

Het hindernissenparcours voor private damages actions in België: the story continues

Grégoire RYELANDT, Jasper DE FAUW en Mateusz RYS¹

1. Inleiding	863
2. De beslissing van het hof van beroep te Gent	863
3. Het juridisch en feitelijk kader	864
A. Het vrachtwagenkartel en de beslissingen van de Europese Commissie (public enforcement)	864
B. Privaatrechtelijke vorderingen tot schadevergoeding in navolging van de beslissingen van de Europese Commissie (private enforcement)	864
4. Hulp voor de schadelijders: de Europese schadevorderingsrichtlijn	865
A. De schadevorderingsrichtlijn en de omzetting in Belgisch recht	865
B. Hulpmiddelen voor de eisers	866
C. Temporeel toepassingsgebied	867
5. De aansprakelijkheid voor moederondernemingen: van welke vennootschappen kan een schadevergoeding gevorderd worden?	869
A. Inleiding	869
B. Aansprakelijkheid van moedervennootschappen in het kader van publieke handhaving van het mededingingsrecht (public enforcement)	869
C. Aansprakelijkheid van moeder- en dochtervennootschappen in het kader van privaatrechtelijke schadevorderingen (private enforcement)	871
6. Het bewijs van schade en de begroting ervan	871
A. Inleiding	871
B. Basisprincipes	872
C. Mogelijke bewijzen van schade veroorzaakt door inbreuken op het mededingingsrecht	873
D. Hulplijnen voor de rechter	875
E. Quid het gelijkwaardigheidsbeginsel en het doeltreffendheidsbeginsel?	876
7. Conclusie	877

SAMENVATTING

Deze bijdrage behandelt het actuele thema van de schadevergoedingsacties wegens inbreuken op het mededingingsrecht (private damages actions). In diverse lidstaten van de Europese Unie zijn dergelijke zaken hangende, al dan niet in navolging van een beslissing van de Europese of nationale mededingingsautoriteit. Deze zaken geven vaak aanleiding tot complexe juridische discussies met een interferentie tussen het uniform Europees mededingingsrecht en het nationaal aansprakelijkheidsrecht. In de geannoteerde uitspraak is dit niet anders. Zo diende de rechtbank te beslissen welke vennootschap binnen de ondernemingsgroep aansprakelijk is voor de schade. Ook werd de temporele werking van de schadevorderingsrichtlijn (nr. 2014/104) en de Belgische omzettingswet in vraag gesteld. Daarnaast bevat het arrest een analyse van de foutvereiste en de bewijsstandaard voor het aantonen van het bestaan van schade.

RÉSUMÉ

Cette contribution aborde le sujet très actuel des actions privées en dommages et intérêts pour les infractions au droit de la concurrence (private damages actions). De telles affaires sont pendantes dans divers Etats membres de l'Union européenne, à la suite ou non d'une décision d'une autorité de concurrence européenne ou nationale. Ces affaires donnent souvent lieu à des discussions juridiques complexes à propos de la coexistence du droit européen uniforme de la concurrence et le droit national de la responsabilité civile. Il n'en va pas autrement dans l'arrêt annoté. Il s'agissait de décider quelle société au sein du groupe de sociétés pouvait être tenue responsable du dommage, et de déterminer le cadre temporel d'application de la directive n° 2014/104 et de la loi de transposition belge. En outre, l'arrêt contient une analyse de l'exigence de la faute et du standard de preuve pour prouver l'existence d'un dommage.

¹ Advocaten, deprevert (balie Brussel).

1. INLEIDING

1. Overzicht. In de nasleep van het vrachtwagenkartel vordert een afnemer van vrachtwagens een schadevergoeding van enkele inbreukplegers. De afnemer stelt dat hij tijdens de kartelperiode meerprijsen heeft betaald, die dienen te worden vergoed. In eerste aanleg werd een gerechtsdeskundige aangesteld, waarna de vrachtwagenproducenten hoger beroep instelden. Het hof van beroep hervormt de uitspraak en wijst de initiële vordering integraal af wegens een gebrek aan bewijs van schade.²

In deze bijdrage lichten wij eerst kort de beslissing van het hof van beroep toe (2.). Vervolgens situeren we het geanno-

teerde arrest binnen het breder juridisch kader van schadevergoedingsacties omwille van kartelinbreuken. Daarbij komen de Commissiebeslissingen aan bod, evenals procedures in diverse lidstaten in navolging van hetzelfde kartel (3.). Vervolgens worden de schadevorderingsrichtlijn en de Belgische omzettingwet behandeld (4.) en de vraag van welke onderneming schade kan worden gevorderd (5.). Ten slotte wordt uitvoerig ingegaan op de beoordeling van het bewijs van schade in kartelschadezaken door Belgische rechtbanken (6.).

2. DE BESLISSING VAN HET HOF VAN BEROEP TE GENT

2. Feiten. De NV Bevatrans (hierna “Bevatrans”) is een transportfirma die tussen 1999 en 2011 vrachtwagens kocht van de merken MAN, Scania en Volvo. Deze ondernemingen werden veroordeeld door de Europese Commissie omwille van kartelafspraken. Bevatrans stelt dat zij schade heeft geleden door de meerprijs die zij betaalde voor de vrachtwagens die zij kocht gedurende de inbreukperiode. Zij begrootte deze schade op 20% van de aankoop prijs van elke vrachtwagen, te vermeerderen met de interesten.

3. Vonnis van de ondernemingsrechtbank te Gent. Bij vonnis van 22 november 2018 werd de vordering tegen twee Belgische vennootschappen (NV Volvo Group Belgium en NV MAN & Truck) afgewezen als ongegrond. De rechter oordeelde dat zij geen geadresseerden zijn van de beslissing van de Europese Commissie en er niet (on)rechtstreeks in worden vernoemd. De rechter oordeelde daarom dat deze vennootschappen geen deel uitmaakten van het kartel.

Bevatrans had evenwel ook de adressaten van de beslissing van de Europese Commissie gedagvaard in gedwongen tussenkomst. Het gaat om de Duitse en Zweedse moedervennootschappen MAN S.E. en AB Volvo. Alvorens over de gegrondheid van de vordering tegen deze vennootschappen te oordelen, stelde de ondernemingsrechtbank een gerechtsdeskundige aan om een advies te geven over de mogelijke oorzaken van eventueel vastgestelde prijsverschillen gedurende de kartelperiode, en om in voorkomend geval het

financieel nadeel te ramen dat door Bevatrans werd geleden. De gerechtsdeskundige werd in werking gesteld, en leverde een voorlopig verslag af. MAN S.E. en AB Volvo stelden vervolgens hoger beroep in tegen de beslissing. De Belgische MAN en Volvo vennootschappen maakten niet langer deel uit van het geding in hoger beroep.

4. Arrest van het hof van beroep. In het becommentarieerde arrest oordeelt het hof vooreerst dat op grond van Europese rechtspraak moedervennootschappen ook burgerrechtelijk aansprakelijk zijn voor mededingingsrechtelijke inbreuken gepleegd door dochterondernemingen.

Het hof stelt dat de Europese schadevorderingsrichtlijn³ en de Belgische omzettingwet⁴ *ratione temporis* niet van toepassing zijn op deze zaak. Verder meent het hof dat deze teksten slechts gelden wanneer de inbreuk plaatsvindt na de inwerkingtreding van de omzettingwet.⁵ Daardoor gelden onder meer de daarin vervatte bewijsvermoedens niet.

Vervolgens houdt het hof een burgerrechtelijke fout aan in hoofde van MAN S.E. en AB Volvo. Het hof oordeelt evenwel dat Bevatrans niet afdoende het bestaan van schade in haar hoofde heeft aangetoond, laat staan de omvang ervan. Bijgevolg verklaart het hof het ingesteld hoger beroep ongegrond en wijst de initiële vordering van Bevatrans integraal af als ongegrond. Bevatrans dient tevens de kosten van de reeds geprovisioneerde gerechtsdeskundige te blijven dragen.

² Gent 1 maart 2021, gepubliceerd in dit nummer, p. 946-959. Volgens de ons beschikbare informatie werd geen cassatievoorziening ingesteld tegen het geannoteerde arrest.

³ 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, 349/1) (hierna de “schadevorderingsrichtlijn”).

⁴ Wet van 6 juni 2017 houdende 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) (hierna de “omzettingwet”).

⁵ Hoewel de schadevorderingsrichtlijn ten laatste op 27 december 2016 diende omgezet te zijn in nationale wetgeving (art. 21 schadevorderingsrichtlijn), trad de Belgische omzettingwet (slechts) in werking op 22 juni 2017.

3. HET JURIDISCH EN FEITELIJK KADER

A. Het vrachtwagenkartel en de beslissingen van de Europese Commissie (*public enforcement*)

5. Onderzoek en bevindingen van de Europese Commissie. In twee afzonderlijke beslissingen stelde de Europese Commissie vast dat een aantal vrachtwagenproducenten mededingingsrechtelijke inbreuken hebben gepleegd. Deze vrachtwagenproducenten maakten afspraken over drie elementen. Ten eerste over de prijzen op het niveau van de “bruto adviesprijs”. Ten tweede over de timing voor de introductie van emissietechnologieën om te voldoen aan de steeds strenger wordende Europese emissienormen. Ten derde over het doorrekenen aan de klanten van de kosten voor de nieuwe emissietechnologieën. De inbreuk bestreek de hele Europese Economische Ruimte (EER), gedurende 14 jaar (van 1997 t.e.m. 2011, toen de Europese Commissie huiszoeken deed bij een aantal ondernemingen in kwestie).

6. Schikkingsbeslissing. Op 19 juli 2016 beboette de Europese Commissie de vrachtwagenproducenten MAN, Volvo/Renault, Daimler, Iveco en DAF.⁶ De Commissie legde daarbij een recordboete op van 2.926.499.000 EUR. Het gaat om een zogenaamde “schikkingsbeslissing”: de betrokken partijen hebben hun deelname aan het kartel en hun aansprakelijkheid uitdrukkelijk erkend en verkregen hiervoor een boetevermindering van 10%.⁷ Aangezien MAN het kartel aan het licht bracht door middel van een “clementieverzoek”, verkreeg zij een vrijstelling van boete.⁸ Een eventuele immuniteit of boetevermindering op grond van de clementiemededeling heeft geen impact op mogelijke schadevergoedingsvorderingen die voortvloeien uit de inbreuk. Ook een onderneming die clementie bekam, kan uiteraard pri-

vaatrechtelijk aangesproken worden voor de schade die zij heeft veroorzaakt.

7. Inbreukbeslissing ten aanzien van Scania. Een vrachtwagenproducent die eveneens deelnam aan de karteelinbreuken, Scania, weigerde om te schikken met de Europese Commissie. Het onderzoek werd daarop voortgezet, waarna de Europese Commissie op 27 september 2017 in een afzonderlijke “gewone” inbreukbeslissing een boete van 880.523.000 EUR oplegde.⁹ Scania stelde beroep in tegen deze beslissing bij het Gerecht van de Europese Unie.¹⁰

B. Privaatrechtelijke vorderingen tot schadevergoeding in navolging van de beslissingen van de Europese Commissie (*private enforcement*)

8. Inleiding. Met de inbreukbeslissing en het betalen van de boete (*public enforcement*) is de kous niet af voor de inbreukplegers, integendeel. Alsmaar meer worden zij geconfronteerd met navolgende privaatrechtelijke vorderingen tot het bekomen van schadevergoeding omwille van de schade veroorzaakt door de inbreuk die werd vastgesteld in een beslissing van de Europese Commissie (*follow-on private damages actions*).

9. Procedures in verschillende lidstaten. In navolging van de beslissingen inzake het vrachtwagenkartel zijn een resem geschillen aanhangig gemaakt in verschillende lidstaten met het oog op het bekomen van privaatrechtelijke schadevergoeding. In Spanje zijn ongeveer een honderdtal zaken hangende.¹¹ Daarnaast wordt geprocedeerd in Duitsland¹², Nederland¹³, het Verenigd Koninkrijk¹⁴ en uiteraard Bel-

⁶ Besl. van de Europese Commissie van 19 juli 2016, zaak AT. 39824, *Trucks*, www.ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/39824/39824_8750_4.pdf. Zie ook: persbericht van de Europese Commissie van 19 juli 2016, “Mededinging: Commissie legt truckbouwers voor 2,93 miljard EUR geldboeten op voor kartelvorming”, www.ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/nl/IP_16_2582; samenvatting van het besluit van de Commissie van 19 juli 2016 inzake een procedure op grond van art. 101 van het verdrag betreffende de werking van de Europese Unie en art. 53 van de EER-overeenkomst (zaak AT. 39824, *Vrachtwagens*, Pb. 6 april 2017, C. 108/6).

⁷ Mededeling van de Commissie betreffende schikkingsprocedures met het oog op de vaststelling van beschikkingen op grond van de art. 7 en 23 van verordening (EG) nr. 1/2003 van de Raad in kartelzaken (Pb. 2 juli 2008, C. 167/1).

⁸ Mededeling van de Commissie betreffende immuniteit tegen geldboeten en vermindering van geldboeten in kartelzaken (Pb. 8 december 2016, C. 298/17).

⁹ Besl. van de Europese Commissie van 27 september 2017, zaak AT. 39824, *Trucks*, www.ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/39824/39824_8754_5.pdf. Zie ook: persbericht van de Europese Commissie van 27 september 2017: “Antitrust: Commission fines Scania 880 million for participating in truck cartel”, www.ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_17_3502; samenvatting van het besluit van de Commissie van 27 september 2017 inzake een procedure op grond van art. 101 van het verdrag betreffende de werking van de Europese Unie en art. 53 van de EER-overeenkomst (zaak AT. 39824, *Vrachtwagens*) (Pb. 30 juni 2020, C. 216/9).

¹⁰ Deze zaak is op dit ogenblik nog steeds hangende voor het Gerecht (T-799/17). De zitting voor het Gerecht vond plaats in juni 2020. Er is nog geen datum voor de uitspraak bepaald.

¹¹ F. MARCOS, “Antitrust Damages claims in Spain”, *Working paper IE Law school 2020* en K. M. KUNSTER, “Cartel damages in Spain and Germany by the example of the truck cartel”, 2020.

¹² A. PETRASINCU, “Private antitrust enforcement in Germany”, *Competition Law & Policy Debate* 2018, 4, 14.

¹³ B. NIJHOF en M. GOORTS, “An overview of cartel damage claims and collective actions in the Netherlands”, 2021, www.taylorwessing.com/en/insights-and-events/insights/2021/03/cartel-damage-claims-and-the-collective-actions.

¹⁴ P. WILLIS en J. SPEED, “The Private Competition enforcement review: United Kingdom – England & Wales” in I. KNABLE GOTTS en K. SCHWARTZ (eds.), *The Private Competition Enforcement Review*, 14de ed., The Law reviews 2021.

gië.¹⁵ De benadeelden kunnen zelf hun vordering instellen, of gebruik maken van een “class action” dan wel een “claim vehikel” waaraan de vorderingen worden overgedragen. Deze praktijk is reeds goed ingeburgerd in Nederland¹⁶ en het Verenigd Koninkrijk¹⁷, en komt ook in alsmaar meer andere lidstaten voor.

10. Wisselend succes. In de procedures waar reeds uitspraken beschikbaar zijn, is er sprake van wisselend succes voor de benadeelden.¹⁸ Zo werd in Spanje meermaals een schadevergoeding toegekend aan de benadeelden.¹⁹ De waarde van de toegekende schadevergoeding varieert per rechtbank, gaande van 5% tot 15% van de aankooprij van de vrachtwagens.²⁰ Duitsland is een ander verhaal. Hoewel

ook hier een groot aantal zaken aanhangig zijn gemaakt²¹, hebben wij nog geen weet van een uitspraak waarbij een schadevergoeding werd toegekend.

11. Prejudiciële vragen. Deze procedures in het buitenland gaven reeds aanleiding tot meerdere prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie. Zo hebben een aantal Spaanse zaken geleid tot uitspraken omtrent het *forum delicti* volgens artikel 7, 2. Brussel Ibis-Verordening²² en de aansprakelijkheid van ondernemingen die deel uitmaken van dezelfde economische entiteit maar waartegen de boetebeslissing niet is gericht, waar we verder in deze bijdrage nog op terugkomen.

4. HULP VOOR DE SCHADELIJDERS: DE EUROPESE SCHADEVORDERINGSRICHTLIJN

A. De schadevorderingsrichtlijn en de omzetting in Belgisch recht

12. Initiatief van de Europese Commissie. De Europese Commissie wenst de private handhaving van het mededingingsrecht te stimuleren. Zij ziet de vorderingen tot het bekomen van een schadevergoeding omwille van de schade veroorzaakt door een mededingingsrechtelijke inbreuk als een deel van het mededingingsbeleid.²³ Ook het Hof van Justitie erkent dat de volle werking van de mededingingsrechtelijke bepalingen van het verdrag (art. 101-102 VWEU) vereist dat eenieder recht heeft op schadeloosstelling omwille van de schade geleden door een mededingingsrechtelijke inbreuk.²⁴

Nadat een studie en een witboek de praktische en juridische hindernissen blootlegden waarmee eisers in diverse lidstaten worden geconfronteerd, nam de Commissie het initiatief om een aantal regels te harmoniseren in een richtlijn. Dit initiatief leidde uiteindelijk op 26 november 2014 tot de aanname van de schadevorderingsrichtlijn.²⁵

13. De omzettingswet. De Belgische wetgever heeft de schadevorderingsrichtlijn omgezet door middel van de omzettingswet van 6 juni 2017.²⁶ De omzettingswet voegt een nieuwe Titel 3 toe in Boek XVII van het Wetboek economisch recht (WER). België was één van de laatste lidstaten die de schadevorderingsrichtlijn heeft omgezet in natio-

^{15.} Er zijn meerdere zaken hangende. Volgens publiek beschikbare informatie wordt er geprocedeerd in Gent en Brussel.

^{16.} O.-H. MAICAN, “The Legal Regime of Competition in Netherlands”, *Perspectives of Law and Public Administration* 2019, 175-176.

^{17.} SLAUGHTER and MAY, “Competition Law in the UK”, 2021, 21-22; R. FERGUSON, “Private Enforcement Law in the UK”, *Business Law Review* 2017, 123.

^{18.} Daarbij merken de auteurs op dat naar alle waarschijnlijkheid een significant deel van vorderingen die al dan niet reeds voor de rechtbank werden gebracht werden afgehandeld door een dading.

^{19.} F. MARCOS, “Spain” in R. AMARO (ed.), *Private Enforcement Of Competition Law In Europe Directive 2014/104/EU And Beyond*, Bruylant, 2020, 366.

^{20.} F. MARCOS, “Primeras sentencias de las audiencias provinciales sobre los daños causados por el cártel de fabricantes de camiones (First Judgments of Courts of Appeal on the Damages Caused by the Trucks’ Manufacturers Cartel)”, *Working Paper IE Law* 2020, 3; A. SORIA, *Spanish Cartel diverging damages claims developments*, 2020, www.ashurst.com/en/news-and-insights/legal-updates/competition-law-newsletter-may---june-2020/cn16---spanish-cartel-diverging-damages-claims-developments/; F. MARCOS, “Antitrust Damages claims in Spain”, *Working paper IE Law school* 2020.

^{21.} A. PETRASINCU, “Private antitrust enforcement in Germany”, *Competition Law & Policy Debate* 2018, 4, 19; T. THIEDE, “German Federal High Court of Justice rules on private enforcement in truck cartels”, *Kluwer competition law Blog* 2021, www.competitionlawblog.kluwercompetitionlaw.com/2021/01/12/german-federal-high-court-of-justice-rules-on-private-enforcement-in-trucks-cartel/; T. SCHREIBER en M. SEEGER, “Trucks Cartel: German Supreme Court confirms the binding effect of settlement decisions and the presumption of damages”, *Cartel Damages Claims* 2021, www.cartel-damageclaims.com/2021/01/28/trucks-cartel-german-supreme-court-confirms-the-binding-effect-of-settlement-decisions-and-the-presumption-of-damages/.

^{22.} HvJ 15 juli 2021, C-30/20, *RH / AB Volvo e.a.*, ECLI:EU:C:2021:604.

^{23.} DG Mededinging heeft ook een speciale sectie van haar website toegewijd aan privaatrechtelijke vorderingen tot het bekomen van schadevergoeding. EUROPESE COMMISSIE, “Antitrust damages actions in Europe”, www.ec.europa.eu/competition-policy/antitrust/actions-damages_en.

^{24.} HvJ 20 september 2001, C-453/99, *Courage en Crehan*, ECLI:EU:C:2001:465, r.o. 26 en HvJ 13 juli 2006, C-295/04-C-298/04, *Manfredi*, ECLI:EU:C:2006:461, r.o. 60.

^{25.} 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, 349/1).

^{26.} Wet van 6 juni 2017 houdende 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).

naal recht.²⁷ De wetgever deed dit laattijdig: de schadevorderingsrichtlijn voorzag immers dat de lidstaten de richtlijn dienden om te zetten tegen uiterlijk 27 december 2016.²⁸

B. Hulpmiddelen voor de eisers

14. Inleiding. De schadevorderingsrichtlijn en de omzettingswet brachten aan aantal nieuwigheden met zich mee, die er in essentie op gericht zijn om schadevergoedingsvorderingen te vergemakkelijken.²⁹ Hierna worden enkele belangrijke wijzigingen besproken.

15. Het bewijs van het bestaan van een mededingingsrechtelijke inbreuk. Eisers kunnen zich beroepen op beslissingen van mededingingsautoriteiten als (al dan niet weerlegbaar) bewijs van het bestaan van een inbreuk op het mededingingsrecht. In het kader van vorderingen tot het bekomen van een schadevergoeding, beperkt dit aanzienlijk de discussies inzake het bestaan van een fout. Indien er sprake is van een inbreukbeslissing van de Europese Commissie, de Belgische mededingingsautoriteit (BMA) of het Marktenhof, gaat het om een onweerlegbaar bewijs.³⁰ Wanneer er sprake is van een inbreukbeslissing van een mededingingsautoriteit van een andere lidstaat, dient de nationale rechter deze minstens in aanmerking te nemen als begin van bewijs van het feit dat zich een inbreuk op het mededingingsrecht heeft voorgedaan.³¹ Het Hof van Justitie oordeelde overigens dat dit laatste ook geldt voor toezeggingsbesluiten³² van de Europese Commissie.³³

16. Weerlegbaar vermoeden dat kartelinbreuken schade veroorzaken. Een van de grootste innovaties is dat het nieuwe regime een weerlegbaar vermoeden invoert dat kartelinbreuken schade veroorzaken.³⁴ Dit helpt het slachtoffer van een kartelinbreuk aanzienlijk: men dient immers niet langer het bestaan van schade aan te tonen aangezien dit wordt vermoed. Er is een omkering van de bewijslast: het

komt vanaf nu de deelnemers aan het kartel toe om het tegendeel te bewijzen.³⁵

Deze omkering van de bewijslast geldt in België echter slechts voor kartelinbreuken. Dit was een bewuste keuze van de Belgische wetgever omdat er in kartelinbreuken een grotere informatieasymmetrie bestaat tussen de kartelinbreuk plegende onderneming en de benadeelde persoon.³⁶

Ondanks het bestaan van dit vermoeden zal de eiser in het Belgisch recht wel nog steeds de omvang van de schade moeten aantonen.³⁷

17. Toegang tot bewijsmateriaal. Een van de hindernissen waarmee schadelijders te maken krijgen is de informatieasymmetrie.³⁸ Zij hebben immers geen toegang tot bewijsstukken die verband houden met de mededingingsrechtelijke inbreuk en die de schadelijder zouden kunnen helpen om de vordering tot schadevergoeding verder te staven. In aanvulling op de gemeenrechtelijke regels uit het Gerechtelijk Wetboek³⁹ voorzien de schadevorderingsrichtlijn en de omzettingswet in een aantal specifieke bepalingen.⁴⁰ De wet voert een “zwarte”, “grijze” en “witte” lijst in. Artikel XVII.79 WER maakt een onderscheid tussen drie categorieën van documenten die al dan niet ter overlegging gevraagd kunnen worden.

De witte lijst bevat al het bewijsmateriaal dat niet is opgenomen in de grijze of zwarte lijst. Het is een *catch-all*-bepaling. De rechter kan dus de overlegging vragen van alles wat niet in § 1 en 2 van artikel XVII.79 WER staat opgesomd. Voor de documenten opgenomen in de grijze lijst zal de rechter overeenkomstig § 1 van het artikel de overlegging kunnen gelasten indien de mededingingsautoriteit reeds een beslissing heeft genomen of haar procedure op een andere manier heeft beëindigd. De rechter zal de documenten die op de zwarte lijst staan nooit kunnen overmaken naar de partijen. Hoogstens kan de rechter zelf inzage krijgen in deze documenten. De wet is hier zeer duidelijk over: “*In geen geval verleent de rechter aan andere partijen of derden toegang*

²⁷ D. KEKEZ, “Damages Claims for the Infringement of Competition Law in the European Union and Croatia”, *Economic and Social Development, International Scientific Conference on Economic and social Development: The Legal Challenges of Modern World* 2018, 126.

²⁸ Art. 21 schadevorderingsrichtlijn.

²⁹ L. GARZANITI en A. MULLER, “Wat verandert er met de omzetting van de richtlijn schadevorderingen in België? Een blik uit de praktijk”, *Competitio*, 2018/1, 43.

³⁰ Voor wat betreft de Europese Commissie volgt dit uit art. 16 verordening nr. 1/2003. Voor de BMA en het Marktenhof vloeit dit voort uit art. 9, 1. schadevorderingsrichtlijn en art. XVII.82, § 1 WER.

³¹ Art. 9, 2. schadevorderingsrichtlijn en art. XVII.82, § 2 WER.

³² Beslissingen genomen op grond van art. 9 van verordening nr. 1/2003.

³³ HvJ 23 november 2017, C-547/16, *Gasorba*, ECLI:EU:C:2017:891, r.o. 29.

³⁴ Art. XVII.73 WER en art. 17, 2. schadevorderingsrichtlijn.

³⁵ L. HORNKOHL, “The Presumption of Harm in EU Private Enforcement of Competition Law – Effectiveness vs Overcompensation”, *SSRN* 2021, 2, www.papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3838588.

³⁶ DE KAMER, Wetsontwerp houdende invoeging van een Titel 3 “De rechtsvordering tot schadevergoeding wegens inbreuken op het mededingingsrecht” in Boek XXII van het Wetboek van economisch recht, houdende invoeging van definities eigen aan Boek XVII, Titel 3 in Boek I en houdende diverse wijzigingen in het Wetboek van economisch recht (*Parl.St.*, 2017, Doc. 54-2413/001, 3, 7, 15 en 19).

³⁷ *Cf. infra*, titel 6.

³⁸ Schadevorderingsrichtlijn, r.o. 15.

³⁹ Art. 877 *et seq.* Ger.W.

⁴⁰ Art. XVII.74 tot XVII.80 WER en art. 5 tot 7 schadevorderingsrichtlijn.

tot dit⁴¹ bewijsmateriaal.”⁴² Interessant om hierbij op te merken is dat clementieverklaringen nu op de zwarte lijst staan.⁴³ Bijgevolg zullen deze documenten uitgesloten zijn van de plicht tot overlegging. Dit was evenwel niet altijd het geval.⁴⁴ Ook in andere lidstaten heeft men soms de overlegging van clementieverklaringen bevolen aangezien dit niet in strijd was met het Europees recht.⁴⁵

18. Hoofdelijke aansprakelijkheid. Hoofdelijkheid wordt niet vermoed: het moet ofwel uitdrukkelijk bedongen zijn dan wel uitdrukkelijk voortvloeien uit de wet.⁴⁶ De schadevorderingsrichtlijn en de omzettingwet voorzien uitdrukkelijk in een hoofdelijke aansprakelijkheid tussen de inbreukplegers die door een gezamenlijk optreden schade veroorzaken.⁴⁷ Op de hoofdelijke aansprakelijkheid bestaan twee uitzonderingen.⁴⁸ De eerste vrij complexe uitzondering geldt voor inbreukplegende kmo's, en is afhankelijk van strikte voorwaarden zoals een zeer beperkt marktaandeel (< 5%) en het aantonen dat de “economische levensvatbaarheid” van de kmo in gevaar zou komen indien de hoofdelijkheid zou worden toegepast.⁴⁹ Meer relevant voor het vrachtwagenkartel is de tweede uitzondering, namelijk, voor de onderneming die genoot van een volledige vrijstelling van geldboetes op basis van de clementieregeling.⁵⁰ Deze onderneming is slechts hoofdelijk aansprakelijk voor de schade geleden door haar eigen directe of indirecte afnemers of leveranciers. Ten aanzien van andere benadeelde partijen is de klokkenluider slechts subsidiair aansprakelijk, namelijk “indien geen volledige schadevergoeding kan worden verkregen van de andere bij dezelfde inbreuk op het mededingingsrecht betrokken ondernemingen”.⁵¹

19. Verjaring. Tot slot introduceert artikel XVII.90 WER nieuwe regels met betrekking tot de verjaringstermijn voor de inbreuken op het mededingingsrecht. Dit artikel preciseert onder andere wanneer de verjaringstermijnen beginnen te lopen. Artikel XVII.90, § 1 WER stipuleert dat de termijn start: “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 heb-

ben van: 1° de gedraging en het feit dat deze gedraging een inbreuk op het mededingingsrecht vormt; 2° het feit dat hij door de inbreuk op het mededingingsrecht schade heeft geleden en 3° de identiteit van de inbreukpleger”. Verder in het artikel staat ook te lezen dat bij voortdurende inbreuken de datum van de laatste inbreuk als startpunt zal dienen. Dit was ook het geval in de huidige zaak aangezien er sprake was van een voortdurende kartelinbreuk.

Interessant hierbij is dat de omzettingwet een extra basis voor het starten van de verjaringstermijn opneemt, die in het gemeen recht niet beschikbaar is.⁵² Zo kan de termijn dankzij de omzettingwet al starten op het tijdstip waarop de eiser redelijkerwijs geacht kan worden weet te hebben van de drie relevante elementen.

De nieuwe regelgeving doet echter geen afbreuk aan het gemeen regime van de verjaringstermijnen. Zo zal nog steeds de absolute termijn van 20 jaar van toepassing zijn.⁵³

C. Temporeel toepassingsgebied

20. Beslissing van het hof. In het arrest rijst de vraag of de schadevorderingsrichtlijn en de omzettingwet van toepassing zijn in het huidig geschil. Meer specifiek wenst het hof te achterhalen of het de bewijsvermoedens uit deze regelgeving moet toepassen. De redenering van het hof baseert zich op de overgangsbepaling van de omzettingwet, namelijk artikel 45. Dit artikel stipuleert dat in afwijking van artikel 3 van het Gerechtelijk Wetboek, de procedureregels van de omzettingwet niet van toepassing zijn op de rechtsvorderingen tot schadevergoeding die vóór 26 december 2014 bij een rechtscollège zijn aangebracht. Dit artikel betreft de omzetting van artikel 22, 2. van de schadevorderingsrichtlijn in het Belgisch recht.

Daarenboven staat in artikel 22, 1. van de schadevorderingsrichtlijn te lezen dat het de lidstaten verboden is om terugwerkende kracht toe te kennen aan nationale maatregelen bij de omzetting van de schadevorderingsrichtlijn ter naleving van de materiële bepalingen van deze richtlijn.

⁴¹. Dit verwijst naar het bewijsmateriaal opgenomen in art. XVII.79, § 2 WER zijnde de zwarte lijst.

⁴². Art. XVII.79, § 3 WER.

⁴³. Art. XVII.79, § 2 WER.

⁴⁴. L. GARZANITI en A. MULLER, “Wat verandert er met de omzetting van de richtlijn schadevorderingen in België? Een blik uit de praktijk”, *Competitio*, 2018/1, 46.

⁴⁵. HvJ 14 juni 2011, C-360/09, *Pfleiderer*, ECLI:EU:C:2011:389 en L. GARZANITI en A. MULLER, “Wat verandert er met de omzetting van de richtlijn schadevorderingen in België? Een blik uit de praktijk”, *Competitio*, 2018/1, 46.

⁴⁶. Art. 1202 (oud) BW.

⁴⁷. Art. XVII.86, § 1 WER en art. 11 schadevorderingsrichtlijn.

⁴⁸. Zie ook L. GARZANITI en A. MULLER, “Wat verandert er met de omzetting van de richtlijn schadevorderingen in België? Een blik uit de praktijk”, *Competitio*, 2018/1, 49.

⁴⁹. Art. XVII.86, § 2 WER.

⁵⁰. Art. XVII.86, § 3 WER.

⁵¹. Art. XVII.86 WER.

⁵². C. CAUFFMAN, “Enkele problemen van overgangsrecht bij de nieuwe regels inzake schadevergoeding voor mededingingsrechtelijke inbreuken”, *RW* 2018-19, 8, 288; T. TANGHE, “De verjaring van buitencontractuele rechtsvorderingen tot schadevergoeding wegens kartelinbreuken: een intrigerend drieluik”, *TPR* 2018, 1407.

⁵³. T. TANGHE, “De verjaring van buitencontractuele rechtsvorderingen tot schadevergoeding wegens kartelinbreuken: een intrigerend drieluik”, *TPR* 2018, 1408.

Dit creëert twee uitgangspunten voor de temporele werking van enerzijds de procedurele en anderzijds de materiële bepalingen. De procedurele bepalingen zijn van toepassing op geschillen ingesteld ná 26 december 2014. Daarentegen zijn de materiële bepalingen slechts van toepassing indien het geschil is aangespannen na de definitieve omzetting van de schadevorderingsrichtlijn, namelijk 22 juni 2017.⁵⁴

Om het toepassingsgebied van de omzettingswet te bepalen dient een aanknopingspunt te worden aangenomen. In het Belgisch recht kijkt men naar het rechtsfeit waaraan de concrete regel een bepaald rechtsgevolg verbindt. *In casu* zijn volgens het hof aldus twee tijdstippen van belang om te bepalen of een vermoeden van schade bestaat. In de eerste plaats het bestaan van het kartel zelf. In de tweede plaats de vaststelling van het bestaan van het kartel in een kartelbeslissing van de Europese Commissie.

Het hof ontwijkt in zijn analyse evenwel de vraag of de bewijsvermoedens een procedurele of een materiële kwestie zijn. Doordat beide aanknopingspunten zich situeren vóór de inwerkingtreding van de omzettingswet in juni 2017 oordeelt het hof dat het niet hoeft te trancheren of de bewijsvermoedens behoren tot het materiële dan wel het formele procesrecht. Dit ontwijken van een moeilijke vraag komt niet enkel voor bij nationale rechters. Ook het Hof van Justitie heeft deze methode gebruikt om niet te moeten oordelen over de kwalificatie van verjaringstermijnen.⁵⁵

Bijgevolg oordeelt het hof in zijn arrest dat de schadevorderingsrichtlijn en de omzettingswet in dit specifiek geval niet van toepassing zijn in de huidige zaak. Het hof laat o.i. na om duidelijkheid te scheppen over een belangrijk twistpunt met betrekking tot het toepassingsgebied van de regelgeving. In de rechtsleer werd reeds vóór de inwerkingtreding van de omzettingswet geponeerd dat het temporeel toepassingsgebied van de regelgeving problematisch zou kunnen zijn.⁵⁶ In het bijzonder maakt de overgangsregeling in de schadevorderingsrichtlijn en de omzettingswet een onderscheid naar gelang de regels van procedurele dan wel van materieelrechtelijke aard zijn, zonder dat wordt aangegeven welke regels tot welke categorie behoren. De praktijk heeft ook aangetoond dat dit aanleiding geeft tot verschillende interpretaties. Met deze uitspraak had het hof aldus voor de nodige duidelijkheid kunnen zorgen om zo toekomstige twistpunten hieromtrent beter te kunnen bestrijden.

21. Procedurele of materiële regels? Zoals het hof ook terecht aanhaalt zijn procedurele regels in België in principe onmiddellijk van toepassing nadat zij in werking zijn getreden. Deze regel is opgenomen in artikel 3 van het Gerechtelijk Wetboek. Om tegemoet te komen aan de vereisten van de schadevorderingsrichtlijn heeft België artikel 45 van de omzettingswet ingevoerd. Hierdoor zijn alle procedurele regels van de schadevorderingsrichtlijn van toepassing op vorderingen ingesteld ná 26 december 2014. De Belgische wetgever heeft evenwel nagelaten om te specificeren welke bepalingen van de omzettingswet procedurele regels dan wel materiële regels zijn. In andere lidstaten (bv. Portugal) heeft de wetgever dit voor een aantal bepalingen wel gedaan⁵⁷, zodat hierover meer rechtszekerheid bestaat.

Door geen duidelijke indicatie te geven over wat procedureel en wat materieel is, heeft de schadevorderingsrichtlijn veel ruimte gelaten aan de lidstaten wat betreft de werking van de regelgeving *ratione temporis*.⁵⁸ Of de schadevorderingsrichtlijn en de omzettingswet al dan niet van toepassing zijn in een gegeven zaak zal sterk afhangen van de kwalificatie van de ingeroepen bepalingen. Voor de verschillende bepalingen die in deze regelgeving voorkomen kan namelijk een ander uitgangspunt gelden voor de toepasselijkheid van de schadevorderingsrichtlijn en van de omzettingswet. Sommige bepalingen zullen van procedurele aard zijn. Bijgevolg zullen zij reeds van toepassing zijn vooraleer de omzettingswet in werking is getreden. Andere bepalingen zijn eerder te kwalificeren als materieel. Deze bepalingen zullen slechts toepassing vinden vanaf de datum van de inwerkingtreding van de omzettingswet.

22. Aanknopingspunt voor schade. Het hof oordeelt zonder veel bijkomende uitleg dat het aanknopingspunt voor de temporele werking van de omzettingswet in België het rechtsfeit is waaraan die concrete regel een bepaald rechtsgevolg verbindt.

Volgens de rechtsleer brengt de invoering van bewijsvermoedens een wijziging van de aansprakelijkheidsregelgeving met zich mee.⁵⁹ Dit is net wat de omzettingswet doet. Bijgevolg moeten de regels voor de temporele werking van aansprakelijkheidsregels worden toegepast. Het is nochtans niet duidelijk welk aanknopingscriterium gebruikt moet

⁵⁴ Tien dagen na publicatie van de omzettingswet in het *Belgisch Staatsblad* (12 juni 2017).

⁵⁵ HvJ 28 maart 2019, C-637/17, *Cogeco Communications Inc. / Sport TV Portugal e.a.*, ECLI:EU:C:2019:263 en P. KERST, "The temporal scope of the damages directive: a comparative analysis of the applicability of the new rules on competition infringements in Europe", *European Competition Journal* 2020, 16:1, 100. Voor een toepassing: zie Gerechtshof Amsterdam, 4 februari 2020, *CDC / Kemira Chemicals*, 200.226.640/01, www.uitspraken.rechtspraak.nl/inziendocument?id=ECLI:NL:GHAMS:2020:194.

⁵⁶ Zie hierover bv. C. CAUFFMAN, "Enkele problemen van overgangsrecht bij de nieuwe regels inzake schadevergoeding voor mededingingsrechtelijke inbreuken", *RW* 2018-19, 8, 287.

⁵⁷ P. KERST, "The temporal scope of the damages directive: a comparative analysis of the applicability of the new rules on competition infringements in Europe", *European Competition Journal* 2020, 16:1, 112.

⁵⁸ P. KERST, "The temporal scope of the damages directive: a comparative analysis of the applicability of the new rules on competition infringements in Europe", *European Competition Journal* 2020, 16:1, 99.

⁵⁹ C. MARCHAL, *Application dans le temps des lois de droit judiciaire civil*, Brussel, Bruylant, 1983, 241; H. BRAECKMANS, "Aspecten van het overgangsrecht in de nieuwe vennootschapswet van 5 december 1984", *RW* 1984-85, 2748 en T. VANCOPPERNOLLE, *Intertemporeel recht*, Antwerpen, Intersentia, 2019, 636.

worden.⁶⁰ In de rechtsleer opteert men om gebruik te maken van het kantelmoment voor de nadeellijdende partij om de werking van de nieuwe regelgeving te bepalen.⁶¹ De omzettingswet voert een aantal regels in die aansprakelijkheidsverzwarend werken voor de vrachtwagenproducenten. Bijgevolg zullen de nadeellijdende partijen *in casu* de vrachtwagenproducenten zijn. In dergelijke gevallen zullen de gedragingen van de aansprakelijke die de aansprakelijkheid verwekken dienen als aanknopingspunt. Daarom zal volgens de rechtsleer de temporele werking van de aansprakelijkheidsverzwarende regels vallen op het moment dat de vrachtwagenproducenten de inbreuk op het mededingingsrecht hebben begaan. Aangezien de gedraging van de vrachtwagenproducenten een voortdurende inbreuk is, zal de aansprakelijkheidsverwekkende gedraging plaatsvinden op het

einde van de inbreuk, zijnde *in casu* 18 januari 2011.

Het hof beslist om toch enigszins af te wijken van de rechtsleer. Het steunt inderdaad op een ander beginsel om de temporele werking van een rechtsregel te bepalen. Het hof stelt twee aanknopingspunten vast die in aanmerking komen. Enerzijds de datum van het bestaan van het kartel en anderzijds de datum van de beslissing van de Europese Commissie. Het hof laat dus een gunstigere interpretatie toe voor de schadelijder dan de rechtsleer. O.i. zorgt een dergelijke ruime toepassing dat de *ratio legis* van de schadevorderingsrichtlijn beter tot zijn recht komt. Namelijk de mogelijkheid creëren voor de benadeelden om effectief schadevergoeding te bekomen⁶² en het creëren van een “*level playing field*”⁶³ in de Europese Unie.

5. DE AANSPRAKELIJKHEID VOOR MOEDERONDERNEMINGEN: VAN WELKE VENNOOTSCHAPPEN KAN EEN SCHADEVERGOEDING GEVORDERD WORDEN?

A. Inleiding

23. De betrokken partijen in het geding. Het hof van beroep stelt vast dat de schikkingsbeslissing van de Europese Commissie van 19 juli 2016 onder meer gericht was aan de groep MAN en de groep AB Volvo.⁶⁴ Hieronder vallen aldus de respectievelijke moedervennootschappen maar ook de relevante dochterondernemingen.⁶⁵ De beslissing van de Europese Commissie was bijgevolg niet rechtstreeks gericht aan de Belgische dochterondernemingen, en deze werden niet vermeld in de beslissing. Op grond van deze vaststelling wees de ondernemingsrechtbank de vorderingen ten aanzien van de Belgische vennootschappen af. Op dit punt werd geen incidenteel beroep ingesteld door Bevatrans: de Belgische vennootschappen werden niet meer betrokken in hoger beroep.

24. Juridische vraag. Voor het hof van beroep werd de

discussie gevoerd of de moedervennootschappen wel burgerrechtelijk aansprakelijk zijn voor de mededingingsrechtelijke inbreuken van de dochtervennootschappen.

B. Aansprakelijkheid van moedervennootschappen in het kader van publieke handhaving van het mededingingsrecht (*public enforcement*)

25. Het Europees ondernemingsbegrip. De aansprakelijkheid van de moederondernemingen vloeit voort uit het ondernemingsbegrip op Europees niveau. Zowel artikelen 101 en 102 VWEU alsook de schadevorderingsrichtlijn spreken over “onderneming(en)”, en niet over individuele vennootschappen.⁶⁶ Het Hof van Justitie vult verder in wat het onder de term onderneming verstaat, namelijk: “*Het mededingingsrecht van de Unie ziet op de activiteiten van ondernemingen. De opstellers van de verdragen*

⁶⁰. T. VANCOPPERNOLLE, *Intertemporeel recht*, Antwerpen, Intersentia, 2019, 714.

⁶¹. T. VANCOPPERNOLLE, *Intertemporeel recht*, Antwerpen, Intersentia, 2019, 724.

⁶². Voorstel (Comm.) voor een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende bepaalde regels voor schadevorderingen volgens nationaal recht wegens inbreuken op de bepalingen van het mededingingsrecht van de lidstaten en van de Europese Unie, 11 juni 2013, COM(2013) 404 Final, 3.

⁶³. Voorstel (Comm.) voor een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende bepaalde regels voor schadevorderingen volgens nationaal recht wegens inbreuken op de bepalingen van het mededingingsrecht van de lidstaten en van de Europese Unie, 11 juni 2013, COM(2013) 404 Final, 4.

⁶⁴. Besl. van de Europese Commissie van 19 juli 2016, zaak AT. 39824, *Trucks*, www.ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/39824/39824_8750_4.pdf. Zie ook: persbericht van de Europese Commissie van 19 juli 2016, “Mededinging: Commissie legt truckbouwers voor 2,93 miljard EUR geldboeten op voor kartelvorming”, www.ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/nl/IP_16_2582; samenvatting van het besluit van de Commissie van 19 juli 2016 inzake een procedure op grond van art. 101 van het verdrag betreffende de werking van de Europese Unie en art. 53 van de EER-overeenkomst (zaak AT. 39824, *Vrachtwagens*) (Pb. 6 april 2017, C. 108/6, randnrs. 7-9 en 17-20).

⁶⁵. Voor de MAN en AB Volvo groep werden de volgende ondernemingen aangemerkt in de beslissing van 16 juli 2016: “*The legal entities of MAN that are liable for the infringement are: – MAN SE with its registered office in Munich, Germany; – MAN Truck & Bus AG (hereinafter referred to as ‘MAN HQ’) with its registered office in Munich, Germany; – MAN Truck & Bus Deutschland GmbH (hereinafter referred to as ‘MAN DE’) with its registered office in Munich, Germany. [...] The legal entities of Volvo/Renault that are liable for the infringement are: – AB Volvo (publ), with its registered office in Gothenburg, Sweden; – Volvo Lastvagnar AB with its registered office in Gothenburg, Sweden; – Renault Truck SAS with its registered office in Saint-Priest, France; – Volvo Group Trucks Central Europe GmbH (hereinafter referred to as ‘Volvo DE’) with its registered office in Ismaning, Germany. Renault Trucks Deutschland GmbH (hereinafter referred to as ‘Renault DE’). With effect as of 23 October 2014, Renault DE was merged into Volvo DE. The activities carried out by Renault before 23 October 2014 have been taken over and are now carried out by Volvo DE. The merged entity continues under the name Volvo Group Trucks Central Europe GmbH (‘Volvo DE’).*”

⁶⁶. C. KOENING, “Comparing Parent Company Liability in EU and US competition law”, *World Competition* 2018, 41, 72.

hebben ervoor geopteerd het begrip ‘onderneming’ te gebruiken ter aanduiding van de pleger van een inbreuk op het mededingingsrecht die op grond van de artikelen 101 en 102 VWEU kan worden bestraft, en geen andere begrippen, zoals de met name in artikel 54 VWEU gebruikte begrippen ‘vennootschap’ en ‘rechtspersoon’ (zie arrest *Commissie e.a. / Siemens Österreich e.a.*, C-231/11 P-C233/11 P, EU:C:2014:256, punten 41 en 42 en de aldaar aangehaalde rechtspraak).⁶⁷

26. Economische eenheid. Het is reeds lange tijd vaststaande rechtspraak van het Hof van Justitie⁶⁸ dat in het kader van publieke handhaving, moederondernemingen aansprakelijk zijn voor mededingingsrechtelijke inbreuken gepleegd door diens dochters wanneer ze een economische eenheid vormen.⁶⁹ Het Gerecht heeft in zijn rechtspraak gepreciseerd wat dit inhoudt.⁷⁰ Een economische eenheid⁷¹ is een unitaire organisatie van personele, materiële en immateriële elementen, welke op duurzame basis een bepaald economisch doel nastreeft en kan bijdragen tot het begaan van een inbreuk op het mededingingsrecht.⁷² Opdat er sprake kan zijn van een economische eenheid zal een onderneming aldus een economische activiteit moeten uitoefenen.⁷³ De (vennootschapsrechtelijke) structuur van de onderneming speelt echter geen belang bij de beoordeling. De onderneming kan namelijk bestaan uit verschillende natuurlijke of rechtspersonen.⁷⁴ Daarenboven is het niet voldoende dat de dochtervennootschap een eigen rechtspersoonlijkheid bezit

om uit te sluiten dat haar gedrag aan de moedervennootschap mag worden toegerekend.⁷⁵

27. Weerlegbaar vermoeden. In het principearrest *Akzo Nobel* verijnde het Hof van Justitie de draagwijdte van de rechtsfiguur van de economische entiteit.⁷⁶ Het Hof oordeelde namelijk dat wanneer een moedervennootschap 100% van het kapitaal van een dochter bezit die een inbreuk heeft gepleegd, er een weerlegbaar vermoeden bestaat dat die moedervennootschap een beslissende invloed uitoefent op het gedrag van haar dochter.⁷⁷

28. Geen foutvereiste. Daarnaast is er ook geen fout in hoofde van de moedervennootschap vereist.⁷⁸ Het speelt dus geen rol of de moedervennootschap effectief zelf betrokken was bij de inbreuk op het mededingingsrecht of er zelfs maar kennis van had. Evenmin is het van belang of de moedervennootschap de inbreuk kon voorkomen.⁷⁹ Sterker nog, de moedervennootschap is nog steeds aansprakelijk, zelfs indien zij als instructie aan de dochter meegaf om niet mee te werken aan het kartel.⁸⁰ Het enige relevante criterium is de band tussen de dochter- en moedervennootschap. Als de moedervennootschap controle had over de dochter gedurende de periode van de inbreuk, dan zal zij ook aansprakelijk zijn voor die inbreuk.⁸¹

29. Het gevolg is dat voor de doeleinden van publieke handhaving (*public enforcement*) het ondernemingsbegrip

67. HvJ 17 september 2015, C-597/13, *Total SA / Europese Commissie*, ECLI:EU:C:2015:613, r.o. 32; HvJ 10 april 2014, C-231/11 P, *Commissie / Siemens*, ECLI:EU:C:2014:256, r.o. 42; HvJ 18 juli 2011, C-501/11 P, *Schindler / Europese Commissie*, ECLI:EU:C:2013:522, r.o. 102.

68. HvJ 14 juli 1972, C-48/69, *Imperial Chemical Industries*, ECLI:EU:C:1972:70.

69. C. KOENING, “Comparing Parent Company Liability in EU and US competition law”, *World Competition* 2018, 41, 69.

70. Ger.EU 10 maart 1992, T-11/89, *Shell International Chemical Company Ltd*, ECLI:EU:T:1992:33, r.o. 311.

71. H.M. WAGENER, “Follow up to Skanska – The ‘implementation’ by national courts so far”, *Neue Zeitschrift für Kartellrecht* 2019, 3; H.M. WAGENER, “Claiming Cartel Damages against the economic unit: one for all and all for one?”, *Neue Zeitschrift für Kartellrecht* 2020, 4.

72. R. JASPERS en T. BINDER, “Liability for competition infringements after Skanska: where do we stand?”, *DAOR*, 2020/2, 134, 110.

73. HvJ 23 april 1991, C-41/90, *Klaus Höfner en Fritz Elser / Macrotron GmbH*, ECLI:EU:C:1991:161, r.o. 21 en HvJ 12 september 2000, C-180/98 en C-184/98, *Pavel Pavlov*, ECLI:EU:C:2000:428, r.o. 75.

74. C. KOENING, “Comparing Parent Company Liability in EU and US competition law”, *World Competition* 2018, 41, 73; R. JASPERS en T. BINDER, “Liability for competition infringements after Skanska: where do we stand?”, *DAOR*, 2020/2, 134, 110.

75. HvJ 14 juli 1972, C-48/69, *Imperial Chemical Industries Ltd*, ECLI:EU:C:1972:70, r.o. 132.

76. HvJ 10 september 2009, C-97/08 P, *Akzo Nobel NV / Commissie*, ECLI:EU:C:2009:536.

77. HvJ 10 september 2009, C-97/08 P, *Akzo Nobel NV / Commissie*, ECLI:EU:C:2009:536, r.o. 60. Dit kan ook z’n toepassing vinden in geval van een financiële investeerder die over alle stemrechten beschikt verbonden aan de aandelen; zie HvJ 27 januari 2021, C-595/18 P, *The Goldman Sachs Group Inc.*, ECLI:EU:C:2021:73, r.o. 35.

78. B.J. RODGER, M.S. FERRO en F. MARCOS, “A panacea for competition law damages actions in the EU? A comparative view of the implementation of the EU antitrust damages Directive in sixteen Member States”, *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 2019, 26, 481; V. SCHOLLAERT, “Aansprakelijkheidsvordering voor kartelschade”, *NJW* 2020, 427, 648.

79. Besl. Europese Commissie 21 december 2005, *Rubber Chemicals*, COMP/F/38.433, 256 waarin staat: “Comme expliqué ci-dessus, aux fins d’imputation de responsabilités au sein d’un groupe d’entreprises, une société mère peut être supposée responsable du comportement illégal de ses filiales à 100%, à moins qu’elle n’infirme la présomption d’exercice effectif d’influence déterminante sur ces filiales. Cette présomption ne peut être réfutée par l’affirmation selon laquelle la société mère n’a pas encouragé ses filiales à adopter un comportement illicite ou ne leur a pas imposé ce comportement. En effet, une société mère peut être tenue pour responsable du comportement de ses filiales, si elle a exercé ou est présumée avoir exercé (et que cette présomption n’est pas infirmée) une influence déterminante sur la politique commerciale générale de ces dernières (c’est-à-dire si la société mère détermine ou est présumée avoir déterminé les grandes orientations fondamentales de la stratégie commerciale et activités de la filiale), indépendamment du fait de savoir si cette influence a consisté précisément à encourager le comportement illicite des filiales ou à imposer ce comportement à ces dernières. Pour les mêmes raisons, lorsque ladite présomption est applicable, l’entreprise concernée ne peut l’infirmer en se contentant de déclarer que la société mère n’a pas participé directement à l’entente ou qu’elle n’était même pas informée de son existence.”

80. HvJ 16 juni 2016, C-155/14 P, *Evonik Degussa*, ECLI:EU:C:2016:446, r.o. 41.

81. HvJ 26 september 2013, C-179/12 P, *The Dow Chemical Company*, ECLI:EU:C:2013:605, r.o. 67; HvJ 20 januari 2011, C-90/09 P, *General Química and Others*, ECLI:EU:C:2011:21, r.o. 102.

centraal staat voor wat betreft de toerekening van de mededingingsrechtelijke inbreuk.⁸² De moeder vennootschap kan samen met haar dochter(s) beboet worden en de effectieve geadresseerde zijn van de inbreukbeslissing van de Commissie of een nationale mededingingsautoriteit.⁸³ De brede invulling van de term onderneming zorgt er namelijk voor dat entiteiten van de onderneming die niet effectief hebben deelgenomen aan de mededingingsrechtelijke inbreuk eveneens beboet worden, net omwille van de beslissende invloed.⁸⁴ Het uitgangspunt dat entiteiten slechts kunnen beboet worden voor hun eigen gedragingen is hierdoor niet meer *up to date*.

C. Aansprakelijkheid van moeder- en dochtervennootschappen in het kader van privaatrechtelijke schadevorderingen (*private enforcement*)

30. Ondernemersbegrip bij private handhaving. Recentelijk heeft het Hof van Justitie de principes die reeds lang werden toegepast in het kader van de publieke handhaving ook uitgebreid naar privaatrechtelijke vorderingen wegens schade die voortvloeit uit inbreuken op het mededingingsrecht.⁸⁵

In *Skanska* oordeelde het Hof dat de invulling van de term “onderneming” niet mag verschillen afhankelijk van de soort van de handhaving. Een gelijklopende interpretatie van de verantwoordelijk geachte entiteit zowel in het kader van een publieke handhaving als voor de private handhaving is dus aangewezen.⁸⁶ Bijgevolg zal het ondernemingsbegrip van de publieke handhaving van het mededingingsrecht zijn

intrede vinden in het nationaal schadevergoedingsrecht.⁸⁷

Dat deze weg definitief is ingeslagen, werd recent bevestigd in *Sumal*.⁸⁸ De prejudiciële vraag kwam er nadat Sumal een *private damages action* had ingesteld tegen de Spaanse dochtervennootschap van Daimler AG, één van de vrachtwagenproducenten die werd beboet in het vrachtwagenkartel. De inbreukbeslissing van de Commissie was evenwel niet tegen de Spaanse dochter gericht. Het Hof oordeelde dat wanneer is aangetoond dat een moedervennootschap een mededingingsrechtelijke inbreuk heeft gepleegd, de slachtoffers van de inbreuk ook de dochteronderneming burgerrechtelijk aansprakelijk kunnen stellen. De slachtoffers dienen wel aan te tonen dat de dochteronderneming en de moedervennootschap een economische eenheid vormen (daarbij rekening houdend met economische, organisatorische en juridische banden). Daarenboven moeten zij ook het bestaan van een concreet verband tussen de economische activiteiten van de dochter en het voorwerp van de inbreuk die aan de moeder werd toegerekend aantonen. Wanneer de schadevordering gebaseerd is op een inbreukbeslissing van de Europese Commissie die werd gericht aan de moedervennootschap, kan de dochtervennootschap voor de nationale rechter het bestaan van de door de Commissie vastgestelde inbreuk niet betwisten.⁸⁹

31. De geannoteerde uitspraak volgt o.i. terecht de Europeesrechtelijke tendens en rechtspraak van het Hof van Justitie bij de beoordeling van de aansprakelijkheid van moedervennootschappen in het kader van privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht.⁹⁰

6. HET BEWIJS VAN SCHADE EN DE BEGROTING ERVAN

A. Inleiding

32. Beslissing van het hof. Het zwaartepunt van de beslissing ligt ongetwijfeld bij de beoordeling van het bestaan en de omvang van de schade in schadevergoedingsacties voor mededingingsrechtelijke inbreuken.

Zowel de eerste rechter als het hof komen tot de conclusie dat de eiser geen bewijs aanlevert van het bestaan van schade in haar hoofde ingevolge de kartelinbreuk. Het gevolg dat de ondernemingsrechtbank en het hof verbinden aan deze vaststelling zijn evenwel fundamenteel verschillend.

^{82.} Zie hierover ook W. DEVROE, L. MICHAUX en B. BEEMS, “Het ondernemingsbegrip in het mededingingsrecht, het marktpraktijkenonderzoek en het consumentenrecht” in J. VANANROYE en D. VAN GEREVEN (eds.), *Leerstukken ondernemingsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2020, 73 *et seq.*; CORPORATE FINANCE LAB, 7 juni 2020, “Aansprakelijkheid van moedervennootschappen in het Europees mededingingsrecht”, www.corporatefinancelab.org/2020/06/07/aansprakelijkheid-van-moedervennootschappen-in-het-europees-mededingingsrecht/#_ftn1.

^{83.} K. HAVU, “Competition infringement damages actions: ruling in *Skanska* (C-724/17) provides clarifications on who is liable”, *European Law Review* 2020, 45(4), 532; HvJ 29 maart 2011, C-201/09 P-C-216/09 P, *ArcelorMittal Luxemburg*, ECLI:EU:C:2011:190, r.o. 95.

^{84.} HvJ 16 juni 2016, C-155/14 P, *Evonik Degussa*, ECLI:EU:C:2016:446, r.o. 27.

^{85.} HvJ 14 maart 2019, C-724/17, *Skanska*, ECLI:EU:C:2019:204.

^{86.} R. JASPERS en T. BINDER, “Liability for competition infringements after *Skanska*: where do we stand?”, *DAOR*, 2020/2, 134, 109 en W. WURMNST, “Liability of ‘undertakings’ in damages actions for breach of Articles 101, 102 TFEU: *Skanska*”, *Common market Law review* 2020, 57, 925.

^{87.} R. JASPERS en T. BINDER, “Liability for competition infringements after *Skanska*: where do we stand?”, *DAOR*, 2020/2, 134, 111; V. SCHOLLAERT, “Aansprakelijkheidsvordering voor kartelschade”, *NJW* 2020, 427, 648.

^{88.} HvJ 6 oktober 2021, C 882/19, *Sumal*, ECLI:EU:C:2021:800, r.o. 51 *et seq.*

^{89.} HvJ 6 oktober 2021, C 882/19, *Sumal*, ECLI:EU:C:2021:800, r.o. 55, met verwijzing naar art. 16 van verordening nr. 1/2003.

^{90.} V. SCHOLLAERT, “Aansprakelijkheidsvordering voor kartelschade”, *NJW* 2020, 427, 648. Deze auteur stelt dat Belgische rechters voorheen immers oordeelden dat de aansprakelijkheid van de moedervennootschappen niet zomaar kan worden doorgetrokken naar de sfeer van de private handhaving. Een dergelijke interpretatie lijkt ons in feite niet verenigbaar met de Europese trend.

De eerste rechter oordeelde dat het “*niet bij voorbaat uit te sluiten valt dat eiseres wel degelijk concrete schade heeft geleden ingevolge de kartelwerking*” en dat de beslissing uitdrukkelijk “*de theoretische mogelijkheid dat de werking van het kartel de marktprijzen zou kunnen beïnvloeden*” bevestigt. Daarop stelde de eerste rechter een gerechtsdeskundige aan om een technisch advies te verlenen over de prijsverschillen tijdens en na de kartelperiode, en wat de mogelijke oorzaken daarvan zouden zijn.

Het hof doet deze beslissing teniet. Na de vaststelling dat er geen bewijs voorligt van het bestaan van schade, oordeelt het hof dat er ook geen reden is om een gerechtsdeskundige aan te stellen om een advies te verlenen over de omvang ervan. De initiële vordering wordt daarom volledig afgewezen als ongegrond. De eiser dient de reeds voorgeschoten kosten van de gerechtsdeskundige te (blijven) dragen.

B. Basisprincipes

33. Bewijslast. Na de vaststelling dat de bewijsvermoedens uit de schadevorderingsrichtlijn en de omzettingwet niet van toepassing zijn op de zaak, beoordeelde het hof de zaak als een gemene aansprakelijkheidsvordering op grond van artikel 1382 BW. Dit heeft uiteraard een belangrijke impact op de bewijslast. Zoals hoger vermeld, geldt onder de schadevorderingsrichtlijn een weerlegbaar vermoeden van schade in geval van kartelinbreuken. Met andere woorden: het komt dan aan de verwerende partijen toe om aan te tonen dat er *geen* sprake is van schade omwille van de inbreuk.

In het gemeen aansprakelijkheidsrecht komt het evenwel aan de eiser toe om de rechtbank te overtuigen dat er sprake is van een fout, schade en een oorzakelijk verband tussen deze twee. Wanneer het slachtoffer niet in dit bewijs slaagt, gaat hij met lege handen naar huis, volgens het principe “*the loss rests where it falls*”.⁹¹ Het hof oordeelt in de geannoteerde

beslissing dat de eiser niet afdoende aan deze bewijslast voldeet.

34. Schade en schadeloosstelling. Klassiek wordt schade omschreven als het verlies van een voordeel. Schade is het negatieve verschil tussen de actuele situatie van de benadeelde (zoals deze zich voordoet in de situatie mét fout), en het hypothetisch scenario waarin de eiser zich zou hebben bevonden indien er geen fout zou zijn voorgevallen⁹², ook wel het “*counterfactual*”⁹³ scenario genoemd. Het Hof van Cassatie huldigt het principe van de volledige schadeloosstelling. Dit betekent dat de benadeelde dient te worden “teruggeplaatst” in de positie waarin hij zich zou hebben bevonden indien de onrechtmatige daad zich niet zou hebben voorgedaan.⁹⁴ De integrale schadeloosstelling dekt klassiek zowel het daadwerkelijke verlies (*damnum emergens*) als de gederfde winst (*lucrum cessans*), en daarbovenop interesten. Ook het verlies van een kans wordt aanvaard als schade, namelijk het verlies van de mogelijkheid om het nadeel te ontlopen of een voordeel te bekomen, dat door de onrechtmatige daad definitief is uitgesloten.⁹⁵ De schadeloosstelling heeft een vergoedend en geen bestraffend karakter: Amerikaanse concepten als “*punitive damages*”⁹⁶, “*double damages*” of “*treble damages*” zijn ongekend in het Belgisch recht.

35. Het bestaan van schade versus de omvang van de schade. Het *bestaan* van de schade (met inbegrip van eventueel toekomstige schade) moet worden bewezen door de benadeelde. De schade moet vaststaan en mag niet gesteund zijn op loutere veronderstellingen of gissingen.⁹⁷ De *omvang* van de schade (het *quantum*) dient niet precies te worden bewezen, het *bestaan* ervan wel.⁹⁸ Moeilijkheden bij de schadebegroting vormen geen beletsel voor schadeloosstelling en kunnen niet spelen bij de beoordeling van het bestaan van schade.⁹⁹

⁹¹ Zie bv. Kh. Brussel (NL.) 24 november 2014, *Europese Unie / Liftenproducenten, TBM/RDC (Competitio)* 2015, afl. 1, 37 *et seq.*

⁹² W. VANDENBUSSCHE, *Bewijs en onrechtmatige daad*, Brussel, Intersentia, 2017, 136, nr. 170; H. BOCKEN *et al.*, *Inleiding tot het schadevergoedingsrecht*, Brugge, die Keure, 2014, 46, nr. 71; E. DIRIX, *Het begrip schade*, Antwerpen, Kluwer, 1984, 32-33; P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, t. II, vol. 2, Brussel, Bruylant, 2013, 1543, nr. 1063; J. RONSE *et al.*, “Schade en schadeloosstelling” in *APR*, Gent, E.Story-Scientia, 1984, 8. In het kader van *private damages actions* wordt de vergelijking tussen de werkelijke en hypothetische toestand ook wel de “*but-for*” analyse genoemd (cf. *infra*).

⁹³ L. HORNKOHL, “The Presumption of Harm in EU Private Enforcement of Competition Law – Effectiveness vs Overcompensation”, *SSRN* 2021, 1, www.papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3838588.

⁹⁴ Zie bv. Cass. 18 september 2007, *Arr. Cass.* 2007, 1678, www.juportal.be; Cass. 3 december 2003, *Arr. Cass.* 2003, 2225, www.juportal.be.

⁹⁵ De kansleer kan evenwel niet zomaar worden gebruikt in alle situaties waarin de benadeelde geconfronteerd wordt met een moeilijk bewijs van schade. Zie hierover uitgebreid: M. VERHULST, “Verlies van een kans bij privaatrechtelijke handhaving van EU-mededingingsrecht. Kans op beterschap?” in T. GLADINEZ (ed.), *Grenzen voorbij*, Brussel, Intersentia, 2020, 465-488; T. SCHOORS, T. BEYENS en W. DEVROE, “Schadevergoedingsacties na kartelinbreuken”, *NJW* 2011, afl. 239, 203. Voor *private damages actions* waar een beroep op deze theorie werd afgewezen: Kh. Brussel (NL.) 24 november 2014, *Europese Unie / Liftenproducenten, TBM/RDC (Competitio)* 2015, afl. 1, 37 *et seq.*; Kh. Brussel (NL.) 24 april 2015, *Belgische Staat et al. / Liftenproducenten, TBM/RDC (Competitio)* 2015, afl. 3, 212 *et seq.*

⁹⁶ C. MASSA, “Private Antitrust Enforcement Without Punitive Damages: A Half-Baked Reform”, *Yearbook of Antitrust and Regulatory Studies* 2018, 17, 100.

⁹⁷ Cass. 28 maart 1990, *JT* 199, 452; Cass. 13 september 1983, *Arr. Cass.* 1983-84, 30.

⁹⁸ J. RONSE *et al.*, “Schade en schadeloosstelling” in *APR*, Gent, E.Story-Scientia, 1984, 76, nr. 91.

⁹⁹ P. GILLAERTS, “De impact van richtlijn 2014/104/EU op het Belgische buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht – Game over door spillover of probleemloze insertie uit inertie?”, *RW* 2016-17, afl. 31, 1203, nr. 34; E. DIRIX, *Het begrip schade*, Antwerpen, Kluwer, 1984, 53, nr. 71.

36. Bewijsstandaard. Bij het beoordelen van het bestaan van de schade kan de rechter geen *absolute* zekerheid vereisen. Klassiek spreekt men over *gerechtelijke* zekerheid: de aanwezigheid van schade dient in die mate waarschijnlijk te zijn dat de rechter niet meer ernstig aan het tegendeel moet denken, ook al is dat theoretisch nog mogelijk.¹⁰⁰ Deze term wordt echter bekritiseerd: sommigen oordelen dat het beter is om te spreken over een *redelijke mate* van zekerheid als normale bewijswaarderingsmaatstaf.¹⁰¹

C. Mogelijke bewijzen van schade veroorzaakt door inbreuken op het mededingingsrecht

37. Inleiding. De principes inzake schade als het negatieve verschil tussen de reële situatie en het “*counterfactual scenario*” mogen in theorie nog relatief eenvoudig lijken, in de praktijk is het begroten van de schade die voortvloeit uit mededingingsrechtelijke inbreuken vaak een complexe economische oefening.¹⁰² De hypothetische toestand zonder fout heeft zich in werkelijkheid immers nooit voorgedaan, waardoor de schadelijder noodzakelijkerwijs dient terug te grijpen naar de techniek van vermoedens of concepten als “de normale gang van zaken”, ondersteund door bekende feiten. Deze kunnen van uiteenlopende aard zijn. De rechter vult die feiten dan in met bijzonderheden eigen aan het schadegeval. Hij moet zijn gevolgtrekking telkens *in concreto* en op individuele wijze doorvoeren.¹⁰³

De eisende partij doet er goed aan om haar vordering goed voor te bereiden en te onderbouwen. Eens het bestaan van schade in oorzakelijk verband met de mededingingsrechtelijke inbreuk is aangetoond, ontstaat een recht op schade-loosstelling. Daarbij kan de vraag gesteld worden welk soort bewijzen kunnen worden aangebracht om, in tegenstelling tot de eiser in de geannoteerde uitspraak, de rechter wél te overtuigen van het bestaan en de omvang van de schade.

38. Handvaten aangereikt door de Europese Commissie. De Europese Commissie heeft een Mededeling¹⁰⁴ en een Praktische Gids¹⁰⁵ gepubliceerd over de begroting van schade omwille van inbreuken op het mededingingsrecht. Het gaat om bijkomende documenten die deel uitmaken van het pakket van initiatieven van de Europese Commissie (waarvan de schadevorderingsrichtlijn het meest gekende is) om schadevergoedingsacties te vergemakkelijken en te stimuleren. De Mededeling en Praktische Gids bieden nationale rechtbanken en de partijen een helpende hand en verschaffen een overzicht van de diverse vormen van schade die doorgaans worden veroorzaakt door mededingingsbeperkende praktijken. Ze verstrekken ook informatie over de beschikbare methoden en technieken voor de begroting van deze schade.¹⁰⁶

39. De inbreukbeslissing van de mededingingsautoriteit. Onder het systeem van het gemeen aansprakelijkheidsrecht zal de beslissing van de Europese Commissie of de nationale mededingingsautoriteit waarbij de inbreuk wordt vastgesteld op zichzelf genomen onvoldoende soelaas bieden om het bestaan van schade aan te tonen. Het volstaat voor een mededingingsautoriteit immers om aan te tonen dat er sprake is van een inbreuk op het mededingingsrecht om een boete op te leggen. In het kader van de publieke naleving van het mededingingsrecht (“*public enforcement*”) is het voor een mededingingsautoriteit immers niet noodzakelijk om de concrete impact van de onwettige praktijk (bv. in de vorm van prijsverhogingen) te becijferen. Dit geldt nog sterker bij een inbreuk met een mededingingsbeperkend doel (“*infringement by object*”), waar de mededingingsautoriteit zelfs de mededingingsbeperkende effecten niet dient aan te tonen aangezien deze worden vermoed. In het geval van een inbreuk met een mededingingsbeperkend effect (“*infringement by effect*”) dient de autoriteit enkel te bewijzen dat er sprake is van negatieve effecten, zonder deze concreet te gaan begroten.

¹⁰⁰ P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, t. II, vol. 2, Brussel, Bruylant, 2013, 1613, nr. 1095; J. RONSE ET AL., “Schade en Schadeloosstelling” in *APR*, Gent, E.Story-Scientia, 1984, 59, nr. 68; H. BOCKEN ET AL., *Inleiding tot het schadevergoedingsrecht*, Brugge, die Keure, 2014, 47, nr. 71. Voor een toepassing inzake private damages, zie bv. Kh. Gent 23 maart 2017, *Herman Verbooven e.a. / Honda Motor Europe Logistics, TBM/RDC (Competition)* 2017, afl. 2, 162-181.

¹⁰¹ W. VANDENBUSSCHE, *Bewijs en onrechtmatige daad*, Brussel, Intersentia, 2017, 134.

¹⁰² Zie hierover bv. B. DURAND, “Quantifying damages: an overview” in R. AMARO (ed.), *Private Enforcement of Competition Law in Europe*, Brussel, Bruylant, 2021, 261-288; J.-F. LABORDE, “Cartel damages actions in Europe: how courts have assessed cartel overcharges” in R. AMARO (ed.), *Private Enforcement of Competition Law in Europe*, Brussel, Bruylant, 2021, 289-298; B. WEYTS, “Economische schade”, *TBH/RDC* 2013, afl. 10, 1014-1038; I. SAMOY, “Zuivere economische schade, hoe de pleinvrees overwinnen ...”, *TBH/RDC* 2013, afl. 10, 1039-1049; X. TATON, “Quelle méthode pour l'évaluation concrète du dommage économique? L'exemple des infractions au droit de la concurrence”, *TBH/RDC* 2013, afl. 10, 1050-1056; P. GILLAERTS, “De impact van richtlijn 2014/104/EU op het Belgische buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht – Game over door spillover of probleemloze insertie uit inertie?”, *RW* 2016-17, afl. 31, 1203, nrs. 36-44.

¹⁰³ W. VANDENBUSSCHE, *Bewijs en onrechtmatige daad*, Brussel, Intersentia, 2017, 141-142.

¹⁰⁴ 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 (2013/C 167/07) (*Pb.* 13 juni 2013, C. 167/19) (hierna “mededeling van de Commissie betreffende de begroting van schade”).

¹⁰⁵ Commission staff working document (SWD(2013)205), Practical guide on quantifying harm in actions for damages based on breaches of article 101 or 102 of the Treaty on the Functioning of the European Union accompanying the Communication from the Commission on quantifying harm in actions for damages based on breaches of article 101 or 102 of the Treaty on the Functioning of the European Union. De officiële Nederlandse vertaling (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) is beschikbaar via www.ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/quantification_guide_nl.pdf (hierna “Praktische Gids van de Commissie betreffende de begroting van schade”).

¹⁰⁶ Mededeling van de Commissie betreffende de begroting van schade, nr. 11.

Andermaal liggen de kaarten anders indien de benadeelde zich kan beroepen op de schadevorderingsrichtlijn en de omzettingwet, en het weerlegbaar vermoeden dat een *kartel*-inbreuk schade veroorzaakt.¹⁰⁷ Het *bestaan* van schade wordt dus vermoed indien er reeds een kartelinbreukbeslissing voorligt, aangezien de rechter de beslissing dient te beschouwen als een (al dan niet weerlegbaar) bewijs dat er sprake is van een inbreuk op het mededingingsrecht.¹⁰⁸

Overigens is een beslissing van een mededingingsautoriteit geen voorwaarde voor het inleiden van een vordering tot het bekomen van een schadevergoeding omwille van een mededingingsrechtelijke inbreuk.¹⁰⁹ Hoewel een dergelijke beslissing in de praktijk vaak de aanleiding is voor het inleiden van schadevorderingen (*“follow-on damages actions”*), is het natuurlijk ook mogelijk om zonder beslissing van een autoriteit aan te klagen dat een onderneming zich schuldig heeft gemaakt aan een schending van het mededingingsrecht waardoor schade wordt geleden (*“stand-alone private damages actions”*).

Dit neemt niet weg dat zelfs met toepassing van dit vermoeden van het bestaan van schade, de eiser nog steeds de bewijslast zal dragen om de omvang van de schade aan te tonen. De schadevorderingsrichtlijn bepaalt uitdrukkelijk dat de regels inzake de begroting van de schade op basis van de nationale rechtssystemen van elke lidstaat moeten worden vastgesteld. Daaraan wordt conform de rechtspraak van het Hof van Justitie toegevoegd dat de eisen in nationaal recht niet minder gunstig mogen zijn dan de eisen voor vergelijkbare nationale vorderingen (gelijkwaardigheidsbeginsel) en het niet praktisch onmogelijk of buitensporig moeilijk mag worden gemaakt om een schadevergoeding te bekomen (doeltreffendheidsbeginsel).¹¹⁰

40. Vergelijkingsmethode. Hoe kan een eiser dan aanneemelijk maken dat er sprake is van schade, en hoe dient deze dan begroot te worden? De geannoteerde uitspraak stelt dat de eiser verwees naar een vergelijking van de prijzen die werden betaald vóór, tijdens en ná de inbreukperiode. Het is weliswaar verbazingwekkend dat de eiser klaarblijkelijk uitsluitend verwees naar deze vergelijking, zonder dit stuk ook effectief toe te voegen, tot in hoger beroep toe. Uit het arrest blijkt immers dat het hof dit nochtans uitermate relevant stuk

niet effectief kon raadplegen aangezien deze niet ter beschikking gesteld is aan haar.

Een analyse van prijsverschillen heeft inderdaad haar merites als (eerste) indicatie van een eventueel effect van de mededingingsinbreuk op de prijzen. De prijzen vóór en tijdens het kartel kunnen worden vergeleken, dan wel de prijzen tijdens en ná, of een combinatie van beiden (de zgn. *“before-and-after”*- of *“benchmark”*-methode).

Loutere prijsverschillen zeggen niet alles. Prijzen worden mogelijks ook beïnvloed door andere elementen, zoals een variatie in de grondstofprijzen, technologische evoluties, verschillen in de kostenstructuren, enz. Elk mogelijk prijsverschil toeschrijven aan de inbreuk is doorgaans te eenvoudig. Een lagere prijs gedurende de inbreukperiode toont bijvoorbeeld niet aan dat er geen effect zou zijn van de inbreuk op de prijzen: het zou ook best kunnen dat de competitieve prijs (zonder de inbreuk) *nog* lager was geweest. Het omgekeerde speelt uiteraard ook: hogere prijzen gedurende de kartelperiode zijn daarom nog niet integraal te wijten aan de inbreuk. Daarnaast wordt erkend dat het mogelijk is dat ook na de formele afloop van de inbreukmakende handelingen, er nog een bepaalde *“besmettingsperiode”* geldt waarbij ook na de inbreukperiode de prijzen beïnvloed zijn door de historische inbreuk.

41. Meer dan enkel de meerprijs die werd betaald aan de inbreukplegers... Zoals hoger vermeld, geldt het principe van de integrale schadeloosstelling. Alle schade ingevolge de inbreuk komt voor schadeloosstelling in aanmerking. Deze schade is daarom niet noodzakelijk beperkt tot de eventueel betaalde meerprijs aan de effectieve deelnemers van de mededingingsrechtelijke inbreuk. Zo zal de schade van een concurrent die uit de markt wordt gedrukt omwille van een misbruik van machtspositie niet focussen op de door die concurrent betaalde meerprijs, maar eerder op de gederfde winst omwille het misbruik. Ook eventuele meerprijzen die werden betaald aan ondernemingen die zich niet schuldig hebben gemaakt aan de mededingingsbeperkende inbreuk, maar wel hun prijzen opdreven ingevolge de algemene marktendens en het gebrek aan concurrentiële druk op de prijzen (door het effect van de inbreuk) mogen niet uitgesloten worden van de schadevordering ten aanzien van de

¹⁰⁷. Art. XVII.73 WER.

¹⁰⁸. Indien de Europese Commissie een inbreuk heeft vastgesteld kan de nationale rechter niet meer oordelen dat er geen sprake is van een inbreuk op het mededingingsrecht. Met het oog op de uniforme toepassing van het Unierecht kunnen nationale rechterlijke instanties immers geen beslissingen nemen die in strijd zijn met de door de Commissie gegeven beschikking (art. 16 verordening nr. 1/2003). Ingevolge de schadevorderingsrichtlijn geldt nu ook dat de inbreuk onweerlegbaar vaststaat indien er sprake is van een beslissing van de eigen nationale mededingingsautoriteit of de beroepsinstantie die de inbreuk op het mededingingsrecht vaststelt (art. 9, 1. schadevorderingsrichtlijn en art. XVII.82, § 1 WER). Voor beslissingen van nationale mededingingsautoriteiten of beroepsinstanties van andere lidstaten van de Europese Unie geldt dat zij minstens dienen aanvaard te worden als begin van bewijs van het feit dat zich een inbreuk op het mededingingsrecht heeft voorgedaan (art. 9, 2. schadevorderingsrichtlijn en art. XVII.82, § 2 WER). Dit alles maakt het voor verweerders niet evident om aan te tonen dat er geen sprake zou zijn van een inbreuk indien het gedrag reeds het voorwerp uitmaakte van een beslissing van een mededingingsautoriteit (zie hierover ook I. CLAEYS en M. VAN NIEWENBORGH, “De rechtsvordering tot schadevergoeding voor mededingingsinbreuken. Een grote stap vooruit?”, *TBH/RDC* 2018, afl. 2, 119, nr. 10).

¹⁰⁹. Zie ook schadevorderingsrichtlijn, overw. 13.

¹¹⁰. Zie ook schadevorderingsrichtlijn, overw. 46.

deelnemers aan de inbreuk (“*umbrella pricing*”).¹¹¹

42. ... of minder? In de omgekeerde zin wordt door inbreukplegers vaak opgeworpen dat hun rechtstreekse afnemers de eventuele prijsverhogingen ingevolge de inbreuk op hun beurt al dan niet gedeeltelijk hebben doorgerekend aan hun eigen klanten, waardoor zij niet zelf integraal de veroorzaakte schade hebben geleden (de zogenaamde “*passing-on defense*”).¹¹² De bewijslast ligt op de inbreukpleger die dit verweermiddel inroept.¹¹³

Specifiek over *passing-on* publiceerde de Europese Commissie richtsnoeren die in aanmerking kunnen worden genomen door nationale rechters.¹¹⁴ Daarin is onder meer bepaald dat als er sprake is van al dan niet gedeeltelijke doorberekening, de directe afnemer ook schade kan lijden omwille van het zogenaamde “volume effect”. Dit betreft de schade die wordt veroorzaakt door het feit dat wegens de meerkosten minder producten of diensten worden afgenomen. Immers, als de directe afnemer de meerkosten veroorzaakt door de inbreuk geheel of gedeeltelijk doorberekent aan zijn klanten, heeft hij niet enkel te maken met een prijseffect, maar vaak ook met een afname van de vraag. Het eindresultaat is dat de directe afnemer minder verkoopt. Dit volume-effect kan als gederfde winst worden teruggevorderd.¹¹⁵

43. Andere economische methoden. De prijsvergelijkingsmethode (“*benchmark*”) doorheen de tijd is niet de enige valabele en werkbare methode. Zo kan een economische analyse van de impact van de inbreuk een vergelijking maken met de situatie op een markt die niet werd geïmpacted door de inbreuk of de situatie op een gelijkaardige productmarkt (“*yardstick*”). Ook een combinatie van deze vergelijkmethode is mogelijk (“*difference in difference*”). Daarnaast houden economische analyses rekening met de kosten of financiële prestaties van de schadelijder (financiële methode), kunnen bepaalde modellen of simulaties opgebouwd worden (simulatiemethode), enz.¹¹⁶

44. De meerwaarde van een grondige economische analyse van de effecten van de mededingingsrechtelijke inbreuk en de veroorzaakte schade. Zowel de benadeelden als de inbreukplegers laten zich naar aanleiding van *private damages actions* doorgaans bijstaan door een economische consultant, die al dan niet een economisch rapport produceert met een berekeningswijze en een begroting van de schade die werd veroorzaakt door de inbreuk.

Het klassieke verweer dat een dergelijke consultant een “*hired gun*” is en een eenzijdig rapport opmaakt, doet geen afbreuk aan het feit dat een robuust economisch rapport de door eiseres geleden schade concreet en aannemelijk kan maken. De rechtbank dient een dergelijk rapport en de achterliggende juridische en economische argumentatie in aanmerking te nemen en te onderzoeken alvorens te oordelen dat de eisers geen bewijs van het bestaan van schade zouden aantonen.

D. Hulplijnen voor de rechter

45. Discretionaire beoordeling. De begroting van de schade behoort tot de discretionaire beoordeling door de feitenrechter. Er is geen verplichting om de ene of de andere methode toe te passen, en naar gelang de specifieke situatie kan het mogelijk zijn om een combinatie van verschillende methoden toe te passen. Ook de schadevorderingsrichtlijn of de omzettingwet bevatten ter zake geen wijzigingen aan het reeds bestaand Belgisch aansprakelijkheidsrecht. Het is derhalve uiteindelijk de rechter die zal oordelen over de geschikte schadeloosstelling, inclusief de methode voor de berekening ervan.

46. De mededingingsautoriteit als *amicus curiae*. Indien de rechtbank dit nodig acht, kan zij aan de Belgische mededingingsautoriteit (BMA) verzoeken om bijstand te verlenen bij het bepalen van het bedrag van de schade.¹¹⁷ Tot op heden hebben wij nog geen kennis van een uitspraak in een schadevergoedingszaak waar de BMA om bijstand wordt verzocht. Op Europees niveau bezorgde de Europese Commissie reeds

¹¹¹ Zie in dit verband: HvJ 5 juni 2014, C-557/12, *Kone e.a. / OBB-Infrastruktur AG*, ECLI:EU:C:2014:1317 en in het bijzonder Concl. Adv. Gen. KOKOTT van 30 januari 2014, § 2: “Van een dergelijke prijsopdrijvende werking (hierna: “*umbrella pricing*”) wordt gesproken wanneer ondernemingen die zelf niet aan een kartel deelnemen (zogenaamde *kartelbuitenstaanders*) in het zog van de praktijken van het desbetreffende kartel, als het ware ‘onder de paraplu van het kartel’, voor hun eigen producten – bewust of onbewust – een hogere prijs berekenen dan zij onder mededingingsvoorwaarden hadden kunnen doen.”

¹¹² Zie hierover uitgebreid M. BOTTA, “The principle of passing on in EU Competition Law in the Aftermath of the Damages Directive”, *European Review of Private Law* 2017, afl. 5, 881-907; L. GARZANITI en A. MULLER, “Wat verandert er met de omzetting van de richtlijn schadevorderingen in België? – Een blik uit de praktijk”, *Competitio*, 2018/1, 48.

¹¹³ Dit wordt uitdrukkelijk erkend in art. 13 schadevorderingsrichtlijn en art. XVII.83 WER, maar gold ook reeds in het gemeen aansprakelijkheidsrecht, conform het principe *actori incumbit probatio*.

¹¹⁴ Mededeling van de Europese Commissie, richtsnoeren voor de nationale rechterlijke instanties over de wijze waarop het aan de indirecte afnemer doorberekenende aandeel van de meerkosten wordt geraamd (2019/C 267/07) (Pb. 9 augustus 2019, C. 267/4), hierna “*passing-on richtsnoeren*”.

¹¹⁵ Zie bv. *passing-on richtsnoeren*, § 10 en § 15.

¹¹⁶ Zie hierover bv. B. DURAND, “Quantifying damages: an overview” in R. AMARO (ed.), *Private Enforcement of Competition Law in Europe*, Brussel, Bruylant, 2021, 261-288, waarin de auteur diverse methodes bespreekt en illustreert. Zie ook de *Praktische Gids betreffende de begroting van schade*, p. 16-44 (“Methoden en technieken”).

¹¹⁷ Art. IV.88, § 2 WER

in meerdere schadevergoedingszaken opmerkingen als *amicus curiae*.¹¹⁸

47. Aanstelling van een gerechtsdeskundige. De rechter heeft natuurlijk de mogelijkheid om een gerechtsdeskundige aan te stellen om een technisch en economisch advies te verlenen.¹¹⁹ In de geannoteerde uitspraak werd in eerste aanleg een bedrijfsrevisor aangesteld om een advies te geven over “*alle mogelijke oorzaken van de gebeurlijk vastgestelde prijsverschillen*” in de inbreukperiode en daarbij het financieel nadeel van de eisers te ramen. Het hof doet deze uitspraak teniet. Het verzoek tot aanstelling van een gerechtsdeskundige om een advies te geven over de *omvang* van de schade wordt geweigerd, net omdat er nog geen bewijs voorlag van het *bestaan* van schade.

48. Ex aequo et bono? Kan een rechter die geconfronteerd wordt met een vordering tot het bekomen van schadevergoeding omwille van een mededingingsrechtelijke inbreuk de schade naar billijkheid ramen en toekennen?¹²⁰ In de *Honda*-zaak had de eiser de rechtbank te Gent overtuigd van het bestaan van schade, maar wees de rechtbank het verzoek tot aanstelling van een gerechtsdeskundige af omdat dit “*onbegonnen werk*” zou zijn. De rechtbank kende daarop een schadevergoeding *ex aequo et bono* toe.¹²¹ Wij hebben weet van nog minstens één niet-gepubliceerde Belgische uitspraak in een *private damages*-zaak die dezelfde redenering toepast, waartegen weliswaar hoger beroep werd aangetekend.

Men kan zich de vraag stellen hoe deze uitspraken zich verhouden met de vaste rechtspraak van het Hof van Cassatie, die bepaalt dat de rechter de schadevergoeding slechts naar billijkheid mag ramen indien hij de redenen aangeeft waarom hij de door de schadelijder voorgestelde berekeningswijze niet kan aannemen en tevens vaststelt dat de schade onmogelijk anders kan worden bepaald.¹²² Het Hof

van Cassatie beperkt alvast de mogelijkheden om al te snel terug te vallen op een begroting *ex aequo et bono*.¹²³ Anderzijds voorziet de schadevorderingsrichtlijn uitdrukkelijk dat de rechter bevoegd moet zijn om “*de schade te ramen, indien vaststaat dat een eiser schade heeft geleden, maar het praktisch onmogelijk of buitensporig moeilijk is de geleden schade op basis van het beschikbare bewijsmateriaal nauwkeurig te begroten*”.¹²⁴ De wetgever achtte het niet noodzakelijk om deze bepaling uitdrukkelijk op te nemen in de omzettingwet, wat onduidelijkheid creëert.¹²⁵ Een rechter doet er alvast goed aan om een toekenning van een schadevergoeding *ex aequo et bono* bijzonder te motiveren, om de toetsing door het Hof van Cassatie te doorstaan.

E. Quid het gelijkwaardigheidsbeginsel en het doeltreffendheidsbeginsel?

49. Strengere Belgische rechtspraak. We kunnen enkel vaststellen dat in de weinige gepubliceerde uitspraken over vorderingen tot het bekomen van een schadevergoeding wegens een mededingingsrechtelijke inbreuk, de Belgische rechters zich (zeer) streng opstellen ten aanzien van de voorwaarde om het bestaan van schade te bewijzen. Op dezelfde grondslag werden de vorderingen van een aantal Belgische en Europese overheden tegen de liftenbouwers afgewezen, in twee uitvoerig becommentarieerde vonnissen.¹²⁶ Het geannoteerde arrest is alvast een nieuwe in een reeks van zaken waarbij de eiser van een kale reis terugkomt.¹²⁷

50. Het gelijkwaardigheidsbeginsel en het doeltreffendheidsbeginsel. Men kan zich de vraag stellen in welke mate deze uitspraak verenigbaar is met het Europees recht. Reeds lang voor de schadevorderingsrichtlijn had het Hof van Justitie immers al geoordeeld dat de volle werking van

¹¹⁸. Op grond van art. 15 van de verordening (EG) nr. 1/2003. Voor een overzicht, zie: www.ec.europa.eu/competition-policy/antitrust/national-courts/amicus-curiae-observations_en.

¹¹⁹. Art. 962 Ger.W.

¹²⁰. Zie hierover uitgebreid: M. VERHULST, “Billijkheid als *deus ex machina* bij moeilijke schadebegroting? Toepassing op de privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht”, *TBBR* 2019, afl. 3, 107-132.

¹²¹. Kh. Gent 23 maart 2017, *Herman Verbooven e.a. / Honda Motor Europe Logistics, TBM/RDC (Competitio)* 2017, afl. 2, 162-181. Het is niet gekend of hoger beroep werd aangetekend tegen deze beslissing.

¹²². Zie bv. Cass. 23 oktober 1991, *Pas.* 1992, I, p. 148; Cass. 13 januari 1999, P.98.0732.F, www.juportal.be; Cass. 15 september 1999, P.99.1184.F, www.juportal.be; Cass. 5 december 2001, P.01.115.F, www.juportal.be; Cass. 17 februari 2012, *RW* 2014-15, afl. 11, 437; Cass. 20 november 2012, *RW* 2014-15, afl. 11, 438; Cass. 8 januari 2016, *RGAR* 2016, afl. 4, nr. 15.291; Cass. 2 maart 2016, *JT* 2017, afl. 6691, 400; Cass. 7 juni 2017, P.17.0313.F, www.juportal.be.

¹²³. B. WEYTS, “Economische schade”, *TBH/RDC* 2013, afl. 10, 1029, nrs. 40-47.

¹²⁴. Art. 17 schadevorderingsrichtlijn

¹²⁵. M. VERHULST, “Billijkheid als *deus ex machina* bij moeilijke schadebegroting? Toepassing op de privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht”, *TBBR* 2019, afl. 3, 126-127, nrs. 42-45.

¹²⁶. Kh. Brussel (Nl.) 24 november 2014, *Europese Unie / Liftenproducenten, TBM/RDC (Competitio)* 2015, afl. 1, 37 *et seq.*; Kh. Brussel (Nl.) 24 april 2015, *Belgische Staat e.a. / Liftenproducenten, TBM/RDC (Competitio)* 2015, afl. 3, 212 *et seq.* Zie hierover ook kritisch T. BONTINCK en P. GOFFINET, “Le jugement du 24 novembre 2014 du tribunal de commerce néerlandophone de Bruxelles: le private enforcement au point mort?”, *TBM/RDC (Competitio)* 2015, afl. 1-2, 47-56. In beide zaken werd hoger beroep aangetekend. Voor wat betreft de zaak van de Europese Unie, zie ook Brussel 28 oktober 2015, *P&B* 2017, afl. 1, 25; Cass. 22 maart 2018, C.16.0090.N, www.juportal.be.

¹²⁷. Zie ook X. TATON, F. FRANCHOO, I. ROOMS en N. BAETEN, “Overzicht van rechtspraak. Private handhaving van het mededingingsrecht in België (2011-2014)”, *TBH/RDC* 2017, afl. 8, 808-818; K. PLATTEAU en G. BORREMANS, “Private handhaving van het mededingingsrecht in de lift, ook in België?”, *Cah.jur.* 2015, afl. 4, 108.

de mededingingsrechtelijke verdragsbepalingen (art. 101 en 102 VWEU) vereist dat eenieder effectief een schadevergoeding dient te kunnen vorderen van de schade die hem werd berokkend door een mededingingsbeperkende afspraak of gedraging. Het Hof gaf daarbij aan dat bij gebrek aan uniforme Europese regelgeving, het een aangelegenheid van nationaal recht is om de regels ter zake vast te stellen, voor zover deze regels niet ongunstiger zijn dan deze die volgens het nationaal recht gelden voor soortgelijke zaken (gelijkwaardigheidsbeginsel) en de uitoefening van het door het Europees recht gegarandeerde recht op schadevergoeding in de praktijk “niet onmogelijk of uiterst moeilijk” worden gemaakt (doeltreffendheidsbeginsel).¹²⁸ Het Hof maakte daarbij ook duidelijk dat alle schade die in causaal verband staat met de inbreuk in aanmerking dient te komen voor schadevergoeding, teneinde de doeltreffende toepassing en het nuttig effect van artikelen 101 en 102 VWEU te handhaven.¹²⁹

Op grond van deze overwegingen oordeelde het Hof bijvoorbeeld reeds dat Oostenrijkse regels die een vergoeding omwille van “*umbrella pricing*” categoriek uitsluiten niet in overeenstemming zijn met het Europees recht.¹³⁰ Het Hof deed hetzelfde bij Portugese verjaringsregels voor het instellen van een vordering tot het bekomen van een schadevergoeding.¹³¹ Ook de overeenstemming tussen de Italiaanse verjaringsregels en het doeltreffendheidsbeginsel werd in vraag gesteld.¹³²

51. Doorstaat het geannoteerde arrest de toets van het Hof van Justitie? De geannoteerde uitspraak voldoet vol-

gens ons wel aan de door het Hof van Justitie vooropgestelde criteria. Nu de eiser zich niet op een omkering van de bewijslast kon beroepen, diende zij het bestaan van schade aannemelijk te maken conform het principe dat diegene die iets beweert, dit ook dient aan te tonen.¹³³

Met andere woorden, de eiser dient op basis van de gegevens waarover zij beschikt aannemelijk te maken dat zij schade heeft geleden omwille van de mededingingsrechtelijke inbreuk. Diezelfde principes inzake de bewijslast gelden ook voor andere aansprakelijkheidsvorderingen¹³⁴ (gelijkwaardigheidsbeginsel). In de praktijk maakte deze bewijsvereiste het niet uitermate moeilijk of onmogelijk om de schadevordering in te stellen (doeltreffendheidsbeginsel), zeker omdat de eisende partij zelf aangaf dat zij een dergelijke vergelijking heeft opgemaakt.

Klaarblijkelijk beperkte de eisende partij zich in de geannoteerde uitspraak tot het verwijzen naar de beslissing van de Commissie en de Praktische Gids van de Europese Commissie over de begroting van schade bij kartelzaken. Tegelijkertijd beweerde zij dat uit een vergelijking bleek dat zij “relatief” meer betaalde voor de vrachtwagens. Het is verbazingwekkend dat het hof vaststelt dat ter zake “*geen enkel concreet onderbouwend document, element of ander gegeven*” wordt aangeleverd. O.i. kon in deze bijzondere omstandigheden het hof zonder schending van het doeltreffendheids- of gelijkwaardigheidsprincipe oordelen dat er geen bewijs van het bestaan van schade voorligt, waardoor ook de poort van de schadeloosstelling (en de begroting van de schade) dicht blijft.

7. CONCLUSIE

De geannoteerde uitspraak lijkt op het eerste gezicht een bijkomende uitspraak in de rij van (zeer) strenge Belgische rechtspraak waarbij eisende partijen die een schadevergoeding vorderen omwille van mededingingsrechtelijke inbreuken keer op keer in het stof bijten. De bijzondere omstandigheden kunnen niet uit het oog verloren worden: de eiser bracht klaarblijkelijk geen enkel concreet element aan om het bestaan van schade aan te tonen, en beperkte zich tot een verwijzing naar algemene studies en een niet-voorgebrachte eigen vergelijking.

Bij gebrek aan toepassing van de schadevorderingsrichtlijn en de omzettingwet blijft de eiser de bewijslast dragen om het bestaan van schade aan te tonen, als één van de horden in het hindernissenparcours die benadeelden van mededingingsrechtelijke inbreuken dienen te doorlopen richting een schadeloosstelling. De schadevorderingsrichtlijn en de omzettingwet helpen de eisers alvast een handje, door deze horde weg te nemen en de bewijslast om te keren in geval van een kartelinbreuk. De temporele toepassing van de bepalingen van de schadevorderingsrichtlijn en de omzettingwet

¹²⁸ HvJ 20 september 2001, C-453/99, *Courage en Crehan*, ECLI:EU:C:2001:465, r.o. 26 en 29; HvJ 13 juli 2006, C-295/04-C-298/04, *Manfredi*, ECLI:EU:C:2006:461, r.o. 61; HvJ 6 november 2012, C-199/11, *Otis e.a.*, ECLI:EU:C:2012:684, r.o. 41; HvJ 6 juni 2013, C-536/11, *Donau Chemie e.a.*, ECLI:EU:C:2013:366, r.o. 21; HvJ 5 juni 2014, C-557/12, *Kone e.a. / OBB-Infrastruktur AG*, ECLI:EU:C:2014:1317, r.o. 25.

¹²⁹ HvJ 6 november 2012, C-199/11, *Otis e.a.*, ECLI:EU:C:2012:684, r.o. 30.

¹³⁰ Zie in dit verband: HvJ 5 juni 2014, C-557/12, *Kone e.a. / OBB-Infrastruktur AG*, ECLI:EU:C:2014:1317.

¹³¹ HvJ 28 maart 2019, C-637/17, *Cogeco Communications Inc. / Sport TV Portugal e.a.*, ECLI:EU:C:2019:263.

¹³² HvJ 13 juli 2006, C-295/04-C-298/04, *Manfredi*, ECLI:EU:C:2006:461.

¹³³ Art. 8.4 NBW (voorheen art. 1315 (oud) BW) en art. 870 Ger.W.

¹³⁴ Zie ook B. WEYTS, “Economische schade”, *TBH/RDC* 2013, afl. 10, 1030, nr. 41. Daarbij merkt de auteur overigens terecht op dat ook in het gemeen aansprakelijkheidsrecht geldt dat eens de benadeelde de fout, het oorzakelijk verband en het bestaan van schade heeft bewezen, het voor een rechter een brug te ver is om alsnog te weigeren om een schadevergoeding toe te kennen omdat onvoldoende concreet bewijs voorligt van de omvang van de schade.

blijven evenwel voor discussie zorgen. Eenmaal de eisers de horde van het bewijs van schade hebben overwonnen, kunnen zij eindelijk de finale stap van de begroting van de schade aanvatten. Deze thematiek zal in de toekomst zeker

nog voer voor discussie blijven. Wel zorgt het vrachtwagenkartel voor evolutie in de rechtspraak.

The story continues ...