

**ARBITRALE BEVOEGDHEIDS- EN RECHTSMACHTASPECTEN
IN HET KADER VAN KOOP-VERKOOP-OVEREENKOMSTEN
VAN AANDELEN**

door

Bernadette DEMEULENAERE (*)
Advocaat te Gent

*chances, changes are all that you have,
as you take the hard stuff, and lie on your back
the smoothness, strangeness
fits like a glove
but the comfort of tease
still rises above*

Tanita Tikaram,
Ancient Heart

INHOUD

- I. Inleiding
- II. Koop-verkoop-overeenkomsten van aandelen die geen specifieke contractuele garanties bevatten
 - Principes
 - Gevolgen voor de bevoegdheid van het arbitraal college
- III. Koop-verkoop-overeenkomsten van aandelen die wél specifieke contractuele garanties bevatten
 - Principes
 - Gevolgen voor de bevoegdheid van het arbitraal college
- IV. Bevoegdheid en rechtsmacht van het arbitraal college
 - Onbevoegdheidsexceptie, geen exceptie van gebrek aan rechtsmacht
 - Ogenblik waarop de exceptie van onbevoegdheid van het arbitraal college dient te worden opgeworpen
- V. Besluit

(*) De auteur is dank verschuldigd aan Christian VAN BUGGENHOUT, Dirk VAN POUCKE en Marcel STORME. Op de hun eigen wijze hebben zij allen bijgedragen tot de totstandkoming van dit artikel.

I. Inleiding

1. Overeenkomsten die de koop-verkoop van een beleidsbepalend aandelenpakket van een vennootschap tot voorwerp hebben, bevatten vaak een arbitrageclausule waarin voorgeschreven wordt dat eventuele geschillen tussen partijen door arbitrage dienen te worden beslecht. Deze arbitrage kan van institutionele aard zijn, zoals bijvoorbeeld deze georganiseerd binnen het kader van de in Parijs gevestigde *Chambre de Commerce Internationale* (CCI) of het in Brussel gevestigde *Belgisch centrum voor studie en praktijk van nationale en internationale arbitrage* (Cepina), maar kan evengoed als arbitrale procedure *ad hoc* door partijen worden voorzien.

2. De beweegredenen die partijen bij een koop-verkoop-overeenkomst van aandelen ertoe aanzetten hun eventuele toekomstige geschillen aan arbitrage te onderwerpen, kunnen velerlei zijn. De relatieve snelheid van arbitrageprocedures speelt een rol. Ook de discretie waarmee arbitrageprocedures in principe worden afgehandeld, is belangrijk. Koop-verkoop-overeenkomsten van aandelen behelzen immers vaak indrukwekkende financiële transacties, en bevatten veelal bedrijfseconomische informatie die partijen op een vertrouwelijke manier behandeld wensen te zien. Soms ook is de keuze van arbitrage als beslechtingmechanisme voor eventuele toekomstige geschillen een loutere gemakkelijksoplossing voor partijen die, na lang onderhandelen over de prijs- en garantieaspecten van de voorgenomen koop-verkoop, mogelijke discussies over de bevoegde rechtbank wensen te vermijden zodat eindelijk een punt achter de negotiaties kan worden gezet en de overeenkomst kan worden ondertekend.

3. Aan de arbitrale beslechting van geschillen voortvloeiend uit koop-verkoop-overeenkomsten van aandelen zitten een aantal bevoegdheidsaspecten vast die teruggaan naar het fundament van elke arbitrageprocedure, met name de draagkracht en reikwijdte van de in de arbitrageclausule vervatte arbitrage-overeenkomst.

Centraal hierbij is de vraag in welke mate een arbiter of arbitraal college vermag te oordelen over vergoedingsaanspraken betreffende het patrimonium van de vennootschap waarvan de aandelen werden overgedragen.

Het antwoord op deze vraag zal verschillen naargelang de koop-verkoop-overeenkomst van aandelen al dan niet contractuele garanties bevat die de gemeenrechtelijke verplichtingen van de verkoper van

aandelen uitbreiden naar het patrimonium toe van de vennootschap waarvan de aandelen werden overgedragen. Dit artikel werd dan ook dienovereenkomstig opgedeeld. Eerst (II) wordt gehandeld over koop-verkoop-overeenkomsten van aandelen die geen dergelijke contractuele garanties bevatten. Daarna (III) worden de koop-verkoop-overeenkomsten onder de loupe genomen waarin wél dergelijke contractuele garanties werden opgenomen.

In beide delen wordt desbetreffende juridische situatie eerst beknopt ontleed. Aan deze ontleding worden daarna de gevolgen voor de bevoegdheid van het arbitraal college vastgeknoopt. Tevens wordt aangegeven op welke manier eventuele bevoegdheidsproblemen vermeden kunnen worden.

In een vierde deel van dit artikel (IV), tenslotte, wordt verklaard waarom in dit verband over de *bevoegdheid* — en niet over de *rechtsmacht* — van het arbitraal college wordt gehandeld. Verder wordt uitgeweid over het ogenblik waarop een eventuele exceptie van onbevoegdheid voor het arbitraal college dient te worden opgeworpen.

4. Voorafgaandelijk past nog de volgende opmerking.

Een arbitrageclausule in een koop-verkoop-overeenkomst van aandelen wordt niet noodzakelijk beheerst door het recht dat ook op de overeenkomst als zodanig van toepassing is. Zo is het bij overeenkomsten met multinationale aspecten niet denkbeeldig dat partijen speciëren aan welk rechtsstelsel zij hun arbitrage-overeenkomst onderworpen wensen te zien. Dergelijke afzonderlijke rechtskeuze van partijen voor wat de in hun overeenkomst ingebedde arbitrageclausule betreft, wordt door het Belgisch internationaal privaatrecht gerespecteerd, althans voor zover de arbitrabiliteit van het geschil en de bekwaamheid van partijen om in arbitrage toe te stemmen niet in het geding zijn(1).

De veelal ingewikkelde problemen voortvloeiend uit dergelijke opgesplitste rechtskeuze worden in voorliggend artikel niet behandeld.

(1) Dit respect is terug te voeren tot artikel 1697 (2) van het Gerechtelijk Wetboek waarin bepaald wordt dat:

„(d) *de vaststelling, dat het contract nietig is, (...) niet van rechtswege (medebrengrt) dat ook de overeenkomst tot arbitrage die daarvan deel uitmaakt nietig is*”.

Zie STORME, M. & DEMEULENAERE, B., *International Commercial Arbitration in Belgium, A Handbook*, Kluwer Law and Taxation Publishers, Deventer, 1989, nrs. 11-14, pp. 11-12; FETTWEIS, A., *Manuel de procédure civile*, Faculté de droit, d'économie et de sciences sociales de Liège, 1985, p. 678, nr. 1100. Voor een algemene bespreking van de autonomie van de arbitrageclausule, zie SAMUEL, A., *Jurisdictional Problems in International Commercial Arbitration*, Schulthess Polygraphischer Verlag, Zürich, 1989, 155 en volgende.

Dit artikel beperkt zich inderdaad tot 'puur-Belgische' koop-verkoop-overeenkomsten van aandelen, d.w.z. koop-verkoop-overeenkomsten van aandelen die zowel wat het geheel van de overeenkomst als wat de in de overeenkomst opgenomen arbitrageclausule betreft, beheerst worden door Belgisch materieel en arbitragerecht.

II. Koop-verkoop-overeenkomsten van aandelen die geen specifieke contractuele garanties bevatten

PRINCIPES

5. Een omschrijving van het gemeenrechtelijk (schade)vergoedingsrecht van de koper van aandelen, d.i. het recht op vergoeding van de koper van aandelen wiens rechten contractueel *niet* werden uitgebreid, gaat noodzakelijkerwijze terug naar het onderscheid tussen, enerzijds, de koop-verkoop van de aandelen van een vennootschap en, anderzijds, de overdracht van het vermogen of de handelszaak van die vennootschap.

Waar bij de overdracht van het vermogen of de handelszaak van een vennootschap het geheel of een gedeelte van het patrimonium van die vennootschap van eigenaar verandert, is dit bij een koop-verkoop van aandelen niet het geval, althans niet vanuit juridisch oogpunt. Bij een koop-verkoop-overeenkomst van aandelen zijn het immers enkel *de aandelen als zodanig* die worden overgedragen, en niet het patrimonium van de vennootschap in kwestie(2). Het afgescheiden en eigen vermogen van een vennootschap behoort inderdaad tot de essentie van haar rechtspersoonlijkheid(3).

De gemeenrechtelijke verplichtingen van de verkoper van aandelen kunnen dan ook enkel op deze aandelen betrekking hebben, en *niet* op

(2) Brussel, 20 mei 1987, *T.B.H.*, 1988, 35, noot DEVOS, D.; Luik, 1 april 1992, *R.P.S.*, 1993, p. 97, nr. 6619.

(3) Cass., 17 november 1959, *Pas*, 1960, I, 332; Cass., 10 mei 1966, *R.W.*, 1966-67, 931; Luik, 1 april 1992, *R.P.S.*, 1993, p. 97, nr. 6619; Kh. Brussel, 14 oktober 1960, *J.C.B.*, 1961, p. 193; voor wat de rechtsleer betreft, zie ondermeer GEENS, K. en LAGA, H., „Overzicht van rechtspraak, Vennootschappen, 1986 tot 1991”, *T.P.R.*, 1993, p. 1113, nr. 216; RONSE, J., NELISSEN GRADE, J.-M., VAN HULLE, K., LIEVENS, J. en LAGA, H., „Overzicht van rechtspraak, Vennootschappen, 1978 tot 1985”, *T.P.R.*, 1986, p. 1424, nr. 446; VAN CROMBRUGGE, S., „De rechtsverhouding tussen de koper en de verkoper van een controleparticipatie”, *T.B.H.*, 1983, p. 198, nr. 13.

het patrimonium van de vennootschap waarvan de aandelen werden overgedragen(4).

6. Zoals men weet, zijn de gemeenrechtelijke verplichtingen van de verkoper drieërlei: er is zijn leveringsverplichting, zijn verplichting de koper te vrijwaren tegen uitwinning, en zijn verplichting de koper te vrijwaren tegen verborgen gebreken.

Toegepast op de koop-verkoop van aandelen, betekent dit dat de verkoper de aandelen dient te leveren, en de koper dient te vrijwaren tegen uitwinning en verborgen gebreken ervan.

7. In de praktijk is het vooral de vrijwaringsverplichting van de verkoper voor verborgen gebreken van de aandelen die het vaakst door de koper wordt ingeroepen. De koper van aandelen die niet op uitdrukkelijke contractuele garanties terug kan vallen, wordt echter veelal afgewezen, en dit in toepassing van wat men de klassieke leer der verborgen gebreken zou kunnen noemen.

Op grond van artikel 1641 van het Burgerlijk Wetboek is de verkoper immers slechts gehouden tot vrijwaring voor de verborgen gebreken van de aandelen indien deze gebreken de aandelen ongeschikt maken „tot het gebruik waartoe men ze bestemt, of die dit gebruik zodanig verminderen dat de koper, indien hij de gebreken gekend had, de (aandelen) niet of slechts voor een mindere prijs zou hebben gekocht”.

Welnu, het gebruik waartoe aandelen zijn bestemd, kan in wezen herleid worden tot de drie hoofdrechten van elke aandeelhouder(5):

- zijn recht deel te nemen aan de algemene vergadering der aandeelhouders;
- zijn recht om te delen in de winst van de vennootschap; en
- zijn recht om te delen in het maatschappelijk vermogen van de vennootschap, tijdens het bestaan zowel als bij de vereffening ervan.

Het is dus enkel ingeval één of meer dezer rechten geheel of gedeeltelijk ontbreken, dat de koper van de aandelen zich op de gemeenrechtelijke verplichting van de verkoper tot vrijwaring voor verborgen

(4) Voor een afwijkende zienswijze zie Brussel, 5 juni 1980, *R.P.S.*, 1981, p. 208, nr. 6149. Dit arrest werd zwaar onder vuur genomen in de rechtsleer. Zie ondermeer VAN CROMBRUGGE, S., „De rechtsverhouding tussen de koper en de verkoper van een controleparticipatie”, *T.B.H.*, 1983, inz. 207, 210 en 214.

(5) VAN RYN, *Principes de droit commercial*, I, 1954, nr. 521.

gebreken zal kunnen beroepen. Dit zal bijvoorbeeld het geval zijn(6) indien de verkochte aandelen vals blijken te zijn of indien de eraan verbonden rechten geschorst blijken te zijn in toepassing van artikel 43, alinea 4 van de gecoördineerde wetten op de handelsvennootschappen(7).

8. Ook de leer der wilsgebreken biedt voor de gedupeerde koper van aandelen veelal geen uitweg. Met het Hof van Cassatie(8) en de doctrine(9) aanvaardt de rechtspraak terzake dat op de verkoper enkel een informatieverbintenis rust in de mate waarin de wet, de overeenkomst of zijn beroep hem daartoe uitdrukkelijk verplicht. Het al dan niet bewust verzwijgen van bepaalde gegevens kan derhalve slechts zeer uitzonderlijk als bedrog in de zin van artikel 1116 van het Burgerlijk Wetboek gekwalificeerd worden, namelijk wanneer de verkoper van de aandelen iets verzwijgt tot mededeling waarvan men, gelet op de omstandigheden, gehouden was. Het spreekt vanzelf dat ook de ervaring en de kennis van de koper bij de (scheids)rechtelijke appreciatie een rol zullen spelen(10).

9. Enkele concrete toepassingen hiervan zijn te vinden in uitspraken van het Hof van Beroep te Brussel en de Rechtbank van Koophandel te Charleroi.

In de zaak „Forges de Ciney” verweet de koper van aandelen bedrog aan de verkoper ervan. Om het bewijs daarvan te kunnen leveren, had hij klacht neergelegd, op grond van indiciën van een valse balans en koersmanipulatie. Het strafonderzoek had evenwel zowel in eerste als in tweede aanleg tot een buitenbeschuldigingstelling door het verwijzingsgerecht aanleiding gegeven. Zo bleek het verschil tussen de neergelegde balans en een externe audit enkel te wijten aan het feit dat deze laatste volgens Angelsaksische boekhoudkundige normen was geschied. Het vermoeden van een kunstmatig verwekte beurs-

(6) DEVOS, D., „La notion de vices cachés dans la vente d'actions”, *T.B.H.*, 1988, 57-58 (noot onder Brussel, 20 mei 1987, *T.B.H.*, 1988, 35).

(7) Artikel 43, alinea 4 van de gecoördineerde wetten op de handelsvennootschappen schrijft voor dat, indien een aandeel aan verscheidene eigenaars toebehoort, de vennootschap de uitoefening van de eraan verbonden rechten kan schorsen totdat een enkele persoon is aangewezen als eigenaar van het aandeel ten aanzien van de vennootschap.

(8) Cass., 8 juni 1978, *Pas.*, 1978, I, 1156.

(9) Zie de doctrine geciteerd in GEENS, K. en LAGA, H., „Overzicht van rechtspraak, Vennootschappen, 1986 tot 1991”, *T.P.R.*, 1993, p. 1112, nr. 215.

(10) GEENS, K. en LAGA, H., „Overzicht van rechtspraak, Vennootschappen, 1986 tot 1991”, *T.P.R.*, 1993, p. 1112, nr. 215.

koershausse net voor de verkoop bleek dan weer enkel te berusten op een aankooporder dat door een bank geplaatst was die, op een nauwe markt, dringend effecten "aan gelijk welke prijs" wilde inkopen na per vergissing effecten van een cliënt verkocht te hebben. De vordering van de koper van aandelen werd dienvolgens door het Hof van Beroep te Brussel afgewezen(11).

In een andere betwisting, ditmaal voor de Rechtbank van Koophandel te Charleroi(12), had de verkoper verzwegen dat een schuldvordering die op de balans voorkwam mogelijks niet zou kunnen geïnd worden. De Rechtbank van Koophandel te Charleroi oordeelde geen schuldige tekortkoming aanwezig omdat de vordering, hoewel weliswaar moeilijk inbaar, toch niet in de technische zin als een dubieuze vordering kon beschouwd worden.

GEVOLGEN VOOR DE BEVOEGDHEID VAN HET ARBITRAAL COLLEGE

10. Het verweer van de verkoper van aandelen die zich in een door de koper opgestarte arbitrale procedure dient te verdedigen tegen vergoedingsaanspraken van deze laatste gebaseerd op de hierboven omschreven rechtsgronden, wordt meestal als een verweer *ten gronde* geformuleerd.

De verkoper van aandelen argumenteert dan dat de koop-verkoop-overeenkomst van aandelen in geen toepasselijke contractuele garantie voorziet, terwijl de verkoper ook gemeenrechtelijk niet gehouden is de koper te vrijwaren voor zichtbare of verborgen gebreken van het patrimonium van de vennootschap waarvan de aandelen werden overgedragen.

Wat de vaak door de koper ingeroepen wilsgebreken van dwaling of bedrog betreft, voert de verkoper dan aan dat de toepassingsvoorwaarden van de klassieke burgerrechtelijke leerstukken dienaangaande niet aanwezig zijn.

11. Laatstgenoemd verweer van de verkoper van aandelen is inderdaad een verweer *ten gronde*. Dit verweer betreft de al dan niet door wilsgebreken aangetaste totstandkoming, en dus de geldigheid, van de koop-verkoop-overeenkomst van aandelen waarin ook de arbitrage-clausule is ingelast.

(11) Brussel, 20 mei 1987, *T.B.H.*, 1988, 35, noot Devos, D.

(12) Kh. Charleroi, 12 november 1987, *Rev. Rég. Dr.*, 1988, 384.

Over de bevoegdheid van het arbitraal college om over desbetreffende vordering van de koper van aandelen uitspraak te doen, kan geen twijfel bestaan nu artikel 1697 (2) van het Gerechtelijk Wetboek expliciet voorziet dat „(d)e vaststelling, dat het contract nietig is, (...) niet van rechtswege mede(brengt) dat ook de overeenkomst tot arbitrage die daarvan deel uitmaakt nietig is”.

Volledigheidshalve weze hier vermeld dat het bovenstaande natuurlijk een goed verwoorde arbitrageclausule veronderstelt.

Een slecht verwoorde arbitrageclausule zou twijfel kunnen laten rijzen over de wil van partijen om geschillen aangaande de geldigheid van de hoofdovereenkomst aan de arbitrale bevoegdheid te onderwerpen. Indien het arbitraal college tot de vaststelling zou komen dat partijen dergelijke geschillen inderdaad aan de arbitrale bevoegdheid wensten te onttrekken, zou het arbitraal college zich, in weerwil van artikel 1697 (2) van het Gerechtelijk Wetboek, onbevoegd dienen te verklaren.

Een goed verwoorde arbitrageclausule daarentegen is deze die als type-beding door het Cepina wordt voorgesteld en die luidt als volgt: „Elk geschil betreffende de geldigheid, de uitlegging of de uitvoering van deze overeenkomst zal definitief worden beslecht volgens het reglement van het Cepina, door een of meer arbiters die conform dit reglement zijn aangesteld” (onderstreping toegevoegd). Dergelijke arbitrageclausule die expliciet geschillen omtrent de geldigheid van de hoofdovereenkomst omvat, blijft aan te bevelen, ook indien het hoger aangehaalde artikel 1697 (2) van het Gerechtelijk Wetboek, bij gebreke aan andersluidende overeenkomst van partijen, geschillen over desbetreffende bevoegdheid van het arbitraal college lijkt uit te sluiten.

12. De kwalificatie van het verweer van de verkoper van aandelen tegen vergoedingsaanspraken van de koper voor bijvoorbeeld een minderwaarde van het patrimonium van de vennootschap waarvan de aandelen werden overgedragen, en gebaseerd op de vrijwaringsplicht van de verkoper voor verborgen gebreken, ligt daarentegen heel wat moeilijker.

Ook dit verweer zou men als een verweer *ten gronde* kunnen aanzien, wat vooronderstelt dat de bevoegdheid van het arbitraal college om over desbetreffende eis te oordelen, buiten kijf staat. Men zou inderdaad kunnen voorhouden dat desbetreffende vordering van de koper op een, weliswaar verkeerde, inschatting berust van de gemeenrechtelijke vrijwaringsplicht van de verkoper van aandelen, waardoor de

vordering in kwestie op de koop-verkoop-overeenkomst van aandelen, waarin de arbitrageclausule is vervat, zou worden gestoeld.

Indien men daarentegen desbetreffende vordering van de koper van aandelen aanziet als een vordering

- betreffende het patrimonium van een vennootschap die geen partij was bij de koop-verkoop-overeenkomst van aandelen en de daarin vervatte arbitrageclausule,
- terwijl deze koop-verkoop-overeenkomst van aandelen ook geen contractuele garanties aangaande het patrimonium van vermelde vennootschap bevat en bijgevolg aan de koper van aandelen geen enkel vergoedingsrecht dienaangaande verleent,

dan lijkt zich een probleem van *bevoegdheid* van het arbitraal college te stellen. Het door de verkoper van aandelen gevoerde verweer is dan geen verweer ten gronde meer, maar een bevoegdheidsexceptie, met alle gevolgen vandie(13).

De bevoegdheid van het arbitraal college is inderdaad gesteund op — en beperkt door — de arbitrageclausule die in de koop-verkoop-overeenkomst van aandelen is opgenomen. Deze koop-verkoopovereenkomst — het wéze nogmaals benadrukt — heeft de verkochte *aandelen* tot voorwerp, *niet* het patrimonium of vermogen van de vennootschap in kwestie. Bij gebreke aan contractuele garanties die de gemeenrechtelijke vrijwaringsverplichting van de verkoper van aandelen uitbreiden naar het patrimonium toe van de vennootschap waarvan de aandelen werden overgedragen, kan het arbitraal college dan ook enkel bevoegd zijn voor wat aanspraken betreft van de koper van aandelen met betrekking tot deze *aandelen* die, zoals gezegd, het voorwerp van de overeenkomst uitmaken.

Het tegenovergestelde beweren zou er op neerkomen dat, eens partijen verbonden zijn door een overeenkomst waarin een arbitrageclausule voorkomt, deze partijen *alle* geschillen die ooit tussen hen zouden kunnen rijzen, ook deze die van verre noch dichtbij uitstaans hebben met vermelde overeenkomst, op basis van de in deze overeenkomst opgenomen arbitrageclausule zouden dienen te beslechten...

13. Een arbitraal college dat op basis van een „klassieke” arbitrageclausule werd samengesteld en met deze problematiek wordt geconfronteerd, zou zich dus onbevoegd kunnen verklaren om van dergelijke vordering van een koper van aandelen kennis te nemen. De onbevoegdheid van het arbitraal college zou meteen de bevoegdheid

(13) Zie nummer 28 en volgende.

terzake van de rechtbanken impliceren. De principiële bevoegdheid van rechtbanken is inderdaad niet op een overeenkomst tussen partijen gebaseerd, en wordt dus ook niet door dergelijke overeenkomst beperkt. De bevoegdheid en rechtsmacht van rechtbanken gaat inderdaad terug op een grondwettelijke machtstoebedeling(14). De gevatte rechtbank zou de vordering van de koper van aandelen desgevallend wel ongegrond kunnen verklaren.

14. Het is niet zonder belang erop te wijzen dat dergelijk arbitraal bevoegdheidsprobleem natuurlijk vermeden kan worden door een zorgvuldig geformuleerde arbitrageclausule waarin de bevoegdheid van het arbitraal college expliciet wordt uitgebreid naar eventuele aanspraken van de koper van de aandelen betreffende het patrimonium van de vennootschap waarvan de aandelen werden overgedragen. In de doorsnee arbitrageclausule is dergelijke uitbreiding evenwel niet opgenomen, met alle mogelijke problemen vandien.

III. Koop-verkoop-overeenkomsten van aandelen die wél specifieke contractuele garanties bevatten

PRINCIPES

15. Hierboven is gebleken dat de gemeenrechtelijke verplichtingen van de verkoper van aandelen zich beperken tot de aandelen als zodanig(15), en dat ook de leer der wilsgebreken voor de gedupeerde koper veelal geen uitweg biedt(16). De koper van aandelen die zich wenst te behoeden voor toekomstige — onaangename — verrassingen heeft er dan ook alle belang bij in de koop-verkoop-overeenkomst van aandelen een aantal specifieke garanties te voorzien met betrekking tot het patrimonium van de vennootschap waarvan de aandelen worden overgedragen(17).

(14) De artikelen 40, 144 en 145 van de op 17 februari 1994 gecoördineerde Grondwet. Zie ook artikel 556 van het Gerechtelijk Wetboek.

(15) Zie nummer 5 en volgende.

(16) Zie nummer 8.

(17) Het in het volgende nummer gegeven overzicht van de meest voorkomende contractuele garanties is grotendeels gebaseerd op VAN CROMBRUGGE, S., „De rechtsverhouding tussen de koper en de verkoper van een controleparticipatie”, *T.B.H.*, 1983, pp. 192-193, nr. 5.

16. Deze contractuele garanties kunnen de vorm aannemen van een algemene balanswaarborg, waarbij de verkoper garandeert dat uit de vroeger afgesloten maatschappelijke rekeningen niets werd wegge-
laten en dat ze werden opgesteld overeenkomstig de geldende wet-
geving en algemeen aanvaarde boekhoudbeginselen. Soms wordt
alleen de volledigheid van de jaarrekening gegarandeerd en wordt
de getrouwheid der waarderingen uitdrukkelijk uitgesloten.

De algemene balanswaarborg kan ook worden uitgesplitst waarbij de
garanties met betrekking tot de verschillende posten nauwkeuriger
worden gespecificeerd. Deze garanties kunnen betrekking hebben op
het bestaan en de waarde van het actief, de afwezigheid van enig
verdoken of onbekend passief, en de stand van geschillen en rechts-
gedingen waarvan de afloop voor de vennootschap ongunstig zou
kunnen zijn. Inzake onroerende goederen kunnen de garanties bij-
voorbeeld de eigendomstitels betreffen, de verzekeringspolissen, het
al of niet bestaan en de termijn van huurcontracten, en de afwezigheid
van hypotheek, hypotheekbeloften, verkoopopties en hinderlijke erf-
dienstbaarheden. Inzake immateriële activa, zoals octrooien, merken,
concessies, licenties en administratieve vergunningen, worden vaak
garanties gegeven met betrekking tot het geldig bestaan en de nog
resterende geldingsduur ervan. Met betrekking tot voorraden wordt de
waarderingmethode gegarandeerd, soms het recente karakter ervan
en de rotatie. Wat de schuldvorderingen der vennootschap betreft,
wordt door de verkoper van aandelen soms een persoonlijke waarborg
tot goede afloop gegeven.

Vaak bevatten koop-verkoop-overeenkomsten van aandelen ook een
passiefgarantie. Hierdoor vrijwaart de verkoper van aandelen de koper
voor elke schuld van de vennootschap die op het ogenblik van
ondertekening van de koop-verkoop-overeenkomst van aandelen on-
bekend was en later nog zou opkomen en die teruggaat op de periode
voor de overeenkomst. Naargelang de bewoordingen van de garantie
zal de verkoper in voorkomend geval zelf voor de schuld moeten
instaan of zal tot een gedeeltelijke prijsteruggave worden overgegaan.
Passiefgaranties beogen in het bijzonder fiscale navorderingen.

17. Dergelijke in koop-verkoop-overeenkomsten van aandelen opge-
nomen garanties zijn ongetwijfeld geldig.

Een andere vraag is deze naar de kwalificatie van elk dezer contrac-
tuele garanties als hetzij een conventionele uitbreiding van de leve-
ringsverplichting van de verkoper van aandelen naar het patrimonium
toe van de vennootschap waarvan de aandelen werden overgedragen,

dan wel een conventionele uitbreiding van diens vrijwaringsverplichting voor verborgen gebreken naar specifieke delen van desbetreffend patrimonium. Via deze kwalificatie wordt ofwel de leverings- en aanvaardingsleer, ofwel de leer der verborgen gebreken op desbetreffende garantie van toepassing. Op dit aspect wordt in dit artikel evenwel niet nader ingegaan daar er niet onmiddellijk gevolgen voor de bevoegdheid van het arbitraal college aan verbonden zijn.

GEVOLGEN VOOR DE BEVOEGDHEID VAN HET ARBITRAAL COLLEGE

18. Het ligt voor de hand dat de bevoegdheidsproblemen die hoger(18) ter sprake kwamen in het kader van koop-verkoop-overeenkomsten van aandelen die geen contractuele garanties bevatten ten aanzien van het patrimonium van de vennootschap waarvan de aandelen werden overgedragen, hier onbestaande zijn. Door het opnemen van dergelijke garanties in de koop-verkoop-overeenkomst van aandelen wordt vermeld patrimonium, of althans die delen van het patrimonium waarop de garanties betrekking hebben, immers mede voorwerp van de overeenkomst. Hieruit volgt dat vergoedingsaanspraken van de koper van aandelen die gebaseerd zijn op dergelijke in een koop-verkoop-overeenkomst van aandelen opgenomen contractuele garanties, binnen de reikwijdte vallen van de eveneens in die overeenkomst opgenomen arbitrageclausule.

19. Bij arbitrale procedures op basis van koop-verkoop-overeenkomsten van aandelen die de nodige contractuele garanties bevatten, stellen zich echter vaak ernstige bevoegdheidsproblemen van een andere aard, met name problemen betreffende de frequent in deze overeenkomsten opgenomen bedingen ten gunste van een derde.

Deze derde is in vele gevallen de vennootschap waarvan de aandelen werden verkocht.

Een arbitraal college dat is samengesteld op basis van de arbitrale clausule vervat in de koop-verkoop-overeenkomst van aandelen zal de bevoegdheid missen om te oordelen over de aanspraken van derden die zich op dergelijk derdenbeding wensen te beroepen en die geen partij waren bij de overeenkomst en de daarin vervatte arbitrale clausule(19).

(18) Zie nummer 12 en volgende.

(19) Cass. com. (fr), 4 juni 1985, *Rev. arb.*, 1987, 139, noot GOUTAL, J.-L..

20. Deze derde zal het bevoegdheidsprobleem niet kunnen oplossen door zijn vorderingsrecht aan de koper van de aandelen over te dragen.

Doet de derde dit immers via de figuur van de lastgeving, en geeft hij aan de koper van de aandelen mandaat om in zijn naam en voor zijn rekening vergoedingsaanspraken te formuleren ten aanzien van de verkoper van de aandelen, dan kan de koper van de aandelen als lasthebber begrijpelijkerwijze slechts de rechten uitoefenen die de derde als lastgever heeft. Daar de derde geen partij was bij de koop-verkoop-overeenkomst van aandelen en de daarin opgenomen arbitrale clause, kunnen de derde noch zijn lasthebber zich op deze arbitrale clause beroepen. Zij zullen zich dus met hun aanspraken tot de rechtbanken dienen te wenden.

Ook indien de koper van de aandelen als naamlener voor de derde optreedt, zijn nog steeds de gewone rechtbanken bevoegd. Ook in dat geval gaat het immers om een lastgeving, en is de titularis van het recht de materiële procespartij, en de lasthebber die voor hem in rechte optreedt slechts de formele procespartij. De rechten en belangen die in het geding ter discussie staan zijn vanzelfsprekend deze van de materiële procespartij.

Naamlening teneinde een vordering in rechte in te stellen is alleen dan geoorloofd als zij de rechten van de tegenpartij respecteert(20). Een naamleningsovereenkomst waarbij de koper van de aandelen in rechte optreedt voor de begunstigde van een derdenbeding kan dan ook geen afbreuk doen aan het recht van de verkoper van de aandelen om geschillen tussen hemzelf en de derde door de rechtbanken beslecht te zien.

21. Een veel voorkomend voorbeeld van een dergelijk beding ten gunste van een derde is vervat in de clause waarbij aan de koper van de aandelen en/of de vennootschap waarvan de aandelen werden overgedragen een recht op (schade)vergoeding wordt verleend in de mate dat de verkoper van de aandelen er niet in slaagt de door hem gegeven contractuele garanties aangaande het patrimonium van de vennootschap waar te maken.

In de veronderstelling dat de vennootschap waarvan de aandelen werden verkocht de koop-verkoop-overeenkomst van de aandelen niet mede ondertekend heeft, en dus geen partij is bij die overeen-

(20) Cass., 25 november 1993, *Recente Arresten van het Hof van Cassatie*, 1994, 64, noot BROECKX, K., „De principiële geldigheid van naamleningsovereenkomsten in het procesrecht”, p. 64, nr. 9.

komst, houdt deze clause een derdenbeding in ten gunste van deze vennootschap voor wat de eventueel door haar geleden schade betreft. De vennootschap of haar lasthebber zal haar op dit derdenbeding gebaseerde aanspraken ten aanzien van de verkoper van de aandelen voor de rechtbanken waar dienen te maken. Het op grond van de koop-verkoop-overeenkomst van aandelen samengestelde arbitraal college zal inderdaad onbevoegd zijn om van de aanspraken van de vennootschap kennis te nemen.

22. Toch bestaat voor deze bevoegdheidsproblematiek rond derdenbedingen een vrij eenvoudige oplossing. Deze bestaat erin de derde — in hoger aangehaald voorbeeld de vennootschap waarvan de aandelen worden overgedragen — partij te maken bij de koop-verkoop-overeenkomst van aandelen en de daarin opgenomen arbitrageclause. Op deze manier zal ook de derde zich op deze arbitrageclause kunnen beroepen.

Ook hier dient aan de redactie van de arbitrageclause bijzondere zorg te worden besteed. Zo zal men ondermeer aandacht dienen te schenken aan het benoemingsmechanisme van de arbiters. Krachtens artikel 1681 (1) van het Gerechtelijk Wetboek dient een scheidsrecht te zijn samengesteld uit een oneven aantal scheidslieden. Een klassieke arbitrageclause waarbij elk der drie partijen een arbiter benoemt, en dezen samen een voorzitter aanstellen, zal dan ook onvermijdelijk tot problemen leiden. Waarbij onmiddellijk dient te worden opgemerkt dat de Belgische arbitragewetgeving de oplossing voor deze problemen uitdrukkelijk aangeeft: artikel 1681 (2) van het Gerechtelijk Wetboek schrijft inderdaad voor dat een bijkomende scheidsrechter wordt benoemd indien de overeenkomst tot arbitrage in een even aantal scheidslieden voorziet.

23. Doch ook ingeval men de derde, om welke reden dan ook, geen partij bij de koop-verkoop-overeenkomst van aandelen wenst te maken, kunnen bevoegdheidsperikelen preventief vermeden worden.

Het volstaat immers het beding ten gunste van de derde tot de arbitrage-overeenkomst uit te breiden⁽²¹⁾. Dit komt er met andere woorden op neer dat de derde de begunstigde wordt van de in de koop-verkoop-overeenkomst van aandelen vervatte arbitrale clause.

Daar ten gunste van een derde enkel rechten — en geen verplichtingen

(21) Zie Cass. civ. (fr), 20 oktober 1987, *Rev. arb.*, 1988, 559, alsook GOUTAL, J.-L., „L'arbitrage et les tiers: le droit des contrats”, *Rev. arb.*, 1988, 447-449.

— kunnen worden bedongen(22), zal de derde begunstigde van een arbitrage-overeenkomst zich indien hij dit wil op zijn recht op arbitrage kunnen beroepen, doch zal deze arbitrage-overeenkomst hem nooit tegen zijn wil tegengesteld kunnen worden. De derde begunstigde van een arbitrage-overeenkomst zal inderdaad een keuzerecht tussen arbitrage en de rechtbanken blijven behouden.

Ook hier spreekt het weer vanzelf dat zowel het derdenbeding als de arbitrale clausule bijzonder zorgzaam zullen dienen te worden geformuleerd.

IV. Bevoegdheid en rechtsmacht van het arbitraal college

ONBEVOEGDHEIDSEXCEPTIE, GEEN EXCEPTIE VAN GEBREK AAN RECHTSMACHT

24. Hierboven werd bewust de term *bevoegdheid* gebruikt, en *niet* de term *rechtsmacht*.

De literatuur over het onderscheid tussen beide begrippen is schaars(23), zodat een voorafgaandelijke poging tot definitie niet overbodig lijkt.

Globaal gezien komt *rechtsmacht* voor als het geheel der bevoegdheden dat door grondwetgever en wetgever aan de rechtbanken werd toebedeeld.

Het specifieke werkterrein van elke rechtbank wordt door haar bevoegdheid afgebakend. Een rechtbank vermag dus in principe een geschil slechts te beslechten indien dit geschil tot de rechtsmacht der rechtbanken behoort én binnen de bevoegdheid van de gevatte rechtbank valt.

25. De hierboven gegeven begripsomlijning van *bevoegdheid* en *rechtsmacht* lijkt in grote trekken overeen te stemmen met de definities die door Jean Laenens worden voorgesteld(24). De auteur van dit

(22) Zie bijvoorbeeld DE PAGE, H., *Traité élémentaire de droit civil belge*, Dl. II, *Les obligations*, Vol. I, Bruxelles, 1948, 607 en 611.

(23) Zie hierover LAENENS, J., *Comm. Ger.*, art. 8; LAENENS, J., „Overzicht van rechtspraak, De bevoegdheid, 1979 tot 1992”, *T.P.R.*, 1993, pp. 1484-1485, nrs. 1-6; LAENENS, J., „Rechtsmacht of bevoegdheid?”, *T.B.H.*, 1992, 139 (noot onder Kh. Brussel, 16 januari 1991, *T.B.H.*, 1992, 137).

(24) LAENENS, J., „Overzicht van rechtspraak, De bevoegdheid, 1979 tot 1992”, *T.P.R.*, 1993, pp. 1484-1485, nrs. 1-6.

artikel is het met Jean Laenens evenwel niet meer eens waar deze laatste de arbitrale instanties uit het domein der rechtsmacht sluit(25). In de visie van Jean Laenens is een exceptie van arbitrage die voor de overheidsrechter opgeworpen wordt, een exceptie van gebrek aan rechtsmacht, en niet een exceptie van onbevoegdheid. Omgekeerd zal in deze visie een arbitraal college zich nooit onbevoegd kunnen verklaren, doch wel zonder rechtsmacht.

Dergelijke afscheiding van de arbitrale instanties van de rechtsmacht zoals deze hierboven werd omschreven, lijkt te kaderen in een louter contractuele omschrijving van arbitrage(26) — contractuele omschrijving die is voorbijgestreefd en door de Belgische rechtspraak en rechtsleer werd verlaten.

De contractuele omschrijving van arbitrage heeft inderdaad de plaats moeten ruimen voor een jurisprudentiële omschrijving waarbij arbitrage wordt gezien als een verruiming van de door de grondwetgever aan de rechtbanken toebedeelde rechtsprekende macht naar de arbitrale instanties toe, die aldus met een jurisprudentiële functie worden bekleed. Dat het partijen zijn die door middel van hun overeenkomst mede aan de basis van deze jurisprudentiële functie liggen, doet hier niets vanaf, net zoals een territoriale bevoegdheidsovereenkomst tussen partijen niets afdoet van het jurisprudentiële karakter van de functie van de rechtbank die door partijen, in afwijking van de gemeenrechtelijke territoriale bevoegdheidsregeling, werd aangewezen. Het door het huidige Belgische recht gehuldigde jurisprudentiële karakter van arbitrage werd wellicht het meest treffend omschreven door het Hof van Beroep te Brussel(27) dat stelde dat *„l'essence de l'arbitrage gît dans l'identité foncière de la fonction juridictionnelle impartie aux tribunaux institués par la Constitution et celle, confiée par la loi, à ces juges privés, exceptionnels et temporaires que sont les arbitres; qu'il en résulte notamment que la sentence arbitrale est un vrai jugement, ayant l'autorité de la chose jugée, indépendamment de la force exécutoire que lui confère l'ordonnance d'exequatur”*.

(25) LAENENS, J., „Rechtsmacht of bevoegdheid?“, *T.B.H.*, 1992, 139 (noot onder Kh. Brussel, 16 januari 1991, *T.B.H.*, 1992, 137).

(26) Voor een uitgebreide beschrijving van de in de loop der jaren ontwikkelde theorieën over de natuur van arbitrage, zie SAMUEL, A., *Jurisdictional Problems in International Commercial Arbitration*, Schulthess Polygraphischer Verlag, Zürich, 1989, 31 en volgende.

(27) Brussel, 9 september 1959, *Pas.*, 1961, II, 59.

Het jurisprudentiële karakter van arbitrage wordt zowel door de Belgische rechtspraak(28) als rechtsleer(29) gehuldigd.

Jacqueline Linsmeau gaat zelfs verder door te stellen dat ook de Belgische arbitragewetgeving van 1972 het jurisdictioneel karakter van arbitrage consacreert(30). Zij leidt dit af uit het feit dat deze wetgeving drie fundamentele aspecten van de jurisdictionele functie beklemtoont: het bestaan van een geschil, het beroep op een derde om dit geschil te beslechten, en dit door een (scheid)srechterlijke uitspraak. Daar komt nog bij dat deze wetgeving aan de arbiter of het arbitraal college de bevoegdheid verleent om over zijn eigen bevoegdheid te oordelen(31). Dit ware ondenkbaar indien de arbitrale bevoegdheid puur contractueel van aard zou zijn.

De jurisdictionele natuur van arbitrage leidt logischerwijze tot de integratie van de arbitrale instanties in het geheel van de rechtsmacht. In de hierboven besproken omstandigheden zal het arbitraal college zich dus onbevoegd dienen te verklaren, eerder dan zonder rechtsmacht. Zoals hoger reeds werd gesteld, zal dergelijke onbevoegdheid meteen de bevoegdheid terzake van een overheidsrechter impliceren. Later in dit artikel wordt nader ingegaan op de praktische consequenties hiervan(32).

26. De hierboven weergegeven ontleding vindt overigens steun in de door de Belgische arbitragewetgeving gehanteerde terminologie. Zo bepaalt artikel 1697 (1) van het Gerechdelijk Wetboek dat „(h)et scheidsgerecht (...) zich omtrent zijn bevoegdheid (kan) uitspreken en daartoe de geldigheid van de overeenkomst tot arbitrage onderzoeken” (onderstreping toegevoegd). Ook in de artikelen 1686 (2), 1697 (3), en 1697 (4) van het Gerechdelijk Wetboek is uitsluitend sprake van de *bevoegdheid* van de arbiter of het arbitraal college. Omgekeerd wordt ook in artikel 1679 (1) van het Gerechdelijk Wetboek voorgeschreven dat „(d)e rechter bij wie een aan arbitrage onderworpen geschil aanhangig is gemaakt, (...) zich, op verzoek van een partij, onbevoegd (verklaart) om daarvan kennis te nemen,

(28) Cass., 5 november 1931, *Pas.*, 1931, I, 277; Cass., 10 juni 1954, *Pas.*, 1954, I, 859; Brussel, 17 maart 1934, *Pas.*, 1934, II, 99; Brussel, 9 september 1959, *Pas.*, 1961, II, 59; Luik, 21 april 1975, *Pas.*, 1976, II, 25.

(29) Voor een overzicht, zie LINSMEAU, J., *L'arbitrage volontaire en droit privé belge*, R.P.D.B., Complément, pp. 10-11, nr. 7 en volgende.

(30) LINSMEAU, J., *L'arbitrage volontaire en droit privé belge*, R.P.D.B., Complément, p. 11, nrs. 9 en 10.

(31) Artikel 1697 (1) van het Gerechdelijk Wetboek.

(32) Zie nummers 31 en 32.

tenzij er ten aanzien van dat geschil geen geldige overeenkomst tot arbitrage is of deze is geëindigd" (onderstreping toegevoegd).

27. In de Belgische arbitragewetgeving is eigenlijk slechts eenmaal sprake van *rechtsmacht*. Artikel 1704 (2) (d) van het Gerechtelijk Wetboek met name bepaalt dat een scheidsrechterlijke uitspraak kan worden vernietigd "*indien het scheidsgerecht zijn rechtsmacht of zijn bevoegdheden heeft overschreden*" (onderstreping toegevoegd).

In het licht van wat hierboven werd uiteengezet, zullen de gevallen van gebrek aan rechtsmacht van het arbitraal college eerder uitzonderlijk zijn. Het zal het arbitraal college immers enkel aan rechtsmacht ontbreken ten aanzien van vorderingen die ook de overheidsrechtbanken niet vermogen toe te staan.

Zo zou een arbitraal college de rechtsmacht missen om positief te reageren op de vraag van een partij om het geschil in kwestie volgens de regelen der billijkheid (*'amiable composition'*) te beslechten bij gebreke aan een overeenkomst dienaangaande tussen partijen, gesloten na de kennisgeving bedoeld in artikel 1683 van het Gerechtelijk Wetboek(33) (34). Ook een overheidsrechter zou op dergelijke vraag negatief dienen te antwoorden.

Andere voorbeelden van gebrek aan rechtsmacht betreffen vorderingen van partijen die tegen de openbare orde ingaan(35).

Net zomin als een overheidsrechter zou een arbitraal college bijvoorbeeld rechtsmacht hebben om een grensoverschrijdende betaling te bevelen waar een internationaal embargo dit zou verbieden(36).

Een tweede voorbeeld sluit meer onmiddellijk aan bij het onderwerp van dit artikel, met name koop-verkoop-overeenkomsten van aandelen. Stel bijvoorbeeld dat de koper van aandelen van een bepaalde vennootschap, na ondertekening van desbetreffende koop-verkoop-overeenkomst, constateert dat een aantal investeringsgoederen die door deze vennootschap worden gebruikt, niet in de boeken van deze vennootschap voorkomen, doch geboekt zijn bij de verkoper van de aandelen. Indien de koper van de aandelen daarop voor een arbitraal college de boekhoudkundige rechtzetting van deze situatie zou vorderen door middel van het uitschrijven door de verkoper van een

(33) Zie artikel 1700 van het Gerechtelijk Wetboek.

(34) Voor een toepassing zie Brussel, 30 december 1969, *Pas.*, 1970, II, 73.

(35) Arbitrale uitspraken waarin dergelijke vorderingen worden toegekend, zouden trouwens eveneens vernietigbaar zijn op grond van artikel 1704 (2) (a) van het Gerechtelijk Wetboek.

(36) Een recent voorbeeld is het door de internationale gemeenschap tegen Servië uitgevaardigde embargo.

factuur tegen aanschaffingswaarde van de goederen en de daaropvolgende uitschrijving van een creditnota, zou het arbitraal college geen rechtsmacht hebben om deze vordering in te willigen. Deze vordering behelst immers het uitschrijven van een fictieve factuur en druist als zodanig in tegen de (fiscale) openbare orde.

OGENBLIK WAAROP DE EXCEPTIE VAN ONBEVOEGDHEID VAN HET ARBITRAAL COLLEGE DIENT TE WORDEN OPGEWORPEN

28. De Belgische arbitragewetgeving, en met name artikel 1679 (1) van het Gerechtelijk Wetboek, schrijft voor dat een exceptie van arbitrage *in limine litis* voor de overheidsrechter dient te worden voorgedragen, d.i. „voor elke andere exceptie of verweer”.

29. De omgekeerde situatie, waarbij een partij de onbevoegdheid van een arbiter of arbitraal college opwerpt, wordt daarentegen door de Belgische arbitragewetgeving niet expliciet aan een tijdslimiet onderworpen.

Toch kan dergelijke tijdslimiet worden afgeleid uit de overige bepalingen van het Gerechtelijk Wetboek, en met name uit de artikelen 2 en 854.

Artikel 2 van het Gerechtelijk Wetboek schrijft voor dat „(d)e in dit wetboek gestelde regels (...) van toepassing (zijn) op alle rechtsplegingen, behoudens wanneer deze geregeld worden door niet uitdrukkelijk opgeheven wetsbepalingen of door rechtsbeginselen, waarvan de toepassing niet verenigbaar is met de toepassing van de bepalingen van dit wetboek”. De regelen van het Gerechtelijk Wetboek, met andere woorden, zijn ook principieel van toepassing op arbitrale procedures.

Welnu, artikel 854 van het Gerechtelijk Wetboek bepaalt dat „(d)e onbevoegdheid van de rechter voor wie de zaak aanhangig is, moet worden voorgedragen voor alle exceptie of verweer behalve wanneer zij van openbare orde is”.

Toegepast op de arbitrale procedure betekent dit dat ook de verweerder in arbitrage zijn exceptie van onbevoegdheid van het arbitraal college *in limine litis* dient te formuleren⁽³⁷⁾, d.w.z. in zijn eerste

(37) In dezelfde zin: HUYS, M. en KEUTGEN, G., *L'arbitrage en droit belge et international*, Bruylant, Brussel, 1981, p. 249, nr. 364.

procedure-akte(38), en dit op straffe van onontvankelijkheid van desbetreffende exceptie.

Volledigheidshalve kan hier worden aan toegevoegd dat de exceptie van onbevoegdheid van het arbitraal college niet van openbare orde is(39), zodat niets de toepasselijkheid van het principe vervat in artikel 854 van het Gerechtelijk Wetboek in de weg staat.

30. De eerste procedure-akte van de verweerder in arbitrage is daarbij niet noodzakelijk zijn eerste conclusie of memorie. Desbetreffende eerste procedure-akte kan evengoed de kennisgeving zijn bedoeld in artikel 1684 (1) van het Gerechtelijk Wetboek, op voorwaarde evenwel dat deze kennisgeving, naast de aanwijzing van de arbiter, ook andere elementen bevat, zoals bijvoorbeeld de formulering of aankondiging, zij het summier, van een tegenvordering.

De loutere aanwijzing van een arbiter kan in dit verband echter niet als eerste procedure-akte gelden. Artikel 1697 (4) van het Gerechtelijk Wetboek bepaalt inderdaad dat „(d)oor een scheidsman aan te wijzen (...) een partij niet haar recht om de onbevoegdheid van het scheids-gerecht in te roepen (verliest)”.

31. Niet enkel dient een exceptie van onbevoegdheid van het arbitraal college dus *in limine litis* opgeworpen te worden, deze exceptie dient bovendien vergezeld te zijn van de aanduiding welke specifieke overheidsrechter volgens de verweerder in arbitrage dan wél bevoegd is om van het geschil kennis te nemen, en dit eveneens op straffe van onontvankelijkheid van desbetreffende exceptie.

Artikel 855 van het Gerechtelijk Wetboek is terzake duidelijk: „De partij mag de bevoegdheid van de rechter voor wie de zaak aanhangig is, alleen afwijzen in zover zij meedeelt welke rechter volgens haar bevoegd is”.

32. De verplichting tot aanwijzing van de bevoegde overheidsrechter volgt uit de kwalificatie van desbetreffende exceptie als een exceptie van *onbevoegdheid*, niet als een exceptie van gebrek aan *rechtsmacht*. Een exceptie van gebrek aan rechtsmacht dient weliswaar, net zoals een exceptie van onbevoegdheid, *in limine litis* opgeworpen te wor-

(38) Zie FETTWEIS, A., *Manuel de procédure civile*, Faculté de droit, d'économie et de sciences sociales de Liège, 1985, p. 109, nr. 112.

(39) FETTWEIS, A., *Manuel de procédure civile*, Faculté de droit, d'économie et de sciences sociales de Liège, 1985, p. 109, nr. 110; LINSMEAU, J., *L'arbitrage volontaire en droit privé belge*, R.P.D.B., *Complément*, p. 28, nr. 90.

den, doch dient niet vergezeld te zijn van de aanduiding van de bevoegde rechter.

Dit onderscheid gaat trouwens terug op de inhoud zelf van de begrippen *bevoegdheid* en *rechtsmacht*(40).

V. Besluit

33. Dit artikel beoogde aan te tonen dat de bevoegdheid van een arbitraal college samengesteld op basis van een arbitrale clause vervat in een koop-verkoop-overeenkomst van aandelen mogelijkerwijze in vraag gesteld kan worden in de mate dat de gemeenrechtelijke verplichtingen van de verkoper van aandelen in deze overeenkomst niet uitgebreid worden naar het patrimonium toe van de vennootschap waarvan de aandelen werden overgedragen.

Een adequaat geformuleerde arbitrale clause vermag dit probleem evenwel te verhelpen.

Koop-verkoop-overeenkomsten van aandelen die wél de nodige garanties bevatten met betrekking tot het patrimonium van de vennootschap waarvan de aandelen werden overgedragen, kunnen dan weer arbitrale bevoegdheidsproblemen stellen doordat zij bedingen ten gunste van een derde bevatten.

Betoogd werd dat deze problemen preventief oplosbaar zijn door ofwel de derde partij te maken bij de koop-verkoop-overeenkomst, ofwel het derdenbeding uit te breiden naar de arbitrale overeenkomst.

(40) Zie nummer 24 en volgende.

SOMMAIRE

ASPECTS DE COMPÉTENCE ET DE JURIDICTION ARBITRALE DANS LE CADRE DES CONVENTIONS D'ACHAT-VENTE D' ACTIONS

Le présent article étudie la problématique de la compétence dans le cadre de procédures arbitrales fondées sur des conventions d'achat-vente d'actions.

L'étude est faite au départ du droit belge en cette matière, en se référant, au besoin, à la doctrine et la jurisprudence étrangères, en particulier la jurisprudence de cassation française et les commentaires publiés à ce sujet.

En premier lieu, l'attention se porte sur les conventions d'achat-vente d'actions ne comportant pas de garanties contractuelles spécifiques. Pareilles conventions ont pour objet exclusif les actions vendues, et non le patrimoine de la société dont les actions sont transférées. De ce fait, des problèmes de compétence peuvent se présenter dans la mesure où l'acheteur des actions entend faire valoir, devant le collège arbitral constitué sur base de la clause arbitrale contenue dans la convention, des droits à indemnisation se rapportant au patrimoine précité. Une clause arbitrale adéquatement formulée peut toutefois prévenir ces problèmes.

De tels problèmes ne se posent pas en cas de procédures arbitrales fondées sur les *conventions d'achat-vente d'actions comportant des garanties contractuelles spécifiques à l'endroit du patrimoine de la société dont les actions sont transférées.*

Dans ce cas, en effet, le patrimoine fait également l'objet de la convention. Dans ces procédures arbitrales, se posent souvent de graves problèmes de compétence d'une autre nature; ces problèmes concernent alors des clauses en faveur de tiers, telles que ces clauses sont fréquemment insérées dans ces conventions.

Le tiers en cause est dans de nombreux cas la société dont les actions sont vendues. Un collège arbitral constitué sur base de la clause arbitrale contenue dans le contrat d'achat-vente d'actions n'aura pas compétence pour juger des droits de tiers qui invoquent une telle clause en faveur d'autrui et qui n'étaient pas parties à la convention et à la clause arbitrale y insérée. Il est cependant possible de prévenir ces problèmes de compétence en étendant à la convention d'arbitrage la clause en faveur du tiers.

Dans une deuxième partie de l'article, l'auteur expose les raisons qui l'amènent à considérer qu'il s'agit ici de problèmes de compétence et non de problèmes de juridiction. Enfin des développements sont consacrés à la question de savoir à quel moment doit être soulevée l'exception d'incompétence du collège arbitral.

ZUSAMMENFASSUNG

ASPEKTE DER SCHIEDSRICHTERLICHEN BEFUGNISSE UND DER RICHTERLICHEN GEWALT IM RAHMEN VON KAUF-VERKAUF-VERTRÄGEN VON AKTIEN

Dieser Artikel behandelt die Befugnisfragen im Rahmen schiedsrichterlicher Verfahren aufgrund von Kauf-Verkauf-Verträgen von Aktien.

Die Verfasserin nimmt das einschlägige belgische Recht als Ausgangspunkt und verweist wenn erforderlich an die ausländische Rechtsprechung und Rechtslehre,

insbesondere an die französische Kassationsrechtsprechung und die darüber veröffentlichten Kommentare.

In erster Instanz werden *Kaufs-Verkaufs-Verträge von Aktien ohne spezifische vertragsmäßige Garantien* behandelt. Solche Verträge haben ausschließlich die verkauften Aktien als Gegenstand und nicht das Patrimonium der Gesellschaft deren Aktien übertragen werden. Daraus ergibt sich, daß Befugnisprobleme entstehen können, insofern der Käufer der Aktien vor dem schiedsrichterlichen Kollegium das sich aufgrund der im Vertrag enthaltenen schiedsrichterlichen Klausel zusammensetzt, Entschädigungsansprüche in Bezug auf obenerwähntes Patrimonium geltend machen will. Eine richtig formulierte schiedsrichterliche Klausel kann allerdings diese Probleme vermeiden.

Solche Probleme ergeben sich nicht bei schiedsrichterlichen Verfahren aufgrund von *Kaufs-Verkaufs-Verträgen von Aktien die hinsichtlich des Patrimoniums der Gesellschaft deren Aktien übertragen werden, wohl spezifische vertragsmäßige Garantien enthalten*. Das Patrimonium ist in diesem Fall ja ebenfalls der Gegenstand des Vertrags. Bei diesen schiedsrichterlichen Verfahren stellen sich jedoch öfters ernsthafte Befugnisprobleme anderer Art, namentlich Probleme hinsichtlich der in diesen Verträgen häufig aufgenommenen Klauseln zugunsten eines Dritten. Dieser Dritte ist in vielen Fällen die Gesellschaft deren Aktien verkauft wurden. Einem schiedsrichterlichen Kollegium, das sich aufgrund der im Kaufs-Verkaufs-Vertrag enthaltenen schiedsrichterlichen Klausel zusammensetzt, wird die Befugnis fehlen, über die Ansprüche von Dritten die sich auf solch eine Drittenklausel berufen möchten und die bei dem Vertrag und den darin enthaltenen Klauseln keine Partei waren, urteilen zu können. Diese Befugnisprobleme können allerdings vermieden werden, indem die Drittenklausel auf den Schiedsverfahren-Vertrag erweitert wird.

Im letzten Teil des Artikels erklärt die Verfasserin warum es hier ihrer Meinung nach um Befugnisprobleme handelt und nicht um Probleme der richterlichen Gewalt. Schließlich folgt die Angabe des Zeitpunkts an dem die Ausnahme der Unzuständigkeit des schiedsrichterlichen Kollegiums zur Sprache gebracht werden muß.

SUMMARY

ASPECTS OF THE JURISDICTION AND JUDICIAL INSTANCE OF ARBITRATION PANELS IN RELATION TO CONTRACTS INVOLVING THE SALE OF SHARES

This paper deals with the problems of jurisdiction in the context of arbitration proceedings on the basis of contracts involving the sale of shares.

The author bases her thoughts on the Belgian law on this subject, although where appropriate reference is also made to the decisions of foreign courts and to foreign writers, in particular the case law of the French *Cour de cassation* and the commentaires based on these decisions.

In the first place, the paper deals with contracts of sale which do not involve any specific contractual guarantees. Such contracts merely have sold shares as their subject-matter, rather than the assets of the company whose shares are being transferred. It follows that problems of jurisdiction could arise, where the buyer of shares seeks to obtain compensation in relation to the arbitration clause contained in

the contract. However, a competently drafted arbitration clause is capable of preventing such problems from arising.

Such problems do not arise in the case of arbitration procedures based on *contracts of sale involving shares which* actually contain contractual guarantees with regard to the assets of the company whose shares are being transferred. In such cases, the assets also become part of the subject-matter of the contract. However, serious problems of jurisdiction of a different kind often arise in relation to such arbitration proceedings, i.e. problems concerning the clauses benefiting third parties which are often included in such contracts. In many cases, this third party will be the company whose shares have been sold. Any arbitration panel composed in accordance with the arbitration clause contained in the contract of sale involving shares will not have the appropriate jurisdiction to take decisions on claims instituted by third parties wishing to rely on such clauses benefiting third parties and who were not parties to the contract and the arbitration clause contained therein. However, such problems of jurisdiction can be avoided by extending the scope of the arbitration clause to cover the clause benefiting third parties.

In the final part of her paper, the author explains why she is of the opinion that we are dealing here with problems of jurisdiction rather than with problems of judicial instance. Finally, the paper deals extensively with the timing of the moment at which the plea of no jurisdiction of the arbitration panel needs to be raised.

RESUMEN

ASPECTOS DE COMPETENCIA Y DE JURISDICCIÓN ARBITRAL EN EL MARCO DE CONTRATOS DE COMPRAVENTA DE ACCIONES

Este artículo trata de la problemática de la competencia en el marco de procedimientos arbitrales en virtud de contratos de compraventa de acciones.

La autora parte del derecho belga aplicable en esta materia, refiriéndose, donde sea necesario, a la jurisprudencia y a la doctrina extranjeras, particularmente a la jurisprudencia de casación francesa y a los comentarios publicados en el mismo contexto.

En primer lugar, se centra la atención en *contratos de compraventa de acciones que no contienen garantías contractuales específicas*. Tales contratos tienen únicamente como objeto las acciones vendidas y no el patrimonio de la sociedad de la que se transmiten las acciones. Esto implica que pueden surgir conflictos de competencias en la medida que el comprador de las acciones quiera hacer valer reclamaciones de remuneración, con respecto al patrimonio mencionado, ante el tribunal arbitral constituido en base a la cláusula arbitral contenida en el contrato. Sin embargo, una cláusula de arbitraje formulada de manera adecuada puede evitar esos problemas.

Tales problemas no se plantean en el caso de procedimientos arbitrales en virtud de *contratos de compraventa de acciones que sí contienen unas garantías contractuales específicas con respecto al patrimonio de la sociedad de la que se transmiten las acciones*. Ya que en ese caso, ese patrimonio también es el objeto del contrato. Pero, en estos procedimientos arbitrales, muchas veces se plantean graves problemas de competencias de otra índole, sobre todo problemas relativos a las cláusulas a favor de

un tercero que se incluyen frecuentemente en tales contratos. En muchos casos, ese tercero es la sociedad de la que se vendieron las acciones. Un tribunal arbitral constituido sobre la base de la cláusula arbitral contenida en el contrato de compra-venta de acciones no tendrá la competencia de juzgar sobre las reclamaciones de terceros que quieren remitirse a tal estipulación en favor de terceros y que no eran parte del contrato y de la cláusula arbitral contenida en él. Sin embargo, se pueden evitar estos problemas de competencias, ampliando la cláusula a favor del tercero al contrato de arbitraje.

En una última parte de este artículo, la autora explica por qué considera que se ha tratado de problemas de competencias y no de problemas de jurisdicción. Finalmente, se habla del momento en que hay que ejercer la excepción de incompetencia del tribunal arbitral.