak het laatst is aangebracht, dan weer haar uitspraak aanhouden of verwijzen naar het gerecht waar de zaak eerst is aangebracht⁹⁶.

c. Schade veroorzaakt door een mededingingsinbreuk

i. Volledige vergoeding van de schade

26. De richtlijn stelt het principe van de volledige vergoeding van de schade voorop⁹⁷. Dit principe spoort met het fundamentele uitgangspunt van de integrale schadeloosstelling waarop de buitencontractuele aansprakelijkheid in het Belgisch recht is gebaseerd en met de vaste rechtspraak van het Hof van Cassatie⁹⁸. De nieuwe wet wijkt in dit opzicht dus niet af van het gemeen recht, maar bevestigt dat de regel van de volledige vergoeding van de schade ook geldt voor schade geleden door een inbreuk op het mededingingsrecht⁹⁹.

Dit houdt in dat de benadeelde in de positie moet worden gebracht waarin hij zich zou hebben bevonden indien er geen inbreuk op het mededingingsrecht was gepleegd. Ook wat de invulling van het principe betreft, moet het gemeen recht niet worden aangepast¹⁰⁰. De integrale vergoeding dekt zowel het daadwerkelijke verlies (*damnum emergens*) als de gederfde winst (*lucrum cessans*), vermeerderd met interesten¹⁰¹. Het verbod op overcompensatie uit de richtlijn vergde evenmin een nieuwe wettelijke bepaling, aangezien het Belgisch gemeen recht de toekenning van punitieve schadevergoedingen niet toestaat¹⁰².

ii. Begroting van de schade

27. Van zodra het bestaan van de schade vaststaat, is een vergoeding verschuldigd, ook al is er geen zekerheid over de omvang van deze schade¹⁰³. Voor kartels, waarvoor een (weerlegbaar) vermoeden geldt dat zij schade veroorzaken, kan dus worden aangenomen dat een vergoeding verschuldigd zal zijn, tenzij de karteldeelnemers het tegendeel kunnen bewijzen. De omvang van de schade dient echter nog te worden begroot.

De begroting van de schade van een benadeelde (eventueel na aftrek van het deel van de meerkosten dat in de contract-

⁹³. Cass. 21 januari 2011, AR C.10.0100.N, concl. Adv. Gen. m.o. A. VAN INGELGEM. Zie ook overw. 44 van de richtlijn.

⁹⁴. Bv., wanneer een rechter in een eerste procedure aan een directe afnemer schadevergoeding heeft toegekend ervan uitgaand dat deze de meerkosten niet aan de indirecte afnemers had doorgerekend, terwijl een rechter in een tweede procedure aan een indirecte afnemer schadevergoeding toekent omdat daarin wordt aangenomen dat de directe afnemer de meerkosten wel had doorgerekend.

⁹⁵. Rechtsvorderingen kunnen samen worden behandeld op basis van de art. 30, 566 en 856 Ger.W.

⁹⁶. Rekening houdend met de definitie van samenhangende vorderingen in art. 30 verordening nr. 1215/2012 van het Europees Parlement en de Raad van 12 december 2012 betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken (*Pb.L.* 20 december 2012, afl. 351, 1). Zie overw. 44 van de richtlijn. Zie ook J. ADYNS, "De richtlijn schadevorderingen: quel dommage, quel intérêt?", *TBM* 2015, 316.

⁹⁷. Art. 1, 1. van de richtlijn.

⁹⁸. Zie bv. Cass. 21 december 2001, *Arr.Cass.*2001, 2283.

⁹⁹. Art. XVII.72 WER (zie art. 3, 1. richtlijn).

¹⁰⁰. Zie *MvT*, 18: Cass. 21 december 2001, *Arr.Cass.*2001, 2283; Cass. 19 november 2003, *Arr.Cass.* 2003, 2145; Cass. 20 februari 2009, *Arr.Cass.*2009, 606.

¹⁰¹. Zie bv. Kh. Gent 23 maart 2017, *TBM* 2017, 179-180. Zie ook verder overw. 12 van de richtlijn inzake het beginpunt en kwalificatie van interesten.

¹⁰². Cass. 13 januari 1999, *Arr.Cass.* 1999, 40. Zie ook Arbitragehof 20 mei 1998, nr. 53/98.

¹⁰³. Kh. Brussel (NL) 24 november 2014, *TBM* 2015, 40; Kh. Gent 23 maart 2017, *TBM* 2017, 173.

ketting werd doorgerekend) behoort tot de onaantastbare beoordeling van de feitenrechter. De verwerende partijen zullen een dossier opmaken waaruit moet blijken dat de benadeelden weinig of geen schade hebben geleden. De eisers zullen trachten aan te tonen dat hun schade zo groot mogelijk was. Zij kunnen de rechter ook vragen een gerechtsdeskundige aan te stellen¹⁰⁴ of bijstand te vragen aan de BMA om de omvang van de schade te bepalen¹⁰⁵.

Ook op Europees niveau worden tools aangereikt die de partijen en de rechter moeten helpen bij de begroting van de schade¹⁰⁶. De Europese Commissie heeft een praktische gids opgesteld die de nationale rechters een leidraad moet bieden¹⁰⁷, alsmede een studie over de doorberekening van meerkosten¹⁰⁸. Deze praktische gids stelt een aantal methodes voor die kunnen worden gebruikt om de schade in mededingingszaken te berekenen, zoals een vergelijking van de prijzen in de tijd op dezelfde markt, of een vergelijking met de prijzen in andere geografische markten of productmarkten.

28. De schadebegroting bij mededingingsinbreuken is onmiskenbaar een complexe oefening die een uitgebreide economische analyse vraagt. In het bijzonder in kartelzaken waar de benadeelden zich beriepen op het vermoeden dat kartelinbreuken worden geacht schade te veroorzaken, terwijl niet werd aangetoond dat het kartel effectief schade heeft veroorzaakt, zal dit punt van cruciaal belang zijn. Wanneer het praktisch onmogelijk of buitensporig moeilijk is om het bedrag van de schade precies te bepalen, kan de rechter volgens vaststaande cassatierechtspraak terugvallen op een *ex aequo et bono*-schatting van de schade (naar billijkheid)¹⁰⁹. Dat deed de rechtbank ook effectief in de *Honda*-zaak door te oordelen dat het buitensporig moeilijk was om het bedrag van de schade vast te stellen, aangezien de feiten dateerden van meer dan 20 jaar geleden¹¹⁰. Zij kende de

eisers dan maar een schadevergoeding toe van elk 20.000 EUR op basis van een *ex aequo et bono*-raming.

d. Overlegging van bewijsmateriaal

29. In mededingingsgeschillen beschikken partijen doorgaans niet over dezelfde informatie. Zo is het bewijsmateriaal dat de benadeelde nodig heeft om het bestaan van een mededingingsinbreuk aan te tonen, meestal te vinden bij de verweerder of derden¹¹¹. Ook de verweerder kan bewijsmateriaal nodig hebben, bijvoorbeeld, om aan te tonen dat de benadeelde de meerkosten heeft doorgerekend.

Voorheen werd de overlegging van bewijsmateriaal in dit soort van geschillen enkel beheerst door de algemene regels in het Gerechtelijk Wetboek. Op basis daarvan kan de rechter aan elke partij bevelen het bewijsmateriaal over te leggen dat zij bezit¹¹². Ook wanneer een derde bewijsmateriaal in haar bezit heeft, kan de rechter de overlegging hiervan bevelen¹¹³. Te denken is aan bijvoorbeeld de BMA¹¹⁴ of de Europese Commissie¹¹⁵. De algemene regels van het Gerechtelijk Wetboek zijn echter strikter dan wat de richtlijn vooropstelt voor mededingingszaken. De overlegging kan volgens de algemeen Belgische regels enkel bevelen worden wanneer het gaat om een welbepaald document waarvan men sterke vermoedens heeft dat een partij (of een derde) dat stuk bezit en het stuk relevant is voor de beslechting van het geschil¹¹⁶.

Daarom voert de nieuwe wet, naast de algemene regels van het Gerechtelijk Wetboek, een aantal aanvullende regels in voor mededingingsgeschillen. Zo krijgt een rechter de macht om de overlegging te bevelen van categorieën bewijsmateriaal, omdat het vaak moeilijk is om een individueel bewijsstuk te definiëren. De categorie moet wel zo nauwkeurig en zo eng mogelijk worden omschreven¹¹⁷. De partij die om de

¹⁰⁴. Art. 962 e.v. Ger.W.

¹⁰⁵. Art. IV.77, § 2 WER (zie art. 17, 3. richtlijn).

¹⁰⁶. Mededeling van de Commissie betreffende de begroting van schade bij schadeacties wegens inbreuken op art. 101 of 102 van het verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (*Pb.C.* 13 juni 2013, afl. 167, 19).

¹⁰⁷. Praktische Gids betreffende de begroting van schade bij schadeacties wegens inbreuken op art. 101 of 102 van het verdrag betreffende de werking van de Europese Unie, SWD (2013) 205. Zie ook de Oxera-studie, *Quantifying antitrust damages. Towards non-binding guidance for courts*, December 2009, www.ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/quantification_study.pdf. Zie ook *MvT*, 15.

¹⁰⁸. Study on the Passing-on of Overcharges www.ec.europa.eu/competition/publications/reports/KD0216916ENN.pdf. Zie art. 16 richtlijn.

¹⁰⁹. O.m. Cass. 13 januari 1999, *Arr.Cass.* 1999, 40. Zie ook Kh. Gent 23 maart 2017, *TBM* 2017, 178. Zie verder art. 17 richtlijn en overw. 46 van de richtlijn.

¹¹⁰. Kh. Gent 23 maart 2017, *TBM* 2017, 179.

¹¹¹. *MvT*, 20. Zie ook overw. 15 en 46 van de richtlijn.

¹¹². Art. 871 Ger.W.

¹¹³. Art. 877 Ger.W. De rechter kan ook toestaan dat bewijs wordt geleverd door middel van een getuigenverhoor (art. 915 Ger.W.) of door het aanstellen van een gerechtsdeskundige (art. 962 Ger.W.). De rechter moet de onderzoeksmaatregelen wel beperken tot de meest eenvoudige, snelle en goedkope maatregel (art. 875bis Ger.W.).

¹¹⁴. De personeelsleden van de BMA zijn weliswaar gebonden door het beroepsgeheim en mogen de vertrouwelijke informatie waarvan zij kennis hebben gekregen, aan geen enkele persoon of autoriteit bekendmaken. Hierop bestaan sinds de inwerkingtreding van de nieuwe wet (nieuw art. IV.34 WER) twee uitzonderingen: wanneer zij worden opgeroepen om in rechte te getuigen of om bewijzen te leveren in het kader van een schadevergoedingsvordering op grond van een mededingingsinbreuk.

¹¹⁵. Art. 15, 1. verordening nr. 1/2003 en mededeling van de Commissie betreffende de samenwerking tussen de Commissie en de rechterlijke instanties van de EU-lidstaten bij de toepassing van de art. 81 en 82 van het verdrag (*Pb.C.* 27 april 2004, afl. 101, 54, § 21). Zie ook H. GILLIAMS en L. CORNELIS, "Private enforcement of the competition rules in Belgium", *TBM* 2007, 31.

¹¹⁶. Art. 877 Ger.W. Zie ook Kh. Brussel (NL) 24 april 2015, *TBM* 2015, 224; Kh. Brussel (NL) 24 november 2014, *TBM* 2015, 38.

¹¹⁷. Art. XVII.74, § 1 WER (zie art. 5, 2. richtlijn).

overlegging verzoekt, moet de categorie afbakenen aan de hand van de aard, het voorwerp of de inhoud van de documenten, de tijdsperiode waarbinnen de documenten zijn opgesteld, of andere criteria¹¹⁸. Voorbeelden van categorieën zijn alle verslagen van vergaderingen tussen de kartelleden tijdens de inbreukperiode of alle facturen die tijdens de inbreukperiode naar de afnemers werden verzonden¹¹⁹.

30. Vooraleer de rechter de overlegging van stukken beveelt, moet hij de relevantie en de evenredigheid van het verzoek nagaan. In het bijzonder moet hij rekening houden met de mate waarin het verzoek verantwoord is door de feiten en de beschikbare bewijzen, de omvang en de kosten van het overleggen van het bewijsmateriaal, en de vertrouwelijke informatie die de opgevraagde documenten mogelijk bevat¹²⁰. Cruciaal is de overweging in de richtlijn dat het evenredigheidsbeginsel oplegt dat “een bevel tot toegang pas kan worden gegeven wanneer een eiser, op basis van feiten waarover hij redelijkerwijs moet beschikken, heeft aangetoond dat hij schade heeft geleden die door de verweerder werd veroorzaakt”¹²¹. Een *fishing expedition* kan met een verzoek tot toegang tot informatie niet worden beoogd¹²².

Wanneer de rechter een verzoek toekent, bepaalt hij in zijn vonnis wie het bewijsmateriaal moet overleggen en op welke wijze en binnen welke termijn dit moet geschieden¹²³.

31. Strenge sancties gelden voor de partijen en derden die de instructies van de rechter niet naleven. De rechter kan een schadevergoeding of een dwangsom opleggen wanneer partijen of derden een stuk niet overmaken¹²⁴. Daarnaast kan hij sinds de inwerkingtreding van de nieuwe wet een (potentieel zeer hoge)¹²⁵ geldboete opleggen aan partijen, derden of hun wettelijke vertegenwoordigers¹²⁶. Ongetwijfeld zullen vele discussies ontstaan omtrent de personen aan wie een geldboete kan worden opgelegd¹²⁷, de documenten die kunnen worden overgelegd¹²⁸ en de aard van de sanctie. Vernieuwend is de sanctie dat de rechter de gevolgtrekkingen kan maken die nadelig zijn voor de partij aan wiens gedrag de

schending te wijten is, “bijvoorbeeld dat een punt van discussie bewezen is of dat vorderingen en verweermiddelen geheel of ten dele worden afgewezen” of het bevel om de kosten te betalen¹²⁹.

i. Overlegging van bewijsmateriaal dat vertrouwelijke gegevens bevat

32. Wanneer één van de partijen bedrijfsgeheimen of andere vertrouwelijke informatie als onderdeel van haar bewijsmateriaal moet onthullen, heeft zij er belang bij dat de tegenpartij of enige derde dit niet te zien krijgt. Dat belang wordt helaas door buitenstaanders wel eens onderschat. Voor bewijsmateriaal dat vertrouwelijke gegevens bevat, wordt gezocht naar een evenwicht tussen de bescherming van de vertrouwelijkheid en het recht op tegenspraak gewaarborgd door o.m. artikel 6 EVRM. Het Belgisch recht kent, aldus de *memorie van toelichting*¹³⁰, geen algemeen beginsel van bescherming van de vertrouwelijkheid. Boek IV WER bevat weliswaar een systeem van gegevensbescherming, maar dat geldt als zodanig enkel voor de procedures voor de BMA¹³¹.

De nieuwe wet somt op niet-exhaustieve wijze een aantal maatregelen op die de rechter kan nemen om vertrouwelijke gegevens te beschermen, zoals het overleggen van een niet-vertrouwelijke versie, het laten opmaken van een samenvatting door deskundigen, het beperken van de toegang tot het bewijsmateriaal tot een beperkt aantal personen, ...¹³². Daarnaast kan de rechter een derde die onderworpen is aan het beroepsgeheim, de opdracht geven om de vertrouwelijke gegevens te selecteren, of de vertrouwelijke gegevens onder te brengen op een plaats waar de tegenpartij ze kan inkijken maar niet meenemen¹³³. De partij of derde die bewijsmateriaal (dat al dan niet vertrouwelijke gegevens bevat) moet overleggen, kan schriftelijke opmerkingen indienen en door de rechter hierover gehoord worden (althans volgens de nieuwe wet, als de rechter hem hiertoe de toelating geeft)¹³⁴.

¹¹⁸. Overw. 16 van de richtlijn.

¹¹⁹. MvT, 22 (waarin de feitelijke en economische complexiteit van mededingingsanalyses en de informatieasymmetrie als verantwoording naar voren wordt geschoven voor de afwijking van de gemeenrechtelijke regels).

¹²⁰. Art. XVII.74, § 2 WER (zie art. 5, 3. richtlijn). Vergelijk met art. 875bis Ger.W.

¹²¹. Overw. 16 van de richtlijn.

¹²². Overw. 23 van de richtlijn. Vraag is of dit een vordering op grond van art. 19, derde lid Ger.W. belemmert.

¹²³. Art. 879 Ger.W.

¹²⁴. Art. 882 en 1385bis Ger.W.

¹²⁵. Zie MvT, 34. De boete kan gaan van 1.000 EUR tot 10.000.000 EUR, afhankelijk van de geviseerde personen en de concrete omstandigheden.

¹²⁶. Art. XVII.81, eerste lid WER (zie art. 8 richtlijn). Een geldboete kan eveneens worden opgelegd voor een schending van de beperkingen die werden opgelegd voor het gebruik van het bewijsmateriaal, voor een schending van de verplichting de vertrouwelijke informatie te beschermen of voor het vernietigen van bewijsmateriaal.

¹²⁷. Zie ook art. 8 richtlijn. Zo wordt het begrip “wettelijke vertegenwoordigers” (“représentants légaux”, “legal representatives”) verder niet gedefinieerd.

¹²⁸. Zoals discussies over adviezen van advocaten en andere documenten die gedekt zijn door het beroepsgeheim.

¹²⁹. Art. XVII.81, vierde lid WER (zie art. 8, 2. richtlijn).

¹³⁰. MvT, 24.

¹³¹. Art. IV.41, § 6 en 65 WER.

¹³². Art. XVII.75 WER (zie art. 5, 4. richtlijn). Zie ook overw. 18 van de richtlijn.

¹³³. Cass. 2 november 2012, *Arr.Cass.* 2012, 2397. Zie ook MvT, 26-27.

¹³⁴. Art. XVII.76 WER (zie art. 5, 7. richtlijn).

ii. Specifieke regeling voor bewijsmateriaal uit het dossier van de mededingingsautoriteit

33. Een specifieke regeling geldt voor bewijsmateriaal dat zich in het dossier van de BMA of een andere mededingingsautoriteit bevindt om te verzekeren dat de publieke handhaving van het mededingingsrecht niet in het gedrang komt. Wanneer te los wordt omgesprongen met documenten die zich in het dossier van de mededingingsautoriteit bevinden, zou dit ondernemingen er immers van kunnen weerhouden om hun medewerking te verlenen aan onderzoeken van die autoriteit.

Daarom geldt een subsidiariteitsregel. De rechter kan de overlegging van bewijsmateriaal uit het dossier van de mededingingsautoriteit enkel bevelen, wanneer geen van de partijen of een derde het bewijs redelijkerwijze kan verstrekken¹³⁵. Bovendien verstrekt de richtlijn geen recht aan de partijen bij een schadevergoedingsvordering om toegang te vorderen tot de interne documenten van de mededingingsautoriteit noch tot de briefwisseling tussen mededingingsautoriteiten¹³⁶.

Net zoals voor andere stukken het geval is, moet de rechter ook hier nagaan of het verzoek tot overlegging relevant en evenredig is. Naast de algemene parameters neemt de rechter in overweging of het verzoek voldoende specifiek is¹³⁷, of het kadert binnen de beoordeling van een schadevergoedingsvordering en geen afbreuk doet aan de handhaving van het mededingingsrecht, bijvoorbeeld, wanneer het verlenen van toegang negatieve gevolgen kan hebben voor de manier waarop ondernemingen met de mededingingsautoriteiten samenwerken¹³⁸. Een algemeen geformuleerd verzoek om toegang tot alle documenten in het dossier van een mededingingsautoriteit met betrekking tot een bepaalde zaak, of toegang tot alle documenten die een partij in het kader van een bepaalde zaak heeft neergelegd, zal niet worden ingewilligd¹³⁹.

34. De documenten in een dossier van de mededingingsautoriteit kunnen worden opgedeeld in drie lijsten¹⁴⁰. De

witte lijst bevat alle documenten uit het dossier van de mededingingsautoriteit, die niet op de grijze of zwarte lijst voorkomen. Het is m.a.w. de residuaire categorie. Van deze documenten kan te allen tijde de overlegging worden gevraagd (voor zover aan alle overige voorwaarden vereist voor de overlegging van stukken is voldaan)¹⁴¹. De grijze lijst bevat alle documenten die pas kunnen worden overgelegd nadat de mededingingsautoriteit haar onderzoek heeft beëindigd (wat het geval is als ze bv. sancties oplegt, de beëindiging van een inbreuk beveelt of toezeggingen aanvaardt)¹⁴². De documenten van de grijze lijst genieten dus maar tijdelijk bescherming.

De zwarte lijst bevat documenten waartoe nooit toegang kan worden verleend, zijnde clementieverklaringen en voorstellen met het oog op een schikking¹⁴³. De clementieregeling en de schikkingsprocedure zijn onontbeerlijke instrumenten voor de handhaving van het mededingingsrecht. Het verlenen van toegang tot deze documenten zou dan ook de doeltreffendheid van de publieke handhaving kunnen schaden. Daarmee wordt teruggekomen op de rechtspraak van het Hof van Justitie volgens dewelke geval per geval een afweging moet worden gemaakt tussen de bescherming van het individuele recht van benadeelden op schadevergoeding en de bescherming van de publieke handhaving van het mededingingsrecht¹⁴⁴. De richtlijn en de nieuwe wet laten voor die rechterlijke belangenafweging geen ruimte meer. De rechter kan enkel verifiëren of de documenten daadwerkelijk onder deze categorie vallen¹⁴⁵. De absolute bescherming betreft weliswaar enkel de delen van het bewijsmateriaal die de clementieverklaring of het schikkingsvoorstel bevatten¹⁴⁶.

Dezelfde regels gelden voor bewijsmateriaal dat door partijen werd verkregen via de procedure voor een mededingingsautoriteit en dat zij willen gebruiken in de schadevergoedingsprocedure¹⁴⁷. Zij mogen het bewijsmateriaal dat tot de zwarte lijst behoort, in geen geval gebruiken in de procedure tot het bekomen van een schadevergoeding¹⁴⁸. Bewijsmateriaal dat tot de grijze lijst behoort en dat door een partij werd verkregen via toegang tot het dossier van een

¹³⁵ Art. XVII.77, § 2 WER (zie art. 6, 10. richtlijn).

¹³⁶ Art. XVII.77, § 1 WER (zie art. 6, 3. richtlijn). Zie ook overw. 21 van de richtlijn.

¹³⁷ Zie ook overw. 22 van de richtlijn.

¹³⁸ Art. XVII.78, § 1 WER (zie art. 6, 4. richtlijn).

¹³⁹ Overw. 23 van de richtlijn.

¹⁴⁰ *MvT*, 29 e.v.

¹⁴¹ Art. XVII.79, § 5 WER (zie art. 6, 9. richtlijn).

¹⁴² Art. XVII.79, § 1 WER (zie art. 6, 5. richtlijn). Het gaat om documenten die door een natuurlijke persoon of een rechtspersoon specifiek voor de procedure van de mededingingsautoriteit zijn voorbereid, documenten die een mededingingsautoriteit in de loop van haar procedure heeft opgesteld en aan de partijen heeft toegezonden en schikkingsvoorstellen die zijn ingetrokken.

¹⁴³ Art. XVII.79, § 2 WER (zie art. 6, 6. richtlijn).

¹⁴⁴ HvJ 14 juni 2011, C-360/09, *Pfleiderer*, ECLI:EU:C:2011:389, 31; HvJ 6 juni 2013, C-536/11, *Donau Chemie*, ECLI:EU:C:2013:366, 34.

¹⁴⁵ Art. XVII.79, § 3 WER (zie art. 6, 7. richtlijn).

¹⁴⁶ Art. XVII.79, § 4 WER (zie art. 6, 8. richtlijn).

¹⁴⁷ De personen die toegang hebben tot het dossier van de mededingingsautoriteit, zullen in de meeste gevallen de ondernemingen zijn die in de schadevergoedingsprocedure verweerder zijn. De benadeelden die eisende partij zijn in deze procedure, kunnen betrokken geweest zijn in de procedure voor de BMA, bv. als klager, maar zij hebben enkel toegang tot het proceduredossier, wanneer de voorzitter van de BMA dit toelaat. Zie art. IV.45, § 2 WER. Zie ook H. GILLIAMS en L. CORNELIS, "Private enforcement of the competition rules in Belgium", *TBM* 2007, 29.

¹⁴⁸ Art. XVII.80, § 1 WER (zie art. 7 richtlijn).

mededingingsautoriteit, mag slechts aan het dossier van de rechtbank worden toegevoegd, wanneer het onderzoek door de autoriteit werd beëindigd¹⁴⁹. Bewijsmateriaal van de witte lijst dat een persoon via toegang tot het dossier van een mededingingsautoriteit verkrijgt, kan enkel worden gebruikt

door deze persoon of zijn rechtsopvolger, met inbegrip van een persoon die diens vordering heeft verworven¹⁵⁰. Die regel moet voorkomen dat bewijsmateriaal dat van een mededingingsautoriteit werd verkregen, wordt verhandeld¹⁵¹.

IV. HOOFDELIJKE AANSPRAKELIJKHEID EN REGRES

35. Ondernemingen die door een gemeenschappelijk optreden een mededingingsinbreuk hebben begaan, zijn voortaan krachtens de nieuwe wet hoofdelijk aansprakelijk voor de door deze inbreuk veroorzaakte schade¹⁵². Elke onderneming die aan een kartel heeft deelgenomen, kan dus worden aangesproken voor de volledige vergoeding van de schade. Een partij die door het kartel schade heeft geleden, kan volledige vergoeding eisen niet enkel van haar eigen leverancier (of afnemer in geval van een inkoopkartel), maar van elk van de karteldeelnemers. De nieuwe wet maakt twee uitzonderingen op deze algemene regel¹⁵³.

36. De eerste uitzondering op de hoofdelijke aansprakelijkheid betreft kleine en middelgrote ondernemingen (kmo's)¹⁵⁴. Die uitzondering geldt enkel indien het marktaandeel van de kmo tijdens de inbreukperiode minder dan 5% bedroeg en de volle toepassing van de hoofdelijke aansprakelijkheid haar economische levensvatbaarheid onherstelbaar in het gedrang zou brengen en haar vermogensbestanddelen al hun waarde zou doen verliezen¹⁵⁵. Bovendien mag de kmo geen leidinggevende rol gespeeld hebben bij de mededingingsinbreuk, mag zij anderen niet hebben gedwongen deel te nemen en mag zij geen recidivist zijn¹⁵⁶.

Wanneer aan al deze voorwaarden is voldaan, kan de kmo enkel aansprakelijk worden gesteld ten aanzien van haar eigen (directe of indirecte) afnemers en leveranciers¹⁵⁷. Andere benadeelden kunnen haar enkel aanspreken, wanneer zij geen (volledige) schadevergoeding hebben kunnen krijgen van de andere ondernemingen die bij de mededingingsinbreuk betrokken waren¹⁵⁸. De nieuwe wet poneert dit

principe, maar het is verre van zeker dat de richtlijn ruimte laat voor andere benadeelden om de kmo alsnog aan te spreken vermits de richtlijn die mogelijkheid alleen voorziet in de tweede uitzondering van de immunititsontvangers¹⁵⁹.

37. De tweede uitzondering op de hoofdelijke aansprakelijkheid geldt voor ondernemingen die een volledige vrijstelling van geldboetes hebben verkregen (immunititeit), omdat zij de eerste waren die clementie hebben gevraagd. Ook zij zijn enkel hoofdelijk aansprakelijk ten aanzien van hun eigen (directe of indirecte) afnemers en leveranciers¹⁶⁰. Zij kunnen evenzeer slechts worden aangesproken door andere benadeelden wanneer deze van de andere kartelleden geen (volledige) schadevergoeding hebben kunnen krijgen.

Deze uitzondering beoogt de clementieregeling die een belangrijk hulpmiddel is voor het opsporen van geheime kartels, te beschermen¹⁶¹. De onderneming die een volledige vrijstelling van geldboetes geniet, is immers de onderneming die de mededingingsautoriteit als eerste informatie en bewijsmateriaal heeft aangeleverd, die de autoriteit in staat stelt een mededingingsinbreuk vast te stellen of een huiszoeeking te verrichten.

Bovendien is deze onderneming vaak de eerste ten aanzien van wie de inbreukbeslissing definitief wordt, omdat andere kartelleden vaker in beroep zullen gaan tegen de beslissing waarmee aan hen een boete werd opgelegd¹⁶². Daardoor is zij het favoriete doelwit van benadeelden die snel een vergoeding van hun schade wensen te bekomen. Zij kan weliswaar ontsnappen aan een boete wanneer zij de eerste is, maar

¹⁴⁹. Art. XVII.80, § 2 WER (zie art. 7 richtlijn).

¹⁵⁰. Art. XVII.80, § 3 WER (zie art. 7, 3. richtlijn).

¹⁵¹. Overw. 32 van de richtlijn.

¹⁵². Art. XVII.86, § 1 WER (zie art. 11, 1. richtlijn). En dus niet zomaar een *in solidum*-gehoudenheid, zie MvT, 43.

¹⁵³. Over de vraag of deze uitzonderingen op de hoofdelijke aansprakelijkheid verenigbaar zijn met het gelijkheidsbeginsel, zie J. ADYNS, "De richtlijn schadevorderingen: quel dommage, quel intérêt?", *TBM* 2015, 318.

¹⁵⁴. In de zin van de aanbeveling nr. 2003/361/EG van de Europese Commissie van 6 mei 2003 betreffende de definitie van kleine, middelgrote en micro-ondernemingen, d.i. ondernemingen waar minder dan 250 personen werkzaam zijn en waarvan de jaaromzet 50 miljoen euro of het jaarlijkse balanstotaal 43 miljoen euro niet overschrijdt.

¹⁵⁵. Art. XVII.86, § 2, tweede lid WER (zie art. 11, 2. richtlijn).

¹⁵⁶. Art. XVII.86, § 2, derde lid WER (zie art. 11, 3. richtlijn).

¹⁵⁷. Art. XVII.86, § 2, eerste lid, 1° WER.

¹⁵⁸. Art. XVII.86, § 2, eerste lid, 2° WER.

¹⁵⁹. Art. 11, 2. van de richtlijn. Zie C. CAUFFMAN, "The transposition of the antitrust damages directive in Belgium", *Maastricht European Private Law Institute Working Paper*, no. 2017/4.

¹⁶⁰. Art. XVII.86, § 3 WER (zie art. 11, 4. richtlijn).

¹⁶¹. MvT, 44. Ook hier is de vraag of de ongelijke behandeling van de inbreukplegers gerechtvaardigd kan worden op basis van deze doelstelling en niet verder gaat dan noodzakelijk om de clementieprocedure en de publieke handhaving te beschermen.

¹⁶². Zie ook overw. 38 van de richtlijn.

riskeert te moeten opdraaien voor de volledige schade in geval van de volle toepassing van de hoofdelijke aansprakelijkheid. Daarom wordt de aansprakelijkheid van deze onderneming beperkt tot haar eigen afnemers.

38. Wanneer meerdere ondernemingen in een aansprakelijkheidsprocedure voor mededingingsinbreuken betrokken zijn, zullen ze jegens elkaar vrijwaringsvorderingen instellen. Wanneer dat niet is gebeurd en één van de inbreukplegende ondernemingen de schade van een benadeelde daadwerkelijk heeft vergoed, kan zij een regresvordering instellen tegen de andere inbreukplegers en een deel van het bedrag terugvorderen bij elk van hen (een hoofdelijke schuld is tussen de schuldenaars onderling immers deelbaar)¹⁶³. Het bedrag van die bijdrage moet overeenstemmen met het aandeel van elk van hen in de verantwoordelijkheid voor de door de inbreuk veroorzaakte schade¹⁶⁴.

De criteria die in de overwegingen van de richtlijn naar voren worden geschoven om de relatieve verantwoordelijkheid van elke onderneming te bepalen, zoals omzet, marktaandeel of rol in het kartel, zijn slechts mogelijke richtwijzers¹⁶⁵. De richtlijn laat het aan de nationale wetgeving over om de criteria verder uit te werken, zolang de beginselen van doeltreffendheid en gelijkwaardigheid in acht worden genomen¹⁶⁶. Daarbij moet er volgens de consideransen bij de richtlijn mee rekening worden gehouden dat niet alle inbreukplegers in dezelfde mate betrokken zijn wat de materiële, temporele en geografische omvang betreft¹⁶⁷. Naar Belgisch recht gebeurt de verdeling van aansprakelijkheid in functie van het aandeel van elke hoofdelijk gehouden persoon in de fout¹⁶⁸. Wanneer niet kan worden aangetoond dat de ondernemingen een verschillend aandeel hebben gehad in de schade, zal de vergoeding in gelijke delen worden verdeeld¹⁶⁹.

De onderneming die de schadevergoeding aan een benadeelde heeft betaald, moet dus elke andere onderneming die aan de inbreuk heeft deelgenomen, aanspreken voor diens deel¹⁷⁰. Wanneer één van de ondernemingen onvermogen is, wordt haar aandeel in principe omgeslagen over de ove-

rige hoofdelijk aansprakelijke ondernemingen naar evenredigheid¹⁷¹. De ondernemingen die door de betalende onderneming op basis van subrogatie worden aangesproken, kunnen zich tegen deze onderneming beroepen op de excepties die zij tegen de benadeelde hadden kunnen invoeren. De vordering van de benadeelde gaat immers over op de onderneming die door en in de mate van de betaling in de rechten van de benadeelde treedt (wettelijke subrogatie), met inbegrip van al haar kenmerken, zoals o.a. de verjarings situatie¹⁷².

39. Ook wat het regres betreft, wordt een uitzondering gemaakt voor de immunititsontvanger, d.i. de onderneming aan wie in het kader van de clementieregeling geen geldboete werd opgelegd. Zoals reeds is toegelicht, kan deze onderneming in principe niet aangesproken worden door de afnemers of leveranciers van de andere inbreukplegers¹⁷³. Verder mag de bijdrage van deze onderneming volgens de nieuwe wet niet groter zijn dan de omvang van de schade van haar eigen afnemers of leveranciers¹⁷⁴.

Voor zover schade werd veroorzaakt aan anderen dan afnemers of leveranciers van de betrokken ondernemingen, mag de bijdrage van de immunititsontvanger dan weer niet groter zijn dan zijn relatieve verantwoordelijkheid voor de inbreuk¹⁷⁵. Deze bepaling doet denken aan de situatie waarin een onderneming die niet aan het kartel deelneemt, een hogere prijs heeft kunnen aanrekenen, omdat de prijsvoorwaarden op de markt waren aangetast door het bestaan van dit kartel (ook wel “*umbrella pricing*” genoemd). Volgens de rechtspraak van het Hof van Justitie moeten de afnemers van deze niet aan het kartel deelnemende onderneming eveneens een schadevergoeding kunnen bekomen¹⁷⁶.

40. Daarnaast regelt de nieuwe wet de gevolgen van een minnelijke schikking die een benadeelde met één van de inbreukplegers heeft getroffen. De gevolgen zijn tweeledig. Enerzijds wordt het schadevergoedingsrecht van de benadeelde verminderd met het aandeel van de schikkende inbreukpleger in de totale schadevergoeding, ongeacht het bedrag van de minnelijke regeling (dat doorgaans kleiner zal

¹⁶³ Art. XVII.87, § 1 WER (zie art. 11, 5. richtlijn) en art. 1251, 3° BW (wettelijke subrogatie van de derde-betaler).

¹⁶⁴ Uitdrukkelijk in art. XVII.87, § 1 WER (zie ook art. 11, 5. richtlijn).

¹⁶⁵ Overw. 37 van de richtlijn. De relatieve verantwoordelijkheid van de onderneming zal niet noodzakelijk overeenstemmen met de schade die zij veroorzaakt heeft aan haar eigen afnemers (of leveranciers).

¹⁶⁶ Overw. 37 van de richtlijn.

¹⁶⁷ Overw. 52 van de richtlijn.

¹⁶⁸ W. VAN GERVEN en A. VAN OEVELEN, *Verbintenissenrecht*, Leuven, Acco, 2015, p. 561; P. WERY, *Droit des obligations*, II, Brussel, Larcier, 2016, p. 433. De art. 1213-1214 BW zijn volgens het Hof van Cassatie slechts van toepassing op de conventionele hoofdelijkheid en niet op de wettelijke hoofdelijkheid (Cass. 20 februari 1922, *Pas.* 1922, I, p. 169; Cass. 25 maart 1955, *Pas.* 1955, I, p. 823).

¹⁶⁹ M. VAN QUICKENBORNE en J. DEL CORRAL, “Hoofdelijkheid” in *Bijzondere overeenkomsten. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Kluwer, 2013, 146.

¹⁷⁰ De overige ondernemingen zullen wel vaak reeds in het aansprakelijkheidsgeding ter vrijwaring worden opgeroepen.

¹⁷¹ Art. 1214, tweede lid BW.

¹⁷² Art. 1251, 3° BW. Zie o.a. GwH 23 juni 2010, nr. 75/2010; Cass. 20 februari 2012, AR C.10.0687.F.

¹⁷³ Tenzij zij geen volledige vergoeding hebben kunnen verkrijgen van de andere inbreukplegers. Zie *supra*, randnr. 37.

¹⁷⁴ Art. XVII.87, § 2, eerste lid WER (zie art. 11, 5. richtlijn).

¹⁷⁵ Art. XVII.87, § 2, tweede lid WER (zie art. 11, 6. richtlijn).

¹⁷⁶ HvJ 5 juni 2014, C-557/12, *Kone*, ECLI:EU:C:2014:1317, § 37.

zijn dan het aandeel van de schade waarvoor die inbreukpleger had moeten instaan indien hij geen minnelijke schikking had getroffen)¹⁷⁷. Anderzijds kan de benadeelde zijn resterend schadevergoedingsrecht alleen tegenover de andere inbreukplegers uitoefenen en zullen deze andere inbreukplegers na betaling geen regres meer kunnen uitoefenen tegen de schikkende inbreukpleger¹⁷⁸. Zo niet zou de minnelijke regeling zinloos zijn. Wanneer de andere inbreukplegers de resterende schade evenwel niet kunnen vergoeden, zou de benadeelde zich opnieuw kunnen richten tot de onderneming

waarmee zij een schikking heeft getroffen, tenzij deze mogelijkheid uitdrukkelijk werd uitgesloten in de schikkingsovereenkomst¹⁷⁹. Om te vermijden dat een schikkende onderneming via de regresvordering (in het kader van de vergoeding van een niet bij de minnelijke schikking betrokken benadeelde) aan andere ondernemingen meer moet betalen dan haar aandeel in de veroorzaakte schade, moet de rechter rekening houden met de reeds vergoede schade in het kader van een minnelijke schikking¹⁸⁰.

V. SPECIFIEKE VERJARINGSREGELS

41. Inzake verjaring voorziet de nieuwe wet in specifieke regels voor het vertrekpunt van verjaringstermijnen, alsook in een specifieke stuitings- en schorsingsgrond. Ze raakt evenwel niet als zodanig aan de gemeenrechtelijke verjaringstermijnen¹⁸¹. Schadevergoedingsvorderingen wegens mededingingsinbreuken zijn doorgaans buitencontractueel van aard, zodat ze onderworpen zijn aan de gemeenrechtelijke verjaringstermijnen die gelden voor rechtsvorderingen tot vergoeding van schade op grond van buitencontractuele aansprakelijkheid. Volgens de gemeenrechtelijke verjaringsregels bedraagt de verjaringstermijn 5 jaar vanaf de dag volgend op die waarop de benadeelde kennis heeft gekregen van de schade of van de verzwaring ervan en van de identiteit van de daarvoor aansprakelijke persoon¹⁸². De schadevergoedingsvordering verjaart in ieder geval door verloop van 20 jaar vanaf de dag volgend op die waarop het feit waardoor de schade is veroorzaakt, zich heeft voorgedaan¹⁸³. Wanneer de schadevergoedingsvordering wegens een mededingingsinbreuk daarentegen op een contractuele wanprestatie zou kunnen worden gebaseerd, is de verjaringstermijn 10 jaar vanaf de opeisbaarheid ervan, dit is vanaf het ogenblik

dat de toepassingsvoorwaarden van de contractuele aansprakelijkheid vervuld zijn¹⁸⁴.

42. De nieuwe wet brengt wel een wijziging aan inzake het startpunt van de verjaringstermijnen¹⁸⁵ voor rechtsvorderingen tot schadevergoeding voor inbreuken op het mededingingsrecht. De verjaringstermijnen beginnen namelijk pas te lopen vanaf de dag die volgt op de dag waarop de inbreuk op het mededingingsrecht is stopgezet en waarop de eiser weet heeft of redelijkerwijs geacht kan worden weet te hebben van (1) de gedraging en het feit dat deze gedraging een inbreuk op het mededingingsrecht vormt; (2) het feit dat hij door de inbreuk schade heeft geleden en (3) de identiteit van de inbreukpleger¹⁸⁶.

In tegenstelling tot het gemeen recht, volstaat het niet dat de benadeelde kennis neemt van de feiten die nodig zijn om een vordering te kunnen instellen. De benadeelde moet ook (redelijkerwijze) kennis hebben van het feit dat de gedraging een inbreuk op het mededingingsrecht vormt.

Bovendien loopt de verjaringstermijn niet zolang de inbreuk

¹⁷⁷. Art. XVII.88, § 1, eerste lid WER (zie art. 19, 1. richtlijn) en art. 1210 BW. Aangezien het waarschijnlijk is dat de onderneming slechts bereid zal zijn te schikken voor een bedrag dat minder bedraagt dan haar aandeel, kan dit ertoe leiden dat de benadeelde geen volledige vergoeding van haar schade bekommt.

¹⁷⁸. Art. XVII.88, § 1, tweede lid WER (zie art. 19, 2. richtlijn).

¹⁷⁹. Art. XVII.88, § 2 WER (zie art. 19, 3. richtlijn). Zie ook art. 1215 BW.

¹⁸⁰. Art. XVII.88, § 3 WER (zie art. 19, 4. richtlijn); zie ook *MvT*, 45. De rechter moet bovendien rekening houden met het feit dat niet alle inbreukplegers per definitie in dezelfde mate betrokken zijn bij de inbreuk wat betreft de materiële, temporele en geografische omvang (overw. 52 van de richtlijn).

¹⁸¹. Art. XVII.90, § 1, eerste lid BW. Overw. 36 van richtlijn: “De lidstaten moeten algemeen toepasselijke absolute verjaringstermijnen kunnen handhaven of invoeren, mits de duur van die verjaringstermijnen de uitoefening van het recht op volledige vergoeding niet praktisch onmogelijk of buitensporig moeilijk maakt.”

¹⁸². Art. 2262bis, § 1, tweede lid BW.

¹⁸³. Art. 2262bis, § 1, derde lid BW.

¹⁸⁴. Art. 2262bis, § 1, eerste lid BW.

¹⁸⁵. Op het eerste gezicht zou het gebruik van het meervoud erop lijken te wijzen dat het vertrekpunt geldt voor zowel de 5- als 20-jarige termijn in geval van buitencontractuele aansprakelijkheid als voor de 10-jarige termijn in geval van contractuele aansprakelijkheid. Voortgaande op de parlementaire voorbereiding zou het evenwel de bedoeling zijn om de termijn van 20 jaar niet aan dat uitgestelde vertrekpunt te onderwerpen (*MvT*, 47-48). Met andere woorden, de termijn van 20 jaar zou wel degelijk beginnen te lopen vanaf de dag volgend op het feit waardoor de schade is veroorzaakt, zich heeft voorgedaan. De Belgische wetgever beroept zich daarvoor op overweging 36 van de richtlijn: “De lidstaten moeten algemeen toepasselijke absolute verjaringstermijnen kunnen handhaven of invoeren, mits de duur van die verjaringstermijnen de uitoefening van het recht op volledige vergoeding niet praktisch onmogelijk of buitensporig moeilijk maakt.” Van behoorlijke wetgeving zou men verwachten dat de wet zelf duidelijk maakt op welke termijn het uitgestelde vertrekpunt betrekking heeft. Gelet op die parlementaire voorbereiding, is het maar de vraag hoe dit alles zich verhoudt ten opzichte van het vertrekpunt van de 10-jarige termijn voor contractuele aansprakelijkheid. Het wordt zowaar nog gekker indien men er het verslag op naslaat; gevraagd naar de toepasselijke verjaringstermijnen, is plots alleen nog sprake van de 10-jarige en de 5-jarige verjaringstermijn, de 20-jarige termijn is in de vergeetput gevallen (verslag, p. 6-7).

¹⁸⁶. Art. XVII.90, § 1 WER (zie art. 10, 2. richtlijn).

nog aan de gang is. In het geval van voortdurende of herhaalde inbreuken, zoals kartels, wordt de inbreuk pas geacht te zijn stopgezet op de dag waarop de laatste inbreuk is geëindigd¹⁸⁷.

43. Wanneer een mededingingsautoriteit een onderzoek instelt naar een mededingingsinbreuk of een daad van vervolging ter zake stelt, worden de verjaringstermijnen ook nog eens gestuit¹⁸⁸. De stuiting eindigt pas op de dag die volgt op de dag na de definitieve inbreukbeslissing¹⁸⁹ of nadat de procedure op een andere wijze is beëindigd¹⁹⁰. Dit moet ervoor zorgen dat vorderingen nog kunnen worden ingesteld, nadat de mededingingsautoriteit haar onderzoek heeft beëindigd. De benadeelden kunnen zich dan baseren op de beslissing om aan te tonen dat een inbreuk werd begaan¹⁹¹.

De breuk met het (recente¹⁹²) verleden is niet zo groot. In een arrest van 10 maart 2016 oordeelde het Grondwettelijk Hof¹⁹³ dat artikel 2262bis, § 1, tweede lid BW het gelijkheidsbeginsel schendt in zoverre de schadevergoedingsvordering wegens een mededingingsinbreuk kan verjaren vooraleer een in kracht van gewijsde gegane uitspraak het bestaan van de mededingingsinbreuk heeft vastgesteld¹⁹⁴. Dit arrest vindt zijn oorsprong in de hierboven geciteerde zaak die de onafhankelijke verdelers van motorfietsen tegen Honda hadden aangespannen¹⁹⁵.

De nieuwe wet gaat wel verder dan het arrest van het Grondwettelijk Hof omdat de nieuwe wet verduidelijkt dat de verjaringstermijn opnieuw begint te lopen vanaf de dag na de definitieve inbreukbeslissing (of nadat de procedure voor de mededingingsautoriteit op een andere wijze is beëindigd). Dat volgt evenwel niet uit het arrest van het Grondwettelijk Hof dat alleen de bestaande wetgeving bekritiseerde in de mate dat de schadevergoedingsvordering verjaart *voordat* een in kracht van gewijsde gegane uitspraak het bestaan van de mededingingsinbreuk heeft vastgesteld. Het Hof kon niet verder gaan vermits de aan het Hof voorgelegde vraag

betrekking had op de vergelijking met de schadevergoedingsvordering die voortvloeit uit een misdrijf, en die krachtens artikel 26 VTSv. niet eerder kan verjaren dan de strafvordering.

Door de nieuwe wet kunnen benadeelden nog claims indienen tot 5 jaar na de beslissing van de Belgische Mededingingsautoriteit of, als de onderneming hoger beroep heeft ingesteld, na het arrest van het hof van beroep te Brussel. Hetzelfde geldt op Europees niveau voor beschikkingen van de Europese Commissie en arresten van het Gerecht van de EU en het Hof van Justitie. Dit is veel langer dan de minimumtermijn van 1 jaar die in de richtlijn wordt geëist. Ondernemingen die het voorwerp uitmaakten van een inbreukprocedure, zullen dan ook pas jaren na de beslissing de volledige financiële impact kennen.

Interessant wordt het wanneer slechts enkele inbreukplegers beroep instellen en de anderen in de beslissing berusten. Op het eerste gezicht zou de verjaringstermijn dan opnieuw beginnen te lopen voor de ondernemingen die geen beroep hebben ingesteld, maar niet voor de anderen. Krachtens de gemeenrechtelijke regels inzake hoofdelijkheid brengt de stuiting van de verjaring tegenover één van de hoofdelijke schuldenaars evenwel de stuiting van de verjaringstermijn ten aanzien van elk van hen met zich mee¹⁹⁶.

44. Tot slot wordt de verjaringstermijn geschorst ten aanzien van de partijen die betrokken zijn of betrokken geweest zijn bij een minnelijke oplossing van geschillen¹⁹⁷, in de wet gedefinieerd als “ieder processus dat de partijen in staat stelt een geschil over een schadevordering buitengerechtelijk te beslechten, zoals bemiddeling, buitengerechtelijke schikkingen of arbitrage”¹⁹⁸. Wanneer de minnelijke oplossing uiteindelijk mislukt, zal aan de benadeelde bijgevolg niet kunnen worden tegengeworpen dat zijn schadevergoedingsvordering tijdens het zoeken naar een minnelijke oplossing is verjaard¹⁹⁹. Daarnaast kan de BMA rekening houden met schadevergoedingen die ingevolge een minnelijke schikking

¹⁸⁷. Art. XVII.90, § 1 WER.

¹⁸⁸. Art. XVII.90, § 2 WER (zie art. 10, 4. richtlijn). De richtlijn laat de lidstaten de keuze tussen schorsing of stuiting. De Nederlandstalige tekst van het wetsontwerp sprak oorspronkelijk van een schorsingsmechanisme, maar die werd later in lijn gebracht met de Franstalige tekst. Zie *MvT*, 48.

¹⁸⁹. Een inbreukbeslissing is definitief, wanneer er geen beroep (meer) open staat (zie art. I.22, 11° WER).

¹⁹⁰. Art. XVII.90, § 2 WER.

¹⁹¹. Zie III., a.

¹⁹². Vóór het arrest van het Grondwettelijk Hof van 10 maart 2016 ging men er wel vanuit dat de schadevergoedingsvordering kon verjaren, ook al was het onderzoek van de mededingingsautoriteit nog niet afgerond.

¹⁹³. GwH 10 maart 2016, nr. 38/2016, overw. B.14.

¹⁹⁴. De vergelijking werd gemaakt met de burgerlijke rechtsvordering van benadeelden van een misdrijf, die niet kan verjaren zolang de strafvordering niet verjaard is (art. 26, eerste lid VTSv.).

¹⁹⁵. Kh. Gent 23 maart 2017, *TBM* 2017, 167.

¹⁹⁶. Art. 1206 en 2249 BW. Zie echter M. VAN QUICKENBORNE en J. DEL CORRAL, “Hoofdelijkheid” in *Bijzondere overeenkomsten. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Kluwer, 2013, 128.

¹⁹⁷. Art. XVII.91 WER (zie art. 18, 1. richtlijn). In geval van een arbitrageprocedure wordt op grond van art. 2244 BW stuitende werking toegekend aan de ontvangst van een arbitrageverzoek door de verweerder (zie M. MARCHANDISE, in DE PAGE, *Traité de droit civil belge*, VI, *La prescription*, p. 130, nr. 86).

¹⁹⁸. Art. I.22, 18° WER. Het is bijzonder merkwaardig om de arbitrage daaronder te brengen. Een ontvangen ingebrekestelling of dagvaarding heeft al een stuitende werking ingevolge art. 2244 BW.

¹⁹⁹. Voor de volledigheid wordt nog verwezen naar art. XVII.89 WER dat de rechter bij wie een rechtsvordering tot schadevergoeding is aangebracht, toelaat de procedure op te schorten gedurende een niet-verlengbare periode van maximum 2 jaar wanneer de partijen bij deze procedure deelnemen aan een minnelijke oplossing van geschillen met betrekking tot de eis gedekt door de rechtsvordering tot schadevergoeding.

werden uitgekeerd, als een verzachtende omstandigheid bij het bepalen van een boete²⁰⁰, zij het dat schadevergoeding in

vele gevallen pas na de boete ter sprake zal komen in het kader van een *follow-on-vordering*²⁰¹.

VI. BELGISCHE GROEPSVORDERING VOOR SCHADEVERGOEDINGEN VOOR MEDEDINGINGSINBREUKEN

45. De richtlijn verplicht de lidstaten niet om een systeem van collectieve vorderingen voor inbreuken op het mededingingsrecht in te voeren. De Europese Commissie heeft echter wel een aanbeveling uitgevaardigd om de lidstaten aan te moedigen om een nationaal systeem op te zetten voor een collectieve vordering waarmee burgers en ondernemingen een schending van hun rechten die zij uit het Europees recht putten, gezamenlijk kunnen afdwingen²⁰².

Bij wet van 28 maart 2014 werd de rechtsvordering tot collectief herstel in het Belgisch recht geïntroduceerd²⁰³. Meerdere benadeelden kunnen samen vergoeding van hun schade bekomen door een rechtsvordering tot collectief herstel in te stellen overeenkomstig Boek XVII WER. Dergelijke vordering kan enkel worden ingesteld wanneer een inbreuk werd gepleegd op een contractuele verplichting of op één van de Europese verordeningen of de Belgische wetten opgesomd in dit boek, waaronder de mededingingswet opgenomen in Boek IV²⁰⁴. De nieuwe wet breidt het toepassingsgebied van de collectieve rechtsvordering uit tot schendingen van artikel 101 en/of artikel 102 VWEU²⁰⁵.

46. Voorlopig kunnen enkel consumenten deel uitmaken van de groep²⁰⁶. Wel werd recent een wetsontwerp door de regering ingediend die de mogelijkheid om een rechtsvordering tot collectief herstel in te stellen, wil uitbreiden tot kmo's en zelfstandigen²⁰⁷. De bedrijven waarop de uitbreiding van de collectieve rechtsvordering betrekking heeft, zijn deze die minder dan 250 werknemers tewerkstellen en waarvan de omzet 50 miljoen EUR of het balanstotaal 43 miljoen EUR niet overschrijdt, wat het geval is voor de meerderheid van de ondernemingen in België.

47. De benadeelden kunnen deze procedure niet zelf instellen. De rechtsvordering moet worden ingesteld door een groepsvertegenwoordiger ten behoeve van de groep. Enkel verenigingen die voldoen aan de voorwaarden die in Boek XVII zijn opgesomd, mogen optreden als groepsvertegenwoordiger²⁰⁸. Voor kmo's en zelfstandigen zouden ingevolge het vermelde wetsontwerp van wet onder meer de interprofessionele organisaties die erkend zijn binnen de Hoge Raad voor de Zelfstandigen en de KMO, als groepsvertegenwoordiger kunnen optreden.

Vandaag de dag kan *de facto* enkel Test-Aankoop een collectieve rechtsvordering instellen voor schade die door een inbreuk aan consumenten werd veroorzaakt²⁰⁹. Consumenten zijn afhankelijk van de bereidheid van Test-Aankoop om een procedure in te stellen²¹⁰. Gelet op het feit dat de groepsvertegenwoordiger de hele procedure moet prefinancieren, zal het niet verwonderen dat Test-Aankoop uiterst secuur te werk gaat bij het selecteren van de zaken waarvoor zij een collectieve procedure wenst op te starten²¹¹. Het is immers allerminst zeker dat zij haar investering zal kunnen recupereren²¹².

48. Tot dusver werd in België geen collectieve rechtsvordering ingesteld voor een inbreuk op het mededingingsrecht. Het is onwaarschijnlijk dat dit systeem in zijn huidige vorm een zeer effectief middel zal worden om de private handhaving van het mededingingsrecht te stimuleren. Zolang enkel Test-Aankoop dergelijke procedures kan opstarten en enkel schade geleden door consumenten in aanmerking komt, zal enkel in uitzonderlijk gevallen een procedure kunnen worden opgestart wegens een inbreuk op het mededingingsrecht.

²⁰⁰. Art. IV.70 WER.

²⁰¹. In het kader van een beroepsprocedure tegen een inbreukbeslissing van de BMA zou het hof van beroep te Brussel dat op grond van art. IV.79, § 2, tweede lid WER oordeelt met volle rechtsmacht, eventueel rekening kunnen houden met de schadevergoeding die inmiddels werd uitgekeerd.

²⁰². Aanbeveling van de Commissie van 11 juni 2013 over gemeenschappelijke beginselen voor mechanismen voor collectieve vorderingen tot staking en tot schadevergoeding in de lidstaten betreffende schendingen van aan het EU-recht ontleende rechten (*Pb.L.* 26 juni 2013, afl. 201, 60).

²⁰³. Wet van 28 maart 2014 tot invoeging van Titel 2 "Rechtsvordering tot collectief herstel" in Boek XVII "Bijzondere rechtsprocedures" van het Wetboek van economisch recht en houdende invoeging van de definities eigen aan Boek XVII in Boek I van het Wetboek van economisch recht (*BS* 29 april 2014, p. 35.201). Inwerkingtreding op 1 september 2014.

²⁰⁴. Art. XVII.37, 1° WER.

²⁰⁵. Art. XVII.37, 33° WER.

²⁰⁶. Art. XVII.38 WER.

²⁰⁷. Wetsontwerp houdende wijziging, wat de uitbreiding van het toepassingsgebied van de vordering tot collectief herstel tot KMO's betreft, van het Wetboek van economisch recht, *Parl.St.* Kamer 2017-2018, nr. 54-2907/1. Zie ook E. DE BAERE, "Verruiming toepassingsgebied rechtsvordering tot collectief herstel (kmo's)", *DCCR* 2017, nr. 116, 94.

²⁰⁸. Art. XVII.39 WER. Zie ook E. DE BAERE, *De Belgische class action*, Mechelen, Wolters Kluwer België, 2017, 28.

²⁰⁹. Onder meer door de gedeeltelijke vernietiging van art. XVII.39 WER door het Grondwettelijk Hof. Zie GwH 17 maart 2016, nr. 41/2016. Zie ook E. DE BAERE, *De Belgische class action*, Mechelen, Wolters Kluwer België, 2017, 33.

²¹⁰. E. DE BAERE, K. WILLEMS en A. MAERTENS, "Belgische class action: tien pijnpunten", *NJW* 2015, 525.

²¹¹. E. DE BAERE, *De Belgische class action*, Mechelen, Wolters Kluwer België, 2017, 40-41.

²¹². E. DE BAERE, K. WILLEMS en A. MAERTENS, "Belgische class action: tien pijnpunten", *NJW* 2015, 534.

VII. EEN VOORZICHTIGE EERSTE EVALUATIE

49. In tegenstelling tot het Verenigd Koninkrijk, Duitsland en Nederland²¹³, heeft België tot nog toe geen voortrekkersrol gespeeld in de private handhaving van het mededingingsrecht in de EU. Het Belgisch aansprakelijkheidsrecht is (of beter was) op dit vlak nogal veeleisend voor vorderingen tot vergoeding van de schade geleden door een mededingingsinbreuk. Slechts een handvol zaken hebben dan ook geleid tot een veroordeling²¹⁴.

De vraag is of de richtlijn zoals omgezet door de nieuwe wet daarin verandering zal brengen. De belangrijkste wijzigingen zijn ongetwijfeld de verschillende technieken die de bewijslast voor benadeelden in bepaalde gevallen vergemakkelijken of zelfs omkeren. De vermoedens die door de nieuwe wet worden ingevoerd, zullen de bewijslast van eisers verlichten wat naar verwachting zal leiden tot een toename in het aantal vorderingen dat wordt ingesteld. Voornamelijk voor benadeelden van een kartel verhoogt de kans op een schadevergoeding. Wanneer de BMA een inbreukbeslissing heeft genomen waarin zij het bestaan van een kartel heeft vastgesteld, zal de eiser geen inbreuk meer moeten bewijzen, zal de fout nog moeilijk te betwisten zijn en evenmin moet de eiser nog aantonen dat deze schade heeft veroorzaakt.

Hoe zwaar de bewijslast voor een benadeelde zal uitvallen, zal voornamelijk van drie factoren afhangen.

Ten eerste is bepalend of het gaat om een zogenaamde *follow-on-vordering*²¹⁵, dan wel nog niet werd beslist over het al dan niet bestaan van een inbreuk door een autoriteit²¹⁶. De bewijslast van de eiser zal aanzienlijk verlicht worden wanneer een mededingingsautoriteit reeds een onderzoek heeft gevoerd en een inbreuk heeft vastgesteld. De autoriteiten kunnen door clementieverzoeken, huiszoekingen en verzoeken om inlichtingen voldoende bewijs verzamelen om de inbreuk vast te stellen. Bovendien bevat een inbreukbeslissing informatie die benadeelden kunnen aanwenden om hun zaak in rechte te bepleiten. Aangezien de vordering niet kan verjaren vooraleer de autoriteit haar onderzoek heeft afgerond, loont het dus de moeite om haar beslissing af te wachten. Komt de autoriteit tot het besluit dat er geen inbreuk is gepleegd, dan is het onwaarschijnlijk dat de rechter die over

de schadevergoedingsvordering moet oordelen, anders zal beslissen²¹⁷.

Ten tweede zal de bewijslast afhangen van het type inbreuk: een kartel, een andere vorm van mededingingsbepenkende afspraken of misbruik van machtspositie²¹⁸. Gaat het om een kartel, dan zullen de eisers in eerste instantie geen oorzakelijk verband meer moeten aantonen, maar verweerders zullen toch middelen aandragen om het vermoeden van causaliteit te weerleggen zodat eisers die middelen ook weer zullen moeten weerleggen²¹⁹. Voor andere inbreuken, zoals misbruik van machtspositie, zullen de eisers wel nog steeds moeten aantonen dat deze schade hebben veroorzaakt. De nieuwe wet biedt dan wel de mogelijkheid om aan de rechter een bevel te vragen dat de onderneming (of een derde) bewijsmateriaal overlegt. Het is nog maar de vraag of dit voldoende zal zijn, gelet op de moeilijkheden waarmee een mededingingsautoriteit met nochtans verregaande bevoegdheden worstelt om dergelijke inbreuken te sanctioneren.

De derde factor die bepalend kan zijn voor de bewijslast, is de hoedanigheid van de eisers²²⁰. Ze kunnen directe dan wel indirecte afnemers (of leveranciers) van de inbreukplegers zijn. Door het vermoeden dat de nieuwe wet heeft ingevoerd, wordt de bewijslast voor indirecte afnemers weliswaar verlaagd. Hoe de verdeling van de schade over de verschillende schakels in de distributieketen in de praktijk zal plaatsvinden, valt nog af te wachten.

Ten slotte blijft het voornaamste knelpunt ongetwijfeld de financiering van een schadevergoedingsvordering. De kosten van het instellen van een schadevergoedingsvordering (waaronder de rechtsplegingsvergoeding en uitgaven voor deskundigenonderzoeken die hoog kunnen oplopen) zullen zorgvuldig tegenover de baten ervan moeten worden afgewogen. Gezien het verbod op overcompensatie, kunnen eisers in de EU maximaal een vergoeding krijgen ten belope van het bedrag van hun schade, terwijl een eiser in de VS recht heeft op een bestraffende vergoeding die gelijk is aan drie keer de schade (“treble damages”)²²¹. Wanneer alle voorwaarden van aansprakelijkheid zijn vervuld en de omvang van de schade (en dus de vergoeding) niet kan worden begroot, zal de rechter doorgaans een vergoeding naar billijkheid toekennen, wat een louter symbolisch bedrag kan

²¹³. De nieuwe wet voert geen nieuwe IPR-regels in. Grensoverschrijdende situaties zullen op basis van de bestaande regels moeten worden behandeld. Zie bijdrage van O. VAN WOUWE, in dit nummer p. 141.

²¹⁴. X. TATON, T. FRANCOO, I. ROOMS en N. BAETEN, “Overzicht van rechtspraak. Private handhaving van het mededingingsrecht (2004-2010)”, *TBH* 2013, 27; X. TATON, T. FRANCOO, I. ROOMS en N. BAETEN, “Overzicht van rechtspraak. Private handhaving van het mededingingsrecht in België (2011-2015)”, *TBH* 2017, 808-809. Zie ook Kh. Gent 23 maart 2017, *TBM* 2017, 162.

²¹⁵. Dit wil zeggen dat de schadevergoedingsvordering volgt op een beslissing van een mededingingsautoriteit.

²¹⁶. Zie ook III., a.

²¹⁷. Wanneer het gaat om een beslissing van de Europese Commissie, is dit zelfs onmogelijk (zie art. 16 verordening nr. 1/2003).

²¹⁸. Zie ook III., b., i.

²¹⁹. Daarnaast zal de omvang van de schade nog moeten worden aangetoond.

²²⁰. Zie ook III., b., ii.

²²¹. Section 4 of the Clayton Act, 15 U.S.C. § 15.

zijn. In de *Honda*-zaak, bijvoorbeeld, werd na jaren procederen een schadevergoeding toegekend van 20.000 EUR²²².

De benadeelden kunnen altijd proberen een minnelijke schikking te treffen met de inbreukplegers en zo de gerechtskosten vermijden. Het is waarschijnlijk dat ondernemingen die een inbreuk hebben gepleegd, door de nieuwe wet sneller

geneigd zullen zijn om te schikken omdat ze in rechte een minder sterke positie zullen hebben. Door de vertrouwelijkheid die in schikkingen meestal wordt overeengekomen, zal het naar verwachting moeilijk in te schatten zijn in welke mate de private handhaving van de mededingingsregels er in zijn geheel op vooruit is gegaan.

²²² Kh. Gent 23 maart 2017, *TBM* 2017, 179.