

ARBITRAGE TUSSEN PUBLIEK- EN PRIVAATRECHTELIJKE PERSONEN*

door

Marcel STORME
Gewoon Hoogleraar aan de R.U.G.
Buitengewoon Hoogleraar U.F.S.I.A.

HOOFDSTUK I

TOELICHTING BIJ DE HUIDIGE SITUATIE IN BELGIË

1. Het kan verwonderlijk lijken dat eens te meer (1) het vraagstuk van de arbitrage tussen publiekrechtelijke en privaatrechtelijke personen op een studiedag als deze wordt ontleed.

Na een discussie ten tijde van de oude wetgeving werd immers het vraagstuk duidelijk opgelost door de bepaling van artikel 1676 Ger.W., dat ingevolge de wet van 4 juli 1972 thans als volgt luidt:

- „1. Elk geschil dat reeds is ontstaan of nog kan ontstaan uit een bepaalde rechtsbetrekking, waarover een dading mag worden aangegaan, kan bij overeenkomst aan arbitrage worden onderworpen.
2. Buiten de publiekrechtelijke rechtspersoon kan ieder die bekwaam of bevoegd is om een dading aan te gaan, een overeenkomst tot arbitrage sluiten. De Staat kan een dergelijke overeenkomst sluiten wanneer een verdrag hem toestaat in arbitrage toe te stemmen.
3. Het bepaalde in de voorgaande leden laat de uitzonderingen die elders in de wet voorkomen onverlet.”

Vijf jaar na de totstandkoming van de nieuwe tekst, wordt wellicht enkele commentaar mogelijk; in de nieuwe economische situatie dringen bepaalde vragen zich met meer kracht op dan voorheen.

2. Onder de oude wetgeving was het ingevolge een interpretatie van artikel 1004 j° art. 83 van de Code de procédure civile zo dat de Staat, de

(*) Verslag studiedag Cepina, 28 februari 1978.

(1) Zie reeds RIVERO, J., *Personnes morales de droit public et arbitrage*, *Revue d'arbitrage*, 1973, blz. 263 e.v.

gemeenten en de openbare instellingen niet bij een arbitrale procedure konden betrokken worden(2).

3. Niettegenstaande een anders gewenste ontwikkeling, heeft België gebruik gemaakt van het recht om bepaalde categorieën van personen uit te sluiten(3); uitsluiting die niet voorzien was in het oorspronkelijk regeringsontwerp doch die naderhand bij de bespreking in de Kamer werd ingevoerd bij middel van een amendement(4).

4. Bij nader toezien moet nochtans erkend worden dat het principieel verbod van artikel 1676 uitzondering kan lijden, zowel overeenkomstig de tekst van de wet zelf als ingevolge een praktijk, die steeds meer en meer blijkt te bestaan.

A. WETTELIJKE UITZONDERINGEN

5. De Staat en de publiekrechtelijke rechtspersonen mogen geen overeenkomst tot arbitrage sluiten, maar uit de tekst van artikel 1676 Ger. W. volgen reeds enkele uitzonderingen.

1. Internationale verdragen

6. De Staat mag een arbitrale overeenkomst sluiten, wanneer een internationaal verdrag hem dit toestaat.

Voor zover kon nagegaan worden is slechts één internationale overeenkomst aan te wijzen waarin voorzien is in arbitrage tussen de Staat en privaatrechtelijke personen, nl. het verdrag inzake de beslechting van geschillen met betrekking tot investeringen tussen Staten en onderdanen van andere Staten, opgemaakt te Washington op 18 maart 1965, goedgekeurd bij wet van 17 juli 1970 (*Staatsbl.*, 24 september 1970).

Met name artikel 36 e.v. van het verdrag. Het bij dit verdrag in de schoot van de internationale bank voor herstel en ontwikkeling opgerichte Internationaal Centrum voor Beslechting van Investeringsgeschillen (art. 1 Verdrag) heeft een administratieve, geen scheidsrechterlijke functie. Het

Zie desbetreffend: FETTWEIS, A., et ARETS, J., *L'Arbitrage entre gouvernements ou personnes de droit public et personnes de droit privé*, *Ann. Fac. Dr. Liège*, 1961, blz. 339 e.v. — zie ook: FLAMME, M.A., *L'Arbitrage dans les relations entre personnes de droit public et personnes de droit privé*, *R.J.D.A.*, 1965, 232 e.v.

(3) Artikel 8 van het Europees verdrag met verwijzing naar Bijlage II van het verdrag).

(4) *Parl. Besch.*, Kamer, 1971-1972, 195, nrs. 1, 2 en 3.

is dit Centrum dat voor de organisatie van een arbitrale procedure kan instaan (5).

Nu is het wel zo dat het verdrag tot oprichting van een Europese organisatie voor de ontwikkeling en de vervaardiging van dragers voor ruimtevoertuigen en bijlagen, opgemaakt op 29 maart 1962 te Londen, goedgekeurd bij wet van 19 maart 1964 (*Staatsbl.*, 3 juni 1964) een arbitrale procedure voorziet (art. 22 Verdrag), doch Flamme (6) laat terecht opmerken dat de Belgische Staat in de overeenkomst van 22 mei 1965 met de Belgische ondernemingen enkel een arbitrale procedure toeliet wanneer de Staat zou optreden voor rekening van de Eldo (European launcher development organisation). Artikel 22 luidt als volgt:

- „1. Indien er een geschil ontstaat tussen twee of meer Staten die lid zijn of waren van de Organisatie of tussen een of meer van deze Staten en de Organisatie, betreffende de uitlegging of de toepassing van dit Verdrag en indien dat geschil niet kan worden geregeld door de goede diensten van de Raad, wordt op verzoek van een van beide partijen een scheidsrechter ingesteld, tenzij de partijen overeenstemming bereiken over een andere wijze van vreedzame regeling.
2. Elk der partijen bij het geschil benoemt binnen een periode van twee maanden na de datum waarop het verzoek van de andere partij is ontvangen een lid van het Scheidsgerecht. Indien verschillende Lid-Staten of vroegere Lid-Staten van de Organisatie tesamen optreden als eisers of als verweerders, bereiken de Staten overeenstemming over een gemeenschappelijk lid. De aldus benoemde leden bereiken overeenstemming over de keuze van een voorzitter van het Scheidsgerecht, die onderdaan moet zijn van een andere Lid-Staat dan de bij het geschil betrokken Staten. Indien alle Lid-Staten partij zijn bij het geschil, dan mag de voorzitter van het Scheidsgerecht geen onderdaan zijn van een Lid-Staat of een vroegere Lid-Staat van de Organisatie doch dient onderdaan te zijn van een staat die lid is van de Raad van Europa. Indien binnen de hierboven bedoelde termijn van twee maanden een der partijen niet het lid van het Scheidsgerecht heeft benoemd voor wiens aanwijzing zij verantwoordelijk is of indien binnen een termijn van twee maanden nadat alle leden van het Scheidsgerecht zijn aangewezen, deze leden geen overeenstemming hebben bereikt over de benoeming van een voorzitter, verricht de President van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen deze benoemingen op verzoek van een der partijen.
3. Het Scheidsgerecht neemt zijn beslissingen bij meerderheid van stemmen. Deze beslissingen zijn bindend voor de partijen bij het geschil. Iedere partij is verantwoordelijk voor de onkosten van haar lid van het Scheidsgerecht, alsmede voor de kosten ten behoeve van haar verschijnen in de procedure voor het Scheidsgerecht. Tenzij het

(5) Voor literatuur over deze overeenkomst, zie: PIERRUNG, J., *Die Schiedsgerichtbarkeit nach dem Wettbankübereinkommen für Investitionsstreitigkeiten*, Berlin, 1972, met uitgebreide literaturopgaven; — DELAUME, G.R., *La Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre Etat et ressortissants d'autres Etats*, Clunet, 1965, 26; — GOLDMAN, B., e.a., *Investissements étrangers et arbitrage entre Etats et personnes privées, La convention B.I.R.D. du 18 mars 1965*, Paris, 1969; — SMETS, P.F., *Le centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements*, *Rev. Banquz.*, 1968, 223.

(6) FLAMME, M., *L'arbitrage dans les relations entre personnes de droit public et personnes de droit privé*, *R.J.D.A.*, 1965, blz. 232, voetnoot 3.

Scheidsgerecht anders beslist, worden bovendien de kosten ten behoeve van de voorzitter van het Scheidsgerecht en de andere kosten gelijkelijk over de partijen verdeeld. In alle andere opzichten stelt het Scheidsgerecht zijn eigen procedureregels vast”.

Ook kan verwezen worden naar het Navo-verdrag.

2. *Bijzondere wetten*

7. Daar artikel 1676, 3e lid, Ger.W. uitdrukkelijk verwijst naar afwijkende wetten, die arbitrage kunnen toelaten, kan een poging ondernomen worden enkele voorbeelden te citeren. Een volledige inventaris hiervan opmaken bleek een onmogelijke opgave.

- a) Zo mocht het Centraal bureau voor de kleine spaarders, openbare instelling, met rechtspersoonlijkheid, belast met het vergemakkelijken van de mobilisatie van het actief der private instellingen die zich met de belegging van gelden van kleine spaarders bezighielden, compromissen en dadingen aangaan (7).
- b) Het K.B. nr. 42 van 31 augustus 1939 houdende reorganisatie van de Nationale Decrederedienst bepaalt in zijn artikel 9, 2e lid:

”Hij kan alle overeenkomsten afsluiten, leningen opnemen en verstrekken, derden in zijn vorderingen subrogeren, deze cederen of er anders over beschikken; alle verlengingen of vernieuwingen van waarborgen toestaan; alle schikkingen, zelfs voorstellen tot konkordaat, aannemen, dadingen en compromissen aangaan, alle schuldvorderingen en zekerheden overlaten, van welk verhaal ook afzien”.

Uit ingewonnen inlichtingen is gebleken dat deze Dienst, die Belgische exporteurs verzekert, van de mogelijkheid tot arbitrage gebruik kan maken krachtens voormeld artikel, dat weergegeven wordt in de polissen van de Delcrededienst. In deze polis is bepaald dat de Dienst vooraleer een compensatie toe te kennen het recht heeft op een justitiële of arbitrale beslissing over het geschil (8).

Meer rechtstreeks aanvaardt deze Dienst in internationale handelskontrakten met buitenlandse kredietverzekeringsmaatschappijen het arbitragereglement van het C.C.I. te Parijs.

- c) De wet van 30 maart 1976 betreffende de economische herstelmaatregelen (*Staatsbl.*, 1 april 1976) bepaalt in artikel 57, § 5, i.v.m. het prijsbeleid dat de Staat en de publiekrechtelijke rechtspersonen een compromis of een dading mogen aangaan. Evenwel mogen in geval van arbitrage geen Staatsambtenaren als scheidrechtters optreden.

(7) Wet 7 december 1934, artikel 5, opgeheven op 30 april 1976 bij wet van 30 juni 1975, doch met behoud van het centraal bureau voor zover zijn vereffening dit vereist: *Staatsbl.*, 8 december 1934, *Staatsbl.*, 2 augustus 1975 en *Staatsbl.*, 31 januari 1976.

(8) Contact nr. 32, maart 1976, blz. 9 en 10.

- d) Tenslotte dienen nog vermeld te worden de scheidsrechterlijke commissies ter bepaling van de vergoedingen bij militaire opeisingen (art. 18-20 wet van 12 mei 1927 op de militaire opeisingen) en de scheidsrechterlijke uitspraak van de geneesheer-direkteur-generaal van de administratieve gezondheidsdienst (art. 8 K.B. 18 augustus 1939 op de administratieve gezondheidsdienst).

3. *Publiekrechtelijke rechtsperonen*

8. Bepaalde instellingen zouden niet onder het begrip „publiekrechtelijke instelling” vallen en derhalve arbitrages mogen aanvaarden. Hierbij kan o.m. gedacht worden aan de Nationale Maatschappij voor Krediet aan de Nijverheid en de Nationale Investeringsmaatschappij.

Bij sommige van deze instellingen bestaat er trouwens een wéliswaar beperkte praktijk van arbitrage, bvb. ter oplossing van conflicten i.v.m. de waarde van bepaalde participaties, de hoegrootheid van betwiste erelonen van technici e. a.

4. *Internationale handelskontrakten*

9. Voor het overige mag aanvaard worden dat de meeste publiekrechtelijke instellingen en zelfs de Staat arbitrage zullen kunnen aanvaarden bij het opstellen van internationale kontrakten.

Hier mag m.i. de stelling van het Franse Hof van cassatie aanvaard, toen het bij arrest van 14 april 1964 verklaarde:

„Si la prohibition du droit pour les établissements publics de souscrire des conventions d'arbitrage est d'ordre interne, elle n'est pas d'ordre public international et ne met pas obstacle à ce qu'un établissement public soumette, comme pourrait le faire tout autre contractant, la convention de droit privé qu'il passe à une loi étrangère, lorsque ce contrat revêt le caractère d'un contrat international”.

„L'interdiction faite à l'Etat et aux établissements publics de recourir à l'arbitrage, sauf dans les conditions particulières, ne soulève pas un problème de capacité au sens de l'article 3, alinéa 3 du Code civil: la question de savoir si la prohibition générale édictée pour les contrats de droit interne s'applique à un contrat international de droit privé passé pour les besoins et dans les conditions conformes aux usages du commerce maritime relève de la loi du contrat et non de la loi personnelle des parties contractantes” (9).

5. *Hoog Comité van Toezicht*

10. Tenslotte moet toch herinnerd worden aan het kollege dat in de schoot van het Hoog Comité van Toezicht wordt opgericht en tot opdracht heeft advies uit te brengen over betwistingen betreffende aannemingen, waarbij

(9) Contra: Rivero, o.c., blz. 269.

de Staat, de instellingen van openbare nut en publiekrechtelijke personen betrokken zijn (art. 2 en 11 K.B. 29 juli 1970, *Staatsbl.*, 18 september 1970). De kritiek die destijds werd uitgebracht (10) betrof het oude K.B. van 28 december 1921; onder het huidige K.B. is de procedure behoorlijk geregeld.

B. KLANDESTIENE ARBITRAGES

11. In een proefschrift over „L'arbitrage et le contrat d'entreprise” (U.C.L., 1977) schreef juffrouw Olivier:

„En fait l'Etat et son cocontractant recourent de plus en plus souvent à la désignation d'un avocat choisi de commun accord. Celui-ci se trouve investi de la mission de rapprocher les points de vues et de rechercher une solution au litige, solution admissible par les deux parties, celles-ci s'étant mutuellement mais *officieusement* engagées à se conformer à la proposition”.

„De là à conférer à ce tiers la qualité d'arbitre, il n'y a qu'un pas. La différence subsiste cependant dans le fait que la décision ne peut, dans ce cas, être matérialisée dans une sentence puisque l'Etat ne peut compromettre. Dès lors la solution soumise aux parties sera transcrite sous forme de convention ou d'avenant. Remarquons que cette tâche sera le plus souvent confiée à un avocat, car mission est donnée à celui-ci de couler dans un moule juridique des rapports préalablement rendus par des experts” (11).

Het komt derhalve niet zelden voor dat de Staat of publiekrechtelijke personen experten of juristen aanduiden, die zij als voldoende onpartijdig aanzien om zich vrijwillig aan het verstrekte advies te onderwerpen.

Persoonlijk — en ik zal er in mijn eindconclusies op terugkomen — acht ik deze klandestiene arbitrages moeilijk verdedigbaar; zij zijn evenwel een opmerkelijk doch gevaarlijk symptoom van een toestand van rechteloosheid waarnaar wij evolueren.

HOOFDSTUK II

RECHTSVERGELIJKING

Ter vergelijking kan eveneens een onderzoek worden gedaan in een aantal buurlanden (12).

(10) Flamme, *o.c.*, blz. 242.

(11) Zie ook: RIVERO: *o.c.*, blz. 273-274.

(12) Voor een meer uitvoerig overzicht zie FLAMME, M.A., *o.c.*, blz. 232 e.v.

1. Nederland

12. Dit land kent geen algemene bepaling betreffende het al of niet bekwaam zijn van de Staat of de lagere publiekrechtelijke lichamen om een overeenkomst tot arbitrage aan te gaan.

M.b.t. de Staat zijn van belang de voorschriften van de komptabiliteitswet van 1927. Ingevolge artikel 30, lid 2 van deze wet kunnen dadingen ter beëindiging van geschillen omtrent roerende zaken getroffen worden bij K.B., tenzij hun voorwerp een hogere waarde heeft dan 5.000 gulden. In het laatste geval is daarentegen goedkeuring bij de wet voorgeschreven. T.a.v. onroerende goederen is de minister van financiën gemachtigd tot de beëindiging van geschillen hieromtrent bij wege van dading of een andere overeenkomst, tenzij het belang de 40.000 gulden overschrijdt. Alsdan is een koninklijke goedkeuring vereist (art. 30, lid 1, komptabiliteitswet juncto wet van 24 januari 1952, S 37, art. 3).

Aangaande de provincie kent artikel 89 van de provinciewet in beginsel alle bevoegdheid toe aan de provinciale staten.

T.a.v. de gemeenten neemt men thans algemeen aan dat deze zich tot arbitrage kunnen verbinden (vergelijk art. 171 en 212 van de gemeentewet): zij het dat dan voor iedere procedure een afzonderlijk besluit nodig is (13).

Daar artikel 620 van het wetboek van burgerlijke rechtsvordering bepaalt dat men slechts aan arbitrage kan onderwerpen de geschillen omtrent de rechten, waarover men de vrije beschikking heeft, was men van oordeel, terecht of ten onrechte, dat er betwisting kon bestaan over de vraag of de Staat of enig ander publiekrechtelijk lichaam of kollege die vrije beschikking al dan niet heeft. Arbitrage kon men derhalve niet gebruiken, tenzij de arbitragemogelijkheid viel binnen de bovenvermelde beschikkingen. Dus deed men het op een andere manier en liet men door particuliere personen een beslissing geven, welke partijen dienden te volgen. Men beoogde m.a.w. langs een andere weg hetzelfde resultaat. Dit resultaat werd bereikt dank zij het bindend advies.

Dit bindend advies is een vrij interessante rechtsfiguur geworden. Volgens Van Ittersum (14) verstaat men onder het bindend advies: „een kontraktueel bedongen aanvulling van een tussen partijen bestaande overeenkomst door een derde”? Het verdient nochtans aanbeveling 2 soorten van bindend advies duidelijk van elkaar te onderscheiden.

(13) Zie VAN ROSSUM-CLEVERINGA, *Burgerlijke rechtsvordering*, Zwolle, 1972, 4e uitgave, deel 2, blz. 1325.

(14) VAN ITTERSUM, *Het bindend advies*, Utrecht, 1927, blz. 12 e.v.; — zie ook Zonderland bij CREMERS, *Bouwrecht*, II, B 2 — FLAMME, M., o.c., blz. 244, nr. 22 e.v.

Een zuiver bindend advies is een kontraktueel bedongen aanvulling van een tussen partijen bestaande overeenkomst door een derde op grond van diens eigen wetenschap en door beide partijen erkende geschriften, zonder vorm van proces. Het is ook mogelijk dat de derde niet een reeds bestaande overeenkomst aanvult doch een onderdeel bepaalt voor een kontrakt dat in de toekomst zal gelden. De beslissing van de bindende adviseur gaat derhalve integrerend deel uitmaken van het kontrakt tussen de partijen.

Een onzuiver bindend advies daarentegen is het bindend advies waarbij partijen van de derde uitspraak verlangen in geschillen waarover arbitrage in de zin van de artikelen 620 e.v. van het wetboek voor burgerlijke rechtsvordering mogelijk zou zijn geweest. Men kan stellen dat de toetsing van het onzuiver bindend advies een probleem blijft uitmaken, des te meer daar het volgens sommige kan beschouwd worden als een soort ontduiking en van het zuiver bindend advies en van de arbitrage. In die zin kan het gelijkgesteld worden met wat ik genoemd heb „het Belgische fenomeen van de klandestiene arbitrage”.

Tussen arbitrage en bindend advies ligt het grote verschil hierin dat het kompromis of het arbitraal beding een processuele overeenkomst is en als zodanig geldig zal zijn wanneer de regelen van het procesrecht zijn nagekomen, dan wanneer het bindend advies primair beheerst wordt door de regelen van het burgerlijk recht. De scheidsrechter doet uitspraak in een geschil, terwijl de bindend adviseur beslist wat de wil van de partijen is. De last van de scheidsrechter strekt tot het beslechten van een geschil, maar zijn uitspraak heeft niet een inhoud die door beide partijen bij de aanvang is gewild geworden; de bindend adviseur daarentegen heeft tot taak de wil van beide partijen tesamen te bepalen vermits door zijn intermediaire tussenkomst de partijen zelf hun overeenkomst uitvoeren. De scheidsrechter spreekt uit hoe de rechtsverhouding tussen partijen is en wat daarvan de gevolgen zijn; de bindend adviseur regelt rechtens op nadere wijze de rechtsverhouding van partijen.

Al met al blijft het rechtsinstituut van het bindend advies een belangrijke rechtsfiguur, die op haar beurt bewijst dat het bloed kruipt waar het niet gaan kan.

2. Frankrijk

13. Van belang is hier de wet nr. 72-626 van 5 juli 1972 (*J.O.*, 9 juli 1972) „instituant un juge de l'exécution et relative à la réforme de la procédure civile”. Artikel 13 van deze wet heeft o.m. artikel 1004 van de Code de procédure civile opgeheven en tegelijkertijd een nieuw artikel 2060 ingevoegd in de Code civil met een ongeveer gelijklopende tekst. Artikel 2060 van de Code civile luidt thans als volgt:

„On ne peut compromettre sur les questions d'état et de capacité des personnes, sur celles relatives au divorce et à la séparation de corps ou sur les contestations intéressant les collectivités publiques et les établissements publics et plus généralement dans toutes les matières qui intéressent l'ordre public”.

Noch op het interne vlak, noch op het internationale vlak brengt deze bepaling enige wijziging van belang aangaande de mogelijkheid van de publiekrechtelijke lichamen tot arbitrage (15).

Tijdens een vorige vergadering heeft Rivero op het Cepina betoogd dat hij deze Franse wetgeving niet gelukkig acht, omdat op die wijze opnieuw in het interne recht de arbitragemogelijkheid voor de Staat en voor publiekrechtelijke lichamen wordt uitgesloten. Wel bestaat er een strekking in de rechtspraak van het Franse hof van cassatie om een zekere autonomie toe te kennen aan de internationale arbitrage t.o.v. het interne recht.

Nochtans zullen de observatoren van de situatie in Frankrijk toegeven dat zelfs op het terrein van de contracten die gesloten worden door publiekrechtelijke lichamen, zekere substituten van arbitrage voorhanden zijn. Zo is het bvb. gebruikelijk klausules op te stellen die bepalen dat elk geschil m.b.t. het contract, vóór elke vordering voor de gewone rechtbank, onderworpen zal worden aan één of meer experten die belast worden met het zoeken van een oplossing. Indien de gestelde problemen een wezenlijk juridisch karakter vertonen en de experten speciaal bevoegd zijn in juridische aangelegenheden, wanneer de gevolgde procedure voor deze experten kontradictoir verloopt, wanneer de partijen duidelijk beslist hebben om verder uitstel langs een gewone procedure te vermijden de aanbevelingen van deze deskundige te volgen, dan gaat het weliswaar niet om een formele arbitrage, maar zijn nochtans alle elementen verenigd om hier ook van een soort klandestiene arbitrage te gewagen. Anderzijds moet er aan herinnerd worden dat de konsultatieve komités die moeten waken over een minnelijke regeling van de openbare aanbestedingen en van de contracten gesloten door publiekrechtelijke lichamen, zoals gereorganiseerd door het besluit van 11 mei 1953 en geïntegreerd in elk ministerieel departement, geroepen zijn om „rechercher les éléments équitables susceptibles d'être adoptés en vue d'une solution amiable”. Deze konsultatieve komités spelen derhalve in feite bij de regeling van conflicten een zeer belangrijke rol die ongetwijfeld het volume van het contentieux op dit vlak aanmerkelijk doet verminderen.

(15) LEVELLE, E., *Une première retouche au droit de l'arbitrage*, J.C.P., 1972, 2494, speciaal nummer 9; — RIVERO, J., *Personne morale de droit public et arbitrage*, *Revue Arb.*, 1973, blz. 262 e.v., speciaal blz. 270-273.

3. Duitsland

14. In Duitsland voorzag paragraaf 1 van de wet van 10 oktober 1933 op de afhandeling bij middel van de arbitrage van privaatrechtelijke geschillen met de Staat of met de Länder dat de overeenkomsten krachtens dewelke het Rijk de geschillen van privaatrechterlijke aard voorlegt aan een scheidsrechterlijk kollege, met uitzondering van de gewone procedure, teneinde geldig te zijn, de goedkeuring behoeven van de minister van financiën, die zijn goedkeuringsbevoegdheid mag delegeren aan andere diensten en afwijkingen mag toestaan voor bepaalde vormen van publiekrechtelijke overeenkomsten.

Hoewel ik desbetreffend geen zekerheid heb, meen ik dat in de huidige bondsrepubliek deze wet van 1933 nog geldig is gebleven en dat derhalve een mogelijke arbitrage met publiekrechtelijke lichamen kan tot stand gebracht worden.

Uit een beperkte informatie zou gebleken zijn dat evenwel van deze bevoegdheid voor de publiekrechtelijke lichamen om van de scheidsrechtelijke procedure gebruik te maken, zelden toepassing wordt gemaakt.

HOOFDSTUK III

BEDENKINGEN EN BESLUIT

15. Reeds op een vroegere studiedag van Cepina mocht ik mijn persoonlijk standpunt m.b.t. de basisopties inzake arbitrage uiteenzetten. Ter herinnering wil ik stellen dat m.i. de tussenkost van de overheidsrechter in onze Rechtsstaat prioritair moet blijven. Ook sluit dit bij het fundamenteel principe aan dat rechtspraak een overheidsfunctie is, die kosteloos ter beschikking van de burgers dient te worden gesteld.

Hiertegenover wens ik nochtans te beklemtonen dat zich een zeer belangrijke verschuiving heeft voorgedaan in onze samenleving en dat deze ontwikkeling haar weerslag heeft op de basisoptie die wij t.a.v. de arbitrage hebben ingenomen.

Deze verschuiving, die trouwens het hele onderscheid tussen het privaatrecht en het publiekrecht op de helling komt te zetten, is het gevolg van de toenemende overheidstussenkost in onze samenleving. Wij zijn geëvolueerd van „L'Etat-Gendarme” of „L'Etat-veilleur de nuit” naar een verzorgingsstaat die in alle sectoren van de menselijke activiteit direkt of indirekt tussenkost.

Opmerkelijk hierbij is het feit dat de overheid meer en meer tussenkomt ook op het gebied — nl. het economische — dat traditioneel vóór een tiental jaren aan de privésector was voorbehouden, en hierbij meer en meer juridische technieken gaat hanteren die aan het privaatrecht worden ontleend. Dit verschijnsel werd destijds uitstekend toegelicht op het Luikse seminarie gewijd aan „Renaissance du phénomène contractuel” (Faculté de droit de Liège, 1971).

Bovendien betreuren wij sinds enkele jaren de dramatische vertraging van het gerecht.

Zonder over het ene en het andere fenomeen hier in dit kader te epilogen, kunnen wij niet anders dan deze feiten konstateren en hieruit een conclusie voorstellen die zich m.i. opdringt.

Nu de overheid zich meer dan voorheen op het domein van het privaatrecht gaat bewegen en de overheidsrechter anderzijds zijn fundamentele taak van recht te spreken — men gewaagt reeds van een veralgemeende „*déni de justice*” — verzaakt, kan men niet anders dan met meer klem dan tot nog toe is geschied, aandringen op een herziening van het veralgemeende verbod van arbitrage voor publiekrechtelijke personen.

Inderdaad, waar de rechtsverhouding tussen private personen en de overheid een ongekende ontwikkeling heeft gekend en beide partijen aanspraak kunnen maken op een spoedige en adekwate behandeling, ligt deze conclusie voor de hand.

16. De argumenten die voor het behoud van het verbod worden ingeroepen, kunnen m.i. niet meer *hic et nunc* worden gehandhaafd.

Men stelde het, niet ten onrechte, zo dat het onaanvaardbaar zou wezen zo de overheid zich zelf aan de tussenkomst van de overheidsrechter zou onttrekken. Hierop kan geantwoord worden dat diezelfde overheid er maar moet over waken dat de rechtsbedeling door de gewone rechtskolleges vlugger en meer adekwaat zou verlopen.

Men stelde eveneens dat de rechterlijke macht meer waarborgen biedt inzake onafhankelijkheid en onpartijdigheid en volwaardige procedure. Dit is ongetwijfeld juist, doch dit argument kan m.i. ondervangen worden door het inbouwen van meer garanties in een arbitrale procedure, waar publiekrechtelijke personen bij betrokken zijn. Zo lijkt het mij evident dat bvb. de techniek van de „*amiable compositeur*” terzake nooit van toepassing zou mogen zijn.

17. De argumenten ten gunste van de arbitrage lijken mij daarentegen aan kracht te winnen.

Buiten de algemene voordelen van elke arbitrage (snelheid en technische deskundigheid) mag toch nogmaals onderstreept worden dat een gemengde economie eveneens een andere aanpak vereist op het justitiële vlak.

Bij het voorgaande wens ik ook nog te onderstrepen hoezeer het verbod van arbitrage geleid heeft tot bepaalde vormen van klandestiene arbitrage, die m.i. verwerpelijker is dan een opheffing van het verbod.

18. Tenslotte moge ik aan dit alles nog de volgende bedenking vastknopen. Wanneer in onze economische crisis tal van aannemersfirma's het slachtoffer worden van lang aanslepende gedingen en hierdoor zeer dikwijls regelrecht naar het faillissement gaan, dan meen ik dat terzake het vraagstuk van de aansprakelijkheid van de Staat voor een ondoelmatig funktionerend gerecht in alle duidelijkheid moet worden gesteld.

Wij kennen reeds de aansprakelijkheid van kredietinstellingen, die een schijnbare solvabiliteit hebben in stand gehouden en daarvoor werden veroordeeld.

Wij weten dat in tal van ons omringende landen geijverd wordt opdat men zou aanvaarden dat de Staat aansprakelijk zou kunnen worden gesteld voor rechterlijke misslagen (Vgl. *mutatis mutandis* de aansprakelijkheid wegens onwerkdadige hechtenis). Waarom zou men in die richting voortredenerend niet kunnen stellen dat indien het faillissement zijn oorsprong vindt in het feit dat de overheid ingevolge lange procedures nagelaten heeft tijdig haar verplichting tot betaling na te komen, de Staat voor deze trage rechtspraak verantwoordelijk moet worden gesteld. Dit zou trouwens meteen een behoorlijke toepassing zijn van de Europese konventie van de rechten van de mens, die voorhoudt dat een proces dient gevoerd te worden „within a reasonable time”.

19. De slotconclusie is dan ook dat, desnoods met een tijdelijke wet, de arbitrage voor publiekrechtelijke personen toegankelijk moet worden gesteld.

Doch dadelijk moet met evenveel klem daaraan toegevoegd dat deze arbitrage aan specifieke modaliteiten zou moeten worden onderworpen vnl. m.b.t. de volgende punten:

- arbitrage moet voor publiekrechtelijke personen onderworpen worden aan een administratieve toelating of controle;
- de vraag kan gesteld of de openbaarheid van de zitting in dergelijke arbitrages niet moet ingevoerd worden;

- de keuze van arbiters moet limitatief worden gereguleerd i.f.v. deskundigheid, onafhankelijkheid en kennis van de administratieve sektor;
- verbod van afwijking van de gewone procedureregelen;
- vraagtekens blijven m.i. bestaan m.b.t. de rechtsmiddelen, en de sectoren waarin mag gearbitreerd worden.

SOMMAIRE

ARBITRAGE ENTRE PERSONNES DE DROIT PUBLIC ET DE DROIT PRIVÉ

Sous l'ancienne législation, les personnes morales de droit public ne pouvaient recourir à l'arbitrage.

Actuellement encore, l'article 1676 du Code judiciaire énonce une même interdiction de principe mais en autorisant des exceptions sur base de traités internationaux et de lois particulières. L'auteur commente des applications concrètes de ces deux catégories d'arbitrage exceptionnellement autorisées et mettant en cause des institutions publiques.

Dans la pratique, on rencontre même des symptômes d'arbitrage clandestin que l'auteur désapprouve.

Le deuxième chapitre est consacré à une approche de droit comparé portant sur des pays voisins plus spécialement, les Pays-Bas, la France et l'Allemagne.

Dans un dernier chapitre, l'auteur formule ses idées personnelles à l'endroit des options de base en matière d'arbitrage.

Le principe fondamental est que, dans un état de droit, le juge officiel doit garder la priorité.

En raison de l'intervention croissante des autorités dans le secteur économique, d'une part, et du retard dramatique des cours et tribunaux, d'autre part, l'auteur plaide cependant en faveur d'une révision de l'interdiction générale de l'arbitrage pour les personnes morales de droit public.

Un tel arbitrage doit toutefois demeurer régi par des modalités légales particulières.

SUMMARY

ARBITRATION BETWEEN PUBLIC AND PRIVATE PARTIES

Under the previously-existing legislation, the public authorities could not be involved in arbitration proceedings.

At present, Article 1676 of the Judicial Code still contains a similar prohibition in principle, but does allow for exceptions provided for by international treaties and special laws. The author discusses the practical application of both categories of cases where, by way of exception, public authorities are allowed access to arbitration proceedings.

In practice, it is even possible to discern signs of clandestine arbitration, which the author condemns.

Chapter II is devoted to a brief comparative study of similar situations in neighbouring countries such as the Netherlands, France and Germany.

The final chapter gives the author the opportunity to formulate his personal reflexions on the fundamental options which can be taken in the question of arbitration.

The basic rule is that in a constitutional state, the official judiciary is to have priority over any other.

However, increasing state intervention in the economic sector on the one hand, and the alarming dilatoriness displayed by the judiciary on the other, prompt the author to argue in favour of reviewing the general principle prohibiting public organisms to avail themselves of arbitration proceedings.

The latter, however, must remain subject to special statutory conditions.

ZUSAMMENFASSUNG

ARBITRAGE ZWISCHEN ÖFFENTLICHRECHTLICHEN UND PRIVATRECHTLICHEN PERSONEN

Unter der alten Gesetzgebung konnten öffentlichrechtliche Rechtspersonen nicht zu der Arbitrage zugezogen werden.

Artikel 1676 der Gerichtsverfassung enthält heutzutage noch immer ein ähnliches prinzipielles Verbot, worauf jedoch auf Grund internationaler Verträge und besonderer Gesetze Ausnahmen möglich sind. Der Verfasser bespricht Anwendungsfälle dieser beiden Kategorien der bei Ausnahme zulässigen Arbitrage, an der öffentliche Einrichtungen beteiligt sind.

In der Praxis werden sogar Symptome heimlicher Arbitrage angetroffen, die der Verfasser ablehnt.

Der zweite Abschnitt behandelt eine vergleichende Rechtsforschung in einer Reihe von Nachbarländern, mit Namen in den Niederlanden, in Frankreich und Deutschland.

In einem letzten Abschnitt verwortet der Verfasser seine persönlichen Einwendungen hinsichtlich der Basisoptionen in Sachen der Arbitrage. Als grundlegendes Prinzip muss der Magistratsrichter in einem Rechtsstaat prioritär bleiben. Die zunehmende Obrigkeitsintervention in den wirtschaftlichen Sektor einerseits und die dramatische Verzögerung des Gerichts andererseits, veranlassen den Verfasser dazu, eine Revision des allgemeinen Arbitrageverbots für öffentlichrechtliche Rechtspersonen zu befürworten.

Eine derartige Arbitrage muss allerdings besonderen gesetzlichen Modalitäten unterworfen bleiben.