



# ADVIES

CRB 2016 - 1150

Schadevorderingen  
wegens inbreuken op het mededingingsrecht





**COMMISSIE VOOR DE MEDEDINGING**

**Advies betreffende schadevorderingen  
wegens inbreuken op het mededingingsrecht**

**Brussel  
19-05-2016**

## **Inbehandelingneming**

Bij brief van 8 april 2016 heeft de heer Kris Peeters, Vice-eersteminister en minister van Werk, Economie en Consumenten, belast met Buitenlandse Handel, de Commissie voor de Mededinging in de onderstaande bewoordingen om advies gevraagd:

*"Mijnheer de Voorzitter,*

*Het Europees Parlement en de Raad hebben op 26 november 2014 richtlijn 2014/104/EU betreffende bepaalde regels voor schadevorderingen volgens nationaal recht wegens inbreuken op de bepalingen van het mededingingsrecht van de lidstaten en van de Europese Unie aangenomen. Deze richtlijn moet uiterlijk 27 december 2016 worden omgezet.*

*Overeenkomstig art. IV.39 van het Wetboek van economisch recht heb ik het genoeg de Commissie voor de Mededinging om advies te verzoeken over het voorontwerp van wet dat tot doel heeft deze richtlijn om te zetten en over de memorie van toelichting bij die wet. Ik vestig uw aandacht erop dat de memorie van toelichting nog maar alleen in het Frans bestaat; aan de Nederlandse vertaling wordt nog gewerkt.*

*Ik zou het op prijs stellen dat u mij uw advies uiterlijk 6 mei 2016 toestuurt.*

*..."*

De Commissie voor de Mededinging, hierna de Commissie genoemd, is op 19 en 28 april 2016 bijeengekomen onder het voorzitterschap van de heer Jacques Bourgeois om een ontwerpadvies voor te bereiden. Dit ontwerpadvies werd na een schriftelijke procedure op 19 mei 2016 unaniem goedgekeurd door de Commissie.

Bij de voorbereiding van het ontwerpadvies heeft de Commissie kunnen rekenen op de deskundige medewerking van vertegenwoordigers van de fod Economie.

## Inleiding

Richtlijn 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, hierna de richtlijn genoemd, beoogt het waarborgen van de effectieve uitoefening van het recht op schadevergoeding voor slachtoffers van inbreuken op het mededingingsrecht. Met een duidelijker en meer uniform kader wil de richtlijn ervoor zorgen dat het makkelijker wordt voor slachtoffers van inbreuken op het mededingingsrecht om de schade die zij hebben geleden volledig vergoed te krijgen.

De publieke handhaving van het mededingingsrecht, in het bijzonder van de artikelen 101 en 102 VWEU, is in handen van de Europese Commissie en de nationale mededingingsautoriteiten, op basis van Verordening (EG) nr. 1/2003 van de Raad. De Europese Commissie en de nationale mededingingsautoriteiten kunnen aldus inbreuken vaststellen op het mededingingsrecht en boetes opleggen, zonder dat zij schadevergoeding kunnen toekennen aan de ondernemingen of burgers (consumenten) die slachtoffer zijn van deze inbreuken. De privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht behoort immers toe aan de nationale rechterlijke instanties. Om een goede uitvoering van de mededingingsregels van de Europese Unie te garanderen, is een doeltreffende wisselwerking tussen de publieke handhaving van het mededingingsrecht door de Europese Commissie en de nationale mededingingsautoriteiten enerzijds, en de private handhaving van het mededingingsrecht door de nationale rechterlijke instanties anderzijds, noodzakelijk.

Verschillende obstakels zoals de toegang tot het bewijsmateriaal, de verschillen in nationale regels tussen de lidstaten, verjaringsregels, begroting van de schade... bemoeilijken het effectief uitoefenen van het recht op schadevergoeding voor slachtoffers. De richtlijn beoogt deze obstakels weg te werken, zodat slachtoffers een volledige vergoeding van de schade kunnen verkrijgen. Daartoe worden in de richtlijn de volgende middelen opgenomen:

- a) Het recht op een volledige vergoeding van de schade (artikel 3 van de richtlijn);
- b) Een weerlegbaar vermoeden dat kartelinbreuken schade berokkenen (artikel 17, punt 2 van de richtlijn);
- c) Het bevel van een rechter tot het verlenen van toegang tot specifieke relevante bewijsstukken of relevante categorieën bewijsmateriaal waarover een partij of een derde zeggenschap heeft, die zo nauwkeurig en zo eng dienen te worden omschreven in een met redenen omkleed verzoek op basis van alle redelijkerwijs beschikbare feiten en bewijsmateriaal (artikel 5 e.v. van de richtlijn);
- d) De bescherming van bepaalde categorieën bewijsmateriaal tot de mededingingsautoriteit haar procedure heeft beëindigd (de zogenaamde grijze lijst) (artikel 6, punt 5 van de richtlijn);
- e) De absolute bescherming van clementieverklaringen en verklaringen met het oog op een schikking (artikel 6, punt 6 van de richtlijn);
- f) Het opleggen van sancties in geval van niet-nakoming van een door een bevel tot het verlenen van toegang, van de vernietiging van relevant bewijsmateriaal, van de niet-nakoming van de opgelegde verplichtingen ter bescherming van vertrouwelijke informatie, of in geval van inbreuk op de beperkingen op het gebruik van bewijsmateriaal (artikel 8 van de richtlijn);

- g) Het instellen van een onweerlegbaar vermoeden voor de nationale rechter van een inbreuk op het mededingingsrecht die door een definitieve inbreukbeslissing van de nationale mededingingsautoriteit of van een beroepsinstantie is vastgesteld (artikel 9, punt 1 van de richtlijn);
- h) Het principe van de doorberekening van de meerkosten, die enerzijds aan de inbreukpleger toelaat om als verweer tegen een schadevordering aan te voeren dat de eiser de door de inbreuk veroorzaakte meerkosten volledig of ten dele heeft doorberekend, en die het anderzijds voor indirecte afnemers makkelijker maakt om aan te tonen dat zij schade hebben geleden (artikel 12 e.v. van de richtlijn);
- i) Het principe van de hoofdelijke aansprakelijkheid, met bijzonderheden voor kleine en middelgrote ondernemingen en voor de ontvanger van een volledige vrijstelling van geldboetes of van immunitet van vervolgingen (artikel 11 van de richtlijn);
- j) De beperking van het principe van de hoofdelijke aansprakelijkheid voor de inbreukpleger die een schikkingsovereenkomst heeft afgesloten met het slachtoffer van de inbreuk (artikel 19 van de richtlijn);
- k) De schorsing gedurende een periode van maximum 2 jaar van een gerechtelijke procedure betreffende schadevorderingen wegens inbreuken op het mededingingsrecht, in geval van een buitengerechtelijke geschillenbeslechtsprocedure (artikel 18 van de richtlijn);
- l) Het voorzien van verjaringstermijnen die een effectieve uitoefening van het recht op schadevergoeding mogelijk maken (artikel 10 van de richtlijn);
- m) De schorsing van de verjaringstermijn voor het instellen van een schadevordering voor de duur van elke buitengerechtelijke geschillenbeslechtsprocedure (artikel 18 van de richtlijn).

Om deze middelen uit de richtlijn in de Belgische rechtsorde om te zetten, werd ervoor geopteerd om wijzigingen aan te brengen in het Wetboek van Economisch (WER). Naast het toevoegen van een aantal definities in Boek I. Definities van het WER, waren een aantal aanpassingen noodzakelijk in Boek IV. Bescherming van de mededinging en in Titel 2. De rechtsoverdracht tot collectief herstel van Boek XVII. Bijzondere rechtsprocedures. De meeste bepalingen uit de richtlijn worden echter omgezet door het toevoegen van een Titel 3. Schadevordering voor inbreuken op het mededingingsrecht in Boek XVII WER.

## 1 Algemene beschouwingen

Zoals de Commissie reeds heeft aangegeven in haar advies van 9 januari 2014<sup>1</sup> over het toenmalige voorstel van richtlijn, onderschrijft de Commissie ten volle de doelstellingen die aan deze richtlijn ten grondslag liggen, met name om een aantal praktische obstakels weg te werken voor slachtoffers van mededingingsinbreuken die voor de nationale rechter een schadevergoeding willen bekomen, zodat zij, via een duidelijker en uniform kader binnen de Europese Unie, hun recht op schadevergoeding ook effectief kunnen uitoefenen. Deze richtlijn komt met andere woorden zowel consumenten als ondernemingen ten goede die slachtoffer zijn van inbreuken op het mededingingsrecht. De Commissie stelt het op prijs dat in deze richtlijn in belangrijke mate rekening werd gehouden met de resultaten van de gedurende een lange periode uitgevoerde externe studies, effectbeoordelingen en publieke raadplegingen van belanghebbende partijen. De Commissie wijst in het bijzonder op het groenboek "Schadevorderingen wegens schending van de communautaire antitrustregels" (2005) en het witboek betreffende schadevergoedingsacties wegens schending van de communautaire mededingingsregels (2008).

De Commissie stelt vast dat de richtlijn voor de omzetting van sommige bepalingen aan de lidstaten weinig tot geen manoeuvreerruimte geeft, terwijl dit voor een aantal andere bepalingen wel het geval is. In de gevallen waar er weinig tot geen manoeuvreerruimte is beperkt het advies zich dan ook tot de loutere vaststelling of de bepalingen richtlijnconform worden omgezet in het Belgisch recht. De Commissie betreurt verder dat, zoals blijkt uit de contacten met de vertegenwoordigers van de fod Economie, de Europese Commissie in sommige gevallen nalaat om duidelijke standpunten in te nemen wanneer een bepaald artikel van de richtlijn interpretatieproblemen oplevert en het in feite aan het Europese Hof van Justitie wordt overgelaten om eventuele problemen te beslechten. Dit komt de rechtszekerheid niet ten goede. De Commissie is bovendien van mening dat de Europese Commissie een lidstaat niet ter verantwoording mag roepen voor een verkeerde omzetting van de richtlijn wanneer de lidstaat een interpretatievraag heeft gesteld en de Europese Commissie heeft nagelaten een duidelijk antwoord te geven.

Door de nieuwe bepalingen uit het voorontwerp van wet zal de nationale rechter geconfronteerd worden met concepten en begrippen uit het mededingingsrecht, waarvoor hij momenteel nog niet noodzakelijk over de vereiste expertise beschikt. Zo bepaalt het ingevoegde artikel XVII.78 dat onder meer ook de regels en praktijken die gelden krachtens het recht van de Europese Unie van toepassing zijn wanneer de rechter de toegang tot bewijsmateriaal beveelt dat zich in het dossier van een mededingingsautoriteit bevindt. Hieronder vallen met name ook de interne documenten die worden uitgewisseld in het kader van het Europees Concurrentienetwerk. Aangezien de rechter niet steeds vertrouwd zal zijn met dergelijke documenten, heeft de fod Economie het voornemen om vormingen te organiseren voor de rechters in deze materie. De Commissie vindt dit een goede zaak. De Commissie wenst te benadrukken dat ook ondernemingen, consumenten en hun beide vertegenwoordigers goed geïnformeerd moeten worden over deze nieuwe regelgeving, zodat zij op de hoogte zijn van de mogelijkheden die deze regelgeving biedt om gemakkelijker een schadevergoeding te verkrijgen wegens inbreuken op het mededingingsrecht.

---

<sup>1</sup> CRB 2014-0025 [Advies van de Commissie voor de Mededinging betreffende het voorstel voor een richtlijn: schadevorderingen wegens inbreuken op het mededingingsrecht](#), 9 januari 2014.

De Commissie is vragende partij om op de hoogte gehouden te worden van de mate waarin met haar opmerkingen rekening werd gehouden en om verder betrokken te blijven bij de voorbereiding van het ontwerp van wet. Zodoende kan de Commissie desgewenst haar mening formuleren over belangrijke vragen die in de loop van het voorbereidingsproces nog zouden rijzen.

## **2 Inhoudelijke opmerkingen**

### **2.1 Algemeen principe van de volledige vergoeding**

Het ingevoegde Artikel XVII. 72 (artikel 14 van het voorontwerp van wet) zet artikel 3 van de richtlijn om en voert het algemeen principe van de volledige vergoeding in. Iedere natuurlijke persoon of iedere rechtspersoon die schade heeft geleden door een inbreuk op het mededingingsrecht, heeft het recht om volledige schadevergoeding te vorderen en te verkrijgen, zodat de benadeelde partij opnieuw in de situatie wordt geplaatst waarin zij zich zou bevinden indien de inbreuk op het mededingingsrecht niet was gepleegd. Er wordt verder nog toegevoegd dat de volledige vergoeding niet mag leiden tot overcompensatie, ongeacht of het een punitieve, een meervoudige of een andere schadevergoeding betreft.

De Commissie stelt vast dat dit artikel uitgebreid wordt toegelicht in de memorie van toelichting, waaruit blijkt dat het principe van de volledige schadevergoeding, zoals in de richtlijn en in het ingevoegde artikel XVII. 72 wordt voorgesteld, geheel in overeenstemming is met het gemeen recht van de burgerlijke aansprakelijkheid en de vaststaande Cassatierechtspraak die hieruit voortvloeit. Aldus omvat een volledige vergoeding dan ook de vergoeding van het daadwerkelijke verlies (*damnum emergens*) en van de gederfde winst (*lucrum cessans*), vermeerderd met de betaling van rente. De Commissie is er zich van bewust dat het voor de rechter in het kader van een schadevorderingsactie wegens inbreuken op het mededingingsrecht, moeilijker zal zijn om de gederfde winst vast te stellen dan het daadwerkelijke verlies. Volgens de Commissie is dit echter ook in het gemeen recht het geval, zodat de rechter de rechtspraak uit het gemeen recht naar analogie kan toepassen.

Hoewel artikel XVII.72 aldus niet afwijkt van de vaststaande Belgische rechtspraak, begrijpt de Commissie dat ervoor werd gekozen om toch een wettelijke bepaling te voorzien omwille van de redenen die in de memorie van toelichting worden opgesomd (fundamenteel principe van de richtlijn, rechtszekerheid...). Volgens de Commissie vormt artikel XVII.72 dan ook een richtlijnconforme omzetting.

De Commissie gaat akkoord met het feit dat het verbod van overcompensaties, zoals punitieve of meervoudige schadevergoedingen, uitdrukkelijk in de wetgeving wordt opgenomen. De Commissie vraagt wel om in de memorie van toelichting toe te voegen dat uit het expliciete verbod van overcompensatie voor deze regelgeving niet a contrario mag worden afgeleid dat overcompensatie bij andere regelgevingen wel toegestaan zouden zijn. De Commissie maakt zich de bemerking of er zich een probleem kan stellen wanneer een beslissing uit een ander land, die wel 'punitive damages' kennen, in België moet worden uitgevoerd? Volgens de Commissie vormt dit geen probleem met betrekking tot andere EU-lidstaten, aangezien ook zij de richtlijn, die op dit vlak strikt is, moeten omzetten.

### **2.2 Kartels**

In het ingevoegde artikel XVII.73 (artikel 15 van het voorontwerp van wet) wordt het weerlegbaar vermoeden ingevoerd dat kartelinbreuken schade berokkenen, zoals bepaald in artikel 17, punt 2 van de richtlijn. Een kartel wordt in de richtlijn omschreven als:



*"een overeenkomst of onderling afgestemde feitelijke gedraging tussen twee of meer concurrenten met als doel hun concurrentiegedrag op de markt te coördineren of de relevante parameters van mededinging te beïnvloeden via praktijken zoals onder meer, doch niet uitsluitend, het bepalen of coördineren van aan- of verkoopprijzen of andere contractuele voorwaarden, onder meer met betrekking tot intellectuele-eigendomsrechten, de toewijzing van productie- of verkoopquota, de verdeling van markten en klanten, met inbegrip van offertevervalsing, het beperken van importen of exporten of mededingingsversturende maatregelen tegen andere concurrenten."*

In artikel 3 van het voorontwerp van wet wordt voor de omschrijving van het begrip kartel teruggegrepen naar de definitie die is opgenomen in de Clementierichtsnoeren van de BMA. In vergelijking met de definitie uit de richtlijn vallen onder het begrip kartel ook de overeenkomsten of onderling afgestemde feitelijke gedraging met één of meer andere niet-concurrerende ondernemingen en/of ondernemingsverenigingen, met andere woorden ook de 'hub and spoke' kartels. Volgens de besprekingen van de fod Economie met de Europese Commissie kunnen 'hub and spoke' kartels enkel onder de richtlijn vallen wanneer de ondernemingen op het verticale niveau alleen de rol van facilitator vervullen en niet op dezelfde wijze actief hebben bijgedragen aan het kartel als de horizontale deelnemers. Aldus zal de definitie in het voorontwerp van wet moeten aangepast worden om richtlijnconform te zijn. De verticale deelnemers aan het hub and spoke kartel zouden wel in de definitie van de 'clementieregeling' kunnen worden opgenomen, waardoor hun clementieverklaringen van een absolute bescherming zouden genieten en op de zogenaamde zwarte lijst zouden worden opgenomen.

Het invoeren van een weerlegbaar vermoeden dat een kartel schade heeft berokkend strekt ertoe de effectieve uitoefening van het recht op schadevergoeding te versterken, aangezien het voor de slachtoffers, in het bijzonder voor consumenten, moeilijk is om de schade te kunnen bewijzen.

De Commissie stelt vast dat de Europese Commissie voor het verschil in benadering tussen horizontale en verticale overeenkomsten steunt op het feit dat horizontale overeenkomsten volgens de impactanalyse bij de richtlijn in de overgrote meerderheid van de gevallen schade veroorzaken, terwijl dit voor verticale overeenkomsten minder vanzelfsprekend lijkt. Verticale overeenkomsten zorgen vaak zelfs voor positieve effecten voor consumenten en ondernemingen. Dit wordt uitgebreid toegelicht in de Richtsnoeren van de Europese Commissie inzake verticale beperkingen. Bovendien zou een uitbreiding van de definitie als een niet-richtlijnconforme omzetting worden beschouwd, zoals blijkt uit de besprekingen van de fod Economie met de Europese Commissie. Zo werd ook in de landen waar de richtlijn reeds is omgezet (Nederland en Luxemburg) de definitie uit de richtlijn overgenomen. De Commissie stelt zich vragen bij de beperkte manoeuvreerruimte die aan de lidstaten wordt gelaten bij de omzetting van deze bepaling uit de richtlijn. Zonder het feit dat verticale overeenkomsten ook positieve effecten met zich kunnen meebrengen in vraag te stellen, doet dit volgens de Commissie geen afbreuk aan het feit dat consumenten en ondernemingen die menen schade te ondervinden van verticale overeenkomsten, deze nog steeds kunnen bewijzen om schadevergoeding te verkrijgen. In de praktijk lijkt het voor consumenten vrijwel onmogelijk om hiervoor voldoende en afdoend bewijsmateriaal te verzamelen. De Commissie vraagt een daadkrachtig optreden van de BMA om, in zoverre dit in overeenstemming is met haar prioriteitenbeleid, schadelijke verticale overeenkomsten te vervolgen. Een goede motivering van de inbreukbeslissing moet consumenten bewijselementen aanleveren om hun geleden schade bij de rechter aan te tonen.

## 2.3 Toegang tot bewijsmateriaal

### 2.3.1 Algemene beginselen

Artikel 5 van de richtlijn schrijft voor dat de rechter ambtshalve of op verzoek van elk van de partijen bij het geding toegang kan gelasten tot specifieke relevante bewijsstukken of relevante categorieën bewijsmateriaal waarover een partij of een derde, hierbij inbegrepen de mededingingsautoriteit, zeggenschap heeft, die zo nauwkeurig en zo eng als redelijkerwijs mogelijk dienen te worden omschreven in een met redenen omkleed verzoek op basis van de beschikbare feiten en bewijsmateriaal. De rechter beperkt het verlenen van toegang tot bewijsmateriaal tot wat evenredig is. Dit artikel van de richtlijn wordt omgezet in het ingevoegde artikel XVII.74 (artikel 19 van het voorontwerp van wet). In het ingevoegde artikel XVII.75 (artikel 20 van het voorontwerp van wet) wordt verder bepaald dat de rechter toegang kan gelasten tot bewijsmateriaal dat vertrouwelijke informatie bevat, mits doeltreffende maatregelen om deze informatie te beschermen. Een aantal mogelijke beschermingsmaatregelen worden vermeld, zoals het verbergen of bewerken van gevoelige passages of het onderbrengen van vertrouwelijke documenten in een ruimte met beperkte toegang waar enkel de andere partijen of hun advocaten ze kunnen inkijken zonder mogelijkheid om ze te kopiëren of mee te nemen. De persoon die gelast wordt toegang te geven tot bewijsmateriaal heeft het recht om schriftelijke opmerkingen in te dienen. Hij kan eveneens worden gehoord als de rechter hem hiertoe de toelating geeft.

De Commissie is van oordeel dat deze artikels in de lijn liggen van de doelstelling van de richtlijn om het voor slachtoffers van inbreuken op het mededingingsrecht gemakkelijker te maken een schadevergoeding te vorderen. Door de verschillende beschermingsmaatregelen en de mogelijkheid voor de persoon die gelast wordt toegang te geven tot bewijsmateriaal om opmerkingen in te dienen, lijkt de wapengelijkheid tussen eiser en verweerder voldoende gewaarborgd. De Commissie is wel van mening dat de niet-limitatieve opsomming van de mogelijke beschermingsmaatregelen eerder in de memorie van toelichting dan in het dispositief van de wet thuishoort, zoals gebruikelijk bij het opstellen van wetgeving. Artikel XVII.75, tweede lid WER zou aldus beperkt kunnen blijven tot de zin: "Wanneer de rechter de toegang tot deze informatie gelast, neemt hij doeltreffende maatregelen om deze informatie te beschermen."

De Commissie merkt op dat de eiser die om schadevergoeding verzoekt, meer bepaald in geval het om consumenten gaat, zich vaak enkel op de beslissing van de BMA zal kunnen beroepen om in eerste instantie hun schadevorderingsactie te staven. Consumenten zullen immers vaak niet over andere aanwijzingen van een inbreuk op het mededingingsrecht kunnen beschikken. De Commissie acht het belangrijk dat de rechter hiermee rekening houdt bij het beoordelen van het "met redenen omkleed verzoek" van een partij tot toegang tot bewijsmateriaal, waarbij artikel XVII.74, §1 bepaalt dat dit verzoek "zo nauwkeurig en zo eng dienen te worden omschreven op basis van alle redelijkerwijs beschikbare feiten en bewijsmateriaal". Zij meent dat dit ook minstens zo zou moeten worden vermeld in de memorie van toelichting. Vormelijk gezien vraagt de Commissie om in de Nederlandse versie van artikel XVII.74, §1 na "zo nauwkeurig en zo eng" "als redelijkerwijs mogelijk" toe te voegen.

De Commissie herhaalt zijn opmerking uit het vorig advies, waarin zij zich afvraagt of de vermelding van "categorieën bewijsmateriaal" niet in strijd is met de voorwaarde dat de partij die om toegang tot bewijsmateriaal verzoekt, die zo nauwkeurig en eng als mogelijk moet omschrijven. Dit lijkt immers te suggereren dat volledige categorieën bewijsmateriaal openbaar gemaakt zouden kunnen worden zonder individuele rechterlijke toetsing van de verschillende bewijsstukken die tot deze categorieën behoren. Overweging 16 van de richtlijn stelt dat:

*"Wanneer een verzoek om toegang strekt tot het verkrijgen van een categorie van bewijsmateriaal, dient die categorie te worden afgebakend door middelen van de kenmerken die de bestanddelen gemeen hebben, zoals de aard, het voorwerp of de inhoud van de documenten waartoe de toegang wordt gevraagd, de tijdsperiode waarbinnen de documenten zijn opgesteld, of andere criteria, voor zover het onder de categorie vallende bewijsmateriaal relevant is in de zin van deze richtlijn."*

Op basis van deze overweging werden in de memorie van toelichting een aantal voorbeelden van mogelijke "categorieën bedrijfsmateriaal" opgenomen, zoals alle verslagen van de vergaderingen tussen de concurrerende ondernemingen X, Y en Z tijdens de inbreukperiode, of alle facturen met betrekking tot het product dat het voorwerp van het kartel uitmaakt en die gericht werden aan de directe afnemers tijdens de inbreukperiode. De Commissie heeft haar twijfels of deze voorbeelden en de precisering in overweging 16 voldoende duidelijkheid scheppen, maar begrijpt dat de Belgische wetgever verplicht is deze bepalingen richtlijnconform om te zetten.

De Commissie stelt zich de vraag of de rechter ook de toegang kan gelasten tot bewijsmateriaal dat zich in het buitenland bevindt en of in dat geval de partij of de derde die zich in het buitenland bevindt, zich kan beroepen op de buitenlandse regelgeving om het openbaar maken van het bewijsmateriaal te beletten, bijvoorbeeld regelgeving inzake bedrijfsgeheimen. De Commissie vermoedt dat dit zich vooral kan voordoen met landen buiten de Europese Unie, aangezien voor de EU-lidstaten artikel 5, lid 1 van de richtlijn bepaalt dat de lidstaten ervoor moeten zorgen dat de nationale rechterlijke instanties op verzoek van de verweerder ook de eiser of een derde kan gelasten toegang te verlenen tot relevant bewijsmateriaal. De Commissie vraagt de Belgische overheid om te onderzoeken of dit artikel ook grensoverschrijdend tussen de lidstaten geldt, waarbij aldus ook de beschermingsregels voor vertrouwelijke informatie van toepassing zouden zijn. Sowieso is de Commissie van mening dat dit het geval zou moeten zijn.

### **2.3.2 Toegang tot bewijsmateriaal dat zich in het dossier van een mededingingsautoriteit bevindt**

Volgens artikel 6 van de richtlijn en de omzetting ervan in het omgezette artikel XVII.78 e.v. (artikel 24 e.v. van het voorontwerp van wet) kan de rechter de toegang tot bewijsmateriaal dat zich in het dossier van een mededingingsautoriteit bevindt enkel gelasten indien geen enkele partij of derde het gevraagde bewijsmateriaal redelijkerwijs kan verstrekken. Er wordt eveneens voorzien in een bijkomende proportionaliteitstest. Bovendien kan de rechter de toegang tot bepaalde categorieën bewijsmateriaal alleen verlenen nadat de mededingingsautoriteit door een beslissing te nemen of anderszins haar procedure heeft beëindigd (de zogenaamde grijze lijst), en geldt voor bepaalde categorieën bewijsmateriaal zelfs een absolute bescherming, waardoor de rechter de toegang tot dit bewijsmateriaal op geen enkel moment kan verlenen. Op deze zogenaamde zwarte lijst staan clementieverklaringen en verklaringen met het oog op een schikking.

De Commissie heeft geen opmerkingen bij deze bepalingen, die richtlijnconform werden omgezet. Het clementieprogramma en de schikkingsprocedure zijn onontbeerlijke instrumenten voor de publieke handhaving van het mededingingsrecht. Het niet verlenen van een absolute bescherming voor clementieverklaringen en verklaringen met het oog op een schikking zou volgens de Commissie de ondernemingen afschrikken om nog met de mededingingsautoriteit samen te werken, met alle gevolgen vandaan voor de publieke handhaving van het mededingingsrecht.

### **2.3.3 Sancties**

Het ingevoegd artikel XVII.82 (omzetting van artikel 8 van de richtlijn, artikel 29 van het voorontwerp van wet) voorziet dat de rechter doeltreffende sancties kan opleggen in gevallen zoals de niet-nakoming van een door een rechter uitgevaardigd bevel tot het verlenen van toegang, de vernietiging van relevant bewijsmateriaal... Als mogelijke sanctie wordt de mogelijkheid vermeld voor de rechter om uit de gedragingen van een partij nadelige conclusies te trekken die hij passend acht, bijvoorbeeld dat een punt van discussie bewezen is of dat vorderingen en verweermiddelen geheel of ten dele worden afgewezen, alsmede de mogelijkheid om de betaling van kosten te gelasten.

De Commissie stelt vast dat de rechter zowel sancties kan kiezen die in het gemeen recht beschikbaar zijn, zoals een geldboete, een dwangsom..., als sancties die de richtlijn specifiek voorschrijft en die in artikel XVII.82 werden overgenomen. De Commissie merkt hierbij op dat de rechter over een ruime beoordelingsmarge beschikt, bijvoorbeeld wat betreft de mogelijkheid om uit de gedragingen van een partij nadelige conclusies te trekken die hij passend acht. De Commissie acht het zeer belangrijk dat de rechter hierbij een goede afweging maakt tussen het feit dat de sanctie doeltreffend en voldoende afschrikwekkend moet zijn en het feit dat de sanctie evenredig moet zijn in verhouding tot de ernst van de procedurele inbreuk en de al dan niet intentie tot inbreuk door een van de partijen. De Commissie meent dat de gemeenrechtelijke sanctiebevoegdheden waarover de rechter beschikt, toelaten om sancties zo te organiseren dat zij doeltreffend, evenredig en voldoende afschrikwekkend zijn. Dit geldt in het bijzonder voor het instrument van de dwangsom, dat toelaat om bijvoorbeeld rekening te houden met de ernst van de inbreuk, de omzet van de inbreukplegende partij... De Commissie stelt voor dit in de memorie van toelichting toe te voegen.

### **2.4 Doorwerking van beslissingen waarbij een inbreuk op het mededingingsrecht wordt vastgesteld**

Ter omzetting van artikel 9 van de richtlijn voert het ingevoegd artikel XVII.83 (artikel 31 van het voorontwerp van wet) het vermoeden in dat een inbreuk op het mededingingsrecht vastgesteld in het kader van een definitieve beslissing van de BMA of in het kader van een arrest van het Hof van Beroep van Brussel wordt geacht onweerlegbaar vast te staan voor de behandeling van een schadevordering voor een inbreuk op het mededingingsrecht. Een definitieve inbreukbeslissing in een andere EU-lidstaat geldt als prima facie bewijs van het feit dat zich een inbreuk op het mededingingsrecht heeft voorgedaan en kan onderzocht worden samen met de andere aangevoerde bewijselementen.

De Commissie neemt akte van het feit dat artikel XVII.83 een getrouwe omzetting van artikel 9 van de richtlijn vormt. De Commissie vraagt zich af of dit artikel zal aanleiding geven tot het stellen van een prejudiciële vraag aan het Grondwettelijk Hof dan wel aan het Europees Hof van Justitie. De Commissie stelt zich immers de vraag of zich bij de doorwerking van de beslissingen van een mededingingsautoriteit voor de nationale rechter geen probleem van de scheiding der machten voordoet, en of het verschil in behandeling tussen een definitieve inbreukbeslissing van de BMA en een definitieve inbreukbeslissing in een andere lidstaat wel gerechtvaardigd is. De Commissie wenst dan ook de eerste concrete toepassingen in de praktijk van dit artikel af te wachten.

## **2.5 Doorberekening van meerkosten**

De ingevoegde artikels XVII.84 en 85 (artikels 33 en 34 van het voorontwerp van wet) vormen de omzetting van de artikelen 12, 13 en 14 van de richtlijn. Volgens artikel XVII.84 kan de verweerder in een schadevorderingsgeding als verweer tegen een schadevordering aanvoeren dat de eiser de door de inbreuk veroorzaakte meerkosten volledig of ten dele heeft doorberekend aan zijn eigen afnemers en aldus zijn reële verlies heeft beperkt. Dit is het zogenaamde doorberekeningsverweer of 'passing-on defence'. Wanneer het bestaan van een schadeclaim of het bedrag van de vergoeding afhangt van de doorberekening van de meerkosten of van de omvang ervan, berust de bewijslast van het bestaan en de omvang van deze doorberekening bij de eiser. Wanneer de eiser een indirecte afnemer is, geldt een weerlegbaar vermoeden dat de doorberekening aan hem heeft plaatsgevonden, wanneer hij de zaken, opgesomd in het tweede lid van artikel XVII.85 heeft aangetoond. De verweerder kan dit vermoeden weerleggen wanneer hij kan aantonen dat de meerkosten niet gedeeltelijk of volledig aan de indirecte afnemer werden doorberekend.

Volgens de Commissie blijft de onderneming die een inbreuk heeft gepleegd, steeds verantwoordelijk voor de schade die zij veroorzaakt heeft. Het beroep op het doorberekeningsverweer laat niet toe dat deze onderneming zich van haar aansprakelijkheid zou kunnen bevrijden maar waarborgt het principe dat schadevergoeding slechts gevorderd mag worden in de mate waarin de benadeelde partij daadwerkelijk schade heeft geleden. Met andere woorden, dit artikel vormt de toepassing van het beginsel van het recht op volledige vergoeding niet mag leiden tot overcompensatie. In die zin is artikel XVII.84 dan ook verantwoord.

De Commissie stelt verder dat de toepassing van het doorberekeningsverweer er in de praktijk niet toe mag leiden dat het voor de verdere schakels van de toeleveringsketen moeilijker wordt om een schadeloosstelling te verkrijgen. De Commissie is dan ook tevreden dat artikel XVII.85 de bewijslast van de indirecte afnemers vergemakkelijkt door hen een begin van bewijs te leveren. De Commissie is zich verder bewust van de moeilijkheden voor de verweerder om het vermoeden in artikel XVII.85 dat er doorberekening heeft plaatsgevonden, te weerleggen. De Commissie wijst in dat verband op de mogelijkheid die voorzien is voor de rechter om op verzoek van de verweerder ook de eiser of een derde te gelasten bewijsmateriaal openbaar te maken.

De Commissie stelt vast dat in artikel 16 van de richtlijn voorzien is dat de Europese Commissie de nationale rechterlijke instanties richtsnoeren verstrekt over de wijze waarop moet worden ingeschat welk deel van de meerkosten aan de indirecte afnemer is doorberekend. Tot op heden is hieromtrent nog geen informatie beschikbaar. De Commissie dringt erop aan dat de Europese Commissie deze richtsnoeren zo snel als mogelijk zou publiceren.

## **2.6 Hoofdelijke aansprakelijkheid**

Ondernemingen die door een gemeenschappelijk optreden inbreuk hebben gemaakt op het mededingingsrecht zijn hoofdelijk aansprakelijk voor de door deze inbreuk veroorzaakte schade. Bijgevolg is elk van deze ondernemingen verplicht de schade volledig te vergoeden, en de benadeelde partij heeft het recht van elk van hen volledige vergoeding te eisen totdat zij volledig is vergoed. Dit is het principe van de hoofdelijke aansprakelijkheid uit artikel 11 van de richtlijn, omgezet in artikel XVII.86 WER. Op dit principe zijn twee uitzonderingen voorzien. Voor kmo's geldt de hoofdelijke aansprakelijkheid enkel jegens hun directe of indirecte afnemers, en jegens de andere benadeelde

partijen slechts indien geen volledige schadevergoeding kan worden verkregen van de andere bij dezelfde inbreuk betrokken ondernemingen. Op dezelfde wijze is ook de hoofdelijke aansprakelijkheid van de ontvanger van een volledige vrijstelling van geldboetes of van immuniteit tegen vervolgingen beperkt. Artikel XVII.87 voorziet dat de inbreukpleger die een groter aandeel in het schadebedrag heeft betaald dan het aandeel dat hij had moeten betalen, bij elke andere inbreukpleger een bijdrage kan terugvorderen waarvan het bedrag overeenkomt met de relatieve verantwoordelijkheid van elk van hen voor de door de genoemde inbreuk veroorzaakte schade. Tot slot bepaalt artikel XVII.88 een aantal bijzonderheden met betrekking tot de inbreukpleger waarmee de benadeelde partij een schikkingsovereenkomst heeft gesloten. Deze inbreukpleger kan niet meer worden aangesproken voor de resterende schadeclaim, tenzij de andere inbreukpleger die niet bij de schikking betrokken zijn, niet bij machte zijn om aan de resterende schadeclaim tegemoet te komen.

De Commissie stelt vast dat de ingevoerde artikels uit het voorontwerp van wet ook hier een getrouwe weergave vormen van de corresponderende artikels uit de richtlijn. Volgens de Commissie heeft het principe van de hoofdelijke aansprakelijkheid reeds algemeen ingang gevonden in de Belgische rechtspraak, zij het dat het dan eerder gaat om de aansprakelijkheid 'in solidum'. De hoofdelijke aansprakelijkheid en de aansprakelijkheid 'in solidum' hebben in essentie dezelfde gevolgen, alleen is de hoofdelijke aansprakelijkheid inzake de secundaire gevolgen (ingebrekestelling, stuiting van de verjaring...) gunstiger voor de benadeelde partijen. De Commissie is er zich van bewust dat de eiser zich in de praktijk tegen de inbreukpleger met de grootste financiële draagkracht zal keren, ongeacht diens aandeel in de schade. Inbreukplegers zijn in fine enkel gehouden tot hun aandeel in de veroorzaakte schade, het is aldus gerechtvaardigd dat zij met behulp van een regresvordering het deel van de schadevergoeding dat hij aan de eiser heeft betaald bovenop zijn aandeel in de schade, kan terugvorderen van de andere inbreukplegers.

De Commissie acht de in de richtlijn voorziene uitzonderingen op de hoofdelijke aansprakelijkheid (voor kmo's, voor de ontvanger van immuniteit, of in geval van schikkingsovereenkomsten) logisch en aanvaardbaar. Wat betreft de uitzondering voor de ontvanger van immuniteit tegen geldboeten in het kader van een clementieregeling, begrijpt de Commissie dat dit in het belang van de clementieregeling is, die van cruciaal belang voor de publieke handhaving van het mededingingsrecht.

In geval de BMA een inbreukbeslissing heeft vastgesteld tegen de verschillende deelnemers aan het kartel, en slechts één van de deelnemers niet in beroep gaat tegen deze beslissing, dan kunnen slachtoffers van de inbreuk reeds een schadevorderingsactie instellen tegen de onderneming die niet in beroep is gegaan. Gelet op de hoofdelijke aansprakelijkheid kan deze onderneming worden aangesproken voor de vergoeding van de volledige schade, terwijl hij zijn regresvordering pas zal kunnen uitoefenen na de uitspraak van het Hof van Beroep. Bovendien kan het Hof van Beroep een andere beslissing nemen, zoals de omvang van het kartel beperken. In de praktijk zal dit er wellicht toe leiden dat ondernemingen steeds beroep zullen aantekenen tegen de beslissingen van de BMA. De Commissie wenst de beleidsmakers op dit onbedoelde en ongewenste effect te wijzen en vraagt dit verder te onderzoeken teneinde een mogelijke oplossing te vinden.

## **2.7 Schorsende werking van de buitengerechtelijke geschillenbeslechting**

Het gebruik van een buitengerechtelijke geschillenbeslechtingsprocedure schorst de schadevorderingsactie wegens inbreuk op het mededingingsrecht op gedurende een periode van maximum 2 jaar (het door artikel 40 van het voorontwerp van wet ingevoegde artikel XVII.89, omzetting van artikel 18, 2 van de richtlijn). Volgens de definitie van een buitengerechtelijke geschillenbeslechting, voorzien in artikel I.22, 16°, valt hieronder ook de arbitrage.

De Commissie is tevreden dat de richtlijn en de omzetting ervan in het Belgisch recht de consensuele geschillenbeslechting wil stimuleren. In dat opzicht is de schorsende werking van de consensuele geschillenbeslechting dan ook een goede zaak. Hoewel de Commissie zich ervan bewust is dat in de meeste gevallen een schikkingsovereenkomst pas zal worden afgesloten na een definitieve inbreukbeslissing van de BMA, valt het niet uit te sluiten dat reeds vooraf een schadevergoeding wordt toegekend ingevolge een schikkingsovereenkomst. De Commissie vraagt zich wel af of, in geval een schikkingsovereenkomst over een schadevergoeding wordt afgesloten vooraleer er een definitieve inbreukbeslissing van de BMA is, de wapengelijkheid tussen de partijen in het kader van een schikkingsovereenkomst over een schadevergoeding voldoende is gewaarborgd, aangezien het, voornamelijk voor consumenten, moeilijk is om bewijzen te verkrijgen en er geen toegang tot bewijsmateriaal kan worden gevorderd.

## **2.8 Verjaringstermijnen**

De richtlijn schrijft in artikel 10 voor dat de lidstaten regels moeten vaststellen voor de verjaringstermijnen voor het instellen van schadevorderingen. In België heeft men ervoor geopteerd de verjaringstermijnen van het gemeen recht toe te passen (artikel XVII.90 en verder). De verjaringstermijnen beginnen te lopen vanaf de dag die volgt op de dag waarop de inbreuk op het mededingingsrecht is stopgezet en waarop de eiser weet heeft of redelijkerwijs geacht kan worden te hebben van:

- a) De gedragingen en het feit dat deze gedraging een inbreuk op het mededingingsrecht vormt;
- b) Het feit dat hij door de inbreuk op het mededingingsrecht schade heeft geleden;
- c) De identiteit van de inbreukmaker.

Voor de aanhoudende of herhaalde inbreuken wordt geacht dat de inbreuk is stopgezet op de dag waarop de laatste inbreuk is geëindigd. In artikel XVII.91 wordt ten slotte conform de richtlijn voorzien dat de verjaringstermijnen worden geschorst voor de duur van elke buitengerechtelijke geschillenbeslechtingsprocedure.

Wat betreft de start van de verjaringstermijnen wenst de Commissie op te merken dat het in de praktijk vaak moeilijk is om vast te stellen wanneer de eiser 'redelijkerwijs geacht kan worden te hebben van'. De Commissie is er zich wel van bewust dat deze moeilijkheid zich zeker niet alleen stelt met betrekking tot de toepassing van de verjaringstermijn voor schadevorderingen wegens inbreuken op het mededingingsrecht.

## **2.9 Overgangsbepalingen**

De richtlijn moet uiterlijk 27 december 2016 in de nationale rechtsordes worden omgezet. Inzake de toepassing in de tijd, bepaalt de richtlijn dat geen terugwerkende kracht mag worden gegeven aan de bepalingen in de nationale rechtsordes die de materiële bepalingen van deze richtlijn omzetten. De niet-materiële bepalingen mogen niet van toepassing zijn op vorderingen tot schadevergoeding die voor 26 december 2014 bij een nationale rechterlijke instantie aanhangig zijn gemaakt.

De Commissie stelt vast dat in het voorontwerp van wet dat ter advies voorligt, overgangsbepalingen ontbreken. Uit de gesprekken van de fod Economie met de Europese Commissie blijkt dat de Europese Commissie niet van plan is om zelf aan te duiden welke bepalingen substantieel zijn en welke bepalingen louter procedureel. Vanuit het oogpunt van de rechtszekerheid betreurt de Commissie dit ten zeerste. Voor de lidstaten is het dan ook erg onduidelijk hoe zij artikel 22 van de richtlijn moeten omzetten. De Commissie begrijpt dat bij de omzetting van dit artikel aldus de nodige voorzichtigheid aan de dag zal worden gelegd.

### **3 Vormelijke opmerkingen met betrekking tot het voorontwerp van wet**

De Commissie is van mening dat de definitie van een 'clementieverklaring', opgenomen in artikel 1.22, 12° zeer moeilijk leesbaar is. Dat is onder meer te wijten aan het feit dat in vergelijking met de richtlijn, waarin de 'reeds bestaande informatie' apart wordt geformuleerd, de definitie van dit begrip in de definitie van een 'clementieverklaring' is toegevoegd. De Commissie stelt voor om, ofwel het begrip 'reeds bestaande informatie' apart te definiëren, ofwel om de zin te eindigen bij 'clementieregeling' en het laatste stuk 'met uitsluiting van...' te vervangen door een nieuwe zin: 'Dit omvat niet...'. Dit komt de leesbaarheid van het voorontwerp van wet ten goede.

De Commissie pleit voor het vervangen in de Nederlandse versie van artikel XVII.72, §2, tweede lid, van 'dient niet tot... te leiden' door de sterkere formulering 'mag niet leiden tot...'. De Commissie vraagt in het algemeen om de Nederlandse en Franse versie van het voorontwerp van wet grondig na te lezen en beide versies met elkaar in overeenstemming te brengen.

De Commissie vraagt om in de tekst van het voorontwerp van wet duidelijk het onderscheid te maken tussen enerzijds het verzoek van de partijen om toegang tot het bewijsmateriaal en anderzijds het bevel van de rechter tot het verlenen van toegang tot bewijsmateriaal. Op een aantal plaatsen in het voorontwerp van wet worden deze begrippen door elkaar gehaald. Zo acht de Commissie het aangewezen om in het ingevoegde artikel XVII.79 (artikel 25 van het voorontwerp van wet), §1, 1° voor de duidelijkheid na "toegang" de zinsnede "van de partijen" toe te voegen. In §2 zou "verzoek om toegang" vervangen moeten worden door "bevel tot het verlenen van toegang".