

# Van openbare orde

mr E.W.F. Schotanus

**Het Hof van Justitie is van mening dat artikel 81 EG kan worden beschouwd als van openbare orde. Het Gerechtshof Arnhem en het Gerechtshof Amsterdam hebben beslist dat artikel 6 van de Mededingingswet niet kan worden beschouwd als van openbare orde. Terecht?**

Naar aanleiding van een geschil sluiten een leverancier en een distributeur een vaststellingsovereenkomst. Op grond van deze overeenkomst dient de distributeur zijn onderneming bij beëindiging van de distributieovereenkomst aan te bieden aan de leverancier. Na verloop van tijd wenst de distributeur de relatie met de leverancier te verbreken, maar wil de onderneming echter aan een derde aanbieden. Kan de distributeur onder de vaststellingsovereenkomst uit met een beroep op de mededingingsregels?

Dit voorbeeld raakt de verhouding tussen de dwingendrechtelijke mededingingsbepalingen (artikel 81 EG en artikel 6 Mededingingswet (Mw)) en artikel 7:902 BW. Krachtens artikel 81 EG en artikel 6 Mw zijn afspraken die de mededinging beïnvloeden, verboden. Volgens artikel 7:902 BW kan een vaststelling tot beëindiging van onzekerheid of geschil niet worden vernietigd wegens strijd met dwingend recht, tenzij deze vaststelling tevens in strijd is met de openbare orde of de goede zeden. In dit kader is de rechtspraak over de verhouding tussen artikel 81 EG en artikel 1065 lid 1 sub e Rv relevant. Op grond van dit laatste artikel kan een arbitraal vonnis worden vernietigd wanneer dit vonnis in strijd is met de openbare orde.

In dit artikel staat de vraag centraal of artikel 81 EG en artikel 6 Mw kunnen worden aangemerkt als van openbare orde, zodat in een procedure tot vernietiging van een vaststellingsovereenkomst (zoals bijvoorbeeld een bindend advies) of een arbitraal vonnis een beroep op deze artikelen gedaan kan worden. Alvorens deze vraag te beantwoorden, zal ik allereerst de uitspraken behandelen die betrekking hebben op de verhouding tussen artikel 81 EG en artikel 1065 lid 1 sub e Rv en de uitspraken waarin de verhouding tussen artikel 81 en artikel 6 Mw enerzijds en artikel 7:902 BW anderzijds centraal staat.

## Verhouding artikel 81 EG en artikel 1065 lid 1 sub e Rv

Een arbitraal vonnis kan slechts op een beperkt aantal gronden worden vernietigd. Eén van deze gronden betreft strijd met de openbare orde. Hierbij wordt met name gedacht aan

schending van fundamentele beginselen van procesrecht, zoals bijvoorbeeld het beginsel van hoor en wederhoor. Tot 1 juni 1999 was het onduidelijk of schending van gemeenschapsrecht (meer in het bijzonder artikel 81 EG) eveneens diende te leiden tot strijd met de openbare orde. In het arrest *Eco Swiss/Benetton* heeft het Hof van Justitie aan deze discussie een eind gemaakt.<sup>1</sup>

## Eco Swiss/Benetton

In de arbitrageprocedure tussen *Bulova* en *Eco Swiss* enerzijds en *Benetton* anderzijds heeft geen van de betrokken partijen een beroep gedaan op (strijd met) het mededingingsrecht. Het mededingingsrecht wordt voor het eerst in stelling gebracht in de procedure tot vernietiging van de arbitrale vonnissen op grond van – onder meer – strijd met de openbare orde in de zin van artikel 1065 lid 1 sub e Rv.

Het Gerechtshof Den Haag was van mening dat artikel 81 EG van openbare orde is in de zin van vernoemd artikel. De Hoge Raad was het hier echter niet mee eens.<sup>2</sup> Volgens de Hoge Raad kon van strijd met de openbare orde in de zin van vernoemd artikel slechts sprake zijn:

‘[...] indien 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. Naar Nederlands recht zal 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 meebrengen dat sprake is van strijd met de openbare orde als hier beschreven. De vraag rijst evenwel of dit ook kan gelden wanneer het [...] gaat om een bepaling uit het gemeenschapsrecht.’

Vervolgens leidde de Hoge Raad uit het antwoord van het Hof van Justitie in de zaak *Van Schijndel* en *Van Veen/Stichting Pensioenfonds voor Fysiotherapeuten*<sup>3</sup> af, dat artikel 81 EG niet van dien aard is dat het moet worden aangemerkt als dwingend recht van een zo fundamenteel karakter dat strijd daarmee leidt tot strijd met de openbare orde in de zin van artikel 1065 lid 1 sub e Rv.

Desalniettemin stelde de Hoge Raad een aantal prejudiciële vragen die antwoord zouden moeten geven op de vraag of het gemeenschapsrecht noopt tot uitzonderingen op de regels van nationaal procesrecht. Het Hof van Justitie heeft vervol-

mr E.W.F. Schotanus is werkzaam bij Landwell Advocaten en Notarissen.

1 HvJ EG zaak C-126/97, *Eco Swiss China Ltd./Benetton International B.V.*, Jur. 1999, p. I-3055.

2 HR 21 maart 1997, NJ 1998, 207 (*Eco Swiss/Benetton*), ro 4.2.

3 HvJ EG gevoegde zaken C-430/93 en C-431/93, *Van Schijndel* en *Van Veen/Stichting Pensioenfonds voor Fysiotherapeuten*, Jur. 1995, p. I-4705.

gens geoordeeld dat artikel 81 EG is te beschouwen als een bepaling van openbare orde in de zin van het EG-Verdrag. Het Hof van Justitie komt tot dit oordeel, omdat artikel 81 EG 'een fundamentele bepaling [vormt] die onontbeerlijk is voor de vervulling van de taken van de Gemeenschap en in het bijzonder voor de werking van de interne markt'.

Op basis van deze antwoorden komt de Hoge Raad tot de conclusie dat artikel 81 EG voor de toepassing van artikel 1065 lid 1 sub e Rv moet worden aangemerkt als een bepaling van openbare orde.<sup>4</sup>

### Sesam/Betoncentrale Twenthe

In de arbitrageprocedure tussen Sesam en Betoncentrale Twenthe heeft Sesam – evenals in de procedure tot vernietiging van het arbitrale vonnis bij de Rechtbank Amsterdam – geen beroep gedaan op strijd met het mededingingsrecht. Pas in hoger beroep bij het Gerechtshof Amsterdam beroept Sesam zich op strijd met het mededingingsrecht.<sup>5</sup>

Parallel aan deze civiele procedure liep een ontheffingsverzoek bij de Nma.<sup>6</sup> De d-g NMa besliste dat de in het geding zijnde non-concurrentiebedingen in strijd zijn met artikel 6 Mw en niet voor een ontheffing krachtens artikel 17 Mw in aanmerking kwamen. Helaas besteedde de d-g NMa in zijn besluit inhoudelijk geen aandacht aan de verhouding tussen artikel 1065 Rv en de bepalingen van de Mw. Het Gerechtshof Amsterdam daarentegen wel.

In hoger beroep beroept Sesam zich dus op strijd met artikel 81 EG. Een beroep op de nationale mededingingsregels laat Sesam achterwege. Desalniettemin heeft het Gerechtshof Amsterdam hier een oordeel over. In een rechtsoverweging ten overvloede geeft het Gerechtshof Amsterdam aan dat een toetsing van het arbitrale vonnis aan de nationale mededingingsregels niet aan de orde kan zijn, omdat deze regels niet van een zo fundamenteel karakter zijn dat zij niet als van openbare orde in de zin van artikel 1065 lid 1 sub e Rv kunnen worden aangemerkt. In een tweede rechtsoverweging ten overvloede geeft het Gerechtshof Amsterdam aan dat het oordeel van de d-g NMa niet leidt tot een ander oordeel. Volledigheidshalve wil ik opmerken dat het Gerechtshof Amsterdam het beroep van Sesam op artikel 81 EG heeft gehonoreerd en derhalve het arbitrale vonnis heeft vernietigd.

### Tussenconclusie over verhouding artikel 81 EG en artikel 1065 lid 1 sub e Rv

Uit de arresten Eco Swiss/Benetton en Sesam/Betoncentrale Twenthe kan worden afgeleid, dat artikel 81 EG kan worden beschouwd als een bepaling van openbare orde in de zin van artikel 1065 lid 1 sub e Rv. Dit betekent, dat een arbitraal vonnis op grond van dit artikellid kan worden vernietigd wanneer dit vonnis geen oordeel geeft over de toepasselijkheid van artikel 81 EG. Ook wanneer in een arbitraal vonnis artikel 81 EG onjuist wordt toegepast, kan dit vonnis op grond van strijd met de openbare orde worden vernietigd. Hiervoor bestaat te meer aanleiding, omdat arbiters geen mogelijkheid hebben zelfstandig prejudiciële vragen te stellen.<sup>7</sup> Volledigheidshalve wil ik opmerken dat zo een vorde-

ring slechts slaagt wanneer de eisende partij kan bewijzen dat er sprake is van een mogelijke beïnvloeding van de interstatelijke handel.

### Verhouding mededingingsregels en artikel 7:902 BW

Ter voorkoming of beëindiging van onzekerheid of geschil kunnen partijen een nieuwe rechtstoestand (de vaststelling) creëren. Zoals reeds gezegd, is deze vaststelling ook geldig indien zij in strijd mocht blijken met regels van dwingend recht. Indien de vaststelling naar inhoud of strekking tevens in strijd met de openbare orde of de goede zeden mocht zijn, kan zij slechts worden vernietigd. In dit verband is de vraag relevant of de Europese en de nationale mededingingsregels van openbare orde zijn, zodat deze bepalingen aan een procedure tot vernietiging van de vaststelling ten grondslag kunnen worden gelegd.

### Van der Pols/OPG

In het huishoudelijke reglement van de coöperatieve apothekersvereniging OPG is een bindendadviesregeling opgenomen. Van der Pols is van mening dat die regeling niet van toepassing is op hun geschil over de rechtmatigheid van de uittrederegels van OPG. In dat kader oordeelt het Gerechtshof Amsterdam over de mate waarin de bindendadviesregeling voorziet in adequate rechtsbescherming.<sup>8</sup> Het Gerechtshof Amsterdam overweegt dienaangaande dat 'indien dwingendrechtelijke regels van openbare orde worden veronachtzaamd, het bindend advies op grond van artikel 7:902 BW ongeldig is'.

In de gehele procedure heeft Van der Pols een uitdrukkelijk beroep gedaan op artikel 81 EG. Het is vervolgens de taak van de bindend adviseurs het geschil te toetsen aan dit artikel. Erkennen de bindend adviseurs de toepasselijkheid van regels van dwingend recht, maar laten zij deze vervolgens buiten toepassing, dan is het bindend advies in strijd met de openbare orde. Volgens het Gerechtshof Amsterdam is het bindend advies ook in strijd met de openbare orde wanneer bij de uitlegging, de toepassing of niet-toepassing van een regel van dwingend recht een standpunt wordt ingenomen waartoe men in redelijkheid niet had kunnen komen.

Helaas is dit arrest elf dagen eerder geweest dan het arrest van het Hof van Justitie inzake Eco Swiss/Benetton. Indien het Gerechtshof Amsterdam met die uitspraak bekend zou zijn geweest, had het waarschijnlijk niet in het midden hoeven laten of artikel 81 EG kan worden beschouwd als van openbare orde in de zin van artikel 7:902 BW. De Rechtbank Amsterdam oordeelde in eerste aanleg overigens dat artikel

4 Hoge Raad 25 februari 2000, NJ 2000, 340 (Eco Swiss/Benetton).

5 Gerechtshof Amsterdam, 12 oktober 2000, Sesam/Betoncentrale Twenthe, NJ 2002, 111.

6 Besluit d-g NMa, zaak 207, Ontheffingsaanvraag Betoncentrale Twenthe - Sesam.

7 HvJ EG zaak C-102/81, Nordsee, Jur. 1974, p. 33, ro 10-16.

8 Gerechtshof Amsterdam, 20 mei 1999, Van der Pols/OPG, TvA 2001-4, p. 181-184.

81 EG van openbare orde is. Uit de gepubliceerde uitspraak wordt niet duidelijk op grond van welke argumenten de Rechtbank tot deze conclusie is gekomen.

### Goos/Hanos

In het arrest van het Gerechtshof Arnhem staat de vraag centraal of de tussen Goos en Hanos gesloten vaststellingsovereenkomst op grond van artikel 7:902 BW vernietigd kan worden wegens strijd met artikel 6 Mw.<sup>9</sup> Goos en Hanos hadden deze overeenkomst gesloten, omdat zij van mening verschilden of een aantal tussen hen gesloten non-concurrentiebedingen in strijd was met het mededingingsrecht. Het Gerechtshof Arnhem diende derhalve te beoordelen of artikel 6 Mw van openbare orde is.

Met een beroep op het hiervoor besproken arrest van het Hof van Justitie inzake Eco Swiss/Benetton en met name de hiervoor geciteerde rechtsoverweging in het verwijzingsarrest van de Hoge Raad komt het Gerechtshof Arnhem tot de conclusie dat artikel 6 Mw niet van openbare orde is. Twee argumenten dragen deze conclusie. Allereerst zijn – volgens het Gerechtshof Arnhem – de doelstellingen van het Europese respectievelijk het Nederlandse mededingingsrecht verschillend. Het Europese mededingingsrecht ziet toe op de eenwording van een gemeenschappelijke interne markt, terwijl het Nederlandse mededingingsrecht efficiencyvoordelen van de vrije mededinging nastreeft. Daarnaast zou de Hoge Raad – volgens het Gerechtshof Arnhem – in het verwijzingsarrest hebben geoordeeld dat de verbodsbepalingen uit het Nederlandse mededingingsrecht niet van openbare orde zijn.

### Tussenconclusie over verhouding mededingingsregels en artikel 7:902 BW

Ook al is de Rechtbank Amsterdam in de zaak Van der Pols/OPG van mening dat artikel 81 EG een bepaling van openbare orde is, het arrest van het Gerechtshof Amsterdam heeft dit oordeel niet ondubbelzinnig bevestigd. Daardoor is het vooralsnog onduidelijk of artikel 81 EG kan worden aangemerkt als een bepaling van openbare orde in de zin van artikel 7:902 BW.

Uit het arrest van het Gerechtshof Arnhem inzake Goos/Hanos en het arrest van het Gerechtshof Amsterdam inzake Sesam/Betoncentrale Twenthe volgt echter ondubbelzinnig dat artikel 6 Mw niet kan worden aangemerkt als een bepaling van openbare orde op grond waarvan een vaststellingsovereenkomst kan worden vernietigd.

In het hiernavolgende zal ik beoordelen of het Gerechtshof Arnhem inzake Goos/Hanos en het Gerechtshof Amsterdam inzake Sesam/Betoncentrale Twenthe terecht tot de conclusie zijn gekomen dat artikel 6 Mw niet kan worden beschouwd als van openbare orde. Verschillende schrijvers hebben inmiddels hun mening hierover gegeven.<sup>10</sup>

### Het begrip ‘van openbare orde’

Blijkens de Memorie van Toelichting moet het begrip ‘openbare orde’ in de zin van artikel 7:902 BW in dezelfde betekenis worden gebruikt als in artikel 3:40 lid 1 BW.<sup>11</sup> In deze

context zijn rechtshandelingen in strijd met de openbare orde, indien zij strijdig zijn met de fundamentele beginselen van de maatschappelijke organisatie.<sup>12</sup> Het begrip ‘openbare orde’ in de zin van artikel 1065 lid 1 sub e Rv heeft zowel een formele als een materiële zijde. De formele zijde heeft betrekking op fundamentele beginselen van procesrecht, terwijl de materiële zijde betrekking heeft op dwingend recht van een fundamenteel karakter dat de naleving ervan niet door beperkingen van procesrechtelijke aard mag worden verhinderd.<sup>13</sup>

Hieruit kan naar mijn mening worden afgeleid dat het begrip ‘openbare orde’ in artikel 3:40 BW en in artikel 1065 lid 1 sub e Rv eenzelfde betekenis hebben.<sup>14</sup> In beide artikelen heeft het begrip ‘openbare orde’ betrekking op dezelfde fundamentele beginselen. Artikel 1065 lid 1 sub e Rv voegt daaraan toe dat het procesrecht niet in de weg mag staan aan de naleving van die fundamentele beginselen. De inhoud van het begrip ‘openbare orde’ wijzigt hierdoor naar mijn mening niet. Nu het begrip in beide artikelen op dezelfde beginselen ziet, brengt dit vervolgens met zich, dat – in het licht van het arrest van het Hof van Justitie inzake Eco Swiss/Benetton – artikel 81 EG tevens kan worden beschouwd als ‘van openbare orde’ in de zin van artikel 7:902 BW.<sup>15</sup> Vervolgens dient de vraag zich aan of artikel 6 Mw als van openbare orde kan worden beschouwd.

### Artikel 6 Mw van openbare orde

Het dragende argument in het arrest van het Gerechtshof Arnhem in Goos/Hanos is de verschillende doelstelling van artikel 81 EG enerzijds en artikel 6 Mw anderzijds (zie hiervoor). In dit arrest plaatst het Hof van Justitie de vraag of artikel 81 EG als van openbare orde moet worden beschouwd in het kader van artikel 3 lid sub g EG. Dit artikel heeft tot doel een regime te ontwikkelen waardoor de mededinging in de Gemeenschap niet wordt vervalst. Vanuit deze optiek bezien, hebben artikel 81 EG en artikel 6 Mw wel eenzelfde doel.<sup>16</sup> Hieruit kan naar mijn mening worden afgeleid dat het Gerechtshof Arnhem het arrest van het Hof van Justitie inzake Eco Swiss/Benetton op dit punt onjuist heeft geïnterpreteerd.

9 Rechtbank Zutphen, 18 maart 1999, Goos/Hanos, Nieuwsbrief Mededingingsrecht 1999-5, p. 76 en Gerechtshof Arnhem, 1 augustus 2000, Goos/Hanos, Nieuwsbrief Mededingingsrecht 2000-9, p. 178.

10 W. Knibbeler en C.E. Schillemans, ‘Rechtspraak over de Mededingingswet in 2000’, M&M 2001-4, p. 180 en Y.E. de Muynck, ‘De openbare orde en het mededingingsrecht’, NTER 2001-10, p. 256-257; zie ook W. Knibbeler, ‘Rechtspraak over de Mededingingswet in 1999’, M&M 2000-2, p. 48 over de uitspraak van de Rechtbank Arnhem inzake Goos/Hanos.

11 Kamerstukken II 1982-1983, 17 779, nr. 3, p. 38.

12 Asser-Hartkamp II, nr. 272; E.M. Hoogervorst, Openbare orde en goede zeden in artikel 3:40 BW, in Contractvrijheid, Deventer 1999, p. 137-152.

13 W. Hugenholtz en W.H. Heemskerk, Hoofdlijnen van Nederlands burgerlijk procesrecht, 's-Gravenhage 1998, nr. 211.

14 Anders W. Knibbeler en C.E. Schillemans, reeds aangehaald.

15 Zie ook W.D.H. Asser, TvA 2001-4, p. 183.

16 Zie ook M.R. Mok, Ondernemingsrecht 1999-12, p. 339.

Verder verwijzen zowel het Gerechtshof Arnhem als het Gerechtshof Amsterdam voor hun oordeel dat artikel 6 Mw niet van openbare orde is – al dan niet expliciet – naar het verwijzingsarrest van de Hoge Raad inzake Eco Swiss/Benetton. In dit arrest is de Hoge Raad van oordeel dat de verbodsbepalingen uit het mededingingsrecht niet van openbare orde zijn.

Hebben beide gerechtshoven zich bij de beoordeling of de bepalingen van de Mw van openbare orde terecht gebaseerd op het verwijzingsarrest van de Hoge Raad? Dit arrest dateert van voor de inwerkingtreding van de Mw en had dus betrekking op het regime onder de Wet Economische Mededinging (WEM), dat zich kenmerkte als een misbruikstelsel, terwijl de Mw een verbodstelsel introduceert. Over de verhouding tussen de WEM en de Mw overweegt het Gerechtshof Arnhem slechts, dat een aanscherping van het mededingingsbeleid nog niet betekent dat de bepalingen van de Mw van openbare orde zijn. Het Gerechtshof Amsterdam overweegt dienaangaande, dat er onvoldoende redenen zijn anders te oordelen over het karakter van de regels van de Mw dan over de regels van de WEM.

Naar mijn mening hadden beide gerechtshoven met een beroep op de stelselwijziging en de (wets)geschiedenis van de Mw tot een andere conclusie moeten komen.

In hun motivering laten de gerechtshoven namelijk belangrijke overwegingen voor de totstandkoming van de Mw achterwege.<sup>17</sup> Om internationaal een rol van betekenis te kunnen (blijven) spelen, was volgens de wetgever een cultuuromslag in het denken van ondernemingen noodzakelijk. Van bescherming van verworven posities naar marktwerking was en is het devies. Een fundamentele herziening van de Nederlandse mededingingswetgeving was daarvoor noodzakelijk, omdat een intensiever mededingingsbeleid onder het regime van de WEM niet gewaarborgd was. Bovendien blijkt uit de Memorie van Toelichting, dat de wetgever concurrentiebeperkingen door mededingingsbeperkende afspraken uitdrukkelijk afwijst en dat de Mw gericht zal zijn op het tegengaan van de ongewenste economische effecten van dergelijke afspraken. Ook de PvdA-fractie in de Tweede Kamer sprak over 'maatschappelijk ongewenste' afspraken.<sup>18</sup>

Daarnaast hadden de gerechtshoven – in het licht van het arrest van het Hof van Justitie inzake Eco Swiss/Benetton – ook de expliciete vermelding van de sanctie 'van rechtswege nietig' in artikel 6 lid 2 Mw in hun oordeel moeten betrekken. Het Hof van Justitie overwoog in dit arrest namelijk, dat de sanctie 'van rechtswege nietig' het belang van artikel 81 lid 1 EG onderstreep. Deze overweging droeg bij aan de uiteindelijke conclusie dat artikel 81 EG dient te worden beschouwd als van openbare orde.<sup>19</sup> Ook de wetgever heeft met artikel 6 lid 2 Mw uitdrukkelijk willen regelen wat de gevolgen zijn van een overtreding van artikel 6 lid 1 Mw.<sup>20</sup> Om in de termen van het Hof van Justitie te blijven: artikel 6 lid 2 Mw onderstreep derhalve het belang van artikel 6 lid 1 Mw.

Deze argumenten samen met de ingrijpende stelselwijziging brengen naar mijn mening met zich dat de gerechtshoven er niet zonder meer van uit mochten gaan dat de zienswijze van

de Hoge Raad over de regels van de WEM onverkort gelding heeft behouden ten aanzien van de regels van de Mw. Uit de opmerkingen van de wetgever en van de PvdA-fractie hadden de gerechtshoven moeten afleiden, dat mededingingsbeperkende afspraken in deze tijd niet meer gewenst zijn en daarmee als zodanig in strijd zijn met de openbare orde. Voor een effectieve bestrijding van dergelijke afspraken lag het voor de hand dat de gerechtshoven tot de conclusie waren gekomen dat artikel 6 Mw als van openbare orde moet worden beschouwd.

Door niet tot deze conclusie te komen wordt de effectiviteit van de Mw door deze arresten in belangrijke mate ondermijnd. Op grond van deze arresten zal een beroep op strijd met de openbare orde wegens strijd met de nationale mededingingsregels in een vernietigingsprocedure van een vaststellingsovereenkomst of een arbitraal vonnis minder snel slagen. Daardoor lijkt er een gerede kans aanwezig, dat ondernemingen zich via deze sluiptwegen aan de werking van artikel 6 Mw trachten te onttrekken. Deze vrees is aannemelijk nu zowel bindend adviseurs als arbiters niet de mogelijkheid hebben ambtshalve het aan hen voorgelegde geschil te toetsen aan de mededingingsregels.<sup>21</sup> Ook deze omstandigheid pleit ervoor artikel 6 van de Mw te beschouwen als van openbare orde.

Een ander argument dat ervoor pleit artikel 6 Mw als van openbare orde te beschouwen, is het uitgangspunt van de wetgever dat de Mw niet strenger en niet soepeler zal zijn dan de Europese mededingingsregels.<sup>22</sup> Door de arresten van het Gerechtshof Arnhem en het Gerechtshof Amsterdam is de uitwerking van artikel 6 Mw soepeler dan die van artikel 81 EG. Immers, via het sluiten van een vaststelling kan de werking van artikel 6 Mw worden gefrustreerd, terwijl deze op grond van artikel 81 EG wel kan worden aangetast. Bovendien herstellen de arresten van de gerechtshoven de situatie van voor de inwerkingtreding van de Mw: internationaal opererende ondernemingen zien zich geconfronteerd met strengere wetgeving dan nationaal opererende ondernemingen. Ondanks dat meestal snel een mogelijk interstatelijk effect aanwezig wordt geacht, komt dit de rechtszekerheid niet ten goede en is daarmee ongewenst.

Op basis van deze argumenten hadden de gerechtshoven derhalve niet, althans niet zonder nadere motivering het oordeel van de Hoge Raad over het karakter van de verbodsbepalingen in de WEM van overeenkomstige toepassing mogen ver-

17 Kamerstukken II 1995-1996, 24 707, nr. 3, p. 1-11, in het bijzonder 3, 6, 7 en 9.

18 Kamerstukken II 1995-1996, 24 707, nr. 5, p. 1.

19 Arrest Eco Swiss/Benetton, reeds aangehaald, r.o. 36 en bevestigd in Hof van Justitie zaak C-453/99, Courage/Crehan, Jur. 2001, p. I-06297, ro 21.

20 Kamerstukken II 1995-1996, 24 707, nr. 3, p. 61.

21 HvJ EG, gevoegde zaken C-430/93 en C-431/93, Van Schijndel en Van Veen/ Stichting Pensioenfonds voor Fysiotherapeuten, Jur. 1995, p. I-4705; anders, G.J. Meijer, Toepassing van EG-recht in arbitrage, TCR 1999-3, p. 63 is van mening dat uit het arrest van het Hof van Justitie inzake Eco Swiss/Benetton een indirecte verplichting tot ambtshalve toepassing kan worden afgeleid.

22 Kamerstukken 1995-1996, 24 707, nr. 3, p. 10.

klaren op het karakter van artikel 6 Mw. Desalniettemin blijven deze arresten van belang totdat de Hoge Raad anderszins oordeelt. Dit rechtvaardigt een onderzoek naar de gevolgen van deze omissie; met andere woorden, wordt de soep zo heet gegeten als ze wordt opgediend?

### Vaststellingsovereenkomst versus vaststelling

Uit de bewoording van artikel 7:902 BW blijkt, dat dit artikel slechts ziet op de vaststelling ter beëindiging van onzekerheid of geschil. Zowel de meer omvattende vaststellingsovereenkomst als de vaststelling ter voorkoming van onzekerheid of geschil kunnen derhalve worden getoetst aan artikel 6 Mw. Voor de beoordeling of een mededingingsbeperkende afspraak in een vaststellingsovereenkomst op grond van artikel 7:902 BW nietig is, is het derhalve van belang vast te stellen of die afspraak de vaststelling zelf betreft dan wel een nevenafpraak betreft. In het laatste geval is deze nevenafpraak in de vaststellingsovereenkomst – voorzover deze de mededinging beperkt – nietig, terwijl in het eerste geval de vaststelling zelf onderzocht dient te worden, alvorens kan worden vastgesteld dat die nietig is. Bij deze beoordeling is een overweging van het Gerechtshof Arnhem zeer relevant.

In het arrest Goos/Hanos overweegt het Gerechtshof Arnhem dat niet was gebleken dat Goos en Hanos bij de beëindiging van hun geschil dwingend recht buiten toepassing wilden laten of onjuist wilden toepassen. Wanneer een vaststelling er derhalve toe strekt artikel 6 Mw buiten toepassing te laten, dan is de vaststelling in strijd met de openbare orde.<sup>23</sup> Een vaststellingsovereenkomst gesloten tussen ondernemingen die bewust de mededingingsregels buiten toepassing willen stellen, kan derhalve nog steeds met een actie uit hoofde van artikel 7:902 BW en artikel 6 Mw worden vernietigd. Ook ondernemingen die mededingingsrechtelijk advies hebben ingewonnen, weten vervolgens, althans behoren te weten, wat wel geoorloofd is en wat niet. Deze ondernemingen zijn daarmee in staat te beoordelen of de vaststelling de strekking heeft de Mw buiten toepassing te laten. De consequentie van deze regel is dus dat onwetendheid met de mededingingsregels wordt beloond. Immers, slechts in dat geval houdt de vaststelling stand. Die ondernemingen kunnen zich erop beroepen dat zij niet hebben en kunnen voorzien dat zij met het sluiten van de vaststelling de dwingendrechtelijke bepaling van artikel 6 Mw hebben omzeild. Ook dit lijkt mij ongepast. Des te meer reden om artikel 6 Mw te beschouwen als van openbare orde.

De vraag is dus of het zo'n vaart zal lopen. Naar mijn mening is de vrees echter gerechtvaardigd dat bepaalde ondernemingen de reikwijdte van de mededingingsregels niet kunnen inschatten. Dit volgt reeds uit de uitspraken die hiervoor zijn besproken. Verder blijkt uit de evaluatie van de Mw,<sup>24</sup> dat het midden- en kleinbedrijf minder bekend is met de inhoud van de Mw.<sup>25</sup> Bovendien kent het mededingingsrecht nog steeds onderwerpen waarover – ook tussen deskundigen – verschil van mening kan bestaan, zoals de afbakening van de relevante markt en de vraag of een afspraak de mededinging merkbaar beperkt.

Indien artikel 6 Mw niet kan worden aangemerkt als van openbare orde en er geen sprake is van opzet om de werking van dit artikel te omzeilen, zijn er dan andere mogelijkheden om het effect van een vaststellingsovereenkomst teniet te doen? Een mogelijkheid is een vordering tot schadevergoeding uit hoofde van onrechtmatige daad. Indien de vaststelling in strijd met artikel 6 Mw is, omdat de d-g NMa dit heeft beslist, en één van de contractspartijen lijdt door de vaststellingsovereenkomst schade, dan ligt zo'n vordering voor de hand. Voor de beoordeling van een dergelijke vordering zal de Nederlandse rechter naast de voorwaarden van artikel 6:162 BW tevens de voorwaarden die het Hof van Justitie inzake Courage/Crehan heeft geformuleerd in acht dienen te nemen.<sup>26</sup> Op basis van dit arrest is de slagingskans van een dergelijke vordering afhankelijk van de economische en juridische context waarin de contractpartijen zich bevinden, hun onderhandelingspositie en hun gedrag. Naar mijn mening dient het echter niet zover te komen.

### Conclusie

Het Gerechtshof Arnhem en het Gerechtshof Amsterdam hebben geconcludeerd dat artikel 6 Mw niet valt te beschouwen als van openbare orde. Het arrest van het Hof van Justitie inzake Eco Swiss/Benetton, de stelselwijziging, alsmede de wetgeschiedenis van de Mw bieden voldoende aanleiding te concluderen dat die bevinding onjuist is. Totdat de Hoge Raad anders heeft beslist, blijven de arresten van deze gerechtshoven echter relevant. In een vernietigingsprocedure krachtens artikel 7:902 BW komt het er derhalve op neer of de eisende partij kan bewijzen, dat partijen bij het totstandkomen van de vaststelling wisten dat zij door het sluiten van de vaststellingsovereenkomst de dwingendrechtelijke bepaling van artikel 6 Mw buiten toepassing wilden laten.

23 Hoge Raad 21 april 1995, NJ 1997, 570 (Fysiotherapeutisch Instituut Schmitz/Caspers).

24 Berenschot, Syntheserapport evaluatie Mededingingswet, Utrecht, mei 2002, dat op 31 mei 2002 door de Minister van Economische Zaken naar de Tweede Kamer is gestuurd. De aanbiedingsbrief, het rapport, alsmede de bijlagen kunt u vinden op de website van het Ministerie van Economische Zaken (<http://www.minez.nl/home.asp?locatie=main&page=/upload/docs/kamerbrieven/pdf-documenten/index.asp>).

25 Syntheserapport evaluatie Mededingingswet, p. 20.

26 Arrest Courage/Crehan, reeds aangehaald, r.o. 32 en 33.