



EUROPESE COMMISSIE

Brussel, 7 juli 1997

JURM(97)1084/

AAN HET HOF VAN JUSTITIE VAN DE EUROPESE GEMEENSCHAPPEN

SCHRIFTELIJKE OPMERKINGEN

ingediend ingevolge artikel 20, tweede alinea van het Protocol betreffende het Statuut van het Hof van Justitie, gehecht aan het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap,

door de Commissie van de Europese Gemeenschappen, vertegenwoordigd door C.W.A. Timmermans, W. Wils en H. van Vliet, respectievelijk adjunct directeur-generaal en leden van haar juridische dienst, domicilie gekozen hebbende ten kantore van Carlos Gómez de la Cruz, eveneens lid van haar juridische dienst, Centre Wagner, Kirchberg,

in de zaak **C-126/97**,

betreffende een verzoek aan het Hof krachtens artikel 177 EG-Verdrag van de Hoge Raad der Nederlanden, in het aldaar aanhangige geschil tussen

Eco Swiss China Time Ltd

en

Benetton International N.V.

om een prejudiciële beslissing over de toepassing van gemeenschapsrecht door arbiters en, bij de toetsing van arbitrale vonnissen, door rechters.

I. BESCHRIJVING VAN DE FEITEN EN RECHTSREGELS DIE DE ACHTERGROND VORMEN VAN DE PREJUDICIËLE VRAGEN

1. Op 1 juli 1986 heeft Benetton International N.V (hierna: ‘Benetton’) met Eco Swiss China Time Ltd (hierna: ‘Eco Swiss’) een licentie-overeenkomst gesloten voor de duur van acht jaar (hierna: “de overeenkomst”).¹
2. Artikel 26, onder A, van de overeenkomst bepaalt dat geschillen uit deze overeenkomst zullen worden beslecht door arbitrage in overeenstemming met het reglement van het Nederlands Arbitrage Instituut (hierna: ‘NAI’), en dat het arbitraal college Nederlands recht zal toepassen.² Het college beslist dus niet als ‘goede mannen naar billijkheid’, nu daartoe geen opdracht is verstrekt (artikel 1054 lid 3 Rv).
3. Bij brief van 24 juni 1991 heeft Benetton de overeenkomst tegen 24 september 1991 opgezegd. Over deze opzegging hebben Benetton en Eco Swiss een arbitrale procedure gevoerd.
4. In een als ‘Partial Final Award’ (hierna: ‘PFA’) aangeduid vonnis van 4 februari 1993 hebben de arbiters Benetton (onder meer) bevolen om aan Eco Swiss de schade te vergoeden, die deze heeft geleden als gevolg van Benettons voormelde opzegging.³ Voorts is geoordeeld dat indien partijen er niet in slagen in

¹ Een derde partij bij de overeenkomst, Bulova, is geen partij in de procedure die aanleiding heeft gegeven tot de verwijzingsbeschikking en blijft hier dus buiten beschouwing.

² De letterlijke tekst van de betreffende clause luidt kennelijk als volgt: “Any controversy or claim between the parties ... shall be settled by arbitration in accordance with the rules of the NAI , which Tribunal shall use the law of the Netherlands. ... The arbitration award shall be final and binding on the parties and not subject to any appeal.” (Zie punt 3.4 van het cassatierekest, dat ingevolge punt 2 van de verwijzingsbeschikking deel van die verwijzingsbeschikking uitmaakt). De mogelijkheid van rechtskeuze is voorzien in art. 1041 lid 2, eerste volzin, van het Nederlandse Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (hierna: ‘Rv.’): “Ingeval de partijen een rechtskeuze hebben gedaan, beslist het scheidsgerecht naar de door de partijen aangewezen regelen des rechts”.

³ De precieze bewoording was: “Benetton is ordered to compensate ECO (...) for the damages resulting from BENETTON’s repudiation of the agreement, to be augmented with legal interest (...)”. Zie het verweerschrift in cassatie, punt 5.3.

onderling overleg overeenstemming te bereiken over de schade en de kosten, zij zich opnieuw tot de arbiters kunnen wenden.⁴

5. Het PFA is nog diezelfde dag, 4 februari 1993, gedeponereerd ter griffie van de rechtbank te 's-Gravenhage (hierna: "de Rechtbank").
6. Benetton heeft kennelijk geen gebruik gemaakt van de mogelijkheid (zie art. 1064 lid 3 eerste volzin Rv.) om binnen drie maanden na de dag van nederlegging van het PFA ter griffie van de Rechtbank een vordering tot vernietiging daarvan in te stellen.
7. Er is overigens in beginsel nog een tweede mogelijkheid om vernietiging te vorderen van een arbitraal (deel)eindvonnis, te weten binnen drie maanden nadat een dergelijk vonnis, voorzien van een verlot tot tenuitvoerlegging, door één der partijen aan de wederpartij is betekend (zie art. 1064 lid 3 tweede volzin Rv.) Echter, kennelijk heeft een dergelijke betekening van het PFA door Eco Swiss aan Benetton niet plaatsgevonden (zie de beschikking van het Hof punt 15a), waardoor Benetton niet een dergelijke "tweede kans" heeft gehad.
8. Toen partijen geen overeenstemming konden bereiken over de omvang van de door Benetton aan Eco Swiss te vergoeden schade en kosten, heeft Eco Swiss zich opnieuw tot de arbiters gewend. Vervolgens hebben arbiters bij een als Final Arbitral Award (hierna: "FAA") aangeduid vonnis van 23 juni 1995 Benetton bevolen aan Eco Swiss een bedrag van US \$ 23.750.000,- te betalen wegens als gevolg van Benettons contractbreuk door Eco Swiss geleden schade.
9. Het FAA is op 26 juni 1995 gedeponereerd ter griffie van de Rechtbank.
10. Kennelijk is tijdens de gehele arbitrale procedure de eventuele nietigheid van (onderdelen van) de overeenkomst op grond van art. 85 EG-Verdrag geen voorwerp van debat tussen partijen geweest.⁵

⁴ Zie punt 5 van de conclusie in de onderhavige zaak van Advocaat-Generaal Vranken bij de Hoge Raad der Nederlanden (hierna: "Hoge Raad").

11. Bij beschikking van de President van de Rechtbank van 17 juli 1995 is verlof verleend tot tenuitvoerlegging van het FAA.
12. Kort daarvoor (op 14 juli 1995) had Benetton Eco Swiss gedagvaard voor de Rechtbank en vernietiging van het PFA en het FAA gevorderd onder meer op de grond dat deze arbitrale vonnissen in strijd zijn met de openbare orde, aangezien de litigieuze overeenkomst nietig is op grond van art. 85 EG-Verdrag.
13. Vervolgens heeft Benetton met een op 24 juli 1995 bij de griffie van de Rechtbank binnengekomen verzoekschrift de Rechtbank primair verzocht de tenuitvoerlegging van het FAA te schorsen,⁶ en subsidiair om te bepalen dat Eco Swiss, alvorens tot executie over te gaan, zekerheid zal dienen te (doen) stellen.⁷
14. De Rechtbank heeft het primaire verzoek afgewezen, en het subsidiaire verzoek toegewezen. In hoger beroep heeft het Gerechtshof te 's-Gravenhage het primaire verzoek (grotendeels) toegewezen, en het subsidiaire verzoek afgewezen.
15. Eco Swiss heeft tegen deze beschikking van het Gerechtshof te 's-Gravenhage beroep in cassatie ingesteld. Benetton heeft hiertegen verweer gevoerd en ook (incidenteel c.q. voorwaardelijk) cassatieberoep ingesteld. Bij beschikking van 21 maart 1997 heeft de Hoge Raad de hierna te behandelen prejudiciële vragen gesteld.
16. De Hoge Raad benadrukt dat in die vragen “wordt bedoeld op beslechting van een geschil door arbiters die zonder bemoeienis van de overheid zijn benoemd krachtens een door partijen gesloten overeenkomst om een tussen hen gerezen geschil aan arbitrage te onderwerpen, dan wel krachtens een in een overeenkomst

⁵ Zie punt 4.5 van de verwijzingsbeschikking. Zie ook punt 19 van de conclusie van Adv.-Gen. Vranken: “Vast staat dat geen van de partijen in de arbitrage-procedure(s) hierover ook maar iets heeft gezegd.”

⁶ Zie art. 1066 lid 2 Rv.

⁷ Zie art. 1066 lid 5 Rv.

opgenomen beding waarbij partijen zich hebben verbonden om geschillen die tussen hen zouden kunnen ontstaan, aan arbitrage te onderwerpen.”⁸

II. OVERWEGINGEN VAN DE COMMISSIE

Vraag 1

17. De eerste vraag van de Hoge Raad luidt als volgt:

‘In hoeverre zijn de door het Hof van Justitie in de gevoegde zaken C-430/93 en C-431/93 (Van Schijndel en Van Veen/Stichting Pensioenfonds voor Fysiotherapeuten) bij zijn arrest van 14 december 1995 gegeven verklaringen voor recht van overeenkomstige toepassing, indien in een geschil met betrekking tot een privaatrechtelijke overeenkomst, dat niet door de nationale rechter maar door arbiters wordt beslecht, partijen geen beroep doen op art. 85 EG-Verdrag en arbiters naar de voor hen geldende regels van nationaal procesrecht geen vrijheid hebben die bepalingen ambtshalve toe te passen?’

Deze vraag geeft de Commissie aanleiding tot de volgende opmerkingen.

18. De arbitrageclausule verklaart Nederlands recht van toepassing voor de beslissing van het geschil (Artikel 26, onder A van de onderhavige licentie-overeenkomst).
19. Naar Nederlands recht moet de arbiter beslissen “naar de regelen des rechts” (artikel 1054 leden 1 en 2 Rv).
20. Gemeenschapsrecht, voor zover het rechtstreeks werkt, maakt deel uit van het in Nederland geldend dwingend recht.
21. Daarmee is de arbiter gehouden, indien dit voor de oplossing van het geschil relevant is, het communautaire mededingingsrecht toe te passen. Dit is allereerst een gevolg van de gedane rechtskeuze en voorts van de geldingspretentie in het gekozen rechtstelsel van de desbetreffende communautaire rechtsregels uit hoofde van het gemeenschapsrecht zelf.

⁸ Zie punt 8.1 van de verwijzingsbeschikking.

22. Men zou kunnen tegenwerpen dat alleen de nationale rechter gehouden is direct werkend gemeenschapsrecht te handhaven. Als emanatie van de Staat heeft hij, mede uit hoofde van artikel 5 EG-Verdrag, zoals door het Hof bij herhaling bevestigd, de plicht om aan de handhaving van direct werkend gemeenschapsrecht de helpende hand te reiken. Arbiters daarentegen bekleden geen staatsambten. Het zijn particulieren die uit hoofde van een privaatrechtelijke overeenkomst worden aangezocht om een geschil, gerezen tussen partijen bij die overeenkomst, te beslechten. Het is juist dat het beginsel van de gemeenschapstrouw voor arbiters niet geldt⁹. Echter, arbitrale rechtspraak als in het onderhavige bodemgeschil aan de orde, voltrekt zich niet in een louter particulier kader. Statuut, bevoegdheden van de arbiter, de door hem te volgen procedure en daarbij ter beschikking staande middelen zijn bij wettelijke regeling ingekaderd. (Zie het Vierde Boek, "Arbitrage", van het Nederlandse Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering).

Indien de arbiter gehouden is het geldend recht toe te passen, dan dient dat ook het dwingende gemeenschapsrecht te omvatten. De betekenis van directe werking als in de rechtspraak van het Hof ontwikkeld, valt niet te reduceren tot een handhavingsplicht van de rechter alleen, met een daarmee samenhangend recht van inroepen door belanghebbenden. Directe werking betekent in de allereerste plaats dat de betrokken communautaire rechtsregel bestanddeel vormt van het in de nationale rechtsorde geldende recht, met voorrang op afwijkend nationaal recht en naleving vergt door een ieder die binnen het geldingsbereik van deze regel valt. Wat dit laatste betreft bestaan uiteraard verschillen tussen horizontale en verticale directe werking, maar het uitgangspunt van normatieve werking is voor beide gevallen gelijk. Blijft naleving achterwege dan staan alle handhavings- en rechtsbeschermingsmechanismen van nationaal recht ter beschikking om deze naleving te verzekeren. Daartoe behoort ook de arbitrage. Handhaving via de rechter is één van de procedurele varianten waarin directe werking kan worden vertaald, waarmee zij kan worden gerealiseerd. Maar daarmee is dit leerstuk niet uitgeput.

⁹ Arrest van 23 maart 1982 (Nordsee, zaak 102/81), Jur. 1982, blz. 1110 (r.o. 12).

23. Het beginsel van normatieve werking in de nationale rechtsorde van een direct werkende communautaire rechtsregel is stevig verankerd in de rechtspraak van het Hof. Het volstaat te verwijzen naar de arresten Van Gend en Loos en Simmenthal:

“dat het gemeenschapsrecht derhalve, evenzeer als het, onafhankelijk van de wetgeving der Lid-Statens, ten laste van particulieren verplichtingen in het leven roept, ook geëigend is rechten te scheppen welke zij uit eigen hoofde kunnen geldig maken;”

(Van Gend en Loos (26/62), Jur. 1963 blz. 23)

“14. Overwegende dat de rechtstreekse toepasselijkheid, bezien vanuit dit oogpunt, inhoudt dat de regels van het gemeenschapsrecht vanaf hun inwerkingtreding en tijdens hun gehele geldigheidsduur hun volle werking op eenvormige wijze in alle Lid-Statens moeten ontplooiën;

15. dat aldus deze bepalingen een rechtstreekse bron van rechten en verplichtingen zijn voor allen die zij betreffen, ongeacht of het gaat om Lid-Statens of om particulieren die partij zijn bij rechtsbetrekkingen welke onder het gemeenschapsrecht vallen;”

(Simmenthal (106/77), Jur. 1978 blz. 643)

24. Een ander illustratief voorbeeld geeft het Defrenne arrest waarin het Hof artikel 119 EG-Verdrag als “dwingend recht” kwalificeerde; diensgevolge werd het discriminatieverbod van artikel 119 eveneens van toepassing geacht op contracten tussen particulieren.¹⁰ De kwalificatie “dwingend recht” heeft het Hof nadien bij herhaling gebezigd voor de artikelen 85 en 86 EG-Verdrag, zo bijvoorbeeld in het arrest van Schijndel.¹¹
25. De vraag of de normatieve werking van een direct werkende norm van gemeenschapsrecht zich ook uitstrekt tot arbitrage, is zijdelings aan de orde geweest in de rechtspraak van het Hof. In het Nordsee arrest achtte het Hof de band tussen een arbitrale procedure als waarvan sprake in die zaak en het algemene stelsel van rechtsbescherming in de betrokken Lid-Staat onvoldoende nauw om de arbiter als rechterlijke instantie in de zin van artikel 177 te kunnen

¹⁰ Arrest van 8 april 1976 (Defrenne, zaak 43/75), Jur. 1976, blz. 476 (r.o. 39).

¹¹ Arrest van 14 december 1995 (Van Schijndel en Van Veen, gev. zaken C-430/93 en C-431/93), Jur. 1995, blz. I-4736 (r.o. 13); vgl. Conclusie van Adv.-Gen. Darmon in Almelo (zaak C-393/92), Jur. 1994, blz. I-1487 (nr. 42).

aanmerken. Het Hof voegt daar echter onmiddellijk aan toe dat het gemeenschapsrecht op het grondgebied van alle Lid-Staten volledig moet worden nageleefd: 'het staat partijen bij een overeenkomst dus niet vrij daarvan af te wijken'. 'Vanuit dit gezichtspunt', wijst het Hof op de mogelijkheid dat een nationale rechterlijke instantie betrokken wordt bij in een arbitrale procedure gerezen vragen van gemeenschapsrecht, en alsdan gebruikt maakt van de prejudiciële procedure van artikel 177.¹² Daarmee heeft het Hof geen uitdrukkelijke uitspraak gedaan over de vraag of ook de arbiter gehouden is gemeenschapsrecht toe te passen. Leest men beide eerste volzinnen van rechtsoverweging 14 in onderlinge samenhang dan lijkt zo'n gevolgtrekking op zijn minst aannemelijk.¹³ Adv.-Gen. Reischl acht, in zijn conclusie in de Nordsee zaak, arbiters zonder meer gehouden tot toepassing van gemeenschapsrecht, althans indien zij beslissen naar de regelen des rechts.¹⁴

26. Het voorgaande voert de Commissie tot de slotsom dat een arbiter die gehouden is naar enig binnen de Gemeenschap geldend nationaal recht te beslissen, daarbij ook het relevante direct werkende gemeenschapsrecht in aanmerking dient te nemen. Hoe hij dat moet doen, met gebruikmaking van welke procedures of middelen, is in de eerste plaats een aangelegenheid van nationaal arbitragerecht en verder van partijautonomie binnen het gestelde wettelijke kader.

De door het Hof in zijn rechtspraak voor de handhaving van direct werkend gemeenschapsrecht ontwikkelde beginselen van autonomie van de Lid-Staten onder voorbehoud van gelijke behandeling en effectiviteit, kunnen en moeten ook in dit verband worden toegepast. Nogmaals, niet omdat het beginsel van de gemeenschapstrouw arbiters daartoe zou verplichten, maar vanwege de geldingspretentie van de direct werkende gemeenschapsnorm op zichzelf beschouwd. De zojuist genoemde beginselen van gelijke behandeling en effectiviteit op het processuele vlak zijn een directe afgeleide van het verschijnsel

¹² Nordsee (aangehaald, noot 9), Jur. 1982, blz. 1111 (r.o. 14).

¹³ In die zin Paul Storm, *Quod Licet Iovi..... The Precarious Relationship between the Court of Justice of the European Communities and Arbitration*, in *Essays on International and Comparative Law In Honour of Judge Erades*, Martinus Nijhoff Publishers, 1983, blz. 156.

¹⁴ Jur. 1982, blz. 1119.

directe werking. Deze beginselen dienen allereerst door de wetgever bij de inrichting van de arbitrale rechtspleging te worden geëerbiedigd; maar ook partijen zijn daartoe gehouden bij het afsluiten van een arbitrage-overeenkomst binnen het gestelde wettelijke kader. Zo zal uitsluiting van direct werkend gemeenschapsrecht in een arbitrage-overeenkomst bij de omschrijving van het arbitrale mandaat in de regel in strijd komen met de effectiviteitseis. Tenslotte moeten de genoemde beginselen ook door de arbiter zelf worden geëerbiedigd. Hij zal bij de uitoefening van zijn bevoegdheden en het gebruik van processuele middelen direct werkend gemeenschapsrecht op gelijke voet als het nationale recht dienen te behandelen en de daadwerkelijke naleving van de communautaire norm niet onmogelijk mogen maken of buitensporig bemoeilijken.

27. Wat is nu de preciese communautaire rechtsgrondslag van de genoemde verplichtingen van partijen bij het sluiten van de arbitrage-overeenkomst en van de arbiter zelf? Daarvan valt in het geschreven gemeenschapsrecht niets te vinden, evenmin, het werd al opgemerkt, kan op artikel 5 EG-Verdrag een beroep worden gedaan. Naar het oordeel van de Commissie vormt de uiteindelijke rechtsgrondslag voor deze verplichtingen, in casu, de direct werkende norm van artikel 85 EG-Verdrag zelf, gelezen in samenhang met de aan directe werking inherente gevolgen zoals die in de rechtspraak van het Hof zijn verduidelijkt. Schending van deze verplichtingen kan dus uiteindelijk als een schending van artikel 85 EG-Verdrag zelf worden beschouwd, niet omdat de materiële inhoud van deze bepaling zou zijn geschonden, maar omdat zulks onverenigbaar is met de dwingende werking van deze bepaling in de nationale rechtsorde.
28. Uitgaande van deze beginselen komt de Commissie tot de conclusie dat toepassing van de in het arrest Van Schijndel ontwikkelde principes ook voor een geval van arbitrage als door de Hoge Raad in zijn verwijzingsarrest omschreven, moet worden aanvaard. Dit betekent allereerst dat de arbiter, indien hij ambtshalve gemeenschapsrecht kan toepassen, ook gehouden is dat te doen. Daarbij beschikt hij over de nodige processuele instrumenten om vragen van gemeenschapsrecht die niet of onvoldoende door partijen aan de orde zijn gesteld, alsnog aan hen voor te leggen, bijvoorbeeld door het gelasten van een comparitie van partijen (artikel 1043 Rv.)

In dit verband verdient opmerking dat Adv.-Gen.Vranken in zijn conclusie in de onderhavige zaak ervan uitgaat dat de Nederlandse regel van procesrecht, dat rechters ambtshalve de rechtsgronden dienen aan te vullen die niet door partijen zijn aangevoerd, van toepassing is op de onderhavige arbitrage.¹⁵ Ook de Hoge Raad zelf neemt dit kennelijk impliciet aan, waar hij spreekt over de mogelijkheid dat arbiters zouden hebben nagelaten om ambtshalve toepassing aan art. 85 EG-Verdrag te geven.¹⁶ Overigens heeft ook de advocaat in cassatie van Eco Swiss dit niet bestreden. In het incidenteel verweerschrift in cassatie¹⁷ stelt hij: ‘Niet in geschil is, dat arbiters het gemeenschapsrecht kunnen (en moeten) toepassen, gelijk de overheidsrechter’. (...) ‘Aangenomen moet worden, uit hoofde van het Van Schijndel-arrest, dat arbiters verplicht zijn regelen van Europees mededingingsrecht ook ambtshalve toe te passen, maar niet als zij daardoor de ook hun passende lijdelijkheid zouden verlaten (...).’

15 Zie punt 20 van zijn conclusie.

16 Punt 4.6 van de verwijzingsbeschikking, vrijwel aan het eind.

17 Punt 4.7 van het incidenteel verweerschrift.

29. Ook in de literatuur wordt er over het algemeen van uitgegaan dat arbiters verplicht zijn artikel 85 ambtshalve toe te passen.¹⁸
30. Neemt men echter aan dat de “Van Schijndel”-principes ook gelden voor een arbitrage als in het onderhavige geval aan de orde, dan is een verplichting van arbiters om artikel 85 EG-Verdrag ambtshalve toe te passen niet onbegrensd. Indien de arbiter gelet op de wettelijke inrichting van zijn bevoegdheden, zoals in casu het geval lijkt te zijn, aan eenzelfde verplichting van lijdelijkheid is onderworpen als de burgerlijke rechter ingevolge art. 48 Rv, dan dwingt het effectiviteitsprincipe hem er niet toe die lijdelijkheid te doorbreken.¹⁹

¹⁸ Zie bijvoorbeeld, in alfabetische volgorde, de volgende schrijvers:

GOFFIN, Arbitrage et droit communautaire, in Matray/de Leval, L'arbitrage, Travaux offerts au professeur Albert Fettweis, uitgeverij E.Story-Scientia, 1989, p. 180: “Il ensuit que l'arbitre peut, au même titre qu'un tribunal, appliquer ces dispositions à titre incident. Pour donner effet direct à ces dispositions, il doit même les appliquer, au besoin d'office”, onder aanhaling van bepaalde schrijvers. Hij herhaalt dit in L'arbitrage et le droit européen”, gepubliceerd in Revue de droit international et de droit comparé, 1990, p. 335: “Le droit communautaire de la concurrence oblige-t-il l'arbitre à appliquer d'office les règles de concurrence qui, d'une part, sont d'ordre public communautaire? La doctrine penche en faveur de cette obligation.”, onder aanhaling van weer andere schrijvers.

McCLENNAN, in Competition and Arbitration Law, ICC, Dossier of the Institute of International Business Law and Practice, 1993, blz. 99, op blz. 102: “The competition issue may be raised (...) by the arbitrator himself, ex officio, because of its public policy nature or because Article 65 of the ECSC Treaty or Article 85 or 86 of the EC Treaty applies.”

SCHMITTHOFF is van mening dat “There can be no doubt that the arbitrator has to apply EEC law if this is relevant to the issue before him”, zie zijn artikel “Arbitration and EEC Law” in CMLRev 1987 blz. 143, op blz. 144.

SLOT vermeldt, voor wat betreft het Nederlandse recht, dat “According to commentators on the rules of the Code on Civil procedure, arbitrators have to apply EC law under the same conditions as courts.” Zie zijn artikel “The enforcement of EC competition law in arbitral proceedings”, in Legal Issues of European Integration, 1996/1, blz. 101, op blz. 102.

¹⁹ Vgl. in meer algemene zin en los van de specifieke context van het Nederlandse arbitragerecht Derains: “(...) l'arbitre ne pourra appliquer les solutions du droit de la concurrence que si elles constituent la motivation d'une décision répondant aux conclusions des parties. Ainsi, si l'une des parties demande à l'arbitre de constater qu'une redevance n'est pas due, - au motif, d'après cette partie, qu'un contrat de distribution n'est jamais entré en vigueur - l'arbitre peut très bien prendre la décision qui lui est demandée en constatant la nullité du contrat au regard du droit de la concurrence. Sa décision ne sera pas ultra petita. (...) Mais un arbitre, invité par les parties à se prononcer sur l'assiette de cette redevance que les deux parties estimeraient due sans s'entendre sur son montant, ne pourrait déclarer qu'elle ne l'est pas en raison de l'illégalité du contrat. Ce faisant, il dépasserait les limites de sa mission et statuerait ultra petita.” (Onderstreping toegevoegd). Zie zijn rapport in Competition and Arbitration Law, ICC, Dossier of the Institute of International Business Law and Practice, 1993, blz. 251, op blz 256.

31. De situatie in het onderhavige geschil is vergelijkbaar met die in de zaak Van Schijndel in die zin dat geen der partijen de geldigheid van de overeenkomst ter discussie heeft gesteld, en de arbiters, naar het oordeel van de Hoge Raad, buiten de grenzen van de rechtsstrijd zouden zijn getreden indien zij ambtshalve de overeenkomst aan art. 85 zouden hebben getoetst.
32. De door het Hof in het Van Schijndel arrest aanvaarde redenen waarom het beginsel van de lijdelijkheid de toets aan de effectiviteitseis kan doorstaan, kunnen ook voor arbitrage worden geldend gemaakt (initiatief ligt bij partijen, belang van een goed verloop van de procedure, bescherming van de rechten van de verdediging). Deze gronden lijken in versterkte mate voor arbitrage te kunnen gelden gelet op het legitiem belang van instandhouding van een deugdelijke arbitrale rechtspleging als alternatief voor de weg naar de rechter. In het algemeen wordt als één van de voordelen van arbitrale rechtspleging aangemerkt de kortere duur ervan in vergelijking tot de normale rechtspleging. In het licht daarvan is begrijpelijk dat aan arbiters een zelfde lijdelijkheid wordt opgelegd als voor de burgerlijke rechter geldt.
33. De vraag rijst vervolgens of redenen verband houdend met het bijzondere karakter van arbitrage zich zouden moeten verzetten tegen toepassing van de in het Van Schijndel arrest aanvaarde beginselen. De Hoge Raad acht twijfel hieromtrent in redelijkheid mogelijk en heeft zich daarom tot het Hof gewend. Daarbij doelt de Hoge Raad op twee aspecten van de arbitrale rechtspleging : allereerst, de onmogelijkheid voor arbiters om prejudiciële vragen aan het Hof voor te leggen (Nordsee-arrest), voorts de beperkte omvang van rechterlijke toetsing van arbitrale uitspraken (nr. 4.6. van de verwijzingsbeschikking). De Hoge Raad heeft hierbij kennelijk op het oog de geringe kans dat de rechter in een procedure tot vernietiging van een arbitrale uitspraak de zaak ten gronde opnieuw beziet, met name het gemeenschapsrechtelijk aspect, en alsdan eventueel gebruikmakend van

Opmerking verdient echter wel dat Derains de conclusie trekt dat een arbitraal college zich in een dergelijk geval onbevoegd zou moeten verklaren, blijkens het einde van de hierboven reeds gedeeltelijk geciteerde passage: "Dans cette dernière hypothèse, de même que lorsque la convention d'arbitrage lui interdit de se prononcer sur la validité du contrat, l'arbitre n'a d'autre solution que de se déclarer incompétent." Naar (huidig) Nederlands recht hoeven arbiters zich kennelijk in een dergelijk geval niet onbevoegd te verklaren.

de waarborgen die de prejudiciële procedure biedt, correcte toepassing van de betrokken communautaire rechtsregels verzekert. Bezien we dit nader :

- i. Het is juist dat de prejudiciële rechtsweg voor arbiters is afgesneden. Dit lijkt echter geen reden te hoeven zijn om toepassing van de beginselen van het Van Schijndel arrest uit te sluiten. Het Hof heeft aanvaardbaar geacht dat de rechter (onder meer) art. 85 EG-Verdrag niet ambtshalve hoeft toe te passen indien hij daarmee de grenzen van de rechtsstrijd zou overschrijden. Het ontbreken van een prejudiciële bevoegdheid voor arbiters geeft geen reden anders te oordelen over de gerechtvaardigheid van deze uitzondering op de regel van de ambtshalve toepassing. Indien de arbiter om redenen van lijdelijkheid gemeenschapsrecht niet hoeft toe te passen, is het ontbreken van een prejudiciële bevoegdheid geen bezwaar. Ook wat de mogelijke ambtshalve toepassing betreft (punt 1. van het dictum van Van Schijndel) valt niet wel in te zien waarom zulks zou moeten afstuiten op het ontbreken van een prejudiciële verwijzingsbevoegdheid. De gelding van het gemeenschapsrecht kan toch niet afhankelijk worden gesteld van het al dan niet bestaan van een verwijzingsbevoegdheid.
- ii. Bestaat er reden hier anders over te oordelen gelet op het restrictieve karakter van de rechterlijke controle op een arbitrale uitspraak ? Denkbaar is dat arbiters de grenzen van de rechtsstrijd verkeerd beoordelen en zich ten onrechte lijdelijk opstellen. Is hun oordeel dan vatbaar voor vernietiging door de rechter ? Zo niet wordt daarmee dan de handhaving van gemeenschapsrecht, zo dit in het geding is, niet onmogelijk gemaakt ? Deze vragen hebben echter veeleer betrekking op de aanvaardbaarheid van een beperkte rechterlijke controle als zodanig indien dit de handhaving van het gemeenschapsrecht in het gedrang brengt. Daarop zien de vragen 2 en 3 die hierna aan de orde komen. De beperkte omvang van rechterlijke controle vormt op zichzelf geen reden om de verplichting van arbiters tot ambtshalve toepassing van dwingend gemeenschapsrecht zodanig uit te breiden dat het beginsel van de lijdelijkheid wordt doorbroken. Toepassing van het lijdelijkheidsbeginsel komt op zichzelf, mede gelet op het karakter

van de arbitrale rechtspleging, gerechtvaardigd voor als hiervóór uiteengezet. De omstandigheid dat rechterlijke controle op een arbitrale uitspraak beperkt is, geeft geen aanleiding dit oordeel te herzien.

34. Maar er schuilt hier wel een mogelijk probleem. Zouden partijen van de lijdelijkheid van de arbiter geen misbruik kunnen maken door via arbitrage met art. 85 EG-Verdrag strijdige kartels af te dwingen? Zouden zij kunnen overeenkomen om het voorwerp van het geschil dusdanig in te perken dat de verenigbaarheid met het kartelverbod van art. 85 EG-Verdrag buiten schot blijft en voor de arbiter onaantastbaar wordt? De Commissie wil voor een dergelijke situatie een uitdrukkelijk voorbehoud maken. Zou er naar nationaal recht geen enkele mogelijkheid bestaan om zo'n misbruik te voorkomen dan zou dit in strijd met de effectiviteitseis moeten worden geacht. Diverse oplossingen zijn denkbaar. Is duidelijk of aannemelijk dat partijen bij het sluiten van een arbitrage-overeenkomst (of de toepassing ervan voor een concreet geschil) de bedoeling hebben gehad om vragen van verenigbaarheid met het communautaire mededingingsrecht van het oordeel van de arbiter uit te sluiten, dan zou dit de geldigheid van de arbitrage-overeenkomst kunnen aantasten.²⁰ Ongeldigheid van de arbitrage-overeenkomst is één van de gronden waarop ook naar Nederlands recht een arbitrale uitspraak door de rechter kan worden vernietigd (art. 1065 aanhef en onder (a) Rv). Een andere in de literatuur genoemde oplossing is dat de arbiter zich onbevoegd verklaart.²¹
35. Overigens is niet wel voorstelbaar dat een kennelijk met art. 85 EG-Verdrag strijdige overeenkomst die het onderwerp vormt van een arbitrale procedure onaantastbaar zou kunnen blijven om redenen van lijdelijkheid van arbiters. Indien voldoende, ook feitelijke, gegevens voorliggen om tot kennelijke onverenigbaarheid te kunnen concluderen, dan zal de arbiter tot ambtshalve

²⁰ De Commissie wijst erop dat zij in haar beschikkingen-praktijk de geldigheid van bedingen om geschillen aan arbitrage te onderwerpen aan art. 85 EG-Verdrag toetst. Zie bijvoorbeeld beschikking 70/333/EEG van 30.6.70, Pb L 148 van 8.7.70, blz. 9, in het bijzonder punt 19; beschikking 72/237/EEG van 9.6.72, Pb L 143 van 23.6.72, blz. 31, in het bijzonder punt 9 derde gedachtenstreepe; beschikking 75/358/EEG van 3.6.75, Pb L 159 van 21.6.75, blz. 22, in het bijzonder de 10e overweging van deel II.

²¹ Zie L. Idot, Rapport Introductif, in 'Competition and Arbitration Law, aangehaald noot 19, nrs. 52-53. Zie hierover, in hetzelfde rapport, ook Goldman, op blz. 337, en Schultzs, op blz. 217.

toepassing moeten overgaan. Voor het onderhavige geval lijkt dat ook te volgen uit de toepasselijkheid van art. 48 Rv, ingevolge welke bepaling de arbiter tot ambtshalve aanvulling van de rechtsgronden verplicht is. Zou de arbiter zulks ten onrechte hebben nagelaten, dan rijst de vraag of zijn uitspraak niet om die reden voor vernietiging in aanmerking komt (hierna nr. 44).

36. Hoe dit zij, de Commissie maakt uit de vraagstelling en de voorliggende processtukken op dat het onderhavige geval anders ligt. Niets wijst erop dat partijen zijn overeengekomen om de vraag van de verenigbaarheid van de overeenkomst met art. 85 EG-Verdrag welbewust aan het oordeel van arbiters te onttrekken. Evenmin is sprake van evidente strijd van de overeenkomst met art. 85 EG-Verdrag.
37. De Commissie geeft het Hof in overweging de eerste vraag van de Hoge Raad als volgt te beantwoorden :

- ‘1. Een arbitraal rechtscollege als waarvan sprake in de door de Hoge Raad voorgelegde vragen, dient art. 85 EG-Verdrag toe te passen, zelfs wanneer daarop door de procespartij die bij de toepassing belang heeft, geen beroep is gedaan, indien het nationale recht deze toepassing toelaat.
2. Het gemeenschapsrecht verplicht een arbitraal rechtscollege als waarvan sprake in de door de Hoge Raad voorgelegde vragen er niet toe, ambtshalve een rechtsgrond in het geding te brengen ontleend aan schending van gemeenschapsbepalingen, wanneer hij voor het onderzoek van dat middel de hem passende lijdelijkheid zou moeten verzaken door buiten de rechtsstrijd van partijen te treden en zich te baseren op andere feiten en omstandigheden dan die welke de partij die bij de toepassing belang heeft, aan haar vordering ten grondslag heeft gelegd.’

Vraag 2

38. De tweede vraag van de Hoge Raad luidt als volgt:

- ‘2. Dient de Nederlandse rechter in weerwil van de hiervoor in 4.2 en 4.4’ (van de verwijzingsbeschikking) ‘omschreven regels van Nederlands

procesrecht een - overigens aan de wettelijke vereisten beantwoordende - vordering tot vernietiging van een arbitraal vonnis op grond van strijd van dat vonnis met art. 85 EG-Verdrag toe te wijzen, indien hij oordeelt dat de gestelde strijd zich inderdaad voordoet?”

39. De onder punt 4.2 en 4.4 van de verwijzingsbeschikking omschreven regels van Nederlands procesrecht houden, kort gezegd, het volgende in.
40. Van een arbitraal vonnis kan volgens Nederlands procesrecht slechts op een beperkt aantal gronden (limitatief opgesomd in artikel 1065 lid 1 Rv.) vernietiging worden gevorderd. Voor de bij de Hoge Raad aanhangige cassatie-procedure is slechts van belang de mogelijkheid om vernietiging te vorderen op grond van het feit dat “het vonnis (...) strijdt met de openbare orde.”
41. De Hoge Raad vermeldt in de verwijzingsbeschikking dat van strijd met de openbare orde als bedoeld in artikel 1065, lid 1, aanhef en onder e) Rv. slechts sprake is indien - voor zover in de cassatie-procedure van belang - de inhoud of uitvoering van het vonnis strijd oplevert met dwingend recht van een zo fundamenteel karakter dat de naleving ervan niet door beperkingen van procesrechtelijke aard mag worden verhinderd. De Hoge Raad voegt hieraan toe dat naar Nederlands recht in het algemeen de enkele omstandigheid dat door de inhoud of uitvoering van het arbitrale vonnis een verbodsbepaling uit het mededingingsrecht buiten toepassing blijft, niet zal meebrengen dat sprake is van strijd met de openbare orde als bedoeld in artikel 1065, lid 1, aanhef en onder e) Rv. Onverkorte toepassing van de zojuist beschreven regels zou derhalve in het algemeen leiden tot afwijzing van een vernietigingsvordering die gebaseerd is op het enkele feit dat door de inhoud of uitvoering van een arbitraal vonnis een verbodsbepaling van Nederlands mededingingsrecht buiten toepassing blijft.
42. De tweede vraag van de Hoge Raad is in feite of zulks anders moet zijn, indien de vernietigingsvordering gebaseerd is op de stelling dat een arbitraal vonnis strijdt met art. 85 EG-Verdrag.
43. Vooropgesteld zij dat de rechter bij de beantwoording van de vraag of het communautaire mededingingsrecht, in casu art. 85 EG-Verdrag, van openbare orde kan worden geacht in de zin van art 1065 aanhef en onder(e) Rv., deze

verdragsbepaling op gelijke voet moet behandelen met nationaal recht. De Hoge Raad stelt daartoe vast dat een verbodsbepaling van Nederlands mededingingsrecht niet als van openbare orde in voornoemde zin kan worden beschouwd. De Commissie is van oordeel dat een juiste toepassing van het gelijke behandelingsbeginsel in dit verband vergt dat het bijzondere gewicht van art. 85 als een voor de handhaving van een regiem van onvervalste mededinging en daarmee van de interne markt fundamentele bepaling, in aanmerking wordt genomen. In dit opzicht lijkt niet op voorhand beslissend dat het Nederlandse mededingingsrecht niet als van openbare orde kan worden gekwalificeerd. Zo verschilt de grondslag van dit Nederlandse recht zoals dit thans nog geldt (misbruikstelsel) wezenlijk van het verbodsstelsel van art. 85 EG-Verdrag.

44. Indien ook met in aanmerking nemen van het fundamentele karakter van de verbodsbepaling van art. 85 EG-Verdrag, deze bepaling niet als van openbare orde in de zin van art. 1065 (e) Rv. kan worden gekwalificeerd, strekt de tweede vraag van de Hoge Raad ertoe te weten of hierover naar gemeenschapsrecht anders moet worden geoordeeld. Dwingt het gemeenschapsrecht ertoe art. 85 EG-Verdrag als van openbare orde in de zin van voornoemde bepaling te beschouwen en moet derhalve toetsing aan deze verdragsbepaling in het kader van een procedure tot vernietiging van een arbitraal vonnis steeds mogelijk te zijn? Zo opgevat, heeft de vraag een erg algemene strekking. Het lijkt de Commissie niet wel mogelijk de vraag ook zo algemeen te beantwoorden. Het beslissende criterium voor het antwoord op deze vraag is steeds hetzelfde: maakt een dergelijke restrictieve interpretatie van het begrip openbare orde de toepassing van art. 85 EG-Verdrag onmogelijk of buitensporig moeilijk? De situaties die zich hierbij voordoen, kunnen echter zeer uiteenlopen, bijv.:

- arbiters hadden art. 85 EG-Verdrag ambtshalve moeten toepassen (want binnen de grenzen van de rechtsstrijd) maar hebben dit ten onrechte nagelaten;
- of: arbiters hebben art. 85 EG-Verdrag weliswaar toegepast, maar onjuist. Daarbij kunnen de redenen waarom en de mate waarin zeer verschillend zijn.

45. Situaties als hier genoemd zijn in de onderhavige zaak niet aan de orde. Het lijkt daarom niet geraden het antwoord op de tweede vraag ook op dergelijke situaties te betrekken. Toepassing van het effectiviteitscriterium is immers niet wel mogelijk omdat onvoldoende informatie beschikbaar is, en ook niet in de processtukken kan worden gevonden, over de mogelijkheden die art. 1065 Rv. biedt om een ten onrechte achterwege gelaten ambtshalve toepassing of een gebrekkige toepassing van art. 85 EG-Verdrag aan de orde te stellen. Daarbij valt in het bijzonder te denken aan de mogelijkheden die andere in art. 1065 Rv. genoemde vernietigingsgronden, in dit verband zouden kunnen bieden, als bijv. die onder (c) (“het scheidsgerecht heeft zich niet aan zijn opdracht gehouden”) of (d) (“het vonnis is niet (...) met redenen omkleed”). Overigens valt op dat de Hoge Raad de kwalificatie als van openbare orde niet absoluut, doch “in het algemeen” uitsluit (nr. 4.2. verwijzingsbeschikking). Er zijn dus blijkbaar uitzonderingen denkbaar maar de Hoge Raad noemt deze niet. Duidelijk is wel dat deze kwalificatie in een situatie als aan de orde in de onderhavige procedure uitgesloten is. Daarover laat de Hoge Raad geen twijfel bestaan. De Commissie acht het daarom geraden het antwoord op de tweede vraag op deze specifieke situatie toe te spitsen, te weten de situatie waarin partijen geen beroep op art. 85 EG-Verdrag hebben gedaan en arbiters deze bepaling naar Nederlands recht niet ambtshalve hoefden (mochten) toe (te) passen omdat zij daarmee de grenzen van de rechtsstrijd zouden hebben overschreden. Op die situatie ziet de derde vraag. De Commissie geeft het Hof daarom in overweging de tweede en de derde vraag gezamenlijk te beantwoorden.

Vraag 3

46. De derde vraag van de Hoge Raad luidt als volgt:

“Is, in weerwil van de hiervoor in 4.5 omschreven regels van Nederlands procesrecht, de rechter hiertoe ook gehouden” (d.w.z. tot toewijzing van een vordering tot vernietiging van een arbitraal vonnis op grond van strijd van dat vonnis met art. 85 EG-Verdrag, indien de rechter meent dat die strijd zich inderdaad voordoet) “indien in de arbitrale procedure de toepasselijkheid van art. 85 EG-Verdrag buiten de grenzen van de rechtsstrijd is gebleven en arbiters daarover dan ook geen beslissing hebben gegeven?”

47. De onder punt 4.5 van de verwijzingsbeschikking omschreven regels van Nederlands procesrecht houden, kort gezegd, het volgende in.

Omdat de geldigheid (en dus de eventuele nietigheid) van de overeenkomst geen voorwerp van debat tussen partijen ten overstaan van de arbiters is geweest, zouden de arbiters buiten de grenzen van de rechtsstrijd zijn getreden als zij een onderzoek zouden hebben ingesteld naar, en een beslissing zouden hebben gegeven over, de vraag of de litigieuze overeenkomst nietig is op grond van art. 85 EG-Verdrag. Indien arbiters dit wél zouden hebben gedaan, zou hun vonnis ingevolge art. 1065, aanhef en onder c, Rv., vatbaar zijn geweest voor vernietiging op de grond dat zij zich niet aan hun opdracht hadden gehouden.

48. Dit brengt volgens de Hoge Raad mee dat partijen naar Nederlands procesrecht de vraag naar de geldigheid c.q. nietigheid van de overeenkomst ook niet voor het eerst in het kader van de vernietigingsprocedure aan de orde konden stellen. Onverkorte toepassing van deze regels zou ertoe leiden dat ook op deze gronden de vernietigingsvordering van Benetton (voor zover gegrond op de stelling dat de arbitrale vonnissen strijden met art. 85 EG-Verdrag) zou moeten worden afgewezen.

49. De Commissie geeft uw Hof in overweging om deze vraag ontkennend te beantwoorden. Naar de mening van de Commissie is de Nederlandse rechter in de door de Hoge Raad beschreven situatie niet gehouden de vordering van Benetton tot vernietiging van de arbitrale eindvonnissen toe te wijzen, zelfs indien hij oordeelt dat de gestelde strijd met art. 85 EG-Verdrag zich inderdaad voordoet. De Commissie komt tot deze conclusie op de volgende gronden.

(i) Het beginsel is nationale proces-autonomie

50. In haar antwoord op vraag 1 heeft de Commissie reeds verwezen naar de vaste rechtspraak van Uw Hof dat bij het ontbreken van een desbetreffende gemeenschapsregeling het een aangelegenheid van de interne rechtsorde van elke Lid-Staat is om de bevoegde rechter aan te wijzen en de procesregels te geven voor rechtsvorderingen die ertoe strekken, de rechten te beschermen die de

justitiabelen aan de rechtstreekse werking van het gemeenschapsrecht ontlelen.²² Uitgangspunt bij de beantwoording van vragen 2 en 3 is dus dat het Nederland in beginsel is toegestaan de hierboven (randnrs. 40-41 en 47-48) omschreven procesregels ook toe te passen, indien het een op artikel 85 EG-Verdrag gebaseerde rechtsvordering betreft.

51. De door Uw Hof geformuleerde uitzonderingen op het zojuist omschreven beginsel zijn in casu niet van toepassing.

(ii) Gelijke behandeling

52. De eerste uitzondering betreft het geval dat de nationale procesregels ongunstiger zouden zijn voor de toepassing van de regels van het gemeenschapsrecht dan voor de toepassing van nationaal recht (de eis van ‘gelijke behandeling’). Daarvan is in dit geval geen sprake, zoals de Hoge Raad zelf ook aangeeft in punt 4.6, tweede alinea, van de verwijzingsbeschikking (‘alle hiervoor weergegeven regels van Nederlands procesrecht ... zijn voor de toepassing van de regels van het gemeenschapsrecht niet ongunstiger dan voor de toepassing van nationaal recht’).

(iii) Effectiviteits-eis

53. De tweede uitzondering is het geval dat de betreffende nationale procesregels de uitoefening van de door de communautaire rechtsorde verleende rechten nagenoeg onmogelijk of uiterst moeilijk zouden maken (de ‘effectiviteits-eis’). Volgens Uw Hof dient ieder geval waarin die vraag rijst, te worden onderzocht met inaanmerkingneming van de plaats van die bepaling in de gehele procedure, en van het verloop en de bijzondere kenmerken ervan, voor de verschillende nationale instanties. Daarbij moet in voorkomend geval rekening worden gehouden met de beginselen die aan het nationale stelsel van rechtspraak ten grondslag liggen, zoals de bescherming van de rechten van de verdediging, het rechtszekerheidsbeginsel en het goede verloop van de procedure.²³

²² Zie bijv. V Schijndel (aangehaald, noot 11), blz. I-4737 (r.o. 17).

²³ Zie bijvoorbeeld arrest van 14 december 1995 (Peterbroeck, zaak 312/93), Jur. 1995, blz. I-4621 (r.o. 14).

54. De in punt 4.5 van de verwijzingsbeschikking beschreven Nederlandse procesregels maken de uitoefening van communautaire rechten niet uiterst moeilijk. Immers, niets heeft Benetton belet om de mogelijke toepasselijkheid van Artikel 85 ten overstaan van de arbiters ter sprake te brengen.²⁴ Indien Benetton dit wel had gedaan, dan zouden de arbiters dit verweer van Benetton in hun arbitrale vonnis uitdrukkelijk hebben moeten verwerpen (zo zij dit niet gedaan zouden hebben, dan zou Benetton waarschijnlijk (maar zie supra nr. 45) vernietiging van dit vonnis hebben kunnen vorderen, omdat de arbiters hun opdracht niet naar behoren zouden hebben vervuld of hun vonnis niet gemotiveerd).
55. Verder valt de regel dat een partij die nimmer van de mogelijkheid gebruik heeft gemaakt om een bepaald argument naar voren te brengen tijdens de arbitrale procedure, dit argument niet voor het eerst in een vordering tot vernietiging van het arbitrale vonnis aan de orde kan stellen, inderdaad - zoals de Hoge Raad stelt - te rechtvaardigen door het algemeen belang bij een effectief functionerende arbitrale rechtspleging.
56. Zonder een dergelijke regel zouden de rechten van de verdediging, en met name het recht van een partij om tijdens de arbitrale procedure op de argumenten van de wederpartij te kunnen reageren, in het gedrang kunnen komen. Verder zou zonder een dergelijke regel de beslechting van een geschil aanzienlijk vertraagd kunnen worden. De Commissie wijst er in dit verband op dat Uw Hof als één van de rechtvaardigingen voor de processuele beperking, die in Van Schijndel en Van Veen aan de orde was, noemde dat die beperking "een goed verloop van de procedure verzekert, met name doordat vertraging waartoe de beoordeling van nieuwe rechtsgronden leidt, wordt voorkomen".²⁵

²⁴ Benetton mocht zich overigens tijdens de arbitrale procedure door advocaten laten vertegenwoordigen, en heeft dat ook gedaan, zie punt 3.9 van het cassatierequest. Verder hebben partijen schriftelijke conclusies mogen nemen, en hebben zij twee maal mogen pleiten, zie punt 3.10 van het cassatierequest.

²⁵ Van Schijndel en Van Veen (aangehaald, noot 12), Jur. 1995, blz. I-4738 (r.o 21).

57. Daarbij valt ook het bijzondere karakter van de arbitrale rechtspleging in aanmerking te nemen. Partijen hebben welbewust afstand gedaan van rechtsbescherming via de rechter. Zij hebben in volledige vrijwilligheid geopteerd voor een andere vorm van rechtspleging. Deze keuze is rechtens gelegitimeerd blijkens de wettelijke inkadering van de arbitrale rechtspleging. In dit licht is ook het beperkte karakter van rechterlijke controle op arbitrale uitspraken begrijpelijk. Juist omdat arbitrage een vrije keuze van partijen is, is een restrictieve controle van de rechter aanvaardbaar. Een ruime beroepsmogelijkheid op de rechter waarmee in feite een tweede (of derde) instantie zou worden gecreëerd, zou fnuikend zijn voor een deugdelijke arbitrage. Het zij nogmaals beklemtoond : de problemen met de toepassing van art. 85 EG-Verdrag zijn in casu niet te wijten aan de inrichting van de rechterlijke controle maar aan nalatigheid van belanghebbenden om zich tijdens de arbitrale procedure op art. 85 EG-Verdrag te beroepen.
58. De Commissie verwijst in dit verband nog naar de reden, die Advocaat-Generaal Jacobs in het arrest Van Schijndel en Van Veen gaf om de daarin aan de orde zijnde casuspositie te onderscheiden van die in de zaken Simmenthal en Factortame: er bestond volgens hem geen reden om de in laatstgenoemde zaken vastgelegde beginselen "uit te breiden in dier voege, dat zij bescherming bieden aan degenen die hebben nagelaten om op passende wijze vorderingen in te stellen krachtens rechtsvoorschriften die hun daartoe de gelegenheid bieden."²⁶ Hij voegde daaraan toe: "Gelijk de rechtspraak van het Hof heeft aangetoond volstaat het, dat de nationale procesregels particulieren een effectieve gelegenheid bieden om de eerbiediging van hun rechten af te dwingen."²⁷
59. Tenslotte brengt de Commissie in herinnering dat naar haar mening, als uiteengezet in het antwoord op de eerste door de Hoge Raad gestelde vraag, arbiters zelf de hen naar nationaal recht geboden lijdelijkheid niet hoeven te doorbreken om art. 85 EG-Verdrag ambtshalve toe te passen, zo dit buiten de grenzen van de rechtsstrijd valt. Als het gemeenschapsrecht derhalve de lijdelijkheid van de arbiter, gelet op de daarvoor gegeven rechtvaardiging, aanvaardt, valt niet goed in te zien waarom

²⁶ Jur. 1995, blz. I-4714 (nr. 23).

²⁷ Jur. 1995, blz. I-4715 (nr. 25).

dit in het kader van een rechterlijke procedure tot vernietiging van het arbitrale vonnis, anders zou moeten zijn. De paradoxale situatie zou zich voordoen dat, zo de arbiter art. 85 EG-Verdrag toepast, zijn uitspraak bloot staat aan vernietiging wegens inbreuk op de hem passende lijdelijkheid, terwijl bij niet-toepassing van art. 85 EG-Verdrag zijn vonnis evenzeer vernietigbaar zou zijn, indien deze verdragsbepaling van openbare orde in de zin van art. 1065 (c) Rv. zou moeten worden geacht.

(iv) De eis dat de mogelijkheid tot het stellen van prejudiciële vragen niet mag worden verhinderd

60. De derde uitzondering op het beginsel van nationale procedurele autonomie is dat een regel van nationaal recht die de inleiding van de in artikel 177 van het Verdrag voorziene procedure verhindert, buiten toepassing moet worden gelaten.
61. De regel dat een partij die tijdens de arbitrale procedure bepaalde aan het Gemeenschapsrecht ontleende argumenten niet naar voren heeft gebracht, deze argumenten niet voor het eerst in een vordering tot vernietiging van een arbitraal vonnis naar voren mag brengen, is weliswaar een processuele beperking, maar betekent niet dat de Nederlandse rechter die geconfronteerd wordt met een vordering tot vernietiging van een arbitraal vonnis nimmer prejudiciële vragen zou kunnen stellen. Die mogelijkheid blijft op zich zelf onverlet. De Commissie zal op dit punt nog terug komen.
62. Geeft het arrest in de zaak Peterbroeck aanleiding hier anders over te oordelen ? In die zaak achtte het Hof toepassing van een termijn voor het invoeren van nieuwe grieven strijdig met het effectiviteitsprincipe mede omdat daardoor de prejudiciële bevoegdheid van de betrokken rechter te zeer werd beknot. De procedure aan de orde in de zaak Peterbroeck is echter niet vergelijkbaar. Daar ging het om een procedure voor de rechter, in de onderhavige zaak om arbitrage in het kader waarvan een prejudiciële bevoegdheid geheel ontbreekt (vgl. hiervoor nr. 25). Voorts is rechterlijke toetsing van arbitrale vonnissen uit de aard der zaak beperkt en niet vergelijkbaar met rechterlijke toetsing in hoger beroep of cassatie. De beperktere mogelijkheden voor toepassing van de prejudiciële procedure zijn een onvermijdelijk gevolg van de keuze voor arbitrage, een keuze die op zichzelf

als legitiem moet worden aangemerkt en waartegen het gemeenschapsrecht zich niet verzet.

63. De Commissie wijst er nog op dat de positie van de rechter die bij controle van de arbitrale uitspraak art. 85 EG-Verdrag buiten beschouwing laat omdat deze bepaling buiten de grenzen van de rechtsstrijd is gebleven, veel gemeen heeft met de positie van de Hoge Raad in de Van Schijndel zaak. Ook in die zaak verplichtte het gemeenschapsrecht uiteindelijk de Hoge Raad niet om de voor de eerste maal in cassatie opgeworpen grief over, onder meer, art. 85 EG-Verdrag te behandelen, nu de rechters in eerdere instanties vanwege de hen geboden lijdelijkheid deze bepaling, ook naar gemeenschapsrecht, buiten toepassing hadden mogen laten.

64. De Commissie geeft het Hof in overweging de tweede en derde vraag als volgt te beantwoorden :

‘Indien de geldigheid (en dus de eventuele nietigheid) van de in geding zijnde overeenkomst tijdens een arbitrale procedure geen voorwerp van debat tussen partijen is geweest, en arbiters derhalve een regel van nationaal procesrecht zouden hebben geschonden (door buiten de grenzen van de rechtsstrijd te treden) indien zij een beslissing zouden hebben gegeven over de toepasselijkheid van artikel 85 EG-Verdrag, is een nationale rechter niet verplicht om een vordering tot vernietiging van een arbitraal vonnis op grond van strijd van dat vonnis met artikel 85 EG-Verdrag toe te wijzen, indien hij evenmin verplicht is om een dergelijke vordering op grond van strijd met een vergelijkbare regel van nationaal mededingingsrecht toe te wijzen. Bij de beoordeling van deze vergelijkbaarheid dient met aard en functie van het communautaire mededingingsrecht rekening te worden gehouden.’

65. De Commissie wil nogmaals beklemtonen dat zij het door haar voorgestelde gezamenlijke antwoord op de tweede en de derde vraag volledig heeft toegespitst op (en beperkt tot) de omstandigheden van de onderhavige procedure waarbij art. 85 EG-Verdrag niet aan de orde is kunnen komen wegens de aan arbiters voorgeschreven lijdelijkheid. De Commissie wil niet uitsluiten dat in een andere processuele context de vraag of bij rechterlijke toetsing van arbitrale vonnissen waarin art. 85 EG-Verdrag onjuist is toegepast of ten onrechte buiten toepassing is

gebleven, een beroep op deze verdragsbepaling naar gemeenschapsrecht mogelijk zou moeten zijn, anders dient te worden beantwoord. Denkbaar is dat uitsluiting van zo'n beroep wèl met de effectiviteits-eis in strijd zou moeten worden geacht, mede gelet op de omstandigheid dat pas in het kader van rechterlijke toetsing de prejudiciële rechtsweg van art. 177 EG-Verdrag beschikbaar is. De Commissie wijst daarbij ook op het al eerder genoemde geval van misbruik van arbitrale procedures om met art. 85 EG-Verdrag strijdige overeenkomsten af te dwingen (hiervoor nr. 34). Dergelijk misbruik zou in het kader van een vernietigingsprocedure voor de rechter getoetst moeten kunnen worden. De Commissie wil er in dit verband tenslotte nog op wijzen dat communautaire en/of nationale mededingingsvoorschriften in een aantal Lid-Statens en derde landen door de rechter bij zijn toetsing van arbitrale vonnissen als van openbare orde zijn aangemerkt.²⁸

²⁸ De Commissie noemt de volgende voorbeelden:

België: een uitspraak van het Tribunal civil de première instance van Brussel van 15.10.1975, *S.A. Preflex t. Lipski*, gepubliceerd in Duitse vertaling in GRUR Int. 1977 Heft 7 p. 276. In die zaak beriep Preflex zich op nietigheid van een arbitraal vonnis op grond van schending van de gemeenschapsrechtelijke openbare orde omdat de overeenkomst waarop dat vonnis was gebaseerd in strijd met artikel 85 EG-Verdrag zou zijn. De rechtbank toetste hierop aan art. 85, maar oordeelde dat de overeenkomst niet strijdig daarmee was. De Commissie greep hierna, op verzoek van één der partijen in; zie haar Tiende verslag over het mededingingsbeleid, punt 126.

Duitsland: een uitspraak van het Bundesgerichtshof van 27.2.1969 (KZR 3/68), gepubliceerd in WuW Entscheidungssammlung 1969 blz. 504. Het Bundesgerichtshof overwoog: "Die Revision muss im Ergebnis deshalb Erfolg haben, weil das Berufungsgericht verkannt hat, dass der Aufhebungsgrund des § 1041 Abs. 1 Nr. 2 ZPO ("Verstoss gegen die öffentliche Ordnung") insofern gegeben ist, als die Anerkennung des Schiedsspruchs gegen art. 85 EWGV verstossen würde." Deze uitspraak is bevestigd in een uitspraak van het Bundesgerichtshof van 31.5.1972 (KZR 43/71), gepubliceerd in WuW Entscheidungssammlung 1972 blz. 824. Zie ook Ludwig von Zumbusch, Die Schiedsfähigkeit privatrechtlicher Kartellrechtsstreitigkeiten nach US-, deutschem und EG-recht, in GRUR Int. 1988, blz. 541.

Verenigde Staten van Amerika: Uitspraak van US Supreme Court van 2.7.1985, *Mitsubishi Motors Corp. v. Soler Chrysler-Plymouth, Inc.*, No. 83-1569, 473 US 614 (1985), blz. 636-637: "Having permitted the arbitration to go forward, the national courts of the United States will have the opportunity at the award-enforcement stage to ensure that the legitimate interest in the enforcement of the antitrust laws has been addressed. (...) While the efficacy of the arbitral process requires that substantive review at the award-enforcement stage remain minimal, it would not require intrusive inquiry to ascertain that the tribunal took cognizance of the antitrust claims and actually decided them."

Zie ook het reeds in voetnoot 19 aangehaalde ICC-rapport, met daarin het rechtsvergelijkend rapport van Mw. Idot, reeds genoemd in voetnoot 20.

66. Wat hier ook van zij, de onderhavige zaak ligt volledig anders, in die zin dat artikel 85 niet slechts in de vernietigingsprocedure niet aan de orde kan komen door de beperkingen aan de gronden voor vernietiging van een arbitraal vonnis die art. 1065 lid 1 Rv. stelt, maar reeds omdat Benetton art. 85 nimmer ten overstaan van de arbiters ter sprake heeft gebracht.

Vragen 4 en 5

67. De Commissie zal de vierde en vijfde vraag van de Hoge Raad tezamen behandelen. Vraag 4 luidt als volgt:
- “4. Moet ingevolge het gemeenschapsrecht de hiervoor in 5.3” (van de verwijzingsbeschikking) “omschreven regel van Nederlands procesrecht buiten toepassing worden gelaten indien dit nodig is om in de vernietigingsprocedure, gericht tegen het latere arbitrale vonnis, te kunnen onderzoeken of een overeenkomst, waarvan in het arbitrale tussenvonnis met gezag van gewijsde is beslist dat zij rechtsgeldig is, wellicht toch nietig is wegens strijd met art. 85 EG-Verdrag?”
68. De in punt 5.3 van de verwijzingsbeschikking omschreven regel van Nederlands procesrecht houdt in, dat wanneer arbiters in een tussenvonnis dat in zoverre het karakter van een eindvonnis draagt, een eind hebben gemaakt aan een deel van het geschil tussen partijen, dit vonnis in zoverre gezag van gewijsde krijgt, en dat, wanneer van dit tussenvonnis niet tijdig de vernietiging is gevorderd, de mogelijkheid om van een op het tussenvonnis voortbouwend, later arbitraal vonnis de vernietiging te vorderen wordt beperkt door dat gezag van gewijsde.
69. De vijfde vraag van de Hoge Raad luidt als volgt:
- “Of moet in een geval als in vraag (4) omschreven buiten toepassing blijven de regel dat van het arbitrale tussenvonnis, voor zover dit het karakter van eindvonnis draagt, niet tegelijk met het latere arbitrale vonnis de vernietiging kan worden gevorderd?”
70. De Commissie geeft uw Hof in overweging om beide vragen ontkennend te beantwoorden, op de navolgende wijze:

“1. Het gemeenschapsrecht verplicht de nationale rechter er niet toe om, indien een arbitraal tussenvonnissen in zoverre het karakter van een eindvonnis draagt dat daarbij bij dictum een eind is gemaakt aan een deel van het geschil tussen partijen, en zowel dat dictum zèlf als het daaraan ten grondslag liggende oordeel dat de litigieuze overeenkomst rechtsgeldig is gezag van gewijsde hebben verkregen doordat van dit tussenvonnissen niet tijdig de vernietiging is gevorderd, de nationale procesregel dat de mogelijkheid om van een op het tussenvonnissen voortbouwend, later arbitraal vonnis de vernietiging te vorderen wordt beperkt door dat gezag van gewijsde, terzijde te stellen teneinde in de vernietigingsprocedure te kunnen onderzoeken of de litigieuze overeenkomst nietig is wegens strijd met art. 85 EG-Verdrag.

2. Evenmin verplicht het gemeenschapsrecht de nationale rechter om in een dergelijke situatie de regel terzijde te stellen dat van het arbitrale tussenvonnissen, voor zover dit het karakter van een eindvonnis draagt, niet tegelijk met het latere arbitrale vonnis de vernietiging kan worden gevorderd.”

71. De Commissie komt tot deze beantwoording volgens hetzelfde redeneerschema als hierboven reeds is gebruikt bij de beantwoording van vraag 3.

i) Het beginsel is de autonomie van de Lid-Staten om hun eigen nationale procedure-regels te stellen, die ook gelden indien particulieren hun rechten op grond van gemeenschapsrecht geldend wensen te maken.

Ook met betrekking tot de in vragen 4 en 5 aan de orde gestelde regels zijn de door Uw Hof geformuleerde uitzonderingen op dat beginsel niet van toepassing:

ii) De in vragen 4 en 5 van de Hoge Raad aan de orde gestelde nationale procesregels gelden gelijkkelijk voor de rechten van (rechts-)personen op grond van het materiële gemeenschapsrecht als voor hun rechten op grond van het materiële nationale recht.

iii) Die regels maken het de justitiabelen niet nagenoeg onmogelijk of uiterst moeilijk om uit gemeenschapsrecht voorvloeiende rechten geldend te maken. Zij

belemmeren partijen geenszins om tijdens een arbitrale procedure artikel 85 EG-Verdrag, of enige andere direct werkende bepaling van gemeenschapsrecht, in te roepen. Bovendien staat het partijen op zichzelf vrij om, indien zij dergelijke bepalingen van gemeenschapsrecht ten overstaan van de arbiters hebben ingeroepen, doch van mening zijn dat arbiters in een arbitraal tussenvonnis - tevens zijnde (deel)arbitraal eindvonnis - hun beroep op die bepalingen ten onrechte hebben verworpen, vernietiging van dit arbitrale tussenvonnis te vorderen.²⁹

Er zijn ook goede gronden voor het hanteren van de hier aan de orde zijnde Nederlandse rechtsregels. Zij laten toe dat een arbitraal college zijn definitieve oordeel geeft over een gedeelte van een geschil, en dat een partij beslist of zij tegen dat oordeel een rechtsmiddel wenst in te stellen. Dit maakt het mogelijk om bijvoorbeeld, zoals in het onderhavige geval, een definitieve (d.w.z. niet meer voor bestrijding met een gewoon rechtsmiddel) bindende beslissing te verkrijgen over de vraag of de ene partij aan de andere partij schadevergoeding dient te betalen, en pas met (vaak tijdrovende) beslissingen ten aanzien van de omvang van de schadevergoedingsverplichting aan te vangen zodra er een definitief bindende beslissing is dat die verplichting ook inderdaad bestaat.

De Commissie wijst op de vergelijkbare regel in art. 49 van het Statuut van Uw Hof: "Uiterlijk binnen twee maanden te rekenen vanaf de betekening van de bestreden beslissing kan bij het Hof hogere voorziening worden ingesteld tegen (...) beslissingen die het geding ten gronde slechts gedeeltelijk beslechten." Lasok noemt als voorbeeld van een dergelijke beslissing "a judgment in an action for damages which determines liability but leaves the issue of quantum to the parties to resolve by agreement".³⁰

- iv) Tenslotte verhinderen de in vragen 4 en 5 aan de orde zijnde regels van Nederlands procesrecht ook niet het stellen van prejudiciële vragen.

²⁹ Maar zie hiervoor nrs. 44-45.

³⁰ Lasok, *The European Court of Justice, Practice and Procedure*, 2nd ed. 1994, blz. 472, voetnoot nr. 2.

III. CONCLUSIE

72. De Commissie geeft het Hof in overweging de vragen van de Hoge Raad als volgt te beantwoorden:

Vraag 1

- “1. Een arbitraal rechtscollege als waarvan sprake in de door de Hoge Raad voorgelegde vragen, dient art. 85 EG-Verdrag toe te passen, zelfs wanneer daarop door de procespartij die bij de toepassing belang heeft, geen beroep is gedaan, indien het nationale recht deze toepassing toelaat.

2. Het gemeenschapsrecht verplicht een arbitraal rechtscollege als waarvan sprake in de door de Hoge Raad voorgelegde vragen er niet toe, ambtshalve een rechtsgrond in het geding te brengen ontleend aan schending van gemeenschapsbepalingen, wanneer hij voor het onderzoek van dat middel de hem passende lijdelijkheid zou moeten verzaken door buiten de rechtsstrijd van partijen te treden en zich te baseren op andere feiten en omstandigheden dan die welke de partij die bij de toepassing belang heeft, aan haar vordering ten grondslag heeft gelegd.”

Vragen 2 en 3

‘Indien de geldigheid (en dus de eventuele nietigheid) van de in geding zijnde overeenkomst tijdens een arbitrale procedure geen voorwerp van debat tussen partijen is geweest, en arbiters derhalve een regel van nationaal procesrecht zouden hebben geschonden (door buiten de grenzen van de rechtsstrijd te treden) indien zij een beslissing zouden hebben gegeven over de toepasselijkheid van artikel 85 EG-Verdrag, is een nationale rechter niet verplicht om een vordering tot vernietiging van een arbitraal vonnis op grond van strijd van dat vonnis met artikel 85 EG-Verdrag toe te wijzen, indien hij evenmin verplicht is om een dergelijke vordering op grond van strijd met een vergelijkbare regel van nationaal mededingingsrecht toe te wijzen. Bij de beoordeling van deze vergelijkbaarheid dient met aard en functie van het communautaire mededingingsrecht rekening te worden gehouden.’”

Vragen 4 en 5

1. Het gemeenschapsrecht verplicht de nationale rechter er niet toe om, indien een tussenvonnis in zoverre het karakter van een eindvonnis draagt dat daarbij bij dictum een eind is gemaakt aan een deel van het geschil tussen partijen, en zowel dat dictum zelf als het daaraan ten grondslag liggende oordeel dat de litigieuze overeenkomst rechtsgeldig is gezag van gewijsde hebben verkregen doordat van dit tussenvonnis niet tijdig de vernietiging is gevorderd, de nationale procesregel dat de mogelijkheid

om van een op het tussenvonnis voortbouwend, later arbitraal vonnis de vernietiging te vorderen wordt beperkt door dat gezag van gewijsde, terzijde te stellen teneinde in de vernietigingsprocedure te kunnen onderzoeken of de litigieuze overeenkomst nietig is wegens strijd met art. 85 EG-Verdrag.

2. Evenmin verplicht het gemeenschapsrecht de nationale rechter om in een dergelijke situatie de regel terzijde te stellen dat van het arbitrale tussenvonnis, voor zover dit het karakter van een eindvonnis draagt, niet tegelijk met het latere arbitrale vonnis de vernietiging kan worden gevorderd.”

C.W.A. TIMMERMANS

W. WILS

H. van VLIET

Gemachtigden van de Commissie