

Mededingingsrecht

Doorwerking van EU mededingingsrecht op privaatrechtelijke verhoudingen

Wouter DEVROE
gewoon hoogleraar KU Leuven,
hoogleraar Competition Law Universiteit Maastricht en advocaat

Jules STUYCK
buitengewoon hoogleraar KU Leuven *

* Wouter DEVROE is gewoon hoogleraar KU Leuven, hoogleraar ‘Competition Law’ Universiteit Maastricht en advocaat. Hij was voorheen onder meer referendaris bij het Hof van Justitie en lid van de Raad voor de Mededinging.. Jules Stuyck is buitengewoon hoogleraar KU Leuven, buitengewoon hoogleraar R.U. Nijmegen, visiting professor ‘European Competition Law’ aan de Central European University (Boedapest), professeur invité Université Panthéon-Assas-Paris 2 en advocaat. Samen schreven de auteurs een preadvies over “De doorwerking in privaatrechtelijke verhoudingen van het primaire recht van de Europese Unie” voor de Vereniging voor de Vergelijkende Studie van het Recht van België en Nederland (VVS-RBN). Daaruit worden hier de (meeste) onderdelen over mededingingsrecht weergegeven.

I. Relevant recht van de Europese Unie

§1. Relevant Verdragsrecht

4. Het Verdrag over de werking van de Europese Unie (VWEU) bevat ontstellend weinig privaatrechtelijk relevante verdragsartikelen. Het belangrijkste is in de praktijk ongetwijfeld artikel 102, lid 2, VWEU: *“De krachtens dit artikel verboden overeenkomsten of besluiten zijn van rechtswege nietig.”* Aldus krijgen overeenkomsten of besluiten die het kartelverbod schenden zonder dat ze van een exceptie of groepsvrijstelling kunnen genieten, de zwaarst mogelijke civielrechtelijke sanctie opgelegd.

5. Privaatrechtelijk relevant is voorts art. 340 VWEU, waarvan het eerste lid de contractuele, en het tweede lid de buitencontractuele aansprakelijkheid van de Europese Unie (EU) regelt. Tenslotte lijkt ook art. 345 VWEU ons relevant: *“De verdragen laten de regeling van het eigendomsrecht in de lidstaten onverlet.”* Toegegeven, dit verdragsartikel bevat zelf geen privaatrecht; integendeel, het lijkt aan te geven dat de EU géén privaatrecht wenst te creëren om vooral niet het domein van het nationale eigendomsrecht te betreden. Relevant is o.i. echter de beperkende wijze waarop het Hof van Justitie dit artikel heeft geïnterpreteerd. Zo oordeelde het Hof dat intellectuele eigendom niet tot *“het eigendomsrecht in de lidstaten”* behoort,¹ en dat art. 345 VWEU de lidstaten misschien wel de principiële vrije keuze laat tussen publieke of private eigendom (en dus de keuze tussen privatisering of nationalisering, of nog de keuze om een systeem van onteigening ten algemenen nutte in te voeren) maar dat de wijze waarop de lidstaten gestalte geven aan die keuze niettemin conform moet zijn met EU recht, met name mededingings- en interne marktrecht. Aan *“het fundamentele ... non-discriminatiebeginsel”* kan art. 345 VWEU geen afbreuk doen.²

§2. Relevantie van rechtspraak over secundair EU recht en publiekrecht

6. Het onderscheid tussen impact van primair EU recht en impact van secundair EU recht op nationaal privaatrecht valt niet steeds even duidelijk te maken, in de mate dat alle secundair EU recht geacht wordt primair EU recht te implementeren en daarop ook gebaseerd moet zijn. Is conforme interpretatie bijvoorbeeld een zaak van impact van primair of secundair EU recht? In de mate dat geïnterpreteerd wordt in conformiteit met richtlijnen (‘richtlijnconforme interpretatie’), lijkt er sprake van impact van secundair recht maar het beginsel van Unietrouw uit art. 4, lid 3, van het Verdrag over de Europese Unie (VEU) dat aan de plicht tot conforme interpretatie ten gronde ligt, maakt primair recht uit.

¹ Vaste rechtspraak sinds HvJ 13 juli 1995, Spanje/Raad, C-350/92, *Jurispr.* 1995, p. I-1985.

² Vaste rechtspraak sinds HvJ 6 november 1984, Fearon/Irish Land Commission, 182/83, *Jurispr.* 1984, p. 3677, r.o. 7.

7. Zelfs wie de invloed bestudeert van primair EU recht op nationaal privaatrecht kan aldus het secundair EU recht niet volledig negeren. Evenzeer lijkt het ons nodig om bij de studie van invloed op privaatrecht soms ook aandacht te besteden aan publiekrechtelijke zaken en arresten.

Nemen we opnieuw het voorbeeld van conforme interpretatie. Het allicht belangrijkste Belgische arrest over conforme interpretatie tijdens de afgelopen jaren - met prejudiciële vraagstelling aan het Hof van Justitie, ofschoon die niet rechtstreeks over dit aspect handelde³ - was het arrest van het Brusselse Hof van Beroep van eind 2010 in de zaak *Spector*.⁴ Dit arrest behandelde onder meer de vraag of er een plicht dan wel een verbod bestaat om nationale wetgeving reeds te interpreteren in conformiteit met een richtlijn (*in casu* een richtlijn over marktmisbruik⁵) op een ogenblik dat die richtlijn nog niet moest zijn omgezet. Volgens het Hof van beroep is richtlijnconforme interpretatie in dat stadium zeker niet verplicht.⁶ Bij arrest van 14 december 2012 verwierp het Hof van Cassatie een voorziening tegen het arrest van het Hof van beroep.⁷

Ofschoon de vraag in *Spector* specifiek secundair EU recht betreft (en er hier derhalve niet verder op wordt ingegaan), lijkt het ter meting van de impact van EU recht op nationaal privaatrecht niettemin nuttig om een totaalzicht te hebben op de reikwijdte van de plicht tot conforme interpretatie: volgens vaste rechtspraak mag conforme interpretatie niet *contra legem* en mag er geen verzwaring van strafrechtelijke aansprakelijkheid uit volgen, maar wat voor afloop van een implementatietermijn en wat met verzwaring van niet-strafrechtelijke aansprakelijkheid? Het rechtsgeding in de zaak *Spector*, dat ons hierin inzicht verschaft, is echter puur publiekrechtelijk van aard (sancties opgelegd door een toezichthouder aan marktpartijen).

8. Een tweede voorbeeld van publiekrechtelijke zaken die niettemin rechtstreeks privaatrecht kunnen beïnvloeden, vormen strafzaken met burgerlijke partijstelling, met andere woorden strafzaken (publiekrecht) waarin meteen ook uitspraak wordt gedaan over aansprakelijkheid (privaatrecht). Wie de strafzaak negeert, mist het privaatrechtelijke aansprakelijkheidsaspect. Wederom levert recente Belgische rechtspraak een mooi voorbeeld, namelijk de zaak *Citibank*, die grote publieke belangstelling genoot. Citibank Belgium SA (Citibank) en bepaalde bestuurders en directeurs werden strafrechtelijk vervolgd en

³ HvJ 23 december 2009, *Spector Photo Group NV en Chris Van Raemdonck/Commissie voor het Bank-, Financie- en Assurantiewezen (CBFA)*, zaak C-45/08, *Jurispr.* 2009, p. I-12073.

⁴ Brussel 7 december 2010, *Spector Photo Group NV en Van Raemdonck Chris/Commissie voor het Bank-, Financie- en Assurantiewezen (CBFA)*, rolnummer 2006/SF/2 (Rep. nr. 2010/8393).

⁵ Richtlijn 2003/6/EG van het Europees Parlement en de Raad van 28 januari 2003 betreffende handel met voorwetenschap en marktmanipulatie (marktmisbruik), *Pb.* L 96/16, 12 april 2003.

⁶ Zie in die zin ook P. CRAIG en G. DE BÚRCA, *o.c.*, 291-292 met verwijzing naar HvJ 4 juli 2006, Konstantinos Adeneler e.a./Ellinikos Organismos Galaktos (ELOG), *Jurispr.* 2006, p. I-6057.

⁷ Arrest Nr. C.11.0546.N, Autoriteit voor financiële diensten (FSMA) tegen *Spector Photo Group nv en Chris van Raemdonck*, nog niet gepubliceerd.

in eerste aanleg veroordeeld – en schadevergoeding aan de burgerlijke partijen werd toegekend - voor de commercialisering van vermeend complexe financiële producten die na het faillissement van Lehman Brothers in de Verenigde Staten hun waarde hadden verloren. Eén van de gronden van vervolging en veroordeling was de vermeende schending van de wet van 16 juni 2006 op de openbare aanbidding van beleggingsinstrumenten en de toelating van beleggingsinstrumenten tot de verhandeling op een gereguleerde markt⁸, omdat Citibank promotie zou hebben gemaakt voor de geïmporteerde financiële producten zonder voorafgaandelijke goedkeuring door de Commissie voor het Bank-, Financier- en Assurantiewezen (CBFA). Citibank had voor de rechtbank betoogd dat de verplichting tot voorafgaandelijke goedkeuring strijdig is met EU recht⁹ en had de rechtbank verzocht hierover een prejudiciële vraag te stellen aan het Hof van Justitie. De rechtbank weigerde en veroordeelde op grond van de overweging dat het EU recht controle in het gastland, naast controle in het thuisland, niet uitsluit.¹⁰

9. Bij wijze van derde voorbeeld kan worden verwezen naar algemene beginselen van Unierecht. De wijze waarop het Hof van Justitie bijvoorbeeld invulling geeft aan het beginsel van procedurele autonomie van lidstaten¹¹ in publiekrechtelijke zaken is rechtstreeks relevant ter studie van de impact van (primair, ditmaal) EU recht op privaatrecht. Er gelden immers geen twee verschillende beginselen van procedurele autonomie in publiek- en privaatrechtelijke zaken. Een recent en relevant Belgisch arrest in dit verband, zoals *Spector* opnieuw gewezen door het Hof van beroep te Brussel en opnieuw met een prejudicieel arrest van het Hof van Justitie tot gevolg, is het arrest *VEBIC*¹². Bekeken vanuit een oogpunt van procedurele autonomie stond de vraag aan de orde of EU mededingingsrecht vereist dat in mededingingszaken wordt afgeweken van het principe van Belgisch procesrecht dat een rechter (zoals de

⁸ BS 21 juni 2006. Artikelen 60 en 69, 2°, 4°, 5° en 8° zouden geschonden zijn.

⁹ Ingeroepen werd “Prospectusrichtlijn” 2003/71/EG van het Europees Parlement en de Raad van 4 november 2003 betreffende het prospectus dat gepubliceerd moet worden wanneer effecten aan het publiek worden aangeboden of tot de handel worden toegelaten en tot wijziging van Richtlijn 2001/34/EG, Pb. L 345/64, 31 december 2003.

¹⁰ Vonnis van de rechtbank van eerste aanleg te Brussel van 1 december 2010

¹¹ “Volgens vaste rechtspraak van het Hof (zie met name de arresten van 16 december 1976, zaak 33/76, *Rewe*, *Jurispr.* 1976, blz. 1989, en 9 november 1983, zaak 199/82, *San Giorgio*, *Jurispr.* 1983, blz. 3595) is het, bij ontbreken van een desbetreffende gemeenschapsregeling, een aangelegenheid van de nationale rechtsorde van elke Lid-Staat om de procesregels te geven voor de rechtsovereenkomsten met het oog op de bescherming van de rechten welke de justitiabelen aan de rechtstreekse werking van het gemeenschapsrecht onttrekken, met dien verstande dat deze regels niet ongunstiger mogen zijn dan die voor soortgelijke nationale vorderingen en ook niet van dien aard, dat zij de uitoefening van door de communautaire rechtsorde verleende rechten praktisch onmogelijk maken.” Het citaat komt uit het arrest *Emmott* (HvJ 25 juli 1991, Theresa Emmott/Minister for Social Welfare en Attorney General, C-208/90, *Jurispr.* 1991, p. I-4269, r.o. 16) maar staat in gelijkaardige vorm in talrijke arresten.

¹² HvJ 7 december 2010, Vlaamse federatie van verenigingen van Brood- en Banketbakkers, Ijsbereiders en Chocoladebewerkeren (VEBIC) VZW, C-439/08, nog niet gepubliceerd in de *Jurisprudentie*.

Raad voor de Mededinging, die een administratief rechtscollege is) zijn/haar beslissing niet ter zitting toelicht voor een hoger rechtscollege. Het Hof van Justitie lijkt een salomonsoordeel te vellen: (i) nationaal recht moet een NCA het *recht* verlenen om als verwerende partij deel te nemen aan een procedure in rechte tegen haar beslissing, (ii) welk onderdeel van de NCA deelneemt, bepaalt dat nationaal recht overeenkomstig “*het beginsel van procedurele autonomie*” zelf – het hoeft dus geen rechtscollege te zijn, zodat de homogeniteit van het Belgisch recht gevrijwaard blijft – maar (iii) als de NCA stelselmatig niet verschijnt, “[wordt] het nuttig effect van de artikelen 101 VWEU en 102 VWEU echter in gevaar gebracht”, zonder dat wordt aangegeven welk rechtsgevolg dit zou hebben. Opvallend is dat het Hof “*het beginsel van procedurele autonomie*” noemt, ook in het *dictum*, en er een deel van zijn beslissing op baseert zonder evenwel te herhalen wat dit beginsel inhoudt.

10. We besluiten dat bij de studie van de invloed van primair EU recht op nationaal privaatrecht, het secundaire EU recht en ‘publiekrechtelijke’ arresten niet volledig buiten beschouwing kunnen blijven. Dit gezegd zijnde, spitsen we ons in wat volgt toe op de invloed van primair mededingingsrecht in privaatrechtelijke zaken. We gaan hier derhalve niet verder in op vragen van doorwerking van EU recht die specifiek secundair EU recht betreffen (behalve het reeds vermelde vraagstuk van richtlijnconforme interpretatie wint o.i. vooral de vraag naar het minimum of maximum harmoniserend karakter van richtlijnen aan belang; die vraag stond aan de orde in de hierboven vermelde *Spector* en *Citibank* zaken¹³, in arresten over productaansprakelijkheid¹⁴ en in andere arresten over consumentenrecht).

II. Doorwerking in kartelrecht

11. Wie bepalingen schendt van kartelrecht (artt. 101-102 VWEU en de tegenhangers daarvan in het nationale recht) loopt drie risico’s: nietigheid van de overeenkomst (*infra*, §1), beboeting (publiekrechtelijke afdwinging - publiekrecht dat hier niet ter sprake komt), en een schadevergoedingsactie (private afdwinging van mededingingsrecht *infra*, §2).

13 Zie p. 175-176 van het aangehaalde vonnis in *Citibank* evenals de eerste door het Hof van Beroep te Brussel gestelde prejudiciële vraag in *Spector*: “*Vormen de voorschriften uit [Richtlijn 2003/6], inzonderheid ook artikel 2 ervan, een volledige harmonisering, met uitzondering [van] de bepalingen die aan de lidstaten expliciet een vrije invulling van de maatregelen laten, of betreffen ze in hun geheel een minimumharmonisering?*” Het Hof van Justitie ging in het hierboven geciteerde arrest 23 december 2009 op deze vraag niet in.

14 *Supra* randnr. 6.

§1. Nietigheid van met het kartelrecht strijdige overeenkomsten

A. Europeesrechtelijke aard van de nietigheidssanctie. Verschil met wat in België gebruikelijk is¹⁵

12. Toepassing van het mededingingsrecht kan een einde stellen aan overeenkomsten, nu art. 101 lid 2 VWEU bepaalt dat een overeenkomst of een onderling afgestemde feitelijke gedraging die strijdig is met het eerste lid van dat artikel en die niet vrijgesteld kan worden op grond van art. 101 lid 3 of een verordening uitgevaardigd op grond daarvan (zoals een groepsvrijstelling) “*van rechtswege nietig*” is.

Wat juist wordt bedoeld met de uitdrukking “*van rechtswege nietig*” (in de Engelstalige tekst “*automatically void*”) is niet meteen duidelijk. Het Verdrag bevat immers geen verdere precisering¹⁶.

13. Uit een lezing en vergelijking van de verschillende versies van het (toen nog) EG-Verdrag besluiten Cornelis en Gilliams dat het hier gaat om een nietigheid die in beginsel geen rechterlijke beslissing behoeft (zie ook art. 1, eerste en tweede lid Vo. 1/2003)¹⁷. Het gaat om een soort automatische nietigheid, “*une nullité de plein droit, en ce sens que l'intervention du juge ne serait pas nécessaire pour obtenir l'annulation de l'accord incompatible avec le marché commun*”¹⁸.

Dit kan vreemd lijken wanneer men redeneert vanuit het Belgische civiele (proces-)recht, waarin het ter wille van de rechtszekerheid steeds vereist is dat een rechter uitspraak doet over de vraag of de noodzakelijke voorwaarden om tot nietigheid te besluiten voldaan zijn en desgevallend de nietigheid vaststelt. Naar Belgisch recht werkt de nietigheid met andere woorden in beginsel niet ‘van rechtswege’¹⁹.

In het geval van art. 101 lid 2 VWEU gaat het evenwel om een nietigheid *sui generis* die zich voordoet los van enige rechterlijke uitspraak. De restrictieve

¹⁵ Randnrs. 20-23 van dit preadvies vormen een slechts miniem gewijzigde overname uit S. DE DIER en W. DEVROE, *o.c.*, p. 513-515.

¹⁶ F. HUBEAU, “La nullité, au sens de l'article 85, §2 du Traité CEE, des accords et décisions incompatibles avec le Marché commun”, in *Liber Amicorum Josse Mertens de Wilmars*, Antwerpen, Kluwer, 1982, p. 101.

¹⁷ L. CORNELIS en H. GILLIAMS, “Private parties' entitlement to damages on account of infringements of the competition rules: Belgian law as an example of the ‘civil law’ approach”, in J. STUYCK en H. GILLIAMS (eds.), *Modernisation of European competition law*, Antwerpen, Intersentia, 2002, p. 160.

¹⁸ F. HUBEAU, *o.c.*, p. 103.

¹⁹ C. RENARD en E. VIEUJEAN, “Nullité, inexistence et annulabilité en droit civil belge”, *Ann.fac.dr.Lg.* 1962, p. 263; L. DE GRUYSE, “De nietigheid in het algemeen overeenkomstenrecht”, in M. RIGAUX (ed.), *Actuele problemen van het arbeidsrecht*, Antwerpen, Kluwer, 1987, p. 306-307. Zie ook: F. HUBEAU, *o.c.*, p. 103, die aldus besluit dat de nietigheid van rechtswege als dusdanig in het Belgische recht niet bestaat. Vgl. art. 1117 B.W.

afpraak is, ook zonder tussenkomst van de rechter, *ab initio* onbestaand²⁰. Dat wil echter niet zeggen dat de rechter geen rol meer te spelen heeft. Indien de partijen bij de restrictieve overeenkomst het niet eens zijn over de al dan niet toepasselijkheid van het betrokken verbod, leggen zij hun dispuut voor aan de rechter, die in voorkomend geval de nietigheid op declaratieve wijze vaststelt²¹.

14. Het automatisch karakter van de nietigheid brengt ook mee dat de rechter die tot de bevinding komt dat een overeenkomst of een gedraging strijdig is met art. 101 lid 1 VWEU, de nietigheid (desnoods ambtshalve) zal moeten uitspreken, zonder dat hij hierbij rekening kan houden met de bedoeling van de partijen om al dan niet een restrictieve overeenkomst te sluiten²². Het gaat dus om een verplichte nietigheid²³.

15. Bovendien kan de nietigheid op elk moment (in elke stand van het geding) en door elke belanghebbende worden opgeworpen. Zo kunnen bv. de uitgesloten ondernemingen bij selectieve of exclusieve distributie de nietigheid opwerpen. Het betreft dus een absolute nietigheid, nu het mededingingsrecht volgens het Hof van Justitie een hoeksteen uitmaakt van de communautaire rechtsorde (zie ook art. 3, eerste lid, g) EG-Verdrag)²⁴. Het Hof heeft dit bevestigd²⁵.

B. Toepassing in België

16. Elders zijn we op de gevolgen van de nietigheid naar Belgisch recht uitvoerig ingegaan,²⁶ hierna geven we de hoofdpunten weer met toepassingen.

17. In België is er heel wat rechtspraak over de nietigheids sanctie van artikel 101 lid 2 VWEU. Men zal zich trouwens herinneren dat het Hof van Justitie zijn eerste arresten over deze sanctie wees in antwoord op prejudiciële vragen gerezen in betwistingen voor een Belgische rechter (de rechtbank van koop-handel te Luik) over een brouwerijcontract²⁷.

20 J. STUYCK verwijst in dit geval naar de Duitse “*Nichtigkeit*”, wat wordt opgevat als ‘inexistentie’: J. STUYCK, “Civielrechtelijke gevolgen naar Belgisch recht van inbreuken op de kartelbepalingen van het E.E.G.-Verdrag”, in *Liber Amicorum Jan Ronse*, Brussel, Story-Scientia, 1986, nr. 19, p. 727.

21 *Ibid.*

22 H. GILLIAMS en L. CORNELIS, “Private enforcement of the competition rules in Belgium”, *TBM* 2007, nr. 10, p. 14; F. HUBEAU, *o.c.*, p. 107. Zie ook HvJ 20 september 2001, Courage Ltd./Bernard Crehan, *supra* voetnoot 27, r.o. 22.

23 L. DE GRUYSE, *l.c.*, p. 308.

24 HvJ 12 september 2000, Pavlov *e.a.*, 180/98, *Jurispr.* 2000, p. I-6451; HvJ 1 juni 1999, *Eco Swiss China Time*, 126/97, *Jurispr.* 1999, p. 3035.

25 HvJ 20 september 2001, Courage Ltd./Bernard Crehan, *supra* voetnoot 27, r.o. 22; HvJ 25 november 1971, *Béguelin*, 22/71, *Jurispr.* 1971, p. 962, r.o. 29.

26 S. DE DIER en W. DEVROE, *o.c.*, p. 515-526 (“Gevolgen van de nietigheid naar nationaal verbintenissenrecht”).

27 HvJ 12 december 1967, Brasserie Haacht/Wilquin en Janssen (Haacht I), 23/67, *Jurispr.* 1967, p. 525; HvJ 6 februari 1973, Brasserie Haacht/Wilquin en Janssen (Haacht II), 48/72, *Jurispr.* 1973, p. 77.

18. Ook naar Belgische recht heeft de nietigheid terugwerkende kracht²⁸ en betreft het een "absolute nietigheid", wat inhoudt dat ze kan worden ingeroepen door elke belanghebbende partij en ook ambtshalve door de rechter. In België wordt voorts aangenomen dat deze nietigheid van openbare orde is²⁹. Absolute nietigheid en openbare orde gaan in België hand in hand. Uit het openbare ordekarakter van deze nietigheids sanctie vloeit ondermeer voort dat het adagium "*nemo auditur suam turpitudinem allegans*" een partij niet verhindert zich te beroepen op een inbreuk waarvoor zij persoonlijk aansprakelijk kan worden gesteld, teneinde een nietigverklaring van de overeenkomst te verkrijgen³⁰. Anderzijds kan een partij niet de uitvoering vragen van een contractuele verbintenis wanneer die verbintenis strijdig is met de mededingingsregels, zelfs indien die verbintenis door de andere partij met kennis van zaken is aanvaard.

19. In de literatuur wordt verdedigd dat een overeenkomst die nietig is ingevolge artikel 101, lid 2, VWEU niet in aanmerking komt voor conversie³¹.

Het Hof van beroep te Antwerpen besliste dat de Belgische rechter niet over de matigingsbevoegdheid beschikt om de nietigheid te herleiden³².

20. Volgens vaststaande rechtspraak van het Hof van Justitie strekt de nietigheid zich alleen uit tot de onderdelen van de overeenkomst, die ingevolge artikel 101, lid 2, verboden zijn. De gehele overeenkomst is slechts nietig, wanneer die onderdelen niet van de overeenkomst zelf kunnen worden losgemaakt³³. Ook deze rechtspraak is bevestigd door Belgische rechtbanken³⁴.

21. In het licht van vaststaande rechtspraak van het Hof van Justitie³⁵ is het onbestreden dat de gevolgen van de nietigheid van een afspraak met inbegrip van de weerslag daarvan op latere overeenkomsten of rechtshandelingen die in het kader van deze afspraak gesloten werden, volgens het toepasselijk nationaal recht moeten worden bepaald³⁶.

28 Arrest Haacht II, *supra* vorige voetnoot, r.o. 37. Zo ook Brussel 28 september 2004, *Jb.Hand.Med.* 2004, p. 925.

29 W. VAN GERVEN, L. GYSELEN, M. MARESCAU, J. STUYCK, J. STEENBERGEN, *Belginselen van Belgisch Privaatrecht, XIII: Handels- en economisch recht, deel II. Mededingingsrecht B kartelrecht*, Antwerpen, Story-Scientia, 1996, p. 171; H. GILLIAMS en L. CORNELIS, "Private enforcement of the competition rules in Belgium", *TBM* 2007, p. 13.

30 Zie W. VAN GERVEN e.a., *o.c.*, p. 171.

31 H. GILLIAMS en L. CORNELIS, *o.c.*, p. 14; cfr. A. HARTKAMP, Nederlands preadvies en de daar geciteerde rechtspraak.

32 Antwerpen 25 mei 2009, *Jb.Hand.Med.* 2009, p. 998.

33 HvJ 30 juni 1966, Société Technique minière, 56/65, *Jurispr.* 1966, p. 392; HvJ 28 februari 1991, Delimitis, C-234/89, *Jurispr.*, p. I-977, r.o. 40.

34 Brussel 23 november 1995, *Jb.Hand.Med.* 1995, p. 645; Brussel 28 juni 1995, *Jb.Hand.Med.* 1995, p. 576; Brussel 23 januari 2007, *TBM* 2007, p. 103.

35 Zie o.m. de arresten Haacht I en Haacht II hierboven geciteerd.

36 Zie ook W. VAN GERVEN e.a., *o.c.*, p. 170.

22. Nietigheid veronderstelt *restitutio in integrum*. Overeenkomsten tussen partijen, zoals koopovereenkomsten, die op grond van een nietige kartelafpraak reeds werden uitgevoerd, zullen echter moeilijk ongedaan kunnen worden gemaakt. In dat geval zal de *status quo ante* moeten worden bereikt bij wege van equivalent³⁷. Hierover is ons evenwel geen rechtspraak bekend.

23. De geldigheid van een overeenkomst tussen één partij bij een met artikel 101 lid 1 VWEU strijdige overeenkomst en een derde zal in principe niet door de nietigheid van art. 101 lid 2 VWEU worden aangetast. Mogelijk leidt de nietigheid van een contract of een beding daarin wegens strijdigheid met artikel 101 VWEU toch tot nietigheid van vervolgovereenkomsten die op grond van dit nietig contract of beding (maar niet tussen dezelfde partijen) werden gesloten wegens ongeoorloofde oorzaak (art. 1108 B.W.).

Of voor een dergelijke overeenkomst een wilsgebrek kan worden ingeroepen, zal afhangen van de aard het gebrek. Bij dwaling moet het gaan om een dwaling over het voorwerp van de verbintenis, bijvoorbeeld de prijs wanneer degene die de dwaling inroept de afnemer is van een product waarvan de prijs in strijd met de mededingingsregels werd vastgesteld.

Het Hof van Beroep te Gent³⁸ oordeelde dat de klant van een interieurarchitect verschoonbaar gedwaald had over het ereloon dat voortvloeide uit een met het kartelverbod strijdige “deontologische norm”, een schaal van erelonen die door de vereniging van interieurarchitecten was vastgelegd en die deel uitmaakte van het door de interieurarchitect gehanteerd modelcontract.³⁹ De klant gaf volgens het Hof van Beroep zijn toestemming onder een verkeerde voorstelling van zaken. Hij beseftte namelijk niet dat de gehanteerde schaal van erelonen in strijd was met de mededingingswet. Over de gevolgen hiervan is het arrest minder duidelijk. Verschoonbare dwaling over “de zelfstandigheid van de zaak die het voorwerp van de overeenkomst vormt” leidt tot relatieve nietigheid op verzoek van de debiteur van die verbintenis (art. 1110 B.W.). De klant van de interieurarchitect had niet gedwaald over de zelfstandigheid van de zaak, met name de prestatie van de interieurarchitect. Het Hof verbindt aan de dwaling dan ook niet de nietigheid, maar acht, in een weinig gemotiveerd arrest, het overeengekomen ereloon blijkbaar niet afdwingbaar. Merkwaardigerwijs bepaalt het Hof zelf het ereloon.

Het is niet zonder meer evident dat, wanneer ondernemingen die zelf geen partij zijn bij een inbreuk op het kartelverbod een prijs overeenkomen die wordt afgeleid uit een schaal die deel uitmaakt van een besluit van een met het kartelverbod strijdig besluit van een ondernemingsvereniging, de prijs zelf nietig zouden horen verklaren wegens strijdigheid met het kartelverbod. Op het eer-

³⁷ Zie ook H. GILLIAMS en L. CORNELIS, *o.c.*, p. 15.

³⁸ Gent 15 februari 2008, *Jb.Hand.Med.* 2008, p. 814.

³⁹ Beschikking 2005/8/EG van de Commissie van 24 juni 2004 in zaak COMP/A.38549 — Belgische Orde van Architecten - Beschikking tot toepassing van artikel 81, met oplegging van een boet (samenvatting *Pb.* L 4/10, 6 januari 2005; volledige tekstversie http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/38549/38549_74_1.pdf).

ste gezicht zou men denken dat de klant van de interieurarchitect in een dergelijk geval een vordering tot schadevergoeding zou hebben op de ondernemingsvereniging die in strijd met het kartelverbod de schaal had vastgesteld. Daarbij zou de klant moeten kunnen aantonen dat de interieurarchitect bij afwezigheid van een dergelijke schaal, een lager ereloon zou hebben gevraagd. In bevestigend geval zal zijn schade gelijk zijn aan het verschil tussen het aangerekend ereloon en het ereloon dat de architect zonder die schaal zou hebben gevraagd. Het besluit van de ondernemingsvereniging zou immers de onrechtmatige daad zijn die de schade heeft veroorzaakt (aangenomen dat de architect aan dat besluit gebonden was of in de overtuiging leefde dat hij daaraan gebonden was). Bij een schadeclaim van de klant tegen de vereniging zou wel de vraag rijzen of er tijdens de interieurarchitect geen verrijking zonder oorzaak heeft plaatsgevonden.

24. Het Hof van beroep te Brussel⁴⁰ oordeelde dat de nietigheid van art. 101 lid 2 VWEU dient te worden beoordeeld op het moment waarop een geschil omtrent een zaak rijst en aan de rechter wordt voorgelegd. Indien de nietigheid zou worden beoordeeld op enig vroeger moment dan zou dat een partij in staat stellen de nietigheid van de overeenkomst op te werpen om te ontsnappen aan een contractuele verplichting die zij gedurende een bepaalde tijd vrijwillig en zonder voorbehoud heeft uitgevoerd. Dit arrest dient goed te worden begrepen, in het licht van de specifieke omstandigheden van de zaak: op het moment waarop de partij (een caféhouder) tegen de wederpartij (een brouwerij) de nietigheid van een exclusief afnamebeding uit een in 1987 gesloten bierleveringscontract inriep, was groepsvrijstellingsverordening 2790/1999 in werking getreden⁴¹, die het afnamebeding vrijstelde. De uitspraak lijkt redelijk maar nu het Hof van Beroep geen prejudiciële vraag heeft voorgelegd aan het Hof van Justitie is het niet zeker of ze ook juist is.

25. Bij misbruik van machtspositie in strijd met art. 102 VWEU legt het Verdrag geen nietigheidssanctie op. Deze aangelegenheid wordt derhalve volledig aan het nationale recht overgelaten. Voor nietigheid komt uiteraard alleen in aanmerking het misbruik van machtspositie dat de vorm aanneemt van ofwel een contractuele afspraak ofwel een besluit van een ondernemingsvereniging.

⁴⁰ Brussel 23 juni 2005, *Jb.Hand.Med.* 2005, p. 761 e.v., noot Y. MONTANGIE, “Prejudiciële vragen in de WBEM en de draagwijdte van de nietigheidssanctie van het Europese kartelverbod”.

⁴¹ Verordening (EG) nr. 2790/1999 van de Commissie van 22 december 1999 betreffende de toepassing van artikel 81, lid 3, van het Verdrag op groepen verticale overeenkomsten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen, *Pb.* L 336/21, 29 december 1999. Deze verordening trad in werking vanaf 1 januari 2000 en werd van toepassing vanaf 1 juni 2000. Ondertussen is de verordening alweer vervangen, door Verordening (EU) nr. 330/2010 van de Commissie van 20 april 2011 betreffende de toepassing van artikel 101, lid 3, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie op groepen verticale overeenkomsten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen, *Pb.* L 102/1, 23 april 2010.

C. Het fenomeen “ik dacht dat ik een contract met u had”

26. Opgang lijkt het fenomeen te maken dat wij “ik dacht dat ik een contract met u had” noemen en dat hierin bestaat dat een contractpartij, hetzij uit oprechte bekommernis om naleving van EU recht hetzij om minder nobele motieven, nietigheid wegens schending van art. 101 lid 1 VWEU inroept om aan contractuele verplichtingen een einde te stellen (te ontsnappen?). Het past om dit fenomeen op precies dit punt te signaleren, aangezien de zonet besproken nietigheid wordt ingeroepen in een actie die als “private afdwinging van mededingingsrecht” (*infra*, §2) zou kunnen gelden, ware het niet dat die terminologie tegenwoordig wordt gereserveerd voor schadevergoedingsacties.

27. Het inroepen in contractuele geschillen van EU recht, sterk omwille van de primauteit ervan, is ongetwijfeld niet nieuw maar met de groeiende kennis van het mededingingsrecht in het algemeen en de nietigheidssanctie van art. 101 lid 2 VWEU in het bijzonder, kan een groei gepaard gaan van het aantal toepassingsgevallen.

De beste illustratie vormt uiteraard de zaak *Courage/Crehan* zelf. Men kan zich de verbijstering voorstellen van de brouwerij die, in de overtuiging dat ze met een eenvoudige invorderingsactie te maken heeft, nietigheid van de bierleveringsovereenkomst tegengeworpen krijgt (mét schadevergoedingsactie, zie 5.3 hierna, en met het risico te worden aangemerkt als sterkere contractpartij die niet mag ageren terwijl de ‘zwakkere’ tegenpartij dat wel mag).

In België is wellicht het best een zaak bekend waarbij de Profliga van het Belgische voetbal, agerend als vertegenwoordiger van de voetbalclubs, uitzendrechten voor voetbal in eerste klasse verkocht. In mei 2004 besloot de Profliga dat het omwille van het mededingingsrecht niet mogelijk was om een contractclausule na te leven die haar ertoe verplichtte om na afloop van een contract over exclusieve toewijzing van de uitzendrechten aan één onderneming (*Canal+ Belgique SA*), eerst exclusief met die onderneming te onderhandelen over een hernieuwing van de overeenkomst. De Profliga besloot, onder verwijzing naar het mededingingsrecht, om in de plaats daarvan de uitzendrechten in verschillende loten te veilen.⁴² Dit leidde op zijn beurt tot mededingingsrechtelijke betwistingen⁴³ maar bleek voor de Profliga en de voetbalclubs financieel erg interessant.

We kennen minstens twee gelijkaardige gevallen in België maar we vermoeden dat er beduidend meer zijn. Eén geval betreft een onderneming die ooit over

⁴² Zie Beslissing nr. 2005-I/O-40 van de Raad voor de Mededinging van 29 juli 2005 in zaken MEDE-I/O-05/0025 en MEDE-P/K-05/0036: De verkoop door de Liga Beroepsvoetbal (LBV) van de uitzendrechten voor wedstrijden van de nationale voetbalcompetitie voor de seizoenen 2005-2006, 2006-2007 en 2007-2008 van 29 juli 2005, *Driemaandelijks tijdschrift van Rechtspraak*, nr. 2005/03, 28-48 (economie.fgov.be/nl/binaries/jurisprudence_2005_03_tcm325-28811.pdf).

⁴³ Bij arrest van 28 juni 2006 (A.R. 2005/MR/2 en 2005/MR/5) bevestigde het Hof van Beroep te Brussel de beslissing van de Raad voor de Mededinging. Zie *TBM* 2007, p. 63-72.

een distributiemonopolie beschikte en die, ongetwijfeld met de overtuigingskracht die van dat monopolie uitging, langdurige overeenkomsten heeft gesloten met producenten die, nu het monopolie is opgeheven, elders veel betere voorwaarden kunnen bekomen. Het andere situeert zich in de financiële sector.

§2. *Private afdwinging van mededingingsrecht: aansprakelijkheid wegens schending van het kartelrecht*

28. Een potentieel veel grotere invloed op nationaal privaatrecht dan de loutere nietigheidssanctie van artikel 101 lid 2 VWEU heeft de zogenaamde “private afdwinging” van mededingingsrecht.

A. Concept

29. Publieke afdwinging (*public enforcement*) van mededingingsrecht gaat uit van (a) publieke autoriteiten, die (b) op EU of nationaal niveau, (c) beslissingen uitvaardigen die (d) in het algemeen belang (e) bevelen om mededingingsbeperkend gedrag te stoppen of dit gedrag beboeten (incl. immuniteit of vermindering verlenen, verbintenissen aanvaarden, schikkingen overeenkomen). Beboeting door de Commissie of door nationale mededingingsautoriteiten (*national competition authorities* of NCAs) vormt de best gekende vorm van publieke afdwinging van mededingingsrecht. Het afschrikwekkend effect ervan is de afgelopen jaren sterk toegenomen. Toch komt een minstens even grote dreiging voor marktoperatoren – of, afhankelijk van het perspectief, een even grote zegen voor benadeelde partijen – nu dus uit andere hoek, die van de private afdwinging.

Private afdwinging (*private enforcement*) gaat uit van (a') particulieren (natuurlijke of rechtspersonen) die (b') via de nationale rechtscolleges (c') vonnissen en arresten afdwingen waarbij (d') ter bescherming van hun private belangen (e') schadevergoeding wordt toegekend. De in België sterk ontwikkelde praktijk van vorderingen tot staken én het hierboven beschreven fenomeen “ik dacht dat ik met u een contract had” zouden eveneens als vormen van private afdwinging kunnen worden beschouwd maar in het algemeen geldt nu dat wanneer naar “private afdwinging van mededingingsrecht” wordt verwezen, daar een aspect van vordering van schadevergoeding aan is verbonden. Het is ook met die inhoud dat we de term hierna hanteren.

30. Uit bovenstaande omschrijving blijkt complementariteit en verschil. De Commissie en de NCAs kunnen beboeten maar kunnen geen schadevergoeding toekennen. Een nationale rechter in burgerlijke zaken kan schadevergoeding toekennen maar niet beboeten. Niet slechts qua partijen en qua beoogd resultaat maar ook qua bewijsvoering verschillen beide vormen van afdwinging grondig. Een verschil tenslotte dat te vaak over het hoofd wordt gezien betreft de beschermde belangen: terwijl een NCA of de Commissie optreedt in het algemeen belang, weegt de nationale burgerlijke rechter private belangen tegen elkaar af. Het gebeurt nog te vaak dat gedingpartijen op een bepaald ogenblik besluiten om een schikking uit te werken waarvan de belofte deel uitmaakt om alle hangende procedures te stoppen, zonder te beseffen dat een procedure voor

een NCA of de Commissie niet kan worden beëindigd op eenvoudige aanvraag van de betrokken partijen. Een NCA of de Commissie beslist enkel in het algemeen belang tot seponering of voortzetting van een begonnen procedure.

31. Wat private afdwinging betreft, onderscheidt men best duidelijk tussen enerzijds de *plannen* van de Commissie over een mogelijke harmonisering van geldend nationaal recht, die dus nog niet tot geldend recht hebben geleid, en anderzijds de bestaande rechtspraktijk, waarin ook zonder EU recht, steeds meer schadevergoedingsacties worden ingesteld voor nationale rechtbanken. De Europese initiatieven beogen elementen van nationaal aansprakelijkheids- en procedurerecht te harmoniseren om schadevergoedingsacties makkelijker en meer eenvormig te maken binnen de EU. Zonder zulke harmonisatie kunnen schadevergoedingsacties echter even goed doorgang vinden, maar dan op grond van niet geharmoniseerd nationaal aansprakelijkheids- en procedurerecht.

B. Private afdwinging naar geldend recht

32. Private schadevergoedingsacties kunnen van het *follow-on* type zijn, wat betekent dat de vordering wordt ingesteld in opvolging van een (boete-)beslissing tot publieke afdwinging. De eisers zullen dan argumenteren dat de onrechtmatige daad bewezen is door de eerdere veroordeling van de verweerders of door de erkenning door de verweerders van een schending van de mededingingsregels in het kader van de clementieregeling of de nieuwe schikkingregeling.

Inclusief een vernietigingsberoep voor het Gerecht en een mogelijk beroep tegen de uitspraak daarvan bij het Hof van Justitie kunnen procedures over publieke afdwinging op Europees niveau vele jaren in beslag nemen. Op nationaal niveau ligt dat niet anders. Uiteraard hoeven eisers in schadevergoedingsacties op de uitkomst van deze procedures niet te wachten en kunnen ze hun schadevergoedingsactie ook onafhankelijk van de publieke afdwinging instellen (*stand alone* actie). De bewijslast wordt dan wel zwaarder.

33. In Europa, dat tot dusver niet dezelfde *claims culture* kende als de Verenigde Staten, zijn de eerste gespecialiseerde advieskantoren ondertussen opgericht en neemt het aantal schadevorderingsacties wegens schending van mededingingsrecht toe. Er blijkt een zekere *forum shopping* mogelijk en vooral in het Verenigd Koninkrijk is dit soort schadevergoedingsacties spectaculair gestegen - wat overigens niet steeds zichtbaar is in de rechtspraak aangezien de meeste acties met een schikking buiten de rechtbank eindigen.

34. In België zijn verschillende zaken hangende maar van een stormloop is nog geen sprake. Het aantal zaken geeft echter slechts een deel weer van de realiteit van private afdwinging. Feit is, dat het risico op private afdwinging ondertussen dermate groot is en band tussen publieke en private afdwinging dermate nauw, dat niemand nog beslissingen kan nemen over publieke afdwinging (zo bijvoorbeeld bij het voeren van verweer tegen kartelboetes of bij het beslissen over een mogelijke aanvraag tot clementie) zonder bij die beslissingen reke-

ning te houden met de mogelijke gevolgen op het gebied van private afdwinging. Zo leert de ervaring in het Verenigd Koninkrijk dat de aanvragers van clementie de eersten zijn die met een schadevergoedingsactie worden geconfronteerd omdat het bewijs van de inbreuk (en de fout) zoveel evidentier is. Het nieuwe systeem van 'schikkingen' houdt eveneens een erkenning in van een inbreuk, en zou dus hetzelfde onverwachte gevolg kunnen opleveren: wie gemoedsrust beoogt via een clementieaanvraag of schikking, wordt integendeel het eerste "slachtoffer" van private afdwinging. Immunititeit of boetevermindering voor wie 'clementie' aanvraagt, biedt geen bescherming tegen private schadevergoedingsacties.

De ervaring in het Verenigd Koninkrijk leert dat ook het soort beroep dat tegen een boete wordt ingesteld, een private schadevergoedingsactie kan bespoedigen of vertragen. Engelse rechters oordeelden dat beroepen die enkel tegen de hoogte van de boete zijn gericht en geen of geen uitgewerkt verweer ten gronde voeren, private schadevergoedingsacties niet tegenhouden. De (beperkte, restrictief toegepaste) mogelijkheid voor ondernemingen om bij de Commissie of een NCA een reductie te bepleiten van een kartelboete die het voortbestaan van de onderneming in het gedrang zou brengen, geldt uiteraard evenmin voor schadevergoedingen die de onderneming eventueel in combinatie met de boetes zou moeten betalen. Dit zijn allemaal elementen die derhalve in het strategisch beslissingsproces over *publieke* afdwinging moeten worden meegenomen.

35. Elders hebben we de belangrijkste juridische vraagstukken naar Belgisch recht toegelicht. Het betreft de vraag naar fout (inbreuk op een specifieke rechtsnorm versus algemene zorgvuldigheidsnorm), schade (volledige vergoeding van zekere schade, vormen van schade bij schending van mededingingsregels, problematiek van het *passing-on* verweer), oorzakelijk verband (equivalentieel), persoonlijk belang en collectieve vorderingen, en bewijs van de inbreuk en toegang tot het bewijsmateriaal.⁴⁴

36. Wat het eerste element betreft, kan een onrechtmatig handelen naar Belgisch recht bestaan in de schending van een specifieke rechtsnorm (dat is een norm van nationaal recht of van een internationaal verdrag met rechtstreekse werking in de interne rechtsorde, waarbij een persoon verplicht is niets te doen of op een bepaalde manier wel iets te doen) of een inbreuk op de rechtens opgelegde zorgvuldigheidsnorm die een normaal, zorgvuldig en omzichtig persoon in de samenleving moet in acht nemen. Belangrijk verschil tussen beide vormen van onrechtmatig handelen is dat de schending van een specifieke rechtsnorm op zichzelf onrechtmatig is (behoudens onoverkomelijke dwaling of een andere rechtvaardigingsgrond zoals *force majeure*, zelfverdediging of noodtoestand⁴⁵) zonder dat moet worden nagegaan of de inbreukmaker uit onvoorzichtigheid, nalatigheid of zorgeloosheid heeft gehandeld, en evenmin of hij de schade als gevolg van de overtreding van de rechtsnorm diende te voor-

⁴⁴ T. SCHOORS, T. BAEYENS en W. DEVROE, "Schadevergoedingsacties na kartelinbreuken", *NJW* 2011, p. 198-213.

⁴⁵ Cass. 16 september 2005 (C.04.0276.F.), *Pas.* 2005, p. 1663-1669.

zien. In dergelijk geval van schending van een specifieke rechtsnorm is de veroorzaakte schade voorzienbaar te achten, tot bewijs van het tegendeel.⁴⁶

Over de vraag of de mededingingsregels, in het bijzonder de regels van het kartelrecht, wel of niet een specifieke rechtsnorm uitmaken, is de rechtsleer verdeeld.

Een meerderheidsopvatting wijst erop dat het Belgisch recht, in tegenstelling tot Nederland (en Duitsland), geen *Schutznorm* theorie kent en dat in België geldt integendeel, volgens vaststaande rechtspraak van het Hof van Cassatie, de leer geldt dat elke inbreuk op een wettelijke of reglementaire bepaling, wat ook het beschermingsoogmerk van die bepaling moge zijn, als fout in de zin van artikel 1382-1383 B.W. (onrechtmatige daad) te kwalificeren valt⁴⁷. In dat geval is er, althans wat het materieel element betreft, van een fout sprake. De rechtspraak vereist ook een moreel element, de toerekenbaarheid van de handeling aan de persoon die wordt aangesproken.

Een gezaghebbende minderheidsopvatting gaat niet akkoord met het automatisme waarmee een wetsinbreuk een fout zou uitmaken⁴⁸. Volgens deze auteurs kan een inbreuk op een wettelijke bepaling, zoals een kartelbepaling, slechts dan een fout in de zin van de artikelen 1382-1383 B.W. opleveren wanneer een normaal voorzichtig en redelijk persoon die in dezelfde omstandigheden zou worden geplaagd er zich van bewust zou geweest zijn dat de handeling in kwestie verboden is.

Helaas ontbreekt rechtspraak die zich over deze aangelegenheid uitdrukkelijk uitspreekt.

III. Doorwerking in staatssteunrecht

A. (*Minder?*) Ruimte voor doorwerking

37. Bij het recht inzake steunmaatregelen is de taak van de nationale rechter beperkter dan bij het kartelrecht. Dit komt doordat artikel 107 VWEU geen rechtstreekse werking heeft aangezien de Europese Commissie over een ruime marge beschikt om deze bepaling toe te passen en met name exclusief bevoegd is om de uitzonderingen van artikel 107 lid 3 VWEU toe te passen.

Bovendien betreffen de regels inzake steunmaatregelen de relaties tussen lidstaten en ondernemingen. Een beroep op die regels door een onderneming tegen een andere onderneming ligt daarom niet voor de hand.

⁴⁶ Deze en de volgende (korte) paragraaf zijn nauwelijks gewijzigd maar met weglating van voetnoten overgenomen uit T. SCHOORS, T. BAeyENS, en W. DEVROE, *l.c.*, p. 201-202, randnrs. 14-15.

⁴⁷ Zie W. VAN GERVEN en S. COVEMAEKER, *Verbintenissenrecht*, Leuven, Acco, 2001, p. 240.

⁴⁸ H. GILLIAMS en L. CORNELIS, *o.c.*, p. 17-18.

38. Toch is het niet uitgesloten dat een onderneming die concurreert met een onderneming die in strijd met het Verdrag steun heeft ontvangen zich op het Verdrag beroept om deze steunverlening aan te vechten. De eerste en laatste zin van artikel 108 lid 3 VWEU hebben immers wel rechtstreekse werking. Volgens de eerste zin wordt de Commissie van elk voornemen tot invoering of wijziging van steunmaatregelen tijdig op de hoogte gebracht. De laatste zin van die bepaling stelt dat zolang de Commissie geen uitspraak heeft gedaan de aangemelde steun niet ten uitvoer mag worden gelegd. Ook een nationale rechter kan dus de schending van de aanmeldingsplicht en van de schorsingsverplichting derhalve vaststellen.

39. Tenslotte zal de Commissie wanneer ze vaststelt dat uitgekeerde steun onverenigbaar is met de interne markt – dat wil zeggen, in strijd is met de *materie*le staatssteunbepaling uit het Verdrag, artikel 107 VWEU - de lidstaat (moeten) verplichten de ten onrechte uitgekeerde steun van de begunstigde terug te vorderen⁴⁹. De Commissie kan een lidstaat eveneens tot terugvordering verplichten wanneer ze vaststelt dat steun illegaal (onrechtmatig) is, dat wil zeggen is uitgekeerd met miskenning van de *procedurele* staatssteunbepaling art. 108 VWEU, en meer bepaald in strijd met de aanmeldings- of schorsingsverplichting.

Bij betwistingen over terugvordering is de nationale rechter bevoegd. Dergelijke betwistingen zijn relatief frequent, zeker in België stelt men recent een toename van het aantal zaken vast.

B. Rechtszaken over terugvordering van steun in België

40. We bespreken hierna kort enkele van de markantste zaken.

41. Zaken over het Fonds voor de gezondheid en de productie van Dieren.

In een arrest van 5 december 2008 in de zaak *Belgische Staat t. Slachthuis Swaegers* deed het Hof van Cassatie⁵⁰ uitspraak in volgend, lang aanslepend, geding.

Een koninklijk besluit (K.B.) van 11 december 1987 legde met ingang van 1 januari 1988 aan slachthuizen en uitvoerders van vlees per geslacht of levend uitgevoerd rund, kalf of varken een verplichte bijdrage op aan een ‘Fonds voor de Gezondheid en de Productie van de Dieren’. In een beschikking van 1991⁵¹ oordeelde de Commissie dat deze regeling, die niet bij haar was aangemeld, met de interne markt onverenigbare staatssteun uitmaakte voor zover de ver-

⁴⁹ Zie art. 14 Verordening (EG) Nr. 659/1999 van de Raad van 22 maart 1999 tot vaststelling van nadere bepalingen voor de toepassing van artikel 93 van het EG-Verdrag, *Pb.* L 83/1, 27 maart 1999.

⁵⁰ Cass. 5 december 2008, *Belgische Staat/Slachthuis Swaegers* (C.07.0145.n/1), *Pas.* 2008, p. 2846-2854, *TBP* 2009, p. 546-547.

⁵¹ Beschikking 91/538/EEG van de Commissie van 7 mei 1991 betreffende het Belgische Fonds voor de gezondheid en de productie van de dieren, *Pb.* L 294/43, 25 oktober 1991.

plichte bijdragen ook over uit andere lidstaten ingevoerde dieren en producten werden geheven. België heeft vervolgens een ontwerp van nieuwe regeling uitgewerkt met als wezenlijk verschil dat voor ingevoerde dieren geen bijdragen meer zouden worden geheven en dat de bijdragen voor uitgevoerde dieren vanaf 1 januari 1997 niet meer verschuldigd zouden zijn. Deze ontwerpregeling heeft de Commissie in 1996 verenigbaar verklaard met de interne markt⁵². Een "reparatiewet" van 23 maart 1998 hief vervolgens – meer dan tien jaar later dus – het K.B. van 11 december 1987 op en voerde de daarin verplichte bijdragen met retroactieve kracht in vanaf 1 januari 1988.

Over die beschikking gaat een prejudicieel arrest van het Hof van Justitie, in de zaak *Van Calster e.a.*⁵³. Van Calster e.a. kochten en verkochten vee waarvan een deel werd uigevoerd. Ze hebben op basis van het K.B. van 1987 bijdragen betaald aan het Fonds. Kort gezegd, betwistten ze voor de Belgische rechter de terugwerkende kracht van de heffing zoals ingevoerd door de reparatiewet van 1998. De Belgische rechter vroeg het Hof van Justitie (a) of artikel 108 lid 3 VWEU in de weg staat aan de heffing van bijdragen die weliswaar specifiek dienen ter financiering van een door de Commissie met de interne markt verenigbaar verklaarde steunregeling, maar die met terugwerkende kracht zijn opgelegd voor een periode voorafgaand aan de Commissiebeschikking en (b) of de Commissiebeschikking van 1996 een goedkeuring inhield van de terugwerkende kracht van de wet van 1998. Het Hof beantwoordde de eerste vraag bevestigend en de tweede ontkennend.

In het licht van dit antwoord verwierp het Hof van Beroep te Antwerpen de door de Belgische Staat ingestelde tegenvordering tot betaling van achterstallige bijdragen voor de periode vanaf 30 juli 1996 tot 30 april 1998 verworpen. Hiertegen voorzag de Staat zich in cassatie, met succes. Volgens het Hof van Cassatie schendt het arrest van het Hof van Beroep artikel 108 lid 3 VWEU omdat het gebrek aan terugwerkende kracht van de Commissiebeschikking betekent dat enkel de vóór de datum van die Commissiebeschikking geheven bijdragen onrechtmatig zijn.

In de zaak *Pierre Marx e.a.*⁵⁴ naar aanleiding van gelijkaardige navorderingen oordeelde het Hof van Beroep te Brussel dat de terzake geldende verjaringstermijn van vijf jaar de effectieve terugvordering van onrechtmatige steun niet praktisch onmogelijk maakt en dus moet worden toegepast. Bijgevolg oordeelde het Hof van Beroep dat de door de veehandelaren ingestelde vordering tot terugvordering van de ten onrechte betaalde bijdragen verjaard was. In *Alcan* had het Hof van Justitie, in toepassing van het beginsel van procedurele autonomie, geoordeeld dat de terugvordering in principe moet gebeuren overeen-

⁵² Beschikking van de Commissie van 9 augustus 1996 inzake steunmaatregel nr. N 366/96, niet gepubliceerd in het *Publicatieblad*.

⁵³ HvJ 21 oktober 2003, Belgische Staat/Eugene Van Calster en Felix Cleeren en Belgische Staat/Openbaar Slachthuis NV, gevoegde zaken C-261/01 en C-262/01, *Jurispr.* 2003, p. I-12249.

⁵⁴ Brussel 27 april 2009, 2008/AR/1094, beschikbaar via www.juridat.be.

komstig de bepalingen van nationaal recht, maar dat deze bepalingen de terugvordering niet praktisch onmogelijk mogen maken zie.⁵⁵

42. Maribel zaken. Het bekende “Maribel”⁵⁶ dossier gaf aanleiding tot heel wat betwistingen naar aanleiding van de door de Commissie aan België opgelegde terugvorderingsplicht.⁵⁷ Maribel voerde maatregelen in om de competitiviteit en tewerkstelling van Belgische ondernemingen te vrijwaren door een verlaging van de sociale bijdragen voor handarbeiders. De eerste maatregelen werden genomen in 1981, verdere verlagingen vonden plaats in 1993 (*Maribel bis*) en 1994 (*Maribel ter*). De maatregelen werden niet bij de Europese Commissie aangemeld. In 1996 stelde de Commissie in een beschikking vast dat *Maribel bis* en *ter* met de interne markt onverenigbare steun uitmaakten. Omdat België de beschikking niet uitvoerde, bracht de Commissie België in 1998 voor het Hof van Justitie. Het Hof veroordeelde België in 2001.⁵⁸ Na verschillende jaren van moeizame onderhandelingen over de voorwaarden van terugvordering van de onrechtmatig uitgekeerde steun sloten de Belgische regering en de Commissie in april 1999 een protocolakkoord. Een programmawet van 24 december 1999⁵⁹ stelde, ter uitvoering van dit akkoord, een kader vast voor de terugvordering. De Rijksdienst voor Sociale Zekerheid (RSZ) begon in 2000 met de terugvorderingen.

Een eerste zaak waarin de terugvordering werd betwist is die van *Bis Rob Montagebedrijf*. Dit bedrijf had tussen 1993 en 1997 van de vermindering van de sociale bijdragen genoten. Het stelde voor de rechter dat de Staat nalatig was geweest door de steun pas in 2000 terug te vorderen terwijl zij reeds in 1993 op de hoogte was van het risico dat de steun onverenigbaar zou worden verklaard en de terugvordering ervan zou worden bevolen. Het montagebedrijf verweet de Staat een schending van het Unierecht en van de algemene zorgvuldigheidplicht van art. 1382 B.W. en vorderde schadevergoeding. De rechtbank van eerste aanleg te Dendermonde en, na hoger beroep, het Hof van Beroep te Gent, verwierpen de vordering op grond van de overweging dat een nationale norm geef afbreuk kan doen aan de effectieve toepassing van Unierecht. In haar voorziening in cassatie stelde de onderneming vervolgens dat zij nooit de voorrang van het Unierecht had betwist, maar dat die voorrang niet betekent dat de begunstigde van steun geen vordering tot vergoeding van *andere* schade zou kunnen instellen dan de loutere terugbetaling van de steun of het verlies van de onrechtmatige steun. De voorziening stoelde op de nalatigheid van de Staat. België zou de art. 107 en 108 VWEU hebben geschonden door de waarschuwingen van de Commissie in de wind te hebben geslagen, de steun niet bij de Commissie te hebben aangemeld en door het creëren van een recht-

⁵⁵ HvJ 20 maart 1997, Land Rheinland Pfalz en Alcan/Commissie, C-24/95, *Jurispr.* 1997, p. I-1519, r.o. 24.

⁵⁶ Model of Analysis for Rapid Investigation of the Belgian Economy.

⁵⁷ Zie J. DERENNE en M. SMEETS, “Chronique 'Aides d'Etat', Application des règles sur les aides d'Etat dans des affaires concernant la Belgique (juridictions belges et européennes, Commission européenne). Années 2009 et 2010, *TBM* 2011, p. 100 e.v.

⁵⁸ HvJ 3 juli 2001, Commissie/België, C-378/98, *Jurispr.* 2001, p. I-2107.

⁵⁹ Wet houdende sociale en diverse bepalingen, *BS* 31 december 1999.

matige verwachting bij de begunstigen door pas in 2000 met de terugvordering te starten. Door die nalatigheid had het bedrijf een onjuiste prijs aangerekend aan zijn afnemers en dit kon het thans niet meer ongedaan maken. Het Hof van Cassatie volgde de voorziening en verbrak het arrest van het Hof van Beroep.⁶⁰ Het oordeelde dat het Hof van beroep niet had geantwoord op het argument dat “*de fout van de overheid niet bestond in het terugvorderen van de onrechtmatige steun als dusdanig maar in het geheel van de onzorgvuldigheden en nalatigheden van de overheid*”. Het Hof van Cassatie aanvaardt dus de mogelijkheid dat de begunstigde van onrechtmatige steun die geconfronteerd wordt met een vordering tot terugbetaling van die steun vanwege de Staat, vergoeding vordert van schade die onderscheiden kan worden van de schade die het gevolg is van de terugvordering.

Derenne en Smeets⁶¹ merken terecht op dat indien het bedrag dat de begunstigde uiteindelijk uit hoofde van een dergelijke vordering tot schadevergoeding zou kunnen eisen gelijk is aan het teruggevorderde steunbedrag de door het Hof van Cassatie gelaten mogelijkheid niet aanvaardbaar is vanuit een oogpunt van effectiviteit van Unierecht. Meer fundamenteel kan men zich afvragen hoe de volgens het Hof van Cassatie principiële mogelijke vordering tot schadevergoeding iets anders kan betekenen dan het *de facto* (deels) ongedaan maken van de terugvordering. De problemen die hierbij rijzen kunnen misschien voor een stuk worden vergeleken met de in ons recht goed bekende en vaak omschreven problemen bij samenloop tussen de vordering *ex contractu* en de vordering *ex delicto*.⁶² Volgens het Hof van Cassatie is de buitencontractuele vordering tegen de medecontractant mogelijk “*indien de hem ten laste gelegde fout een tekortkoming uitmaakt niet alleen aan de contractuele verbintenis maar ook aan de algemene zorgvuldigheidplicht die op hem rust en indien deze fout anders dan door de slechte uitvoering te wijten schade heeft veroorzaakt.*”⁶³

43. Maribel leidde ook tot het arrest *Plastuni* van het Arbeidshof van Brussel van 3 juni 2010.⁶⁴ De zaak betrof een andere bij de terugvordering van steun prangende vraag: kan de Staat de steun terugvorderen van de onderneming die inmiddels de begunstigde onderneming heeft overgenomen?

Plastuni had tussen 1993 en 1997 van Maribel verminderingen genoten. In uitvoering van het protocolakkoord waarvan hoger sprake, werd in de Maribel wet van 1981 door de vermelde programmawet van 1999 een nieuw artikel

⁶⁰ Cass. 17 september 2009, Bis Rob Montagebedrijf/Belgische Staat, nr. C.08.0450.N., zoals vermeld door J. DERENNE en M. SMEETS, *l.c.*, p. 101 en voetnoot 12.

⁶¹ J. DERENNE en M. SMEETS, *l.c.*, p. 102.

⁶² Voor een bespreking verwijzen we kortheidshalve naar J. Stuyck, “Derden contractbreuk, samenloop en vordering tot staking”, *TBH* 2009, p. 932 e.v. Zie ook de door Derenne en Smeets kort besproken Franse rechtspraak waarin het probleem van het bewijs van het causaal verband centraal staat: J. Derenne en M. Smeets, *l.c.*, p. 103.

⁶³ Cass. 29 september 2006, *RW* 2006-2007, p. 1712, noot A. Van Oevelen.

⁶⁴ J. DERENNE en M. SMEETS, *l.c.*, 104, in voetnoot 21 verwijzen naar annotaties van het arrest maar niet naar een publicatie.

37bis ingelast naar luid waarvan bij herstructurering of een algemene inbreng van activa in de zin van het vennootschapsrecht de terugvordering gebeurt van de nieuwe verkrijger in zijn hoedanigheid van werkgever. *Plastuni* komt in moeilijkheden en sluit een herstructureringsakkoord met een andere vennootschap. *Plastuni* wordt vereffend, bepaalde activa worden ingebracht in een nieuwe vennootschap *Plastuni Operations*. Er wordt overeengekomen dat slechts een deel van de schulden wordt overgedragen. De RSZ vordert van *Plastuni Operations* de Maribel steun terug maar die onderneming betwist dat ze onderworpen is aan genoemd art. 37bis. Op basis van het protocolakkoord zou enkel een onderneming die het *geheel* van de schulden van de begunstigde onderneming heeft overgenomen tot terugbetaling kunnen worden veroordeeld. De RSZ beriep zich onder meer op de voorrang van het Unierecht om deze stelling te weerleggen. Het arbeidshof heeft, onder verwijzing naar constante rechtspraak van het Hof van Justitie, de RSZ gevolgd wat het principe betreft namelijk dat de terugvordering erop gericht moet zijn de situatie te herstellen die bestond vóór steunuitkering en dat dit vereist dat de steun wordt teruggevorderd van de effectieve begunstigde. *In casu* wees het arbeidshof de vordering van de RSZ tegen *Plastuni Operations* echter af. De effectieve begunstigde in dit geval was volgens het arbeidshof immers de verkoper en niet de verwerfer van *Plastuni Operations*. Wanneer de begunstigde onderneming aan de marktprijs wordt verworven – en het arbeidshof liet experts bevestigen dat dit effectief het geval was geweest – bestaat er immers een vermoeden dat de steun aan de marktprijs werd geëvalueerd en begrepen is in de overnameprijs. In dergelijke omstandigheden kan de koper niet geacht worden begunstigde van de steun te zijn. Terugvordering van de werkelijke begunstigde, de verkoper, was in dit geval echter evenmin mogelijk omdat *Plastuni* vereffend was en elke activiteit op de markt had stopgezet. Derenne en Smeets merken op dat deze uitspraak conform is aan een mededeling van de Commissie uit 2007.⁶⁵

⁶⁵ Bekendmaking van de Commissie “Naar een doelmatige tenuitvoerlegging van beschikkingen van de Commissie waarbij lidstaten wordt gelast onrechtmatige en onverenigbare steun terug te vorderen”, *Pb. C* 272/4, 15 november 2007, punt 61.