

Enkele problemen van overgangsrecht bij de nieuwe regels inzake schadevergoeding voor mededingingsrechtelijke inbreuken

Citation for published version (APA):

Cauffman, C. (2018). Enkele problemen van overgangsrecht bij de nieuwe regels inzake schadevergoeding voor mededingingsrechtelijke inbreuken. *Rechtskundig Weekblad*, (8), 282-295.

Document status and date:

Published: 20/10/2018

Document Version:

Publisher's PDF, also known as Version of record

Document license:

Taverne

Please check the document version of this publication:

- A submitted manuscript is the version of the article upon submission and before peer-review. There can be important differences between the submitted version and the official published version of record. People interested in the research are advised to contact the author for the final version of the publication, or visit the DOI to the publisher's website.
- The final author version and the galley proof are versions of the publication after peer review.
- The final published version features the final layout of the paper including the volume, issue and page numbers.

[Link to publication](#)

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal.

If the publication is distributed under the terms of Article 25fa of the Dutch Copyright Act, indicated by the "Taverne" license above, please follow below link for the End User Agreement:

www.umlib.nl/taverne-license

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us at:

repository@maastrichtuniversity.nl

providing details and we will investigate your claim.

See discussions, stats, and author profiles for this publication at: <https://www.researchgate.net/publication/329363544>

Enkele problemen van overgangsrecht bij de nieuwe regels inzake schadevergoeding voor mededingingsrechtelijke inbreuken

Article · December 2018

CITATIONS

0

READS

178

1 author:



Caroline Cauffman
Maastricht University

163 PUBLICATIONS 188 CITATIONS

SEE PROFILE

Some of the authors of this publication are also working on these related projects:



The platform economy [View project](#)



Consumer sales [View project](#)

Enkele problemen van overgangsrecht bij de nieuwe regels inzake schadevergoeding voor mededingingsrechtelijke inbreuken

Caroline CAUFFMAN
Universiteit Maastricht

De Richtlijn betreffende schadevorderingen wegens inbreuken op het mededingingsrecht verbetert de positie van de schadelijder. De Richtlijn is in het Belgische recht geïmplementeerd door aanpassing van het Wetboek Economisch Recht door een wet van 6 juni 2017, die in werking trad op 22 juni 2017. Aangezien er vaak heel wat tijd verstrijkt tussen een mededingingsrechtelijke inbreuk en de uitspraak van de burgerlijke rechter over de kwestie of deze inbreuk een bepaalde schade heeft veroorzaakt, zullen de komende jaren wellicht heel wat vragen van overgangsrecht rijzen. De overgangsrechtelijke bepaling van de Richtlijn maakt een onderscheid naargelang de nieuwe regels van procedurele dan wel van materieelrechtelijke aard zijn. Hierbij wordt niet aangegeven welke regels tot welke categorie behoren. Deze bijdrage probeert een licht te werpen op de betekenis van dit onderscheid, de manier waarop de Belgische wetgever en de wetgevers van de ons omringende landen hiermee zijn omgegaan en de impact van de door de Belgische wetgever gemaakte keuze op de temporele werking van de nieuwe verjaringsregels en bewijsvermoedens.

I. Inleiding

1. Een goede tien jaar na de befaamde Ashurst-studie¹ werd op 26 november 2014 een richtlijn aangenomen tot harmonisatie van bepaalde nationale regels voor schadevorderingen wegens inbreuken op de bepalingen van het mededingingsrecht van de lidstaten en van de Europese Unie (hierna: «de Richtlijn»)². De Richtlijn trad in werking op 26 december 2014³ en diende in het nationale recht te worden omgezet tegen uiterlijk 27 december 2016.⁴ De omzetting in het Belgische recht vond plaats bij de wet van 6 juni 2017 «houdende invoeging van een Titel 3 «De rechtsvordering tot schadevergoeding wegens inbreuken op het mededingingsrecht» in Boek XVII van

het Wetboek van economisch recht, houdende invoeging van definities eigen aan Boek XVII, Titel 3 in Boek I en houdende diverse wijzigingen van het Wetboek van economisch recht» (hierna: «de Omzettingwet»)⁵. De Omzettingwet is in werking getreden op 22 juni 2017, tien dagen na haar publicatie in het *Belgisch Staatsblad*.

2. De nieuwe regels verbeteren de positie van de persoon die schade heeft geleden door een inbreuk op het Belgische en/of het Europese mededingingsrecht door een verruiming van de mogelijkheden om toegang te krijgen tot bewijsmateriaal in handen van de inbreukplegers, derde partijen en de mededingingsautoriteiten.⁶ Tevens wordt het bewijs van de inbreuk vereenvoudigd. Wanneer een inbreuk op het mededingingsrecht is vastgesteld door de nationale mededingingsautoriteit van een lidstaat, wordt deze geacht onweerlegbaar vast te staan in een latere civiele procedure in dezelfde lidstaat.⁷ Een inbreuk die is vastgesteld door de mededingingsautoriteit van een andere lidstaat dient door de Belgische rechtbanken minstens aanvaard te worden als een begin van bewijs van het feit dat zich een inbreuk op het mededingingsrecht heeft voorgedaan.⁸ De Omzettingwet voert tevens een weerlegbaar vermoeden in dat kartels schade

¹ Ashurst, *Study on the conditions of claims for damages in case of infringement of EC competition rules*, http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/comparative_report_clean_en.pdf. Deze studie leidde tot de veel geciteerde conclusie dat het nationale recht in de verruimde Europese Unie met betrekking tot vorderingen tot vergoeding van schade veroorzaakt door mededingingsrechtelijke inbreuken er een is van «astounding diversity and total underdevelopment».

² Richtlijn 2014/104/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 november 2014 betreffende bepaalde regels voor schadevorderingen volgens nationaal recht wegens inbreuken op de bepalingen van het mededingingsrecht van de lidstaten en van de Europese Unie, *Pb* 5 december 2014, L 349/1.

³ Art. 23 Richtlijn: twintig dagen na haar publicatie in het *Publicatieblad van de Unie*.

⁴ Art. 21 Richtlijn.

⁵ BS 12 juni 2017, p. 63.596.

⁶ Artt. XVII.74 tot XVII.81 WER.

⁷ Art. XVII.82, § 1 WER.

⁸ Art. XVII.82, § 2 WER.



veroorzaken.⁹ Wanneer de eiser een indirecte afnemer is, geldt er bovendien een weerlegbaar vermoeden dat door de mededingingsinbreuk veroorzaakte meerkosten aan hem zijn doorberekend wanneer hij aantoonst 1) dat de verweerder een inbreuk op het mededingingsrecht heeft begaan; 2) de inbreuk op het mededingingsrecht heeft geleid tot meerkosten voor de directe afnemer van de verweerder en 3) de indirecte afnemer de goederen of diensten waarop de mededingingsrechtelijke inbreuk betrekking had, heeft afgenomen dan wel goederen of diensten heeft afgenomen die daarvan zijn afgeleid of waarin deze zijn verwerkt.¹⁰ Bovendien voorziet de wet in een mogelijkheid tot schorsing van de gerechtelijke procedure wanneer de partijen bij deze procedure deelnemen aan een minnelijke oplossing van geschillen betreffende het voorwerp van die procedure.¹¹ Voorts wordt het aanvangspunt van de verjaringstermijn uitgesteld¹² en wordt bepaald dat een onderzoeks- of vervolgingshandeling van een mededingingsautoriteit de verjaring van de vordering tot schadevergoeding stuit op de dag die volgt op de dag na de vaststelling van een definitieve inbreukbeslissing of nadat de procedure van de mededingingsautoriteit op een andere wijze is beëindigd.¹³ De verjaring wordt ook geschorst voor de hele duur van de minnelijke oplossing van geschillen.¹⁴

3. Hoewel de regels van toepassing zijn op alle inbreuken op het EU- en/of Belgisch mededingingsrecht, had de Commissie bij de opstelling van de Richtlijn vooral kartels voor ogen: overeenkomsten of onderling afgestemde feitelijke gedragingen «tussen twee of meer concurrenten met als doel hun concurrentiegedrag op de markt te coördineren of de relevante parameters van mededinging te beïnvloeden via praktijken zoals onder meer, doch niet uitsluitend, het bepalen of coördineren van aan- of verkoopprijzen of andere contractuele voorwaarden, onder meer met betrekking tot intellectuele-eigendomsrechten, de toewijzing van productie- of verkoopquota, de verdeling van markten en klanten, met inbegrip van offertevalsing, het beperken van importen of exporten of mededingingsversturende maatregelen tegen andere concurrenten».¹⁵

⁹ Art. XVII.73 WER.

¹⁰ Art. XVII.84 WER.

¹¹ Art. XVII.89 WER.

¹² Art. XVII.90 WER.

¹³ Art. XVII.90 WER.

¹⁴ Art. XVII.91 WER.

¹⁵ Art. 2, 14^o Richtlijn. De Belgische wetgever hanteert een iets ruimere definitie van een kartel (zie art. I.3, 12^o WER: «een overeenkomst of onderling afgestemde feitelijke gedraging tussen twee of meer concurrerende ondernemingen en/of ondernemingsverenigingen – met desgevallend één of meer andere niet-concurrerende ondernemingen en/of ondernemingsverenigingen – met als doel hun concurrentiegedrag op de markt te coördineren of de relevante parameters van mededinging te beïnvloeden via praktijken zoals onder meer, doch niet uitsluitend, het bepalen of coördineren van aan- of verkoopprijzen of andere contractuele voorwaarden, onder meer met betrekking tot intellectuele-eigendomsrechten, de toewijzing van productie- of verkoopquota,

Het zullen wellicht ook vooral (natuurlijke of rechts-) personen zijn die schade hebben geleden ten gevolge van een kartel, die een beroep op de nieuwe regels wensen te doen. In vele gevallen waarin de schadelijders zich heden bewust zijn van het feit dat zij schade hebben geleden ten gevolge van een kartel, zal het echter gaan om kartels die functioneerden en beëindigd werden vóór de datum van inwerkingtreding van de Omzettingwet. Dit zal zeker het geval zijn wanneer de schadelijder een beroep wenst te doen op de vaststelling van de inbreuk door de Europese Commissie of een nationale mededingingsautoriteit. Veelal verloopt er immers heel wat tijd tussen het moment waarop een mededingingsautoriteit een onderzoek start naar een mogelijke inbreuk op het kartelverbod en het moment waarop ze een definitieve beslissing neemt waarbij een inbreuk wordt vastgesteld.

4. Het valt dus te verwachten dat er de eerstkomende jaren heel wat vragen zullen rijzen over de temporele toepassing van de Omzettingwet. Tijdens de parlementaire voorbereiding van de Omzettingwet werd hier weinig aandacht aan besteed. De tekst van de wet zelf bevat slechts één overgangsbepaling. Die is te vinden in art. 45 van de Omzettingwet en luidt: «In afwijking van artikel 3 van het Gerechtelijk Wetboek zijn de procedureregels bepaald door deze wet niet van toepassing op de rechtsvorderingen tot schadevergoeding die vóór 26 december 2014 bij een rechtscollège werden aangebracht.»

Deze bepaling werd opgenomen ter implementatie van art. 22 Richtlijn dat bepaalt dat de lidstaten ervoor moeten zorgen dat *geen terugwerkende kracht* wordt gegeven aan de nationale maatregelen die worden vastgesteld ter naleving van de *materiële bepalingen* van deze Richtlijn en dat de *andere bepalingen* ter omzetting van de Richtlijn *niet van toepassing zijn op vorderingen tot schadevergoeding die vóór 26 december 2014 bij een nationale rechterlijke instantie aanhangig zijn gemaakt*. De Richtlijn zelf biedt echter geen aanknopingspunt voor het onderscheid tussen materiële en procedurele regels.

5. Voor een aantal van de regels vervat in de Richtlijn is het naar Belgisch recht betwist of het gaat om regels van materieel dan wel procedureel recht. Dit is in het bijzonder het geval voor de regels m.b.t. de verjaring en de wettelijke vermoedens.

6. Wat de verjaring betreft, wordt in België over het algemeen een onderscheid gemaakt tussen de regels van het Burgerlijk Wetboek betreffende de verjaring en het verweermiddel van verjaring dat de onontvankelijkheid van de vordering beoogt. De verjaringsregels van het Burgerlijk Wetboek worden veelal beschouwd als regels van materieelrechtelijke aard;¹⁶ het verweermiddel van de verja-

de verdeling van markten en klanten, met inbegrip van offertevalsing, het beperken van import of export of mededingingsversturende maatregelen tegen andere concurrenten»).

¹⁶ P. ALLARY, «Aansprakelijkheidsverzekering: vertegenwoordiging van de verzekeraar en dekking van een verjaarde aansprakelijkheids-

ring is daarentegen van procedurele aard.¹⁷ Aangezien de verjaringsregels die ter implementatie van de Richtlijn zijn aangenomen een wijziging inhouden ten opzichte van de regeling van art. 2262bis § 1 BW, lijkt het hier naar Belgisch recht te gaan om regels van materieelrechtelijke aard. Discussie hierover is echter niet uitgesloten.

7. Wettelijke vermoedens behoren naar Belgische opvattingen tot het bewijsrecht. Volgens een eerste opvatting behoort het gehele bewijsrecht¹⁸ (of althans: de regels betreffende de toelaatbaarheid van bewijsmiddelen, de bewijswaarde en de bewijsprocedure)¹⁹ tot het procesrecht. Wat de wettelijke bewijsvermoedens betreft, maken sommige aanhangers van deze opvatting echter juist een uitzondering voor de toepassing van de procesrechtelijke regel van overgangsrecht geformuleerd in art. 3 Ger.W. Als reden hiervoor wordt vermeld dat wettelijke vermoedens «uit de wet volgen»²⁰ en dat het vermoeden berust op een waardering volgens een bepaalde rechtsregel. Deze uitzondering en de motivering ervan zijn in de rechtsleer bekritiseerd omdat de verschillende waardering van een rechtsfeit of rechtssituatie door een latere rechtsregel precies de kern uitmaakt van het probleem van de conflicten van wetten in de tijd.²¹

Volgens een tweede, belangrijke stroming in de Belgische rechtsleer wordt een onderscheid gemaakt tussen het materiële en het formele bewijsrecht.²² Helaas trekt

vordering», *De Verz.* 2005, 824. Zie ook: Cass. 12 april 2002, *Arr. Cass.* 2002, 973, *JT* 2002, 447, *JLMB* 2002, 1217, *Pas.* 2002, 879, *RGAR* 2003 (verkort), nr. 13697, *RHA* 2004, 99, *RW* 2003-04, 498, noot P. POPELIER, *Verkeersrecht* 2002, 267) waarin het Hof oordeelt «dat een wet die een nieuwe oorzaak van stuiting van verjaring doet ontstaan, overeenkomstig (het) beginsel (vervat in art. 2 BW), (...), aan een handeling die onder vigeur van de oude wet is gesteld, niet de uitwerking kan verlenen de verjaring te stuiten, terwijl de oude wet daaraan niet die uitwerking hechtte». Zie voorts: Gent 9 oktober 1996, *TBH* 1998, 765, noot; Brussel 15 februari 1983, *TBH* 1984, 61; Brussel 4 oktober 1985, *TBH* 1987, 31, die oordelen dat het recht toepasselijk op de rechtsverhouding waaruit de vordering voortvloeit, ook de verjaring regelt (materieelrechtelijke aanknopingsfactor).

¹⁷ P. ALLARY, *ibid.* Voor een louter materieelrechtelijke kwalificatie van de verjaring, zie: M.E. STORME, «Perspektieven voor de bevrijdende verjaring in het vermogensrecht met ontwerpbeoordelingen voor een hervorming», *TPR* 1994, 1977-2046.

¹⁸ K. WAGNER, «Actualia bewijsrecht», *P&B* 2009, p. 161, nr. 28, volgens wie de regels inzake de toelaatbaarheid van bewijsmiddelen, de bewijswaarde en de bewijsprocedure procedureregels zijn.

¹⁹ S. LIERMAN en B. WEYTS, «Het overgangsrecht en de inwerking-treding van wettelijke regels, in het bijzonder met betrekking tot het verzekeringrecht», *TPR* 2005, 63; P. POPELIER, *Toepassing van de wet in de tijd: vaststelling en beoordeling van temporele functies in APR*, Antwerpen, Kluwer, 1999, p. 74, nr. 113. Vgl. P. VANLERSBERGHE, «Artikel 3 Ger.W.» in *Commentaar Gerechtelijk Recht*, Antwerpen, Kluwer, 1993, nr. 26: de toelaatbaarheid van de bewijsmiddelen en de bewijswaarde. Zie ook: G. CLOSSET-MARCHAL, *L'application dans le temps des lois de droit judiciaire civil*, Brussel, Bruylant, 1983, 206.

²⁰ G. CLOSSET-MARCHAL, *ibid.*; P. VANLERSBERGHE, *ibid.*

²¹ P. POPELIER, *o.c.*, p. 75, nr. 113.

²² B. CATTOIR, *Burgerlijk bewijsrecht in APR*, Mechelen, Kluwer, 2013, p. 6, nr. 18; D. MOUGENOT, *La preuve en Droit des obligations*, Brussel, Larcier, 2002, p. 65-66, nr. 5; J. LAENENS, «Het bewijs en de onderzoeksmaatregelen» in *Gerechtelijk deskundigenonderzoek. De rol van de accountant en de belastingconsulent*, Brugge, die Keure, 2003, p. 40, nr. 5.

niet iedereen de scheidingslijn tussen het materiële en het formele bewijsrecht op dezelfde manier.

Volgens bepaalde auteurs behoren de regels betreffende de bewijslast²³ en de toelaatbaarheid van bewijsmiddelen tot het materiële bewijsrecht. De regels over de bewijsvoering voor de rechtbanken behoren tot het procedurele recht.²⁴ Wettelijke bewijsvermoedens behoren dan tot het materiële bewijsrecht.

Volgens andere auteurs betreft het materiële bewijsrecht de toegelaten bewijsmiddelen en de bewijskracht of de bewijswaarde. Het betreft dan o.m. de artt. 1316 tot 1348 en 1353 tot 1369 BW en de artt. 20, 24 en 25 W. Kh. Het formele bewijsrecht wordt omschreven als het geheel van regels dat bepaalt wat moet worden bewezen en door wie het bewijs geleverd moet worden. Regels betreffende wettelijke bewijsvermoedens zoals de artt. 1350 en 1352 BW worden dan beschouwd als regels van formeel bewijsrecht.²⁵

8. Maar, is de Belgische kwalificatie van een omzettingbepaling als behorende tot het materieel of procedureel recht echter wel bepalend voor hun temporele werking? Moet het onderscheid tussen regels van materieel recht en procedureel recht dat berust op de Richtlijn niet autonoom, naar EU-recht, worden geïnterpreteerd? Dit wordt nagegaan in punt II. In dit punt wordt ook aandacht besteed aan de manier waarop de ons omringende rechtsstelsels bij de implementatie van de Richtlijn zijn omgegaan met de problematiek van het overgangsrecht. Vervolgens worden de praktische consequenties naar Belgisch recht van de kwalificatie van de regels inzake verjaring en de wettelijke bewijsvermoedens onderzocht in punt III. Een samenvattend besluit rondt de bijdrage af.

II. Het onderscheid tussen procedurele regels en materieelrechtelijke regels: een kwestie van Europees dan wel van nationaal recht?

A. Autonome interpretatie?

9. Het Hof van Justitie heeft meermaals geoordeeld dat «De eenvormige toepassing van het gemeenschapsrecht en het gelijkheidsbeginsel vereisen (...) dat de bewoordingen van een bepaling van gemeenschapsrecht die voor de betekenis en de draagwijdte ervan niet uitdrukkelijk naar het recht van de lidstaten verwijst, normaliter in de gehele Europese Gemeenschap autonoom en uniform worden uitgelegd, reke-

²³ R. DE CORTE, «Intertemporaal recht en het Gerechtelijk wetboek», *RW* 1970-71, 396; J. LAENENS, *ibid.*; M. STORME, *De bewijslast in het Belgisch privaatrecht*, Gent, Story-Scientia, 1962, nrs. 49 en 51.

²⁴ G. CLOSSET-MARCHAL, «Règles de procédure» in G. CLOSSET-MARCHAL, *Droit judiciaire: droit commun de la procédure et droit transitoire*, Brussel, Larcier, 2010, p. 167, nr. 171; J. LAENENS, *ibid.*

²⁵ B. CATTOIR, *o.c.*, p. 7, nr. 21.

ning houdend met de context van die bepaling en het doel van de betrokken regeling».²⁶

Als argument tegen de autonome uitlegging van begrippen in EU-instrumenten wordt soms verwezen naar de conclusie van advocaat-generaal Trstenjak, die in de zaak-Idryma Typou m.b.t. de interpretatie van de zgn. Eerste Richtlijn (inzake vennootschapsrecht) van mening was dat: «Het ontbreken van een definitie van het begrip «verbintenissen van de vennootschap» kan (...) worden verklaard door het feit dat de communautaire wetgever blijkbaar geen harmonisatie van dit begrip heeft beoogd, maar veeleer het nationale recht ruimte wilde laten voor een nadere wettelijke invulling».²⁷

Aangezien de communautaire wetgever op dit gebied geen gebruik had gemaakt van zijn regelingsbevoegdheid, maar in plaats daarvan stilzwijgend naar het nationale recht had verwezen, was het Hof, volgens de advocaat-generaal, zelfs niet bevoegd om van dit begrip een uniforme gemeenschapsrechtelijke definitie te geven.²⁸

Ook het Hof van Justitie gaf in de betreffende zaak aan dat de richtlijn in kwestie geen eenvormig begrip van «vennootschap op aandelen» of «vennootschap met beperkte aansprakelijkheid» bevatte. Zoals zowel de advocaat-generaal als het Hof aangeven, noemt de betreffende richtlijn echter uitdrukkelijk voor iedere lidstaat de verschillende bestaande vennootschapsvormen op waarvoor de regels van de richtlijn gelden.

De standpunten van het Hof en de advocaat-generaal in de zaak-Idryma Typou zijn dus niet geheel verzoenbaar met het hiervoor vermelde traditionele standpunt van het Hof dat begrippen in EU-instrumenten autonoom moeten worden uitgelegd tenzij het betreffende instrument voor de betekenis van het begrip in kwestie (min of meer) uitdrukkelijk naar het recht van de lidstaten verwijst.

De vraag welke regels van de Richtlijn als regels van materieel recht dan wel van procedureel recht moeten worden beschouwd, zal dus wellicht door het Hof van Justitie moeten worden beantwoord.

B. Het gebruik van de term procedureregels in de EU-rechtspraak over schadevorderingen wegens inbreuken op het mededingingsrecht

10. Kan men in de bestaande rechtspraak van het Hof van Justitie m.b.t. schadevergoeding voor inbreuken op het

mededingingsrecht aanwijzingen vinden betreffende de interpretatie van de begrippen «materieel» en «procedureel recht»? In de arresten-Courage en -Manfredi maakt het Hof van Justitie gebruik van de term «procedureregels»²⁹, in het arrest-Kone van het begrip «procesregels»,³⁰ in het arrest-Donau Chemie worden beide termen door elkaar gebruikt.³¹ Het Hof lijkt deze termen echter te gebruiken voor (vrijwel) alle regels betreffende schadevorderingen wegens mededingingsrechtelijke inbreuken die, bij gebrek aan een EU-regelgeving, door de lidstaten konden worden aangenomen voor zover zij niet in strijd waren met het gelijkwaardigheidsbeginsel en het doeltreffendheidsbeginsel. Volgens het Hof omvat de categorie van de procedurele of procesregels bijvoorbeeld de regels betreffende het causaal verband tussen inbreuk en schade³², het aanvangspunt van de verjaringstermijn³³ en de mogelijkheid om te voorkomen dat het recht op schadevergoeding wegens inbreuken op het EU-mededingingsrecht leidt tot ongerechtvaardigde verrijking.³⁴

Indien deze interpretatie van het begrip «procedurele regels» zou worden toegepast bij de interpretatie van de Richtlijn, zouden vrijwel alle regels van de Richtlijn, met uitzondering van het beginsel van het recht op volledige vergoeding en de vereisten van een inbreuk op het mededingingsrecht, schade en een causaal verband tussen beide, als procedurele regels gelden. Wellicht was dat niet de bedoeling van de opstellers van de Richtlijn.

Wat de regels inzake verjaring betreft, moet echter worden vastgesteld dat het Hof van Justitie nationale verjaringsregels in zeer uiteenlopende materies als procedurele regels kwalificeert.³⁵

²⁹ HvJ 20 september 2001, nr. C-453/99, *Courage Ltd t/ Bernard Crehan*, *Jur.* 2001, I-6297, ECLI:EU:C:2001:465, punt 29; HvJ 13 juli 2006, nrs. C-295/04 tot C-298/04, *Vincenzo Manfredi t/ Lloyd Adriatico Assicurazioni SpA (C-295/04)*, *Antonio Cannito t/ Fondiaria Sai SpA (C-296/04)* en *Nicolò Tricarico (C-297/04)* en *Pasqualina Murgolo (C-298/04) t/ Assitalia SpA*, *Jur.* 2006, I-06619, ECLI:EU:C:2006:461, punten 62, 71-72, 77 en 81.

³⁰ HvJ 5 juni 2014, nr. C-557/12, *Kone e.a. t/ ÖBB-Infrastruktur AG*, ECLI:EU:C:2014:1317, punt 25.

³¹ HvJ 6 juni 2013, nr. C-536/11, *Bundeswettbewerbshörde t/ Donau Chemie AG e.a.*, ECLI:EU:C:2013:366, punten 25-27.

³² Arrest-Manfredi, vermeld in voetnoot 29, punt 64.

³³ Arrest-Manfredi, vermeld in voetnoot 29, punt 77.

³⁴ Arrest-Courage, vermeld in voetnoot 29, punten 30 en 31.

³⁵ Terugvordering van onverschuldigd betaalde belastingen: HvJ 15 september 1998, *Edilizia Industriale Siderurgica Srl (Edis) t/ Ministero delle Finanze*, nr. C-231/96, *Jur.* 1998, I-04951, ECLI:EU:C:1998:401; HvJ 17 november 1998, *Aprile Srl*, in liquidation t/ *Amministrazione delle Finanze dello Stato*, nr. C-228/96, *Jur.* 1998, I-07141. Vergoeding voor het verlies uit de verrichting van een universele dienst: HvJ 21 december 2016, *TDC A/S t/ Teleklagenævnet and Erhvervs- og Vækstministeriet*, nr. C-327/15, ECLI:EU:C:2016:974. Achterstallige beloning of schadevergoeding wegens schending van het beginsel van gelijke beloning: HvJ 1 december 1998, *BS Levez t/ T.H. Jennings (Harlow Pools) Ltd.*, nr. C-326/96, *Jur.* 1998 I-07835, ECLI:EU:C:1998:577. Zie echter: conclusie advocaat-generaal J. Kokott 19 februari 2009, p. 1, nr. C-8/08, *T-Mobile Netherlands BV e.a.*, *Jur.* 2009, I-04529, ECLI:EU:C:2009:110, nr. 77: Bewijsvraagstukken worden vaak als een zaak van materieel recht gezien.

²⁶ HvJ 22 oktober 2009, nr. C-116/08, *Christel Meerts t/ NV Proost*, *Jur.* 2009 I, 10063, ECLI:EU:C:2009:645, punt 41. Zie ook: HvJ EG 18 januari 1984, nr. 327/82, *Ekro BV Vee- en Vleeshandel t/ Produktschap voor Vee en Vlees*, *Jur.* 1984, 107, ECLI:EU:C:1984:11, punt 11; HvJ 9 maart 2006, nr. C-323/03, *Commissie t/ Spanje*, *Jur.* 2006, I-2161, ECLI:EU:C:2006:159, punt 32; HvJ EG 11 juli 2006, nr. C-13/05, *Sonia Chacón Navas t/ Eurest Colectividades SA*, *Jur.* 2006, I-6467, ECLI:EU:C:2006:456, punt 40.

²⁷ Conclusie advocaat-generaal TRSTENJAK van 2 juni 2010, nr. C-81/09, *Idryma Typou A.E. t/ Ypourgos Typou kai Meson Mazikis Enimerosis*, *Jur.* 2010, I-10161, ECLI:EU:C:2010:304, punt 42.

²⁸ *Ibid.*



Ook wat vermoedens betreft heeft het Hof reeds in zeer algemene bewoordingen geoordeeld dat het gaat om procedurele regels.³⁶

C. De link tussen het onderscheid procedurele regels – materiële regels en de temporele werking van de wet in het EU-recht

11. Het is vaste rechtspraak van het Hof van Justitie dat een nieuwe regeling in beginsel onmiddellijk van toepassing is op de toekomstige gevolgen van een onder de oude regeling ontstane situatie.³⁷ Volgens het Hof mag het vertrouwensbeginsel niet zodanig worden verruimd dat een nieuwe regeling nooit van toepassing kan zijn op de toekomstige gevolgen van situaties die onder de oude regeling zijn ontstaan.³⁸

Voor regels van materieel EU-recht wordt vervolgens echter een uitzondering gemaakt op deze regel. Die bepalingen moeten volgens de Nederlandstalige tekst van de arresten «ter verzekering van de eerbiediging van de beginselen van rechtszekerheid en gerechtvaardigd vertrouwen aldus worden uitgelegd dat zij alleen gelden ten aanzien van vóór de inwerkingtreding ervan *verworven rechtsposities* voor zover er blijkens hun bewoordingen, doelstelling of opzet zulke gevolgen aan dienen te worden toegekend».³⁹

Opmerkelijk is echter dat de Engelstalige tekst van de betreffende arresten spreekt over «*situations arising*» vóór de inwerkingtreding van de nieuwe regeling. Intuïtief lijkt er een verschil te bestaan tussen een recht dat zijn oorsprong vindt in een situatie die zich voordeed vóór een bepaalde datum en het feit dat een recht verworven is op een bepaalde datum. De vraag rijst dus welke interpretatie het Hof van Justitie geeft aan het begrip «verworven rechten». Met betrekking tot een contract dat gesloten is vóór de inwerkingtreding van de nieuwe re-

gel en daarna doorloopt, neemt het Hof alleszins aan dat het hier niet gaat om een verworven recht, een «*situation arising*» vóór de inwerkingtreding van de nieuwe regel.⁴⁰

12. Hoe verhouden die gemeenrechtelijke regels zich tot de Richtlijn? De Richtlijn lijkt dus alleszins ten aanzien van procedurele rechten een beperking in te houden ten aanzien van de gemeenrechtelijke regel inzake de temporele werking van de wet onder EU-recht. Ten aanzien van procedurele rechten geldt de onmiddellijke werking immers niet indien de vordering vóór 26 december 2014 bij een nationale rechterlijke instantie aanhangig is gemaakt.⁴¹ Ten aanzien van bepalingen van materieel recht sluit de Richtlijn de retroactieve toepassing uit.⁴² Voor de regels m.b.t. de al dan niet weerlegbare vermoedens en de verjaring blijft er echter onduidelijkheid over het antwoord op de vraag of zij moeten worden beschouwd als materiële dan wel procedure regels en wat dit precies betekent voor hun temporele werking.

D. Buitenlandse benaderingen en een eerste prejudiciële vraag

13. Reeds vóór de implementatie van de Richtlijn in het Nederlandse recht werd de Nederlandse rechtspraak geconfronteerd met de vraag tot toepassing van de Richtlijn in een zaak waarin na de totstandkoming van de Richtlijn moest worden beoordeeld of een schadevordering voortvloeiend uit een kartel dat beëindigd was vóór de inwerkingtreding van de Richtlijn, was verjaard. De Nederlandse rechtbank voelde zich ter zake niet geroepen om een prejudiciële vraag te stellen aan het Hof van Justitie. Het recht toepasselijk op de verjaring werd op grond van art. 7 van de (oude) Wet Conflictenrecht onrechtmatige daad bepaald op basis van het recht dat van toepassing was op de schadevordering (materieelrechtelijke aanknopng). Vervolgens werden de verjaringsregels uit het toepasselijke recht (*in casu* Duitsland) toegepast en werd gekeken of het aldus bereikte resultaat niet in strijd was met het gelijkwaardigheidsbeginsel en het effectiviteitsbeginsel. Wat de Richtlijn betreft, vermeldde de rechtbank enkel dat deze ten tijde van de inbreuk nog niet in werking was getreden, de omzettingstermijn niet was verstreken en de maatregelen genomen ter omzetting geen terugwerkende kracht mogen hebben. Bovendien werd erop gewezen dat art. 10 van de Richtlijn slechts betrekking heeft op de subjectieve verjaringstermijn en de preambule⁴³ bepaalt dat de lidstaten algemeen

³⁶ Zie bv. HvJ 15 juni 2006, Commissie t/ Frankrijk, Jur. 2006, I-05251, ECLI:EU:C:2006:401, punt 40. «Hoewel het litigieuze vermoeden van loondienst, zoals elk vermoeden, een procedureregeling is». Zie ook: HvJ 17 juli 1997, GT-Link A/S t/ De Danske Statsbaner (DSB), nr. C-242/95, Jur. 1997 I-04449, ECLI:EU:C:1997:376: regels inzake de bewijslast behoren tot de procesregels.

³⁷ HvJ 14 april 1970, Bundesknappschaft t/ Elisabeth Brock, 68/69, Jur. 1970, 171, ECLI:EU:C:1970:24, punt 7; HvJ 10 juli 1986, Assunta Licata t/ Economisch en Sociaal Comité, nr. 270/84, Jur. 1986, 2305, ECLI:EU:C:1986:304, punt 31; HvJ 11 december 2008, Commissie t/ Freistaat Sachsen, nr. C-334/07 P, Jur. 2008, I-09465, ECLI:EU:C:2008:709, punt 43.

³⁸ HvJ 14 januari 1987, Duitsland t/ Commissie, nr. 278/84, Jur. 1987, 1, ECLI:EU:C:1987:2, punt 36; HvJ 20 september 1988, Spanje t/ Raad, nr. 203/86, Jur. 1988, 4563, ECLI:EU:C:1988:420, punt 19. HvJ 16 mei 1979, Ditta Angelo Tomadini Snc t/ Amministrazione delle finanze dello Stato, nr. 84/78, Jur. 1979, 1801, ECLI:EU:C:1979:129, punt 21.

³⁹ HvJ 29 januari 2002, Land Nordrhein-Westfalen t/ Beata Pokrzepowicz-Meyer, nr. C-162/00, Jur. 2002, I-1049, ECLI:EU:C:2001:474, punt 49. Zie ook: HvJ 10 februari 1982, Strafzaak tegen Daniël Bout en BV I. Bout en Zonen, nr. 21/81, Jur. 1982, 381, ECLI:EU:C:1982:47, punt 13; HvJ 15 juli 1993, GruSa Fleisch GmbH & Co. KG t/ Hauptzollamt Hamburg-Jonas, nr. C-34/92, Jur. 1993, I-4147, ECLI:EU:C:1993:317, punt 22.

⁴⁰ HvJ 29 januari 2002, Land Nordrhein-Westfalen t/ Beata Pokrzepowicz-Meyer, nr. C-162/00, Jur. 2002, I-1049, ECLI:EU:C:2001:474, punt 52.

⁴¹ Art. 22, tweede lid Richtlijn. Het gebruik van het woordje «een» lijkt de mogelijkheid uit te sluiten om zich onder de toepassing van de nieuwe wet te brengen door afstand te doen van een voor een bepaalde nationale rechter vóór 26 december 2014 ingestelde vordering en vervolgens na de betreffende datum een nieuwe vordering in te stellen voor een andere territoriaal bevoegde rechtbank.

⁴² Art. 22, eerste lid Richtlijn.

⁴³ Overweging 36.

toepasselijke absolute verjaringstermijnen moeten kunnen handhaven, mits de duur van die verjaringstermijnen de uitoefening van het recht op volledige vergoeding niet praktisch onmogelijk of buitensporig moeilijk maakt.⁴⁴ Het begrip «subjectieve verjaringstermijn» verwijst hier naar de verjaringstermijn waarvan het aanvangspunt bepaald wordt door het ogenblik waarop de schadelijder kennis heeft of redelijkerwijs geacht kan worden kennis te hebben van de gedraging die de inbreuk vormt, van het feit dat hij door de inbreuk schade heeft geleden en van de identiteit van de inbreukpleger die deze schade heeft veroorzaakt.⁴⁵

In een zaak betreffende de toepassing van het doorberekeningsverweer op schadevorderingen voortvloeiend uit een kartel dat beëindigd was vóór de totstandkoming van de Richtlijn, besloot de Hoge Raad op 8 juli 2016⁴⁶ echter om, na erop gewezen te hebben dat de Richtlijn temporeel niet van toepassing was en art. 22, eerste lid, van de Richtlijn de terugwerkende kracht van omzettingshandelingen verbiedt⁴⁷, het Nederlandse recht wel zo uit te leggen dat het leidde tot uitkomsten die verenigbaar waren met de Richtlijn en het op dat moment hangende wetsvoorstel ter implementatie daarvan.⁴⁸ Ook voor de beoordeling van de toegang tot bewijsmateriaal hield de (lagere) Nederlandse rechtspraak reeds vóór de implementatie van de Richtlijn bij de uitleg van het alsdan geldende recht rekening met de Richtlijn.⁴⁹

De Nederlandse implementatiewet, die in werking trad op 10 februari 2017, behandelt de regels inzake de verjaring als procedurele regels, die niet van toepassing zijn op zaken die vóór 26 december 2014 bij de rechter aanhangig zijn gemaakt.⁵⁰ Dit geldt ook voor het onherroe-

pelijke vermoeden van het bestaan van een inbreuk op het mededingingsrecht, ingeval deze is vastgesteld door de eigen mededingingsautoriteit (Autoriteit Consument en Markt).⁵¹ Voor de twee weerlegbare vermoedens is niet voorzien in een bijzondere overgangsregeling.

14. In Duitsland traden de nieuwe §§ 33 a tot 33f GWB in werking op 27 december 2016⁵² (de door de Richtlijn bepaalde deadline voor implementatie), maar is voorzien in overgangsbepalingen die preciseren dat deze bepalingen slechts gelden voor schadevorderingen die zijn ontstaan na 26 december 2016.⁵³ Deze bepalingen bevatten de weerlegbare vermoedens dat een kartel schade veroorzaakt (§ 33a, tweede lid) en dat die schade wordt doorberekend (§ 33c, eerste tot vierde lid) evenals de regel dat inbreukbeslissingen van de mededingingsautoriteiten en beroepsinstanties van de lidstaten en de EU bindend zijn voor de nationale rechter (§ 33b, een versterkte versie van het door de Richtlijn bepaalde onweerlegbare vermoeden betreffende het bestaan van een inbreuk die is vastgesteld door de nationale mededingingsautoriteit).

De verjaringsregels vervat in art. 33h GWB treden ook in werking op 27 december 2016.⁵⁴ Zij zijn echter niet alleen van toepassing op de na 26 december 2016 ontstane aanspraken, maar ook op de vóór 27 december 2016 ontstane aanspraken⁵⁵ uit een schending van de Europese of Duitse mededingingsregels of het niet-naleven van een beschikking van een mededingingsautoriteit die op 9 juni 2017 nog niet verjaard waren. De aanvang, de schorsing en het opnieuw beginnen van de verjaring voor de periode voorafgaand aan 27 december 2017 worden geregeld door de toen geldende regels⁵⁶. Soyez schrijft dat dit betekent dat de nieuwe regeling alleen gevolgen heeft voor de subjectieve verjaringstermijn, waarvan de duur verlengd is van drie tot vijf jaar. De duur van de lange, objectieve verjaringsstermijn is niet verlengd en conform de overgangsbepaling kan de nieuwe regeling betreffende het aanvangspunt van de verjaringstermijn niet worden toegepast wanneer de

⁴⁴ Rb. Limburg 16 november 2016, ECLI:NL:RBLIM:2016:9897. Zie ook: Rb. Amsterdam 10 mei 2017, ECLI:NL:RBAMS:2017:3166 waarin de rechtbank oordeelt dat de termijn voor implementatie nog niet was verstreken, zonder te vermelden op welk tijdstip zij zich plaatst voor dit oordeel.

⁴⁵ Omschrijving gebaseerd op overweging 36 van de preambule die zelf echter geen gebruik maakt van de woorden «subjectieve verjaringstermijn».

⁴⁶ Dus vóór het verstrijken van de omzettingstermijn.

⁴⁷ De Hoge Raad geeft niet aan dat dit artikel in feite enkel ziet op omzettingbepalingen betreffende materiële bepalingen van de Richtlijn.

⁴⁸ HR 8 juli 2016, ECLI:NL:HR:2016:1483, *TvPP* 2016, afl. 5, p. 133, *JOR* 2016/322, noot M.M.C. VAN DE MOOSDIJK, *Ars Aequi* AA20170041, noot W.H. VAN BOOM, *NJ* 2017/262, noot S.D. LINDENBERGH en J.S. KORTMANN, *NJB* 2016/1414, *JWB* 2016/263, *RvdW* 2016/950, *RAV* 2016/99; I. BRINKMAN en L. BALJON, noot in *NTE* 2016/48, *UDH:NTE*/13663. Zie ook: Rb. Gelderland 29 maart 2017, ECLI:NL:RBGEL:2017:1724, *JOR* 2017/188, noot M.H.C. SINNINGHE DAMSTÉ en T. THUIJS en *AR* 2017/1659. Zie voorts: Hof Arnhem-Leeuwarden 2 september 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:6766, *JOR* 2014/265, noot B.M. KATAN en J.S. KORTMANN, *NJF* 2014/461 en *JONDR* 2014/1028, waarin gewezen wordt op de wenselijkheid om reeds rekening te houden met het ontwerp van richtlijn.

⁴⁹ Rb. Amsterdam 25 maart 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:1780; Rb. Amsterdam 25 maart 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:1778.

⁵⁰ Art. III van de wet van 25 januari 2017 «houdende wijziging van Boek 6 van het Burgerlijk Wetboek en het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering, in verband met de omzetting van Richtlijn

2014/104/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 november 2014 betreffende bepaalde regels voor schadevorderingen volgens nationaal recht wegens inbreuken op de bepalingen van het mededingingsrecht van de lidstaten en van de Europese Unie» (Implementatiewet richtlijn privaatrechtelijke handhaving mededingingsrecht), *Stb.* 9 februari 2017.

⁵¹ Art. 161a Rv.

⁵² Art. 8 *Neuntes Gesetz zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen vom 01.06.2017*, *BgBl.* 2017, 1416 (hierna: «*Neuntes Gesetz*»). Een uitzondering wordt gemaakt voor § 33 c (5) GWB. Deze bepaling treedt in werking op de dag van de bekendmaking van het *Neuntes Gesetz* en geldt voor vorderingen ingesteld na 26 december 2016 (§ 186, vierde lid GWB).

⁵³ § 186, derde lid GWB.

⁵⁴ Art. 8 *Neuntes Gesetz*.

⁵⁵ Niet alleen op schadevergoeding, maar ook op een injunctie.

⁵⁶ § 186, derde lid GWB. Voor een toepassing, zie: Landesgericht Hannover 18 december 2017, *NZKart* 2018, 100 waar overigens reeds toepassing wordt gemaakt van de nieuwe regels inzake toegang tot bewijsmateriaal ingevoerd door het *Neuntes Gesetz*.

aanspraak vóór 27 december 2017 is ontstaan.⁵⁷ De auteur is overigens van mening dat de verjaringsregels procedurele regels zijn in de zin van de Richtlijn.⁵⁸

Dat de nieuwe regels slechts van belang zijn voor de relatieve verjaringstermijn, moet worden genuanceerd in die zin dat de nieuwe regels inzake de schorsing en de hernieuwing van de verjaring van toepassing zijn indien de handeling of de toestand waaraan de nieuwe wet schorsende werking toekent, zich voordoet of voortduurt na de inwerkingtreding van de nieuwe regels.⁵⁹ Er wordt hierbij geen onderscheid gemaakt tussen de relatieve en de absolute verjaringstermijn.

15. In Frankrijk heeft de wetgever het overgangsregime gedetailleerd geregeld. Er is voorzien in een gedetailleerde opsomming van de omzettingbepalingen die gelden als regels van procedureel recht en onmiddellijk van toepassing zijn op gedingen die zijn ingesteld op of na 26 december 2014.⁶⁰ De regels die wettelijke vermoedens instellen en de verjaringsregels worden in dit lijstje niet genoemd.

Voor de verjaring is in een specifieke overgangsbepaling voorzien: de nieuwe regels die de verjaring verlengen, zijn van toepassing voor zover de verjaringstermijn volgens de oude regels nog niet verstreken was op het moment van de inwerkingtreding van de omzettingwet,⁶¹ namelijk 11 maart 2017.⁶² De wet voegt er nog aan toe dat er dus rekening wordt gehouden met de reeds verstreken tijd. Wellicht is deze toevoeging enkel bedoeld als een bevestiging van de vorige regel. Deze regels sluiten aan bij die vervat in art. 2222 Franse *Code civil*.⁶³ Een circulaire preciseert dat voor de overige re-

gels van de omzettingwet de gemeenrechtelijke regels van overgangsrecht gelden. Voor de zekerheid wordt er nog aan toegevoegd dat dit betekent dat regels zoals die betreffende de vermoedens slechts gelden voor schuldvorderingen die voortvloeien uit een feit dat zich heeft voorgedaan na de inwerkingtreding van de omzettingwet.⁶⁴

16. Een Portugese rechtbank stelde inmiddels een prejudiciële vraag aan het Hof van Justitie met betrekking tot de temporele werking van art. 9, eerste lid Richtlijn (doorwerking van inbreukbeslissingen van een nationale mededingingsautoriteit of beroepsinstantie in de vorm van een onweerlegbaar vermoeden) en art. 10, tweede, derde en vierde lid Richtlijn (verjaringstermijnen). In essentie wenst de Portugese rechter te vernemen of de betreffende bepalingen van de Richtlijn dan wel andere regels of algemene beginselen van Unierecht zich verzetten tegen de toepassing van nationale bepalingen die afwijken van de genoemde bepalingen van de Richtlijn in het kader van een vordering die is ingesteld vóór de deadline voor omzetting van de Richtlijn, op feiten die zich hebben voorgedaan vóór de bekendmaking van de Richtlijn. Indien dit het geval zou zijn, vraagt de Portugese rechter of het probleem kan worden opgelost door richtlijnconforme interpretatie van het nationale recht en of een justitiabele voor de nationale rechter in een procedure tot vergoeding van de schade die beweerdelijk is geleden als gevolg van een inbreuk op de mededingingsregels, tegenover een andere justitiabele art. 22 van de Richtlijn (overgangsbepaling) kan invoeren?⁶⁵ Hoewel de rechter in zijn vraagstelling niet verwijst naar het onderscheid tussen procedurele en materiële rechtsregels, lijkt dit onderscheid wel essentieel voor de beantwoording van zijn vragen.

III. Leidt de toepassing van de overgangsregels naar Belgisch recht tot andere resultaten naargelang bepaalde regels worden gekwalificeerd als regels van materieel dan wel procedureel recht?

A. Inhoud van de verjaringsregels die gelden voor schadevorderingen wegens inbreuken op het mededingingsrecht

17. Wat de verjaring betreft, voert de Omzettingwet een nieuwe regel in betreffende het aanvangspunt van de verjaringstermijn alsmede een nieuwe stuitingsgrond. Ingevolge de Omzettingwet bepaalt art. XVII.90. § 1 WER:

forclusion acquise. Elle s'applique lorsque le délai de prescription ou le délai de forclusion n'était pas expiré à la date de son entrée en vigueur. Il est alors tenu compte du délai déjà écoulé. (...)».

⁶⁴ Circulaire du 23 mars 2017 de présentation des dispositions de l'ordonnance n° 2017-303 du 9 mars 2017 relative aux actions en dommages et intérêts du fait des pratiques anticoncurrentielles et du décret d'application n° 2017-305 du 9 mars 2017, NOR: JUSC1708788C, BOMJ n°2017-03, 31 maart 2017.

⁶⁵ Verzoek om een prejudiciële beslissing ingediend door de *Tribunal Judicial da Comarca de Lisboa* (Portugal) op 15 november 2017 – *Cogetco Communications Inc t/ Sport TV Portugal e.a.*, nr. C-637/17.

⁵⁷ V. SOYEZ, «Verjährung kartellrechtlicher Schadensersatzansprüche», *WuW* 2017, 243.

⁵⁸ V. SOYEZ, o.c., *WuW* 2017, 240. Zie ook: C. KERSTING en N. PREUSS, «Umsetzung der Kartellschadensersatzrichtlinie durch die 9. GWB-Novelle», *WuW* 2016, 397. C. KERSTING en N. PREUSS, *Umsetzung der Kartellschadensersatzrichtlinie (2014/104/EU) – Ein Gesetzgebungsvorschlag aus der Wissenschaft*, 2015, nr. 342 (deze auteurs baseren hun interpretatie op het «procesrechtelijke» woordgebruik van de richtlijn bepaling m.b.t. de verjaring: («Verjährungsfristen für die Erhebung von Schadensersatzklagen», «limitation periods for bringing actions for damages»; «délais de prescription applicables aux actions en dommages et intérêts»; «termini di prescrizione per intentare azioni per il risarcimento del danno»).

⁵⁹ BGH 12 juni 2018, KZR 2016, ECLI:DE:BGH:2018:12062018UK ZR56.16.0. Deze zaak had betrekking op de temporele werking van de verjaringsregels van § 33(5) GWB 2005, die, bij ontstentenis van specifieke overgangsregels, volgens de gemeenrechtelijke regels moest worden beoordeeld. Het Hof geeft echter aan dat de specifieke overgangsbepalingen van het *Neuntes Gesetz* louter bedoeld zijn als een bevestiging van deze regels.

⁶⁰ Art. 12 I Ordonnance n° 2017-303 du 9 mars 2017 relative aux actions en dommages et intérêts du fait des pratiques anticoncurrentielles, *JORF* n°0059 du 10 mars 2017. Dezelfde overgangsregel geldt voor de regels van het decreet die een nadere uitwerking inhouden van deze bepalingen (zie art. 6 Décret n° 2017-305 du 9 mars 2017 relatif aux actions en dommages et intérêts du fait des pratiques anticoncurrentielles, *JORF* n°0059 du 10 mars 2017).

⁶¹ Art. 12 II Ordonnance n° 2017-303.

⁶² Art. 12 I Ordonnance n° 2017-303.

⁶³ Art. 2222 Code civil: «La loi qui allonge la durée d'une prescription ou d'un délai de forclusion est sans effet sur une prescription ou une

«§ 1. De verjaringstermijnen van het gemeen recht voor het instellen van rechtsvordering tot schadevergoeding voor inbreuken op het mededingingsrecht beginnen te lopen vanaf de dag die volgt op de dag waarop de inbreuk op het mededingingsrecht is stopgezet en waarop de eiser weet heeft of redelijkerwijs geacht kan worden te hebben van:

1° de gedraging en het feit dat deze gedraging een inbreuk op het mededingingsrecht vormt;

2° het feit dat hij door de inbreuk op het mededingingsrecht schade heeft geleden en

3° de identiteit van de inbreukpleger.

Voor de voortdurende of herhaalde inbreuken wordt de inbreuk geacht te zijn beëindigd op de dag waarop de laatste inbreuk is geëindigd.

«§ 2. De verjaringstermijnen bedoeld in paragraaf 1 worden gestuit (men bedoelt: geschorst) wanneer een mededingingsautoriteit een handeling verricht tot onderzoek of vervolging van de inbreuk op het mededingingsrecht waarop de rechtsvordering tot schadevergoeding betrekking heeft. Deze stuiting eindigt op de dag die volgt op de dag na de vaststelling van een definitieve inbreukbeslissing of nadat de procedure op een andere wijze is beëindigd.»

Art. XVII.91 WER voegt eraan toe:

«De minnelijke oplossing van geschillen, met uitzondering van de arbitrage, schorst de verjaringstermijnen voor het instellen van een rechtsvordering tot schadevergoeding voor de ganse duur van die minnelijke oplossing van geschillen. Deze schorsing is enkel van toepassing op partijen die bij deze procedure betrokken zijn of betrokken geweest zijn of er vertegenwoordigd werden.»

B. Gevolgen van de kwalificatie «procedureel recht»

18. Indien men de verjaringsregels zou beschouwen als regels van materieel recht, vereist het Europese recht enkel dat deze regels niet retroactief worden toegepast. De Belgische Omzettingwet voorziet dan niet in een bijzondere overgangsbepaling. Bijgevolg wordt de temporele werking van de regels inzake verjaring m.i. beheerst door art. 2 BW, althans voor zover dit niet leidt tot een retroactieve toepassing in de betekenis van de Richtlijn. Dit risico lijkt beperkt. Art. 2 BW verwoordt immers het beginsel van het verbod van de retroactieve werking van de wet naar Belgisch recht: «De wet beschikt alleen voor het toekomstige; zij heeft geen terugwerkende kracht.»

In een arrest van 2014 leidde het Hof van Cassatie hieruit af dat «een vordering tot schadevergoeding dient te worden beoordeeld volgens de wet die van kracht is op het ogenblik dat het schadeveroorzakende feit werd gepleegd, tenzij de wet anders bepaalt». ⁶⁶ Op basis van dit

arrest zou men eventueel kunnen argumenteren dat de verjaringsregels voor buitencontractuele vorderingen bepaald worden door het moment waarop het schadeverwekkende feit zich heeft voorgedaan.

Het Hof van Cassatie oordeelde echter ook dat art. 2 BW een algemeen rechtsbeginsel verwoordt dat betekent dat «de nieuwe wet in de regel niet alleen van toepassing is op toestanden die na haar inwerkingtreding ontstaan, maar ook op de toekomstige gevolgen van de onder de vroegere wet ontstane toestanden die zich voordoen of voortduren onder de gelding van de nieuwe wet, voor zover die toepassing geen afbreuk doet aan reeds onherroepelijk vastgestelde rechten». ⁶⁷

Op grond van dit arrest zou men kunnen argumenteren dat, indien de vordering op het moment van de inwerkingtreding van de nieuwe wet verjaard is conform het oude recht, ze niet meer kan herleven, maar dat de nieuwe regels kunnen worden toegepast op een nog lopende verjaring. Ook dit lijkt echter te kort door de bocht.

19. De onmiddellijke werking van een wetsbepaling betekent immers dat die bepaling van toepassing is wanneer het rechtsfeit waaraan zij een rechtsgevolg koppelt, zich heeft voorgedaan na de inwerkingtreding van de nieuwe wet. ⁶⁸ Dit is wat het Hof van Cassatie bedoelt met de formulering «dat de nieuwe wet in de regel van toepassing is op rechtsfeiten die de nieuwe wet bepalend acht voor de rechtsverhouding en die zich hebben voorgedaan vanaf haar inwerkingtreding». ⁶⁹

Voor de toepasselijkheid van de nieuwe regel van art. XVII.90, § 1 WER met betrekking tot het aanvangspunt van de verjaringstermijn, dient men dus na te gaan of het rechtsfeit waaraan de nieuwe wetsbepaling de aanvang van de verjaringstermijn koppelt, te situeren is vóór of na de inwerkingtreding van de Omzettingwet. Art. XVII, § 1 WER geeft aan dat het aanvangspunt van de verjaringstermijn wordt bepaald op de dag die volgt op de dag waarop de inbreuk op het mededingingsrecht is stopgezet en waarop de eiser weet heeft of redelijkerwijs geacht kan worden te hebben van de gedraging en het feit dat deze gedraging een inbreuk op het mededingingsrecht vormt, het feit dat hij door de inbreuk op het mededingingsrecht schade heeft geleden en de identiteit van de inbreukpleger. Als deze elementen te situeren zijn op of na 22 juni 2017,

⁶⁶ Zie ook: Cass. 14 november 2014, *Arr.Cass.* 2014, 2595, *Pas.* 2014, 2539, *RABG* 2015, 436, *RW* 2015-16 306, noot.

⁶⁷ Cass. 24 januari 2005, *www.juridat.be*, *Arr.Cass.* 2005, 195, *Pas.* 2005, 196. Zie ook: Cass 26 mei 2005, *Arr.Cass.* 2005, *JT* 2005, 679, *Pas.* 2005, 1115, *Res Jur.Imm.* 2006, 26, *RW* 2007-08, 609, *TBBR* 2007, 52; Cass. 18 maart 2011, *www.juridat.be*, *Arr.Cass.* 2011, 819, *Pas.* 2011, 842, *RW* 2012-13, 252, *TBBR* 2012, 275; Cass. 16 september 2013, *Arr.Cass.* 2013, 1820, *Pas.* 2013, 1678, *RABG* 2014, 357, noot B. MAES, *Soc.Kron.* 2014, 282, noot, *TBH* 2014 (samenvatting B. Tousseint), 116, *T.Verz.* 2014, 200, noot C. DEVOET.

⁶⁸ POPELIER, *o.c.*, p. 32-33, nr. 49.

⁶⁹ Zie bv. Cass. 24 januari 2005, *www.juridat.be*, *Arr.Cass.* 2005, 195, *Pas.* 2005, 196.

dan wordt het aanvangspunt van de verjaring bepaald op grond van art. XVII.90, § 1 WER.⁷⁰

Ingeval er een veroordeling van de Commissie of een nationale mededingingsautoriteit voorligt⁷¹, zal het veelal eenvoudig zijn om het moment te bepalen wanneer de inbreuk is stopgezet. Voor de (geobjectiveerde) subjectieve vereisten ligt dat anders. Mag men aannemen dat deze voorwaarden ten aanzien van iedere schadelijder vervuld zijn op het moment van de vaststelling van de inbreuk door de Commissie of een nationale mededingingsautoriteit, ongeacht of dit een mededingingsautoriteit is van de eigen lidstaat? Ik neig naar een ontkennend antwoord op deze vraag. Het lijkt alleszins onwaarschijnlijk dat iedere schadelijder geacht kan worden onmiddellijk op de dag van de uitspraak kennis te nemen van beslissingen van buitenlandse mededingingsautoriteiten. Gelet op het feit dat een dergelijke beslissing voor een rechter in de lidstaat van de schadelijder slechts *prima facie* het bewijs vormt van het bestaan van een mededingingsinbreuk, rijst bovendien de vraag of zo een beslissing kan volstaan om aan te tonen dat de benadeelde, zelfs indien hij kennis heeft van de beslissing, redelijkerwijze geacht kan worden kennis te hebben van het feit dat de betreffende gedraging een inbreuk op het mededingingsrecht vormt.⁷² Wanneer de kartelinbreuk gepleegd wordt op een ander handelsniveau dan dat van de producent of de eindverkoper, lijkt het ook zeer wel denkbaar dat een eindgebruiker pas na verloop van enige tijd ontdekt dat een karteldeelneer deel uitmaakte van de distributieketen die het door hem gekochte product van bij de producent tot bij hem bracht.

20. Dezelfde redenering geldt ten aanzien van de gronden van stuiting en schorsing van de verjaring die door de Omzettingwet zijn ingevoerd. In een arrest van 12 april 2002 oordeelde het Hof van Cassatie «dat een wet die een nieuwe oorzaak van stuiting van de verjaring doet ontstaan, overeenkomstig (het) beginsel (vervat in art. 2 BW), (...), aan een handeling die onder vigeur van de oude wet is gesteld, niet de uitwerking kan verlenen de

verjaring te stuiten, terwijl de oude wet daaraan niet die uitwerking hechtte».⁷³

In een arrest van 4 december 2009 oordeelde het Hof van Cassatie dat een nieuwe, door de wetgever ingevoerde schorsingsgrond van onmiddellijke toepassing is, ook voor die feiten die plaatsvonden op een tijdstip dat de nieuwe wet met de nieuwe schorsingsgrond nog niet van toepassing was.⁷⁴ Toch zijn deze arresten gebaseerd op dezelfde benadering van de temporele werking van stuitings- en schorsingsgronden. In beide gevallen is het tijdstip van het rechtsfeit dat aanleiding geeft tot de stuiting/schorsing (de stuitings- of schorsingsgrond) determinerend.⁷⁵ Doet dit rechtsfeit zich voor na de inwerkingtreding van de nieuwe wet, dan volgt uit de onmiddellijke toepassing van de nieuwe wet dat de stuiting/schorsing intreedt. Doet de stuitings- of schorsingsgrond zich voor vooraleer de nieuwe wet die de betreffende grond invoert, in werking treedt, dan vindt geen stuiting of schorsing plaats. In het arrest van 2002 bestond de stuitingsgrond in het indienen van een schadeaangifte. Dit geschiedde vóór het in werking treden van de wet die dit als een stuitingsgrond beschouwde. Bijgevolg vond geen stuiting plaats. In het arrest van 2009 was de schorsingsgrond de minderjarigheid van de schadelijder. Op het moment van de inwerkingtreding van de nieuwe wet was de schadelijder nog steeds minderjarig. Bijgevolg vond schorsing plaats.

Toegepast op de stuitingsgrond die door de Omzettingwet is ingevoerd in art. XVII.90 WER, betekent dit dat een onderzoeks- of vervolgingshandeling van een mededingingsautoriteit slechts dan de verjaring stuit wanneer de betreffende onderzoeks- of vervolgingshandeling wordt verricht na de inwerkingtreding van de Omzettingwet.

21. Op grond van de regel dat een nieuwe wet geen afbreuk kan doen aan definitief verworven rechtsposities, lijkt een toepassing van de nieuwe regels over de aanvang van de verjaring en de stuiting bovendien uitgesloten wanneer de vordering in kwestie op grond van de vóór de inwerkingtreding van de Omzettingwet geldende regels reeds verjaard was.⁷⁶

22. Vorderingen tot schadevergoeding wegens inbreuken op het mededingingsrecht zijn veelal van buitencontractuele aard. Dit is alleszins het geval voor de vorderingen tot vergoeding van door een prijskartel veroorzaakte schade, die de EU bij uitstek voor ogen had bij de opstelling van de Richtlijn. Zulke vorderingen vinden hun oorsprong im-

⁷⁰ Over de richtlijnconforme interpretatie in de periode tussen het verstrijken van de omzettingstermijn bepaald in de Richtlijn en de inwerkingtreding van de Belgische omzettingwet, zie *infra*, nr. 23.

⁷¹ Voor de vraag naar de bindende kracht van zo'n beslissing t.a.v. de nationale rechter, zie *infra*, nrs. 28 en 31-32.

⁷² Zie echter: Rb. Amsterdam 10 mei 2017, ECLI:NL:RBAMS:2017:3166. De rechtbank oordeelde dat onder gelding van het Spaanse recht moet worden aangenomen dat in het persbericht van de Commissie, de samenvatting van de beschikking en de niet-vertrouwelijke versie van de beschikking zodanige gegevens besloten liggen dat marktpartijen, die geacht mogen worden de ontwikkelingen op dit terrein nauwlettend te volgen, onverwijld na de publicatie daarvan bekend waren of behoorden te zijn met het bestaan van het kartel, de belangrijkste elementen van de werking ervan, de strekking en de intentie ervan, en, in het verlengde van het bovenstaande, de mogelijkheid van een impact op de prijzen en daarmee de mogelijkheid van schade. *In casu* was de vordering ingesteld door Cartel Damages Claims, een bedrijf dat dit soort zaken inderdaad op de voet volgt. De uitbreiding van de redenering naar alle marktpartijen is mijns inziens betwistbaar.

⁷³ Cass. 4 april 2002, *Arr.Cass.* 2002, 973, *JT* 2002, 447, *JLMB* 2002, 1217, *Pas.* 2002, 879, *RGAR* 2003, nr. 13697, *RHA* 2004, 99, *RW* 2003-04, 498, noot P. POPELIER, *Verkeersrecht* 2002, 267.

⁷⁴ Cass. 4 december 2009, *www.juridat.be*, *Arr.Cass.* 2009, 12, 2901, *J.dr.jeun.* 2012 (samenvatting), 41, *JLMB* 2010, 584, *Pas.* 2009, 2889, *Rev.trim.dr.fam.* 2010 (samenvatting), 520, *RW* 2011-12, 1167, *TBH* 2011, 134.

⁷⁵ POPELIER, *o.c.*, *RW* 2003-04, 499.

⁷⁶ In deze zin: POPELIER, *o.c.*, p. 88, nr. 135.

mers niet in de niet-nakoming van de overeenkomst tussen een karteldeelneer en een afnemer, maar in de beperking van de contractvrijheid door de kartelovereenkomst die voorafging aan het sluiten van de overeenkomst tussen één van de karteldeelneerders en een afnemer.⁷⁷

23. Voor buitencontractuele vorderingen is het oude recht vervat in art. 2262bis, § 1, tweede lid BW. Er geldt een dubbele verjaringstermijn. Een korte vijfjarige verjaringstermijn loopt vanaf de dag volgend op die waarop de benadeelde kennis heeft gekregen van de schade of van de verzwaren ervan en van de identiteit van de daarvoor aansprakelijke persoon. Een lange twintigjarige verjaringstermijn loopt vanaf de dag volgend op die waarop het feit waardoor de schade is veroorzaakt, zich heeft voorgedaan.

Sedert een arrest van het Hof van Cassatie van 5 september 2014 staat vast dat de kennis van de benadeelde die vereist is voor de aanvang van de korte verjaringstermijn, subjectief te beoordelen is. De vijfjarige termijn vangt aan op de dag dat de benadeelde werkelijk kennis heeft van de schade en van de identiteit van de persoon die aansprakelijk kan worden gesteld. Dit houdt in dat de benadeelde in staat is een causaal verband te leggen tussen het schadeverwekkende feit en de schade. Het is echter niet vereist dat de benadeelde kennis heeft van een zeker en vaststaand oorzakelijk verband.⁷⁸ De subjectieve invulling van het kennisvereiste van art. 2262bis BW is voordeliger voor de benadeelde dan de geobjectiveerde subjectieve benadering van de Omzettingwet. Wel wordt onder art. 2262bis BW voor de aanvang van de verjaringstermijn niet uitdrukkelijk vereist dat de benadeelde kennis had (of behoorde te hebben) van het feit dat het schadeverwekkende feit een inbreuk op het mededingingsrecht vormt. Uit dit bijkomende vereiste van de Omzettingwet zou kunnen voortvloeien dat de vordering volgens het oude recht wel en volgens het nieuwe recht nog niet verjaard is.

Het gemene Belgische recht inzake de verjaring van vorderingen op grond van de buitencontractuele aansprakelijkheid bevat bovendien geen expliciete regel voor voortdurende inbreuken of inbreuken die bestaan uit een opeenvolgende reeks van feiten met eenzelfde oorzaak. De rechtsleer maakt een onderscheid naargelang het gaat om de korte dan wel de lange verjaringstermijn. Wat de lange verjaringstermijn betreft, wordt vrij algemeen aangenomen dat deze pas begint te lopen nadat het voortdurende feit heeft opgehouden te bestaan⁷⁹ of nadat

het laatste feit van de reeks heeft plaatsgevonden.⁸⁰ Wat het aanvangspunt van de korte termijn betreft, bestaat er minder duidelijkheid. Indien de schadelijder dagelijks en onmiddellijk kennis neemt van de schade en de identiteit van de inbreukpleger, wordt ofwel aangenomen dat de verjaringstermijn voor ieder feit afzonderlijk of dag per dag begint te lopen⁸¹, ofwel dat de verjaring pas begint te lopen op het ogenblik dat de schade zich volledig heeft gerealiseerd, d.w.z. op het ogenblik dat de schadeverwekkende handeling stopt.⁸² Voor de periode tussen het verstrijken van de omzettingsperiode van de Richtlijn (27 december 2016) en de daadwerkelijke inwerkingtreding van de Omzettingwet (22 juni 2017) lijkt de verplichting tot richtlijnconforme interpretatie van het nationale recht⁸³ te vereisen dat gekozen wordt voor de laatstvermelde interpretatie.

24. Voor de beoordeling van de verjaring onder het «oude recht» moet bovendien nog rekening worden gehouden met het arrest nr. 38/2016 van het Grondwettelijk Hof van 10 maart 2016 waarin, in het kader van een prejudiciële procedure, geoordeeld werd dat een onevenredige inbreuk werd gepleegd op de rechten van de persoon die schade ondervon-

en schadeverwekkend feit als vertrekpunten van de verjaring» in I. CLAEYS (ed.), *Verjaring in het privaatrecht. Weet de avond wat de morgen brengt*, in Gandaius. *Ontmoetingen met Recht*, Mechelen, Kluwer, 2005, nr. 83; C. LEBON, «Verjaring» in *Bijzondere overeenkomsten. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer, IV. Commentaar Verbintenissenrecht*, Antwerpen, Kluwer, 2017, nr. 54.

⁷⁷ I. BOONE, o.c., in *De herziening van de bevrijdende verjaring door de wet van 10 juni 1998. De gelijkheid hersteld?*, nr. 149; M. REGOUT-MASSON, *La prescription des actions en matière de responsabilité. Volume 1. Règles générales et délais de prescription in Responsabilités. Traité théorique et pratique*, Waterloo, Wolters Kluwer Belgium, 2014, nr. 62; C. LEBON, o.c., in *Bijzondere overeenkomsten. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer, IV. Commentaar Verbintenissenrecht*, nr. 54.

⁸¹ C. LEBON, o.c. in *Bijzondere overeenkomsten. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer, IV. Commentaar Verbintenissenrecht*, nr. 51, met verwijzing naar Cass. 9 december 2010, Arr.Cass. 2010, 2936, JLMB 2012, 201, NJW 2011, 135, noot I. BOONE, Pas. 2010, 3171, RGAR 2011, afl. 5, nr. 14750, RW 2012-13, 658, VAV 2011, 415.

⁸² I. BOONE, o.c., in *De herziening van de bevrijdende verjaring door de wet van 10 juni 1998. De gelijkheid hersteld?*, p. 110, nr. 138; I. CLAEYS, o.c., in I. CLAEYS (ed.), *Verjaring in het privaatrecht. Weet de avond wat de morgen brengt*, in Gandaius. *Ontmoetingen met Recht*, nr. 59; M. MARCHANDISE, *La prescription libératoire en matière civile in Les dossiers du Journal des Tribunaux*, Brussel, Bruylant, 2007, p. 59, nr. 51.

⁸³ Zie bv.: HvJ 4 juli 2006, nr. C-212/04, Adeneler, ECLI:EU:C:2006:443, § 111: «Het beginsel van richtlijnconforme uitlegging vereist (...) dat de nationale rechter binnen zijn bevoegdheden al het mogelijke doet om, het gehele nationale recht in beschouwing nemend en onder toepassing van de daarin erkende uitleggingsmethoden, de volle werking van de betrokken richtlijn te verzekeren en tot een oplossing te komen die in overeenstemming is met de daarmee nagestreefde doelstelling.» Deze verplichting wordt echter «begrensd door de algemene rechtsbeginselen, met name het rechtszekerheidsbeginsel en het verbod van terugwerkende kracht, en (kan) niet (...) dienen als grondslag voor een uitlegging *contra legem* van het nationale recht» (§ 110). Zie voorts: M. WISSINK, «Interpretation of private law in conformity with EU directives» in A.S. HARTKAMP e.a. (eds.), *The influence of EU law on national private law*, Deventer, Kluwer 2014, 119-158.

⁷⁷ In deze zin: HvJ 21 mei 2015, Cartel Damages Claims (CDC) Hydrogen Peroxide SA t/ Evonik Degussa GmbH e.a., nr. C-352/13, ECLI:EU:C:2015:335, punt 43.

⁷⁸ Cass. 5 september 2014, Arr.Cass. 2014, 1759, conclusie advocaat-generaal C. VANDEWAL, Pas. 2014, 1744, RW 2015-16, 1266, TBBR 2015, 379, noot E. VERJANS.

⁷⁹ I. BOONE, «De verjaring van de vordering tot schadeherstel op grond van buitencontractuele aansprakelijkheid en van de burgerlijke vordering uit een misdrijf» in *De herziening van de bevrijdende verjaring door de wet van 10 juni 1998. De gelijkheid hersteld?*, Antwerpen, Kluwer, 1998, p. 116, nr. 149; I. CLAEYS, «Opeisbaarheid, kennisname

den heeft door een inbreuk op het mededingingsrecht als die persoon verplicht was een rechtsvordering tot schadevergoeding in te stellen vóór het einde van de verjaringstermijn bedoeld in art. 2262bis, § 1, tweede lid BW, terwijl de procedure voor administratieve sanctie nog niet beëindigd was. Hieruit volgt volgens het Grondwettelijk Hof dat «art. 2262bis, § 1, tweede lid BW de artt. 10 en 11 Gw. schendt 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».

Op grond van dit arrest dient een rechter die geconfronteerd wordt met een zaak waarin de verjaring van de burgerlijke vordering conform de oude regel van art. 2262bis, § 1, tweede lid BW is ingetreden vooraleer een in kracht van gewijsde gegane uitspraak het bestaan van een mededingingsinbreuk heeft vastgesteld, hetzij een nieuwe prejudiciële vraag te stellen aan het Grondwettelijk Hof, hetzij te oordelen dat de verjaring alleszins niet kan intreden vooraleer een uitspraak waarbij het bestaan van een mededingingsrechtelijke uitspraak is vastgesteld, in kracht van gewijsde is getreden. Of de nationale rechter op grond van het beginsel van richtlijnconforme interpretatie kan oordelen dat de verjaringstermijn bij het einde van de betreffende procedure (opnieuw) begint te lopen, indien deze onderzoeks- of vervolgingshandeling werd gesteld in de periode tussen het verstrijken van de omzettingstermijn en het inwerkingtreden van de Omzettingwet, zonder de grens van de interpretatie *contra legem* te overschrijden, is niet zeker. Ook ten aanzien van de door de Richtlijn ingevoerde schorsingsgrond voor de minnelijke oplossing van geschillen is dit niet zeker. Een voorstel tot bemiddeling in de zin van art. 1730, § 3 Ger.W. schort de verjaring wel op met de termijn van een maand. De ondertekening van een bemiddelingsprotocol schorst de verjaringstermijn voor de duur van de bemiddeling. Tenzij de partijen anders overeenkomen, eindigt de schorsing van de verjaringstermijn één maand na kennisgeving door een van de partijen, of door de bemiddelaar aan de andere partij of partijen, van hun wil om een einde te maken aan de bemiddeling.⁸⁴

C. Gevolgen van de kwalificatie «procedureel recht»

25. Indien men oordeelt dat de verjaringsregels beschouwd moeten worden als regels van procedureel recht, dan geldt art. 45 van de Omzettingwet. Dit artikel bepaalt: «In afwijking van art. 3 Ger.W. zijn de procedure-regels bepaald door deze wet niet van toepassing op de rechtsvorderingen tot schadevergoeding die vóór 26 december 2014 bij een rechtscollege werden aangebracht.»

Volgens artikel 3 Ger.W. zijn nieuwe procedurele regels van onmiddellijke toepassing in hangende gedingen, zelfs indien de vordering was ingesteld vóór de inwer-

kingtreding van de wet en zelfs indien de rechtsfeit dat aan de oorsprong ligt van de vordering, plaatsvond vóór de inwerkingtreding van de wet. De onmiddellijke toepassing waaraan deze bepaling refereert, betekent echter dat de regels van procesrecht slechts van toepassing zijn op de rechtsgevolgen van feiten die zich na de inwerkingtreding van de nieuwe procedurele regels hebben voorgedaan. De betekenis van art. 3 Ger.W. stemt dus in feite overeen met die van art. 2 BW.⁸⁵

De vraag is nu hoe de afwijking van art. 3 Ger.W. waarin art. 45 van de Omzettingwet voorziet, geïnterpreteerd moet worden. Op basis van een interpretatie *a contrario* van art. 45 zou men kunnen oordelen dat de nieuwe procedurele regels van de Omzettingwet gelden vanaf haar inwerkingtreding, ongeacht of de regel in kwestie wordt toegepast op een rechtsfeit dat zich voordoet vóór of na haar inwerkingtreding, voor zover de vordering is ingesteld op of na 26 december 2014. Een andere interpretatie is dat de procedurele regels van onmiddellijke toepassing zijn indien ze een rechtsgevolg verbinden aan rechtsfeiten die zich voordoen na de inwerkingtreding van de Omzettingwet, voor zover de vordering is ingesteld op of na 26 december 2014. Indien de rechtsvordering eerder is ingesteld, blijven de regels van het gemeenrechtelijk Belgisch procesrecht van toepassing, ook op rechtsfeiten die plaatsvinden na de inwerkingtreding van de Omzettingwet. Gelet op het feit dat de laatste interpretatie het minst afwijkt van de basisregel van de onmiddellijke werking van de wet, lijkt deze interpretatie het meest aangewezen. Zij lijkt ook het best in overeenstemming met art. 22, tweede lid, van de Richtlijn waarvan art. 45 van de Omzettingwet de implementatie vormt. Art. 22, tweede lid Richtlijn lijkt inderdaad eerder bedoeld te zijn om een beperking aan te brengen aan de wijdverspreide regel van de onmiddellijke toepassing van procedurele regels op hangende procedures, dan om een ruimere temporele werking toe te kennen aan die bepalingen.

26. De onmiddellijke werking van de regel betreffende het aanvangspunt van verjaring betekent dat deze regel van toepassing is indien de rechtsfeiten waaraan de aanvang van de verjaring wordt vastgeknoopt, zich voordoen na de inwerkingtreding van de Omzettingwet. De relevante rechtsfeiten zijn hier: het intreden van de dag volgend op de dag waarop de inbreuk op het mededingingsrecht is stopgezet en waarop de eiser weet heeft of redelijkerwijs geacht kan worden te hebben van een aantal elementen, namelijk de gedraging en het feit dat deze gedraging een inbreuk op het mededingingsrecht vormt, het feit dat hij door de inbreuk op het mededingingsrecht schade heeft geleden en de identiteit van de inbreukpleger.⁸⁶ De bijkomende temporele beperking dat regels van procedurele aard niet gelden indien de vordering reeds vóór 26 december 2014 was ingesteld, heeft hier prak-

⁸⁴ Art. 1731, §§ 3 en 4 Ger.W.

⁸⁵ P. VANLERSBERGHE, «Artikel 3 Ger.W.» in *Commentaar Gerechtelijk Recht*, nr. 4.

⁸⁶ Art. XVII.90 WER.

tisch gezien geen betekenis. Indien de vordering reeds vóór 26 december 2014 was ingesteld, was de verjaring dat moment immers al gestuit tot het tijdstip waarop een definitieve beslissing wordt uitgesproken (art. 2244, § 1 BW).

Voor de regels m.b.t. de stuiting van de verjaring door een onderzoeks- of vervolgingsactie van een mededingingsautoriteit betekent de onmiddellijke werking dat zij gelden indien de onderzoeks- of vervolgingsactie zich voordoet na de inwerkingtreding van de Omzettingwet. Hoewel de publiekrechtelijke handhavingprocedure lang kan duren, zal het eerder uitzonderlijk zijn dat m.b.t. de feiten waaromtrent die procedure nog loopt na 22 juni 2017, reeds een vordering tot schadevergoeding is ingesteld vóór 26 december 2014. Bijgevolg zal de bijkomende beperking van de temporele werking van de wet voorvloeiende uit een procesrechtelijke kwalificatie van de bepaling inzake de stuiting in de praktijk wellicht nauwelijks een rol spelen. Ten aanzien van de regel dat de verjaring wordt geschorst voor de hele duur van de minnelijke oplossing van geschillen (art. XVII.91 WER) kan een procesrechtelijke kwalificatie geen enkele impact hebben. Ook bij een materieelrechtelijke kwalificatie geldt de schorsingsgrond slechts voor minnelijke regelingen die betracht worden na de inwerkingtreding van de Omzettingwet. Schorsing van de verjaring is slechts relevant vóór het instellen van een rechtsvordering. Indien de rechtsvordering is ingesteld vóór 26 december 2014, bestaat er hoe dan ook geen behoefte aan deze schorsingsgrond.

D. Bewijsvermoedens

1° Inhoud van de bewijsvermoedens geldend voor schadevorderingen wegens inbreuken op het mededingingsrecht

27. Ter omzetting van de Richtlijn werden drie bewijsvermoedens ingevoerd: een onweerlegbaar vermoeden en twee weerlegbare vermoedens.

28. Het onweerlegbare vermoeden betreft de gebondenheid van de nationale rechter aan de vaststelling van mededingingsrechtelijke inbreuken door de eigen nationale mededingingsautoriteit. Hoewel deze regel eenvoudiger geformuleerd kon worden, koos de Europese wetgever voor een formulering die gebruik maakt van een onweerlegbaar vermoeden: «De lidstaten zorgen ervoor dat een inbreuk op het mededingingsrecht die door een nationale mededingingsautoriteit of door een beroepsinstantie door middel van een definitieve inbreukbeslissing is vastgesteld, geacht wordt onweerlegbaar vast te staan voor de behandeling van een voor een nationale rechter aanhangig gemaakte schadevordering uit hoofde van artikel 101 of artikel 102 VWEU of uit hoofde van het nationale mededingingsrecht.»⁸⁷

De keuze voor een vermoeden is mogelijk ingegeven door de wens om de autonomie van de nationale rechter niet al te veel geweld aan te doen.⁸⁸ De Belgische wetgever nam de formulering die gebruikmaakt van het onweerlegbaar vermoeden over in art. XVII.82 WER.

29. Het eerste weerlegbare vermoeden betreft het vermoeden dat kartels schade veroorzaken. Het zal dan aan de karteldeelner zijn om dit vermoeden te weerleggen (art. 17, § 2 Richtlijn en art. XVII.73 WER). Uit de Richtlijn noch de Belgische Omzettingwet volgt duidelijk hoe de karteldeelner dat precies dient te doen, welke bewijsstandaard daarvoor geldt.

Het tweede weerlegbare vermoeden betreft het vermoeden van *passing-on*, doorberekening van door het kartel veroorzaakte meerprijzen aan indirecte afnemers die aantonen 1) dat de verweerder een inbreuk op het mededingingsrecht heeft gepleegd; 2) de inbreuk op het mededingingsrecht heeft geleid tot meerkosten voor de directe afnemer van de verweerder en 3) de indirecte afnemer de goederen of diensten waarop de inbreuk op het mededingingsrecht betrekking had, heeft afgenomen dan wel goederen of diensten heeft afgenomen die daarvan zijn afgeleid of waarin deze zijn verwerkt. Hier preciseren de Richtlijn en de Omzettingwet wel hoe de karteldeelner het vermoeden kan weerleggen. Hij dient daartoe aan de rechter aannemelijk te maken dat de meerkosten niet of niet volledig aan de indirecte afnemer zijn doorberekend (art. 14, § 2 Richtlijn en art. XVII.84 WER).

30. De procespositie van de schadelijder wordt duidelijk beter indien hij een beroep kan doen op (een van) deze bewijsvermoedens. Maar, voor welke schadevorderingen die hun oorsprong vinden in een schadeverwekkend feit dat zich voordeed voor de inwerkingtreding van de Omzettingwet, kan de schadelijder een beroep doen op de bewijsvermoedens? Gelden de regels die bewijsvermoedens instellen als regels van materieel recht of als regels van procedureel recht, en wat betekent dat concreet voor hun temporele werking?

2° Gevolgen van de kwalificatie «materieel recht»

31. Volgens de rechtsleer die de bewijslastregeling kwalificeert als een zaak van materieel recht, worden de regels inzake de bewijslast beheerst door de wet die gold op het ogenblik van het ontstaan van de te bewijzen verbintenis.⁸⁹

Past men echter het hiervoor beschreven systeem toe, waarbij men kijkt naar het concrete rechtsfeit dat van belang is voor het intreden van het rechtsgevolg, dan komt men voor de verschillende vermoedens niet steeds tot dezelfde oplossing.

⁸⁷ Art. 9, eerste lid Richtlijn.

⁸⁸ Zie: K. WRIGHT, «The Ambit of Judicial Competence after the EU Antitrust Damages Directive», *Legal Issues of Economic Integration* 2016, 23.

⁸⁹ R. DE CORTE, o.c., RW 1970-71, 396.

Bij het onweerlegbare vermoeden betreffende de gebondenheid van de nationale rechter aan definitieve inbreukbeslissingen van de eigen nationale mededingingsautoriteit of beroepsinstantie is het tijdstip waarop de beslissing genomen is, het rechtsfeit waaraan het onweerlegbare vermoeden van de inbreuk op het mededingingsrecht is vastgeknoopt. De onmiddellijke werking van het vermoeden betekent dan dat het vermoeden geldt indien de inbreukbeslissing is genomen na de inwerkingtreding van de Omzettingwet op 22 juni 2017. Op grond van een richtlijnconforme interpretatie zal het vermoeden wellicht wel reeds als feitelijk vermoeden moeten worden toegepast wanneer de inbreukbeslissing is genomen in de periode tussen het verstrijken van de omzettingstermijn bepaald in de Richtlijn en de inwerkingtreding van de Omzettingwet.

Bij het weerlegbare vermoeden dat kartelinbreuken schade veroorzaken, is het kartel het determinerende rechtsfeit. Het vermoeden dat kartels schade veroorzaken, geldt dus wanneer het kartel plaatsvond na de inwerkingtreding van de Omzettingwet. Kartels zijn in principe wel voortdurende inbreuken met soms wisselende deelnemers die zich over een zekere periode uitstrekken. *Quid* indien «het kartel» zich uitstrekte tot de periode na de inwerkingtreding van de wet, maar de overeenkomsten waarbij de schadelijder een meerprijs betaalde uitsluitend vóór de inwerkingtreding van de Omzettingwet zijn gesloten? Wellicht zal het vermoeden vervat in de Omzettingwet in dat geval niet gelden ten aanzien van de betreffende schadelijder. Ook hier zal een richtlijnconforme interpretatie wellicht wel vereisen dat het vermoeden reeds als feitelijk vermoeden wordt toegepast wanneer de contracten met de betreffende schadelijder gesloten zijn in de periode tussen het verstrijken van de omzettingstermijn bepaald in de Richtlijn en de inwerkingtreding van de Omzettingwet.

Voor het weerlegbare vermoeden van *passing-on* is determinerend dat de indirecte afnemer aantoonbaar dat de verweerder een inbreuk op het mededingingsrecht heeft begaan, de inbreuk op het mededingingsrecht heeft geleid tot meerkosten voor de directe afnemer van de verweerder en de indirecte afnemer de goederen of diensten waarop de inbreuk op het mededingingsrecht betrekking had, heeft afgenomen dan wel goederen of diensten heeft afgenomen die daarvan zijn afgeleid of waarin deze zijn verwerkt. Het vermoeden zal derhalve gelden indien de indirecte verweerder deze elementen aantoonbaar na de inwerkingtreding van de Omzettingwet. Ook hier moet echter rekening worden gehouden met de verplichting tot richtlijnconforme interpretatie vanaf het verstrijken van de omzettingstermijn bepaald door de Richtlijn.

3° Gevolgen van de kwalificatie «procedureel recht»

32. Als men aanneemt dat de hiervoor vermelde bewijsvermoedens gelden als procedurele regels in de zin van de Richtlijn en de Omzettingwet, dan zullen de bewijsvermoedens conform art. 25 Omzettingwet niet

worden toegepast indien de rechtsvordering tot schadevergoeding is ingesteld vóór 26 december 2014.

Aangezien het onweerlegbare vermoeden betreffende het bestaan van een door een nationale autoriteit of beroepsinstantie vastgestelde inbreuk, op grond van de onmiddellijke werking van de wet slechts speelt indien de inbreukbeslissing is genomen na de inwerkingtreding van de wet, voegt art. 25 Omzettingwet hieraan geen bijkomende beperking toe. Ook ten aanzien van het vermoeden dat het kartel schade veroorzaakt, voegt art. 25 Omzettingwet wellicht geen bijkomende beperking toe, aangezien voor de toepassing van dit vermoeden hoe dan ook is vereist dat het kartel te situeren is (of doorliep) tot na de inwerkingtreding van de omzettingwet. Dat een schadevordering op grond van (een van de eerste afspraken van) zo'n kartel zou zijn ingesteld vóór 26 december 2014, is eerder onwaarschijnlijk. Ook als men de vermoedens als feitelijke vermoedens toepast na het verstrijken van de omzettingstermijn, voegt art. 25 Omzettingwet (enkele uitzonderingsgevallen niet te na gesproken) geen bijkomende beperking toe.

Voor de toepassing van het *passing-on* vermoeden kan een kwalificatie als procedureel recht wel een beperking inhouden. Het is immers denkbaar dat in een vóór 26 december 2014 ingestelde procedure op of na de dag van inwerkingtreding van de Omzettingwet (of, bij richtlijnconforme interpretatie op of na 27 december 2016) wordt aangetoond dat de vereisten voor de toepassing van het vermoeden vervuld zijn. Discussie is hier overigens mogelijk over het antwoord op de vraag wat precies wordt bedoeld met het instellen van de vordering. Gaat het om het instellen van de vordering in eerste aanleg of geldt ook het instellen van beroep als het instellen van een vordering zodanig dat het vermoeden van *passing-on* kan worden toegepast indien beroep is ingesteld op of na 26 december 2014, ook al werd de vordering in eerste aanleg voordien ingesteld. Een soortgelijke discussie werd gevoerd m.b.t. de woorden «hangende gedingen» in art. 3 Ger.W. Uiteindelijk werd de discussie beslecht door het Hof van Cassatie: met geding bedoelt met een aanleg.⁹⁰ Of deze redenering kan worden toegepast op de formulering gehanteerd door de omzettingwet, is echter niet zeker.

IV. Besluit

33. Er bestaat veel onduidelijkheid over de temporele toepassing van de nationale wetgeving die de Richtlijn implementeert. Het probleem wordt mede gecreëerd door het feit dat de richtlijn wat de temporele werking van de implementatiewetgeving betreft een onderscheid maakt tussen regels van procedureel recht en regels van materi-

⁹⁰ Cass. 10 februari 1972, *Arr.Cass.* 1972, 536, *Pas.* 1972, I, 532, conclusie advocaat-generaal P. MAHAUX; Cass. 27 oktober 1977, *Arr.Cass.* 1978, 266, *Pas.* 1978, I, 252; Cass. 15 december 1977, *Arr.Cass.* 1978, 470, *Pas.* 1978, I, 442; P. VANLERSBERGHE, «Artikel 3 Ger.W.» in *Commentaar Gerechtelijk Recht*, nr. 5.

eel recht, zonder aan te geven welke regels nu precies tot welke categorie behoren (*supra*, nr. 4).

34. De manier waarop de nationale wetgever is omgegaan met de problematiek van de temporele werking van de implementatiewet verschilt. De Franse wetgever koos ervoor om zelf aan te geven welke regels van procedurele aard zijn en een specifieke overgangsbepaling in te voeren voor de verjaringsregels. Een circulaire preciseert bovendien hoe het gemene overgangsrecht moet worden toegepast op de overige bepalingen van de omzettingwet (*supra*, nr. 15). Ook de Duitse wetgever koos voor een gedetailleerde overgangsregeling (*supra*, nr. 14). De Nederlandse wetgever geeft aan dat de verjaringsregels en het onweerlegbare vermoeden betreffende het bestaan van een door de nationale mededingingsautoriteit vastgestelde inbreuk als procedurele regels gelden (*supra*, nr. 13).

35. Een Portugese rechter stelde inmiddels een prejudiciële vraag aan het Hof van Justitie over de temporele werking van de richtlijnbevestigingen over de verjaring en het onweerlegbaar vermoeden betreffende het bestaan van een door een nationale mededingingsautoriteit in een definitieve beslissing vastgestelde inbreuk (*supra*, nr. 16). Deze vraag zal het Europese Hof wellicht dwingen om een standpunt in te nemen over de al dan niet autonome betekenis van het onderscheid tussen procedurele en materiele rechtelijke regels en de impact hiervan op de temporele toepassing van de Richtlijn en de implementatiewetgeving. Ook al zijn er elementen die wijzen op een autonome procesrechtelijke kwalificatie van de verjaringsregels en het onweerlegbare bewijsvermoeden (en met uitbreiding de weerlegbare bewijsvermoedens), toch lijkt het Hof nog over enige bewijsruimte te beschikken (*supra*, nrs. 9 en 12).

37. Een nader onderzoek toont echter aan dat de toepassing van de procesrechtelijke dan wel materiele rechtelijke regels van overgangsrecht op de regels inzake de verjaring en de bewijsvermoedens uit de Omzettingwet in België vaak tot soortgelijke resultaten zal leiden. Uit de combinatie van art. 45 Omzettingwet met art. 2 BW en art. 3 Ger.W. vloeit immers voort dat voor beide categorieën van regels de onmiddellijke werking het uitgangspunt is. Voor de regels van procedureel recht geldt echter de bijkomende beperking dat ze niet mogen worden toegepast indien de rechtsvordering tot schadevergoeding vóór 26 december 2014 bij een rechtscollege is ingesteld. Voor het bepalen van de temporele werking van een regel moet, alleszins naar Belgisch recht, goed worden nagegaan wat het rechtsfeit is waaraan die concrete regel een rechtsgevolg verbindt. Voor de regel betreffende het aanvangspunt van de verjaring zijn dit het intreden van de dag volgend op de dag waarop de inbreuk op het mededingingsrecht is stopgezet en waarop de eiser weet heeft of redelijkerwijs geacht kan worden te hebben van een aantal elementen. Valt deze dag na de inwerkingtreding van de Omzettingwet, dan zijn de nieuwe regels van toepassing. De bijkomende beperking voor regels van procedurele aard heeft hier praktisch gezien geen betekenis. Indien de vordering reeds vóór 26 december 2014 was ingesteld, was de verjaring op dat moment immers al gestuit (*supra*, nrs. 25-26).

38. De regels m.b.t. de stuiting van de verjaring door een onderzoek- of vervolgingsactie van een mededingingsautoriteit gelden indien die onderzoeks- of vervolgingsactie zich voordoet na de inwerkingtreding van de omzettingwet. Het is weinig waarschijnlijk dat m.b.t. de feiten waarop deze handeling betrekking heeft, reeds een vordering tot schadevergoeding is ingesteld vóór 26 december 2014, zodat het ook weinig waarschijnlijk is dat de bijkomende beperking van de temporele werking van de wet, voortvloeiende uit een procesrechtelijke kwalificatie van de bepaling inzake de stuiting, praktische gevolgen zal hebben (*supra*, nrs. 25-26). Aan de schorsing van de verjaringstermijn tijdens de duur van de minnelijke regeling van geschillen bestaat hoe dan ook geen behoefte indien de rechtsvordering tot schadevergoeding is ingesteld op of vóór 26 december 2014. Het vermoeden dat een kartelinbreuk schade veroorzaakt, speelt ook bij een materieelrechtelijke kwalificatie slechts indien de kartelinbreuk zich voordoet na de inwerkingtreding van de Omzettingwet. Het is onwaarschijnlijk dat er in 2014 al een rechtsvordering tot schadevergoeding voortvloeiend uit de eerste handelingen die deel uitmaken van deze kartelinbreuk is ingesteld. Een vergelijkbare redenering geldt t.a.v. het onweerlegbare vermoeden betreffende het bestaan van een door een nationale autoriteit of beroepsinstantie vastgestelde inbreuk. Op grond van de onmiddellijke werking van de wet speelt dit slechts indien de inbreukbeslissing is genomen na de inwerkingtreding van de wet. Het zal niet vaak voorkomen dat een vordering tot schadevergoeding met betrekking tot zo'n inbreuk al in 2014 is ingesteld (*supra*, nrs. 31-32).

39. Een procesrechtelijke kwalificatie van het vermoeden van *passing-on* zou voor de praktijk wel een betekenisvolle beperkende impact kunnen hebben. Dit vermoeden geldt immers wanneer een indirecte afnemer een aantal feiten aantoot (kort gezegd dat de verweerder een inbreuk op het mededingingsrecht heeft begaan die tot meerkosten heeft geleid bij een partij van wie de eiser goederen of diensten afneemt). Op grond van het beginsel van onmiddellijke werking geldt het vermoeden indien de indirecte afnemer deze elementen aantoot na de inwerkingtreding van de Omzettingwet. Hier is het wel denkbaar dat dit bewijs wordt geleverd op een moment na de inwerkingtreding van de Omzettingwet in een procedure die reeds vóór 26 december 2014 is ingesteld. Een procesrechtelijke kwalificatie staat in zo'n geval in de weg aan de toepassing van het vermoeden (*supra*, nr. 32).

40. Op het bovenstaande moeten nog twee *caveats* worden aangebracht. In de eerste plaats moet het Belgische recht reeds in de periode tussen het verstrijken van de omzettingstermijn van de Richtlijn en de inwerkingtreding van de Omzettingwet richtlijnconform worden geïnterpreteerd (*supra*, nrs. 23 en 31). Bovendien valt niet uit te sluiten dat het Hof van Justitie een autonome interpretatie geeft van de overgangsbepalingen van de Richtlijn die afwijkt van de bovenstaande analyse. De Belgische bepalingen moeten dan overeenkomstig die rechtspraak worden geïnterpreteerd.