

**DE SCHEIDSRECHTERLIJKE UITSPRAAK
DE OVEREENKOMST TOT ARBITRAGE
EN DE BELGISCHE INTERNE OPENBARE ORDE**

door

Guy HORSMANS
Gewoon Hoogleraar aan de U.C.L.

1. Het thema lijkt banaal omdat sommigen — en zij zijn misschien zeer talrijk — op bijna instinctieve manier de gedachte, het gevoel of de overtuiging hebben dat arbitrage daar ophoudt waar de openbare orde begint.

Gisteren nog deden de wettelijke bepalingen die gedachte ingang vinden en zowel de rechtspraak als de rechtsleer hebben er weerklank aan gegeven met de bekommernis het belang af te zwakken van die bevestiging, zonder dat er nochtans aan gedacht werd het principe zelf ervan te willen betwisten.

Zoals men weet heeft België, door de wet van 4 juli 1972, het Europees Verdrag houdende eenvormige wet inzake arbitrage goedgekeurd dat op 20 januari 1966 te Straatsburg werd ondertekend.

De artikelen 1676 tot 1723 die bij die gelegenheid in het gerechtelijk wetboek werden ingelast, zijn een voldoende rechtvaardiging om het thema arbitrage en openbare orde opnieuw te behandelen buiten de platgetreden paden van het verleden.

Wij hopen dat die eerste bedenkingen, in het kader van het Belgisch recht, een zeer summiere inleiding mogen zijn voor het schrijven van de fundamentele en gezamenlijke studie waarvan onze college, François Rigaux, onlangs nog de afwezigheid vaststelde en betreurde (1).

2. Van het begin af aan moet men oppassen voor ieder onvoorwaardelijk besluit inzake de wisselwerking tussen arbitrage en openbare orde.

Het is inderdaad uiterst moeilijk een bepaling te geven van de openbare

(1) RIGAUX, François, *Droit public et droit privé dans les relations internationales*, Paris, Pédone, 1977, blz. 390: „quoique l'arbitrage ... ait; depuis la fin de la deuxième guerre mondiale, suscit  une littérature particulièrement importante, il est permis d'affirmer que le thème abord  ici (l'arbitre et l'ordre public) n'a pas fait l'objet d'une étude d'ensemble”.

orde. Het gaat hier om een even vage als fundamentele notie die men gemakkelijker aanvoelt dan omschrijft (2).

Iedereen is het er immers over eens dat het moeilijk is *a priori* een welomschreven juridisch kenmerk voor de arbitrage te vinden (3).

Het is dan ook zonderling dat uit het verband tussen die twee vage en overduidelijke fenomenen zulks onvoorwaardelijke en ongenuanceerde bevestigingen zijn afgeleid als: de openbare orde sluit arbitrage uit en belet ze; het is niet toegestaan een overeenkomst tot arbitrage te sluiten voor aangelegenheden waarbij de openbare orde is betrokken (4); de overeenkomst tot arbitrage zou er niet mogen toe leiden dat een privé-rechter in de plaats van een openbaar rechter wordt gesteld om te beslissen in een geschil dat *in se* en *per se* de openbare orde aanbelangt (5).

3. Vóór de wet van 4 juli 1972 konden dergelijke beweringen stoelen op de bepalingen van het Wetboek van Burgerlijke Rechtspleging en inzonderheid op de artikelen 1004 („men kan geen overeenkomst tot arbitrage sluiten voor geschillen die aan het openbaar ministerie moeten worden meegedeeld) en 83 („de volgende geschillen worden aan het openbaar ministerie meegedeeld: die de openbare orde aanbelangen ...).

Daarenboven was er gevonnist dat van die beginselen niet was afgeweken door het enig artikel, par. VI van de wet van 25 oktober 1919, gewijzigd door de wet van 12 mei 1937 (6).

Het leek ten andere normaal en klaarblijkelijk dat de arbitrage, wegens zijn particuliere, ruime en soepele aard, zou worden tegengehouden door

(2) DE PAGE, Henri, *Traité élémentaire de droit civil belge*, Brussel, Bruylant, 2de uitg., 1948, I, blz. 101. In het reeds vermelde werk wijst François Rigaux eveneens op het nutteloze van iedere definitie van de openbare orde. Dat concept, evenals dat van de goede zeden bestempelt hij als „une baudruche gonflable à volonté, de manière à boucher les interstices laissés vacants par les lois impératives” (blz. 348).

(3) MOTULSKY, Henri, *Ecrits, études et notes sur l'arbitrage*, Paris, Dalloz, 1974, blz. 5.

(4) BERNARD, Alfred, *l'Arbitrage volontaire en droit privé*, Brussel-Paris, Bruylant-L.G.D.G. 1937, blz. 46 e.v.; BRAAS, *Précis de procédure civile*, Brussel, Bruylant, 1944, I, blz. 91.

(5) Uittreksel uit de beslissing I. KK. nr. 1397, vermeld door THOMPSON, R. en DERAÏNS, Y., *Chronique des sentences arbitrales*, Clunet, 1974, blz. 880.

(6) Deze wet tot tijdelijke wijziging van de rechterlijke organisatie, en van de rechtspleging voor de hoven en rechtbanken, had in haar paragraaf VI bij de rechtbanken van eerste aanleg kamers met één rechter opgericht. Hierbij was bepaald dat de alleenzettelende rechter slechts uitspraak deed na het openbaar ministerie te hebben gehoord, terwijl bij de gewone kamers het openbaar ministerie alleen zetelde in een aantal limitatief bepaalde gevallen (echtscheiding — scheiding van tafel en bed — staat van personen — voogdij — onbekwaamverklaringen — burgerlijke vorderingen ingesteld wegens een permisdrijf — vorderingen waarbij het openbaar ministerie hoofdpartij of tussenkomende partij was); — Cass., 12 februari 1953, *Pas.*, I, blz. 446; — BERNARD en SIMONT, *Examen de jurisprudence - Procédure civile*, R.C.J.B., 1959, blz. 135; — BERNARD, GUTT en SIMONT, *ibidem*, R.C.J.B., 1963, blz. 190.

de grondslagen en de dwingende en strenge eisen van de openbare orde (7).

4. Bij 't begin scheen de loutere verwijzing naar de openbare orde wel degelijk iedere arbitrage uit te sluiten. Nu is het zo dat de notie openbare orde in eerder restrictieve zin werd gezien, maar zodra men er tegenover stond moest zij, schijnt het, haar volle gezag doen gelden vermits de partijen geen overeenkomst tot arbitrage mochten sluiten voor geschillen die de openbare orde betroffen.

Die uitdrukking is even vaag als de notie openbare orde zelf. Betreffen betekent betrekking hebben op, aangaan.

Moest het een rechtstreekse en zekere betrekking zijn of volstond gelijk welk mogelijk en eventueel verband met de openbare orde?

Alfred Bernard scheen, in zijn in 1937 verschenen *Traité*, niet te twijfelen aan de gestrengheid van het principieel noch aan de omvang van zijn toepassingsgebied.

In de studie van de uitsluiting van arbitrage maakte hij echter gewag van de onzekerheid van de rechtsleer inzake de omlijning van de openbare orde en juist zoals de leer ging hij bijgevolg over tot een ontleding van de draagwijdte en de invloed van de openbare orde in bepaalde materies. Men moet wel zijn toevlucht nemen tot voorbeelden wanneer het moeilijk, zoniet onmogelijk is de notie nauwkeurig te omschrijven.

Alfred Bernard voegde er twee beschouwingen aan toe die hij zonder enig voorbehoud formuleerde: de mogelijkheid om een arbitrageovereenkomst aan te gaan voor geldelijke geschillen ontstaan naar aanleiding van kwesties die de openbare orde aanbelangen (8) en de verplichting, voor de scheidslieden, de bepalingen van de openbare orde toe te passen en na te komen (9).

De bressen die aldus in de muur van het verbod werden geslagen zijn niet verbreed door de Belgische rechtsleer en rechtspraak. Zij hebben wel getracht de notie openbare orde beter te omlijnen, onder meer door het onderscheid tussen regels van openbare orde, imperatieve regels en aanvullende regels (10).

(7) KEUTGEN, Guy en HUYS, Marcel, *L'arbitrage, chronique de jurisprudence*, J.T., 1976, blz. 53 e.v.: *Tout différend peut être tranché par la voie de l'arbitrage sauf s'il porte sur une question relative à l'ordre public ou lui portant directement atteinte...* (blz. 56, nr. 19).

(8) BERNARD, A., *ibid.*, blz. 47.

(9) BERNARD, A., *ibid.*, blz. 50.

(10) VAN GELDER en LINSMEAU, J., *Le respect de la règle de droit par l'arbitre et par l'amiable compositeur*, noot onder Cass., 2 februari 1973, R.C.J.B., 1975, blz. 394 e.v.

5. De Franse rechtsleer en rechtspraak, van hun kant, hebben getracht de betrekkingen tussen openbare orde en arbitrage nader te omschrijven en het principieel van uitsluiting dat ze scheen te beheersen te beperken.

Voortaan wordt erkend en aanvaard dat arbitrage niet uitgesloten is door het feit alleen dat het geschil, in bepaalde opzichten, onderworpen is aan een reglementering van openbare orde of dat een bepaling van openbare orde zou zijn betrokken bij de overeenkomst tot arbitrage en haar toepassing.

Opdat arbitrage zou zijn uitgesloten, moet de openbare orde rechtstreeks en noodzakelijk worden aangetast en moet de aantasting liggen in het voorwerp zelf van het geschil dat aan de scheidslieden wordt voorgelegd, met andere woorden „que l'on trouve dans ledit objet la cause principale, directe et efficiente de la violation. Si la contestation met simplement en jeu une disposition d'ordre public, la violation de l'ordre public sera toujours marginale, accessoire et, le plus souvent, postérieure. Et par rapport à l'objet du litige, elle aura nécessairement un caractère éventuel” (11).

Het hof van beroep te Parijs had in bijzonder ruimdenkende arresten van 15 juni 1956 gesteld dat „de nietigheid van de overeenkomst tot arbitrage niet het gevolg was van het feit dat het geschil kwesties van openbare orde raakte, maar alleen van het feit dat de openbare orde was geschonden” (12).

Het gaat er echter niet om de scheidsrechterlijke uitspraak af te wachten om te weten of de openbare orde terzake werd geschonden, maar wel om aan de hand van het voorwerp van het geschil te bepalen of dat voorwerp noodzakelijk en onvermijdelijk meebrengt dat de openbare orde wordt geraakt en geschonden (13).

6. Dat al te bondig historisch overzicht, zou reeds enkele verkeerde indrukken moeten wegnemen. In plaats van elkaar uit te sluiten en te bestrijden kunnen en moeten de overeenkomst tot arbitrage, zoals iedere particuliere overeenkomst, en de openbare orde goed samengaan.

Inzake arbitrage, zoals in gans het privaatsrecht, is de rol van de openbare orde, van het openbaar welzijn ten andere niet eenvoudigweg „de faire barrière, frein ou contre-poids au jeu d'un droit individuel affirmé a priori,

(11) BOULBÈS, R., *La violation de l'ordre public, moyen de nullité du compromis d'arbitrage et de la sentence arbitrale*, C.J.P., 1962, I, 1976.

(12) J.C.P., 1956, II, 19419, noot H. Motulsky.

(13) ROBERT, Jean, *Arbitrage civil et commercial*, 4de uitg. blz. 45 e.v.; zie ook de samenvatting van de Franse rechtspraak in VAN GELDER en LINSMEAU, J., *ibid.*, blz. 402 tot 406.

sauf l'ordre public, les bonnes mœurs ou l'intérêt des tiers; son rôle est positivement déterminateur, en ce sens que, pour le juriste, la consécration du droit individuel, l'étendue et le mode de cette consécration dans le chef de tous, parties et tiers, dépendent a priori du bien public" (14).

Wat is nu voortaan de toestand in het Belgisch recht, sinds de wet van 4 juli 1972? Wij zullen het achtereenvolgens nagaan, in een schijnbaar omgekeerde volgorde, op het gebied van de uitspraak en op gebied van de overeenkomst tot arbitrage zelf.

HOOFDSTUK I

DE SCHEIDSRECHTERLIJKE UITSPRAAK EN DE OPENBARE ORDE

7. In het Belgisch recht staat de openbare orde voortaan duidelijk en uitdrukkelijk in de kern van de scheidsrechterlijke beslissing. Deze laatste heeft niet de minste waarde wanneer zij de openbare orde schendt. Zij bekomt immers alleen rechtsprekend gezag en kracht van gewijsde indien de openbare orde werd geëerbiedigd.

De artikelen 1703, 1704, 1707 en 1710 Ger.W. laten hieromtrent niet de minste twijfel bestaan (15).

8. De rechter is aan de wet onderworpen en hij moet er zelfs ambtshalve over waken dat de regels van de openbare orde niet worden geschonden (16).

Het gezag van gewijsde heeft echter voorrang op de eis van nauwgezette naleving van de openbare orde. Iedere definitieve rechterlijke uitspraak heeft het gezag van gewijsde, zelfs indien de uitspraak een regel van openbare orde schendt of miskent.

Het hof van cassatie heeft eraan herinnerd, dat op het gebied van gezag van

(14) DABIN, Jean, *Théorie générale du droit*, Paris, Dalloz, 1969, blz. 237.

(15) Artikel 1703: Wanneer van een scheidsrechterlijke uitspraak aan partijen kennis is gegeven volgens artikel 1702, eerste lid, en zij niet meer voor scheidslieden kan worden bestreden, heeft zij gezag van gewijsde, behoudens ingeval de uitspraak in strijd is met de openbare orde, dan wel het geschil niet vatbaar was voor beslechting door arbitrage.

Artikel 1704-2: Een scheidsrechterlijke uitspraak kan worden vernietigd:

a) indien de uitspraak in strijd is met de openbare orde.

Artikel 1704-4: De rechter voor wie een vordering tot vernietiging aanhangig is, onderzoekt ambtshalve of de bestreden uitspraak niet in strijd is met de openbare orde en of het geschil vatbaar was voor beslechting door arbitrage.

(16) Cfr. *supra*: artikel 1707-4 Ger.W.; — Cass., 1 maart 1965, *Pas.*, 1965, I, blz. 665; — Cass., 16 maart 1967, *Pas.*, 1967, I, blz. 683.

het gewijsde, de wet geen onderscheid maakt tussen geschillen waarbij de openbare orde is betrokken en die waar dat niet het geval is (17).

9. De toestand is niet dezelfde voor de scheidsrechterlijke uitspraken. Zoals men weet heeft artikel 1703 Ger.W. een einde gesteld aan de controversen rond het effect dat een scheidsrechterlijke uitspraak kan sorteren (18).

Het bepaalt inderdaad uitdrukkelijk dat, op bepaalde voorwaarden, de scheidsrechterlijke uitspraak gezag van gewijsde heeft indien ervan aan partijen kennis is gegeven volgens artikel 1702, eerste lid (toezending aan iedere partij, door de voorzitter van het scheidsgerecht, van de degelijk ondertekenende scheidsrechterlijke uitspraak) en zij niet meer voor scheidslieden kan worden bestreden.

In tegenstelling met de vonnissen verkrijgen de scheidsrechterlijke uitspraken dus op hetzelfde ogenblik zowel het gezag van gewijsde (artikel 24 Ger.W.) als kracht van gewijsde (artikel 28 Ger.W.).

Dat samengaan van de uitwerkingen van de uitspraak wordt nog versterkt door de identiteit van de voorwaarden vereist voor het gezag (of de kracht) van gewijsde en voor uitvoerbaarheid (19). Een scheidsrechterlijke uitspraak krijgt geen gezag van gewijsde wanneer zij buiten de vereisten van betekening en onmogelijkheid van bestrijding voor de scheidslieden, niet aan alle voorwaarden voldoet voor een gedwongen tenuitvoerlegging.

De voorzitter van de rechtbank van eerste aanleg die bevoegd is om te beslissen over het verzoek tot uitvoerbaarverklaring, moet inderdaad dat verzoek afwijzen indien de uitspraak (of de tenuitvoerlegging ervan) in strijd is met de openbare orde of indien het geschil niet vatbaar was voor beslechting door arbitrage (artikel 1710, derde lid, Ger.W.).

Iedere eigenschap en uitwerking van vonnissen wordt dus geweigerd aan de scheidsrechterlijke uitspraak die de openbare orde schendt.

Wanneer zij uitgaat van gewone rechters, heeft de rechterlijke waarheid voorrang op de openbare orde vermits zij overheerst, ook indien de

(17) Cass., 19 oktober 1967, *Pas.*, 1968, I, blz. 237; zie GUTT en STRANART, *Examen de jurisprudence, Droit judiciaire privé, R.C.J.B.*, 1973, blz. 110 e.v.

(18) BERNARD, A., *ibid.*, blz. 307; ROBERT, J., *ibid.*, 273; RUBELLIN-DEVICHI, J., *Essai sur la nature de l'arbitrage*, blz. 332 e.v.; — Cass., 10 juni 1954, *Pas.*, 1954, I, blz. 859, advies van Procureur-Generaal Hoyoit de Termicourt, *R.W.*, 1954-1955, 789; *J.T.*, 1954, blz. 533 en 577, opm. van G. Lermusiaux; Cass., 8 maart 1965, *Pas.*, 1961, I, blz. 686; *R.P.S.*, 1965, blz. 65, opm. Brussel, 9 september 1959, *J.T.*, 1960, blz. 61 advies van advocaat-generaal Van Den Branden de Reeth; *R.P.S.*, 1960, blz. 156, opm. van J. 't Kint; *Pas.*, 1961; blz. 59; *Rev. arb.*, 1960, blz. 57.

(19) DERMINE, L., *L'arbitrage commercial en Belgique*, Séminaire du droit de l'arbitrage national et international, Faculté de droit, U.C.L. Brussel, Larcier, 1975, blz. 60 en 61.

openbare orde is geschonden. De rechterlijke waarheid overheerst aldus de openbare orde binnen haar weliswaar beperkte grenzen.

Het is misschien juist te stellen dat een van de hoofdvereisten van het algemeen welzijn erin bestaat dat als waarheid wordt erkend wat is beslist door van overheidswege aangestelde rechters, niettegenstaande de schending van de openbare orde die er mogelijk uit voortvloeit.

De integrale nakoming van de openbare orde behoudt daarentegen volledige primauteit op de particuliere rechtspraak. Deze laatste krijgt alleen de kracht en de uitwerking van de overheidsrechtspraak indien zij niet strijdig is met de openbare orde (20).

10. Op gevaar af van nutteloos werk te verrichten en eventueel aansprakelijk te worden gesteld voor die vergissing, in de mate dat het om een grove vergissing zou gaan en zij schade zou hebben toegebracht, moeten de scheidslieden er dus voor waken, zoals iedere gewone rechter en meer nog dan deze laatste zou men kunnen zeggen, dat de regels van openbare orde worden nageleefd en toegepast (21).

De openbare orde is dus absoluut niet vreemd aan de arbitrage, maar zoals in iedere particuliere overeenkomst moet ook hier de openbare orde worden nagekomen.

Men kan dus de vraag niet stellen of de scheidslieden de regels van openbare orde mogen toepassen tenzij om onmiddellijk affirmatief te antwoorden.

Het geldt hier een fundamentele vereiste waaraan de scheidslieden zich niet kunnen onttrekken, ook niet wanneer zij uitspraak mogen doen als minnelijk scheidsman.

De bevoegdheid van de scheidslieden is niet beperkt tot de passieve vaststelling dat de partijen de openbare orde hebben geëerbiedigd. In hun hoedanigheid van rechters moeten de scheidslieden — zelfs ambtshalve — erover waken en erover doen waken dat alle regelen van openbare orde

(20) Of langs de overheidsrechtspraak om, in de nogal theoretische veronderstelling dat een met de openbare orde strijdige uitspraak niettemin uitvoerbaar zou zijn verklaard en dat zij ook effectief ten uitvoer zou zijn gelegd, bij het verstrijken van de termijnen voor voorziening tegen de uitvoerbaarverklaring.

(21) DABIN, Jean, *Autonomie de la volonté et lois impératives, ordre public et bonnes mœurs, sanction de la dérogation aux lois en droit privé interne*, *Ann. dr. sc. pol.*, 1940, blz. 190 e.v.; Cass., 9 december 1948, *R.C.J.B.*, 1954, blz. 251 e.v., noot van DE HARVEN, P., *Contribution à l'étude de la notion d'ordre public*; Cass., 6 december 1956, *R.C.J.B.*, 1960, blz. 156 e.v. noot van BAETEMAN, G., *Les effets des dispositions légales impératives protégeant des intérêts privés*. Zie hierover eveneens het referaat van Matray en Martens, evenals hun beschouwingen betreffende de internationale openbare orde, *T.P.R.*, 1979, blz. 211.

worden toegepast en dat alle gevolgen van deze laatste worden getrokken voor de kwestieuze betrekkingen die hun worden voorgelegd.

De scheidslieden zijn bevoegd om de absolute nietigheden uit te spreken die uit de regels van openbare orde voortvloeien.

Men ziet eveneens niet goed in om welke reden, in het Belgisch recht, de scheidsman al dan niet bevoegd zou zijn om een regel van openbare orde toe te passen, naargelang het een hoofdvordering of een tussenvordering zou gelden. De bepalingen van het Belgisch gerechtelijk wetboek rechtvaardigen ongetwijfeld een dergelijk onderscheid niet op het niveau van de bevoegdheid van de scheidslieden. Wij blijven ervan overtuigd dat zij in beide gevallen bevoegd blijven; zoniet zou men de imperatieven van het gerechtelijk wetboek miskennen en de rechtsprekende taak van de scheidslieden verdraaien (22).

11. In zijn taak van rechtspreker moet de scheidsman eveneens de imperatieve wetten nakomen en toepassen (23).

Artikel 630 Ger.W., bijvoorbeeld, stelt zulk een imperatieve bepaling door het scheidsgerecht waaraan de partijen eventueel bepaalde geschillen kunnen voorleggen vermeld in de artikelen 627, 628 en 629 Ger.W., de verplichting op te leggen zitting te houden binnen de territoriale grenzen van de rechtbank die overeenkomstig de voormelde bepalingen bevoegd zou zijn, tenzij anders overeengekomen is na het ontstaan van het geschil (24).

12. Hij zou eveneens de scheidsrechterlijke vorderingen moeten verwerpen die hem worden voorgelegd met oogmerken strijdig met de openbare orde. De schending van de openbare orde wordt meestal vastgesteld in het voorwerp van de overeenkomst tot arbitrage, maar de reden waarom de overeenkomst is aangegaan, alhoewel zij vreemd is aan de formele structuur ervan, kan ze niettemin nietig maken (25).

(22) Contra maar, klaarblijkelijk, zonder verdere rechtvaardiging, DERMINE, L., noot onder Rb. Brussel, 15 oktober 1975, *J.T.*, 1976, blz. 493 e.v. en de vermelde referenties blz. 496, noot 1.

(23) Wij vermelden als voorbeeld betreffende de arbitrage en de imperatieve bepaling van artikel 1871 B.W.: Cass., 2 februari 1973, *Pas.*, 1973, I, blz. 529; *R.C.J.B.*, 1975, blz. 394 en noot VAN GELDER en LINSMEAU, J., *ibid.*, ; zie ook het bestreden arrest van het Hof van Beroep te Brussel, *R.P.S.*, 1972, blz. 217, met opm. Pierre Coppens.

(24) FETTWIS, A., *La compétence, Précis de droit judiciaire*, t. II, Brussel, Larcier, 1971, blz. 328 en 335. Het gaat hier vooral om verzekeringsgeschillen.

(25) Cass., 8 december 1966, *R.C.J.B.*, 1967, met noot van Jean Dabin.

13. Voor ieder scheidsman, zoals ten andere voor ieder gewoon rechter, komt het er dan ook op aan een zo juist mogelijke omschrijving te geven van de openbare orde (26).

Men weet dat de wet geen omschrijving geeft van de openbare orde en het lijkt wel onmogelijk een formele definitie te geven van een wet van openbare orde.

Henri De Page heeft nochtans een algemene gedachte geschetst die meermaals door het hof van cassatie is overgenomen: een wet van openbare orde is een wet die de essentiële belangen van de Staat of van de gemeenschap raakt, of die, in het privaatrecht, de fundamentele juridische grondlagen vastlegt waarop de morele of economische orde van de samenleving rust (27).

Dat is ondermeer het geval met de regels die de materiële bevoegdheid van de gewone rechter bepalen. Zij zijn van openbare orde. De justitiabelen kunnen er dus niet van afwijken tenzij zij gebruik maken van de hun geboden mogelijkheid om geschillen waarover een dading mag worden aangeaan, aan arbitrage te onderwerpen (28).

Zoals de gewone rechters moeten de scheidslieden de exclusieve bevoegdheden (29) naleven evenals de imperatieve wetten die de wijze regelen waarop het geschil bij hen aanhangig wordt gemaakt. Volgens de nieuwe bepalingen van het gerechtelijk wetboek kunnen zij zich eveneens uitspreken over hun eigen bevoegdheid (artikel 1697, eerste lid, Ger.W.). Zij moeten er, zelfs ambtshalve, de hand aan houden, vermits hun materiële bevoegdheid, eveneens van openbare orde is in die zin dat zij zich alleen kunnen uitspreken in geschillen waarover partijen een dading mogen aangaan.

De vatbaarheid voor arbitrage is aldus een regel van openbare orde waaraan de scheidsman zich moet houden, zoals later de rechter het moet

(26) In het bovenvermelde werk wijst François Rigaux terecht op de moeilijkheid, voor de internationale scheidsman, om een bepaling te geven van de internationale openbare orde en van de nationale openbare orde waarvan hij de toepassing en eerbiediging moet zeker stellen. Men mag daarenboven niet uit het oog verliezen dat de sfeer van bepaalde internationale arbitrages ertoe streeft zich aan iedere regel van openbare orde te onttrekken. De oplossing van die moeilijkheden moet worden gezocht in een voortdurend verrijnde bewustwording van de internationale scheidslieden ten opzichte van hun rechterlijke taak en in de controles uitgevoerd door de openbare rechters van het exequatur.

(27) DE PAGE, Henri, *ibid.*, blz. 102; Cass., 9 december 1948, *Pas.*, 1948, I, 699; Cass., 22 december 1949, *Pas.*, 1950, I, 266; Cass., 15 maart 1968, *Pas.*, 1968, I, 884.

(28) FETTWEIS, Albert, *La compétence, Précis de droit judiciaire*, t. II, blz. 8; — Cass., 1 maart 1957, *Pas.*, I, 786.

(29) De scheidsrechterlijke beslissing die de openbare orde naleeft, heeft, zoals ieder vonnis, het gezag van gewijsde. Eens dat de beslissing het exequatur heeft verkregen, wordt zij eveneens uitvoerbaar. Is de gelijkstelling met een vonnis dan volledig, zelfs in die mate dat zij, op een quasi-administratief niveau, gevolgen kan meebrengen zoals de nietigheid *erga omnes* van octrooien? De kwestie is omstrede.

doen bij het behandelen van het verzoek tot vernietiging of uitvoerbaarverklaring. Hierop komen wij in het tweede hoofdstuk terug.

HOOFDSTUK II

DE OVEREENKOMST TOT ARBITRAGE EN DE OPENBARE ORDE

14. Rechters en scheidslieden hebben tot plicht over de eerbiediging van de openbare orde te waken en, binnen de perken van hun bevoegdheid, moeten zij er de actieve en waakzame toezichters van zijn.

De juridische verplichtingen van de particulieren van hun kant, liggen op het passieve en negatieve vlak. De vrijheid van de particulieren en de concrete zorg voor hun belangen blijft het hoofdprincipe; voor hen komt de openbare orde slechts voor als een uitzondering, een beperking.

Dit is wel degelijk de draagwijdte van de openbare orde ten opzichte van iedere particuliere overeenkomst en onder meer ten opzichte van de overeenkomst tot arbitrage.

15. Luidens artikel 1676, eerste lid, Ger.W. kan elk geschil dat reeds is ontstaan of nog kan ontstaan uit een bepaalde rechtsbetrekking waarover een dading mag worden aangegaan, bij overeenkomst aan arbitrage worden onderworpen.

Het recht om een overeenkomst tot arbitrage te sluiten is gebonden aan de bevoegdheid en de bekwaamheid om een dading aan te gaan (30). In het Europees Verdrag van 20 januari 1966, houdende eenvormige wet inzake arbitrage en dat de basis is van de Belgische wetgeving, heeft men het criterium van de dading in aanmerking genomen in plaats van de notie „rechten waarover de partijen de vrije beschikking hebben”, die voorkwam in het ontwerp van het Instituut van Rome. In die laatste hypothese zou men immers in verschillende wetgevingen verplicht zijn geweest een opsomming van de bedoelde rechten te geven (31).

Niettemin overlappen de begrippen zich: een arbitrageovereenkomst sluiten, een dading aangaan, vrij over zijn rechten beschikken. Het is een

(30) *Parl. Besch.* Kamer, zittijd 1971-1972, 195/1, 195/2 en 195/3; DERMINE, L. *ibid.*, blz. 15 e.v.; CAMBIER, Cyr., *Droit judiciaire civil*, Brussel, Larcier, 1974, t. I, blz. 214 e.v.; BOEHLÉ, DELBROUCK, VAN HOECKE, *Arbitrage*, Bibliotheek van Gerechdelijk recht, Gent, 1973, blz. 14 e.v.

(31) JENARD, P., *Projet de convention européenne portant loi uniforme en matière d'arbitrage*, *Arbitrage commercial international*, t. III, blz. 374; JENARD, P., *ibid.*, *Ann. Fac. dr. Liège*, 1964, blz. 47.

domein van de wilsautonomie, van de vrijheid van de individuele overeenkomsten die de partijen tot wet strekken (artikel 1134 B.W.).

Nu is het zo dat de openbare orde steeds meer uitbreiding neemt en dat de uitzondering aldus ook meer belangrijkheid krijgt ten opzichte van het beginsel van de wilsautonomie. Dat is een algemeen verschijnsel en men moet er niet speciaal scherper op gaan letten in verband met de arbitrageovereenkomsten. Het volstaat zich te houden aan de wet en de regels omtrent de dading nauwkeurig toe te passen.

16. Om een dading aan te gaan moet men bekwaam zijn om te beschikken, en dat veronderstelt dan weer dat over het voorwerp mag worden beschikt (32).

Het voorwerp kan echter van nature of in wezen onbeschikbaar zijn, of een regel van openbare orde kan het voorwerp onbeschikbaar hebben gesteld of de beschikbaarheid ervan afhankelijk hebben gemaakt van de naleving van welbepaalde voorwaarden.

Eerst en vooral moet het voorwerp dus in de handel zijn. Men mag niet beschikken, geen dading of arbitrageovereenkomst aangaan over de staat van de personen, over onvervreembare goederen noch, in principieel, over strafvorderingen enz...

Men mag echter wel een dading aangaan, en dus ook een arbitrageovereenkomst sluiten over de geldelijke gevolgen van de staat van personen of over de geldelijke gevolgen die uit een misdrijf ontstaan (33).

17. Een regel van openbare orde kan eveneens, volgens het recht van de partijen, de vrije beschikking over het voorwerp verbieden. In bepaalde gevallen verbiedt de wet impliciet of expliciet verzakingen of dadingen om redenen van sociale of economische openbare orde, terwijl over het voorwerp in se mag worden beschikt (34).

18. De onbeschikbaarheid van het recht van partijen kan eveneens tijdelijk of voorwaardelijk zijn.

De wet wenst de betrokkenen een bescherming en een waarborg te verschaffen waarvan zij eventueel kunnen afzien of waarover zij vrij kunnen beschikken op een bepaald moment of op bepaalde voorwaarden.

(32) DE GAVRE, Jacques, *Le contrat de transaction*, t. I, blz. 266 e.v.

(33) Cass., 29 mei 1975, *J.T.*, 1975, blz. 585.

(34) DE GAVRE, Jacques, *ibid.*, blz. 271.

De Belgische rechtsleer en rechtspraak hebben die specifieke bescherming weergegeven door het onderscheid tussen wetten van openbare orde en imperatieve wetten (35).

Zo bepaalt artikel 1678, tweede lid Ger.W. : Onder voorbehoud van de bij de wet bepaalde uitzonderingen is van rechtswege nietig iedere overeenkomst tot arbitrage, afgesloten vóór het ontstaan van een geschil waarvan de arbeidsrechtbank kennis moet nemen krachtens de artikelen 578 tot 583 Ger.W. (36).

In een zelfde perspectief is krachtens artikel 1700 Ger.W. het recht om de scheidslieden als minnelijk scheidsmen te laten optreden niet aanwezig vóór de inleidende betekening van het scheidsgerecht (artikel 1683 Ger.W.).

19. In bepaalde gevallen zal de enige voorwaarde voor de beschikbaarheid van het voorwerp zijn dat het uitsluitend aan de gewone rechters mag worden voorgelegd. Hier komen wij opnieuw op het toepassingsgebied van de exclusieve bevoegdheden waaraan, zoals wij hebben gezien, zowel de rechters als de scheidslieden en de partijen zich moeten houden.

20. Men mag echter het toepassingsgebied van de openbare orde niet uitbreiden en men moet vooral de draagwijdte ervan zorgvuldig bepalen ten opzichte van de voorwaarden waarop het geschil vatbaar is voor arbitrage.

Wat het eerste punt betreft moeten wij er nogmaals op wijzen dat het niet volstaat dat een bepaalde materie in haar principieel met de openbare orde zou zijn verbonden om eruit af te leiden dat alle regelen die men erin vindt, van openbare orde zouden zijn (37).

Het is dan ook voorzeker niet aan te raden zonder grondige analyse kernachtige formules voorop te zetten zoals : de bepalingen van de sociale wetgeving zijn van openbare orde en iedere berusting of dading erover is bijgevolg nietig (38).

Dergelijke bevestigingen kunnen soms volkomen onjuist blijken in verband met die of die bepaling of met enige toepassing die ervan kan worden gedaan.

Zo is het bijvoorbeeld juist dat iedere vrijwillige verzaking, langs de omweg van een dading of arbitrageovereenkomst, aan de toepassing van

(35) Zie MATRAY en MARTENS, *T.P.R.*, 1979, blz. 211 en de vermelde verwijzingen in noot 21.

(36) Zie artikel 13 en 69 W.A.O. 3 juli 1978 en artikel 630, tweede lid, Ger.W.

(37) DE PAGE, Henri, *ibid.*, t. I, blz. 107.

(38) Arbh. Brussel, 13 juni 1975, *J.T.T.*, 1976, blz. 189.

een bepaling van openbare orde verboden is, maar daarentegen bestaat er geen enkel beletsel tegen de dading of de arbitrageovereenkomst over geldelijke aanspraken die men krachtens bepalingen van openbare orde zou kunnen doen gelden. Eens dat het patrimonium van de begunstigde die geldelijke aanspraken heeft verworven, behoren zij immers tot de goederen waarover hij vrij kan beschikken (39).

21. De exacte draagwijdte van de regel van openbare orde of van de imperatieve regel is dus dat zij zich tegen de vatbaarheid voor arbitrage verzetten en arbitrage definitief of voorwaardelijk beletten alleen in die mate dat de ene of de andere de beschikking zelf verbiedt van het kwestieuze recht of van de rechtsvordering die partijen aan een scheidsrechtelijke beslissing wilden onderwerpen.

De uitsluiting van arbitrage beperkt zich aldus tot het wettelijk verbod van de vrije beschikking over het voorwerp, over het recht van de partijen.

Op het niveau van de vatbaarheid voor arbitrage vinden wij hier de thesis terug die wij reeds hebben bestreden op het niveau van de bevoegdheid van de scheidslieden.

Volgens die thesis zou aan de scheidslieden geen vordering mogen worden voorgelegd die, in hoofdde, betrekking zou hebben op de geldigheid of de nietigheid van een overeenkomst in verband met de artikelen 85 of 86 van het Verdrag van Rome of met gelijk welke vordering inzake vennootschappen waarvan het voorwerp rechtstreeks een betwisting zou inhouden nopens de eerbiediging of de schending van een regel van openbare orde of van een imperatieve regel.

Die thesis is natuurlijk volledig beïnvloed door de geest, zo niet door de tekst van de bepalingen van het voormalige Wetboek van Burgerlijke Rechtspleging en van de rechtspraak en rechtsleer in dat verband.

Ten opzichte van de bepalingen van het gerechtelijk wetboek schijnt die thesis, op klaarblijkelijk fundamentele wijze, op het volgend syllogisme te stoelen: arbitrage veronderstelt de beschikbaarheid van het recht; welnu, „alle materies van openbare orde zijn — in wezen — onbeschikbaar”; dus kan een vordering niet aan scheidslieden worden voorgelegd indien zij sloeg op een geschil betreffende de schending van een regel van openbare orde (40).

(39) SAVATIER, René, *Successions et libéralités*, in *Jurisprudence française en matière de droit civil*, R.T.D.C., 1967, blz. 854; — Cass., fr., 12 juni 1967, *Dalloz-Sirey*, 1967, blz. 586; — SIMONT, L. en DE GAVRE, J., *Les contrats spéciaux, Examen de jurisprudence*, R.C.J.B., 1970, blz. 177.

(40) Het geldt hier een schematisch résumé van de thesis die is vooropgezet nopens de toepassing van de artikelen 85 en 86 van het Verdrag van Rome (zie *supra*, noot 32).

De verwarring is veroorzaakt door het feit dat die thesis de voorwaarde van beschikbaarheid van het recht en de onbeschikbaarheid van iedere regel van openbare orde op hetzelfde niveau wil stellen.

Het is natuurlijk duidelijk dat de partijen van de regels van openbare orde en van de imperatieve regels niet mogen afwijken en dat zij de scheidslieden niet — rechtstreeks of onrechtstreeks — mogen vragen er inbreuk op te plegen.

Maar het is even duidelijk dat niettegenstaande het steeds groter wordend aantal regels van openbare orde en van imperatieve regels (41), het contractueel terrein in overwegende mate ter beschikking van de partijen blijft. Het principieel en de grondslag van vrijheid en autonomie blijven er nog altijd van kracht, zelfs indien de uiting ervan in steeds strictere en steeds engere perken is ingebed.

Wanneer aan het principe zelf van de beschikbaarheid van het contractueel recht *in se* door een regel van openbare orde of een imperatieve regel niet wordt geraakt, kan volgens ons de mogelijkheid om dat recht aan een scheidsgerecht te onderwerpen niet worden betwist of beperkt.

Men moet dus een onderscheid maken naargelang:

- de regel van openbare orde de beschikbaarheid zelf van het contractueel recht afschaft. In dat geval kunnen partijen geen beroep doen op scheidslieden;
- de regel van openbare orde behelst alleen beperkingen op de aanwending en de uitoefening van die beschikbaarheid. In dat geval blijft dat contractueel recht vatbaar voor arbitrage, ongeacht het aantal en de gestrengheid van de regels van openbare orde.

In het laatste geval kunnen de partijen aan de scheidslieden, in hooforde of in ondergeschikte orde, iedere betwisting voorleggen omtrent de eerbiediging of de schending van de regels van openbare orde of van de imperatieve regels die rechtstreeks of onrechtstreeks zijn „vervat in” of „betrokken bij” de rechten en vorderingen waarover het scheidsgerecht zich moet uitspreken. Het scheidsgerecht zal die geschillen moeten beslechten met eerbiediging van de openbare orde en daarbij alle gevolgtrekkingen moeten maken zoals het uitspreken of vaststellen van nietigheden van openbare orde. Indien de scheidsman daarover niet rechtsgeldig waakt en zijn uitspraak de openbare orde schendt is, zoals wij hebben gezien, de beslissing van alle kracht van gewijsde ontbloot.

22. De openbare orde bindt allen, rechters, scheidslieden en partijen en allen moeten ze nakomen. Haar belangrijkheid neemt steeds toe maar sluit

(41) FARIAT, Gérard, *Droit économique*, Paris, P.U.F. Coll. Thémis.

de wilsautonomie niet uit en haar fundamentele draagwijdte mag niet worden uitgebreid over de grenzen die de wetgever haar oplegt voor iedere bepaalde materie, toestand of geval.

De openbare orde sluit de arbitrage alleen uit wanneer deze tracht ze te schenden of in de mate dat zij arbitrage definitief heeft verboden voor rechten waarover partijen niet de vrije beschikking hebben, of tijdelijk of voorwaardelijk heeft verboden wanneer die vrije beschikking tijdelijk is opgeschort of onderworpen is aan voorwaarden die niet werden vervuld.