

Repertoriumnummer 2024/ 7832
Datum van uitspraak 18 november 2024
Rolnummer 2015/AR/95

Uitgifte

Uitgereikt aan	Uitgereikt aan	Uitgereikt aan
op € BUR	op € BUR	op € BUR

N° 497

Niet registreerbaar

Hof van beroep Brussel

Arrest

1^{ste} Kamer N,
burgerlijke zaken

Aangeboden op
Niet te registreren

COVER 01-00004111353-0001-0046-06-01-1



De **EUROPESE UNIE**,

vertegenwoordigd door:

1. De **EUROPESE COMMISSIE**, met zetel te B-1049 Brussel, Wetstraat 200, die optreedt in eigen naam en in hoedanigheid van vertegenwoordiger, op grond van artikel 335 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie, van de volgende organen van de Unie:
 - Het COMITÉ VAN DE REGIO'S, met zetel te B-1040 Brussel, Belliardstraat 99-101, en
 - Het EUROPEES ECONOMISCH EN SOCIAAL COMITÉ, met zetel te B-1040 Brussel, Belliardstraat 99-101,
2. Het **EUROPEES PARLEMENT**, met zetel te B-1047 Brussel, Wiertzstraat 60, vertegenwoordigd door de Europese Commissie,
3. De **RAAD VAN DE EUROPESE UNIE**, met zetel te B-1048 Brussel, Wetstraat 175, vertegenwoordigd door de Europese Commissie,

APPELLANTE

Mr. Denis Philippe, Mr. Marc Gouden, Mr. Isabelle Buelens, en Mr. Ihsan Karatas, advocaten, met kantoor te 1170 Brussel, Terhulpesteenweg 181/9

TEGEN:

1. **OTIS NV**, ingeschreven bij de KBO onder het nummer 0400.388.581, met maatschappelijke zetel gevestigd te 1702 Dilbeek, Alfons Gossetlaan 28A;

GEÏNTIMEERDE

Mr. Stan Brijs, Mr. Karel De Smet en Mr. Evi Mattioli, advocaten met kantoor te 1000 Brussel, Terhulpesteenweg 120;

2. **KONE BELGIUM**, naamloze vennootschap naar Belgisch recht, met maatschappelijke zetel te Bretagnestraat 24, 1200 Sint-Lambrechts-Woluwe, ondernemingsnummer 0436.407.453;

GEÏNTIMEERDE

Meesters Dorothee Vermeiren, Marine Puel en Nathan Tulkens (tel.: 02/533.50.63, fax: 02/533.59.59, e-mail: dorothee.vermeiren@cliffordchance.com en nathan.tulkens@cliffordchance.com), advocaten bij de balie te Brussel, kantoor houdende te Louizalaan 65 bus 2, 1050 Brussel



3. De **N.V. SCHINDLER**, met maatschappelijke zetel te 1060 Sint-Gillis, Bronstraat 15, ingeschreven onder het ondernemingsnummer 0416.481.673,

GEÏNTIMEERDE

Meesters Peter Wytinck, Oliver Stevens en Michèle de Clerck, advocaten, kantoorhoudend te 1000 Brussel, Loksumstraat 25

4. De **NV TK ELEVATOR BELGIUM**, met maatschappelijke zetel te 1130 Brussel, Metrologielaan 10, en ingeschreven in de Kruispuntbank van Ondernemingen onder nummer 0447.794.857,

GEÏNTIMEERDE

Meesters Onno W. BROUWER, Amaryllis MÜLLER en Nino DE LATHAUWER, advocaten te 1050 Brussel, Bastion Tower (Bastiontoren), Marsveldplein 5 (24ste verdieping).

1 De procedure

Het hof oordeelt bij dit arrest verder over het hoger beroep tegen een vonnis van de Nederlandstalige rechtbank van koophandel te Brussel van 24 november 2014 in een zaak met rolnummer AR A/08/06816, na zijn arresten van 28 oktober 2015, 5 september 2018 en 4 maart 2020.

De bepalingen van de wet van 15 juni 1935 op het gebruik der talen in gerechtszaken, waaronder artikel 24, zijn nageleefd.

Het arrest wordt gewezen na tegenspraak.

2 De feiten

OTIS, KONE BELGIUM, SCHINDLER en THYSSENKRUPP LIFTEN ASCENSEURS (verder aangeduid als de geïntimeerden) zijn ondernemingen met als activiteit de installatie, het onderhoud en de modernisering van liften en roltrappen.

Bij beschikking van de Europese Commissie van 21 februari 2007 werden zij en verwante vennootschappen beboet voor in totaal ongeveer 992.000.000 euro wegens inbreuken op artikel 81 van het EG-verdrag (nu artikel 101 VWEU) op de Belgische, Duitse, Luxemburgse en Nederlandse markten tussen 9 mei 1996 en 29 januari 2004.



Voor België omschreef de beschikking de inbreuken als volgt:

Artikel 1

(1) Met betrekking tot België hebben de volgende ondernemingen artikel 81 van het Verdrag geschonden door gedurende de aangegeven periodes regelmatig, in de context van verwante nationale overeenkomsten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen met betrekking tot liften en roltrappen, collectief af te spreken markten te delen, openbare en particuliere aanbestedingen en overige contracten onderling te verdelen volgens vooraf bepaalde aandelen in de verkoop en installatie en niet met elkaar te concurreren om onderhouds- en moderniseringscontracten:

om onderhouds- en moderniseringscontracten:

om onderhouds- en moderniseringscontracten:

- *KONE: Kone Corporation en KONE Belgium S.A.: van 9 mei 1996 tot 29 januari 2004;*
- *Otis: United Technologies Corporation, Otis Elevator Company en N.V. OTIS S.A.: van 9 mei 1996 tot 29 januari 2004;*
- *Schindler: Schindler Holding Ltd en Schindler S.A./N.V.: van 9 mei 1996 tot 29 januari 2004, en*
- *ThyssenKrupp: ThyssenKrupp AG, ThyssenKrupp Elevator AG en ThyssenKrupp Liften Ascenseurs N.V./S.A.: van 9 mei 1996 tot 29 januari 2004.*

¹

De Commissie oordeelde dat de geïntimeerden met betrekking tot verkoop en installatie van nieuwe installaties afspraken hadden gemaakt over de verdeling van de Belgische afzetmarkt en de installaties van liften en roltrappen, en dat zij met betrekking tot de onderhoudscontracten hadden afgesproken om niet onderling te concurreren voor bestaande onderhoudscontracten en nieuwe onderhoudscontracten te laten aan de leveranciers van die liften en roltrappen. Ook met betrekking tot de modernisering van liften en roltrappen werd overeengekomen niet met elkaar te concurreren, en de modernisering over te laten aan de onderneming die het onderhoudscontract had.²

¹ (publieke versie van) Beschikking van de Commissie van 21 februari 2007 inzake een procedure op grond van artikel 81 van het EG-Verdrag, zaak COMP/E-1/38.823 – PO/liften en roltrappen, stuk A.1 van de EUROPESE UNIE.

² "Aard van de inbreuken:

(658) De in deze beschikking behandelde inbreuken bestonden hoofdzakelijk uit geheime afspraken tussen de karteldeelnemers voor het delen van markten of het bevrozen van marktaandelen door projecten voor de verkoop en installatie van nieuwe liften en/of roltrappen onderling te verdelen en afspraken om niet met elkaar te concurreren om onderhoud en modernisering van liften en roltrappen (behalve in Duitsland, waar de onderhouds- en moderniseringssector geen onderwerp waren van de besprekingen tussen de kartelleden). Dergelijke horizontale beperkingen behoren per definitie tot de ernstigste overtredingen van artikel 81 van het Verdrag. De inbreuken zorgden in dit geval voor



De beschikking van 21 februari 2007 is definitief geworden.

De Europese Unie, vertegenwoordigd door de Europese Commissie (optredend in eigen naam en voor het Comité van de Regio's, het Europees Economisch en Sociaal Comité), het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie heeft via haar instellingen overeenkomsten gesloten met de geïntimeerden voor de installatie, het onderhoud en de vernieuwing van liften en roltrappen. Zij stelt dat zij bij die overeenkomsten schade heeft geleden als gevolg van de kartelinbreuken.

Op 3 juni 2008 heeft de EUROPESE UNIE de geïntimeerden in gebreke gesteld om binnen vijftien dagen provisioneel 5.000.000 euro te betalen tot vergoeding van de schade die zij stelt geleden te hebben met betrekking tot overeenkomsten tot installatie, onderhoud en modernisering van liften en roltrappen.³

Op 20 juni 2008 heeft de EUROPESE UNIE de geïntimeerden en de Luxemburgse vennootschappen GENERAL TECHNICS-OTIS, KONE, LUXEMBOURG SCHINDLER en THYSSENKRUPP ASCENSEURS LUXEMBOURG gedagvaard voor de rechtbank van koophandel te Brussel in veroordeling tot betaling van een vergoeding voor de schade die zij stelt te hebben geleden door de inbreuk in België en in Luxemburg.

3 Het voorwerp van de vordering

3.1

In een tussenvonnis van 18 april 2011 heeft de eerste rechter zich zonder rechtsmacht verklaard met betrekking tot de vorderingen tegen de verwerende partijen gevestigd in het Groothertogdom Luxemburg. Voorts heeft hij twee prejudiciële vragen gesteld aan het Hof van Justitie, enerzijds over de bevoegdheid van de Commissie om de Europese Unie te vertegenwoordigen in deze procedure en anderzijds in verband met de effectieve rechterlijke bescherming bij het optreden van de Commissie als eiseres tot vergoeding van schade uit een inbreuk die zij zelf voordien heeft vastgesteld als mededingingsautoriteit.

3.2

In zijn arrest van 6 november 2012 heeft het Hof van Justitie geoordeeld dat de Commissie de EUROPESE UNIE kan vertegenwoordigen. Voorts oordeelde het Hof dat het recht op een eerlijk proces niet is geschonden wanneer de Commissie schadevergoeding vordert van ondernemingen die door de Commissie zelf zijn veroordeeld voor hun betrokkenheid bij kartelinbreuken. Een doeltreffende handhaving van het mededingingsrecht vereist volgens het

kunstmatige nivellering en ze ontzegden klanten daarmee de voordelen die zij konden verwachten van een proces van concurrerend offeren. Het is ook het vermelden waard dat enkele van de gemanipuleerde projecten openbare aanbestedingen waren, die zijn betaald uit belastinggeld en specifiek zijn uitgevoerd voor het ontvangen van concurrerende en kosteneffectieve offertes.”

³ Stuk 2 van TK ELEVATOR.

Hof dat iedereen en dus ook de Europese Commissie een vordering kan instellen voor schade veroorzaakt door dergelijke inbreuken.⁴

De geïntimeerden hadden opgeworpen dat de Europese Commissie beschikt over vertrouwelijke informatie door haar onderzoek naar de inbreuk. Het Hof oordeelde dat de Commissie die gegevens niet kan gebruiken buiten het kartelonderzoek, en stelde vast dat de EUROPESE UNIE heeft meegedeeld dat de Commissie in het kader van deze schadevordering slechts gebruik maakt van publieke informatie en geen gebruik zal maken van de vertrouwelijke versie van haar eigen Beschikking als steun voor haar schadevordering.

3.3

Voor de eerste rechter vroeg **de EUROPESE UNIE**:

“

- *Te verklaren voor recht dat de contracten gesloten tussen verweersters en eiseres tijdens het kartel nietig zijn of deze contracten op zijn minst nietig te verklaren;*
- *De vordering van verweersters m.b.t. de overlegging van de stukken (artikel 877 Ger.W.) af te wijzen, en ondergeschikt, de vordering van vierde verweerster m.b.t. de dwangsom af te wijzen.*

DIENVOLGENS:

I.) In hoofdorde

1.) Verweersters te veroordelen hoofdelijk, in solidum, de ene bij gebreke van de andere, tot betaling aan eiseres van de provisionele som van:

o In hoofdorde: 6.134.451 € op grond van de begroting van de schade op basis van de methode van de Prijsvergelijking (ratio's);

o In ondergeschikte orde: 5.378.357 €, indien Uw rechtbank oordeelt dat de schade begroot moet worden op basis van de econometrische methode en enkel de Belgische contracten in aanmerking komen voor de raming van de invloed van het kartel op de prijzen;

o In meer ondergeschikte orde: 5.215.675 € indien, Uw rechtbank oordeelt dat de schade begroot moet worden op basis van de econometrische methode en zowel de Belgische als de Luxemburgse contracten in aanmerking komen voor de raming van de invloed van het kartel op de prijzen.

te vermeerderen met de vergoedende interesten aan de wettelijke intrestvoet vanaf de gemiddelde datum van 21 januari 2000, en te vermeerderen met de gerechtelijke interesten vanaf het tussenkomend vonnis.

⁴ HvJ 6 november 2012, nr. C-199/11, ECLI:EU:C:2012:684, Europese Gemeenschap/Otis e.a.

te kapitaliseren op een jaarlijkse basis vanaf 21 januari 2000 (gemiddelde datum van het ontstaan van de schade) aan de wettelijke interestvoet.

Ondergeschikt, te kapitaliseren op een jaarlijkse basis vanaf 13 maart 2014 (datum van de neerlegging van deze syntheseconclusie van eiseres) aan de wettelijke interestvoet. Op datum van 13 maart 2014 bedragen de hoofdsom en de interesten, telkens in meer ondergeschikte orde:

o 11.148.020,16 € (6.134.451 € + 5.013.569,16 €);

o 9.773.985,04 € (5.378.357 € + 4.395.628,04 €);

o 9.478.346,15 € (5.215.675 € + 4.262.671,15 €).

2.) Verweersters te veroordelen, hoofdelijk, solidair, de ene bij gebreke van de andere, tot betaling van de kosten van het geding, inbegrepen de rechtsplegingsvergoeding ten belope van 33.000 € op basis van het Koninklijk Besluit van 27 oktober 2007;

3.) te verklaren dat de provisionele veroordeling draagbaar en niet haalbaar is;

II.) In ondergeschikte orde

1.) Verweersters te veroordelen hoofdelijk, in solidum, de ene bij gebreke van de andere, tot betaling aan eiseres van de provisionele som van 5.000.000 € en verklaren dat de provisionele veroordeling draagbaar en niet haalbaar is;

2.) Een deskundige aan te stellen die nooit is tussengekomen voor één van verweersters, noch op rechtstreekse of onrechtstreekse wijze kennis heeft moeten nemen van aspecten in verband met de ongeldige afspraken op de markt van de liften en roltrappen met als opdracht:

1. De partijen op te roepen;

2. Kennis te nemen van het dossier en alle nuttige documenten, waaronder de boekhoudkundige stukken, hem door de partijen te bezorgen of elk ander dossier die hij zelf nuttig zal achten om er kennis van te nemen, teneinde de wijze te bepalen waarop de gedaagde partijen tussen 1990 en 2005 hun prijzen hebben vastgelegd;

3. De financiële voorwaarden van de contracten af gesloten tussen de partijen onderling te onderzoeken en de globale meerkost te bepalen die door eiseres werd betaald op grond van deze contracten, ten opzichte van de prijs die had moeten worden betaald in een toestand van vrije mededinging;

Id in een toestand van vrije mededinging;

4. De financiële voorwaarden van de contracten te bepalen, enerzijds, afgesloten tussen verweersters en de eigenaars van de gebouwen bezet door de instellingen van eiseres en, anderzijds, afgesloten tussen eiseres en voornoemde eigenaars, om de globale meerkost te bepalen die door eiseres werd betaald op grond van deze contracten met deze eigenaars, ten opzichte van de prijs die had moeten worden betaald, indien deze contracten tussen de eigenaars en verweersters werd afgesloten in een toestand van vrije mededinging;

erd afgesloten in een toestand van vrije mededinging;

dedinging;

5. Advies te verlenen over de totale schade geleden door eiseres;



6. Te antwoorden op alle nuttige en ter zake dienende vragen die hem door de betrokken partijen worden gesteld;
7. Een voorverslag, met alle elementen van de besluitvorming en een ontwerp van besluiten, op te maken, binnen een termijn van negen maanden;
8. De schriftelijke opmerkingen van de partijen te beantwoorden;
9. Trachten de partijen met elkaar te verzoenen;
10. Bij gebreke aan verzoening, een gemotiveerd schriftelijk en onder eed bevestigd definitief verslag aan de partijen ter kennis te brengen binnen een termijn van vier maanden na de . mededeling van het voorverslag;
Voor recht te horen zeggen dat de deskundige zich zal mogen laten bijstaan door iedere specialist van zijn keuze die hij nodig acht;

In ieder geval

- 1.) Akte te nemen dat de schade door eiseres geleden wegens het bezetten door haarzelf en haar instellingen van onroerende goederen die toebehoren aan derden, nog moet berekend worden (eiseres maakt alle voorbehoud met betrekking tot dit punt en verzoekt de Rechtbank haar rechten hieromtrent te bewaren)
- 2.) Akte te nemen dat eiseres alle voorbehoud maakt met betrekking tot, de schade die eiseres eventueel geleden zou hebben ten gevolge van de prijsopdrijvende werking op diensten van ondernemingen die niet aan het kartel deelnamen ('umbrella pricing') aan het kartel deelnamen ('umbrella pricing')
- 3.) Akte te nemen dat door het feit dat de rechtbank zich onbevoegd heeft verklaard tegen de Luxemburgse vennootschappen, eiseres zich het recht voorbehoudt deze vier vennootschappen in Luxemburg te dagvaarden;
- 4.) Het tussen te komen vonnis uitvoerbaar te horen verklaren bij voorraad, niettegenstaande alle verhaal en zonder borg en niettegenstaande elk aanbod tot consignatie met bijzondere bestedingen met uitsluiting van kantonnement;"

OTIS vroeg de rechtbank:

*"In hoofdorde, de vorderingen van de EU tot schadevergoeding en tot nietigverklaring van de overeenkomsten ongegrond te verklaren;
In ondergeschikte orde: alvorens zich ten gronde uit te spreken en alvorens zich uit te spreken over de aanstelling van een gerechtsdeskundige, de EU te bevelen om ter griffie neer te leggen en aan Verweersters over te maken een kopie van de volgende stukken, met dien verstande dat de EU daarbij geen commerciële of handelsgeheimen of andere vertrouwelijke informatie van een Verweerster mag bekendmaken aan de overige Verweersters:*

- *alle documenten betreffende de overeenkomsten vermeld in de inventaris van de EU, in het bijzonder:*
 1. *de bekendmaking van de openbare aanbesteding;*
 2. *het lastenboek;*
 3. *de mogelijke addenda aan het lastenboek;*
 4. *de gunningsbeslissing;*
 5. *alle offertes;*



6. de gesloten contracten;
7. alle briefwisseling tussen de instellingen van de EU en alle inschrijvers; en
8. alle interne verslagen van de instellingen van de EU die verklaren waarom de instellingen van de EU deze of gene inschrijver selecteerden en aan hem de opdracht toewezen, en waarom andere inschrijvers niet werden geselecteerd.

- de volledige details van alle berekeningen van MAPP, in het bijzonder:
 - a. een overzicht van de beslissingen die MAPP heeft genomen en de veronderstellingen waarvan zij is uitgegaan bij het samenstellen van de gegevensbank;
 - b. de onderliggende codes/formules die tot de resultaten van de MAPP verslagen leiden; en
 - c. de onderliggende documenten die tot de resultaten van de MAPP verslagen leiden.
- Betreffende het ondergeschikte verzoek van de EU tot aanstelling van een gerechtsdeskundige: te beslissen dat dit verzoek dient afgewezen te worden en meer ondergeschikt, desgevallend de deskundige niet te belasten met de opdracht zoals omschreven door de EU, doch met de opdracht zoals hierboven beschreven in conclusie onder randnummer 158.

In elk geval:

- de vordering van de EU tot betaling van de provisionele som van 5.000.000 euro af te wijzen.
- te zeggen voor recht dat er geen aanleiding is tot het verlenen van voorbehoud aan de EU voor andere vorderingen en het verzoek tot voorbehoud af te wijzen;

- te zeggen voor recht dat er geen aanleiding is tot voorlopige uitvoerbaarheid van het te wijzen vonnis noch tot een verbod van kantonnement;

- de EU te veroordelen tot alle kosten van het geding, hieronder begrepen de rechtsplegingsvergoeding begroot op 33.000 euro voor Otis België en 33.000 euro voor Otis Luxemburg,“

KONE vroeg de rechtbank:

“In hoofdorde

- De vorderingen tegen KONE Belgium ongegrond te verklaren en de Europese Unie ervan af te wijzen;
- De Europese Unie te veroordelen tot betaling aan KONE Belgium en KONE Luxembourg van de rechtsplegingsvergoeding ten belope van EUR 33.000;

In ondergeschikte orde

- Alvorens recht te doen en alvorens in voorkomend geval de aanstelling van een deskundige te bevelen, de Europese Unie te bevelen volgende informatie over te maken:
 - o de aanbestedingsdocumenten in verband met de door de Europese Unie voorgelegde, alsook aan MAPP overgemaakte, contracten alsook alle andere documenten in verband met de selectie van de kandidaten en de gevolgde gunningsprocedure voor deze contracten; en



o de door MAPP gehanteerde formules en programmeercode gebruikt om haar analyse te maken;

- *Te bevelen dat van alle te overleggen stukken die in de kartelprocedure als vertrouwelijk gelden, eerst een inventaris wordt meegedeeld teneinde partijen de gelegenheid te geven om aan te duiden welke stukken volgens hen nog steeds vertrouwelijk zijn, en de overlegging van eventuele vertrouwelijke stukken afhankelijk te maken van de verbintenis door alle partijen om de vertrouwelijkheid ervan te eerbiedigen, de kennisname ervan te beperken tot de raadslieden en de technische raadgevers en er enkel gebruik van te maken binnen het kader van het verweer in rechte in deze rechtspleging;*

isname ervan te beperken tot de raadslieden en de technische raadgevers en er enkel gebruik van te maken binnen het kader van het verweer in rechte in deze rechtspleging;

van te maken binnen het kader van het verweer in rechte in deze rechtspleging;

- *De procedure op te schorten tot dat de Europese Unie deze stukken zal hebben meegedeeld en KONE Belgium hieromtrent een effectieve tegenspraak hebben kunnen voeren;*

- *De kosten voor te behouden;”*

SCHINDLER vroeg de rechtbank :

“• In hoofdorde de vorderingen van eiseres ongegrond te verklaren.

- *In ondergeschikte orde, alvorens recht te doen en alvorens de aanstelling van een deskundige te bevelen, de Commissie te bevelen aan Schindler volgende stukken over te maken voor tegensprekelijk debat:*

- de exacte berekeningsmethodes (cijfers en hun oorsprong, formules,...) gebruikt in het MAPP rapport;

- de kenmerken eigen aan de toegepaste aanbestedingsprocedure (open, beperkt, onderhandeld, aantal inschrijvers, ...)

- het volledige aanbestedingsdossier.

- *In nog meer ondergeschikte orde, de debatten te heropenen om toe te laten te concluderen over de precieze afbakening van de opdracht van de deskundige(n).*

- *In elk geval eiseres te veroordelen tot de kosten van het geding met inbegrip van de (geïndexeerde) rechtsplegingsvergoeding, thans begroot op 66.000 euro. ”*

THYSSEN KRUPP vroeg:

“In hoofdorde, de vordering van eiseres onontvankelijk te verklaren,

In ondergeschikte orde, bij toepassing van artikel 877 Ger. W. eiseres te veroordelen tot het overleggen van alle aanbestedingsdocumenten, alsook al de offertes die zij (dan wel de instellingen voor wie ze optreedt) heeft ontvangen, de overeenkomsten die in voorkomend geval werden gesloten, de interne nota's die werden opgesteld en waarin de verschillende offertes werden geanalyseerd, en de briefwisseling die in het raam van de totstandkoming en uitvoering van de overeenkomsten gesloten i.v.m. goederen gelegen in België tussen 9 mei 1996 en 29 januari 2004 en waarop thans de vordering



is gegrond werd gestuurd of ontvangen, en zulks onder verbeurte van een dwangsom van 250 € per dag vertraging van af de betekening van het tussen te komen vonnis, In meer ondergeschikte orde, de vordering van eiseres strekkende tot aanstelling van een gerechtsdeskundige te verwerpen,

In de meest ondergeschikte orde, de vordering van eiseres ongegrond te verklaren, In ieder geval,

- *het tussen te komen vonnis niet uitvoerbaar bij voorraad te verklaren, minstens aan verweerster de mogelijkheid tot kantonnement niet te ontzeggen en*
- *eiseres te veroordelen om tot de kosten van het geding, met inbegrip van de rechtsplegingsvergoeding begroot op, in hoofdorde, 33.000 € en, in ondergeschikte orde, 16.500 € ten voordele van verweersters. “*

3.4

In het vonnis van 24 november 2014 verklaarde de eerste rechter de vordering van de EUROPESE UNIE ontvankelijk maar ongegrond en veroordeelde hij haar tot betaling van de kosten.

Hij overwoog in essentie dat de EUROPESE UNIE geen bedrog bewijst en dat de buitencontractuele fout wel vaststaat maar dat concrete schade niet wordt bewezen, evenmin als een verlies van kans.

3.5

Bij verzoekschrift van 16 januari 2015 stelde de EUROPESE UNIE hoger beroep in tegen het vonnis.

Met toepassing van artikel 19, 2^{de} lid van het Gerechtelijk Wetboek (nu 3^{de} lid) vroeg de EUROPESE UNIE de geïntimeerden te veroordelen om documenten over te maken die zouden moeten bijdragen aan de bewijsvoering over de omvang van de geleden schade. Bij tegenvordering vroegen de geïntimeerden de EUROPESE UNIE te veroordelen tot overlegging van stukken.

3.6

Bij arrest van 28 oktober 2015 verklaarde (kamer 18N van) dit hof de vordering van de EUROPESE UNIE tot overlegging van stukken gegrond zoals vermeld onder randnummer 45 van het arrest. Het hof stond de geïntimeerden toe om vertrouwelijke informatie weg te laten. De tegenvordering van de geïntimeerden tot overlegging van stukken werd verworpen.

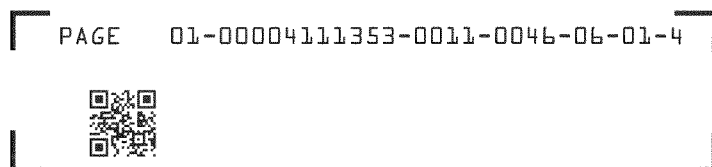
3.7

Het cassatieberoep van de geïntimeerden tegen het arrest van 28 oktober 2015 werd verworpen bij arrest van het Hof van Cassatie van 22 maart 2018.

3.8

De EUROPESE UNIE voerde vervolgens aan dat de geïntimeerden het bevel tot overlegging van het arrest van 28 oktober 2015 niet correct uitvoerden doordat zij ook niet-vertrouwelijke gegevens weglieten.

3.9



Bij arrest van 5 september 2018 heeft (kamer 18N) van dit hof de EUROPESE UNIE toegelaten om de zuivering van de stukken door de geïntimeerden te controleren, en daarover een overzichtstabel op te stellen en voor te leggen.

3.10

De EUROPESE UNIE voerde vervolgens aan dat de geïntimeerden het bevel tot overlegging van het arrest van 28 oktober 2015 en het arrest van 5 september 2018 niet correct uitvoerden. Zij vroeg hun te bevelen alle stukken integraal over te maken, en vroeg de overlegging van bijkomende stukken.

3.11

Bij arrest van 4 maart 2020 oordeelde (kamer 18N) van dit hof dat de geïntimeerden elk afdoende gevolg hadden gegeven aan de arresten van 28 oktober 2015 en 5 september 2018. Het heropende de debatten om de partijen te horen over de intenties en modaliteiten met betrekking tot het in staat stellen van de zaak.

3.12

De EUROPESE UNIE vraagt:

“Het bestreden vonnis van de Nederlandstalige Rechtbank van Koophandel Brussel van 24 november 2014 (A.R. A/08/06816) te vernietigen, behoudens in zoverre het de vordering van conluante ontvankelijk heeft verklaard, en opnieuw rechtdoende:

° In hoofdorde:

° Geïntimeerden hoofdelijk, minstens in solidum, de ene bij gebreke van de andere, te veroordelen tot betaling aan conluante van een schadevergoeding die begroot kan worden als volgt:

- EUR 7.087.452 (geleden schade m.b.t. de onderhoudscontracten gesloten door het Europees Parlement, de Raad en de Comités in de kartelperiode), te vermeerderen met de vergoedende interesten aan de wettelijke interestvoet vanaf 20 augustus 2005 en de gerechtelijke interesten vanaf de datum van de uitspraak tot het tijdstip van de algehele betaling;*
- EUR 4.895.284 (geleden schade m.b.t. de onderhoudscontracten gesloten door de Europese Commissie in de follow-on kartelperiode), te vermeerderen met de vergoedende interesten aan de wettelijke interestvoet vanaf 23 december 2009 en de gerechtelijke interesten vanaf de datum van de uitspraak tot het tijdstip van de algehele betaling;*
- EUR 321.680 provisioneel (kosten van de technische raadslieden), te vermeerderen met de vergoedende interesten aan de wettelijke interestvoet vanaf 16 juni 2015 en de gerechtelijke interesten vanaf de datum van de uitspraak tot het tijdstip van de algehele betaling;*



° *De vergoedende interesten bovendien te kapitaliseren, op jaarlijkse basis, aan de wettelijke interestvoet vanaf het aanvangspunt van de interesten, en de gerechtelijke interesten vanaf datum van de uitspraak;*

° *In ondergeschikte orde:*

° *Geïntimeerden hoofdelijk, minstens in solidum, de ene bij gebreke van de andere, te veroordelen tot betaling aan conluante van een schadevergoeding die begroot kan worden als volgt:*

- *EUR 11.900.000 (geleden schade ex aequo et bono begroot), te vermeerderen met de vergoedende interesten aan de wettelijke interesten aan de wettelijke interestvoet vanaf 21 oktober 2007 en de gerechtelijke interesten vanaf de datum van de uitspraak tot het tijdstip van de algehele betaling;*
- *EUR 321.680 provisioneel (kosten van de technische raadslieden), te vermeerderen met de vergoedende interesten aan de wettelijke interestvoet vanaf 16 juni 2015 en de gerechtelijke interesten vanaf de datum van de uitspraak tot het tijdstip van de algehele betaling;*

° *De vergoedende interesten bovendien te kapitaliseren, op jaarlijkse basis, aan de wettelijke interestvoet vanaf het aanvangspunt van de interesten, en de gerechtelijke interesten vanaf datum van de uitspraak;*

° *In meer ondergeschikte orde:*

° *Geïntimeerden hoofdelijk, minstens in solidum, de ene bij gebreke van de andere, te veroordelen tot betaling aan conluante van een schadevergoeding die begroot kan worden op als volgt:*

- *93% van EUR 7.087.452 (verlies van een kans m.b.t. de onderhoudscontracten gesloten door het Europees Parlement, de Raad en de Comités in de kartelperiode), te vermeerderen met de vergoedende interesten aan de wettelijke interestvoet vanaf 20 augustus 2005 en de gerechtelijke interesten vanaf de datum van de uitspraak tot het tijdstip van de algehele betaling;*
- *93% van EUR 4.895.284 (verlies van een kans m.b.t. de onderhoudscontracten gesloten door de Europese Commissie in de follow-on kartelperiode), te vermeerderen met de vergoedende interesten aan de wettelijke interestvoet vanaf 23 december 2009 en de gerechtelijke interesten vanaf de datum van de uitspraak tot het tijdstip van de algehele betaling;*
- *EUR 321.680 provisioneel (kosten van de technische raadslieden), te vermeerderen met de vergoedende interesten aan de wettelijke interestvoet*



vanaf 16 juni 2015 en de gerechtelijke interesten vanaf de datum van de uitspraak tot het tijdstip van de algehele betaling;

° De vergoedende interesten bovendien te kapitaliseren, op jaarlijkse basis, aan de wettelijke interestvoet vanaf het aanvangspunt van de interesten, en de gerechtelijke interesten vanaf datum van de uitspraak;

° In nog meer ondergeschikte orde:

° Geïntimeerden hoofdelijk, minstens in solidum, de ene bij gebreke van de andere, te veroordelen tot betaling aan conluante van een schadevergoeding die begroot kan worden op als volgt:

- EUR 11.140.00 [sic] (geleden schade ex aequo et bono begroot), te vermeerderen met de vergoedende interesten aan de wettelijke interesten aan de wettelijke interestvoet vanaf 21 oktober 2007 en de gerechtelijke interesten vanaf de datum van de uitspraak tot het tijdstip van de algehele betaling;*

- EUR 321.680 provisioneel (kosten van de technische raadslieden), te vermeerderen met de vergoedende interesten aan de wettelijke interestvoet vanaf 16 juni 2015 en de gerechtelijke interesten vanaf de datum van de uitspraak tot het tijdstip van de algehele betaling;*

° De vergoedende interesten bovendien te kapitaliseren, op jaarlijkse basis, aan de wettelijke interestvoet vanaf het aanvangspunt van de interesten, en de gerechtelijke interesten vanaf datum van de uitspraak;

° In uiterst ondergeschikte orde:

° Alvorens recht te doen met betrekking tot de gegrondheid van de vordering, een gerechtsdeskundige aan te stellen, op kosten van geïntimeerden, die nooit is tussengekomen voor één van geïntimeerden of een gelieerde vennootschap, met als opdracht:

(a) De partijen op te roepen en te horen;

(b) Kennis te nemen van het dossier en zich alle stukken en documenten te laten bezorgen die hij nuttig acht om de invloed van de vastgestelde kartelinbreuken op de prijzen betaald door conluante voor het onderhoud van liften en roltrappen te beoordelen;

(c) De financiële voorwaarden te onderzoeken van de onderhoudscontracten m.b.t. liften en roltrappen die conluante gesloten heeft en, meer bepaald, alle onderzoeken en analyses uit te voeren die toelaten om:

(i) de prijzen die conluante betaald heeft in het kader van de onderhoudscontracten met geïntimeerden gesloten in de periode van 9 mei 1996 tot 29 januari 2004 (de 'kartelperiode') te vergelijken met de hypothetische prijzen die zij zou betaald hebben in een niet-inbreukscenario zonder kartelinbreuken;



(ii) de prijzen die conluante betaald heeft in het kader van de onderhoudscontracten met geïntimeerden gesloten in de periode van 30 januari 2004 tot 31 januari 2005 (de 'follow-on kartelperiode') te vergelijken met de hypothetische prijzen die zij zou betaald hebben in een niet-inbreukscenario zonder kartelinbreuken;

een niet-inbreukscenario zonder kartelinbreuken;

(d) Te zeggen in welke mate de kartelinbreuken geleid hebben tot een prijsopdrijving en, in voorkomend geval, te begroten wat de totale meerprijs is die conluante betaald heeft in het kader van deze onderhoudscontracten;

(e) Advies te verlenen over de globale schade die conluante geleden heeft door de kartelinbreuken van geïntimeerden;

(f) Te antwoorden op alle nuttige en ter zake dienende vragen die door de betrokken partijen of hun (technische) raadslieden worden gesteld;

(g) Een voorverslag, met alle elementen van de besluitvorming en de gebruikte methodologie, en een ontwerp van besluit, op te maken binnen een termijn van negen maanden;

(h) De partijen uit te nodigen om binnen een redelijke termijn na de neerlegging van het voorverslag, hun schriftelijke opmerkingen op dit voorverslag neer te leggen;

(i) De schriftelijke opmerkingen van de partijen te beantwoorden;

(j) Trachten de partijen met elkaar te verzoenen;

(k) Bij gebreke aan verzoening, een gemotiveerd schriftelijk en onder eed bevestigd definitief verslag aan de partijen ter kennis te brengen binnen een termijn van vier maanden na de mededeling van het voorverslag;

° Geïntimeerden te veroordelen tot het provisioneren van de kosten van de gerechtsdeskundige;

° Voor recht te zeggen dat de gerechtsdeskundige zich mag laten bijstaan door iedere specialist van zijn keuze die hij nodig acht;

° De zaak voor het overige aan te houden;

° In ieder geval:

° Geïntimeerden hoofdelijk, minstens in solidum, de ene bij gebreke van de andere, te veroordelen tot de kosten van beide aanleggen met inbegrip van de maximale rechtsplegingsvergoeding, te vermeerderen met de gerechtelijke interesten vanaf de datum van de uitspraak.

Rechtdoende inzake het incidenteel beroep en/of de tegenvorderingen van geïntimeerden:

° De vorderingen van geïntimeerden tot het overleggen van stukken en andere documenten ongegrond te verklaren en af te wijzen;

° De vorderingen zoals geformuleerd door geïntimeerden inzake de aanstelling van een deskundige af te wijzen.

Gerechtskosten in hoofde van conluante:

PAGE 01-00004111353-0015-0046-06-01-4



- Rechtsplegingsvergoeding eerste aanleg: 36.000 EUR (maximumbedrag)
 - Rechtsplegingsvergoeding hoger beroep: 36.000 EUR (maximumbedrag)
 - Dagvaardingskosten: 594,00 EUR
 - Betekeningskosten m.b.t. arrest van 28 oktober 2015: 773,65 EUR
 - Rolrechten hoger beroep: 210,00 EUR
- “

OTIS vraagt:

“In hoofdorde:

- Het hoger beroep van de EU ongegrond te verklaren en het bestreden vonnis te bevestigen in de mate dat het de eisen van de EU afwijst als ongegrond.
- Alle nieuwe vorderingen van de EU af te wijzen als onontvankelijk en ongegrond.
- De EU te veroordelen tot alle kosten van het geding, hieronder begrepen de rechtsplegingsvergoeding in hoofde van Otis in hoger beroep begroot op het maximumbedrag van EUR 36.000.

In ondergeschikte orde:

- In de mate dat Uw Hof de vorderingen van de EU niet reeds zou verwerpen, in dat geval, vooraleer verder recht te doen en i.h.b. vooraleer zich uit te spreken over de aanstelling van een gerechtsdeskundige, de EU te bevelen om ter griffie neer te leggen en aan Geïntimeerden over te maken, een kopie van de stukken vermeld onder randnummer 66 van de huidige conclusie, volgens de werkwijze omschreven onder randnummer 67 van de huidige conclusie.
- De zaak naar de rol te verzenden voor het overige.

In uiterst onderschikte orde:

- In de mate dat Uw Hof de vorderingen van de EU niet reeds zou verwerpen en de ondergeschikte vordering van de EU tot aanstelling van een gerechtsdeskundige wel reeds zou inwilligen, de EU te bevelen de stukken vermeld onder randnummer 66 van de huidige conclusie ter griffie neer te leggen en aan Geïntimeerden over te maken, volgens de werkwijze omschreven onder randnummer 67 van de huidige conclusie, en voor recht te zeggen dat de aangestelde gerechtsdeskundige zijn opdracht maar zal kunnen aanvaatten nadat al deze stukken op gepaste wijze zijn neergelegd en alle vertrouwelijke informatie eruit is gezuiverd.
at al deze stukken op gepaste wijze zijn neergelegd en alle vertrouwelijke informatie eruit is gezuiverd.
t al deze stukken op gepaste wijze zijn neergelegd en alle vertrouwelijke informatie eruit is gezuiverd.



- *Bij de formulering van de deskundigenopdracht rekening te houden met de hierboven vermelde opmerkingen.*
- *De EU als meest gereede partij te veroordelen tot provisionering van de kosten verbonden aan het desgevallend bevolen deskundigenonderzoek.*
- *De zaak voor het overige naar de rol te verzenden.”*

KONE BELGIUM vraagt:

“In hoofdorde

Het hoger beroep onontvankelijk te verklaren, minstens verjaard, voor wat de vordering betreft die verband houdt met overeenkomsten afgesloten na afloop van de inbreukperiode, en ongegrond voor wat betreft de overige overeenkomsten;

Dienvolgens het vonnis a quo te bevestigen en appelante te veroordelen tot het betalen van de kosten van het geding, daarin begrepen de rechtsplegingsvergoeding begroot op EUR 72.000 (EUR 36.000 voor de procedure in eerste aanleg en EUR 36.000 voor de procedure in hoger beroep) en de gerechtskosten

In ondergeschikte orde

Het hoger beroep ontvankelijk doch ongegrond te verklaren;

Dienvolgens het vonnis a quo te bevestigen en appelante te veroordelen tot het betalen van de kosten van het geding, daarin begrepen de rechtsplegingsvergoeding begroot op EUR 72.000 (EUR 36.000 voor de procedure in eerste aanleg en EUR 36.000 voor de procedure in hoger beroep) en de gerechtskosten

In meer ondergeschikte orde

Alvorens recht te doen en alvorens de aanstelling van een deskundige te bevelen, de Europese Unie te bevelen volgende informatie over te maken:

- *de bekendmaking van de openbare aanbesteding;*
- *het lastenboek en de mogelijke addenda aan het lastenboek;*
- *de gunningsbeslissing;*
- *alle offertes;*
- *de gesloten contracten en alle mogelijke addenda bij deze contracten (waaronder dus m.n. ook eventuele contractuele documenten i.v.m. de verlenging van een contract);*
- *een historiek voor iedere lift waarvoor de EU schade eist van eventuele moderniseringswerken;*
- *alle briefwisseling tussen de instellingen van de EU en alle inschrijvers;*

PAGE 01-00004111353-0017-0046-06-01-4



- *alle interne verslagen van de instellingen van de EU die verklaren waarom de instellingen van de EU deze of gene inschrijver selecteerden en aan hem de opdracht toewezen, en waarom andere inschrijvers niet werden geselecteerd; en*
- *alle facturen en creditnota's i.v.m. de onderhoudscontracten waarvoor zij schade eist.*

Te bevelen dat van alle te overleggen stukken die in de kartelprocedure als vertrouwelijk gelden, eerst een inventaris wordt meegedeeld teneinde partijen de gelegenheid te geven om aan te duiden welke stukken volgens hen nog steeds vertrouwelijk zijn, en de overlegging van eventuele vertrouwelijke stukken afhankelijk te maken van de verbintenis door alle partijen om de vertrouwelijkheid ervan te eerbiedigen, de kennisname ervan te beperken tot de raadslieden en de technische raadgevers en er enkel gebruik van te maken binnen het kader van het verweer in rechte in deze rechtspleging;

me ervan te beperken tot de raadslieden en de technische raadgevers en er enkel gebruik van te maken binnen het kader van het verweer in rechte in deze rechtspleging;

an te maken binnen het kader van het verweer in rechte in deze rechtspleging;

De procedure op te schorten totdat de Europese Unie deze stukken zal hebben meegedeeld en KONE hieromtrent een effectieve tegenspraak hebben kunnen voeren;

De kosten voor te behouden”

SCHINDLER vraagt:

“In hoofdorde: het beroep van Appellante (de EU):

- Onontvankelijk te verklaren mbt de schade die zij vordert voor contracten afgesloten na 29 januari 2004

- In zijn geheel ongegrond te verklaren

In ondergeschikte orde, alvorens recht te doen en alvorens de aanstelling van een deskundige te bevelen, de Commissie te bevelen aan Schindler (mits respect van de vereiste vertrouwelijkheid en bescherming van zakengeheimen) volgende stukken over te maken voor tegensprekelijk debat:

- De kenmerken eigen aan de toegepaste aanbestedingsprocedure (open, beperkt, onderhandeld, aantal inschrijvers, ...)

- Het volledige aanbestedingsdossier, m.i.v.:

o De bekendmaking van de openbare aanbesteding;

o Het lastenboek;

o De mogelijke addenda aan het lastenboek;

o De gunningsbeslissing;

o Alle offertes;



- o Alle briefwisseling tussen de instellingen van de EU en alle inschrijvers; en*
- o Alle gunningsverslagen of andere interne verslagen van de instellingen van de EU die verklaren waarom de instellingen van de EU een bepaalde inschrijver selecteerden en waarom andere inschrijvers niet werden geselecteerd.*

In nog meer ondergeschikte orde, de debatten te heropenen om toe te laten te concluderen over de precieze afbakening van de opdracht van de deskundige(n).

In elk geval Appellante te veroordelen tot de kosten van het geding met inbegrip van de (geïndexeerde) rechtsplegingsvergoeding, thans begroot op EUR 36 000 per aanleg.”

THYSSENKRUPP LIFTEN ASCENSEURS heeft haar naam gewijzigd in **TK ELEVATOR BELGIUM** en vraagt:

“In hoofdorde

° de vorderingen van de EU lastens TK onontvankelijk te verklaren wat betreft de vergoeding van beweerde schade in de “follow-on” (of navolgende) periode;

° de vorderingen van de EU lastens TK, voor zover ontvankelijk, ongegrond te verklaren; en

° in ieder geval de EU te veroordelen tot de kosten van het geding, met inbegrip van de rechtsplegingsvergoeding begroot aan de zijde van TK op € 72.000 (€ 36.000 voor de procedure in eerste aanleg en € 36.000 voor de procedure in beroep) en de gerechtskosten ten belope van € 1.778,97;

° in ieder geval ervan akte te nemen dat de heer Eric Morel, CEO Benelux en afgevaardigd bestuurder (België), ter beschikking staat van het Hof om, zo nodig, bij maatregel alvorens recht te doen, als getuige te worden ondervraagd over diens toelichtingen zoals opgenomen in de onderhavige conclusie.

In ondergeschikte orde, alvorens recht te doen en alvorens de aanstelling van een deskundige te bevelen, de EU te bevelen aan TK volgende stukken over te maken voor tegensprekelijk debat:

- ° de bekendmaking van de openbare aanbesteding;*
- ° het lastenboek en de mogelijke addenda aan het lastenboek;*
- ° de gunningsbeslissing;*
- ° alle gesloten contracten en alle mogelijke addenda bij deze contracten;*
- ° alle offertes;*
- ° alle briefwisseling tussen de instellingen van de EU en alle inschrijvers;*
- ° alle gunningsverslagen of andere interne verslagen van de instellingen van de EU die verklaren waarom de instellingen van de EU een bepaalde inschrijver selecteerden en waarom andere inschrijvers niet werden geselecteerd; en*



° alle facturen en creditnota's i.v.m. de onderhoudscontracten en addenda waarvoor zij schade eist."

4 De gronden van de beslissing en het antwoord op de middelen van de partijen

4.1 De ontvankelijkheid van het hoger beroep

KONE en SCHINDLER vragen in het beschikkend gedeelte van hun conclusie het hoger beroep onontvankelijk te verklaren wat betreft de vordering met betrekking tot de "follow-on" periode, maar uit de motivering van hun conclusies is duidelijk dat zij niet de niet-ontvankelijkheid van het hoger beroep bedoelen maar de niet-ontvankelijkheid van de vordering.

Het hof ziet geen ambtshalve aan te voeren middel op dit punt.

Het hoger beroep is ontvankelijk. Dat geldt ook voor de incidenteel hoger beroepen van de geïntimeerden met betrekking tot de hoogte van de rechtsplegingsvergoeding.

4.2 De grond van het hoger beroep

4.2.1 De rechtsgrond van de vordering

De EUROPESE UNIE vraagt niet langer om overeenkomsten nietig te verklaren, maar vraagt alleen schadevergoeding.

Zij voert aan dat de inbreuken op het mededingingsrecht die vastgesteld zijn in de beschikking van 21 februari 2007 hoofd- of incidenteel bedrog vormen, dat zij niet of minstens tegen minder ongunstige voorwaarden zou hebben gecontracteerd indien er geen kartelinbreuken zouden zijn geweest, en dat zij recht heeft op schadevergoeding.

Daarnaast voert zij aan dat de inbreuken op het mededingingsrecht die vastgesteld zijn in de beschikking van 21 februari 2007 een fout vormen in de zin van artikelen 1382-1383 van het oud Burgerlijk Wetboek, en dat zij schade heeft geleden die in oorzakelijk verband staat met de fout.

De schade doet zich volgens de EUROPESE UNIE voor met betrekking tot twintig onderhoudscontracten voor liften en roltrappen. Twaalf overeenkomsten zijn gesloten tijdens de kartelperiode (9 mei 1996 tot en met 29 januari 2004); acht overeenkomsten zijn gesloten na de inbreukperiode, aangeduid als "follow-on" periode, van 30 januari 2004 tot 31 januari 2005.

De vordering heeft enkel betrekking op overeenkomsten van onderhoud en modernisering en niet op overeenkomsten van verkoop en plaatsing van nieuwe installaties. Dit is wat in de beschikking wordt aangeduid als Service Equipment Business (SEB) respectievelijk New Equipment Business (NEB).



In verband met de contracten gesloten tijdens de kartelperiode vordert de EUROPESE UNIE 7.087.452 euro; voor contracten gesloten tijdens de follow-on kartelperiode, vordert zij 4.895.284 euro (telkens in hoofdsom). Daarnaast vraagt zij 321.680,00 euro (in hoofdsom) voor de uitgaven aan technische raadslieden.

4.2.2 De ontvankelijkheid van de vordering met betrekking tot de follow-on periode

4.2.2.1

De vordering tot vergoeding met betrekking tot de follow-on periode is voor het eerst ingesteld in hoger beroep. De geïntimeerden werpen op dat die vordering niet ontvankelijk is omdat ze niet gesteund is op een feit dat werd ingeroepen in de dagvaarding.

Artikel 807 van het Gerechtelijk Wetboek bepaalt:

“een vordering die voor de rechter aanhangig is, kan uitgebreid of gewijzigd worden, indien de nieuwe, op tegenspraak genomen conclusies, berusten op een feit of akte in de dagvaarding aangevoerd, zelfs indien hun juridische omschrijving verschillend is.”

De dagvaarding verwijst naar de beslissing van 21 februari 2007 van de Commissie over de schending van artikel 81 van het Verdrag en vermeldt dat de geïntimeerden afspraken hebben gemaakt waardoor zij verzekerd waren van de diensten van onderhoud en vernieuwing met betrekking tot de goederen die zij hadden geleverd en geplaatst. De EUROPESE UNIE houdt nu voor dat zij tijdens de follow-on periode schade heeft geleden veroorzaakt door diezelfde afspraken. De vraag tot vergoeding van schade geleden na de beëindiging van het kartel vormt dus een uitbreiding van de vordering die steunt op feiten aangevoerd in de dagvaarding.

4.2.2.2

De geïntimeerden werpen voorts op dat deze nieuwe vordering verjaard is met toepassing van artikel 2262 bis §1 van het oud Burgerlijk Wetboek. De uitbreiding van de vordering tot de vergoeding van later opgetreden schade veroorzaakt door dezelfde fout kan echter niet aangezien worden als een nieuwe vordering waarvoor een afzonderlijke verjaringstermijn geldt.

De uitbreiding van vordering is dus ontvankelijk.

4.2.3 De bewijslast

4.2.3.1

Het staat aan de eisende partij om het bewijs te leveren van wat zij aanvoert (artikel 1315 van het oud Burgerlijk Wetboek en artikel 870 van het Gerechtelijk Wetboek). In dit geval moet de EUROPESE UNIE dus aantonen dat er hoofd- of incidenteel bedrog is (bedrog wordt niet vermoed, het moet worden bewezen, artikel 1116, 2^e lid van het oud Burgerlijk Wetboek), en/of dat er fout is, schade en oorzakelijk verband (artikelen 1382 en 1383 van het oud Burgerlijk Wetboek).



4.2.3.2

De partijen zijn het erover eens dat de Richtlijn 2014/104/EU van 26 november 2014 van het Europees Parlement en de Raad betreffende schadevorderingen voor inbreuken op het mededingingsrecht van de lidstaten en van de Europese Unie niet kan toegepast worden op huidig geschil. Die Richtlijn voert een wettelijk vermoeden in dat kartelinbreuken schade berokkenen, en dat de inbreukpleger het recht heeft dit vermoeden te weerleggen (artikel 17 (2)), maar zij heeft geen terugwerkende kracht (artikel 22).⁵ Het hof heeft overigens in zijn tussenarrest van 4 maart 2020 reeds beslist dat de bepalingen van de Richtlijn in deze niet van toepassing zijn.

4.2.3.3

De EUROPESE UNIE voert aan dat boek 8 "Bewijs" van het Burgerlijk Wetboek van toepassing is op dit geschil.

Boek 8 werd ingevoegd bij de Wet van 13 april 2019 tot invoering van een Burgerlijk Wetboek en tot invoering van boek 8 "Bewijs" in dat Wetboek. Met toepassing van artikel 75 van de wet, trad het in werking op de eerste dag van de achttiende maand na die waarin het is bekendgemaakt in het Belgisch Staatsblad, of 1 november 2020.

De Wet bevat geen bijzondere overgangsregels, zodat moet teruggegrepen worden naar de regels van gemeen recht. Dat betekent in beginsel de toepassing enkel voor het toekomstige, met verbod van retroactieve toepassing. Dat is de basisregel zoals uitgedrukt in artikel 1 van het oud Burgerlijk Wetboek en de algemene regel voor nieuwe bepalingen van materieel recht. Daarvan wijkt af artikel 3 van het Gerechtelijk Wetboek, dat bepaalt dat onder meer de wetten op de rechtspleging van toepassing zijn op de hangende rechtsgedingen. Voor dit geschil betekent dit dat de nieuwe bepalingen alleen kunnen worden toegepast voor zover zij kunnen beschouwd worden als regels van procedurerecht.

Er is inderdaad verdedigd dat voor het overgangsrecht het bewijsrecht tot het procesrecht moet gerekend worden.⁶ Dit is evenwel niet vanzelfsprekend, nu het bewijsrecht klassiek wordt aangemerkt als vallend tussen het burgerlijk recht en het burgerlijk procesrecht.⁷

De bepalingen van het nieuwe boek 8 kunnen niet zonder meer beschouwd worden als regels van procedurerecht. Dat geldt voor de regels over het voorwerp van het bewijs (artikel 8.3), de bewijslast (artikel 8.4), de bewijsstandaard (artikelen 8.5 en 8.6), de wettelijke vermoedens

⁵ De Richtlijn werd omgezet door de Wet van 6 juni 2017 houdende invoering van een Titel 3 "De rechtsvordering tot schadevergoeding wegens inbreuken op het mededingingsrecht" in Boek XVII van het Wetboek van economisch recht, houdende invoering van definities eigen aan Boek XVII, Titel 3 in Boek I en houdende diverse wijzigingen van het Wetboek van economisch recht", BS 12 juni 2017.

⁶ Zie B. ALLEMEERSCH en A.-S. HOUTMEYERS, "Kennismaking met het nieuwe bewijsrecht", RDC 2019, afl. 5, 641; B. CATTOIR, "Algemene principes van het nieuw burgerlijk bewijsrecht" in B. CATTOIR (ed.), Nieuw Burgerlijk Bewijsrecht, 2020, Wolters Kluwer, 8.

⁷ ALLEMEERSCH, B. "Omnia mutatur, nihil interit. Beschouwingen over Boek 8 van het nieuw Burgerlijk wetboek" in T. Vansweevelt en B. Weyts, Het nieuwe bewijsrecht, Antwerpen, Intersentia, 2020, (121) 124-125.



(artikel 8.7), de toelaatbaarheid van de bewijsmiddelen (artikelen 8.8 tot en met 8.14) en de bewijsmiddelen (artikel 8.15 tot en met 8.38).

Artikel 8.4 laatste lid bepaalt:

“De rechter kan, bij een met bijzondere redenen omkleed vonnis, in het licht van uitzonderlijke omstandigheden, bepalen wie de bewijslast draagt wanneer de toepassing van de in de vorige leden opgelegde regels kennelijk onredelijk zou zijn. De rechter kan slechts gebruik maken van deze mogelijkheid wanneer hij alle nuttige onderzoeksmaatregelen heeft bevolen en erover gewaakt heeft dat de partijen meewerken aan de bewijsvoering, zonder op die manier voldoende bewijs te verkrijgen.”

De vermelding van de bevoegdheid van de rechter om de bewijslast te verplaatsen vormt op zich geen regel van rechtspleging: hij bepaalt niet welke handelingen in de procedure moeten gesteld worden. Dat de wettekst de rechter vermeldt, of dat de rechter de regels met betrekking tot onder meer bewijslast zal toepassen bij de beoordeling van geschillen, maakt die regels niet tot procedurerecht. Er anders over denken maakt elke regel van objectief recht tot virtueel procedurerecht.

Een wijziging van de regels met betrekking tot bewijslast en bewijsstandaard heeft uiteraard invloed op de afloop van een geding, maar beïnvloedt in eerste instantie de materieelrechtelijke positie van de partijen. Dat een partij het bewijs kan leveren van haar subjectief recht, bevestigt dat subjectief recht. Dat is evident het geval bij overeenkomsten, waar bijvoorbeeld een wijziging van de bewijsstandaard kan meebrengen dat een bestaande overeenkomst die niet beantwoordt aan de nieuwe bewijsstandaard niet meer kan afdwongen worden. Een toepassing van nieuwe bewijsregels op een reeds gesloten overeenkomst komt neer op een retroactieve toepassing van de wet en schendt de rechtmatige verwachtingen van de partijen.

Dit is echter niet anders bij buitencontractuele aansprakelijkheid, waar de rechtspositie van de partijen na de feiten zou worden gewijzigd indien de relevante elementen (fout, schade, oorzakelijk verband) op een andere wijze kunnen worden hardgemaakt dan het geval was op het ogenblik van het ontstaan van de aansprakelijkheid. Ook in dat geval kan het nieuwe bewijsrecht de rechten van de partijen wijzigen, en dat komt het hof voor als strijdig met het beginsel van artikel 1 van het oud Burgerlijk Wetboek. Als bijvoorbeeld het nieuwe recht met betrekking tot onrechtmatige daad een onweerlegbaar vermoeden invoert met betrekking tot de aansprakelijkheid van de ouder van een 12 tot 16 jarige, dan is dat een bewijsregel, die de rechter gaat toepassen, maar het is ook een regel van objectief recht waaruit een subjectief recht kan geput worden, een aanspraak van het slachtoffer op vergoeding van schade.

Het moet aangenomen worden dat het niet de bedoeling van de wetgever is geweest dat de toepassing van de nieuwe regels van boek 8 op de gevolgen van voltrokken feiten de rechtmatige verwachtingen schendt van de partij die mogelijk aansprakelijk kan gesteld worden voor gevolgen van die feiten. De zorgvuldigheid van haar gedrag en de gevolgen van dat gedrag moeten beoordeeld worden volgens de normen die golden op het ogenblik van de feiten, en dat impliceert dat ook de schade en het oorzakelijk verband worden beoordeeld en



al of niet worden aangenomen te bestaan volgens de toen geldende regels van wat te bewijzen of bewijsbaar was.

Het bovenstaande vindt bevestiging in de vaststelling op zich dat het bewijsrecht van boek 8 is ingebed in het Burgerlijk Wetboek en niet in het Gerechtelijk Wetboek. Aldus ook de memorie van toelichting bij het wetsontwerp dat heeft geleid tot de wet van 13 april 2019: “Regels die onder het procesrecht vallen en die niet in het burgerlijk wetboek passen (zoals het recht op bewijs, het in rechte aanwenden van ongeoorloofde bewijzen...) vallen evenwel buiten het bestek van deze hervorming.” De Franse tekst is nog iets uitdrukkelijker: “Ont cependant été exclues les règles qui relèvent du droit procédural, qui ne trouvent pas leur place en droit civil (le droit à la preuve, l’utilisation de preuves illégales en justice...)»⁸: de regels van procedurerecht, die niet passen in het burgerlijk recht, waren geen voorwerp van vernieuwing. Aldus ook een van de geestelijke vaders van het ontwerp, professor Allemeersch, die in een commentaar uitlegt dat het de bedoeling was dat het bewijsprocesrecht buiten het bereik van de codificatie bleef en dat helemaal werd weggebleven van het procesrecht.⁹

Artikel 1 van het oud Burgerlijk Wetboek houdt in dat een nieuwe wet niet enkel van toepassing is op situaties die ontstaan vanaf de inwerkingtreding van die wet maar ook op de toekomstige gevolgen van de onder het stelsel van de vorige wet ontstane situaties die zich voordoen of die aanhouden onder de gelding van de nieuwe wet, voor zover die toepassing de onweerlegbaar vastgestelde rechten niet aantast.¹⁰ In dit geschil is (beweerdelijk) een situatie ontstaan voor de inwerkingtreding van het nieuwe boek 8, die kan leiden tot de vaststelling van aansprakelijkheid. De vaststelling van die aansprakelijkheid, en dus het bevestigen van het bestaan van een aanspraak van de EUROPESE UNIE op vergoeding lastens de geïntimeerden, vormt geen toekomstig gevolg van de vroeger ontstane situatie. De rechterlijke uitspraak die de aansprakelijkheid vaststelt, stelt immers enkel vast, en doet niet ontstaan.

Ten overvloede merken de geïntimeerden terecht op dat het hof in zijn tussenarrest van 4 maart 2020, dit is voor de inwerkingtreding van het nieuwe bewijsrecht, reeds heeft overwogen dat het aan de EUROPESE UNIE behoort om “met de beschikbaar gestelde stukken en met alle gegevens en stukken waarover de EUROPESE UNIE zelf beschikt (al haar aanbestedingen, al haar contracten met de liftenbouwers In de incriminatieperiode, ...) - aan te tonen dat zij (of dat zij niet) een schade heeft geleden ingevolge - het ongeoorloofde kartel dat tussen de liftenbouwers was tot stand gekomen. “

Het hof heeft zijn rechtsmacht op dit punt dus reeds uitgeput.

⁸ Wetsontwerp houdende invoeging van Boek 8 “Bewijs” in het nieuw Burgerlijk Wetboek, Parl. St. Kamer 2018-19, nr. 54-3349/001, 4.

⁹ ALLEMEERSCH, B. "Omnia mutatur, nihil interit. Beschouwingen over Boek 8 van het nieuw Burgerlijk wetboek" in T. Vansweevelt en B. Weyts, Het nieuwe bewijsrecht, Antwerpen, Intersentia, 2020, (121) 124-125.

¹⁰ Zie Cass. (3e k.) AR S.15.0018.F, 2 januari 2017 (Alliance Nationale des Mutualités Chrétiennes / J.-C.R.), APT 2017 (samenvatting), afl. 3, 290; <https://juportal.be> (26 januari 2017), concl. GENICOT, J.; JTT 2017, afl. 1276, 188: de vaststelling van de feiten in een proces-verbaal dat dateert van na de nieuwe wet vormt geen gevolg van die feiten.

4.2.3.4

Nog meer ten overvloede moet vastgesteld worden dat de toepassing van de nieuwe bewijsregels niet leidt tot een andere beoordeling. De EUROPESE UNIE beroept zich op artikel 8.6, tweede lid van het Burgerlijk Wetboek, het bewijs door waarschijnlijkheid, en op artikel 8.4, 5^{de} lid van het Burgerlijk Wetboek, de omkering van de bewijslast in uitzonderlijke omstandigheden.

Artikel 8.4, 5de lid van het Burgerlijk Wetboek bepaalt:

"De rechter kan, bij een met bijzondere redenen omkleed vonnis, in het licht van uitzonderlijke omstandigheden, bepalen wie de bewijslast draagt wanneer de toepassing van de in de vorige leden opgelegde regels kennelijk onredelijk zou zijn. De rechter kan slechts gebruik maken van deze mogelijkheid wanneer hij alle nuttige onderzoeksmaatregelen heeft bevolen en erover gewaakt heeft dat de partijen meewerken aan de bewijsvoering, zonder op die manier voldoende bewijs te verkrijgen."

De "in de vorige leden opgelegde regels" van artikel 8.4 luiden als volgt:

*"Regels die de bewijslast bepalen
Hij die meent een ander in rechte te kunnen aanspreken, moet de rechtshandelingen of feiten bewijzen die daaraan ten grondslag liggen.
Hij die beweert bevrijd te zijn, moet de rechtshandelingen of feiten bewijzen die zijn bewering ondersteunen.
Alle partijen zijn gehouden om mee te werken aan de bewijsvoering.
In geval van twijfel wordt hij die de door hem beweerde rechtshandelingen of feiten moet bewijzen, in het ongelijk gesteld, tenzij de wet anders bepaalt."*

Het is dus in beginsel nog steeds aan de eisende partij om te bewijzen wat zij aanvoert, zoals onder het "oud regime" van artikel 1315 van het oud Burgerlijk Wetboek en artikel 870 van het Gerechtelijk Wetboek. De afwijking daarvan, met toepassing van artikel 8.4, 5^{de} lid van het Burgerlijk Wetboek, moet begrepen worden als een uitzondering. Artikel 8.4, 5^{de} lid bepaalt dat ook uitdrukkelijk: het kan alleen "in het licht van uitzonderlijke omstandigheden", en als de toepassing van de gemene regel "kennelijk onredelijk" zou zijn.

De memorie van toelichting bij het wetsontwerp voor boek 8 licht dit als volgt toe:

"De termen "uitzonderlijke omstandigheden" en "kennelijk onredelijk" zetten de rechter aan tot voorzichtigheid bij de toepassing van deze regel. De loutere materiële onmogelijkheid om het bewijs te leveren, is niet automatisch een reden om de bewijslast om te keren. Alvorens die regel toe te passen, moet de rechter trouwens alle mogelijkheden onderzoeken van medewerking van partijen aan de bewijsvoering. Het is echt een ultimum remedium. Het is dus niet nodig om de bewijslast om te keren wanneer het beslissende bewijselement in handen is van de tegenpartij en deze in staat is om dat aan de rechtbank over te leggen, omdat in dat geval de medewerking aan de bewijsvoering of een onderzoeksmaatregel een oplossing kan bieden. Wanneer de rechter de tegenpartij nog kan verplichten om het beslissende bewijselement over te

leggen overeenkomstig art. 871 Ger.W., is het de rechter niet toegelaten te bepalen wie de bewijslast draagt. Naar aanleiding van een opmerking van de Raad van State, is deze regel toegevoegd aan de tekst van de wet.

De rechter kan die regel echter wel toepassen als de medewerking aan de bewijsvoering onwerkzaam is omdat de tegenpartij niet meer in staat is om het bewijs dat ze in handen had te leveren, ongeacht of de verdwijning van dat bewijs al dan niet te wijten is aan een fout van haar kant. In dat geval lijkt het redelijk om de ongunstige gevolgen van de twijfel van de rechter in het nadeel te laten werken van de partij die aan de basis ligt van de verdwijning van het bewijs. De rechter kan aldus rekening houden met de verdwijning van bewijselementen die het gevolg is van tijdsverloop. Daarnaast kan hij ook een foutieve weigering van één van de partijen om mee te werken aan de bewijsvoering bestraffen. In het Duitse, Zwitserse en Oostenrijkse recht wordt de obstructie van de bewijsvoering (Beweisvereitelung) op die manier bestraft.

De rechter kan ook rekening houden met een aanzienlijk onevenwicht in bewijsgeschiktheid wanneer het opstellen, bijhouden of leveren van bewijs buitensporig zwaar of duur is voor één van de partijen. Het bestaan van een economisch onevenwicht tussen de partijen, zoals een particulier tegenover een groot bedrijf, hoeft niet automatisch te leiden tot een omkering van de bewijslast. De rechter kan echter rekening houden met dat onevenwicht wanneer de bewijslast die bij de particulier ligt, de uitvoering vereist van prestaties die voor hem uitermate zwaar en/of duur zijn. In de omstandigheden zal de rechter trouwens ook rekening houden met de verlichting van de bewijsstandard, zoals voorzien in artikel 5 van dit ontwerp, wanneer het zekere bewijs van het te bewijzen feit redelijkerwijs niet kan worden geleverd.

Een vrees die soms geuit wordt met betrekking tot de omkering van het bewijsrisico, is dat het een rechterlijke willekeur in de hand zou werken. Sommigen beschouwen dat zelfs als problematisch in het licht van artikel 6 EVRM. Het klopt dat de verdeling van het bewijsrisico niet op arbitraire wijze mag gebeuren. Er moet een duidelijke motivering zijn waarom de rechter in uitzonderlijke omstandigheden afwijkt van de wettelijke regels. Toch is het belangrijk om op te merken dat het beginsel van de wapengelijkheid, dat eveneens voortvloeit uit artikel 6 EVRM, soms juist een omkering van het bewijsrisico noodzaakt. De feitelijke bewijsmoeilijkheden van een partij kunnen immers zodanig groot zijn dat het dragen van het bewijsrisico als zodanig een inbreuk op de wapengelijkheid uitmaakt.¹¹

De hypothesen uit de memorie van toelichting zijn niet aan de orde.

In huidig geval is reeds een onderzoeksmaatregel genomen: de overlegging van stukken is bevolen aan de geïntimeerden bij arrest van 28 oktober 2015 en is uitgevoerd, zoals het hof heeft vastgesteld in zijn arrest van 4 maart 2020. Bij dat laatste arrest heeft het hof ook de vraag van de EUROPESE UNIE tot overlegging van bijkomende stukken verworpen.

¹¹ Memorie van toelichting bij het Wetsontwerp houdende invoeging van Boek 8 “Bewijs” in het nieuw Burgerlijk Wetboek, Parl. St. Kamer 2018-19, nr. 54-3349/001, 14-15.

Het blijkt niet dat de geïntimeerden niet meer in staat zijn om het bewijs dat ze in handen hadden te leveren of dat bewijselementen verdwenen zijn, noch dat er een aanzienlijk onevenwicht in bewijsgeschiktheid is, of dat het opstellen, bijhouden of leveren van bewijs buitensporig zwaar of duur is (geweest) voor de EUROPESE UNIE.

Anders dan de EUROPESE UNIE suggereert, wordt zij bij het vervullen van haar bewijslast niet gehinderd door een informatie-asymmetrie. Het kan niet aangenomen worden dat zij over minder informatie beschikt over het ontstaan van de twintig overeenkomsten dan de geïntimeerden.

Het enkele feit dat de EUROPESE UNIE met toepassing van de gemene regel van de bewijslast mogelijk niet zou slagen in het bewijs volstaat uiteraard niet om de bewijslast om te keren. Dat een partij faalt in de bewijslast vormt geen uitzonderlijke omstandigheid. Het omkeren van de bewijslast zou in dat geval net een schending vormen van de wapengelijkheid, tegen de logica van artikel 8.4, 5^{de} lid in.

Ook het doeltreffendheidsbeginsel ontslaat de EUROPESE UNIE niet van de op haar wegende bewijslast. Artikel 19(1) van het Verdrag betreffende de Europese Unie bepaalt dat de lidstaten voor de nodige rechtsmiddelen moeten zorgen om daadwerkelijke rechtsbescherming op de onder het recht van de Unie vallende gebieden te verzekeren. De nationale (procedure)regels mogen dus niet meebrengen dat artikel 101 en 102 VWEU niet hun volle uitwerking krijgen.¹² Dat betekent echter niet dat voor het bewijs in mededingingsrecht een andere standaard geldt dan voor het gewone aansprakelijkheidsrecht.

Dat is ook wat het Hof van Justitie in zijn arrest van 6 november 2012 uitdrukkelijk heeft beslist:

“...dat een civiele schadevordering als die in het hoofdgeding, zoals uit de verwijzingsbeslissing blijkt, niet alleen inhoudt dat wordt vastgesteld of er een schadebrengend feit is, maar ook dat wordt bepaald of er schade en een rechtstreeks verband tussen de schade en het schadebrengende feit bestaat. Weliswaar moet de nationale rechter, die geen beslissingen mag nemen die in strijd zijn met een beschikking van de Commissie waarbij een inbreuk op artikel 101 VWEU wordt vastgesteld, het bestaan van een verboden mededingingsregeling of onderling afgestemde feitelijke gedraging aanvaarden, maar de vraag of er schade en een rechtstreeks causaal verband tussen de schade en de betrokken mededingingsregeling of onderling afgestemde feitelijke gedraging bestaat, wordt nog steeds door hem beoordeeld.”

Het hof kan geen ander bewijsrecht toepassen omdat dit een vordering is op grond van inbreuken op het mededingingsrecht. De EUROPESE UNIE heeft het in dit geding niet moeilijker of gemakkelijker dan een andere benadeelde die voor de rechter de erkenning zoekt van zijn aanspraak over vergoeding op grond van onrechtmatige daad.

¹² HvJ 5 juni 2014, nr. C-557/12, EU:C:2014:1317, Kone e.a./ÖBB Infrastruktur, §24.

De EUROPESE UNIE vraagt voorts toepassing te maken van de soepele bewijsstandaard van bewijs door waarschijnlijkheid.

Artikel 8.5 en 8.6 vormen Afdeling 5. Bewijsstandaard:

*“Artikel 8.5. Algemene regel - zeker bewijs
Behalve in de gevallen waarin de wet anders bepaalt, moet het bewijs geleverd worden met een redelijke mate van zekerheid.*

*Artikel 8.6. Bewijs door waarschijnlijkheid
Onverminderd de verplichting tot medewerking van alle partijen aan de bewijsvoering, kan hij die de bewijslast draagt van een negatief feit, genoeg nemen met het aantonen van de waarschijnlijkheid van dat feit.
Hetzelfde geldt voor positieve feiten waarvan het vanwege de aard zelf van het te bewijzen feit niet mogelijk of niet redelijk is om een zeker bewijs te verlangen.”*

De EUROPESE UNIE draagt in dit geding niet de bewijslast van een negatief feit, maar van positieve feiten (bedrog, fout, schade, oorzakelijk verband). Dat zijn geen feiten waarvan het uit hun aard zelf onmogelijk of onredelijk is een zeker bewijs te verlangen. Het volstaat dus niet dat een feit aannemelijk lijkt om het bewijs door waarschijnlijkheid te aanvaarden.

De memorie van toelichting bij boek 8 licht toe dat waarschijnlijkheid veronderstelt dat er zwaarwegende gronden bestaan die de juistheid van de feitelijke aanvoering op objectieve wijze ondersteunen en dat alternatieven, hoewel niet volledig onmogelijk, niet geloofwaardig lijken:

“Het bewijs door waarschijnlijkheid wordt uitgebreid naar bepaalde positieve feiten, die materieel niet op zekere wijze kunnen worden bewezen of die zo moeilijk te bewijzen zijn dat het niet redelijk is om een zeker bewijs te verlangen van een partij. Zo aanvaardt de rechtspraak bij verzekering tegen diefstal dat het zekere bewijs van een diefstal onmogelijk te leveren is. De bewijsstandaard die van de verzekerde wordt geëist, wordt dus verlicht. De formulering van de tekst is geïnspireerd op de vaste rechtspraak van de Zwitserse federale rechtbank (Tribunal fédéral (FT) 15 maart 2010 4D- 151/2009, nr. 4.2; TF 19 december 206,133 III 81,nr. 4.2.; TF 29 januari 2004, 130 III 321, nr. 3.2). Indien we de aanvaarde verlichting van de bewijsstandaard voor negatieve feiten niet zouden uitbreiden naar onmogelijk met zekerheid te bewijzen positieve feiten, zou dan een ongerechtvaardigde discriminatie teweeggebracht hebben.

Naar aanleiding van een opmerking van de Raad van State is beslist om het begrip “waarschijnlijk” te behouden, omdat het niet van aard is om verwarring te creëren. De wet maakt een duidelijk onderscheid tussen het “zeker” bewijs, ook al gaat het niet om een absolute zekerheid, en “het bewijs door waarschijnlijkheid”. Dit laatste begrip stemt overeen met het concept uit het Zwitserse recht van de “overwegende waarschijnlijkheid”, wat betekent dat er zwaarwegende gronden bestaan die de juistheid van de feitelijke aanvoering op objectieve wijze ondersteunen, zonder dat er sprake moet zijn van een aan zekerheid grenzende waarschijnlijkheid (W.



VANDENBUSSCHE, Bewijs en onrechtmatige daad, Antwerpen, Intersentia, 2017, 621, nr. 724). Als men dan toch moet spreken over een zekerheidspercentage, zou dat allicht 75 % zijn, wat wil zeggen dat er ernstige elementen in het dossier staan die de aanvoeringen ondersteunen en dat alternatieven, hoewel niet volledig onmogelijk, niet geloofwaardig lijken. Het opschrift van dit artikel is evenwel herzien zoals gevraagd door de Raad van State.”¹³

De verwijzing naar positieve feiten “die materieel niet op zekere wijze kunnen worden bewezen of die zo moeilijk te bewijzen zijn dat het niet redelijk is om een zeker bewijs te verlangen van een partij” of “onmogelijk met zekerheid te bewijzen positieve feiten” maakt duidelijk dat de wetgever een zeer beperkt toepassingsgebied voor ogen had.

De rechter behoort artikel 8.6 dus met grote behoedzaamheid en terughoudendheid te hanteren; het is geen reddingsboei voor wie faalt in zijn bewijslast.

In huidig geval gaat het om daden van bedrog, en een concrete schade geleden bij twintig welbepaalde contracten. De EUROPESE UNIE beschikt over haar eigen stukken over de onderhandelingen over die contracten, over hun uitvoering, hun verlenging, zij beschikt over boekhouding en studies. De procedure heeft ook niet betrekking op feiten waarover door een lang verloop van tijd geen stukken meer bewaard zijn; overigens is het aan de eisende partij om de voor haar nuttige stukken te bewaren.

Anders dan de EUROPESE UNIE suggereert, kan het bewijs door waarschijnlijkheid ook niet gehanteerd worden als remedie omdat de schade moet vastgesteld worden door een hypothetisch alternatief dat per definitie niet bestaat en dus theoretisch is. Bij elke vordering op grond van onrechtmatige daad moet het rechtmatig alternatief onderzocht worden. Dat dit alternatief zich niet heeft voorgedaan, betekent niet dat niet moet bewezen worden wat het verschil is tussen de situatie na en door de fout en de situatie van het rechtmatig alternatief.

4.2.4 Het bedrog

Het staat aan de eisende partij om het bewijs te leveren van wat zij aanvoert (artikel 1315 van het oud Burgerlijk Wetboek en artikel 870 van het Gerechtelijk Wetboek).

De EUROPESE UNIE vordert zoals vermeld niet meer de nietigverklaring van de overeenkomst, maar enkel schadevergoeding op grond van bedrog. Zij voert aan dat de geïntimeerden hoofdbedrog, minstens incidenteel bedrog hebben gepleegd, maar de geïntimeerden merken terecht op dat de EUROPESE UNIE niet voorhoudt dat zij zonder het bedrog geen onderhoudsovereenkomst zou gesloten hebben. Zij beroept zich dus eigenlijk niet op hoofdbedrog, maar op incidenteel bedrog: zij zou zonder het bedrog gecontracteerd hebben tegen andere voorwaarden.

¹³ Memorie van toelichting bij het Wetsontwerp houdende invoeging van Boek 8 “Bewijs” in het nieuw Burgerlijk Wetboek, Parl. St. Kamer 2018-19, nr. 54-3349/001, 16-17.



De EUROPESE UNIE moet dus aantonen dat de geïntimeerden haar opzettelijk in dwaling hebben gebracht om haar toestemming te verkrijgen. Bedrog wordt niet vermoed, het moet worden bewezen (artikel 1116, 2e lid van het oud Burgerlijk Wetboek). Niet enkel de wil tot bedrog moet bewezen worden, maar ook de dwaling van de EUROPESE UNIE, en de invloed van de kunstgrepen op de wilsovereenstemming en dus de voorwaarden van de overeenkomst.¹⁴

De EUROPESE UNIE voert aan dat de geïntimeerden kunstgrepen hebben toegepast door hun geheime afspraken om niet met elkaar te concurreren voor onderhoudscontracten voor bestaande liften en roltrappen. Zij verwijst naar de beschikking van 21 februari 2007 waar die overweegt dat de afspraken van de geïntimeerden gericht waren op het kunstmatig opdrijven van de prijzen, ten gunste van de betrokken ondernemingen, op een hoger niveau dan bij vrije concurrentie het geval zou zijn geweest:

“(576) Dit zijn de essentiële kenmerken van de horizontale regelingen die in dit geval worden bekeken. Aangezien de prijs het voornaamste instrument van concurrentie is, waren de verschillende heimelijke overeenkomsten en mechanismen die de leveranciers hebben aangenomen uiteindelijk allemaal gericht op inflatie van de prijzen, ten gunste van de betrokken ondernemingen, op een hoger niveau dan bij vrije concurrentie het geval zou zijn geweest. Door markten en klanten te verdelen, hoefden de ondernemingen niet te concurreren om marktaandeel en klachten en wisten zij de marktprijs en de levering te manipuleren, evenals de concurrentiestructuur in de segmenten voor verkoop en installatie onderhoud en modernisering van liften en roltrappen. Het delen van markten en klanten en het vaststellen van prijzen beperkt altijd de concurrentie zoals bedoeld in artikel 81, lid 1 van het Verdrag”

Bij haar bespreking van het bedrog verbindt de EUROPESE UNIE deze algemene overweging echter niet aan de individuele twintig overeenkomsten waarvoor zij vergoeding vraagt. Zij verwijst naar het EE&MC verslag, waaruit volgens haar blijkt dat de overeenkomsten zijn gebaseerd op offertes die frauduleuze kunstgrepen inhielden om haar te misleiden. Zij meent dat uit het EE&MC verslag blijkt dat zij een meerprijs heeft betaald van 7.087.452 euro voor de contracten gesloten in de kartelperiode en 4.895.284 euro voor de contracten gesloten in de follow-on kartelperiode.

De EUROPESE UNIE stelt dat de geïntimeerden er niet in slagen aan te tonen welke onderhoudscontracten waarvan zij een meerprijs heeft aangetoond niet zouden zijn beïnvloed door de kunstgrepen. Daarmee keert zij de bewijslast echter om: het is aan de EUROPESE UNIE om te bewijzen dat de kunstgrepen hebben geleid tot overeenkomsten die nadeliger zijn geweest voor haar dan zonder de kunstgrepen het geval zou zijn geweest (artikel 1116 van het oud Burgerlijk Wetboek).

De EUROPESE UNIE voert aan dat het algemeen rechtsbeginsel *fraus omnia corrumpit* eraan in de weg staat dat het bedrog de dader voordeel verschaft, en dat de geïntimeerden daarom

¹⁴ Cass. (3e k.) AR S.97.0054.N, 1 december 1997 (Desouter / B.A.S.F. N.V.), <https://juportal.be> (18 oktober 2001); Arr.Cass. 1997, 1255; Bull. 1997, 1315; Pas. 1997, I, 1315; Soc.Kron. 1998, 292, noot; WERY, P., *Droit des obligations*, Vol. 1, Brussel, Larcier, 2011, 242-248

niet kunnen opwerpen dat de EUROPESE UNIE zelf de mededinging heeft uitgesloten of een onvoorzichtigheid heeft begaan. Zij stelt dat de mogelijke eigen fout van de EUROPESE UNIE bij het sluiten van de overeenkomsten zonder invloed moet blijven op de plicht tot schadevergoeding van de geïntimeerden.

De dwaling van het slachtoffer van het bedrog hoeft inderdaad niet verschoonbaar te zijn. Aan dit middel gaat echter de beoordeling vooraf van de vraag of de kunstgrepen hebben geleid tot nadeliger overeenkomsten, en dus of er schade is. Dit is in wezen dezelfde vraag als die naar fout, schade en oorzakelijk verband.

4.2.5 De onrechtmatige daad

Daarnaast voert de EUROPESE UNIE aan dat de inbreuken op het mededingingsrecht die vastgesteld zijn in de beschikking van 21 februari 2007 een fout vormen in de zin van artikelen 1382-1383 van het oud Burgerlijk Wetboek, en dat zij schade heeft geleden die in oorzakelijk verband staat met de fout. Dit is in wezen geen andere rechtsgrond: het incidenteel bedrog vormt een precontractuele fout die verplicht tot vergoeding van de daardoor veroorzaakte schade.

4.2.5.1

Terecht voert de EUROPESE UNIE aan dat aan de volle werking van artikel 101 VWEU zou worden afgedaan indien niet iedereen vergoeding zou kunnen vorderen van schade die hem is berokkend door een overeenkomst of een gedraging die de mededinging kan beperken of vervalsen, en dat iedereen vergoeding kan vorderen van de geleden schade wanneer er een causaal verband bestaat tussen die schade en de door artikel 101 VWEU verboden mededingingsregeling of onderling afgestemde feitelijke gedraging. Zij stelt dat ook het Hof van Justitie in zijn arrest van 6 november 2012 heeft bevestigd dat zij recht heeft op integrale vergoeding van de schade veroorzaakt door de mededingingsinbreuken van de geïntimeerden. Dat klopt, maar het Hof van Justitie zegt daar eigenlijk niet meer dan dat ook de EUROPESE UNIE vergoeding kan krijgen wanneer er een oorzakelijk verband is tussen de schade en de inbreuk op artikel 101 VWEU.¹⁵

“43. Bijgevolg kan eenieder vergoeding van de geleden schade vorderen wanneer er een causaal verband bestaat tussen die schade en een door artikel 81 EG verboden mededingingsregeling of onderling afgestemde feitelijke gedraging (arrest Manfredi e.a., reeds aangehaald, punt 61).

44. Ook de Unie heeft dus dat recht.”

De EUROPESE UNIE moet met andere woorden nog wel het bewijs leveren van fout, schade, en oorzakelijk verband. Dit is het geval voor elk schadegeval waarvoor zij vergoeding vordert, dit is voor elk van de twintig overeenkomsten waarvan zij beweert dat ze gesloten zijn op een voor haar nadelige wijze. Voor elk van die overeenkomsten moet de EUROPESE UNIE de fout aantonen, zekere schade en oorzakelijk verband tussen die fout en die schade.

¹⁵ HvJ, 12 december 2019, nr. C-435/18, ECLI:EU:C:2019:1069, Otis e.a., §§ 43-44.

4.2.5.2

Ten onrechte houden de geïntimeerden voor dat de inbreuk op het mededingingsrecht waarvoor zij beboet werden geen fout uitmaakt in de zin van artikel 1382 van het oud Burgerlijk Wetboek. Artikel 101 VWEU verbiedt als onverenigbaar met de interne markt onder meer de overeenkomsten tussen ondernemingen die de handel tussen lidstaten ongunstig kunnen beïnvloeden en ertoe strekken of ten gevolge hebben dat de mededinging binnen de interne markt wordt verhinderd, beperkt of vervalst en met name die welke bestaan in onder meer het verdelen van de markten. Dat is een welbepaald verbod met rechtstreekse werking in de interne rechtsorde, en door de beslissing van de Commissie van 21 februari 2007 staat vast dat de geïntimeerden daarop inbreuk hebben gepleegd.

Artikel 16.1 van Verordening 1/2003 betreffende de uitvoering van de mededingingsregels van de artikelen 81 en 82 van het Verdrag bepaalt dat de nationale rechter bij de toepassing van artikel 81 en 82 op overeenkomsten, besluiten of gedragingen die reeds het voorwerp uitmaken van een beschikking van de Commissie geen beslissingen mag nemen die in strijd zijn met de door de Commissie gegeven beschikking.

De situatie is niet anders voor de vordering met betrekking tot de follow-on periode. De fout bestaande uit het kartel staat vast, en de EUROPESE UNIE behoort te bewijzen dat de fout, waarvan het bestaan door de Beschikking vaststaat tot 29 januari 2004, ook in die periode schade heeft veroorzaakt, dan wel dat andere concrete fouten in die periode schade hebben veroorzaakt. De EUROPESE UNIE preciseert echter dat zij niet aanvoert dat de geïntimeerden een fout hebben begaan in de periode na 29 januari 2004.¹⁶

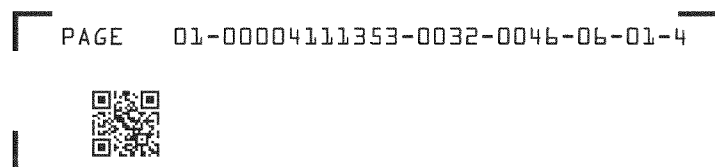
4.2.5.3

Deze fout, de inbreuk op het mededingingsrecht, schaadt de mededinging. Het is echter niet noodzakelijk een fout die een concrete marktdeelnemer schaadt; de EUROPESE UNIE treedt in dit geding inderdaad niet op als hoeder van de markt, zoals de Commissie in haar beschikking van 21 februari 2007, maar als afnemer van producten en diensten. Aan de orde is niet of de vrije markt wordt geschaad; dat is beoordeeld door de Commissie in haar beschikking. Aan de orde is de vraag of de geïntimeerden bij het sluiten van twintig welbepaalde overeenkomsten de EUROPESE UNIE hebben bedrogen of anderszins een precontractuele fout hebben gepleegd, in het kader van het kartel, zoals de EUROPESE UNIE voorhoudt.

De EUROPESE UNIE moet met andere woorden aantonen dat de kartelinbreuk schade heeft veroorzaakt in de twintig concrete overeenkomsten.

De vraag of de geïntimeerden een fout hebben begaan die schade heeft veroorzaakt in verband met de twintig overeenkomsten, betreft dus in essentie het bewijs van het oorzakelijk verband.

¹⁶ Syntheseconclusie de EUROPESE UNIE nr. 181.



4.2.5.4

Uit de beschikking zelf blijkt niet dat de EUROPESE UNIE schade heeft geleden met betrekking tot de onderhoudscontracten. De beschikking vermeldt uitdrukkelijk dat de commissie geen zicht heeft op de vraag of en welke projecten aan de inbreuk werden onderworpen.

“(660) In dit geval heeft de Commissie niet geprobeerd de precieze effecten van de inbreuk aan te tonen, aangezien het onmogelijk is met voldoende zekerheid vast te stellen wat de relevante concurrentieparameters (prijs, handelsvoorwaarden, kwaliteit, innovatie en andere) zonder de inbreuken zouden zijn geweest. Het is echter duidelijk dat de inbreuken daadwerkelijk van invloed zijn geweest. Het feit dat de verschillende concurrentiebeperkende overeenkomsten door de karteldeelnemers zijn uitgevoerd suggereert op zichzelf al een invloed op de markt, ook al is het daadwerkelijke effect moeilijk te meten, vooral doordat niet bekend is of er projecten zijn geweest waarvoor de offertes zijn gemanipuleerd en zo ja, hoe veel en ook niet hoe veel projecten onderling zijn verdeeld tussen de kartelleden zonder dat zij hiervoor contact hoefden te hebben. Het grote gezamenlijke marktaandeel van de karteldeelnemers maakt concurrentiebeperkende effecten aannemelijk en de relatieve stabiliteit van deze marktaandelen gedurende de periode van de inbreuken lijkt deze effecten te bevestigen.”

De invloed op de markt staat dus niet gelijk met toewijzing van invloed van het kartel op welbepaalde overeenkomsten of projecten. De beschikking van de Commissie bewijst niet de grond van huidige vordering, die moet beoordeeld worden door de nationale rechter.

Ook het Hof van Justitie beklemtoonde in zijn arrest van 6 november 2012 zoals reeds aangehaald de autonomie van de nationale rechter bij de beoordeling van deze vordering tot schadevergoeding:

“Tot slot, moet erop worden gewezen dat een civiele schadevordering als die in het hoofdgeding, zoals uit de verwijzingsbeslissing blijkt, niet alleen inhoudt dat wordt vastgesteld of er een schadebrengend feit is, maar ook dat wordt bepaald of er schade en een rechtstreeks verband tussen de schade en het schadebrengende feit bestaat. Weliswaar moet de nationale rechter, die geen beslissingen mag nemen die in strijd zijn met een beschikking van de Commissie waarbij een inbreuk op artikel 101 VWEU wordt vastgesteld, het bestaan van een verboden mededingingsregeling of onderling afgestemde feitelijke gedraging aanvaarden, maar de vraag of er schade en een rechtstreeks causaal verband tussen de schade en de betrokken mededingingsregeling of onderling afgestemde feitelijke gedraging bestaat, wordt nog steeds door hem beoordeeld.”¹⁷

¹⁷ HvJ 6 november 2012 (§65), C-199/11, Europese Gemeenschap/Otis NV, General Technic-Otis Sàrl, Kone Belgium NV, Kone Luxembourg Sàrl, Schindler NV, Schindler Sàrl, ThyssenKrupp Liften Ascenseurs NV, ThyssenKrupp Ascenseurs Luxembourg Sàrl, www.curia.europa.eu.



4.2.5.5

De EUROPESE UNIE verwijst voor het bewijs van de invloed van het kartel op de twintig gesloten overeenkomsten naar het verslag van haar deskundige, EE&MC (European Economic & Marketing Consultants GmbH)¹⁸, en naar feitelijke vermoedens.

4.2.5.6 Het verslag van EE&MC

De EUROPESE UNIE stelt dat uit het verslag van EE&MC blijkt dat zij via haar instellingen jarenlang een meerprijs betaalde in het kader van de onderhoudscontracten gedurende de volledige looptijd van de contracten.

Zij stelt dat uit het verslag van EE&MC blijkt dat zij significant hogere prijzen heeft betaald voor contracten gesloten tijdens de kartelperiode en de follow-on kartelperiode, en dat deze hogere prijzen werden veroorzaakt door de kartelinbreuken en niet door andere oorzaken.

EE&MC vergelijkt de prijzen van onderhoudscontracten van tijdens en na de kartelperiode, voor dezelfde installaties, dus dezelfde liften (wat zij een “perfect match” noemt). Die vergelijking brengt haar tot de conclusie dat de prijzen voor het onderhoud van identieke liften en roltrappen tijdens de kartelperiode (en de follow-on kartelperiode) hoger zijn dan in de niet-beïnvloede periode na de kartelinbreuken. EE&MC besluit tot gemiddelde prijsopdrijvingen gaande van 5,9 % tot 108,56 %.¹⁹

Vervolgens heeft EE&MC een “regressieanalyse” uitgevoerd, “een statistische techniek die helpt om patronen te onderzoeken in de relaties tussen economische variabelen, en na te gaan in hoeverre een bepaalde onderzoeksvariabele (bv. de prijs voor het onderhoud van liften) wordt beïnvloed door andere variabelen die geen invloed van de kartelinbreuken ondergaan om de tijdens-na vergelijking te verfijnen en de plausibiliteit van de resultaten te controleren.” EE&MC stelt dat daaruit blijkt dat de hypothese dat de kartelinbreuken geen gevolgen hadden op de prijs, verworpen kan worden met een zekerheid van 99 %.

Na de regressie-analyse blijven er volgens EE&MC gemiddelde prijsopdrijvingen van 6 % tot 91,57 %.

Na ontvangst van kritieken van de technische raadslieden van de geïntimeerden heeft EE&MC ten slotte een “all-in” benadering toegepast, met meer data dan bij de perfect match benadering, wat volgens haar leidt tot de vaststelling van meerprijzen van 17,1 % tot 77,5 %.

De technische raadslieden van de geïntimeerden komen tot andere resultaten, en betwisten de analyses van EE&MC. De technische adviseurs van de EUROPESE UNIE en de geïntimeerden voeren uitgebreide kritieken op elkaars keuze en interpretatie van data. Een en ander leidt tot de bedenking dat de resultaten van de analyses in grote mate afhangen van de keuze van data en van de gehanteerde methodes.

¹⁸ “Onderzoek naar het bestaan en de omvang van de door de EU [de Europese Unie] geleden schade als gevolg van het liften- en roltrappenkartel”, Stuk III.1 tot III.5 van de EUROPESE UNIE.

¹⁹ Stuk III.1 van de EUROPESE UNIE.

Relevant is daarbij de keuze van de periodes waarvoor prijzen vergeleken worden. De EUROPESE UNIE wil haar vordering ondersteunen met prijsverschillen tussen periodes, dus is het in haar voordeel om periodes te kiezen waarin prijzen volgens haar verschillen.

In dat verband merken de geïntimeerden terecht op dat de EUROPESE UNIE voor de eerste rechter nog voorhield dat de prijzen na de inbreukperiode onmiddellijk en aanmerkelijk zakten, met de bedoeling aan te tonen dat het kartel tijdens de inbreukperiode had geleid tot hogere prijzen. Ze noemde de prijzen van 2004 toen minder hoog dan de prijzen in 1994. De eigen deskundige van de EUROPESE UNIE in eerste aanleg, MAPP-I, had het over een “plotse ineenstorting” en een “spectaculaire daling van het prijsniveau”, en “prijzen werden gedeeld met een factor tussen 2 en 4”. Dat is uiteraard in strijd met de stelling van de EUROPESE UNIE voor het hof, waar zij nu stelt dat de prijzen na de inbreukperiode, tijdens de follow-on periode nog hoog bleven als gevolg van de kartelafspraken.

De cijfers van EE&MC die de EUROPESE UNIE voorlegt, bewijzen bovendien op zich niet het bestaan van een concreet verband tussen de algemene fout (het kartel) en enige concrete schade.

Zelfs als zou vaststaan dat de prijzen daalden na de inbreukperiode, of na de follow-on periode, dan betekent dat nog niet noodzakelijk dat dit een gevolg was van het (eindigen van het) kartel of dat de hogere prijzen van tijdens de inbreukperiode het gevolg waren van het kartel. Evoluties van de onderhoudsprijzen kunnen allerlei andere oorzaken hebben, zoals wijzigingen in de kostenstructuur van de liftenproducenten, efficiëntiewinst door technologische evoluties, door modernisering van liften, ...

Zo rijst ook de vraag naar de invloed van de modernisering van de liften. De geïntimeerden werpen op dat de vergelijking van EE&MC geen rekening houdt met de invloed van modernisering van de liften en roltrappen. Zij verdedigen overtuigend dat de modernisering van de installaties leidt tot een daling van de onderhoudskosten, ook wanneer een belangrijk deel van deze modernisering bestaat uit de vervanging van onderdelen, veeleer dan de implementatie van nieuwe technologieën. OTIS verwijst aldus naar een vaststelling van haar eigen deskundige met betrekking tot een groep liften van de Europese Comit es. Die liften werden gemoderniseerd in 2010, waarna de onderhoudsprijzen 39% lager waren, en werden in 2014 opnieuw gemoderniseerd, waarna de prijzen nog eens zakten met 29%. EE&MC betwist de mate van modernisering en stelt dat in de betrokken periode voornamelijk verouderde onderdelen werden vervangen.

Zeker voor de follow-on periode blijkt de modernisering dermate ingrijpend dat de liften eigenlijk niet meer dezelfde zijn. Aldus beschouwt EE&MC de liften voor het Europees Parlement als een perfect match: de identificatienummers en de locatie laten toe deze liften voor en na de kartelperiode als identiek te beschouwen. EE&MC berekende dat het Europees Parlement een meerprijs betaalde van 5.445.574 euro. Dit is de grootste schadepost in de vordering van de EUROPESE UNIE. Alleen zijn deze liften in de periode na de inbreuk gemoderniseerd, in uitvoering van een overeenkomst waarbij ook meteen het onderhoud

werd uitbesteed.²⁰ In totaal 90 liften werden gemoderniseerd, voor gemiddeld 78.000,00 euro per lift; 35 liften kregen een nieuwe liftcabine, van gemiddeld 65.000,00 euro. OTIS betoogt overtuigend dat een modernisering van dat niveau ongeveer een vervanging is. Het onderhoud van deze deels vervangen liften is dus geen perfect match met het onderhoud van de liften voor de modernisering, zodat een prijsvergelijking geen indicatie oplevert van enige fout van de geïntimeerden.

De logica van het bovenstaande vindt overigens bevestiging in de onderhoudscontracten zelf, die voor oudere liften hogere onderhoudskosten aanrekenen.

De geïntimeerden verwijzen overigens terecht ook naar de invloed van technologische ontwikkelingen, los van de modernisering van de liften zelf, die een verminderde inzet meebrengen en dus efficiëntiewinst en kostenbesparing. Zij geven het voorbeeld van de ontwikkeling van sensortechnologie die de monitoring van problemen vergemakkelijkt. Het mag aangenomen worden dat dit inderdaad eveneens leidt tot prijsdalingen.

De vergelijking van prijzen voor en na de kartelperiode wordt bovendien beïnvloed door de vraag of en welke index moet toegepast worden. EE&MC maakt toepassing van de geharmoniseerde consumentenprijsindex (HICP). De geïntimeerden bekritisieren dit terecht; het valt niet in te zien waarom een consumentenprijsindex de prijsevolutie zou weergeven van industriële producten en diensten van een zeer specifieke sector.

De mogelijke invloed van de kartelinbreuk is zelfs nog minder duidelijk voor de onderhoudscontracten waarbij de EUROPESE UNIE slechts met één onderneming heeft onderhandeld. Wanneer de EUROPESE UNIE met een enkele onderneming onderhandelt, is de prijs voorwerp van onderhandeling waarbij mag aangenomen worden dat de instellingen van de EUROPESE UNIE als belangrijke klant en uitgerust met een bekwame administratie in staat was om haar voorwaarden in zekere mate te laten gelden.

Het hof beschouwt het verslag van EE&MC dus niet als een voldoende bewijs van een door de EUROPESE UNIE geleden nadeel dat is veroorzaakt door het kartel.

4.2.5.7 Feitelijke vermoedens

De EUROPESE UNIE stelt dat zij voor het overige het bewijs levert van haar schade en van het oorzakelijk verband door middel van bekende feiten en overeenstemmende ernstige en precieze aanwijzingen. Dat zijn dus vermoedens.

Zij laat gelden dat het bestaan van de kartelinbreuken van de geïntimeerden definitief vast staat. Dat is inderdaad het geval, maar zoals reeds overwogen zegt dat niets over inbreuken met betrekking tot de twintig onderhoudscontracten, en niets over een oorzakelijk verband. De EUROPESE UNIE staaft haar stelling op dit punt niet met verwijzing naar concrete dossiers in verband met de twintig overeenkomsten. Het hof merkt op dat de EUROPESE UNIE in haar

²⁰ Stuk VI.4.C van de EU – Contract n° CNT (2013)11 tussen het Europees Parlement en Kone van 2 mei 2013).

conclusie ook niet concreet uiteenzet hoe de twintig verschillende overeenkomst zijn tot stand gekomen. Het hof verwijst op dit punt naar zijn eerdere overweging in het arrest van 4 maart 2020, dat het aan de EUROPESE UNIE is "om met de beschikbaar gestelde stukken en met alle gegevens en stukken waarover de EUROPESE UNIE zelf beschikt (al haar aanbestedingen, al haar contracten met de liftenbouwers in de incriminatieperiode,...) – aan te tonen dat zij (of dat zij niet) een schade heeft geleden ingevolge het ongeoorloofde kartel dat tussen de liftenbouwers was tot stand gekomen".

De EUROPESE UNIE voert aan dat het kartel een concurrentiebeperkend oogmerk had dat erin bestond om het prijsniveau op de Belgische liften- en roltrappenmarkt te verhogen, wat blijkt uit de beschikking.

De beschikking duidt inderdaad inflatie van de prijzen aan als doel van het kartel:

"(576) (...) Aangezien de prijs het voornaamste instrument van concurrentie is, waren de verschillende heimelijke overeenkomsten en mechanismen die de leveranciers hebben aangenomen uiteindelijk allemaal gericht op inflatie van de prijzen, ten gunste van de betrokken ondernemingen, op een hoger niveau dan bij vrije concurrentie het geval zou zijn geweest. Door markten en klanten te verdelen, hoefden de ondernemingen niet te concurreren om marktaandelen en klanten en wisten zij de marktprijs en de levering te manipuleren, evenals de concurrentiestructuur in de segmenten voor verkoop en installatie, onderhoud en modernisering van liften en roltrappen. Het delen van markten en klanten en het vaststellen van prijzen beperkt altijd de concurrentie zoals bedoeld in artikel 81, lid I van het Verdrag."

Dit is echter een overweging van de Commissie over het doel van een kartel, wat voor de Commissie relevant was bij het vaststellen dat de voorwaarden vervuld waren om het gedrag van de geïntimeerden te kwalificeren als een kartel en sancties op te leggen. Dat staat evenwel niet gelijk aan de vaststelling van het effect van het kartel, laat staan het effect op een individuele afnemer van producten en diensten.

De theoretische overweging over de waarschijnlijkheid van een ongunstig effect op de prijzen leidt, anders dan de EUROPESE UNIE voorhoudt, ook niet tot een omkering van de bewijslast: het is niet aan de geïntimeerden om te bewijzen dat het kartel geen effect heeft gehad op de prijzen voor de EUROPESE UNIE.

Het is evident dat de karteldeelnemers hebben gehandeld met de bedoeling een voordeel te behalen. Daaruit blijkt echter niet dat zij dit voordeel hebben kunnen bereiken. Gesteld dat zij het beoogde voordeel zouden hebben bereikt, dan impliceert dat niet noodzakelijk iets over het mogelijk nadeel voor de EUROPESE UNIE; het voordeel van het kartel staat niet gelijk aan het concrete nadeel van de EUROPESE UNIE. De mogelijke winst van de karteldeelnemers is behaald ten nadele van de markt, en niet noodzakelijk ten nadele van een enkele marktdeelnemer zoals de EUROPESE UNIE.

Terecht beklemtonen de geïntimeerden op dit punt het verschil tussen de publieke handhaving met betrekking tot kartels en de privaatrechtelijke vordering tot vergoeding. Bij de beoordeling van de publieke vordering en de bepaling van de boete kunnen overwegingen



over de duur, de grootte en de aard van de werking van het kartel bepalend zijn. Iets anders is het bewijs van concrete benadeling van een afnemer van producten of diensten op de markt waarop dat kartel actief was. Met het bestaan van ernstige en langdurige kartelgedragingen is wel verstoring van mededinging bewezen, maar geen concreet nadeel van een welbepaalde marktdeelnemer. De rechtspraak van het Hof van Justitie waarnaar de EUROPESE UNIE verwijst en die betrekking heeft op publieke handhaving heeft dan ook geen relevantie voor huidige zaak.

Het bovenstaande wordt bevestigd door de studie van OXERA, waaruit de EUROPESE UNIE zelf herhaaldelijk citeert, die aangeeft dat het mogelijk is dat een kartel niet effectief was en dat de meerprijs verwaarloosbaar of onbestaande is.²¹ Dezelfde studie stelt, voor kartels in het algemeen, dus niet enkel marktverdelingskartels maar ook prijskartels, dat voor 7% van de kartels geen meerprijzen verschenen.²²

De EUROPESE UNIE wijst erop dat het kartel zeer lang (zeven jaar en acht maanden) heeft gefunctioneerd, en dat de Commissie daarom de boetes heeft verhoogd. Zij leidt daaruit af dat het kartel doeltreffend was en een ongunstig effect op de prijs heeft gehad, of dat dit zeer waarschijnlijk is.

De Commissie heeft inderdaad de boetebedragen verhoogd wegens de duur van het kartel.²³ Alleen was ook dat een overweging bij de beoordeling van de publieke vordering (de bestraffing van de inbreuk op het mededingingsrecht), die niet noodzakelijk speelt bij de beoordeling van de private vordering van een enkele afnemer van producten en diensten zoals de EUROPESE UNIE.

Dat de inbreukperiode liep van 9 mei 1996 tot 29 januari 2004 kan suggereren dat de deelnemers het kartel hebben voortgezet omdat het doeltreffend was, maar dat staat daarmee niet vast. En zelfs indien de karteldeelnemers het als doeltreffend beschouwden, is daarmee nog niet aangetoond dat de afnemers als gevolg daarvan meerprijzen betaalden, laat staan dat dat vaststaat voor de EUROPESE UNIE met betrekking tot de twintig concrete overeenkomsten.

De EUROPESE UNIE wijst erop dat de karteldeelnemers alleen zijn blijven volhouden omdat zij een economisch voordeel behaalden. Opnieuw kan het doel van het kartel echter niet gelijk gesteld worden met het effect ervan op één klant.

Dat de geïntimeerden hun best hebben gedaan om het kartel verborgen te houden is onbetwist (het tegendeel zou wel vreemd geweest zijn), maar dat zegt opnieuw niets over het effect dat de EUROPESE UNIE daarvan heeft ondervonden bij de twintig onderhoudscontracten.

²¹ OXERA, Quantifying antitrust damages. Towards non-binding guidance for courts, p. 106.

²² OXERA, Quantifying antitrust damages. Towards non-binding guidance for courts, p. ix.

²³ Beschikking van 21 februari 2007, (692).

Onder de elementen die een vermoeden moeten voeden vermeldt de EUROPESE UNIE ook dat de kartelafspraken van de geïntimeerden deel uitmaakten van één enkele voortgezette inbreuk op artikel 101 VWEU, maar daaraan verbindt zij geen conclusie.

De EUROPESE UNIE herhaalt dat de geïntimeerden met betrekking tot onderhoudscontracten informatie over klanten en prijzen hebben uitgewisseld en afspraken over prijzen en biedplannen hebben gemaakt, en dat zij de kartelafspraken in grote mate hebben uitgevoerd. Daaruit volgt echter niet dat de EUROPESE UNIE meerprijzen heeft betaald als gevolg van de afspraken. Het bestaan van het kartel scheidt geen vermoeden van door de EUROPESE UNIE geleden schade of van een oorzakelijk verband met die schade.

De EUROPESE UNIE leest op dit punt meer in de beschikking dan wat er eigenlijk staat. De beschikking zelf laat niet toe een verband te leggen met welbepaalde onderhoudscontracten van de EUROPESE UNIE. Boven is reeds randnummer 660 van de Beschikking geciteerd, waarin de Commissie aangeeft dat zij niet het effect van het kartel op de markt heeft proberen aan te tonen. A fortiori blijkt uit de beschikking niet hoe een welbepaalde afnemer is benadeeld.

“(660) In dit geval heeft de Commissie niet geprobeerd de precieze effecten van de inbreuk aan te tonen, aangezien het onmogelijk is met voldoende zekerheid vast te stellen wat de relevante concurrentieparameters (prijs, handelsvoorwaarden, kwaliteit, innovatie en andere) zonder de inbreuken zouden zijn geweest. Het is echter duidelijk dat de inbreuken daadwerkelijk van invloed zijn geweest. Het feit dat de verschillende concurrentiebeperkende overeenkomsten door de karteldeelnemers zijn uitgevoerd suggereert op zichzelf al een invloed op de markt, ook al is het daadwerkelijke effect moeilijk te meten, vooral doordat niet bekend is of er projecten zijn geweest waarvoor de offertes zijn gemanipuleerd en zo ja, hoe veel en ook niet hoe veel projecten onderling zijn verdeeld tussen de kartelleden zonder dat zij hiervoor contact hoefden te hebben. Het grote gezamenlijke marktaandeel van de karteldeelnemers maakt concurrentiebeperkende effecten aannemelijk en de relatieve stabiliteit van deze marktaandelen gedurende de periode van de inbreuken lijkt deze effecten te bevestigen”.

Dat is ook de idee van de eigen Praktische Gids van de EUROPESE UNIE (“Praktische Gids betreffende de begroting van schade bij schadeacties wegens inbreuken op artikel 101 of 102 VWEU bij de Mededeling van de Commissie betreffende de begroting van schade bij schadeacties wegens inbreuken op artikel 101 of 102 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie”). Die stelt uitdrukkelijk dat algemene beschouwingen over kartels en hun gevolgen niet de concrete beoordeling kunnen vervangen van de nationale rechter:

“Deze bevindingen betreffende de gevolgen van kartels komen niet in de plaats van de berekening van de specifieke schade die eisers in een bepaalde zaak hebben geleden. Nationale rechters hebben evenwel op grond van die empirische kennis aangenomen dat het waarschijnlijk is dat kartels doorgaans leiden tot een meerprijs en dat, hoe ouder en duurzamer een kartel is, hoe moeilijker een verweerder staande kan houden



*dat er in een concreet geval geen ongunstig effect op de prijs zou zijn geweest. Dergelijke deducties zijn evenwel een zaak voor de nationale rechtsstelsels.*²⁴

Het hof ziet ook geen mogelijkheid voor zoiets als een “causaliteitsvermoeden” bij de beoordeling van de private vordering. Bij de publieke vordering kan de Commissie vermoeden dat de uitwisseling van gegevens invloed heeft gehad op de markt. Dat staat niet gelijk met de aanname dat de individuele afnemer geschaad is.

Ook het gegeven dat de geïntimeerden samen een belangrijk aandeel in de markt van onderhoudscontracten hadden en dat dit gezamenlijk aandeel stabiel bleef in de inbreukperiode laat geen gevolgtrekkingen toe over prijszetting op de markt, laat staan over prijzen van individuele contracten met de EUROPESE UNIE. Volgens de EUROPESE UNIE hadden de geïntimeerden samen een marktaandeel van 71% op de markt voor de onderhoudsdiensten voor liften en roltrappen en een marktaandeel van 75% op de markt voor de moderniseringsdiensten voor liften en roltrappen. Dat betekent dat 25 tot 29 % in handen was van ondernemingen buiten het kartel, die geheel vrij konden (onder)handelen. Anders dan de EUROPESE UNIE voorhoudt, blijkt dat er onder die concurrenten grote ondernemingen waren die reële concurrenten waren voor de grote overeenkomsten met de EUROPESE UNIE. De beschikking vermeldt Mitsubishi en CNIM.²⁵

De EUROPESE UNIE noemt het “de normale gang van zaken” dat prijzen in een markt waarin de mededinging verstoord is door kartelafspraken hoger zijn dan de prijzen in een markt zonder kartelafspraken. Dit lijkt niet onwaarschijnlijk voor wat betreft een prijskartel, maar het kartel van de geïntimeerden was een marktverdelingskartel, waarbij de weerslag van het kartel op de prijsvorming per definitie niet zo rechtstreeks is. De OXERA studie waarop de EUROPESE UNIE steunt, stelt overigens, voor kartels in het algemeen, dus niet enkel marktverdelingskartels maar ook prijskartels, dat voor 7% van de kartels, er geen meerprijzen verschenen.²⁶

Het kan dus niet als een zekerheid voorgesteld worden dat een kartel van marktverdeling leidt tot meerprijzen. Het is vrij evident dat een dergelijk kartel voordelen kan hebben voor de kartelleden zonder dat die voordelen een nadeel meebrengen voor de afnemers. In huidig geval kan de afspraak waarbij onderhoudscontracten toekwamen aan de leverancier van de liften vooral geleid hebben tot verhoogde efficiëntie en kostenbesparingen. De producent kent immers de installaties, heeft het diagnostisch materieel, heeft de vervangingsonderdelen in stock, en heeft personeel dat vertrouwd is met de installaties. De situatie is niet ongelijk aan die van onderhoud en herstelling van moderne voertuigen, waar merkgarages vaak efficiënter kunnen werken. Die verhoogde efficiëntie en kostenbesparingen dienen dan niet enkel de dienstverlener maar ook evengoed de afnemers van de diensten. Dit geldt des te meer

²⁴ Praktische Gids betreffende de begroting van schade bij schadeacties wegens inbreuken op artikel 101 of 102 VWEU bij de Mededeling van de Commissie betreffende de begroting van schade bij schadeacties wegens inbreuken op artikel 101 of 102 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie, §145.

²⁵ Beschikking (44), (87) en (752).

²⁶ OXERA, Quantifying antitrust damages. Towards non-binding guidance for courts, p. ix.

naarmate de installaties werden gemoderniseerd en meer hoogtechnologische kenmerken vertoonden.

Theoretische of macro-economische bedenkingen over de normale gang van zaken leveren in deze geen bewijs.

De EUROPESE UNIE voert aan dat de geïntimeerden bij de prijszetting geen rekening dienden te houden met concurrenten die geen deel uitmaakten van het kartel en dat zij tijdens het kartel een groot gezamenlijk marktaandeel hadden. Zij stelt dat de concurrenten buiten het kartel dus geen invloed hadden op de prijzen, en integendeel zelf beïnvloed werden door het kartel, wat wordt aangeduid als "paraplu-effect". Dit kan niet zonder meer aangenomen worden, en vormt geen bewijs van concrete benadeling van de EUROPESE UNIE als klant. De eigen deskundige van de EUROPESE UNIE, EE&MC vermeldt overigens dat er geen "paraplu-effecten" gekwantificeerd werden.²⁷

Voorts beweert de EUROPESE UNIE dat de kartelinbreuken een effectieve impact hebben gehad op de markt en dat de geïntimeerden erin geslaagd zijn om de marktprijs te manipuleren. Dat uitgangspunt vindt bevestiging in de beschikking die aanneemt dat dit klopt voor wat de markt betreft, maar het leidt niet tot enige vaststelling in deze concrete zaak.

De EUROPESE UNIE wijst erop dat het hof in zijn arrest van 28 oktober 2015 reeds een overweging maakte over wat de Beschikking zegt over het effect van het kartel:

“Op het eerste gezicht moet aldus worden aangenomen dat de beschikking niet enkel het bestaan van een met de mededingingsregels strijdige praktijk bevestigt, maar ook aanneemt dat de gedraging een effectieve weerslag heeft gehad op de markt, ook in België. Die weerslag lijkt niet anders te kunnen worden begrepen dan dat het om een schadelijke weerslag gaat. Met die opinie van de Europese Commissie lijkt minstens een begin van bewijs voorhanden dat marktdeelnemers effectief schade opliepen. (...)”

Dit is echter niet meer dan een voorzichtige en vage verwoording van schijn bij de beoordeling van een voorlopige maatregel, de vraag van de EUROPESE UNIE naar bijkomende stukken. De aanname dat marktdeelnemers schade opliepen vormt echter, opnieuw, geen bekrachtiging van de bewering van de EUROPESE UNIE dat zij de schade heeft geleden waarvoor zij hier vergoeding vraagt.

De EUROPESE UNIE houdt voor dat vaststaat dat ook haar projecten en contracten het voorwerp uitmaakten van de kartelafspraken. Dat is echter geen uitgangspunt, maar precies het voorwerp van betwisting, en wat de EUROPESE UNIE moet bewijzen. Uit de beschikking blijkt niet dat ook de projecten en contracten van de EU het voorwerp uitmaakten van de kartelafspraken. De EUROPESE UNIE verwijst op dit punt naar overwegingen van de beschikking die echter uitsluitend betrekking hebben op de NEB-markt en NEB-afspraken.²⁸ Ook uit die overwegingen blijkt overigens niet dat alle projecten op de markt werden besproken, dat er afspraken over werden gemaakt en dat die ook alle werden nageleefd.

²⁷ EE&MC Verslag, p. 41: "Geen kwantificatie van het paraplu-effect".

²⁸ Beschikking (148), (160), (165).

Uit het bovenstaande blijkt voldoende dat in deze geen bewijs kan geput worden uit feitelijke vermoedens.

4.2.5.8 Raming in billijkheid

Een en ander laat uiteraard ook geen ruimte voor een raming in billijkheid. Aan een raming in billijkheid gaat het bewijs vooraf dat er schade is, en dit is er niet.

4.2.5.9 De follow-on periode

De EUROPESE UNIE beweert zoals vermeld niet dat de geïntimeerden een fout hebben begaan tijdens de follow-on periode. Het wordt niet betwist dat het kartel een einde nam op 29 januari 2004. Bij het sluiten van de overeenkomsten nadien pleegden de geïntimeerden dus geen bewezen inbreuk meer op het mededingingsrecht. De EUROPESE UNIE houdt echter voor dat de voordien gepleegde fout (de kartelafpraak) nog schade heeft veroorzaakt in de follow-on periode.

Terecht werpen de geïntimeerden ook voor deze periode op dat het kartel in principe geen relevantie heeft gehad voor de overeenkomsten waarvoor geen marktbevraging is gebeurd. In de gevallen waar de EUROPESE UNIE reeds een contractspartij had gekozen, kon een verdeling van de markt tussen de geïntimeerden geen rol spelen.

Dat was het geval voor volgende overeenkomsten:

- Contract n° OIB5/PN/2004/135/1 tussen Kone en de Europese Commissie van 17 december 2004 (stuk VII.2.a.i van de EU) en aanvullende overeenkomsten.²⁹
- Contract n° OIB5/PN/2004/135/2 tussen Otis en de Europese Commissie dd. 30 december 2004 (stuk VII.2.b.i van de EU) en aanvullende overeenkomsten³⁰
- Contract n° OIB5/PN/2004/135/3 tussen Schindler en de Europese Commissie dd. 30 december 2004³¹ en aanvullende overeenkomsten³²
- Contract n° OIB5/PN/2004/135/3 tussen Thyssen en de Europese Commissie dd. 22 december 2004³³ en aanvullende overeenkomsten³⁴

Zoals boven reeds vermeld hield de EUROPESE UNIE voor de eerste rechter nog voor dat de prijzen na de inbreukperiode onmiddellijk en aanmerkelijk zakten, en dat daaruit bleek dat het kartel tijdens de inbreukperiode had geleid tot hogere prijzen. Ze noemde de prijzen van 2004 toen minder hoog dan de prijzen in 1994.³⁵ De eigen deskundige van de EUROPESE UNIE in

²⁹ Stukken VII.2.a.ii - xxv van de EUROPESE UNIE.

³⁰ Stukken VII.2.b.ii - xv van de EUROPESE UNIE.

³¹ Stuk VII.2.c.i van de EUROPESE UNIE.

³² Stukken VII.2.c.ii - xxiv van de EUROPESE UNIE.

³³ Stuk VII.2.d.i van de EUROPESE UNIE.

³⁴ Stukken VII.2.d.ii - xii van de EUROPESE UNIE.

³⁵ Syntheseconclusie EUROPESE UNIE eerste aanleg, p. 48.



eerste aanleg, MAPP-I, had het over een “plotse ineenstorting” een “spectaculaire daling van het prijsniveau”, en “prijzen werden gedeeld met een factor tussen 2 en 4”.³⁶ Dat is in strijd met haar stelling voor het hof, waar zij nu stelt dat de prijzen na de inbreukperiode, tijdens de “follow on” nog hoog bleven als gevolg van de kartelafspraken. Belangrijker is dat uit haar stellingname voor de eerste rechter blijkt dat de prijzen tijdens de follow-on periode op zich niets bewijzen. De prijzen tijdens de follow-on periode kunnen blijkbaar zowel als betekenisvol laag begrepen worden (en dus een bewijs van het einde van het kartel), als betekenisvol hoog (en dus een bewijs van de doorwerking van het kartel).

Hierboven heeft het hof overwogen dat de EUROPESE UNIE niet aantoot dat de prijzen voor onderhoudscontracten tijdens de duur van het kartel en door het kartel hoger waren dan zonder het kartel. Dat geldt a fortiori voor de periode na het kartel. Terecht merken de geïntimeerden op dat de Commissie in januari 2004 onderzoek heeft gevoerd, dat de geïntimeerden clementieverzoeken hebben gedaan, en dat de Commissie in juni 2004 voorwaardelijke immuniteit heeft verleend aan KONE. Het mag dus aangenomen worden dat de geïntimeerden begin 2004 hun kartelgedragingen daadwerkelijk hebben beëindigd. De EUROPESE UNIE verwijst naar Duitse rechtspraak die uitgaat van een follow-on periode van 12 maanden, maar dat is geen voldoende geconcretiseerde reden om aan te nemen dat het kartel van de geïntimeerden in dit geval – ten aanzien van de Europese Unie – een nawerking heeft gehad.

De EUROPESE UNIE verwijst ten slotte naar haar “Praktische Gids betreffende de begroting van schade bij schadeacties wegens inbreuken op het mededingingsrecht”. Die vermeldt dat na het einde van een kartelinbreuk mogelijk pas na een tijd de marktvoorwaarden normaliseren, en dat op oligopolistische markten marktdeelnemers mogelijk hun gedrag blijven coördineren.³⁷ Die algemene economische overwegingen vinden in huidig geval echter geen bevestiging in enig concreet gegeven.

De EUROPESE UNIE bewijst dus niet een schade door “nawerking” van het kartel tijdens de follow-on periode.

De vordering tot vergoeding van schade ontstaan tijdens de follow-on periode is dus ongegrond.

4.2.6 Verlies van kans

Ondergeschikt vraagt de EUROPESE UNIE vergoeding voor een verlies van kans.

Dit veronderstelt het bewijs van een fout, het bewijs van het verlies van een reële kans bij elk van de twintig onderhoudsovereenkomsten, en het bewijs van een oorzakelijk verband tussen de fout en het verlies.

Ook bij deze ondergeschikte vordering brengt de EUROPESE UNIE echter geen concreet en overtuigend bewijs bij. Uit de OXERA studie leidt zij af dat zij een kans van 93% heeft verloren

³⁶ Stuk XII.2.A van de EUROPESE UNIE nrs. 7, 75 en 97.

³⁷ Stuik IV. 1 van de EUROPESE UNIE, §§ 44 en 45.



op lagere prijzen. OXERA stelt evenwel enkel dat in 93% van de gevallen die zij heeft onderzocht mededingingsinbreuken een prijseffect hebben. Niets laat toe te stellen dat het kartel van de geïntimeerden moet vereenzelvigd worden met een van de 93% gevallen met prijseffecten dan wel een van de 7% gevallen zonder prijseffecten. Er is met andere woorden enkel onzekerheid, of een niet bepaalbare mogelijkheid. Er is dus geen bewijs van een verlies van kans.

De vermeende gerechtelijke bekentenis van KONE waar de EUROPESE UNIE zich op beroept (randnr. 350 van haar syntheseconclusie) kan niet als bewijs aangaande de twintig litigieuze onderhoudscontracten aangenomen worden aangezien die vermeende bekentenis enkel slaat op de invloed van het kartel op de markt in het algemeen, maar niet op het geïndividualiseerde niveau van de in deze zaak ter discussie staande contracten.

4.2.7 Verlies van kans op bewijs

Nog meer ondergeschikt lijkt de EUROPESE UNIE haar vordering te steunen op een verlies van kans op het bewijs van haar vordering: doordat zij niet het bewijs heeft kunnen leveren van de gegrondheid van haar vordering, heeft zij recht op vergoeding van een verlies van de kans om het bewijs te leveren.

De EUROPESE UNIE bevindt zich echter niet in een situatie waarbij een bewijs van een werkelijk feit onmogelijk of praktisch onmogelijk is door de aard van de feiten of door het verlies van stukken of feitelijke elementen. Het blijkt ook niet dat de geïntimeerden beschikken over nuttige stukken die zij achterhouden waarmee de EUROPESE UNIE wel het bewijs zou kunnen leveren; in zijn arrest van 4 maart 2020 heeft het hof beslist dat de geïntimeerden hebben voldaan aan de hun opgelegde voorlopige maatregelen met betrekking tot het overleggen van stukken.

Dat de EUROPESE UNIE niet slaagt in de op haar rustende bewijslast, betekent dat haar vordering moet afgewezen worden. Er anders over oordelen kan alleen vanuit een axioma van een recht op vergoeding voor een niet bewezen vordering, dat in de plaats zou komen van het beginsel dat wie eist moet bewijzen dat hij een subjectief recht heeft. Een dergelijke bijna scholastieke benadering vindt geen steun in het geldende recht.

4.2.8 Aanstelling van een deskundige

De EUROPESE UNIE vraagt ondergeschikt de aanstelling van een deskundige met betrekking tot de gevorderde schadevergoeding en kosten.

Uit het bovenstaande blijkt voldoende dat de EUROPESE UNIE het niet voldoende aannemelijk maakt dat zij door concrete fouten van de geïntimeerden schade heeft geleden bij of door het aangaan van onderhoudsovereenkomsten. De aanstelling van een deskundige voor een onderzoek en advies met betrekking tot de schade is daarom niet gerechtvaardigd.



De aanstelling van een deskundige voor een onderzoek en advies met betrekking tot het bewijs van fouten of schade kan het hof niet toestaan. Het staat aan de eisende partij om het bewijs te leveren van wat zij aanvoert, en daaraan gaat vooraf de plicht om de feiten aan te voeren, wat in dit geval betekent uiteen te zetten hoe voor elk van de twintig onderhoudsovereenkomsten een meerprijs werd betaald als gevolg van het kartel. De EUROPESE UNIE doet dat niet. Een deskundig onderzoek vormt geen alternatief voor de aanvoerlast van de eisende partij.

4.2.9

De overige middelen van de partijen zijn zonder belang voor de beoordeling van de vordering.

5 De kosten

De gerechtskosten van het hoger beroep worden ten laste gelegd van de EUROPESE UNIE, de in het ongelijk gestelde partij in de zin van artikel 1017 van het Gerechtelijk Wetboek.

Alle partijen vragen de rechtsplegingsvergoeding voor de beide aanleggen te bepalen op het maximumbedrag, gelet op de complexiteit van de zaak. De zaak vertoont een zekere techniciteit, al gaat het in wezen om een toepassing van de beginselen inzake onrechtmatige daad, en alle partijen hebben bijzonder ruim conclusie genomen en hebben veel stukken voorgelegd. Dat heeft alle partijen genoopt tot belangrijke inspanningen. De toepassing van het maximumbedrag is gerechtvaardigd.

Met toepassing van het Koninklijk besluit van 26 oktober 2007³⁸ bedraagt dat maximumbedrag (geïndexeerd zoals van toepassing op het ogenblik van uitspraak) gelet op de waarde van de vordering voor de eerste aanleg 33.000,00 euro en voor het hoger beroep 45.000,00 euro.

Artikel 1022, 5^{de} lid van het Gerechtelijk Wetboek bepaalt dat wanneer meerdere partijen de rechtsplegingsvergoeding ten laste van dezelfde in het ongelijk gestelde partij genieten, het bedrag ervan maximum het dubbel bedraagt van de maximale rechtsplegingsvergoeding waarop de begunstigde die gerechtigd is om de hoogste vergoeding te eisen aanspraak kan maken, en dat de rechter die rechtsplegingsvergoeding verdeelt tussen de partijen.

Dat dubbel van de maximale rechtsplegingsvergoeding voor de begunstigde van de hoogste vergoeding is in dit geval 66.000,00 euro voor de eerste aanleg en 90.000,00 euro voor het hoger beroep. Die 66.000,00 euro en 90.000,00 euro moeten verdeeld worden tussen de geïntimeerden, in dit geval in gelijke mate, wat betekent dat elk een rechtsplegingsvergoeding ontvangt van 16.500,00 euro voor de eerste aanleg en 22.500,00 euro voor het hoger beroep. Bijgevolg krijgen de geïntimeerden voor de eerste aanleg dezelfde rechtsplegingsvergoeding als die welke de eerste rechter (zonder toepassing van artikel 1022, 5^{de} lid van het Gerechtelijk

³⁸ Koninklijk Besluit van 26 oktober 2007 tot vaststelling van het tarief van de rechtsplegingsvergoeding bedoeld in artikel 1022 van het Gerechtelijk Wetboek en tot vaststelling van de datum van inwerkingtreding van de artikelen 1 tot 13 van de wet van 21 april 2007 betreffende de verhaalbaarheid van de erelonen en de kosten verbonden aan de bijstand van de advocaat.

Wetboek) heeft toegekend; het incidenteel hoger beroep van de geïntimeerden op dit punt is dus ongegrond.

6 Het beschikkend gedeelte

Het hof

Verklaart het hoger beroep van de EUROPESE UNIE en de incidenteel hoger beroepen van de geïntimeerden ontvankelijk maar ongegrond.

Veroordeelt de EUROPESE UNIE tot de betaling aan elk van de geïntimeerden van 22.500,00 euro (rechtsplegingsvergoeding hoger beroep), en laat de EUROPESE UNIE in de door haar gemaakte kosten.

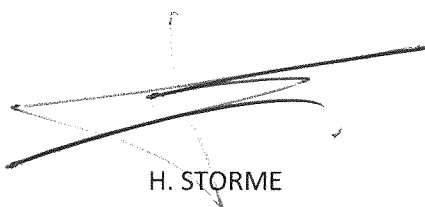
Aldus gevonnist door de **eerste kamer N**, samengesteld uit de volgende magistraten:

M. DEBAERE,	Voorzitter,
H. STORME,	Raadsheer,
J. HONNAY,	Raadsheer,

die de zitting van 18 maart 2024 hebben bijgewoond en die over de zaak hebben beraadslaagd, en dit beraad hebben geleid.

De heer J. HONNAY, raadsheer, verkeert in de onmogelijkheid om het arrest te ondertekenen.

J. HONNAY



H. STORME



M. DEBAERE

Aldus gevonnist en uitgesproken in openbare terechtzitting van de burgerlijke **eerste kamer 1N** van het hof van beroep te Brussel op **18 november 2024**,

Waar aanwezig waren en zitting hielden:

M. DEBAERE,
bijgestaan door S. De Cooman,

Voorzitter,
Griffier.



S. DE COOMAN



M. DEBAERE

COVER 01-00004111353-0046-0046-06-02-1

