

worden aangeduid, hetzij tot het gerecht van de plaats van zijn zetel.

3) Artikel 23, 1. van verordening nr. 44/2001 aldus moet worden uitgelegd dat ingeval in rechte schadevergoeding wordt gevorderd wegens inbreuk op artikel 101 VWEU en artikel 53 van de overeenkomst betreffende de Europese Economische Ruimte van 2 mei 1992, rekening mag worden

gehouden met forumkeuzebedingen in leveringsovereenkomsten, ook indien dat ertoe leidt dat wordt afgeweken van de regels inzake de internationale bevoegdheid van artikel 5, 3) en/of artikel 6, 1) van die verordening, op voorwaarde dat die bedingen betrekking hebben op geschillen inzake aansprakelijkheid wegens een inbreuk op het mededingingsrecht.

## Noot

### *Arbitrage en Brussel I(bis)*

*Thalia Kruger*<sup>1</sup>

#### 1. INLEIDING

1. Deze noot becommentarieert twee arresten van het Hof van Justitie. De focus ligt volledig op arbitrage. In het arrest C-352/13, *CDC Hydrogen Peroxide* behandelde het Hof ook een aantal andere vragen over de internationale bevoegdheid onder de Brussel I-Verordening<sup>2</sup>, maar een bespreking hiervan ligt buiten het bestek van deze noot.

Reeds in de eerste versie van het EEX-Verdrag (of Verdrag van Brussel)<sup>3</sup>, voorloper van de Brussel I-Verordening, was arbitrage uitgesloten van het toepassingsgebied. Sindsdien laait de discussie regelmatig op over hoe ver deze uitsluiting strekt en wat de precieze relatie is tussen het verdrag/de verordening en arbitrage.

2. Het opzet van deze noot is om de huidige stand van het recht weer te geven, in het licht van de vroegere rechtspraak en van de nieuwe Brussel *Ibis*-Verordening<sup>4</sup>. Deze verorde-

ning, die nog niet van toepassing was ten tijde van de besproken arresten, is sedert 10 januari 2015 van kracht<sup>5</sup>. De nieuwe verordening is in deze noot van belang omdat zij een lange overweging wijdt aan de arbitrage-uitsluiting<sup>6</sup>. De advocaat-generaal in *Gazprom* verwijst in zijn conclusie ook uitvoerig naar die nieuwe overweging<sup>7</sup>.

3. Naast de reikwijdte van de arbitrage-uitsluiting (3.), toont het EU-recht ook nog andere raakvlakken met arbitrage, vooral met betrekking tot het wederzijdse vertrouwen tussen lidstaten (en hun organen) (4.) en de vraag naar de arbitreerbaarheid van geschillen waarop EU-recht van toepassing is (5.). Ten slotte is de vraag naar de strekking van het arbitragebeding relevant, vooral wanneer het dispuut niet het contract zelf betreft, maar een onrechtmatige daad die daarmee verband houdt (6.).

#### 2. FEITENCONSTELLATIES

4. De feiten die aan de basis liggen van de twee besproken arresten zijn heel verschillend.

5. Het dispuut in *Gazprom* betrof de prijsvaststelling van gas dat Gazprom leverde aan Lietuvos dujos AB, een ven-

nootschap naar Litouws recht. Gazprom was ook een van de drie meerderheidsaandeelhouders van Lietuvos dujos. De andere grote aandeelhouders waren E.ON Ruhrgas International GmbH, een Duitse vennootschap, en de Litouwse Republiek.

<sup>1</sup> Hoofddocent, Onderzoeksgroep Persoon en Vermogen, Universiteit Antwerpen; Honorary Research Associate, University of Cape Town.

<sup>2</sup> Verordening nr. 44/2001 van 22 december 2000 betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken, *Pb.L.* 16 januari 2001, afl. 12, 1.

<sup>3</sup> Verdrag betreffende de rechterlijke bevoegdheid en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken, Brussel 27 september 1968, *Pb.L.* 31 december 1972, afl. 299, 32. Dit verdrag is verschillende keren gewijzigd voor het in een verordening is omgedoopt in 2000.

<sup>4</sup> Verordening nr. 1215/2012 van 12 december 2012 betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken, *Pb.L.* 20 december 2012, afl. 351, 1.

<sup>5</sup> Art. 81 Brussel *Ibis*.

<sup>6</sup> Overw. 12.

<sup>7</sup> Concl. 4 december 2014, C-536/13, *Gazprom*, ECLI:EU:C:2014:2414.

De drie grote aandeelhouders waren overeengekomen dat ze zich moesten inspannen voor de levering van gas tegen voorwaarden die wederzijds aanvaardbaar zijn<sup>8</sup>. Deze overeenkomst bevatte een rechtskeuze voor het Litouws recht en een beding voor arbitrage in Stockholm volgens het reglement van het arbitrage-instituut van de kamer van koophandel in Stockholm.

De prijs van gas was het onderwerp van een (oudere) leveringsovereenkomst tussen Gazprom en Lietuvos dujos. Daarin was een prijsberekenningsformule voorzien.

Op een bepaald moment ontstond er een dispuut over de prijs van het gas. Het ministerie van Energie van de Litouwse Republiek vond dat de algemene directeur van Lietuvos dujos en twee van de bestuursleden, beide benoemd door Gazprom, niet in het belang van Lietuvos dujos handelden bij de wijziging van de formule om de prijs te berekenen. Daarom vorderde het ministerie voor een Litouwse rechtbank de ontheffing van deze drie heren uit hun functie en een bevel aan Lietuvos dujos om met Gazprom te onderhandelen over de gasprijs.

Gazprom was van mening dat de procedure voor de Litouwse rechtbank in strijd was met het arbitragebeding en startte daarop een arbitrageprocedure in Stockholm. Het scheidsrecht gelastte het ministerie om een deel van de vorderingen voor de Litouwse rechtbank in te trekken. De

vraag was of de Litouwse rechter deze uitspraak moest erkennen.

6. De tweede zaak betrof *CDC Hydrogen Peroxide*, een vehikel van Cartel Damage Claims NV, een Belgische onderneming die zich toelegt op de privaatrechtelijke handhaving van mededingingsregels.

In 2006 had de Europese Commissie zware boetes opgelegd aan de deelnemers van een kartel in de sector van waterstofperoxide en natriumperboraat (chemische stoffen, die vooral in de papier- en textielindustrie worden gebruikt)<sup>9</sup>. CDC had de schadevorderingen overgekocht van 32 bedrijven die schade hadden geleden als gevolg van het kartel. Vervolgens vorderde CDC in Duitsland schadevergoeding van 6 bedrijven die aan het kartel hadden deelgenomen<sup>10</sup>.

Deze bedrijven hadden hun vestigingen in verschillende EU-lidstaten. Eén van hen, Evonik Degussa GmbH, was gevestigd in Duitsland en dit gaf volgens CDC internationale bevoegdheid aan de Duitse rechtbanken om kennis te nemen van alle vorderingen.

Sommige van de koopovereenkomsten tussen de verkopers (kartelparticipanten) en kopers (schadelijders) bevatten echter een arbitragebeding. Dit is een aspect waaraan het Hof van Justitie in het arrest weinig aandacht schenkt, maar dat de advocaat-generaal in zijn conclusie wel onderzoekt.

### 3. REIKWIJDTE VAN DE ARBITRAGE-UITSLUITING VAN BRUSSEL I

7. Beide zaken bereikten het Hof van Justitie als vraag over de interpretatie van de Brussel I-Verordening<sup>11</sup>. Krachtens Brussel I valt “arbitrage” buiten het toepassingsgebied van de verordening<sup>12</sup>. In de bespreking van de raakvlakken tussen arbitrage en Brussel I (en dus de reikwijdte van de uitsluiting) zijn verschillende stadia van de procedure van belang. Ten eerste is er het moment waarop het verzoek aan een rechtbank wordt gericht om maatregelen te nemen die noodzakelijk zijn om een arbitrage te ondersteunen. Ten tweede gebeurt het soms dat een rechtbank die werd gevat in strijd met een arbitragebeding uitspraak moet doen over haar internationale bevoegdheid. Ten derde rijst de vraag over de erkenning en uitvoerbaarheid van rechterlijke uitspraken waarbij arbitrage op de een of andere manier ter sprake is gekomen.

#### 3.1. Maatregelen ter ondersteuning van arbitrage

8. Het Hof van Justitie had reeds begin jaren '90 verduidelijkt dat de arbitrage-uitsluiting ook slaat op rechterlijke procedures met arbitrage als voorwerp<sup>13</sup>. In dat geval ging het om een verzoek aan een Engelse rechtbank om een arbiter aan te stellen krachtens de Engelse *Arbitration Act*. Het Hof van Justitie legde uit dat arbitrage *in zijn geheel* is uitgesloten<sup>14</sup>. Hierbij verwees het Hof naar de intentie van de verdragsluiters (EEX-Verdrag, voorloper van Brussel I). Dus ook wanneer procedures voor een rechtbank arbitrage betreffen, vallen ze onder de uitsluiting en dus buiten het toepassingsgebied van de verordening.

<sup>8</sup> Zie randnr. 28 concl. Adv. Gen. M. WATHELET: “Artikel 6.1(1.9) van die overeenkomst bepaalde dat de aandeelhouders [...] zich moeten inspannen om [...] de handhaving te verzekeren, onder voorwaarden die wederzijds aanvaardbaar zijn en die gunstig zijn voor [Lietuvos dujos] en de [aandeelhouders], en op basis van de tussen [Lietuvos dujos] en [Gazprom] bestaande contractuele verplichtingen, van: (i) de doorvoer van gas op lange termijn naar de oblast Kaliningrad van de Russische Federatie [...], (iii) de levering op lange termijn aan Lietuvos dujos’.”

<sup>9</sup> Zie de beslissing van de Europese Commissie van 3 mei 2006 in de zaak *Hydrogen Peroxide and perborate*, COMP/F/38.620.

<sup>10</sup> De perceptie is dat Duitsland eiser-vriendelijke regels heeft: T. THIEDE, “Private enforcement of anti-trust damages in Europe. A Germanic perspective on Directive 2014/104/EU”, *ELTE Law Journal* 2015, 147-174, 171.

<sup>11</sup> HvJ heeft de bevoegdheid om deze verordening te interpreteren op basis van art. 267 VWEU.

<sup>12</sup> Art. 1, 2., d) Brussel I-Verordening en Brussel Ibis-Verordening.

<sup>13</sup> HvJ 25 juli 1991, C-190/89, *Rich & Co. AG / Società Italiana Impianti PA*, ECLI:EU:C:1991:319.

<sup>14</sup> Randnr. 18.

9. Dit is een logische benadering. Het Hof hield dezelfde lijn aan in de *Van Uden*-zaak<sup>15</sup>, maar in het arrest komt tot uiting dat de scheidingslijn niet zo helder is. Wanneer een partij een voorlopige betaling eist in een zaak die onderworpen is aan een arbitragebeding, kan de rechtbank de internationale bevoegdheid voor voorlopige maatregelen onder Brussel I gebruiken<sup>16</sup>. Voor het Hof was de hamvraag immers of het voorwerp van het geschil onder het materiële toepassingsgebied van Brussel I valt. Aangezien de eiser hier een voorlopige betaling vorderde en niets dat rechtstreeks verband hield met de arbitrage, was Brussel I van toepassing en viel de zaak niet binnen de arbitrage-uitsluiting.

10. Ingeval een rechtbank echter een *anti-suit injunction* uitvaardigt om een arbitrageprocedure te vrijwaren, ziet het Hof van Justitie toch een interferentie met Brussel I en met het principe van wederzijds vertrouwen (zie *infra*)<sup>17</sup>. Het Hof oordeelde in *West Tankers* dat het aan elke rechtbank binnen de EU is om zelf over haar rechtsmacht te oordelen. De Engelse rechtbank mag niet aan andere rechtbanken voorschrijven hoe zij de toepasselijkheid van de verordening moeten beoordelen. Dit arrest van het Hof heeft tot veel discussie geleid, ook in de onderhandeling van de nieuwe Brussel Ibis-Verordening<sup>18</sup>. Advocaat-generaal Wathelet stelt in zijn conclusie in de zaak *Gazprom* dat het Hof met het *West Tankers*-arrest is afgeweken van zijn eerdere rechtspraak<sup>19</sup>.

11. In die zin is de zaak *Gazprom* interessant. Ook hier kwam de *anti-suit injunction* ter sprake, maar ditmaal uitgevaardigd door het scheidsgerecht. Dit is een oneigenlijke *anti-suit injunction* omdat het scheidsgerecht, in tegenstelling tot de Engelse rechtbank, een partij niet in *contempt of court* kan houden en geen boete kan opleggen. Aangezien het scheidsgerecht geen macht heeft die uitgaat van de Staat, is het effect van de *injunction* beperkter. Het Hof vindt dit bevel minder verwerpelijk dan de Engelse *anti-suit injunction* in *West Tankers*.

12. In *Gazprom* legt de advocaat-generaal veel nadruk op de nieuwe overweging 12 van Brussel Ibis, hoewel deze verordening nog niet van toepassing was op de zaak<sup>20</sup>. De overweging heeft vier alinea's met de bedoeling duidelijkheid te scheppen en de bestaande rechtspraak te codificeren, maar er blijven verschillende interpretaties.

De advocaat-generaal geeft een overzicht van de discussies die tijdens de laatste herschikking van Brussel I aan bod zijn gekomen<sup>21</sup>. Er bestond reeds discussie over de arbitrage-uitsluiting<sup>22</sup> en het Heidelberg Rapport, dat de werking van de verordening moest evalueren, nam dit punt ook op<sup>23</sup>. Het uiteindelijke Commissievoorstel bevatte een beperkt aantal regels over de interferentie tussen arbitrage en Brussel I<sup>24</sup>. Dit punt was een van de prioriteiten die de Commissie zag bij de herschikking van de verordening. Het betrof de internationale bevoegdheid van rechtbanken om te oordelen over

<sup>15</sup>. HvJ 17 november 1998, C-391/95, *Van Uden Maritime / Kommanditgesellschaft in Firma Deco-Line*, ECLI:EU:C:1998:543.

<sup>16</sup>. Art. 31 Brussel I; art. 35 Brussel Ibis.

<sup>17</sup>. HvJ 10 februari 2009, C-185/07, *Allianz / West Tankers Inc.*, ECLI:EU:C:2009:69.

<sup>18</sup>. J. HARRIS en E. LEIN, "A Neverending Story? Arbitration and Brussels I: The Recast" in E. LEIN (red.), *The Brussels I Review Proposal Uncovered*, Londen, British Institute of International and Comparative Law, 2012, 31-56, 39 verwijst naar de "commercially unattractive outcome" van *West Tankers*. Zie ook C. CONSOLO en M. STELLA, "Brussels I Regulation amendment proposals and arbitration" in F. POCAR, I. VIARENGO en F.C. VILLATA, *Recasting Brussels I*, Milaan, CEDAM, 2012, 37-56, 38; P. KINDLER, "Torpedo Actions and the interface between Brussels I and International Commercial Arbitration" in hetzelfde werk, 57-70, 60.

<sup>19</sup>. Concl. 4 december 2014, C-536/13, *Gazprom*, ECLI:EU:C:2014:2414, randnr. 99.

<sup>20</sup>. Overweging 12 luidt: "Deze verordening dient niet van toepassing te zijn op arbitrage. Niets in deze verordening belet de gerechten van een lidstaat, wanneer aangezocht in een zaak waarin partijen een arbitragebeding zijn overeengekomen, de zaak te verwijzen voor arbitrage, het geding aan te houden dan wel te beëindigen, of om te onderzoeken of het arbitragebeding vervallen is, niet van kracht is of niet kan worden toegepast, een en ander in overeenstemming met zijn nationaal recht.

De beslissing van de rechter van een lidstaat over de vraag of een arbitragebeding vervallen is, niet van kracht is of niet kan worden toegepast, dient niet onderworpen te zijn aan de bij deze verordening bepaalde regels inzake erkenning en tenuitvoerlegging, ongeacht of de rechter ten gronde of op een incidentele vordering uitspraak doet.

Indien evenwel een op grond van deze verordening of van het nationaal recht bevoegde rechter van een lidstaat heeft beslist dat een arbitrageovereenkomst vervallen is, niet van kracht is of niet kan worden toegepast, mag dit er niet aan in de weg staan dat de ten gronde gegeven beslissing, naar gelang van het geval, in overeenstemming met deze verordening wordt erkend of ten uitvoer wordt gelegd, onverminderd de bevoegdheid van de gerechten van de lidstaten om over de erkenning en tenuitvoerlegging van scheidsrechterlijke uitspraken te beslissen, in overeenstemming met het Verdrag van New York van 10 juni 1958 over de erkenning en tenuitvoerlegging van buitenlandse scheidsrechterlijke uitspraken ('het Verdrag van New York van 1958'), dat voorrang heeft boven deze verordening.

Deze verordening dient niet van toepassing te zijn op vorderingen of accessoire procedures die in het bijzonder betrekking hebben op de instelling van een scheidsgerecht, de bevoegdheden van arbiters, het verloop van een arbitrageprocedure, of elk ander aspect van deze procedure, noch op enige vordering of beslissing inzake nietigverklaring, herziening, hoger beroep, erkenning en tenuitvoerlegging met betrekking tot een scheidsrechterlijke uitspraak."

<sup>21</sup>. Concl. 4 december 2014, C-536/13, *Gazprom*, ECLI:EU:C:2014:2414, randnrs. 92-98.

<sup>22</sup>. Zie bv. H. VAN HOUTTE, "Why Not Include Arbitration in the Brussels Jurisdiction Regulation?", *Arbitration International* 2005, 509-522.

<sup>23</sup>. B. HESS, T. PFEIFFER en P. SCHLOSSER, *The Brussels I-Regulation (EC) No 44/2001. The Heidelberg Report on the Application of Regulation Brussels I in 25 Member States (Study JLS/C4/2005/03)*, München, Verlag C.H.Beck, 2008, randnrs. 105-135.

<sup>24</sup>. Commissievoorstel van 14 december 2010, COM(2010) 748.

de geldigheid van een arbitragebeding<sup>25</sup>. Dit voorstel overleefde het wetgevende proces echter niet. De Raad en het Parlement beslisten de arbitrage-uitsluiting ongewijzigd te laten. Deze uitsluiting wordt dan uitvoerig in overweging 12 toegelicht.

13. Ondanks haar ruime bewoording zorgt overweging 12 blijkbaar nog steeds voor interpretatievragen. Volgens de advocaat-generaal wijst de overweging op een koerswijziging ten opzichte van *West Tankers*. Volgens bepaalde auteurs bevestigt deze overweging integendeel de *status quo* en verandert er niets<sup>26</sup>.

14. In het arrest *Gazprom* houdt het Hof van Justitie in ieder geval de koers aan van zijn arrest *West Tankers*<sup>27</sup>. In zijn overwegingen verwijst het Hof niet naar de nieuwe verordening. Het Hof slaagt erin om tot dezelfde conclusie te komen als de advocaat-generaal door de zaak te onderscheiden van *West Tankers*<sup>28</sup>. Het is voor het Hof immers van doorslaggevend belang dat het controversieel bevel in de *Gazprom*-zaak uitgaat van een scheidsgerecht en niet van een rechtbank zoals in *West Tankers*. De grenzen van wat toegestaan is aan rechtbanken, in het licht van de arbitrage-uitsluiting, verschuift het Hof dus niet. De uitspraak in *Gazprom* is dan ook maar een beperkte overwinning voor de arbitragegemeenschap<sup>29</sup>. Auteurs zijn het niet eens over de vraag of er nu meer duidelijkheid is gekomen<sup>30</sup>. Wellicht blijft *West Tankers* geldend recht en komt het Hof van Justitie hier niet op terug.

### 3.2. Rechtbanken gevat in strijd met een arbitragebeding

15. De rechtbank die wordt gevat in strijd met een arbitragebeding heeft een dubbele taak bij de beoordeling van haar rechtsmacht. Zij moet het arbitragebeding beoordelen op basis van het Verdrag van New York<sup>31</sup>, eventueel samen met het eigen nationaal recht (bv. omzettingwetgeving waar die bestaat). Als het geschil arbitreerbaar is, dan wijst de rechter

de rechtsmacht af en verwijst de partijen naar arbitrage tenzij hij of zij constateert dat de overeenkomst “vervallen is, niet van kracht is of niet kan worden toegepast”<sup>32</sup>.

16. Als blijkt dat het geschil niet arbitreerbaar is of dat het arbitragebeding vervallen is, niet van kracht is of niet kan worden toegepast, kan de rechter internationale bevoegdheid verkrijgen op basis van Brussel I (de kwestie van arbitreerbaarheid komt hieronder aan bod.) Een burgerlijke en handelszaak valt dan opnieuw binnen het toepassingsgebied van de verordening.

17. In het *CDC*-arrest gaat het Hof niet in op de vraag over het effect van de arbitragebedingen. Het Hof acht de inlichting verschaft door de verwijzende rechtbank onvoldoende<sup>33</sup>. Advocaat-generaal Jääskinen roept het *West Tankers*-arrest in herinnering. Dat arrest zou tot gevolg hebben dat het incidenteel inroepen van het arbitragebeding toch de toepassing van Brussel I teweegbrengt<sup>34</sup>. Als de rechtbank oordeelt dat het geschil niet arbitreerbaar is, of dat het beding vervallen is, niet van kracht is of niet kan worden toegepast, dan kan de rechtbank internationaal bevoegd zijn op basis van Brussel I. Deze bevoegdheid sluit de potentiële bevoegdheid van andere rechtbanken in de EU uit. Andere EU-rechtbanken kunnen dan ook nadien niet oordelen dat het geschil toch moet worden voorgelegd aan arbitrage.

18. Ook hier is de arbitrage-uitsluiting dus niet helder. Arbitrage en geschillen over arbitrage vallen zagezegd buiten Brussel I, maar toch heeft Brussel I een steeds wederkerende invloed.

### 3.3. Erkenning en uitvoerbaarheid van beslissingen met een arbitrage-element

19. Uiteraard valt de erkenning en tenuitvoerlegging van arbitrale uitspraken niet onder Brussel I. Dit aspect valt onder het Verdrag van New York, zoals overweging 12 nu

<sup>25</sup>. Het voorgestelde art. 29(4) bepaalde dat waar er een arbitragebeding is, de gerechten van andere lidstaten hun bevoegdheid moeten aanhouden tot het gerecht van de zetel van de arbitrage heeft beslist over de geldigheid van het beding. Als het beding geldig is, wijzen de gerechten van andere lidstaten hun bevoegdheid af.

<sup>26</sup>. S. MENÉTREY en J.-B. RACINE, “L’arbitrage et le règlement Bruxelles Ibis” in E. GUINCHARD (ed.), *Le nouveau règlement Bruxelles Ibis*, Brussel, Bruylant, 2014, 13-38, 27.

<sup>27</sup>. Randnr. 32-34. Zie ook E. STORSKRUBB, “Gazprom OAO v Lietuvos Republika: a victory for arbitration?”, *European Law Review* 2016, 578-589.

<sup>28</sup>. Zie T. HARTLEY, “Antisuit injunctions in support of arbitration. West Tankers still afloat”, *International and Comparative Law Quarterly* 2015, 965-975, die uitlegt dat het Hof de advocaat-generaal niet volgde in zijn conclusie dat *West Tankers* niet langer geldend recht is. Zie ook E. KAJOWSKA, “Anti-suit injunctions in arbitral awards: enforcement in Europe”, *Cambridge Law Journal* 2015, 412-415.

<sup>29</sup>. E. STORSKRUBB, “Gazprom OAO v Lietuvos Republika: a victory for arbitration?”, *European Law Review* 2016, 578-589.

<sup>30</sup>. C.P. OJIEGBE, “Arbitral tribunals are not bound by the principle of mutual trust: the CJEU (GC) decides in the Gazprom case”, *International Arbitration Law Review* 2015, 74-79, 77 vindt de uitspraak helder. J. SUNDARAM, “Does the judgment the CJEU in Gazprom bring about clarity on the grant of anti-suit injunctions under the Brussels I Regulation?”, *Denning Law Journal* 2015, 303-322, 318 beweert dat het arrest er niet in slaagt om enige duidelijkheid te brengen.

<sup>31</sup>. Verdrag over de erkenning en tenuitvoerlegging van buitenlandse scheidsrechtelijke uitspraken, New York, 10 juni 1958 (BS 15 oktober 1975). Dit verdrag is in werking in meer dan 150 landen, waaronder alle EU-lidstaten.

<sup>32</sup>. Art. 2, 3. Verdrag van New York.

<sup>33</sup>. HvJ 21 mei 2015, C-352/13, randnr. 58.

<sup>34</sup>. Concl. 11 december 2014, C-352/13, randnr. 98.

expliciet vermeldt<sup>35</sup>. Het Hof van Justitie bevestigt dit in het *Gazprom*-arrest: Brussel I legt geen beperking op de erkenning of niet-erkenning van een arbitrale uitspraak. Scheids-gerechten zijn immers geen rechtbanken van een Staat<sup>36</sup>.

20. Volgens de logica van het *Rich*-arrest<sup>37</sup> valt ook de erkenning en tenuitvoerlegging van rechterlijke uitspraken buiten de verordening als het voorwerp van de uitspraak de arbitrage zelf betreft (zoals de aanstelling van een arbiter). Waar het voorwerp van de rechterlijke uitspraak echter in het domein valt van burgerlijke en handelszaken, is Brussel I van toepassing. Ook dit staat duidelijk in overweging 12. Waar de oude Brussel I een eenvoudige uitvoerbaarverkla-

ring bevatte<sup>38</sup>, schafte Brussel *Ibis* de uitvoerbaarverklaring (exequaturprocedure) af<sup>39</sup>. Onder beide verordeningen mag de erkennende rechtbank of andere autoriteit de bevoegdheidsgronden van de rechtbank van oorsprong niet opnieuw beoordelen<sup>40</sup>.

21. In het *Gazprom*-arrest kwam de erkenning van een rechterlijke uitspraak niet aan bod. Zelfs als de Litouwse rechter in de zaak uitspraak doet over de al dan niet erkenning van de arbitrale uitspraak, zal deze rechterlijke uitspraak niet binnen het toepassingsgebied van Brussel I (*bis*) komen.

#### 4. WEDERZIJDIG VERTROUWEN IN DE EU

22. Naast de technische scheidingslijn tussen arbitrage en Brussel I blijft er nog het algemene principe van wederzijds vertrouwen binnen de EU. Dit was een van de argumenten van het Hof van Justitie in de *West Tankers*-zaak. Rechtbanken moeten elkaar vertrouwen: de Engelse rechtbank had erop moeten vertrouwen dat de Italiaanse rechtbank de juiste beoordeling zou maken over het arbitragebeding en zijn internationale bevoegdheid.

23. In *Gazprom* benadrukt het Hof dat scheidsgerichten niet gebonden zijn door het principe van wederzijds vertrouwen<sup>41</sup>. Scheidsgerichten zijn geen rechtbanken van de Staat. Er is hier geen sprake van rechtbanken die zich inmengen met de internationale bevoegdheid van collega-rechtbanken van andere EU-lidstaten.

24. Het principe van wederzijds vertrouwen legt dus geen beperking op aan de bevoegdheden van scheidsgerichten.

#### 5. ARBITREERBAARHEID EN EU-RECHT

25. Een basisregel van arbitrage is dat het geschil arbitreerbaar moet zijn opdat een scheidsgerecht zich daarover kan buigen<sup>42</sup>. Volgens het Verdrag van New York is de niet-arbitreerbaarheid van het geschil een reden voor rechtbanken om hun bevoegdheid toch op te nemen (en het geschil te horen) en een reden om de erkenning en tenuitvoerlegging van rechterlijke uitspraken te weigeren<sup>43</sup>.

De invulling van arbitreerbaarheid is iets waar veel discussie over bestaat. In België bestond bijvoorbeeld lange tijd commotie over de arbitreerbaarheid van geschillen over alleenverkoop<sup>44</sup>. In materies waar bepalingen van bijzonder dwingend recht bestaan, zijn rechtbanken terughoudend om con-

trole te verliezen en de beslechting van geschillen over te laten aan private instanties.

26. Hoewel de EU geen wetgeving heeft aangenomen over arbitrage, is er uiteraard wetgeving in vele domeinen van het handelsrecht, waarvan sommige van bijzonder dwingend recht. Het Hof van Justitie heeft reeds geoordeeld dat EU-recht, zelfs wanneer dit is vervat in een richtlijn, bijzonder dwingend recht kan uitmaken<sup>45</sup>. Deze vaststelling is van belang voor de arbitreerbaarheid. Die vraag kwam niet specifiek aan bod in *CDC*, omdat het Hof van Justitie niet oordeelde over de arbitragebedingen (zie *infra*). Advocaat-

<sup>35</sup>. Overw. 12, derde alinea bepaalt dat het Verdrag van New York “voorrang heeft” boven de verordening.

<sup>36</sup>. HvJ 13 mei 2015, C-536/13, randnr. 36.

<sup>37</sup>. HvJ 25 juli 1991, C-190/89, *Rich & Co. AG / Società Italiana Impianti PA*, ECLI:EU:C:1991:319.

<sup>38</sup>. Art. 38-52 Brussel I.

<sup>39</sup>. Art. 39 Brussel I *bis*. Er bestaat nog een mogelijkheid voor de schuldenaar om tenuitvoerlegging tegen te gaan: art. 46-51.

<sup>40</sup>. Art. 35, 3. Brussel I; art. 45, 3. Brussel *Ibis*.

<sup>41</sup>. HvJ 13 mei 2015, C-536/13, randnr. 37. Zie hierover ook C.P. OJEGBE, “Arbitral tribunals are not bound by the principle of mutual trust: the CJEU (GC) decides in the *Gazprom* case”, *International Arbitration Law Review* 2015, 74-79, die op p. 77 schrijft dat deze beslissing goed zal worden ontvangen door de arbitragegemeenschap dankzij haar helderheid.

<sup>42</sup>. Art. 2, 1. Verdrag van New York. Deze vereiste bestaat ook in nationaal recht, in België art. 1676 Ger.W.

<sup>43</sup>. Art. 2, 1. en 3.; art. 5, 2., a) Verdrag van New York.

<sup>44</sup>. Zie voor een goede samenvatting van de discussies, P. WAUTELET, “Arbitration of Distribution Disputes Revisited” in P. WAUTELET, T. KRUGER en G. COPPENS, *The Practice of Arbitration. Essays in Honour of Hans van Houtte*, 217-229.

<sup>45</sup>. HvJ 9 november 2000, C-381/98, *Ingmar GB Ltd / Eaton Leonard Technologies Inc.*, ECLI:EU:C:2000:605.

generaal Jääskinen gaat hier echter wel op in. Hij maakt duidelijk dat de toepassing van het nationaal recht op de arbitrage de volle werking van het EU-recht niet mag schaden<sup>46</sup>.

Deze stelling ligt in de lijn van wat het Hof van Justitie al stelde in *Eco Swiss*<sup>47</sup>. In dit arrest bevestigde het Hof dat de EU-mededingingsregels van openbare orde zijn<sup>48</sup>. Dit kan volgens het Hof een reden zijn om de arbitrale uitspraak te vernietigen. Het Hof beoordeelt in deze zaak niet de arbitreerbaarheid. Toch is het antwoord van het Hof ook van belang voor arbitrage. Arbiters moeten rekening houden met de openbare orde-karakter van het EU-mededingingsrecht.

27. In de *Unamar*-zaak kwam de arbitreerbaarheid ter sprake. In deze zaak richtte het Belgische Hof van Cassatie<sup>49</sup> een prejudiciële vraag aan het Hof van Justitie<sup>50</sup>. De zaak betrof een geschil tussen een Belgische handelsagent en een Bulgaarse principaal. De overeenkomst tussen de partijen bevatte een arbitragebeding voor arbitrage in Sofia. De vraag was of het Belgisch recht (over handelsagentuur<sup>51</sup>) van bijzonder dwingend recht kon zijn wanneer het een ruime omzetting van een richtlijn betrof en wanneer het gekozen

recht het recht was van een andere EU-lidstaat, die ook de richtlijn heeft omgezet, maar minder ruim (Bulgarije in dit geval). Het Hof van Justitie oordeelde dat dit mogelijk was als de nationale rechter omstandig kon verantwoorden dat de wetgever de ruimere omzetting van fundamenteel belang heeft geacht. Het Hof van Justitie boog zich niet over de vraag van de arbitreerbaarheid. Dit argument voor het Hof van Cassatie was gebaseerd op het Verdrag van New York en viel dus buiten de interpretatiebevoegdheid van het Hof van Justitie.

Na de uitspraak van het Hof van Justitie casseerde het Hof van Cassatie het arrest van het hof van beroep te Antwerpen omdat dit laatste het dwingende karakter van de Belgische wet onvoldoende had gemotiveerd<sup>52</sup>. Het Hof van Cassatie verwees de zaak naar het hof van beroep te Brussel. Het hof van beroep te Brussel moet dus overwegen of er een omstandige reden is dat de Belgische bepalingen over handelsagentuur van bijzonder dwingend recht zijn. Het hof moet bovendien oordelen of dit tot gevolg heeft dat de zaak niet arbitreerbaar is.

## 6. STREKKING VAN HET FORUM- EN ARBITRAGEBEDING

28. In de zaak *Cartel Damage Claims* beoordeelt het Hof enkel de forumbedingen ten gunste van rechtbanken in de EU. Het Hof had naar eigen zeggen niet genoeg inlichtingen om ook te oordelen over de forumbedingen ten gunste van rechtbanken buiten de EU en over arbitragebedingen<sup>53</sup>.

29. Hoewel de focus van deze noot op arbitrage ligt, is het in dit onderdeel voor een goede uitleg nodig om een parallel te trekken met forumbedingen.

### 6.1. Materiële strekking (wat valt onder het beding)

30. Voor de forumbedingen ten gunste van rechtbanken in de EU is het Hof streng. De forumbedingen maakten deel uit van de verkoopovereenkomsten tussen de verkopers (kartel-participanten) en de kopers (schadelijders). Het dispuut dat nu voorlag, was tussen deze partijen, maar betrof de schade

uit het onrechtmatig handelen (in strijd met het mededingingsrecht) van de verkopers. De vraag was of het forumbeding ver genoeg strekt om ook dit dispuut te omvatten. Het Hof vindt dat “*een beding dat abstract verwijst naar geschillen die in contractuele betrekkingen ontstaan, niet geldt voor een geschil waarin een medecontractant betrokken raakt wegens een verbintenis uit onrechtmatige daad op grond dat hij aan een onrechtmatige mededingingsregeling heeft deelgenomen*”<sup>54</sup>. Indien een beding echter betrekking heeft op geschillen betreffende aansprakelijkheid wegens een inbreuk op het mededingingsrecht, dan gaat dat beding voor op de andere bevoegdheidsgronden in Brussel I<sup>55</sup>.

31. Forumbedingen ten gunste van rechtbanken buiten de EU en arbitragebedingen roepen dezelfde vragen over hun reikwijdte op. De eerste groep valt buiten het bestek van deze noot<sup>56</sup>.

32. Over arbitragebedingen kan het Hof van Justitie niet

46. Concl. 11 december 2014, C-352/13, ECLI:EU:C:2014:2443, randnrs. 119-122.

47. HvJ 1 juni 1999, C-126/97, *Eco Swiss China Time Ltd / Benetton International NV*, ECLI:EU:C:1999:269.

48. HvJ 1 december 1999, C-126/97, randnr. 39.

49. Cass. 5 april 2012, C.11.0430.N.

50. HvJ 17 oktober 2013, C-184/12, *United Antwerp Maritime Agencies (Unamar) NV / Navigation Maritime Bulgare*, ECLI:EU:C:2013:663.

51. Vroeger in de handelsagentuurwet van 1995, nu Boek X WER.

52. Cass. 12 september 2014, C.11.0430.N.

53. HvJ 21 mei 2015, C-352/13, *CDC Hydrogen Peroxide*, randnr. 58.

54. HvJ 21 mei 2015, C-352/13, *CDC Hydrogen Peroxide*, randnr. 69.

55. HvJ 21 mei 2015, C-352/13, *CDC Hydrogen Peroxide*, randnr. 71.

56. Dit zou een uitgebreide bespreking vergen van het verdrag inzake bedingen van forumkeuze (Den Haag, 30 juni 2005), *Pb.L.* 10 december 2014, afl. 353, 7.

veel zeggen. Het beginsel dat enkel geschillen die de partijen voor ogen hadden onder het beding vallen, blijft overeind. Het arbitragebeding is de grondslag van arbitrage<sup>57</sup>. Het scheidsgerecht heeft enkel beslissingsbevoegdheid in zoverre de partijen deze bevoegdheid hebben verleend. Noch forum- noch arbitragebedingen zijn beperkt tot contractuele geschillen<sup>58</sup>. Wat van belang is, is het zoeken naar de echte intentie van de partijen<sup>59</sup>.

**33.** Uiteraard wisten de kopers op voorhand niet dat er een kartel was dat hen later zou aanzetten tot schadevergoedingsvorderingen. De vereiste dat een arbitragebeding een duidelijke verwijzing moet bevatten naar geschillen die betrekking hebben op aansprakelijkheid wegens een inbreuk op het mededingingsrecht, is zeer beperkend. Het lijkt me onwaarschijnlijk dat partijen in hun beding expliciet zullen verwijzen naar het mededingingsrecht of naar inbreuken hierop<sup>60</sup>. Wat van een beding dat uitdrukkelijk verwijst naar “niet-contractuele geschillen die verband houden met dit contract of een aspect van de verplichtingen van de partijen”? Volgens mij is een dergelijke formulering wel breed genoeg om dispuuten uit het mededingingsrecht te omvatten. Het dispuut vloeit immers voort uit, of houdt verband met, het contract en meer specifiek met de prijs en met de goede trouw.

## 6.2. Strekking ten aanzien van partijen (wie is gebonden?)

**34.** De andere vraag is in hoeverre het beding derden kan binden. Voor forumbedingen verwijst het Hof van Justitie hier naar eerdere rechtspraak en herhaalt het dat een derde enkel gebonden is voor zover hij of zij in de rechten is getreden van de contractpartij<sup>61</sup>. De overeenkomst waarbij CDC de vorderingen van de gelaedeerde kopers overneemt, bepaalt de mate waarin zij in de rechten treedt.

**35.** Voor arbitrage spelen dezelfde principes. Waar een derde de rechten en verplichtingen overneemt van een partij die gebonden is door een arbitragebeding, kan deze derde ook gebonden zijn door het beding. Welke rechten en verplichtingen een partij precies overneemt, is een vraag voor het toepasselijk privaatrecht<sup>62</sup>.

Waar er maar één contract is, kan er een eenduidige oplossing zijn. Uit de aard van een kartel, zijn er echter meerdere bedrijven, meerdere verkopers, betrokken. Het is waarschijnlijk dat in dit geval de overeenkomsten die deze partijen met hun klantenkopers hebben gesloten andersluidende forum- of arbitragebedingen zullen bevatten. Dat was ook het geval in *CDC*. Als deze bedingen ver genoeg reiken om van toepassing te zijn in het karteldispuut, wordt het zeer moeilijk om de vorderingen van de verschillende schadelijders te bundelen. De enige oplossing zou dan kunnen liggen in een forum- of arbitragebeding ná het ontstaan van het geschil (“*submission*”).

## 7. CONCLUSIE

**36.** De burgerrechtelijke handhaving van geschillen in het domein van het mededingingsrecht is complex. In beide besproken arresten kwam de interactie tussen Brussel I en arbitrage aan bod.

**37.** Het is onmogelijk om een waterdichte muur te bouwen tussen arbitrage en gerechtelijke procedures: er is soms nood aan ondersteunende maatregelen door rechtbanken; er zijn rechtbanken die hun rechtsmacht moeten afwijzen; er zijn rechtbanken die uitspraak moeten doen over de erkenning en tenuitvoerlegging van arbitrage-uitspraken.

**38.** Ook al vloeit uit het *Gazprom*-arrest voort dat scheids-gerechten niet gebonden zijn door het beginsel van wederzijds vertrouwen in de EU, toch kan men uit dit arrest afleiden dat het EU-recht een rol kan spelen bij het bepalen van arbitreerbaarheid. Geschillen kunnen dus niet-arbitreerbaar zijn op basis van het nationaal recht of op basis van het EU-recht. De kernvraag is steeds of de bepalingen die het voorwerp uitmaken van arbitrage al dan niet van bijzonder dwingend recht zijn.

**39.** Ten slotte rijst in het domein van de buitencontractuele

<sup>57.</sup> N. BLACKABY en C. PARTASIDES met A. REDFERN en M. HUNTER, *Redfern and Hunter on International Arbitration*, Oxford, Oxford University Press, 2009 (5<sup>de</sup> ed.), 85.

<sup>58.</sup> Art. 2, 1. Verdrag van New York verwijst naar “een bepaalde al dan niet contractuele rechtsbetrekking”. Art. 1676 Ger.W. verwijst ook naar een “bepaalde rechtsbetrekking”. Zie ook N. BLACKABY en C. PARTASIDES met A. REDFERN en M. HUNTER, *Redfern and Hunter on International Arbitration*, Oxford, Oxford University Press, 2009 (5<sup>de</sup> ed.), 93.

<sup>59.</sup> N. BLACKABY en C. PARTASIDES met A. REDFERN en M. HUNTER, *Redfern and Hunter on International Arbitration*, Oxford, Oxford University Press, 2009 (5<sup>de</sup> ed.), 94.

<sup>60.</sup> O. GEISS en H. DANIEL, “Cartel damage claims Hydrogen Peroxide SA v Akzo Nobel NV and others: a summary and critique of the judgment of the European Court of Justice of May, 21 2015”, *European Competition Law Review* 2015, 430-435, 434-435.

<sup>61.</sup> HvJ 21 mei 2015, C-352/13, *CDC Hydrogen Peroxide*, randnr. 64.

<sup>62.</sup> HvJ 21 mei 2015, C-352/13, *CDC Hydrogen Peroxide*, randnr. 65. Voor arbitrage: N. BLACKABY en C. PARTASIDES met A. REDFERN en M. HUNTER, *Redfern and Hunter on International Arbitration*, Oxford, Oxford University Press, 2009 (5<sup>de</sup> ed.), 99.

aansprakelijkheid de vraag naar de precieze formulering van het arbitragebeding en of die formulering wel breed genoeg is om het voorliggende dispuut te omvatten. Ruime bedingen hebben het voordeel dat de partijen hun dispuut kunnen voorleggen aan het door hen gekozen forum. Het nadeel van deze bedingen is echter dat procedures in de nasleep van een kartelveroordeling mogelijks versnipperd zullen worden.

**40.** De Europese wetgever heeft zich recent nog uitgebreid gebogen over de arbitrage-uitsluiting in Brussel I, maar heeft uiteindelijk besloten om niets te veranderen aan de oude tekst. De rechtspractici moeten zich tevreden stellen met een lange overweging ter verduidelijking van de reikwijdte van de arbitrage-uitsluiting. Maar zelfs die overweging leidt tot verschillende interpretaties. De rechtspraak van het Hof van Justitie dient als leidraad. In afwezigheid van een waterdichte muur, blijft het onvolmaakte loodgieterij