

Een Belgisch privaatrechtelijk perspectief op duale handhaving: op zoek naar een gebalanceerde handhaving

Pieter Gillaerts*

Samenvatting

Deze bijdrage belicht het Belgische privaatrechtelijke perspectief op de duale handhaving van (EU-)recht. De handhaving van het mededingingsrecht dient daarbij tot voorbeeld. Privaatrechtelijke handhaving is in dit rechtsgebied sterk ontwikkeld, zowel via de rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie als via Richtlijn 2014/104/EU als mijlpaal in een tendens tot versterking van de privaatrechtelijke afdwinging van het mededingingsrecht. Deze invalshoek laat toe in te gaan op geïdentificeerde spanningsvelden en uitdagingen, alsook om te reflecteren over suggesties tot verbetering.

De privaatrechtelijke handhaving stoot op verschillende hindernissen. De tendens tot instrumentalisering botst op de beperkingen van het primair schadeherstelgerichte aansprakelijkheidsrecht alsook op de hordes die samenhangen met het optreden door individuele particulieren. Een ruime blik op privaatrechtelijke handhavinginstrumenten is nodig. Dat behelst aandacht voor andere instrumenten, zoals stakings- en nietigverklaringsvorderingen, en reflectie over representatieve vorderingen en meer collectieve vormen van optreden.

De privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht illustreert hoe toegang tot bewijsmateriaal en de invoering van vermoedens een meerwaarde kunnen bieden voor die privaatrechtelijke handhaving. Het illustreert echter eveneens hoe daardoor een balans met de publiekrechtelijke handhaving moet worden gezocht, en hoe een risico op verkokering van het privaatrecht ontstaat.

Daarnaast bestaan er mogelijkheden tot bijstand van de nationale rechter, maar deze blijven grotendeels on(der)benut. Belangrijk bij de betrokkenheid van de toezichthouder in burgerlijke procedures is het vinden van de juiste balans tussen het principe van niet-inmenging in de uitoefening van de rechterlijke functie en de loyale samenwerking, met aandacht voor de mogelijkheid tot rechterlijke controle en manoeuvreerruimte voor de burgerlijke rechter.

Het uitgangspunt blijft een fundamenteel onderscheid tussen privaatrechtelijke en publiekrechtelijke handhaving qua actoren, voornaamste belangen, middelen en remedies. Er is evenwel een duidelijke tendens tot ruimere invulling van de privaatrechtelijke handhaving, met aandacht voor preventie en rechtshandhaving, wat aandacht voor de brede waaier aan privaatrechtelijke instrumenten vereist. Die tendens brengt voorts met zich dat ook aansprakelijkheidsvorderingen in toenemende mate worden ingezet om supra-individuele belangen te behartigen. Op die manier is er een zekere toenadering tot of overlap met de publiekrechtelijke handhaving.

* Advocaat balie Brussel en research fellow University of Leuven (Faculteit Rechtsgeleerdheid en Criminologische Wetenschappen, KU Leuven).

Privaatrechtelijke en publiekrechtelijke handhaving zijn onderdelen van eenzelfde ruimer handhavingsapparaat. Dat noopt tot coördinatie en informatiedoorstroming, met oog voor risico's op effectiviteitsverlies van een van beide handhavingsvormen. Waar de privaatrechtelijke handhaving voortbouwt op of aansluit bij de publiekrechtelijke handhaving, is voorts een beïnvloeding van het privaatrecht vanuit die publiekrechtelijke handhaving mogelijk, bijvoorbeeld qua foutbegrip of schadebegroting. Die doorwerking kan gebeuren via verschillende wegen, zowel hard law als soft law, via regelgeving en rechtspraak. Die laatste blijkt daarbij over een belangrijke speelruimte te beschikken.

De duale handhaving kan tot slot zorgen voor een versnelde ontwikkeling van het recht en, in geval van EU-recht, tot convergentie van het recht van de verschillende lidstaten. Er is echter oog nodig voor meer dan enkel de gehandhaafde rechtsregel, met aandacht voor de eigenheid van alsook het evenwicht en de coördinatie tussen privaatrechtelijke en publiekrechtelijke handhaving.

Ter inleiding: een Belgisch privaatrechtelijk perspectief op duale handhaving

Het (rechts)handhavingslandschap is voortdurend in beweging. In deze bijdrage staat een Belgische privaatrechtelijk perspectief op de duale handhaving van het (EU-)recht centraal. Het gaat om rechtshandhaving door de inzet van het privaatrecht, traditioneel begrepen als het geheel van rechtsregels dat de onderlinge verhouding tussen burgers (met inbegrip van ondernemingen) betreft.² Aangezien een exhaustieve behandeling van handhaving door het privaatrecht in zijn breedte en diversiteit de omvang deze bijdrage te buiten gaat, ligt de focus hierna op de inzet van het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht. Dit onderdeel van het privaatrecht komt in het kader van rechtshandhaving immers regelmatig in het vizier als instrument, zowel *top-down* (door regelgevers en beleidsmakers) als *bottom-up* (door allerhande, al dan niet verenigde private actoren).³

In het kader van de thematiek van duale rechtshandhaving treden de onderscheiden toezichthouders binnen de publiekrechtelijke handhaving op de voorgrond. Deze bijdrage zal in beginsel niet ingaan op ombudspersonen en -diensten, geschillencommissies of (andere) mogelijkheden van alternatieve geschillenoplossing en de (mogelijke) invloed van de resulterende adviezen of beslissingen in navolgende burgerlijke procedures.

Doorheen deze bijdrage wordt de handhaving van het mededingingsrecht als voorbeeld gebruikt. De privaatrechtelijke handhaving in dit rechtsgebied is immers sterk ontwikkeld, zowel via de rechtspraak van het Hof van Justitie van de

2 Bv. M. De Jonckheere & G. Debersaques, *Inleiding tot het recht*, Brugge: die Keure 2023, p. 8; B. Tilleman, S. Lierman & V. Sagaert (red.), *De Valks Juridisch Woordenboek*, Brussel: Larcier 2024, v^o privaatrecht.

3 P. Gillaerts, *De Belgische declaratoire vordering en het niet-vergoedende aansprakelijkheidsrecht*, Antwerpen: Intersentia 2020, p. 155-156, nr. 173 (hierna: Gillaerts 2020). Zie ook (zonder beperking tot het aansprakelijkheidsrecht) P. Luff, 'Risk Regulation and Regulatory Litigation', *Rutgers Law Review* 2011, afl. 1, p. 212-213.

Europese Unie (hierna: Hof) als via Richtlijn 2014/104/EU als mijlpaal in een tendens tot versterking van de privaatrechtelijke afdwinging van het mededingingsrecht.⁴ Deze invalshoek laat toe in te gaan op geïdentificeerde spanningsvelden en uitdagingen, alsook om suggesties tot verbetering te doen. Daarbij is het opzet niet om voorbij te gaan aan de eigenheid van elk rechtsdomein maar wel om vanuit de geïdentificeerde spanningsvelden en uitdagingen aan te zetten tot nadere dialoog en reflectie.

Deze bijdrage begint met aandacht voor de verhouding tussen publiek- en privaatrecht in het algemeen (1), alvorens in te gaan op de effectiviteit van het privaatrecht als handhavinginstrument (2). Daarna richten we onze blik op de onderscheiden handhavingssystemen (3), om vervolgens in te gaan op de duale handhaving in de praktijk (4). Vervolgens komen de gehoudeheid tot coördinatie (5), alsook de gevolgen van de handhavingssamenloop voor de ontwikkeling van het privaatrecht (6) en de meerwaarde van de samenloop (7) aan bod. Aansluitend belicht deze bijdrage de rol van de rechter en de *trias politica* (8), om tot slot enkele toekomstgerichte wensen te formuleren (9).

1 De verhouding tussen publiek- en privaatrecht

De toegenomen inzet vanuit het EU-niveau op toezichthouders en aldus publiekrechtelijke handhaving vergroot het aantal domeinen met een duale handhaving of versterkt deze handhaving. De toegenomen publiekrechtelijke handhaving kan tegemoetkomen aan tekortkomingen van de privaatrechtelijke handhaving (infra, paragraaf 2). Enerzijds gaat het om het opvullen van handhavingssleutels, veroorzaakt door de hoge drempels voor het individuele optreden van particulieren. Anderzijds kan de publiekrechtelijke handhaving, mede gelet op de ruimere middelen en bevoegdheden, het pad effenen voor een effectievere navolgende privaatrechtelijke handhaving, in het bijzonder op het gebied van bewijsverzameling en de vaststelling van de inbreuk.

Voorts creëert de publiekrechtelijke handhaving een vorm van beïnvloeding van het privaatrecht, wat kan leiden tot een versnelde ontwikkeling ervan.

De dualiteit impliceert echter ook de nood aan aandacht voor coördinatie en complementariteit van beide onderdelen binnen een ruimer handhavingssysteem, zoals verderop in deze bijdrage toegelicht. Dat ruimere handhavingssysteem wordt dan ook complexer, in het bijzonder wat betreft informatiedoorstroming en het vermijden van tegenstrijdigheden in de toepassing van dezelfde rechtsregels. Actoren in beide handhavingssystemen dienen zich van elkaar bewust te zijn en rekening te houden met elkaars effectiviteit. Zoals een auteur opmerkt: 'Het spreekt voor zich dat het aantal handhavers en hun verscheidenheid evenredig is met het risico op incoherente handhaving'.⁵

4 Jan Smits noemt de richtlijn een voorbeeld van de voorkeur van de Europese wetgever voor private handhaving op het terrein van het mededingingsrecht. Zie J.M. Smits, 'Het privaatrecht van de toekomst', *TPR* 2015, afl. 2, p. 530, nr. 15.

5 E. De Smijter, 'Het Groenboek van de Commissie omtrent schadevorderingen wegens schending van de Europese mededingingsregels', *TBM* 2007, afl. 2, p. 4, noot 6.

Tot slot treedt de inzet op toezichthouders en publiekrechtelijke handhaving niet in alle rechtsdomeinen op de voorgrond, laat staan op eenzelfde manier. Ingrepen om de effectiviteit van de privaatrechtelijke handhaving te vergroten in een bepaald domein, leiden op die manier tot versplintering binnen het privaatrecht. Het bestaan van verschillende bijzondere privaatrechtelijke handavingsregimes heeft immers een reële impact op het gemene recht, maar resulteert in verkokering als een probleem van ongelijke behandeling van burgers.⁶

2 De effectiviteit van het privaatrecht als handavingsinstrument

De vraag naar de effectiviteit van het privaatrecht als handavingsinstrument behelst in wezen twee aspecten. Enerzijds gaat het om de effectiviteit van het privaatrecht *an sich* voor de handhaving van het EU-recht. Dat aspect komt hierna aan bod. Anderzijds gaat het ook om de effectiviteit van de inzet van het privaatrecht *in combinatie met* de publiekrechtelijke handhaving. Dat aspect komt aan bod in paragrafen 3 en 4.

2.1 Aansprakelijkheidsvorderingen binnen het privaatrechtelijke arsenaal

Wanneer het privaatrecht in stelling wordt gebracht als handavingsinstrument, betreft het in de eerste plaats het (buitencontractuele) aansprakelijkheidsrecht en de vordering tot herstel van foutief veroorzaakte schade. Zoals een auteur laat opmerken in het kader van de privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht: ‘In wezen is de privaatrechtelijke handhaving immers niets anders dan een zoveelste toepassing van het schadevergoedingsrecht’.⁷ Vorderingen tot herstel van schade door inbreuken op het mededingingsrecht blijven naar Belgisch recht geregeld door het gemene contractuele en buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht.⁸

Alvorens in te gaan op de beperkingen van het aansprakelijkheidsrecht als effectief handavingsinstrument, past het om voorafgaand te wijzen op de andere handavingsinstrumenten binnen het privaatrechtelijke sanctiearsenaal. Inzake de privaatrechtelijke handhaving van mededingingsrecht vormt de handhaving via buitencontractuele aansprakelijkheidsvorderingen⁹ bijvoorbeeld een minderheid en gaat de meerderheid van de (burgerlijke) procedures over de staking van gedrag in strijd met het mededingingsrecht of om de nietigverklaring van contracten.¹⁰ Mogelijk schuilt de beperkte inzet van het aansprakelijkheidsrecht precies

6 W. van Gerven, ‘Comparative Law in a Regionally Integrated Europe’, in: A. Harding & E. Örüci (red.), *Comparative Law in the 21st Century*, Den Haag: Kluwer Law International 2002, p. 155-178.

7 M. Verhulst, *Privaatrechtelijke handhaving van EU-mededingingsrecht: aspect schadebegroting*, Brugge: die Keure 2024, p. 807, nr. 697 (hierna: Verhulst 2024).

8 A. Accarain & D. Waelbroeck, ‘L’action collective en droit de la concurrence belge’, in: J. Englebert & J. Fagnart (red.), *L’action en réparation collective*, Limal: Anthemis 2015, p. 383 (hierna: Accarain & Waelbroeck 2015).

9 Zie bv. hof van beroep Brussel 26 februari 2015, 2012/AR/1, *TBH* 2015, afl. 8, p. 843-855; hof van beroep Brussel 14 januari 2015, 2010/AR/3112, *TBH* 2015, afl. 8, p. 828-835.

10 Accarain & Waelbroeck 2015, p. 383.

in de hierna toegelichte hordes. De toegevoegde waarde van de privaatrechtelijke handhaving ligt volgens de Europese Commissie en verschillende auteurs echter in haar vergoedende functie en dus de schadeloosstelling van benadeelden.¹¹ De focus zal hierna dan ook liggen op een effectieve(re) privaatrechtelijke handhaving via (aansprakelijkheids)vorderingen tot schadevergoeding.

2.2 Instrumentalisering stoot op de grenzen van het primair vergoedende aansprakelijkheidsrecht

Het (buitencontractuele) aansprakelijkheidsrecht ontspringt de instrumentaliseringdans niet.¹² De inzet van het aansprakelijkheidsrecht voor de handhaving van het mededingingsrecht vormt een duidelijk voorbeeld van de *top-down*-instrumentaliseringstendens.¹³ Daarbij hanteren beleidsmakers en regelgevers het aansprakelijkheidsrecht als een instrument om allerhande beleidsdoelstellingen te bereiken. Hoewel de privaatrechtelijke handhaving in het kader van het mededingingsrecht soms als volwaardige partner van de publiekrechtelijke handhaving wordt beschouwd,¹⁴ blijft de privaatrechtelijke handhaving begrensd door de mogelijkheden van het aansprakelijkheidsrecht. Zoals nader toegelicht in paragraaf 3, is dat aansprakelijkheidsrecht primair op vergoedende leest geschoeid. Het berust op het individuele subjectieve recht op vergoeding van foutief veroorzaakte schade, wat bijvoorbeeld de afdwaling van zogenaamde kale rechtsplichten¹⁵ belemmert.¹⁶ De privaatrechtelijke handhaving lijdt volgens sommigen net onder die focus op schadevergoeding, aangezien ze (bewezen) reële schade in causaal verband met de fout veronderstelt.¹⁷

Een succesvolle schadevergoedingsvordering (op basis van het gemeenrechtelijke aansprakelijkheidsrecht) vereist inderdaad het bewijs van een fout in causaal verband met geleden schade, wat geen sinecure is.¹⁸ Gelet op de complexiteit van schadevergoedingszaken bij mededingingsrechtelijke inbreuken, is een integrale schadeloosstelling daardoor eerder utopisch en botst de primaire compensatoire doelstelling op inherente limieten.¹⁹ Waar ook het (in de eerste plaats buitencon-

-
- 11 Mededeling van de Commissie betreffende de begroting van schade bij schadeacties wegens inbreuken op artikel 101 of 102 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (*PbEU* 2013, C 167/07), nr. 2 (hierna: Mededeling Commissie 2013); Verhulst 2024, p. 213, nr. 147; E.-J. Zippo, *Privaatrechtelijke handhaving van mededingingsrecht*, Deventer: Kluwer 2009, p. 1 (hierna: Zippo 2009).
- 12 Zie over deze instrumentaliseringcontext: P. Gillaerts, *De Belgische declaratoire vordering en het niet-vergoedende aansprakelijkheidsrecht*, Antwerpen: Intersentia 2020, p. 152-174 en de verwijzingen aldaar (hierna: Gillaerts 2020).
- 13 Gillaerts 2020, p. 156-159, nr. 174 en 177.
- 14 Verhulst 2024, p. 808, nr. 701.
- 15 Dit is een rechtsplicht, namelijk een verplichting die geldt vanuit juridisch oogpunt, waar geen (subjectief) vermogensrecht tegenover staat. Voor een toelichting van dit begrip verwijzen we naar Gillaerts 2020, p. 33-37; T. Hartlief e.a., *Verbintenissen uit de wet en Schadevergoeding*, Deventer: Kluwer 2018, p. 2, nr. 2; P. Wéry, *Droit des obligations I: Théorie générale du contrat*, Brussel: Larcier 2011, p. 20, nr. 7.
- 16 Gillaerts 2020, p. 175, nr. 198.
- 17 T. Hartlief, 'Geld zetten op aansprakelijkheidsrecht', *TPR* 2009, afl. 2, p. 568, nr. 6.
- 18 Gillaerts 2020, p. 83, nr. 89 en de verwijzingen aldaar; T. Vansweevelt & B. Weyts, *Handboek buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht*, Antwerpen: Intersentia 2009, p. 15, nr. 21.
- 19 Verhulst 2024, p. 213, nr. 148. Zie ook (buiten het mededingingsrecht) Gillaerts 2020, p. 85, nr. 91.

tractuele) aansprakelijkheidsrecht als privaatrechtelijk handhavingsmechanisme nevenfuncties heeft, met name preventie²⁰ en rechtshandhaving²¹, en deze nevenfuncties ook steeds meer op de voorgrond treden (*infra*, paragraaf 3), blijven deze nevenfuncties onzelfstandig en berustend op de primaire vergoedende functie.²² Een concreet gevolg daarvan is de uitsluiting van private boetes of zogenaamde punitieve of meervoudige schadevergoedingen, zoals bijvoorbeeld expliciet uitgesloten in het kader van de privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht.²³

2.3 Bewijsmoeilijkheden en verzachtingen

De voormelde bewijsrechtelijke horde is ook de Belgische rechtspraak niet ontgaan. Zo heeft het Grondwettelijk Hof in verband met de privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht (voorafgaand aan de omzetting van Richtlijn 2014/104/EU maar met verwijzing naar de inzichten in verband met deze richtlijn) vastgesteld dat de bewijslast voor (onder meer) het bestaan van een ongeoorloofde mededingingspraktijk op de benadeelde rust, waarbij het Grondwettelijk Hof wijst op de moeilijkheid daarvan.²⁴ Het ongeoorloofde karakter wordt volgens het Grondwettelijk Hof immers meestal bepaald door een complexe feitelijke en economische analyse, aan de hand van bewijsmateriaal dat vaak niet publiek toegankelijk is. De bewijslast voor de benadeelde in een burgerlijke procedure is daardoor zeer zwaar. Het Grondwettelijk Hof contrasteert deze horde in de privaatrechtelijke handhaving met de publiekrechtelijke handhaving. In de administratiefrechtelijke handhavingsprocedure rust de bewijslast voor het bestaan van een mededingingsinbreuk op een publieke instantie die daartoe over verregaande onderzoeksbevoegdheden beschikt, zoals de mogelijkheid van huiszoeking.

De privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht illustreert hoe wetgevende ingrepen de benadeelde (en de effectiviteit van de privaatrechtelijke handhaving) tegemoet kunnen komen. Uit Richtlijn 2014/104/EU blijkt vooreerst hoezeer de Europese regelgever zich bewust is van de bewijsrechtelijke drempel. Zo vereist artikel 17.1 Richtlijn 2014/104/EU dat de lidstaten ervoor zorgen de bewijslast die geldt voor de begroting van de schade, dan wel de bewijsnorm het niet praktisch onmogelijk of buitensporig moeilijk maken om het recht op schadevergoeding uit te oefenen. Daarbij gaat het vooral om de schadebegroting, aangezien deze bepaling voorts stelt dat de lidstaten ervoor zorgen dat de nationale rechterlijke instanties overeenkomstig de nationale procedures bevoegd 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. Een benadeelde partij dient naast het bestaan van haar schade immers ook de omvang daarvan aan te

20 Zie over de preventieve functie Gillaerts 2020, p. 89-122; P. Gillaerts, 'De multifunctionaliteit van het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht en de meerwaarde van de declaratoire vordering', *RW* 2020-2021, afl. 32, p. 1245-1248 (hierna: Gillaerts 2020-2021).

21 Zie over de handhavingsfunctie Gillaerts 2020, p. 147-182; Gillaerts 2020-2021, p. 1248-1252.

22 Zie hierover Gillaerts 2020, p. 197-199, nr. 223-224.

23 Art. 3 Richtlijn 2014/104/EU.

24 Grondwettelijk Hof 10 maart 2016, 38/2016, ECLI:BE:GHCC:2016:ARR.038, r.o. B.9.

tonen. In mededingingszaken zijn feiten van groot belang en komen er complexe economische modellen aan te pas, wat resulteert in een hoge kostendrempel en moeilijke bewijsgaring.²⁵

Richtlijn 2014/104/EU (en de omzetting daarvan) bevat voorts enkele sleutels om de toegang tot privaatrechtelijke handhaving beter te ontsluiten: de toegang tot bewijsmateriaal en de invoering van vermoedens. Een onderbouwing van een schadevergoedingsvordering in mededingingsrechtelijke zaken vergt, zoals gesteld, meestal erg veel en complex feitelijk bewijsmateriaal, waartoe de benadeelde bovendien vaak geen toegang heeft.²⁶ Aangezien de publiekrechtelijke handhaving ruimere onderzoeksmogelijkheden biedt, zal het publiekrechtelijke handavingsdossier doorgaans meer informatie bevatten dan deze waarover de benadeelde beschikt. Informatie uit de publiekrechtelijke handhaving kan aldus de privaatrechtelijke handhaving versterken. Richtlijn 2014/104/EU voorziet daarom niet enkel in de toegang tot bewijsmateriaal dat zich bij de verweerder of een derde bevindt,²⁷ maar ook in de toegang tot bewijsmateriaal dat zich in het dossier van een mededingingsautoriteit bevindt.²⁸ Die toegang is echter beperkt om de effectiviteit van de publiekrechtelijke handhaving niet aan te tasten. Dat komt nader aan bod in paragraaf 4.

De wetgever kan de benadeelde eveneens tegemoetkomen via vermoedens in zijn voordeel, bijvoorbeeld inzake schade of causaliteit. Zo geldt een weerlegbaar vermoeden van schade in geval van een kartelinbreuk.²⁹ De Europese wetgever gaat namelijk uit van een prijseffect bij een kartelinbreuk, namelijk een prijsstijging of verhinderde prijsdaling. Het vermoeden heeft enkel betrekking op het bestaan van de schade, niet op de concrete omvang ervan.³⁰ Dat enkel kartels worden gevisieerd en niet andere inbreukplegers zoals ondernemingen die hun dominante positie misbruiken, wordt gerechtvaardigd door de vergrote informatieasymmetrie en bemoeilijkte bewijsgaring door het geheime karakter van een kartel.³¹ Het vermoeden van schade heeft eveneens een impact op de vereiste causaliteit. Wanneer zo helder wordt gesteld dat een kartelinbreuk vermoedelijk schade berokkent, wordt namelijk meteen ook gesteld dat de kartelinbreuk de oorzaak is voor de berokkende schade. Op die manier wordt bijgevolg vermoed dat er een oorzakelijk verband bestaat tussen de aangevoerde schade en de inbreuk op het mededingingsrecht.³²

25 Overweging 45 Richtlijn 2014/104/EU. Zie ook C. Price, 'Private enforcement and corporate liability for competition law infringements', in: M.-C. Van Grieken, C. Marcus & J. Malherbe (red.), *Liber amicorum Maurice Eloy*, Limal: Anthemis 2014, p. 57-58 (hierna: Price 2014).

26 E. De Smijter, 'Het Groenboek van de Commissie omtrent schadevorderingen wegens schending van de Europese mededingingsregels', *TBM* 2007, afl. 2, p. 5, nr. 12 (hierna: De Smijter 2007).

27 Art. 5 Richtlijn 2014/104/EU, omgezet in art. XVII.74-XVII.76 Wetboek van economisch recht (hierna: WER).

28 Art. 6 Richtlijn 2014/104/EU, omgezet in art. XVII.77-XVII.80 WER.

29 Art. 17.2 Richtlijn 2014/104/EU; art. XVII.73 WER.

30 Overweging 47 Richtlijn 2014/104/EU.

31 Overweging 47 Richtlijn 2014/104/EU.

32 P. Gillaerts, 'De impact van Richtlijn 2014/104/EU op het Belgische buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht – Game over door spillover of probleemloze insertie uit inertie?', *RW* 2016-2017, p. 1216, nr. 46 (hierna: Gillaerts 2016-2017).

Richtlijn 2014/104/EU voorziet ook in een vermoeden ten voordele van zogenaamde indirecte afnemers. Het gaat om wie niet van een inbreukpleger maar van een directe of andere afnemer dergelijke producten of diensten heeft afgenomen.³³ Wanneer een indirecte afnemer een schadevordering heeft ingesteld, zal de al dan niet doorberekening van de prijs door de vorige schakel in de keten bepalen of de indirecte afnemer schade heeft geleden. Richtlijn 2014/104/EU voert een vermoeden in dat de meerkosten aan een indirecte afnemer zijn doorberekend wanneer die indirecte afnemer kan aantonen dat (1) de verweerder een inbreuk heeft gemaakt op het mededingingsrecht, (2) die heeft geleid tot meerkosten voor de directe afnemer van de verweerder, en (3) de indirecte afnemer de goederen of diensten heeft afgenomen waarop de inbreuk op het mededingingsrecht betrekking had dan wel goederen of diensten heeft afgenomen die daarvan zijn afgeleid of waarin deze zijn verwerkt.³⁴ De indirecte afnemer is in de keten van afnemers verder verwijderd van de inbreuk. Daarom kan het weerlegbare vermoeden enkel ten volle bijdragen tot het vergemakkelijken van zijn bewijsvoering indien ook het causale verband impliciet wordt vermoed. Anders zou dit een aanzienlijke bewijslast vormen voor indirecte afnemers.³⁵ Ook dit vermoeden heeft bijgevolg een weerslag op de vereiste causaliteit.

Door het invoeren van (weerlegbare) vermoedens wijkt Richtlijn 2014/104/EU af van de gemeenrechtelijke bewijslastverdeling.³⁶ Een vermoeden van schade is uitzonderlijk voor het Belgische recht.³⁷ Sommige wettelijke vermoedens zijn gegrond op een bewijsvoordeel dat de wetgever wilde instellen ten voordele van de begunstigde daarvan.³⁸ De vermoedens ingevolge Richtlijn 2014/104/EU vormen daarvan een voorbeeld, gericht op de versterking van privaatrechtelijke handhaving.

Tot slot weze opgemerkt dat ook het bewijsrecht zelf oplossingen kan bevatten voor bewijsproblemen zoals een informatiedeficit en bewijsnood.³⁹ Naar Belgisch recht valt bijvoorbeeld te denken aan de verplichting van partijen tot medewerking aan de bewijsvoering (art. 8.4 lid 3 Burgerlijk Wetboek (hierna: BW)) en de onderzoeksmaatregel van de overlegging van stukken (art. 877-882 Gerechtelijk

33 Art. 2.24 Richtlijn 2014/104/EU; art. I.22, 21° WER.

34 Art. 14.2 Richtlijn 2014/104/EU; art. XVII.84 lid 2 WER.

35 Gillaerts 2016-2017, p. 1216, nr. 47.

36 Voor een bespreking van wettelijke vermoedens als uitzondering op de gemeenrechtelijke bewijslastverdeling, zie bv. B. Cattoir, *Nieuw burgerlijk bewijsrecht*, Mechelen: Wolters Kluwer Belgium 2020, p. 33-34, nr. 54-55 (hierna: Cattoir 2020).

37 T. Bontinck & P. Goffinet, 'Le jugement du 24 novembre 2014 du Tribunal de commerce néerlandophone de Bruxelles: le private enforcement au point mort?', *TBM* 2015, afl. 4, p. 54, nr. 49 (hierna: Bontinck & Goffinet 2015). Zie ook Nederlandstalige rechtbank van koophandel Brussel 24 november 2014, A/08/06816, *TBM* 2015, afl. 1-2, p. 41; Nederlandstalige rechtbank van koophandel Brussel 24 april 2015, *TBM* 2015, afl. 3, p. 214.

38 Cattoir 2020, p. 31, nr. 51.

39 Bewijsnood is de situatie waarin het bewijs waarover een partij beschikt, onvoldoende is om de overtuiging van de rechter te vormen, terwijl die situatie niet aan het gedrag van die partij te wijten mag zijn. Zie bv. W. Vandenbussche, *Bewijs en onrechtmatige daad*, Antwerpen: Intersentia 2017, p. 206, nr. 243; B. Vanlerberghe, 'De verzachting van de regels inzake de bewijslast en de aangepaste bewijsstandaard in geval van bewijsnood: mogelijkheden en grenzen', in: J. Rozie, S. Rutten & B. Vanlerberghe (red.), *Bewijsnood na het vernieuwde bewijsrecht*, Brussel: Intersentia 2020, p. 32-34, nr. 9-11.

Wetboek). Daarnaast geldt een verlaagde bewijsstandaard – namelijk het bewijs door waarschijnlijkheid in plaats van met een redelijke mate van zekerheid – voor het bewijs van negatieve feiten en positieve feiten waarvan het vanwege de aard zelf van het te bewijzen feit niet mogelijk of niet redelijk is om een zeker bewijs te verlangen (art. 8.6 BW). Voorts voorziet artikel 8.4, laatste lid, BW in de uitzonderlijke mogelijkheid tot omkering van de bewijslast. De rechter kan namelijk, bij een met bijzondere redenen omkleed vonnis, in het licht van uitzonderlijke omstandigheden, bepalen wie de bewijslast draagt wanneer de toepassing van de gewone bewijsregels kennelijk onredelijk zou zijn. De rechter kan slechts gebruikmaken van deze mogelijkheid wanneer hij alle nuttige onderzoeksmaatregelen heeft bevolen en erover gewaakt heeft dat de partijen meewerken aan de bewijsvoering, zonder op die manier voldoende bewijs te verkrijgen. De mogelijkheid tot omkering van de bewijslast vormt aldus een *ultimum remedium*.

2.4 Verkokering als keerzijde

Ingrepen van het EU-recht om de effectiviteit van de privaatrechtelijke handhaving te vergroten in een bepaald domein, zoals het mededingingsrecht, hebben ook een keerzijde. Ondanks de harmonisatie op EU-niveau, is op het nationale niveau een versplintering zichtbaar van (onder meer) het aansprakelijkheidsrecht.⁴⁰ De privaatrechtelijke handhaving van het EU-mededingingsrecht wordt immers anders behandeld dan de privaatrechtelijke handhaving van andere rechtsregels. Burgers die zich kunnen beroepen op supranationaal geharmoniseerd recht, blijken daarbij veelal beter beschermd dan burgers die moeten terugvallen op het oorspronkelijke nationale recht, wat de vraag doet rijzen naar mogelijke *spill-over*-effecten.⁴¹ Het bestaan van verschillende bijzondere privaatrechtelijke handavingsregimes heeft een reële impact op het toepassingsgebied en de fundamentele regels van het gemene recht, maar een gebrek aan coördinatie en reflectie over die impact leidt tot een betreurenswaardige verkokering.⁴² Dit ‘homogeniteitsprobleem’ vormt een probleem van ongelijke behandeling van burgers.⁴³

- 40 J. Adyns, ‘De richtlijn schadevorderingen. Quel dommage, quel intérêt?’, *TBM* 2015, afl. 4, p. 313-314 (hierna Adyns 2015); W. Devroe, ‘Professoren, magistraten en regelgevers: ius commune?’, in: G. Hermans & D. van Gerven (red.), *De magistraat en de professor – Hulde aan Walter van Gerven*, Brussel: Larcier 2017, p. 107-108, nr. 10; Gillaerts 2016-2017, p. 1204; H. Gilliams & L. Cornelis, ‘Private enforcement of the competition rules in Belgium’, *TBM* 2007, afl. 2, p. 16 en 32-33, nr. 18 en 89 (hierna: Gilliams & Cornelis 2007); F. Lefevre, ‘Les actions en responsabilité pour infraction au droit de la concurrence. Questions actuelles et perspectives d’évolutions futures’, *TBM* 2009, afl. 2, p. 23; L. Rasking & E. Maes, ‘The burden of family relations: how the subsidiary is held liable for competition law infringements of its parent company’, *TBH* 2022, afl. 2, p. 283, nr. 46 (hierna: Rasking & Maes 2022); Verhulst 2024, p. 163, nr. 105; I. Verougstraete & A. Bossuyt, ‘Damages actions for breach of the EC antitrust rules’, *TBM* 2009, afl. 4, p. 17-18 (hierna: Verougstraete & Bossuyt 2009).
- 41 W. Devroe & J. Stuyck, ‘De horizontale werking van het (primaire) recht van de Europese Unie en het Belgische vermogensrecht’, *Preadviezen Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht* 2011, p. 261-262. Over het *spill-over*-effect van het Unierecht: W. van Gerven, ‘A Common Law for Europe: The Future Meeting the Past?’, *ERPL* 2001, p. 490-493.
- 42 Gillaerts 2016-2017, p. 1204, nr. 3; W. van Gerven, ‘Verkokering van het privaatrecht’, *TPR* 1991, p. 1022.
- 43 W. van Gerven, ‘Comparative Law in a Regionally Integrated Europe’, in: A. Harding & E. Örüücü (red.), *Comparative Law in the 21st Century*, Den Haag: Kluwer Law International 2002, p. 155-178.

2.5 Andere beperkingen voortvloeiend uit de individuele aard van privaatrechtelijke handhaving

Naast de bewijsrechtelijke drempel en de nood aan toegang tot bewijsmateriaal, zijn er andere beperkingen aan de privaatrechtelijke handhaving, die in de eerste plaats steunt op het *individuele* optreden van benadeelden. Een aantal van deze beperkingen is bijvoorbeeld naar voren gekomen bij de vormgeving van de Belgische rechtsvordering tot collectief herstel als representatieve vordering om aan die beperkingen tegemoet te komen. De focus ligt daarbij op consumenten, maar de geïdentificeerde beperkingen of tekortkomingen zijn daartoe niet beperkt. Volgens de parlementaire voorbereiding zijn de belangrijkste belemmeringen voor individuele vorderingen (door consumenten) het gebrek aan kennis door het individu van zijn rechten en van de middelen van verhaal, alsook de kosten verbonden aan een rechtsprocedure.⁴⁴

Het gebrek aan kennis van de eigen rechten, van de schending ervan en van de mogelijkheid tot privaatrechtelijke handhaving was reeds gekend als tekortkoming aan de privaatrechtelijke handhaving door consumenten.⁴⁵ Uit de praktijk van de handhaving van het mededingingsrecht blijkt hoe de actoren uit de publiekrechtelijke handhaving daartoe een steentje kunnen bijdragen. Zo verwijst de Europese Commissie op het einde van haar persberichten bij kartelbeslissingen steeds naar de mogelijkheid voor de benadeelden om een vordering tot schadevergoeding in te stellen.⁴⁶ Ook actoren binnen het ruimere domein van alternatieve geschillenoplossing, zoals ombudspersonen en -diensten, kunnen in deze context een (minstens informatieve) rol spelen.

Wat de vereiste middelen en het kostenplaatje betreft, gaat het in het bijzonder om de kost van de procedure, de tijd die de procedures in beslag nemen, en het feit dat het merendeel van de inbreuken (op consumentenrechten) slaat op bedragen die, afzonderlijk beschouwd, het risico en de kosten van een individueel beroep in het algemeen niet wettigen.⁴⁷ Een individuele benadeelde zal een kosten-batenanalyse maken, die menig individueel benadeelde zal doen afzien van het instellen van een vordering.⁴⁸ In dat verband is sprake van een staat van rationele of beredeneerde onverschilligheid bij de benadeelde die geen juridisch risico wenst te nemen.⁴⁹ Het Belgisch Grondwettelijk Hof wees in het kader van

44 Memorie van toelichting bij het wetsontwerp van 17 januari 2014 tot invoeging van titel 2 'Rechtsvordering tot collectief herstel' in boek XVII 'Bijzondere gerechtelijke procedures' van het Wetboek van economisch recht en houdende invoeging van de definities eigen aan boek XVII in boek I van het Wetboek van economisch recht, Kamer van volksvertegenwoordigers 2013-2014, nr. 53-3300/001, p. 5 (hierna: MvT 2013-2014, nr. 53-3300/001).

45 R. Steennot, 'Sanctionering van inbreuken op het consumentenrecht: de zoektocht naar een rechtvaardige oplossing', in: F. Evers (red.), *Kiezen tussen recht en rechtvaardigheid*, Brugge: die Keure 2009, p. 145-156.

46 IP/13/1175; IP/07/209.

47 MvT 2013-2014, nr. 53-3300/001, p. 5.

48 Zie bv. in mededingingsrechtelijke zaken: De Smijter 2007, p. 6, nr. 18.

49 MvT 2013-2014, nr. 53-3300/001, p. 5-6. Zie ook M. Ioannidou, 'Compensatory Collective Redress for Low Value Consumer Claims in the EU: A Reality Check', *ERPL* 2019, p. 1370-1371; F. Weber & M. Faure, 'The Interplay between Public and Private Enforcement in European Private Law: Law and Economics Perspective', *ERPL* 2015, p. 530.

de privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht ook al op het risico voor een individuele benadeelde die een burgerlijke procedure start, om te worden veroordeeld tot het betalen van proceskosten, zoals de rechtsplegingsvergoeding.⁵⁰

Dat het EU-recht en het doeltreffendheidsbeginsel invloed kunnen hebben op het nationale recht inzake gedingkosten, is in het Belgische recht recent geïllustreerd door een arrest van het Hof van Cassatie inzake oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomst (in navolging van de evolutie daarover in de rechtspraak van het Hof van Justitie van de EU. Uit de rechtspraak van het Hof van Justitie van de EU volgt dat wanneer beschermingsbepalingen de consument het recht verlenen om zich tot een rechter te wenden om het oneerlijke karakter van een contractueel beding te laten vaststellen en dit beding buiten toepassing te laten verklaren, nationale procedurebepalingen omtrent de gedingkosten de consument niet mogen tegenhouden of ontmoedigen.⁵¹ Uit deze rechtspraak volgt volgens het Hof van Cassatie dat een consument die het oneerlijke karakter van een contractueel beding heeft laten vaststellen en dit beding buiten toepassing heeft laten verklaren maar slechts gedeeltelijke terugbetaling van op basis van dat beding betaalde bedragen verkrijgt, kan worden tegengehouden of ontmoedigd, wanneer hij een deel van de gedingkosten moet dragen, terwijl hij zijn recht op terugbetaling te goeder trouw en zonder procesrechtsmisbruik uitoefent.⁵² Dat betekent concreet voor de mogelijkheid tot het omslaan van de kosten (voorzien in artikel 1017 lid 4 Gerechtelijk Wetboek) dat een richtlijnconforme uitlegging, in een context van consumentenbescherming en meer bepaald een procedure teneinde het oneerlijke karakter van een contractueel beding te laten vaststellen en dit beding buiten toepassing te laten verklaren, met zich brengt dat de nationale rechter, die de partijen wederzijds gelijk en ongelijk geeft, bij de beoordeling van de gedingkosten moet nagaan of deze kosten aan de zijde van de consument hem niet zouden hebben tegengehouden of ontmoedigd. Zo moet de rechter volgens het Hof van Cassatie nagaan of de gedingkosten aan de zijde van de consument redelijkerwijze in verhouding staan tot zijn gedeeltelijke gelijk, met dien verstande dat de uiteindelijke kostenveroordeling van de consument niet dermate hoog mag zijn dat ze hem zou hebben tegengehouden of ontmoedigd. Het is verdedigbaar dat deze rechtspraak ook toepassing vindt buiten de specifieke context van Richtlijn 93/13/EEG betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten.⁵³

Wat de duurtijd van procedures betreft, treedt de meerwaarde van een brede waai-er aan privaatrechtelijke handhavinginstrumenten op de voorgrond. Stakingsvorderingen maken immers een sneller optreden mogelijk om de inbreuk te doen

50 Grondwettelijk Hof 10 maart 2016, 38/2016, ECLI:BE:GHCC:2016:ARR.038, r.o. B.13.

51 Het Hof van Cassatie verwijst naar HvJ EU 13 september 2018, C-176/17, ECLI:EU:C:2018:711 (*Profi Credit Polska*); HvJ EU 3 april 2019, C-266/18, ECLI:EU:C:2019:282 (*Aqua Med*); HvJ EU 16 juli 2020, C-224/19-C259/19, ECLI:EU:C:2020:578 (*Caixabank en Banco Bilbao Vizcaya Argentaria*); HvJ EU 7 april 2022, C-385/20, ECLI:EU:C:2022:278 (*El en TP/Caisabank SA*); HvJ EU 22 september 2022, C-335/21, ECLI:EU:C:2022:720 (*Vicente/Delia*); HvJ EU 13 juli 2023, C-35/22, ECLI:EU:C:2023:56 (*Cajasar Banco SA/JO en IM*); HvJ EU 21 maart 2024, C-714/22, ECLI:EU:C:2024:263 (*SRG/Profi Credit Bulgaria EOOD*).

52 Hof van Cassatie 2 mei 2025, C.24.0131.N, *Juristenkrant* 2025/510, p. 1-2 (weergave J.T. Nowak).

53 J.T. Nowak, 'Gerechtskosten mogen consumenten niet ontmoedigen vordering in te stellen', *Juristenkrant* 2025/510, p. 2.

staken. Dergelijke vorderingen kunnen genieten van het voordeel van de snellere procedure zoals in kortgeding.⁵⁴

Voorts kunnen ook andere belemmeringen spelen. Een voorbeeld is te vinden op de website van de Federale Overheidsdienst (FOD) Economie over misbruik van economische afhankelijkheid.⁵⁵ De FOD Economie wijst op het risico dat de benadeelde in economisch gevaar zou kunnen worden gebracht wanneer deze zich als eiser kenbaar zou maken tegenover een onderneming met een sterke positie waarvan de benadeelde afhankelijk is.

Kortom, vanuit het perspectief van de individuele benadeelde blijken verschillende hordes te bestaan. Om te ontsnappen aan de afhankelijkheid van privaatrechtelijke handhaving van het optreden van een individuele benadeelde, wordt de privaatrechtelijke handhaving soms mede aan een andere persoon toevertrouwd. Voor schadevergoedingen valt te denken aan de rechtsvordering tot collectief herstel,⁵⁶ die toelaat dat een groepsvertegenwoordiger optreedt bij schending van bepaalde rechtsregels om schadeherstel na te streven. Dat vereist evenwel aandacht voor de afstemming met individuele vorderingen door benadeelden, bijvoorbeeld op het gebied van de verjaring.⁵⁷ Binnen de ruimere privaatrechtelijke handhaving dient te worden gewezen op de mogelijkheid voor bijvoorbeeld beroeps- of interprofessionele verenigingen met rechtspersoonlijkheid of bepaalde consumentenverenigingen om stakingsvorderingen in te stellen gericht op de staking van de schending van bepaalde⁵⁸ rechtsregels.⁵⁹ Een ander voorbeeld is de mogelijkheid voor de betrokkene, in het kader van de bescherming van natuurlijke personen in verband met de verwerking van persoonsgegevens, om een orgaan, een organisatie, of een vereniging zonder winstoogmerk de opdracht te geven een klacht namens hem in te dienen en namens hem de administratieve of gerechtelijke beroepen uit te oefenen, hetzij aan de bevoegde toezichthoudende autoriteit, hetzij aan de rechterlijke macht als bepaald in de bijzondere wetten, het Gerechtelijk Wetboek en het Wetboek van strafvordering.⁶⁰

2.6 Bijstand aan de burgerlijke rechter

Naast aandacht voor het perspectief (en de moeilijkheden) van de benadeelde vereist een blik op de effectiviteit van het privaatrecht als handhavingsmechanisme ook aandacht voor de toepassing ervan door de burgerlijke rechter. Deze zal immers met gelijkaardige problemen van complexiteit worden geconfronteerd, wat een effectieve privaatrechtelijke handhaving kan hinderen. Opnieuw biedt

54 Bv. art. XVII.6 WER; art. 209 van de wet van 30 juli 2018 betreffende de bescherming van natuurlijke personen met betrekking tot de verwerking van persoonsgegevens (hierna: Privacywet 2018).

55 economie.fgov.be/nl/themas/mededinging/inbreuken-op-het/misbruik-van-economische (laatst geraadpleegd op 18 juni 2025).

56 Art. XVII.35-XVII.70 WER.

57 Art. XVII.63 WER.

58 Art. XVII.1/4 en XVII.2 WER.

59 Art. XVII.7 WER.

60 Art. 220 Privacywet 2018.

de handhaving van het mededingingsrecht een concreet voorbeeld van een wetgevend ingrijpen in dat verband, dat kan aanzetten tot bredere reflectie.

Krachtens artikel 17.3 Richtlijn 2014/104/EU zorgen de lidstaten ervoor dat, in procedures in verband met een vordering tot schadevergoeding, een nationale mededingingsautoriteit op verzoek van een nationale rechterlijke instantie bijstand kan verlenen bij het bepalen van het bedrag van de schade indien die nationale mededingingsautoriteit deze bijstand passend acht. Overeenkomstig artikel IV.88, § 2 Wetboek van economisch recht (hierna: WER) kan de Belgische Mededingingsautoriteit (hierna: BMA) op verzoek van de rechter bijstand verlenen bij de schadebegroting als zij dat passend acht. Uit recent rechtspraakonderzoek blijkt echter geen voorbeeld waarin de rechters daadwerkelijk van die mogelijkheid gebruikmaakten.⁶¹

Die bevinding ligt in lijn met de vaststelling dat ook amper gebruik wordt gemaakt van de mogelijkheid uit artikel IV.88, § 1 WER, dat de BMA toelaat om ambtshalve of op verzoek van het rechtscollege waarbij de zaak aanhangig is, binnen de door het rechtscollege bepaalde termijnen, opmerkingen in te dienen in verband met de toepassing van de artikelen 101 en 102 VWEU en de artikelen IV.1, IV.2 en IV.2/1 WER (als hun nationale tegenhangers). Een schaars voorbeeld is te vinden in een zaak voor het hof van beroep Antwerpen.⁶² Daarin gaat het om een stakingsvordering wegens een (beweerde) oneerlijke marktpraktijk, meer bepaald de schending van exclusiviteitsrechten onder een alleenverkoopovereenkomst. Een ander voorbeeld betreft een beweerd misbruik van machtspositie door de beslissing van een biljartfederatie om exclusieve overeenkomsten te sluiten met bepaalde leveranciers van biljartballen en biljarttafels.⁶³ Aangezien de eisende partij regelmatig verwijst naar de positie door de BMA, acht de voorzitter van de ondernemingsrechtbank Leuven het nuttig om de opmerkingen van de BMA te vernemen. Nog een andere toepassing gaat om de toepassing van mededingingsrechtelijke regels in het kader van een procedure tot gerechtelijke reorganisatie.⁶⁴

In lijn met het voorgaande voorzien artikel 15 Verordening (EG) 1/2003 en artikel IV.88 WER in de mogelijkheid voor de Europese Commissie en de nationale mededingingsautoriteiten om op te treden als *amicus curiae* van nationale rechtscolleges die rechtstreeks werkend EU-mededingingsrecht toepassen. Die mogelijkheid tot advies blijkt evenmin populair.⁶⁵

61 Verhulst 2024, p. 824, nr. 744.

62 Hof van beroep Antwerpen 27 april 2022, *Jb.Markt.* 2022, p. 524.

63 Voorzitter ondernemingsrechtbank Leuven 20 april 2021, A/20/01287, *Competitio* 2021, afl. 3, p. 269.

64 Hof van beroep Gent (7e k.) 15 januari 2024, 2023/AR/651, 2023/AR/990, *Competitio* 2024, afl. 1, p. 57.

65 W. Devroe, 'De Europese Commissie en nationale mededingingsautoriteiten als *amicus curiae*. Huidig en komend recht', in: P. Van Orshoven & M. Storme (red.), *Amice curiae, quo vadis?*, Brussel: Kluwer 2002, p. 220-221, nr. 14 (hierna: Devroe 2002); C. Schurmans & P. Andrau, 'La Commission comme *amicus curiae*. La coopération entre la Commission européenne et les juridictions nationales après l'entrée en vigueur du Règlement (CE) N° 1/2003 du Conseil relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du Traité CE', *TBM* 2006, afl. 4, p. 238-239, nr. 4 (hierna: Schurmans & Andrau 2006).

Tot slot wijzen we op de mogelijkheid tot prejudiciële vraag aan het Hof van Cassatie over de interpretatie van Boek IV WER over de bescherming van de mededinging,⁶⁶ waarin de nationale tegenhangers (namelijk de artikelen IV.1 en IV.2 WER) staan van de artikelen 101-102 VWEU. In een dergelijk geval stelt de griffier van het Hof van Cassatie de partijen, de Belgische Mededingingsautoriteit, de minister en, in het geval van toepassing van de artikelen 101 en 102 VWEU, de Europese Commissie onverwijld in kennis van de prejudiciële vraag, en nodigt hen uit om hun eventuele schriftelijke opmerkingen over te zenden. Zij kunnen elk vragen om gehoord te worden en het proceduredossier ter plaatse raadplegen of vragen dat hen een afschrift wordt toegezonden.⁶⁷

3 De onderscheiden handhavingsmechanismen

Het uitgangspunt is een fundamenteel onderscheid tussen privaatrechtelijke en publiekrechtelijke handhaving, die uitgaan van onderscheiden *actoren*, verschillende *belangen* dienen en verschillen qua *middelen en remedies*. Dat komt bijvoorbeeld tot uiting bij het onderscheid tussen publiekrechtelijke en privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht.⁶⁸

Publiek(rechtelijk)e afdwinging van het mededingingsrecht gaat uit van publieke autoriteiten, die op EU- of nationaal niveau, beslissingen uitvaardigen die in het algemeen belang bevelen om mededingingsbeperkend gedrag te stoppen of dit gedrag beboeten. We maken hierbij abstractie van de handhaving via het strafrecht, dat tot de publiekrechtelijke handhaving kan worden gerekend.⁶⁹

Priva(a)t(rechtelijk)e afdwinging gaat daarentegen uit van particulieren die via de nationale rechtscolleges of buitengerechtelijk hun subjectieve rechten afdwingen waarbij ter bescherming van hun private belangen schadevergoeding wordt toegekend. Binnen de private afdwinging *sensu lato* is ook ruimte voor stakingsvorderingen of de nietigheidssanctie voor contractuele clausules in strijd met EU-(mededingings)recht.⁷⁰

Het Grondwettelijk Hof maakt een soortgelijk onderscheid tussen de administratiefrechtelijke handhaving op de bestraffing van inbreuken met het oog op het algemeen belang, en de handhaving via het burgerlijk recht met het oog op vergoeding van schade uit inbreuken.⁷¹ De Europese Commissie stelt in gelijk-

66 Art. IV.86-IV.87 WER.

67 Art. IV.87 § 2 WER.

68 W. Devroe, 'Private afdwinging van Europees economisch recht', in: W. Devroe, B. Keirsbilck & E. Terryn (red.), *Economisch recht*, Brugge: die Keure 2015, p. 10, nr. 24-25 (hierna: Devroe 2015); W. Devroe & J. Vanherpe, 'Hoofdstuk 2. Private handhaving', in: W. Devroe, K. Geens & P. Wytinck (red.), *Mijlpalen uit het Belgisch mededingingsrecht geannoteerd. Liber amicorum Jules Stuyck*, Mechelen: Kluwer 2013, p. 504, nr. 22-23 (hierna: Devroe 2013); M. Hazelhorst, 'Private Enforcement of EU Competition Law: Why Punitive Damages Are a Step Too Far', *ERPL* 2010, afl. 4, p. 761 (hierna: Hazelhorst 2010); T. Heremans & D. Heremans, 'Collectief verhaal procedures: een rechtseconomische analyse met (enkele) perspectieven voor mededingingsrecht', *TBM* 2015, afl. 1-2, p. 21; Verhulst 2024, p. 208-209, nr. 141.

69 Verhulst 2024, p. 208, noot 1153. Zie ook Zippro 2009, p. 147-157.

70 Devroe 2015, p. 10, nr. 26; Devroe 2013, p. 504-505, nr. 24.

71 Grondwettelijk Hof 10 maart 2016, 38/2016, ECLI:BE:GHCC:2016:ARR.038, r.o. B.7.

aardige zin dat wanneer natuurlijke personen of rechtspersonen de nationale rechter verzoeken hun individuele rechten te beschermen, hij een specifieke rol speelt bij de handhaving van de artikelen 101-102 VWEU, welke verschilt van de handhaving in het algemeen belang door de Europese Commissie of de nationale mededingingsautoriteiten.⁷²

3.1 Verschillende belangen en actoren, onderscheiden middelen en functies

Daarbij benadrukt het Grondwettelijk Hof dat binnen de publiekrechtelijke handhaving verregaande onderzoeksmogelijkheden voorhanden zijn, in tegenstelling tot de privaatrechtelijke handhaving.⁷³ Het onderscheid in behartigde belangen (en actoren) vertaalt zich dan ook in een verschil qua middelen en mogelijkheden, alsook prioriteiten.

Aangezien de publiekrechtelijke handhaving over ruimere middelen beschikt en de privaatrechtelijke handhaving qua bewijs van de inbreuk kan voortbouwen op die publiekrechtelijke handhaving (*infra*, paragraaf 6), is te verwachten dat de privaatrechtelijke handhaving doorgaans gebeurt na de publiekrechtelijke handhaving. Dat zou eveneens aansluiten bij de verschillende remedies. De publiekrechtelijke handhaving is gericht op stopzetting van de inbreuk en beboeting van de inbreukpleger, zodat een inbreuk volstaat om tot publiekrechtelijke handhaving over te gaan. Privaatrechtelijke handhaving is daarentegen gericht op schadevergoeding, zodat het bestaan van (minstens toekomstige) zekere schade moet vaststaan alvorens tot privaatrechtelijke handhaving kan worden overgegaan. Een dergelijk onderscheid is echter te scherp. Enerzijds gaat het voorbij aan de mogelijke risico's, bijvoorbeeld inzake verjaring (*infra*, paragraaf 4), van een afwachtende privaatrechtelijke handhaving. Anderzijds is het privaatrechtelijke handhavingsarsenaal ruimer dan enkel schadevergoedingsvorderingen. Nietigheidsvorderingen en stakingsvorderingen richten zich op de inbreuk, net zoals de publiekrechtelijke handhaving. Zoals bijvoorbeeld uitdrukkelijk is bepaald in het kader van de vordering tot staking van inbreuken op wettelijke en reglementaire bepalingen betreffende de bescherming van natuurlijke personen in verband met de verwerking van persoonsgegevens,⁷⁴ kan een stakingsvordering de basis vormen voor een navolgende schadevergoedingsvordering overeenkomstig het aansprakelijkheidsrecht.

Uit de voormelde omschrijvingen blijkt voorts dat beide handhavingvormen onderscheiden functies vervullen of doelstellingen hebben. De taak verschilt naargelang de betrokken actoren: de taak van (burgerlijke) rechtscolleges is het handhaven van de subjectieve rechten van particulieren in hun wederzijdse be-

72 Mededeling van de Commissie betreffende de samenwerking tussen de Commissie en de rechterlijke instanties van de EU-lidstaten bij de toepassing van de artikelen 81 en 82 van het Verdrag (*PbEU* 2004, C 101), par. 42 (hierna: Mededeling Commissie 2004), par. 4.

73 Grondwettelijk Hof 10 maart 2016, 38/2016, ECLI:BE:GHCC:2016:ARR.038, r.o. B.9.

74 Art. 216 Privacywet 2018.

trekkingen, terwijl mededingingsautoriteiten in het algemeen belang beslissen.⁷⁵ De privaatrechtelijke handhaving kent zo een individuele aanpak tegenover publiekrechtelijke handhaving op meer algemeen, collectief niveau.⁷⁶ Dat vertaalt zich ook in de uiteindelijke remedie: een schadevergoeding voor benadeelden in de privaatrechtelijke handhaving tegenover een boete voor maatschappelijke, publieke doeleinden.⁷⁷

Uit Richtlijn 2014/104/EU inzake de privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht blijkt een duidelijke bevestiging van de (louter) vergoedende en individuele leest waarop de privaatrechtelijke handhaving is geschoeid. Artikel 3 voorziet in het recht op volledige vergoeding voor een individuele schadelijder, maar met een expliciet verbod op overcompensatie, ongeacht of het punitieve schadevergoeding, meervoudige schadevergoeding of andere vormen van schadevergoeding betreft. Artikel 12.1 stelt voorts, in de context van de doorberekening van meerkosten in een keten van afnemers, dat moet worden voorkomen dat de eiser een schadevergoeding wordt toegekend die groter is dan de schade die de inbreuk op het mededingingsrecht hem heeft berokkend.

Afschrikking lijkt dan ook een rol die de publieke en niet de private afdwinger wordt toebedeeld en niet iets wat via schadevergoeding moet gebeuren.⁷⁸ *Punitive damages* lijken niet het juiste middel om priva(a)t(rechtelijk)e afdwinging te stimuleren.⁷⁹

3.2 **Eerste nuance: naar een verruiming van de functies van de privaatrechtelijke handhaving**

Toch blijkt doorheen de rechtspraak van het Hof over de handhaving van het mededingingsrecht hoe steeds sterker nevenfuncties worden toegedicht aan de privaatrechtelijke handhaving. In zijn mijlpaalarresten *Courage* (2001) en *Manfredi* (2006) stelde het Hof al over het recht op vergoeding van schade veroorzaakt door mededingingsrechtelijke inbreuken dat '[e]en dergelijk recht [...] de communautaire mededingingsregels immers gemakkelijker toepasbaar [maakt], waardoor – vaak verborgen – overeenkomsten of praktijken die de mededinging kunnen beperken of vervalsen, minder aantrekkelijk worden. In zoverre kunnen bij de nationale rechter ingediende schadevorderingen wezenlijk bijdragen tot de handhaving van een daadwerkelijke mededinging in de Gemeenschap'.⁸⁰ Het Hof bevestigde in latere rechtspraak dat ook de privaatrechtelijke handhaving 'ertoe strekt mededingingsverstorende gedragingen van ondernemingen te bestraffen en

75 Gerecht EU 18 september 1992, T-24/90, ECLI:EU:T:1992:97, r.o. 85 (*Automec Srl/Commissie van de Europese Gemeenschappen*); Devroe 2002, p. 215, nr. 8.

76 Verhulst 2024, p. 210, nr. 143.

77 Verhulst 2024, p. 210, nr. 143.

78 R. Stefanicki, 'Civil law remedies for violation of Competition Law', *ERCL* 2012, p. 408 (hierna: Stefanicki 2012); R. Van Den Bergh & S. Keske, 'Private Enforcement of European Competition Law: Quo Vadis?', *ERCL* 2007, p. 476.

79 Hazelhorst 2010, p. 771.

80 HvJ EU 20 september 2001, C-453/99, ECLI:EU:C:2001:465, r.o. 27 (*Courage Ltd/Bernard Crehan*); HvJ EU 13 juli 2006, C-295/04-298/04, ECLI:EU:C:2006:461, r.o. 91 (*Vincenzo Manfredi/Lloyd Adriatico Assicurazioni SpA; Antonio Cannito/Fondiarria Sai SpA; Nicolò Tricarico; Pasqualina Murgolo/Assitalia SpA*).

hen van dergelijke gedragingen te weerhouden'.⁸¹ Het Hof voegt daaraan toe dat de schadevorderingen die bij de nationale rechterlijke instanties wegens schending van de mededingingsregels van de Unie worden ingesteld, de volle werking van artikel 101 VWEU waarborgen'.⁸² Meer zelfs, het Hof acht het wenselijk dat privaatrechtelijke entiteiten bijdragen tot de geldelijke bestraffing en dus ook tot de preventie van mededingingsverstoring gedrag, daar op deze wijze niet alleen de door de betrokkene gestelde rechtstreekse schade kan worden hersteld, maar ook de indirecte schade die is toegebracht aan de structuur en de werking van de markt, die niet haar volle economische werking heeft kunnen ontplooiën, met name ten gunste van de betrokken consumenten.⁸³ Die verruimde invulling van de doelstellingen of functies van privaatrechtelijke handhaving resulteert in een duidelijke overlap met de publiekrechtelijke handhaving door de Europese Commissie. De schadevergoeding draagt bij tot de afschrikkende werking die volgens het Hof de kern vormt van het optreden van de Commissie.⁸⁴ Ook de advocaten-generaal bij het Hof wezen er reeds uitdrukkelijk op dat de privaatrechtelijke handhaving naast een vergoedende ook een afschrikkende functie heeft.⁸⁵ Het gaat over het risico voor inbreukplegers om geconfronteerd te worden met schadevergoedingsvorderingen.⁸⁶ Of en in welke mate een dergelijk afschrikwekkend effect daadwerkelijk bestaat,⁸⁷ blijft evenwel de (*nota bene* niet-juridische) vraag.

Naast de vergoedende functie heeft de privaatrechtelijke handhaving aldus steeds sterker ook een afschrikkende – en volgens sommigen indirect ook bestraffen-

- 81 HvJ EU 6 oktober 2021, C-882/19, ECLI:EU:C:2021:800, r.o. 37 (*Sumal SL/Mercedes Benz Trucks España SL*); HvJ EU 14 maart 2019, C-724/17, ECLI:EU:C:2019:204, r.o. 45 (*Vantaan kaupunki/Skanska Industrial Solutions Oy e.a.*).
- 82 HvJ EU 20 april 2023, C-25/21, ECLI:EU:C:2023:298, r.o. 52 (*ZA e.a./Repsol Comercial de Productos Petrolíferos SA*); HvJ EU 27 oktober 2022, C-721/20, ECLI:EU:C:2022:832, r.o. 49 (*DB Station & Service AG/ODEG Ostdeutsche Eisenbahn GmbH*); HvJ EU 11 november 2021, C-819/19, ECLI:EU:C:2021:904, r.o. 50 (*Stichting Cartel Compensation en Equilib Netherlands BV/Koninklijke Luchtvaart Maatschappij NV e.a.*); HvJ EU 6 oktober 2021, C-882/19, ECLI:EU:C:2021:800, r.o. 35 (*Sumal SL/Mercedes Benz Trucks España SL*); HvJ EU 12 december 2019, C-435/18, ECLI:EU:C:2019:1069, r.o. 24 (*Otis Gesellschaft m.b.H. e.a./Land Oberösterreich e.a.*); HvJ EU 28 maart 2019, C-637/17, ECLI:EU:C:2019:263, r.o. 41 (*Cogeco Communications Inc/Sport TV Portugal SA e.a.*); HvJ EU 14 maart 2019, C-724/17, ECLI:EU:C:2019:204, r.o. 44 (*Vantaan kaupunki/Skanska Industrial Solutions Oy e.a.*); HvJ EU 5 juni 2014, C-557/12, ECLI:EU:C:2014:1317, r.o. 23 (*Kone AG e.a./ÖBB-Infrastruktur AG*); HvJ EU 6 juni 2013, C-536/11, ECLI:EU:C:2013:366, r.o. 23 (*Bundeswettbewerbbehörde/Donau Chemie AG e.a.*); HvJ EU 6 november 2012, C-199/11, ECLI:EU:C:2012:684, r.o. 42 (*Europese Gemeenschap/Otis NV e.a.*); HvJ EU 14 juni 2011, C-360/09, ECLI:EU:C:2011:389, r.o. 28 (*Pfleiderer AG/Bundeskartellamt*).
- 83 HvJ EU 16 februari 2023, C-312/21, ECLI:EU:C:2023:99, r.o. 42 (*Traficos Manuel Ferrer SL en Ignacio/Daimler AG*); HvJ EU 10 november 2022, C-163/21, ECLI:EU:C:2022:863, r.o. 56 (*AD/PACCAR Inc e.a.*).
- 84 HvJ EU 6 oktober 2021, C-882/19, ECLI:EU:C:2021:800, r.o. 36 (*Sumal SL/Mercedes Benz Trucks España SL*).
- 85 Bv. Concl. A-G J. Kokott 22 september 2022, ECLI:EU:C:2022:712, par. 57; Concl. A-G J. Kokott 29 juli 2019, ECLI:EU:C:2019:651, par. 77; Concl. A-G J. Kokott 30 januari 2014, ECLI:EU:C:2014:45, par. 65; Concl. A-G G. Pitruzzella 8 september 2022, ECLI:EU:C:2022:659, par. 93; Concl. A-G G. Pitruzzella 15 april 2021, ECLI:EU:C:2021:293, par. 67; Concl. A-G W. van Gerven 27 oktober 1993, ECLI:EU:C:1993:860, par. 44; Concl. A-G N. Wahl 6 februari 2019, ECLI:EU:C:2019:100, par. 27-51 (zelfs stellend dat de afschrikkende functie voorrang geniet, zie par. 50).
- 86 Concl. A-G A. Rantos 28 oktober 2021, ECLI:EU:C:2021:884, par. 96.
- 87 Zie in dezelfde zin het onderscheid tussen de preventieve functie en de preventieve werking van het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht, alsook de vermelding van het belang van empirische studies bij Gillaerts 2020, p. 103-104, nr. 109-110.

de⁸⁸ – functie.⁸⁹ Een schadevergoedingsvordering – met primair een vergoedende functie – draagt bij tot staking van de inbreuk (en aldus rechtsherstel naast schadeherstel) en tot afschrikking (en bijgevolg preventie) als ondergeschikte functies.⁹⁰ Het blijft in het kader van een (op aansprakelijkheid gestoelde) schadevergoedingsvordering evenwel steeds gaan om onzelfstandige functies die afhankelijk zijn van de primaire vergoedende functie.⁹¹

De voormelde rechtspraak van het Hof is ook doorgesijpeld naar de Belgische rechtspraak,⁹² die evenzeer aangeeft hoe nevenfuncties *via de primaire vergoedende functie* worden bewerkstelligd. Zo wees de rechtbank van koophandel (nu: ondernemingsrechtbank) Gent op ‘twee essentiële doelstellingen van de schadevergoeding [...]: de compenserende functie [...] en de privaatrechtelijke handhavingsfunctie van het mededingingsrecht’. Dat laatste betreft het ontmoedigen van toekomstige inbreuken door de schadeloosstellingsplicht waardoor een betere naleving van het mededingingsrecht wordt gegarandeerd.⁹³

Relevant voor het nastreven van die non-compensatoire doelstellingen, zoals preventie en de staking van de inbreuk, zijn naast de schadeherstelvorderingen eveneens andere privaatrechtelijke handhavingsmogelijkheden, zoals stakings- en nietigverklaringsvorderingen.⁹⁴ Aangezien deze andere instrumenten niet op vergoeding van schade zijn gericht (en niet op het subjectieve recht op vergoeding van foutief veroorzaakte schade zijn gebaseerd), ontsnappen zij aan de beperkingen van het compensatoire geraamte van de (aansprakelijkheids)vordering tot schadeherstel. Zij kunnen op die manier waardevolle instrumenten vormen binnen een effectieve privaatrechtelijke handhaving.

In dat verband blijkt uit de recente hervorming van het Belgische buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht niet enkel de erkenning van de (secundaire) preventieve functie,⁹⁵ maar ook hoe daarbij naar een mogelijkheid tot afdwinging buiten de vergoeding van schade om wordt gezocht. In dat verband maakt artikel 6.40 BW het mogelijk voor de rechter om, bij vaststaande of ernstig dreigende schending van een wettelijke regel die een bepaald gedrag voorschrijft, op vordering van een partij die aantoon hierdoor een aantasting van een van zijn zaken of van

88 Verhulst 2024, p. 214-215, nr. 151.

89 Mededeling Commissie 2013, par. 2; COM(2008)165 def., par. 1.2; N. Dunne, ‘The Role of Private Enforcement within EU Competition Law’, in: A. Albors-Llorens, K.A. Armstrong & M.W. Gehring (red.), Londen: Hart Publishing 2014, p. 150 (hierna: Dunne 2014); R. Gamble, ‘The European embrace of private enforcement: this time with feeling’, *ECLR* 2014, afl. 35, p. 470; De Smijter 2007, p. 4, nr. 5; M. Serafimova, ‘Private antitrust enforcement: The impact of the disclosure of evidence in proceedings on the quantification of harm’, *Concurrences* 2023, afl. 2, p. 3, nr. 14; B. Weyts, ‘Economische schade’, *TBH* 2013, afl. 10, p. 1036.

90 Verhulst 2024, p. 218-219, nr. 154.

91 Zie hierover Gillaerts 2020, p. 197-199, nr. 223-224.

92 Ondernemingsrechtbank Gent 29 april 2022, A/18/02226, *Competitio* 2022, afl. 2, p. 127, r.o. 27-28.

93 Rechtbank van koophandel Gent 23 maart 2017, A/12/02970, *TBM* 2017/2, p. 179, r.o. 53.

94 Verhulst 2024, p. 218, nr. 154.

95 Toelichting bij het wetsvoorstel van 8 maart 2023 houdende boek 6 ‘Buitencontractuele aansprakelijkheid’ van het Burgerlijk Wetboek, Kamer van volksvertegenwoordigers 2022-2023, nr. 55-3213/001, p. 13.

zijn fysieke integriteit te zullen lijden, een bevel of verbod op te leggen dat erop gericht is deze wettelijke bepaling te doen naleven.⁹⁶

3.3 Tweede nuance: supra-individuele belangenbehartiging via privaatrechtelijke handhaving

Uit het voormelde onderscheid tussen privaatrechtelijke en publiekrechtelijke handhaving lijkt te volgen dat waar de privaatrechtelijke handhaving zich op individueel niveau situeert, de publiekrechtelijke handhaving eerder op collectief of algemeen niveau gebeurt.

Dat verdient evenwel enige nuance. In het kader van een ruimere instrumentaliseringstendens is een toegenomen inzet van het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht voor supra-individuele belangen merkbaar, zowel *top-down* als *bottom-up*.⁹⁷ Het is bijvoorbeeld niet uitgesloten dat individuele, private partijen door het nastreven van hun individuele schadeloosstelling (zeker wanneer alle individuele zaken samen worden beschouwd) bijdragen tot bredere doelstellingen (handhaving) en op die manier het algemeen belang dienen.⁹⁸ Voorts dragen vorderingen tegen overheden (of overheidsinstanties) en zogenaamde *public interest litigation*, ook al steunen ze op het individualistische⁹⁹ buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht, toch bij tot de behartiging van maatschappelijke belangen en effecten buiten het individuele geval.^{100,101} Deze thematiek en de bijhorende vragen omtrent belangenafweging, rechtsbescherming en de handhaving van subjectieve rechten en rechtsplichten vallen evenwel buiten het bestek van deze bijdrage.

3.4 Bijzonder geval: schadevergoeding tot herstel door Raad van State

Tot slot verdient de mogelijkheid voor de Raad van State, afdeling bestuursrecht-spraak, om een 'schadevergoeding tot herstel' toe te kennen, de nodige aandacht. Wanneer de Raad van State een onwettigheid vaststelt, kan elke verzoekende of tussenkomende partij die de nietigverklaring van een akte, een reglement, of een stilzwijgend afwijzende beslissing vordert, aan de afdeling bestuursrecht-spraak vragen om haar bij wijze van arrest een 'schadevergoeding tot herstel' toe te kennen ten laste van de steller van de handeling (zijnde een administratieve overheid, wetgevende vergadering of orgaan hiervan) indien zij een nadeel heeft geleden omwille van de onwettigheid van de akte, het reglement of de stilzwijgend afwij-

96 Voor een kritische bespreking hiervan, zie o.a. de opmerkingen in C. Borucki, 'Verslag van het rondetafelgesprek over de hervorming van het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht', *TPR* 2022, afl. 3, p. 1211-1216; Gillaerts 2020, p. 389-394.

97 Zie hierover uitgebreid Gillaerts 2020, p. 152-174.

98 Gillaerts 2020, p. 159, nr. 177. Deze inzet op private handhaving wordt ook wel 'privatisering van de handhaving' genoemd, bijvoorbeeld door E.F.D. Engelhard, 'Handhaven van en door het privaatrecht', in: E.F.D. Engelhard e.a., (red.), *Handhaving van en door het privaatrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2009, p. 19, nr. 3.3.

99 P. Gillaerts, 'De "ik" in misbruik: individualiteit in het burgerlijke proces- en buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht', *TBBR* 2019, afl. 7, p. 418, nr. 1, en p. 424, nr. 20.

100 De zogeheten macro-effecten op het partijoverstijgende macroniveau, zie Gillaerts 2020, p. 162-164, nr. 181-184, en de verwijzingen aldaar.

101 Gillaerts 2020, p. 160-174.

zende beslissing.¹⁰² Deze mogelijkheid is ingevoerd om een proceseconomische reden, namelijk vermijden dat een burger die succesvol een onwettigheid aankaart bij de Raad van State, nadien nog een ander bijkomend proces (voor de burgerlijke rechter) moet beginnen om schadevergoeding te verkrijgen, wat bijkomende kosten en tijd vergt.¹⁰³

Deze vordering tot (enkel geldelijke) schadevergoeding (door enkel de verzoeker of tussenkomende partij) voor de Raad van State op basis van een onwettigheid (in plaats van een fout) verschilt in enkele opzichten van de (aansprakelijkheidsrechtelijke) vordering tot schadevergoeding (geldelijk of *in natura*) door eender welke schadelijder voor de burgerlijke rechter.¹⁰⁴ Niettemin lijkt de vordering tot ‘schadevergoeding tot herstel’ deel uit te maken van de privaatrechtelijke handhaving. Opvallend in dat verband is dat de Raad van State de schadevergoeding toekent ‘*met inachtneming van alle omstandigheden van openbaar en particulier belang*’. De integraliteit van de schadeloosstelling maakt op die manier plaats voor een expliciete invloed van andere belangen dan deze van de benadeelde schadelijder.¹⁰⁵ Deze vordering is zo een vorm van privaatrechtelijke handhaving waarin publieke belangen expliciet in rekening worden gebracht, zelfs ten koste van de integraliteit van de schadeloosstelling en bijgevolg de privaatrechtelijke handhaving.

4 De duale handhaving in de praktijk

4.1 De brug naar de privaatrechtelijke handhaving

De duale handhaving uit zich in de praktijk vooreerst door de duidelijke koppeling die soms vanuit de publiekrechtelijke handhaving naar de privaatrechtelijke handhaving wordt gemaakt. Actoren binnen de publieke handhaving dragen op die manier bij tot de brug naar de privaatrechtelijke handhaving en helpen om tegemoet te komen aan de voormelde tekortkomingen van een effectieve privaatrechtelijke handhaving.

Een goed voorbeeld is de hiervoor reeds vermelde communicatie door de Europese Commissie. Op het einde van haar persberichten bij kartelbeslissingen verwijst zij expliciet naar de mogelijkheid voor de benadeelden om een vordering tot schadevergoeding in te stellen.¹⁰⁶ De formulering daarbij luidt traditioneel: ‘Particulieren

102 Art. 11bis van de gecoördineerde wetten op de Raad van State (*Belgische Staatsblad* 12 januari 1973, 3461).

103 J. Dujardin e.a., *Overzicht van het Belgisch Administratief Recht*, Mechelen: Wolters Kluwer Belgium 2021, p. 1441, nr. 1389 (hierna: Durjardin e.a. 2021).

104 Dujardin e.a. 2021, p. 1442-1443, nr. 1390.

105 P. Gillaerts, *Deviating from the principle of full compensation in Belgian tort law*, Brugge: die Keure 2017, p. 123, nr. 155.

106 Dat is ook de rechtsleer niet ontgaan: W. Devroe & N. De Lathauwer, ‘Actualia mededingingsrecht’, in: W. Devroe, J. Stuyck & E. Terryn (red.), *Economisch recht*, Brugge: die Keure 2011-12, p. 85, nr. 16; Gillaerts 2016-2017, p. 1205, nr. 8; Gilliams & Cornelis 2007, p. 12, nr. 1; T. Schoors, T. Baeyens & W. Devroe, ‘Schadevergoedingsacties na kartelinbreuken’, *NjW* 2011, afl. 239, p. 199, nr. 7 (hierna: Schoors, Baeyens & Devroe 2011); F. Wijckmans & F. Tuytschaever, ‘Tot zover het Belgisch kartelparadijs’, *RW* 2007-2008, afl. 29, p. 1193 (hierna: Wijckmans & Tuytschaever 2007-2008), nr. 69; P. Wytinck, ‘Sancties, risico’s en kosten bij overtredingen van het mededingingsrecht’, in: P. Wytinck (red.), *Gericht op mededinging. Consacré à la concurrence*, Antwerpen: Maklu 2011, p. 147-148.

of ondernemingen die van concurrentiebeperkende praktijken zoals in deze zaak te lijden hebben, kunnen de zaak voor de nationale rechter brengen en schadevergoeding eisen. Zowel de rechtspraak van de EU-rechter als Verordening (EG) 1/2003 bevestigt dat een besluit van de Commissie voor de nationale rechter als bindend bewijsmateriaal kan worden gebruikt dat de praktijken hebben plaatsgevonden en verboden waren. Zelfs indien de Commissie de betrokken ondernemingen geldboeten heeft opgelegd, kunnen toch schadevergoedingen worden toegekend zonder dat deze hoeven te worden verlaagd omdat de Commissie al een geldboete heeft opgelegd.¹⁰⁷

Op die manier onderstreept de Europese Commissie twee belangrijke elementen. Ten eerste is meteen duidelijk dat de cumul van boetes in de publiekrechtelijke handhaving en schadevergoeding in de privaatrechtelijke handhaving mogelijk is.¹⁰⁸ Dat ligt in lijn met de voormelde onderscheiden functies van beide handhavingsvormen, waarbij de privaatrechtelijke handhaving binnen haar compensatoire kader blijft. Ten tweede wijst de Europese Commissie op de doorwerking van een inbreukbeslissing. De invloed van de publiekrechtelijke handhaving op de privaatrechtelijke handhaving treedt dan ook prominent op de voorgrond in het aantal zogenaamde *follow-on*-vorderingen tot schadevergoeding die benadeelden instellen na een (bindende) inbreukbeslissing door een mededingingsautoriteit.¹⁰⁹ Dat komt verderop in deze bijdrage aan bod (*infra*, paragraaf 6). Hier weze aangestipt dat, door te vermijden dat een dergelijke definitieve inbreukbeslissing in vraag wordt gesteld in een daaropvolgende schadevordering, de Europese wetgever beoogt de rechtszekerheid te vergroten, incoherentie bij de toepassing van het mededingingsrecht te voorkomen, de doeltreffendheid en de proceseconomie bij schadevorderingen te verhogen en de werking van de interne markt voor ondernemingen en consumenten te bevorderen.¹¹⁰ Voorts zal de meerwaarde van de inbreukbeslissing binnen de publiekrechtelijke handhaving voor de navolgende privaatrechtelijke handhaving vanzelfsprekend afhangen van de grondigheid en duidelijkheid ervan. De noodzakelijke afweging met de effectiviteit van de publiekrechtelijke handhaving komt aan bod in paragraaf 5.

4.2 Het risico op een slechte koppeling en het belang van informatiedoorstroming

Privaatrechtelijke en publiekrechtelijke handhaving zijn met elkaar verweven waar ze dezelfde inbreuken betreffen, bijvoorbeeld in het mededingingsrecht.¹¹¹ Ze vullen elkaar aan en maken deel uit van een ruimer handhavingsapparaat (*infra*, paragraaf 5). Daardoor vormen ze in zekere zin communicerende vaten: waar de publiekrechtelijke handhaving ingevolgt een prioriteitenbeleid minder focust

107 IP/13/1175. Zie ook IP/07/209.

108 Dat was bijvoorbeeld zo in HvJ EU 6 november 2012, C-199/11, ECLI:EU:C:2012:684 (*Europese Gemeenschap/Otis NV e.a.*).

109 Verhulst 2024, p. 210, nr. 142.

110 Overweging 34 Richtlijn 2014/104/EU.

111 De Smijter 2007, p. 8-9, nr. 30; Dunne 2014, p. 145; P. Lambrecht & E. Peetermans, 'Hoofdlijke aansprakelijkheid en minnelijke geschillenregeling in Titel 3 van Boek XVII WER', *Competitio* 2018, afl. 1, p. 35; Verhulst 2024, p. 209, nr. 142.

op bepaalde inbreuken, neemt het belang toe van een effectieve privaatrechtelijke handhaving om een handhavingstekort te vermijden.

Naast de verwevenheid op het gebied van de handelingen waartegen wordt gereageerd, is er ook een samenhang qua toegepast recht. Zo passen zowel nationale rechters als mededingingsautoriteiten (deels) dezelfde mededingingsrechtelijke regels toe. De toepassing van het mededingingsrecht door de nationale rechter zou soms echter in strijd kunnen komen met beschikkingen die de Europese Commissie heeft gegeven of nog wenst te geven.¹¹² Een concreet voorbeeld is het risico dat een nationale rechter een overeenkomst op basis van het rechtstreeks werkende mededingingsrecht (art. 101 lid 1-2 VWEU) nietig zou verklaren waarvan achteraf blijkt dat de Europese Commissie deze overeenkomst had kunnen of willen vrijstellen (art. 101 lid 3 VWEU).

Het Hof heeft in dat verband geoordeeld dat de nationale rechter bij de toepassing van artikel 101 VWEU rekening moet houden met een aantal overwegingen om 'de noodzaak om tegenstrijdige beslissingen te voorkomen, te conciliëren met de op de nationale rechter rustende verplichting, zich uit te spreken over de vorderingen van de procespartij die de nietigheid van rechtswege van de overeenkomst inroept'.¹¹³ Samengevat gaat het om de volgende krijtlijnen. Wanneer de voorwaarden voor toepassing van artikel 101, eerste lid, VWEU klaarblijkelijk niet vervuld zijn en er bijgevolg nauwelijks gevaar bestaat dat de Europese Commissie anders zal beslissen, kan de nationale rechter de procedure voortzetten en zich over de litigieuze overeenkomst uitspreken. Dit geldt ook bij gebrek aan twijfel over de onverenigbaarheid van de overeenkomst met artikel 101, eerste lid, VWEU indien de overeenkomst, gelet op de vrijstellingsverordeningen en eerdere beschikkingen van de Commissie, in geen geval in aanmerking komt voor een vrijstellingsbeschikking.¹¹⁴ Als de nationale rechter daarentegen vaststelt dat de litigieuze overeenkomst wel aan de voorwaarden voldoet en op grond van de verordeningen- en beschikkingspraktijk van de Commissie de opvatting huldigt dat die overeenkomst eventueel in aanmerking komt voor een vrijstellingsbeschikking, kan hij besluiten om de behandeling van de zaak te schorsen of voorlopige maatregelen te treffen. Dat is ook zo wanneer er in het kader van de toepassing van de artikelen 101, eerste lid, en 102 VWEU gevaar bestaat voor tegenstrijdige beslissingen.¹¹⁵ Het Hof heeft daar later aan toegevoegd dat de nationale rechterlijke instanties, wanneer zij zich uitspreken over overeenkomsten of gedragingen waarover de Commissie reeds een beschikking heeft gegeven, geen beslissingen mogen nemen die tegen die beschikking indruisen, ook al is zij in tegenspraak met de beslissing van een nationale rechterlijke instantie in eerste aanleg.¹¹⁶

De beschikbaarheid en uitwisseling van informatie over de verordeningen- en beschikkingspraktijk van de Commissie is dan ook van groot belang. Het belang van informatiedoorstroming gaat echter verder dan dat. Het Hof verwijst expliciet

112 Zie Devroe 2002, p. 218, nr. 11.

113 HvJ EU 28 februari 1991, C-234/89, ECLI:EU:C:1991:91, r.o. 49 (*Stergios Delimitis/Henninger Bräu AG*).

114 HvJ EU 28 februari 1991, C-234/89, ECLI:EU:C:1991:91, r.o. 50 (*Stergios Delimitis/Henninger Bräu AG*).

115 HvJ EU 28 februari 1991, C-234/89, ECLI:EU:C:1991:91, r.o. 52 (*Stergios Delimitis/Henninger Bräu AG*).

116 HvJ EU 14 december 2000, C-344/98, EU:C:2000:689, r.o. 52 (*Masterfoods Ltd/HB Ice Cream Ltd*).

naar de mogelijkheid voor de nationale rechter om, voor zover het toepasselijke nationale procesrecht zulks toelaat, bij de Europese Commissie inlichtingen in te winnen over de stand van de procedure die deze instelling in voorkomend geval heeft ingeleid, of bij bijzondere moeilijkheden bij de toepassing van de artikelen 101, eerste lid, en 102 VWEU met de Europese Commissie contact op te nemen om economische en juridische inlichtingen in te winnen. Het Hof koppelt daarbij terug naar een verplichting tot loyale samenwerking met de rechterlijke autoriteiten van de lidstaten die op de Europese Commissie rust.¹¹⁷

De rechtspraak van het Hof is nadien ‘gecodificeerd’¹¹⁸ in een (niet-bindende)¹¹⁹ mededeling van de Europese Commissie¹²⁰. Interessant voor de duale handhaving is dat de Europese Commissie zich zal inspannen om zaken waarvoor zij heeft besloten een procedure in te leiden en waarvoor bij de nationale rechter een procedure loopt waarvan de behandeling is opgeschort totdat de Commissie een beschikking heeft gegeven, bij voorrang te behandelen, met name wanneer de afloop van een civielrechtelijk geding daarvan afhangt.¹²¹ Dat illustreert het belang van communicatie over handhaving *in action*.

Artikel 16 van Verordening 1/2003 sluit naadloos aan bij het voorgaande. Volgens deze bepaling, kunnen nationale rechterlijke instanties, wanneer zij artikel 101 of 102 VWEU toepassen op overeenkomsten, besluiten of gedragingen die reeds het voorwerp uitmaken van een beschikking van de Commissie, geen beslissingen nemen die in strijd zijn met de door de Commissie gegeven beschikking. Ook moeten zij vermijden beslissingen te nemen die in strijd zouden zijn met een beschikking die de Commissie overweegt te geven in een door haar gestarte procedure. Te dien einde kan de nationale rechterlijke instantie de afweging maken of het nodig is haar procedure op te schorten.

Informatiedoorstroming is eveneens belangrijk waar de toezichthouder en de benadeelde allebei over eenzelfde handhavingsinstrument beschikken. Een voorbeeld is de vordering tot staking van inbreuken op wettelijke en reglementaire bepalingen betreffende de bescherming van natuurlijke personen in verband met de verwerking van persoonsgegevens.¹²² Zowel de betrokkene als de bevoegde toezichthoudende autoriteit kunnen de stakingsvordering instellen.¹²³ Er is uitdrukkelijk voorzien dat de beschikking volgend op een stakingsvordering ter kennis wordt gebracht aan de bevoegde toezichthoudende autoriteit, net zoals een ingesteld beroep tegen die beschikking.¹²⁴

117 HvJ EU 28 februari 1991, C-234/89, ECLI:EU:C:1991:91, r.o. 53 (*Stergios Delimitis/Henninger Bräu AG*). Zie nadien HvJ EU 6 november 2012, C-199/11, ECLI:EU:C:2012:684, r.o. 52 (*Europese Gemeenschap/Otis NV e.a.*).

118 Devroe 2002, p. 219, nr. 13.

119 Mededeling Commissie 2004.

120 Mededeling Commissie 2004, par. 54-64.

121 Mededeling Commissie 2004, par. 12.

122 Art. 209 Privacywet 2018.

123 Art. 211 § 3 Privacywet 2018.

124 Art. 213 Privacywet 2018.

In het kader van de handhaving van het mededingingsrecht geldt in dat verband ook de verplichting om beslissingen van nationale rechterlijke instanties toe te zenden aan de Europese Commissie.¹²⁵ Deze wordt echter niet nauwgezet nageleefd.¹²⁶

4.3 Het verjaringsrisico bij een afwachtende houding

Niettegenstaande de geschetste voordelen van privaatrechtelijke handhaving die volgt op de publiekrechtelijke handhaving, vereist een dergelijke afwachtende houding als benadeelde oog voor bijvoorbeeld de lopende verjaring van de aansprakelijkheidsvordering. De context van de handhaving van het mededingingsrecht biedt een illustratie, waarbij dit aspect op de voorgrond trad in een arrest van het Grondwettelijk Hof. De gemeenrechtelijke verjaringsregel voor buitencontractuele vorderingen¹²⁷ is volgens het Hof in strijd met het grondwettelijke gelijkheidsbeginsel en discriminatieverbod¹²⁸ in zoverre de burgerlijke rechtsvordering tot vergoeding van de schade die uit een mededingingsinbreuk voortvloeit, kan verjaren vooraleer een in kracht van gewijsde gegane uitspraak het bestaan van een mededingingsinbreuk vaststelt.¹²⁹ Doordat de verjaringstermijn voor het instellen van een vordering tot vergoeding van de schade uit een mededingingsinbreuk onverminderd loopt indien die inbreuk het voorwerp uitmaakt van een administratiefrechtelijke handhavingsprocedure, wordt de benadeelde volgens het Hof gedwongen al ten voorlopige titel een burgerlijke procedure op te starten, hoewel er nog geen duidelijkheid bestaat over het al dan niet geoorloofde karakter van de mededingingspraktijk. De benadeelde kan dus het definitieve oordeel over het bestaan van de inbreuk in de administratiefrechtelijke handhavingsprocedure niet afwachten en als bewijs van de fout gebruiken, wat de vaststelling van zijn recht op vergoeding van schade door de burgerlijke rechter ernstig bemoeilijkt. Het Hof verwijst voorts naar Richtlijn 2014/104/EU om te overwegen dat de benadeelde van een inbreuk op de mededingingsregels niet mag worden belemmerd in zijn recht op vergoeding doordat de verjaringstermijn voor het instellen van vorderingen tot vergoeding van de schade uit die inbreuk kan verstrijken voordat de administratiefrechtelijke handhaving van de mededingingsregels is beëindigd met een definitieve uitspraak.¹³⁰ Sinds de omzetting van Richtlijn 2014/104/EU geldt een bijzondere verjaringsregel voor vordering tot schadevergoeding voor inbreuken op het mededingingsrecht, die tegemoetkomt aan de voormelde ongrondwettigheid.¹³¹ Dat doet echter de vraag rijzen waarom enkel voor deze situatie van duale handhaving is voorzien in een bijzonder regime. De verkokering zet zich op die manier verder. Reflectie is nodig over het doortrekken van de achterliggende ratio van een dergelijke bijzondere verjaringsregel naar andere domeinen waarin publiekrechtelijke en privaatrechtelijke handhaving met elkaar verweven zijn. In die zin stelt overweging 36 van Richtlijn 2014/104/EU eerst op algemene wijze dat

125 Art. 15.2 Verordening (EG) 1/2003.

126 Schurmans & Andrau 2006, p. 238, nr. 3.

127 Art. 2262bis § 1 lid 2 BW.

128 Art. 10 en 11 Grondwet (hierna: Gw.).

129 Grondwettelijk Hof 10 maart 2016, 38/2016, ECLI:BE:GHCC:2016:ARR.038.

130 Grondwettelijk Hof 10 maart 2016, 38/2016, ECLI:BE:GHCC:2016:ARR.038, r.o. B.12.

131 Art. XVII.90 WER.

ationale regels inzake de aanvang, duur, schorsing of stuiting van verjarings-termijnen geen onnodige belemmering mogen vormen voor het instellen van schadevorderingen. Pas daarna geeft de Europese regelgever aan dat dit van bijzonder belang is voor schadevorderingen die voortbouwen op de vaststelling door een mededingingsautoriteit of een beroepsinstantie van een inbreuk.

5 De gehoudenheid tot coördinatie

Krachtens het beginsel van loyale samenwerking, zoals neergelegd in artikel 4.3 VEU, steunen de Europese Unie en de lidstaten elkaar bij de vervulling van de taken die uit het VEU en het VWEU voortvloeien. We merkten hierboven reeds op dat het Hof in het kader van de privaatrechtelijke handhaving (van het mededingingsrecht) uitdrukkelijk teruggrijpt naar deze verplichting tot loyale samenwerking.¹³² Het mededingingsrecht vormt inderdaad een mooi voorbeeld van hoe aandacht nodig is voor de rol van beide handhavingvormen als onderdelen van een ruimer geheel. Het kan in dat opzicht een voorbeeld vormen voor andere domeinen, zonder evenwel te vervallen in ondoordachte veralgemeningen of schijnbare parallellen die voorbijgaan aan de eigenheid van elk rechtsdomein.

Het Hof legt een bijzondere nadruk op de rol van vorderingen tot schadevergoeding als integraal onderdeel van het overkoepelende handhavingbeleid van het mededingingsrecht.¹³³ Uit vaste rechtspraak van het Hof volgt dat 'vorderingen tot vergoeding van schade wegens schending van de mededingingsregels van de Unie (*private enforcement*), net zo goed als de uitvoering die de openbare autoriteiten aan die regels geven (*public enforcement*), integrerend deel uitmaken van het stelsel voor de handhaving van die regels'.¹³⁴

Die focus op het grotere handhavingapparaat valt toe te juichen, onder meer om handhavinglacunes te vermijden. Daarbij dient niet alleen te worden gekeken naar de doeltreffende rechterlijke bescherming die artikel 47 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie vereist, maar tevens naar de ruimere effectieve rechtsbescherming. Die effectieve rechtsbescherming kan ook buiten gerechtelijke procedures voor burgerlijke rechters gebeuren,¹³⁵ bijvoorbeeld via publiekrechtelijke handhaving.

Waar publiek- en privaatrechtelijke handhaving hand in hand moeten gaan, dienen zij met elkaar rekening te houden.¹³⁶ De ene handhavingvorm mag niet ten koste gaan van de andere.¹³⁷

132 HvJ EU 28 februari 1991, C-234/89, ECLI:EU:C:1991:91, r.o. 53 (*Stergios Delimitis/Henninger Bräu AG*).

133 HvJ EU 6 oktober 2021, C-882/19, ECLI:EU:C:2021:800, r.o. 35-37 (*Sumal SL/Mercedes Benz Trucks España SL*); Verhulst 2024, p. 182, nr. 121, p. 210-211, nr. 144.

134 HvJ EU 6 oktober 2021, C-882/19, ECLI:EU:C:2021:800, r.o. 37 (*Sumal SL/Mercedes Benz Trucks España SL*); HvJ EU 14 maart 2019, C-724/17, ECLI:EU:C:2019:204, r.o. 45 (*Vantaan kaupunki/Skanska Industrial Solutions Oy e.a.*).

135 J.T. NOWAK, *Ambtshalve toepassing van EU-recht door de Belgische burgerlijke rechter* (diss. KU Leuven), 2021, p. 16, nr. 34.

136 HvJ EU 12 januari 2023, C-57/21, ECLI:EU:C:2023:6, r.o. 52 (*RegioJet a.s./České dráhy a.s.*); Dunne 2014, p. 145.

137 SWD(2013) 203 final, par. 29; Verhulst 2024, p. 210-211, nr. 144.

Uit het totstandkomingsproces van Richtlijn 2014/104/EU blijkt bijvoorbeeld hoe in het kader van de (versterkte) privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht beperkingen zijn ingevoerd om de effectiviteit van de publiekrechtelijke handhaving te bewaren.¹³⁸ Het gaat concreet over (onder meer) de beperkingen op de hoofdelijke aansprakelijkheid van clementie-immuniteitsontvangers¹³⁹ en over de mogelijkheden tot toegang tot clementiedocumenten.¹⁴⁰ Initieel diende de feitenrechter volgens de toen geldende rechtspraak steeds over de mogelijkheid te beschikken om een *in concreto*-belangenafweging te maken tussen het clementieprogramma enerzijds en de toegang tot documenten in het kader van een vordering tot schadevergoeding anderzijds.¹⁴¹ Die mogelijkheid zou echter de aantrekkelijkheid van het clementieprogramma (belangrijk binnen de publiekrechtelijke handhaving) ondermijnen, zodat in de artikelen 6 en 7 van Richtlijn 2014/104/EU is geopteerd voor een overkoepelende terughoudendheid bij overleggingsaanvragen gericht tot mededingingsautoriteiten, met een zwarte en een grijze lijst voor bepaalde documenten.¹⁴² Niettemin worden de gemoederen nog steeds beroerd door de vraag of (de stimulering van) de privaatrechtelijke handhaving de effectiviteit van het clementieprogramma, en bij uitbreiding de effectiviteit van de publiekrechtelijke handhaving, niet ondermijnt.¹⁴³

Uit de voorgaande paragrafen 2 en 4 en de toelichting van Richtlijn 2014/104/EU is daarbij al gebleken hoe bewijsrechtelijke ingrepen (via vermoedens en toegang tot bewijsmateriaal), bijstand van nationale rechters, informatiedoorstroming en het vermijden van divergente beslissingen en uitspraken, alsook het opvangen van een verjaringsrisico concrete aandachtspunten en tegelijkertijd mogelijke verbeteringspistes vormen.

De nood tot coördinatie reikt verder dan enkel tussen publiekrechtelijke en privaatrechtelijke handhaving. Het gaat in werkelijkheid over de noodzaak van een gecoördineerde overkoepelende handhaving. Een concreet voorbeeld volgt uit de privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht, waarbij schadevorderingen in de praktijk door verschillende schakels in de keten worden ingesteld, zowel directe als indirecte afnemers of leveranciers. De coherentie tussen uitspraken in samenhangende procedures moet daarbij gewaarborgd blijven en er moet worden voorkomen dat een partij door een opsplitsing in verscheidene gedingen meer of minder dan een volledige vergoeding van haar schade zou verkrijgen.¹⁴⁴

138 De Smijter 2007, p. 9, nr. 31-33; Verhulst 2024, 808, nr. 702.

139 Art. XVII.86 § 3 WER, alsook — voor de regresvordering — art. XVII.87, § 2 WER.

140 Art. XVII.79 WER.

141 HvJ EU 6 juni 2013, C-536/11, ECLI:EU:C:2013:366, r.o. 49 (*Bundeswettbewerbssbehörde/Donau Chemie AG e.a.*); HvJ EU 14 juni 2011, C-360/09, ECLI:EU:C:2011:389, r.o. 30-31 (*Pfleiderer AG/Bundeskartellamt*).

142 Verhulst 2024, p. 211, nr. 145. Zie ook De Smijter 2007, p. 6, nr. 15.

143 Adyns 2015, p. 320; J. Blockx, 'Clementieprogramma's en kartelschadevorderingen: beter een vogel in de hand...', in: G. Straetmans & J. Blockx (red), *Eerlijke en vrije mededinging: wijsheid is maat*, Morsel: Intersentia 2021, p. 21-34; OESO, 'OECD Competition Trends 2023', Parijs: OECD Publishing 2023, doi.org/10.1787/bcd8f8f8-en, p. 19; Rasking & Maes 2022, p. 285-286; L. Rengier, 'Cartel Damages Actions in German Courts: What the Statistics Tell Us', *JECLP* 2020, afl. 1-2, p. 74.

144 Overweging 44 Richtlijn 2014/104/EU. Zie ook H. Boularbah met coördinatie van A. Müller & V. Lefever, 'De toepassing van de EU 'private enforcement' richtlijn in het Belgische recht', *TBM* 2015, afl. 4, p. 295, nr. 49 (hierna: Boularbah 2015).

Artikel 15.1 Richtlijn 2014/104/EU (omgezet in art. XVII.85 WER) bepaalt daarom dat rechterlijke instanties bij de beoordeling van het zogenaamde doorberekeningsverweer (*i.e.* de vraag of een directe afnemer de meerkosten al dan niet volledig heeft doorberekend) rekening kunnen houden met schadevorderingen die verband houden met dezelfde inbreuk op het mededingingsrecht, maar die worden ingesteld door eisers op een ander niveau van de toeleveringsketen, uitspraken die het gevolg zijn van dergelijke schadevorderingen, en relevante, tot het publiek domein behorende informatie uit zaken betreffende de publieke handhaving van het mededingingsrecht.

Tot slot is ook aandacht nodig voor coördinatie binnen eenzelfde handhavingvorm. Uit de Belgische rechtspraak blijkt bijvoorbeeld de impact van het *ne-bis-in-idem*-beginsel in het kader van de afstemming tussen verschillende publiekrechtelijke handhavingsspistes.¹⁴⁵ Binnen de privaatrechtelijke handhaving is hierboven reeds de bezorgdheid geuit over verkokering en het resulterende risico op discriminatie.

6 De gevolgen van de handhavingssamenloop voor de ontwikkeling van het privaatrecht

Waar de privaatrechtelijke handhaving voortbouwt of aansluit op de publiekrechtelijke handhaving, is een beïnvloeding van het privaatrecht vanuit die publiekrechtelijke handhaving mogelijk. Aangezien de privaatrechtelijke handhaving mede via het civiele (buitencontractuele) aansprakelijkheidsrecht gebeurt, vormen de aansprakelijkheidsvoorwaarden een plaats bij uitstek voor die beïnvloeding. Vooraf weze het vergoedingsgerichte kader van dat aansprakelijkheidsrecht in herinnering gebracht als beperking op de inzet ervan voor niet-vergoedende doelstellingen (*supra*, paragrafen 2 en 3). Een miskennis daarvan zou resulteren in een denaturatie van het aansprakelijkheidsrecht.¹⁴⁶

We focussen hierna eerst op de fout om vervolgens ook kort stil te staan bij de schadebegrotingspraktijk; opnieuw met de handhaving van het mededingingsrecht als voorbeeld.

6.1 Invloed op het niveau van de fout en de vaststelling van de inbreuk

Sinds de hervorming van het Belgische buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht, is de fout inzake buitencontractuele aansprakelijkheid wettelijk gedefinieerd in artikel 6.6 BW. Zij bestaat hetzij uit de schending van een wettelijke regel die een bepaald gedrag oplegt of verbiedt, hetzij uit de schending van de algemene zorgvuldigheidsnorm die geldt in het maatschappelijke verkeer.

145 Zie bv. Hof van Cassatie 22 november 2018, C.17.0126.F: 'Het arrest, dat oordeelt dat een partij terecht het non bis in idem-beginsel aanvoert en niet onderzoekt of de vervolging door het Belgisch Instituut voor Postdiensten en Telecommunicatie en de vervolging die geleid heeft tot een beslissing van de Raad voor de Mededinging, met het oog op de verwezenlijking van een doelstelling van algemeen belang, elkaar aanvullende doelen nastreven die betrekking hebben op verschillende aspecten van hetzelfde inbreukmakende gedrag, is niet naar recht verantwoord'.

146 Gillaerts 2020, p. 8, nr. 10, en p. 213, nr. 241; Gillaerts 2020-2021, p. 1243, nr. 2.

Daarbij rijst de vraag naar de waarde van een beslissing uit de publiekrechtelijke handhaving. Een inbreuk vaststellende beslissing van de Europese Commissie was al bindend voor de nationale rechter (alsook voor de nationale mededingingsautoriteit) sinds artikel 16 Verordening (EG) 1/2003 en het *Masterfoods*-arrest van het Hof.^{147,148} Over de impact van een beslissing van de BMA (als opvolger van de Belgische Raad voor de Mededinging) bestond naar Belgisch recht discussie.¹⁴⁹ Waar in de rechtspraak en de rechtsleer al voorheen een bindende waarde van definitieve beslissingen van de Europese Commissie opdook,¹⁵⁰ is sinds Richtlijn 2014/104/EU het pleit definitief beslecht. Wanneer een nationale mededingingsautoriteit of beroepsinstantie een mededingingsrechtelijk inbreuk vaststelt middels een definitieve inbreukbeslissing, wordt de inbreuk geacht onweerlegbaar vast te staan voor de behandeling van een schadevordering krachtens de artikelen 101 en 102 VWEU of het nationale mededingingsrecht voor de nationale rechter van de lidstaat van die mededingingsautoriteit of beroepsinstantie.¹⁵¹ Daarnaast moet ook rekening worden gehouden met het *Repsol*-arrest van het Hof. De inbreuk op het mededingingsrecht die is vastgesteld in een besluit van een nationale mededingingsautoriteit waartegen bij de bevoegde nationale rechterlijke instanties een beroep tot nietigverklaring is ingesteld, maar dat definitief is geworden na door deze rechterlijke instanties te zijn bevestigd, moet volgens het Hof in het kader van een vordering tot nietigverklaring uit hoofde van artikel 101, tweede lid, VWEU worden geacht door de verzoekende partij te zijn aangetoond tot bewijs van het tegendeel, mits de aard van de vermeende inbreuk waarop die vorderingen betrekking hebben en de materiële, persoonlijke, temporele en territoriale werkingssfeer ervan, samenvallen met die van de in dat besluit vastgestelde inbreuk.¹⁵²

Daarmee is echter niet alles gezegd. Zelfs met een bindende inbreukbeslissing moet een eiser bij zijn schadevergoedingsvordering nog steeds de brug slaan naar zijn individuele geval. Zo wijst de rechtsleer naar het verschil tussen de *in abstracto* vastgestelde inbreuk en de vraag of een concrete procespartij daardoor wordt getroffen.¹⁵³ De redactie van en de precieze vaststellingen in de inbreukbeslissing zullen van uitermate groot belang zijn. In zoverre de rechter van oordeel is dat een cruciale stap ontbreekt in de vaststelling van de mededingingsautoriteit, is het niet ondenkbaar dat de rechter de zaak toespitst op dat ene aspect waarvoor hij niet gebonden is door de inbreukbeslissing, precies omdat dat aspect daarin

147 HvJ EU 14 december 2000, C-344/98, EU:C:2000:689, r.o. 52 (*Masterfoods Ltd/HB Ice Cream Ltd*).

148 Toepassingen hiervan zijn bijvoorbeeld hof van beroep Gent 1 maart 2021, 2019/AR/1255 en 2019/AR/1393, *Competitio* 2021, afl. 2, p. 176, r.o. 27; hof van beroep Brussel 28 oktober 2015, 2015/AR/95, *Jb.Markt*, 2015, p. 769; Nederlandstalige rechtbank van koophandel Brussel 24 april 2015, *TBM* 2015, afl. 3, p. 214; Nederlandstalige rechtbank van koophandel 24 november 2014, A/08/06816, *TBM* 2015, afl. 1-2, p. 40.

149 We verwijzen naar het overzicht bij Gillaerts 2016-2017, p. 1210, nr. 24.

150 Rechtbank van koophandel Gent 23 maart 2017, *TBM* 2017, afl. 2, p. 168; Gilliams & Cornelis 2007, p. 26-27; Price 2014, p. 56-57; D. Vandermeersch & B. Gielen, 'Damages actions in Belgium for competition law violations', in: I. Boone, I. Claeys & L. Lavrysen (red.), *Liber amicorum Hubert Bocken*, Brugge: die Keure 2009, p. 143-145; Verougstraete & Bossuyt 2009, p. 23-24.

151 Art. 9.1 Richtlijn 2014/104/EU; art. XVII.82 § 1 WER.

152 HvJ EU 20 april 2023, C-25/21, ECLI:EU:C:2023:298, r.o. 67 (*ZA e.a./Repsol Comercial de Productos Petrolíferos SA*).

153 Boularbah 2015, p. 297, nr. 63.

ontbreekt.¹⁵⁴ Ter illustratie kan worden verwezen naar de uitspraak van het hof van beroep Brussel op 26 februari 2015.¹⁵⁵ Het hof acht zich in dit arrest niet gebonden door de beslissing¹⁵⁶ van de Raad voor de Mededinging (nu: BMA) omdat de Raad een volgens het Hof cruciaal aspect niet heeft onderzocht.¹⁵⁷ Aldus wordt een ruimere inbreuk weerhouden in het arrest dan in de beslissing van de Raad.¹⁵⁸ Ook de uitspraak van de Nederlandstalige rechtbank van koophandel (nu: ondernemingsrechtbank) Brussel van 24 april 2015¹⁵⁹ vormt een treffend voorbeeld. Uit de inbreukbeslissing van de Europese Commissie blijkt volgens de rechtbank enkel een marktverdelingskartel, wat de rechtbank als fout aanvaardt.¹⁶⁰ Wat het aanrekenen van hogere prijzen betreft, levert de inbreukbeslissing evenwel geen bewijs op van een fout en acht de rechtbank zich niet gebonden door vermeldingen daaromtrent in de inbreukbeslissing.¹⁶¹ Enkel een marktverdelingskartel is vastgesteld, geen prijzenkartel.¹⁶² Een gelijkaardige beslissing neemt de Nederlandstalige ondernemingsrechtbank Brussel in een zaak over een vrachtwagenkartel. Aangezien de beschikking van de Europese Commissie een dochteronderneming niet benoemt als inbreukpleger, staat volgens de rechtbank de mededingingsrechtelijke inbreuk in haar hoofde niet zonder meer vast.¹⁶³

Soms leidt de Belgische rechtspraak vermoedens of een begin van bewijs van schade af uit een inbreukbeslissing van de Europese Commissie.¹⁶⁴ In een reeks uitspraken over een liftenkartel rijst bijvoorbeeld de vraag in welke mate uit de inbreukbeslissing van de Europese Commissie ook het bestaan van (concrete) schade kan worden afgeleid. Waar de Nederlandstalige rechtbank van koophandel (nu: ondernemingsrechtbank) Brussel daarover zeer sceptisch is,¹⁶⁵ laat het hof van beroep Brussel uitschijnen dat de beslissing ook een effectieve weerslag op de Belgische markt vaststelt, wat minstens als een begin van bewijs kan gelden dat de betrokken marktdeelnemers effectief schade hebben opgelopen.¹⁶⁶ Voorts oordeelt de ondernemingsrechtbank Gent in een zaak over een vrachtwagenkartel dat de beslissing van de Europese Commissie weliswaar geen bindende waarde heeft voor de vaststelling van de *in concreto* geleden schade, maar dat de rechtbank

154 Zie ook Verhulst 2024, p. 473-474, nr. 453.

155 Hof van beroep Brussel 26 februari 2015, *TBH* 2015, afl. 8, p. 843.

156 Raad voor de Mededinging 26 mei 2009, 2009-P/K-10, MEDE-P/K-05/0065 (*Base/BMB*).

157 Hof van beroep Brussel 26 februari 2015, *TBH* 2015, afl. 8, p. 854, nr. 156.

158 Het weze opgemerkt dat de vordering tot schadevergoeding van de eiser in deze zaak geen *follow-on*-vordering was, maar de praktijken ten grondslag aan beide zaken niettemin gelijkaardig waren: Boularbah 2015, p. 294, nr. 38.

159 Nederlandstalige rechtbank van koophandel Brussel 24 april 2015, *TBM* 2015, afl. 3, p. 212-227.

160 Nederlandstalige rechtbank van koophandel Brussel 24 april 2015, *TBM* 2015, afl. 3, p. 217.

161 Nederlandstalige rechtbank van koophandel Brussel 24 april 2015, *TBM* 2015, afl. 3, p. 217, met verwijzing naar Nederlandstalige rechtbank van koophandel Brussel 24 november 2014, A/08/06816, *TBM* 2015, afl. 1-2, p. 37; Accarain & Waelbroeck 2015, p. 385-387. Boularbah merkt op dat de uitspraak op gespannen voet staat met de rechtspraak van het Hof van Justitie, meer bepaald HvJ EU 5 juni 2014, C-557/12, ECLI:EU:C:2014:1317 (*Kone AG e.a./ÖBB-Infrastruktur AG*): Boularbah 2015, p. 294, nr. 41.

162 Nederlandstalige rechtbank van koophandel Brussel 24 april 2015, *TBM* 2015, afl. 3, p. 221.

163 Nederlandstalige ondernemingsrechtbank Brussel 24 december 2019, *NjW* 2020, afl. 427, p. 644-645.

164 Zie ook Verhulst 2024, p. 473, nr. 453.

165 Nederlandstalige rechtbank van koophandel Brussel 24 april 2015, *TBM* 2015, afl. 3, p. 217 en 219-220; Nederlandstalige rechtbank van koophandel Brussel 24 november 2014, A/08/06816, *Jb.Markt.* 2014, p. 1199-1200.

166 Hof van beroep Brussel 28 oktober 2015, 2015/AR/95, *Jb.Markt.* 2015, p. 767.

uit die beslissing niettemin feitelijke vermoedens kan afleiden.¹⁶⁷ In soortgelijke zin houdt de rechtbank van koophandel (nu: ondernemingsrechtbank) Gent rekening met bepaalde passages uit de boetebeslissing om te oordelen dat het zeer waarschijnlijk is dat de inbreuken aanleiding hebben gegeven tot vertraging, extra administratie en extra kosten en dus schade voor de eisende partijen in een zaak over misbruik van machtspositie.¹⁶⁸

De nationale rechter maakt aldus gebruik van de leemtes en interpretatieruimte in de inbreukbeslissingen van de Europese Commissie. Dit doet de vraag rijzen naar de grenzen hiervan. Enerzijds creëert het ruimte tot het verruimen van de impact van de publiekrechtelijke handhaving. Anderzijds kan het leiden tot divergentie in de rechtspraak, wat dan weer aanleiding kan geven tot een ondermijning van (de handhaving van) het EU-recht.

Voorts is duidelijk dat de ervaring uit de publiekrechtelijke handhaving niet alleen in zogenaamde *follow-on*-vorderingen maar tevens in zogenaamde *stand-alone*-vorderingen richtinggevend zal zijn om te bepalen of er sprake is van een mededingingsrechtelijke inbreuk.¹⁶⁹

Tot slot leent ook de algemene zorgvuldigheidsnorm zich voor publiekrechtelijke doorsijpeling. De algemene zorgvuldigheidsnorm vereist krachtens artikel 6.6, § 2, eerste lid, BW een gedrag dat overeenkomt met dat van een voorzichtig en redelijk persoon in dezelfde omstandigheden geplaatst. Onder meer de uitspraken van mededingingsautoriteiten zullen belangrijk zijn om te bepalen of een bepaalde activiteit duidelijk, *i.e.* voor een redelijk persoon, een inbreuk uitmaakt.¹⁷⁰ Bovendien biedt artikel 6.6, § 2, tweede lid, BW verdere beïnvloedingspistes. Het geeft een aantal elementen waarmee de civiele rechter rekening kan houden. Een aantal daarvan kunnen een brug vormen met de publiekrechtelijke handhaving en beoordeling: de eisen van goed vakmanschap en goede beroepspraktijken, alsook de beginselen van goed bestuur en goede organisatie. Het is immers doorheen de publiekrechtelijke praktijk dat begrippen als ‘goede beroepspraktijken’ en ‘goed bestuur en goede organisatie’ (mee) nader vorm krijgen. Daarnaast is het geenszins uitgesloten dat andere mogelijke beoordelingselementen aan bod komen in beslissingen of afwegingen in het kader van publieke handhaving, die op die manier een rol kunnen spelen in de privaatrechtelijke toets van de algemene zorgvuldigheidsnorm. Het gaat daarbij over (i) de redelijkerwijze voorzienbare gevolgen van het gedrag, (ii) de evenredigheid van het risico dat de schade zich voordoet, haar aard en haar omvang ten opzichte van de inspanningen en maatregelen nodig om haar te vermijden, en (iii) de stand van de techniek en van de wetenschappelijke kennis. Deze elementen vergen doorgaans een grondig en uitgebreid onderzoek, waarvoor particulieren in het kader van de privaatrechte-

167 Ondernemingsrechtbank Gent 22 november 2018, A/17/01498, onuitg., r.o. 4.14-4.15, zoals vermeld bij Verhulst 2024, p. 473, nr. 453.

168 Rechtbank van koophandel Gent 23 maart 2017, TBM 2017, afl. 2, p. 175-176.

169 Verhulst 2024, p. 209, noot 1158.

170 Bv. inzake mededingingsrecht, zie Gillaerts 2016-2017, p. 1209, nr. 21; Gilliams & Cornelis 2007, p. 18, nr. 24-26.

lijke handhaving regelmatig de middelen zullen ontberen, in tegenstelling tot de publiekrechtelijke handhaving (*supra*, paragrafen 2 en 3).

6.2 Invloed op het niveau van de schadebegroting

Hierboven is aangestipt hoe de schadebegroting complex kan zijn, ten nadele van de vooropgestelde integrale schadeloosstelling van de benadeelde. Het valt dan ook te verwachten dat partijen (en rechters) in de toekomst steeds vaker zullen teruggrijpen naar instrumenten die een hulpmiddel vormen bij die schadebegroting.

De mededingingsrechtelijke praktijk bevat voorbeelden van nuttige instrumenten. Zo zijn een mededeling van de Commissie¹⁷¹ en een Praktische Gids¹⁷² relevant.¹⁷³ Richtlijn 2014/104/EU zet ook nadrukkelijk verder in op dergelijke instrumenten. Luidens artikel 16 verstrekt de Europese Commissie de nationale rechterlijke instanties richtsnoeren over de wijze waarop moet worden ingeschat welk deel van de meerkosten aan de indirecte afnemer is doorberekend.¹⁷⁴ Naast de vereisten van het doeltreffendheids- en gelijkwaardigheidsbeginsel, moeten de mogelijke informatieasymmetrie tussen partijen alsook de hypothetische marktvolutie zonder de inbreuk worden onderzocht, hetgeen nooit exact kan gebeuren. Daarom moeten de rechterlijke instanties volgens de Unierechtelijke wetgever de omvang van de schade kunnen ramen op grond van algemene richtsnoeren op EU-niveau, opgesteld door de Europese Commissie omwille van de nodige samenhang en voorspelbaarheid.¹⁷⁵

Deze richtsnoeren beogen rechtbanken en partijen bij te staan met economische en praktische inzichten over de schadebegroting.¹⁷⁶ Lidstaten (en hun rechtelijke instanties) zijn niet gebonden door deze richtsnoeren.¹⁷⁷ Toch oefenen ze in het schadebegrotingsproces een grote invloed uit.¹⁷⁸ De Belgische rechtspraak verwijst bijvoorbeeld regelmatig naar deze richtsnoeren.¹⁷⁹

6.3 Convergentie doorheen rechtspraak over begrippenkader

Uit het voorgaande blijkt hoe de doorwerking kan gebeuren via verschillende wegen, zowel *hard law* als *soft law*, via regelgeving en rechtspraak. De rechtspraak van het Hof over de handhaving van het mededingingsrecht illustreert hoe de rechtspraak een belangrijke rol kan vervullen voor de samenhang dan wel convergentie tussen publiekrechtelijke en privaatrechtelijke handhaving, meer bepaald

171 Mededeling Commissie 2013, par. 19.

172 C(2013) 3440.

173 T. Bontinck, 'Droit de la concurrence: quelques étapes sur le chemin de la consécration du private enforcement en droit belge', *TBH* 2015, afl. 8, p. 800, nr. 60.

174 Zie ook overweging 42 Richtlijn 2014/104/EU.

175 Overweging 46 Richtlijn 2014/104/EU.

176 C(2013) 3440, par. 6; Mededeling Commissie 2013, par. 1.

177 C(2013) 3440, par. 7; Mededeling Commissie 2013, par. 2.

178 Verhulst 2024, 207, nr. 139.

179 Hof van beroep Brussel 28 oktober 2015, 2015/AR/95, *Jb.Markt*. 2015, p. 768; Rechtbank van hoophandel Gent 23 maart 2017, *TBM* 2017, afl. 2, p. 179; Nederlandstalige rechtbank van koophandel Brussel 24 april 2015, *TBM* 2015, afl. 3, p. 220.

op het niveau van het begrippenkader. Het bestaan van twee onderscheiden handhavingspistes – publiekrechtelijk en privaatrechtelijk – doet namelijk de vraag rijzen of bepaalde begrippen in beide pistes dezelfde invulling dienen te krijgen.

In de zogeheten *Skanska*-arrest heeft het Hof zich moeten uitspreken over het begrip ‘onderneming’. Het Hof oordeelt dat dit begrip in de zin van artikel 101 VWEU, dat een autonoom Unierechtelijk begrip is, in de context van de oplegging door de Europese Commissie van geldboetes (op grond van art. 23 lid 2 Verordening (EG) 1/2003) geen andere betekenis kan hebben dan in de context van vorderingen ter vergoeding van schade voor schending van de mededingingsregels van de Europese Unie.¹⁸⁰ De handhaving van het EU-mededingingsrecht hanteert bijgevolg een autonoom ondernemingsbegrip, zowel bij privaatrechtelijke als bij publiekrechtelijke handhaving.¹⁸¹

De precieze betekenis van dat autonome Unierechtelijke ondernemingsbegrip is daarmee evenwel nog niet uitgeklaard, ook niet in het kader van de publiekrechtelijke handhaving.¹⁸² Het is in het kader van een latere zaak van privaatrechtelijke handhaving dat het Hof tot nadere verduidelijking komt van de mogelijke aansprakelijkheid van verbonden vennootschappen, die bijgevolg ook voor de publiekrechtelijke handhaving van belang is. In het *Sumal*-arrest verduidelijkt het Hof dat de grondslag voor aansprakelijkheid gelegen is in de economische eenheid en dat elk onderdeel van die eenheid dus aansprakelijk kan zijn, zowel in opwaartse als neerwaartse zin.¹⁸³ Voor de beoordeling van de aanwezigheid van een economische eenheid geldt een verschillend, functioneel criterium voor de opwaartse aansprakelijkheidsuitbreiding (*i.e.* de aansprakelijkheid van de moeder-vennootschap voor de dochtervennootschap) dan wel neerwaartse aansprakelijkheidsuitbreiding (*i.e.* de aansprakelijkheid van de dochtervennootschap voor de moedervennootschap).¹⁸⁴

7 De meerwaarde van de samenloop

De duale handhaving kan zorgen voor een versnelde ontwikkeling van het recht. Zoals blijkt uit paragraaf 6, met de handhaving van het mededingingsrecht als concreet voorbeeld, kunnen beide handhavingsvormen immers van elkaar leren voor de verfijning van het begrippenkader, alsook voor de invulling van mededingingsrechtelijke regels en de toepassing ervan op de complexe feitelijke realiteit. De keerzijde – of beter: de voorwaarde voor het garanderen van die meerwaarde – is de coördinatie die eveneens hierboven reeds aan bod is gekomen (*supra*, paragraaf 5).

180 HvJ EU 14 maart 2019, C-724/17, ECLI:EU:C:2019:204, r.o. 47 (*Vantaan kaupunki/Skanska Industrial Solutions Oy e.a.*).

181 Verhulst 2024, p. 175, nr. 115.

182 Verhulst 2024, p. 181, nr. 121.

183 HvJ EU 6 oktober 2021, C-882/19, ECLI:EU:C:2021:800, r.o. 48 en 69 (*Sumal SL/Mercedes Benz Trucks España SL*).

184 HvJ EU 6 oktober 2021, C-882/19, ECLI:EU:C:2021:800, r.o. 46 (*Sumal SL/Mercedes Benz Trucks España SL*).

Die rechtsontwikkeling kan, indien voortvloeiend uit eenzelfde bron op EU-niveau, ook de convergentie tussen het Belgische en het Nederlandse recht ten goede komen. De hiervoor beschreven richtsnoeren in mededingingszaken illustreren daarbij dat ook *soft law* relevant is. Verwijzingen naar die richtsnoeren duiken immers niet enkel op in de Belgische maar eveneens in de Nederlandse rechtspraak.¹⁸⁵ Op die manier dragen dergelijke richtsnoeren bij tot een toenadering van de verschillende rechtsstelsels.

De duale handhaving van het mededingingsrecht leert hoe EU-regelgeving ook ruimte kan laten voor divergentie. Zo creëert Richtlijn 2014/104/EU een opmerkelijk verschil in behandeling van beslissingen van toezichthouders van andere EU-lidstaten in vergelijking met deze van de eigen lidstaat.¹⁸⁶ Wanneer een nationale mededingingsautoriteit of beroepsinstantie een mededingingsrechtelijke inbreuk vaststelt middels een definitieve inbreukbeslissing, wordt de inbreuk geacht onweerlegbaar vast te staan voor de behandeling van een schadevordering krachtens de artikelen 101 en 102 VWEU of het nationale mededingingsrecht voor de nationale rechter van de lidstaat van die mededingingsautoriteit of beroepsinstantie.¹⁸⁷ Het bindende karakter van de definitieve inbreukbeslissing speelt alleen wanneer de beslissing genomen is door de (eigen) nationale mededingingsautoriteit. Wanneer de beslissing genomen werd door een mededingingsautoriteit van een andere lidstaat, moet deze minstens gebruikt kunnen worden als een *prima facie* bewijs van het feit dat zich een inbreuk op het mededingingsrecht heeft voorgedaan en desgevallend beoordeeld kunnen worden naast eventueel ander door de partijen aangevoerd bewijsmateriaal.¹⁸⁸ Sommige auteurs wijzen in verband met dit verschil naar de verschillende procedureregels en bewijsstandaarden.¹⁸⁹ Dat benadrukt het belang om oog te hebben voor meer dan enkel de gehandhaafde regel zelf.

8 De rol van de rechter en de *trias politica*

De verhouding tussen de burgerlijke rechter en de toezichthouder in het licht van de burgerlijke rechter als rechterlijke macht treedt op de voorgrond in twee aspecten van de handhaving van het mededingingsrecht: het optreden van de Europese Commissie (of de nationale mededingingsautoriteit) als *amicus curiae* en de bindende werking van de publiekrechtelijke inbreukbeslissing.

8.1 *Amicus curiae*

Zoals voorzien in artikel 15 Verordening (EG) 1/2003 en artikel IV.88 WER kunnen de Europese Commissie en de nationale mededingingsautoriteiten optreden als *amicus curiae* van nationale rechtscolleges die rechtstreeks werkend EU-mededin-

185 Rb. Amsterdam 25 maart 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:1778, r.o. 4.14 (*Luchtvrachtkartel*);

Rb. Amsterdam 25 maart 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:1780, r.o. 4.12 (*Luchtvrachtkartel*).

186 Devroe 2015, p. 18, nr. 42; Gillaerts 2016-2017, p. 1280, nr. 16.

187 Art. 9.1 Richtlijn 2014/104/EU, omgezet in art. XVII.82, § 1 WER.

188 Art. 9.2 Richtlijn 2014/104/EU, omgezet in art. XVII.82, § 2 WER.

189 Accarain & Waelbroeck 2015, p. 388-389.

gingsrecht toepassen. Daarop heerst kritiek,¹⁹⁰ die onder meer betrekking heeft op de scheiding der machten. De rol van de Europese Commissie leunt volgens sommigen immers meer aan bij de uitvoerende macht, maar als *amicus curiae* kan zij ook op de rechterlijke macht een invloed uitoefenen.¹⁹¹ Waar de Europese Commissie al verschillende functies combineert, namelijk regelgeving, uitvoering, onderzoek, vervolging en bestraffing, wordt luidop de vraag gesteld of het werkelijk nodig en gepast is dat de Europese Commissie daarnaast tussenkomt in nationale rechtscolleges.¹⁹² Daarbij mag echter niet worden voorbijgegaan aan de delicate taak van de Europese Commissie: het vinden van de juiste balans tussen het principe van het niet-inmenging in de uitoefening van de rechterlijke functie en de loyale samenwerking.¹⁹³

Daarnaast wijst de rechtsleer op het risico dat de Europese Commissie als *amicus curiae* een beleidsmatige agenda op nationaal niveau zou proberen door te drukken.¹⁹⁴ Wanneer de visie van de Europese Commissie verschilt van deze van het Hof, liggen bijkomende gevaren op de loer. Niet alle adviezen van de Europese Commissie worden gepubliceerd, zodat de rechtszekerheid in het gedrang komt. Daarnaast zouden partijen of rechtbanken kunnen forumshoppen tussen de rechtspraak van het Hof en de adviezen van de Europese Commissie. De procespartijen zouden daarnaast selectief de Europese Commissie kunnen verwittigen van hangende nationale procedures, waarin ze zou kunnen tussenkomen.¹⁹⁵

Voorts zijn vragen te stellen over de mate waarin de Europese Commissie voorafgaand aan haar advies als *amicus curiae* alle nodige informatie heeft.¹⁹⁶ Het advies zal bijvoorbeeld doorgaans voorafgaand aan de pleidooien worden verleend en op korte termijn. Verder is het van belang dat partijen kunnen reageren op de argumenten van de Europese Commissie om te vermijden dat hun rechten van verdediging in het gedrang zouden komen.¹⁹⁷ Dat is bijvoorbeeld naar Belgisch recht voorzien in artikel IV.88, § 1, vierde lid, WER.

Kortom, een kritische houding door de rechtbanken ten aanzien van het advies van de Europese Commissie lijkt op zijn plaats.¹⁹⁸ Anders dreigt de *amicus curiae* veeleer een ‘orakel van Delphi’ te worden.¹⁹⁹

190 Devroe 2002, p. 212, nr. 1, en 229-231, nr. 27-28; E. Wijckmans, ‘Noot onder het arrest van het hof van beroep Brussel (13 november 2014 – Kapitol – Magyar Telekom)’, *TBM* 2015, afl. 3, p. 210-211 (hierna: Wijckmans 2015).

191 Wijckmans 2015, p. 210.

192 Devroe 2002, p. 231, nr. 28.

193 Schurmans & Andrau 2006, p. 247, nr. 23.

194 B. Maes & F. Mourlon Beernaert, ‘L’intervention devant la Cour de cassation et l’*amicus curiae* en droit de la concurrence. Mythes ou réalités ?’, *RCJB* 2022, afl. 1, p. 65, nr. 22 (hierna: Maes & Bourlon 2022); Wijckmans 2015, p. 210.

195 Devroe 2002, p. 230-231, nr. 28.

196 Wijckmans 2015, p. 210-211.

197 Devroe 2002, p. 230, nr. 27.

198 Maes & Bourlon 2022, p. 65, nr. 22.

199 Wijckmans 2015, p. 211.

8.2 Doorwerking van een inbreukbeslissing

Hierboven is gewezen op de bindende werking van de publiekrechtelijke inbreukbeslissing (*infra*, paragraaf 6). Een deel van de rechtsleer uit daarbij bezorgdheden in het licht van de scheiding der machten.²⁰⁰ Zij wijzen op de spanning die lijkt te ontstaan met artikel 159 Gw., dat bepaalt dat de hoven en rechtbanken de algemene, provinciale en plaatselijke besluiten en verordeningen alleen toepassen in zoverre zij met de wetten overeenstemmen. Door artikel 9 Richtlijn 2014/104/EU (en de implementatie ervan in art. XVII.82 WER) lijkt het onmogelijk voor Belgische rechters om beslissing van de BMA, een administratief orgaan,²⁰¹ buiten toepassing te laten wanneer de beslissing niet met de wetten overeenstemt.²⁰² Ook artikel 6 EVRM en het vermoeden van onschuld worden in het spanningsveld betrokken²⁰³ en sommige auteurs twijfelen luidop aan de compatibiliteit van artikel XVII.82 WER met het principe van de onafhankelijkheid van de rechterlijke macht.²⁰⁴ Zij gaan echter voorbij aan de mogelijkheid tot beroep tegen beslissingen van de mededingingsautoriteit.²⁰⁵

Andere auteurs bieden dan ook enige nuance. Zij maken een onderscheid tussen de beslissing en de inbreuk: enkel voor dat laatste bestaat voortaan een onweerlegbaar vermoeden.²⁰⁶ Dat volgt ook uit overweging 34 van Richtlijn 2014/104/EU. Bovendien leiden enkel *definitieve* beslissingen van de BMA tot een onweerlegbaar vermoeden van een inbreuk. Een definitieve inbreukbeslissing is krachtens artikel I.22, 11° WER een beslissing op grond waarvan het bestaan van een inbreuk op het mededingingsrecht wordt vastgesteld waartegen op grond van gangbare rechtsmiddelen geen of niet langer meer beroep open staat. Rechterlijke controle blijft dus mogelijk.²⁰⁷

In het verlengde van het voorgaande is de voormelde mededeling van de Europese Commissie uit 2004²⁰⁸ relevant. Wanneer de Europese Commissie in een bepaalde zaak vóór de nationale rechter een beschikking geeft, kan deze laatste geen beslissing nemen die indruist tegen die van de Europese Commissie. De bindende kracht van de beschikking van de Europese Commissie laat de uitlegging van het EU-recht door het Hof uiteraard onverlet. Indien de nationale rechter twijfelt aan de wettigheid van de beschikking van de Commissie, kan hij zich bijgevolg niet

200 Accarain & Waelbroeck 2015, p. 389-390; Devroe 2015, p. 17-18, nr. 42; J. Léonard, 'Le droit de la concurrence entre-t-il dans l'ère du private enforcement? La loi sur l'action en dommages et intérêts pour les infractions au droit de la concurrence', *Competitio* 2018, afl. 1, p. 21 (hierna: Léonard 2018); Boularbah 2015, p. 294; B.J. Rodger, M. Sousa Ferro & 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', *MJEC* 2019, afl. 4, p. 495.

201 De vroegere discussie over de al dan niet bindende aard van een inbreukbeslissing van de BMA voor de burgerlijke aard hield precies verband met de kwalificatie van de BMA als administratieve autoriteit maar niet als administratief rechtscollege. Zie Gillaerts 2016-2017, p. 1210, nr. 24.

202 Boularbah 2015, p. 294, nr. 37; Accarain & Waelbroeck 2015, p. 389.

203 Adyns 2015, p. 310, nr. 29.

204 Accarain & Waelbroeck 2015, p. 389.

205 In België bij het Marktenhof als gespecialiseerde sectie binnen het hof van beroep Brussel, zie art. IV. 90 WER en art. 101 § 1 lid 4 Gerechtelijk Wetboek.

206 Léonard 2018, p. 21.

207 Léonard 2018, p. 21.

208 Mededeling Commissie 2004.

onttrekken aan de bindende kracht van deze beschikking, tenzij het Hof een arrest in tegengestelde zin wijst. Indien de nationale rechter overweegt een beslissing te nemen die indruist tegen die van de Europese Commissie, moet hij derhalve het Hof om een prejudiciële beslissing verzoeken.²⁰⁹

Kortom, de essentie lijkt te zijn dat de burgerlijke rechter nog steeds zijn rol kan spelen als rechterlijke macht. Hierboven is daarbij geschetst hoe burgerlijke rechters zichzelf manoeuvreerruimte geven om meer of minder gewicht aan inbreukbeslissingen van mededingingsautoriteiten te geven (*supra*, paragraaf 6).

8.3 De Europese Commissie als handhaver met twee petten

Tot slot past het om in te gaan op de situatie waarin een toezichthouder eerst optreedt als toezichthouder binnen de publiekrechtelijke handhaving en vervolgens als schadelijder in de privaatrechtelijke handhaving. Een voorbeeld van een dergelijke handhaver met twee petten is de Europese Commissie. In het kader van de handhaving van het mededingingsrecht staat zij mee in voor de publiekrechtelijke handhaving (resultierend in het opleggen van boetes), maar als vertegenwoordiger van de EU kan zij tevens optreden als schadelijder binnen de privaatrechtelijke handhaving (om vergoeding te vorderen voor schade geleden door de EU).

Het Hof heeft zich reeds over deze bijzonderheid gebogen in zijn *Otis I*-arrest.²¹⁰ Nadat de Europese Commissie een boete heeft opgelegd aan de betrokken ondernemingen als mededingingsautoriteit, vordert zij namens de EU een vergoeding van de schade die de EU heeft geleden. Het Hof bevestigt dat de grondrechten van de verwerende partijen moeten worden geëerbiedigd, maar volgt de ondernemingen niet in hun verweer dat er sprake is van een schending van hun recht op een eerlijk proces (vervat in art. 47 Handvest van de grondrechten van de EU).²¹¹ Het Hof wijst onder meer op het wettigheidstoezicht door rechterlijke instanties van de EU op de beschikking van de Europese Commissie, alsook op het feit dat de Europese Commissie in de desbetreffende zaak zich slechts baseert op informatie die beschikbaar is in de niet-vertrouwelijke versie van de inbreukbeschikking.

9 Toekomstgerichte wensen

Net zoals het Platform publiek- en privaatrecht in dialoog beoogt om een ruime blik te hanteren met oog voor de wisselwerking tussen publiek- en privaatrecht, blijkt uit deze bijdrage de wens tot een soortgelijke ruime blik doorheen de thematiek van de duale rechtshandhaving. Het mededingingsrecht is daarbij een vruchtbare bron van inspiratie gebleken, waaruit lessen kunnen voortvloeien voor andere domeinen. Er mag echter niet worden voorbijgegaan aan de eigenheid van elk rechtsdomein.

209 Mededeling Commissie 2004, par. 13.

210 HvJ EU 6 november 2012, C-199/11, ECLI:EU:C:2012:684 (*Europese Gemeenschap/Otis NV e.a.*).

211 HvJ EU 6 november 2012, C-199/11, ECLI:EU:C:2012:684, r.o. 37-77 (*Europese Gemeenschap/Otis NV e.a.*).

Met het ene oog op het overkoepelende handhavingsopzet gericht en het andere op de onderscheiden rol en verantwoordelijkheid van elke actor daarbinnen is een waardevolle toekomstvisie op duale handhaving mogelijk.

Dat houdt ten eerste in dat het privaatrechtelijke perspectief niet beperkt mag blijven tot individuele vorderingen tot vergoeding van schade veroorzaakt door inbreuken op de gehandhaafde regel. Ook stakings- en nietigverklaringsvorderingen zijn in deze bijdrage nuttig gebleken om enkele beperkingen van aansprakelijkheidsvorderingen te ondervangen, zonder het aansprakelijkheidsrecht te dwingen tot denaturatie. Daarnaast treden meer collectieve actievormen op de voorgrond, waarbij verenigingen en vertegenwoordigers (van groepen of individuen) een rol te spelen hebben.

Ten tweede is aandacht nodig voor de ruimere handhavingsdoelstelling om handhavingsleemtes en slechte koppelingen tussen privaatrechtelijke en publiekrechtelijke handhaving te vermijden. Elke actor heeft daarbij zijn eigen rol en voornaamste focus, in het bijzonder qua belangen en remedies, maar steeds met de verantwoordelijkheid om oog te hebben voor de brug met de andere handhavingsmogelijkheden. Naast laagdrempelige acties zoals de verwijzing naar de mogelijkheid tot *follow-on*-schadevergoedingsvorderingen na een inbreukbeslissing binnen de publiekrechtelijke handhaving, of aandacht voor een mogelijke navolgende privaatrechtelijke handhaving bij de redactie van inbreukbeslissingen, zijn eveneens meer fundamentele vraagstukken aan de orde, zoals verjaringsrisico's, de toegang tot bewijsmateriaal, de bindende werking van inbreukbeslissingen ten aanzien van de burgerlijke rechter en de schorsing van burgerlijke procedures in het licht van publiekrechtelijke handhaving *in action*. Informatiedoorstroming is daarbij van groot belang, net zoals dialoog een centrale plaats heeft in het opzet van het Platform publiek- en privaatrecht in dialoog.

Tot slot is een laatste blikverruiming gewenst, na de brede blik op de privaatrechtelijke handhaving en op de handhaving van een bepaalde rechtsregel (of rechtsgebied) via de combinatie van publiekrechtelijke en privaatrechtelijke handhaving. Versterkingen van de privaatrechtelijke handhaving en van de aansluiting bij de publiekrechtelijke handhaving in een bepaald domein nopen tot reflectie over de resulterende verkokering van het (privaat)recht. Spill-over-effecten kunnen deels tegemoetkomen aan dit homogeniteitsprobleem. Niettemin blijft er een noodzaak tot grondige reflectie bij elke ingreep – wetgevend dan wel jurisprudentieel – over de effecten voor het recht als systeem.