ARBITRABILITEIT IN HET BELGISCH ARBITRAGERECHT ANNO 1998

door

Bernadette DEMEULENAERE
Advocaat aan de balie te Gent

Deze bijdrage handelt over enkele recente evoluties in het Belgisch arbitrabiliteitsrecht. In een eerste luik wordt nagegaan wat de impact is op het vlak van de objectieve arbitrabiliteit van de Wet van 5 augustus 1991 tot bescherming van de economische mededinging en de Wet van 25 juni 1992 op de landverzekeringsovereenkomst, zoals geamendeerd door een Wet van 16 maart 1994. Ook wordt een situatieschets gegeven van de arbitrabiliteit van alleenverkoopgeschillen. Het tweede luik van deze bijdrage handelt over subjectieve arbitrabiliteit, en gaat in op de implicaties van de Faillissementswet van 8 augustus 1997 en de Wet van 17 juli 1997 betreffende het gerechtelijk akkoord. Tenslotte wordt ook ingegaan op de nieuwe principiële bekwaamheid van publiekrechtelijke rechtspersonen om een overeenkomst tot arbitrage te sluiten, zoals ingevoerd door de Wet van 19 mei 1998 tot wijziging van (een aantal van) de bepalingen van het Gerechtelijk Wetboek betreffende de arbitrage.

INHOUD

I. Inleiding
II. Objectieve arbitrabiliteit
   1. (De meeste) geschillen betreffende verzekeringen
   2. (Sommige) geschillen betreffende exclusieve distributieovereenkomsten
   3. (Sommige) Belgisch-mededingingsrechtelijke geschillen
III. Subjectieve arbitrabiliteit
   1. De (on)bekwaamheid om een overeenkomst tot arbitrage te sluiten bij faillissement
   2. De (on)bekwaamheid om een overeenkomst tot arbitrage te sluiten bij gerechtelijk akkoord
   3. De principiële bekwaamheid van publiekrechtelijke rechtspersonen om een overeenkomst tot arbitrage te sluiten
IV. Besluit

I. Inleiding

1. Voorliggend artikel poogt inzicht te geven in een aantal recente evoluties van het arbitrabiliteitsrecht in België, teweeggebracht door, enerzijds, enkele nieuwe wetgevingen en, anderzijds, sommige markante ontwikkelingen in de rechtspraak.

Het belang van het leerstuk van de arbitrabiliteit in het geheel van het arbitragerecht kan bezwaarlijk worden overschat. De vraag of een geschil al dan niet arbitrabel is of, met andere woorden, vatbaar voor arbitrage, gaat terug naar de geldigheidsvereisten van de overeenkomst tot arbitrage aan de hand waarvan partijen dit geschil aan beslechting door arbitrage beoogden te onderwerpen. Een overeenkomst tot arbitrage zal inderdaad ongeldig of nietig zijn indien het — actueel of toekomstig — geschil dat het voorwerp van deze overeenkomst uitmaakt, niet arbitrabel is. Vermits arbiters hun bevoegdheid aan deze overeenkomst tot arbitrage ontlenen, zal de niet arbitrabiliteit van het geschil meteen hun onbevoegdheid impliceren om over dit geschil te oordelen.

Het begrip „arbitrabiliteit" wordt in dit artikel in zijn ruime zin geïnterpreteerd en betreft, enerzijds, de aard van de geschillen die aan arbitrage kunnen worden onderworpen (de zogenaamde „objectieve" arbitrabiliteit) en, anderzijds, de voorwaarden waaraan een persoon — hetzij een natuurlijk persoon, hetzij een rechtspersoon — dient te voldoen om een geldige overeenkomst tot arbitrage te kunnen sluiten (de zogenaamde „subjectieve" arbitrabiliteit).

Zowel de objectieve als de subjectieve arbitrabiliteit van geschillen wordt in het Belgisch arbitragerecht geregeld in de kaderbepaling van artikel 1676 van het Gerechtelijk Wetboek. Dit artikel 1676 is dan ook het uitgangspunt van de hiernavolgende beschouwingen.

2. *Artikel 1676 (1) van het Gerechtelijk Wetboek* schrijft in zeer algemene bewoordingen voor dat een geschil, opdat het bij overeenkomst aan arbitrage zou kunnen worden onderworpen, dient voort te vloeien uit „*een bepaalde rechtsbetrekking, waarover een dading mag worden aangegaan*". De objectieve arbitrabiliteit van een geschil wordt door deze bepaling dus afhankelijk gemaakt van de omstandigheid of partijen al dan niet over dit geschil mogen transigeren.

De concrete invulling van deze in artikel 1676 (1) van het Gerechtelijk Wetboek opgenomen kaderbepaling is afhankelijk van de inhoud die wetgever, rechtspraak en rechtsleer in de diverse domeinen van het recht aan het begrip „transigeerbaarheid" geven. Wordt in een be-

paalde wetgeving, die op zich niet over arbitrage handelt, voorgeschreven dat partijen over een bepaalde materie geen dading zullen kunnen sluiten, dan betekent dit meteen dat deze materie, in toepassing van artikel 1676 (1) van het Gerechtelijk Wetboek, niet vatbaar is voor arbitrage, waardoor een eventuele arbitrageclausule, opgenomen in een overeenkomst die over deze materie handelt, nietig zal zijn.

Nu is het zo dat enkele recente wetgevingen in specifieke domeinen nieuwe transigeerbaarheidscriteria hebben ingevoerd, of deze criteria minstens ingrijpend hebben gewijzigd. Ik denk hier meer bepaald aan de Wet van 5 augustus 1991 tot bescherming van de economische mededinging(1) en de Wet van 25 juni 1992 op de landverzekeringsovereenkomst.(2), zoals geamendeerd door een Wet van 16 maart 1994(3). In dit artikel wordt ingegaan op de gevolgen van deze wetgevingen voor de arbitrabiliteit van desbetreffende geschillen.

Verder wordt ook aandacht besteed aan de controverse in rechtsleer en rechtspraak over de arbitrabiliteit van geschillen betreffende exclusieve distributieovereenkomsten. Niettegenstaande het feit dat in deze materie geen nieuwe wetgeving is tussengekomen, zijn rechtsleer en rechtspraak er inderdaad in geslaagd een interessante juridische boom over de arbitrabiliteit van desbetreffende geschillen op te zetten.

3. *Artikel 1676 (2) van het Gerechtelijk Wetboek* bevat de basisprincipes van de subjectieve arbitrabiliteit naar Belgisch recht.

De meest opvallende nieuwigheid in dit verband volgt uit de inwerkingtreding op 17 augustus 1998 van de Wet van 19 mei 1998 tot wijziging van (een aantal van) de bepalingen van het Gerechtelijk Wetboek betreffende de arbitrage(4), waaronder artikel 1676 (2) van het Gerechtelijk Wetboek. Deze Wet van 19 mei 1998 (hierna ook „de wet van 1998" genoemd) voert, naast een aantal andere innova-

(1) *Belgisch Staatsblad*, 11 oktober 1991, p. 22493.

(2) *Belgisch Staatsblad*, 20 augustus 1992, p. 18283.

(3) *Belgisch Staatsblad*, 4 mei 1994, p. 11862.

(4) *Belgisch Staatsblad*, 7 augustus 1998, p. 25353. Vermits de wet van 1998 geen specifieke bepaling bevat aangaande de datum van inwerkingtreding ervan, is deze wet verbindend geworden op de tiende dag na de bekendmaking ervan in het Belgisch Staatsblad, dus op 17 augustus 1998.

ties(5), de principiële bekwaamheid in van publiekrechtelijke rechtspersonen om een overeenkomst tot arbitrage te sluiten. In het tweede deel van dit artikel wordt hier uitgebreid op in gegaan.

Anderzijds bevestigt de wet van 1998 de sinds 1972 in artikel 1676 (2) van het Gerechtelijk Wetboek opgenomen kaderbepaling op grond waarvan ieder *„die bekwaam of bevoegd is om een dading aan te gaan, (...) een overeenkomst tot arbitrage (kan) sluiten"*.

Net zoals bij de kaderbepaling vervat in artikel 1676 (1) van het Gerechtelijk Wetboek, is de concrete invulling van de kaderbepaling opgenomen in artikel 1676 (2) echter afhankelijk van wetgevingen en evoluties in andere domeinen van het recht. En ook in dit verband ontbreken de nieuwe wetgevingen niet. De belangrijkste dezer wetgevingen zijn de Faillissementswet van 8 augustus 1997(6) en de Wet van 17 juli 1997 betreffende het gerechtelijk akkoord(7). Ook de impact van deze nieuwe wetten op de subjectieve arbitrabiliteit komt in het tweede deel van dit artikel aan bod.

II. Objectieve arbitrabiliteit

„1676.1. Ger.W. Elk geschil dat reeds is ontstaan of nog kan ontstaan uit een bepaalde rechtsbetrekking, waarover een dading mag worden aangegaan, kan bij overeenkomst aan arbitrage worden onderworpen."

(5) Ons huidig arbitragerecht, zoals vervat in de artikelen 1676 tot 1723 van het Gerechtelijk Wetboek, vindt zijn historische oorsprong in de Europese Overeenkomst houdende een eenvormige wet inzake arbitrage van 20 januari 1966, ook wel genoemd het Verdrag van Straatsburg. De door deze Overeenkomst voorgestelde eenvormige wet werd in Belgische wetgeving omgezet door de Wet van 4 juli 1972 (*Belgisch Staatsblad*, 8 augustus 1972, p. 8717). De in 1972 in de artikelen 1676 tot 1723 van het Gerechtelijk Wetboek opgenomen arbitrageregeling bleek vrij goed tegen de tijd bestand. Eigenlijk is er in de kwarteeuw sinds de totstandkoming van deze wetgeving slechts één ingrijpende wijziging doorgevoerd, met name de invoeging van een nieuw vierde lid van artikel 1717, en dit bij Wet van 27 maart 1985 (*Belgisch Staatsblad*, 13 april 1985, p. 5106). De Wet van 19 mei 1998 (*Belgisch Staatsblad*, 7 augustus 1998, p. 25353) van haar kant bevat, naast de in dit artikel besproken nieuwe versie van artikel 1676 (2) van het Gerechtelijk Wetboek, ook innoverende bepalingen betreffende onder meer de wraking van arbiters, de regels van de arbitrale procedure en de plaats van de arbitrage, de mogelijkheid voor de arbiters om voorlopige en bewarende maatregelen te bevelen, de tussenkomst van derde partijen in de arbitrale procedure, de verbetering en uitlegging van de sententie, de mogelijkheid voor arbiters om een dwangsom op te leggen, en de mogelijkheid voor partijen om een eventuele nietigheidsprocedure vooraf contractueel uit te sluiten.

(6) *Belgisch Staatsblad*, 28 oktober 1997, p. 28562.

(7) *Belgisch Staatsblad*, 28 oktober 1997, p. 28550; voor de datum van inwerkingtreding, zie het Koninklijk Besluit van 25 november 1997 (*Belgisch Staatsblad*, 4 december 1997, p. 32337).

4. Het — door de wet van 1998 ongemoeid gelaten — artikel 1676 (1) van het Gerechtelijk Wetboek schrijft voor dat enkel geschillen waarover een dading mag worden aangegaan, bij overeenkomst aan arbitrage kunnen worden onderworpen. Opdat een geschil vatbaar zou zijn voor arbitrage — of „arbitrabel" — zal dit geschil dus een materie dienen te betreffen waaromtrent partijen de juridische mogelijkheid hebben om te transigeren.

Negeerden partijen een arbitrabiliteitsvoorschrift, dan zal hun overeenkomst tot arbitrage nietig zijn. Arbiters die in toepassing van dergelijke overeenkomst tot arbitrage gevat worden, zullen zich onbevoegd dienen te verklaren om van desbetreffend geschil kennis te nemen.

Verklaren de arbiters zich, in weerwil van de nietigheid van de overeenkomst tot arbitrage, toch bevoegd, dan zal hun sententie op vraag van één der partijen nietig verklaard kunnen worden door de rechtbank van eerste aanleg op grond van onder meer artikel 1704 (2) (b) van het Gerechtelijk Wetboek, krachtens hetwelk een arbitrale uitspraak „*kan worden vernietigd (...) indien het geschil niet vatbaar was voor beslechting door arbitrage*".

Dergelijke nietigverklaring door een Belgische rechtbank zal overigens ook internationale consequenties hebben, zoals moge blijken uit artikel V (1) (e) van het Verdrag van New York van 1958(8), waarin wordt bepaald dat de bevoegde autoriteit in het land waar één der partijen poogt de (in ons geval Belgische) sententie uit te voeren, haar toestemming tot uitvoering van deze sententie mag weigeren indien deze sententie in haar land van herkomst — België dus — werd nietig verklaard. Nu het Verdrag van New York door tal van landen werd goedgekeurd en is uitgegroeid tot het gemene recht inzake uitvoering van buitenlandse sententies, is het duidelijk dat de nietigverklaring van een sententie door een Belgische rechtbank op arbitrabiliteitsgronden ook in het buitenland de uitvoeringsmogelijkheden van deze sententie zal blokkeren.

5. In de inleiding tot deze bijdrage werd er reeds op gewezen dat artikel 1676 (1) van het Gerechtelijk Wetboek een kaderbepaling vormt waarvan de concrete inhoud door wetgevende bepalingen in de meest diverse domeinen van het recht wordt ingevuld.

---

(8) Het Verdrag van New York van 1958 betreffende de erkenning en tenuitvoerlegging van buitenlandse scheidsrechterlijke uitspraken werd door België geratificeerd bij Wet van 5 juni 1975 (*Belgisch Staatsblad*, 15 november 1975).

Het is niet onbelangrijk er op te wijzen dat de wetgevende bepalingen die de non-arbitrabiliteit van een specifieke materie tot gevolg hebben, door de rechtspraak en rechtsleer veelal beperkend worden uitgelegd. De regel is inderdaad dat een geschil in principe vatbaar is voor arbitrage. De niet-arbitrabiliteit van een bepaalde materie is een uitzondering op dit principe(9).

Zoals reeds eerder werd gemeld, betreffen de belangrijkste recente innovaties en evoluties inzake objectieve arbitrabiliteit (1) (de meeste) verzekeringsgeschillen, (2) (sommige) geschillen over exclusieve distributieovereenkomsten, en (3) (sommige) Belgisch-mededingingsrechtelijke geschillen.

Op deze drie groepen geschillen wordt hieronder ingegaan.

Volledigheidshalve weze vermeld dat, naast deze drie groepen, ook nog andere categorieën van geschillen niet-arbitrabel worden geacht. Ik denk hier bijvoorbeeld aan (sommige) geschillen die binnen de bevoegdheid van de arbeidsrechtbank vallen, (sommige) Europees-mededingingsrechtelijke geschillen, en (sommige) geschillen betreffende octrooien. Op deze vlakken valt evenwel minder evolutie te bespeuren, zodat er in dit artikel dan ook niet over wordt uitgeweid.

1. (De meeste) geschillen betreffende verzekeringen

6. De recente evolutie van de (niet-) arbitrabiliteit van verzekeringsgeschillen kan op zijn minst turbulent genoemd worden(10).

Waar de meeste verzekeringspolissen tot voor enkele jaren een — veelal geldige — standaard arbitrageclausule bevatten, hebben opeenvolgende recente wetgevingen de arbitrabiliteit van verzekeringsgeschillen steeds meer ingeperkt. Een eerste stap in deze richting werd gezet door de Wet van 9 juli 1975 betreffende de controle op de verzekeringsondernemingen(11), waarvan (het oude) artikel 19 (3) bepaalde dat het beroep op arbitrage verboden *kon* worden bij een verordening, door de Controledienst voor de Verzekeringen uitgevaardigd overeenkomstig de bepalingen die de reglementaire of verordeningsbevoegdheid van deze Dienst regelen. Deze bepaling werd

(9) Storme, M., en Demeulenaere, B., *International Commercial Arbitration in Belgium*, Deventer, Kluwer Law and Taxation Publishers, 1989, p. 16, nr. 29.

(10) Voor een historisch overzicht, zie Claassens, H., „Arbitrage en private verzekeringen", in De Ly, F., en Storme, M. (eds), *Verzekeringen en geschillenbeslechting*, Kluwer Rechtswetenschappen, 1994, pp. 3-10.

(11) *Belgisch Staatsblad*, 29 juli 1975, p. 9267.

evenwel geschrapt door de Wet van 19 juli 1991(12) die ingrijpende wijzigingen aanbracht in voornoemde basiswet van 9 juli 1975.

De huidige regeling is vervat in artikel 36 van de Wet van 25 juni 1992 op de landverzekeringsovereenkomst(13), zoals gewijzigd door de Wet van 16 maart 1994(14), en luidt als volgt:

„(1) Het beding waarbij de partijen bij een verzekeringsovereenkomst zich vooraf verbinden de geschillen die uit de overeenkomst zouden ontstaan, voor te leggen aan scheidsrechters, wordt voor niet geschreven gehouden.

(2) De bepalingen van (1) van dit artikel zijn niet van toepassing op de verzekeringsovereenkomsten betreffende de risico's die de Koning bepaalt.

De risico's, bedoeld in artikel 30 (2), tweede lid, kunnen evenwel niet uitgesloten worden."

Onder een verzekeringsovereenkomst wordt, krachtens artikel 1 van de Wet van 25 juni 1992, een overeenkomst verstaan *„waarbij een partij, de verzekeraar, zich er tegen betaling van een vaste of veranderlijke premie tegenover een andere partij, de verzekeringnemer, toe verbindt een in de overeenkomst bepaalde prestatie te leveren in het geval zich een onzekere gebeurtenis voordoet waarbij, naargelang van het geval, de verzekerde of de begunstigde belang heeft dat die zich niet voordoet"*.

7. Geschillen voortvloeiend uit verzekeringsovereenkomsten die binnen het toepassingsgebied vallen van voornoemde wetgeving op de landverzekering(15), zijn bijgevolg principieel niet vatbaar voor arbitrage(16), zij het dat partijen geldig kunnen overeenkomen dergelijk geschil aan arbitrage te onderwerpen eens het geschil gerezen is.

Strikt genomen is dergelijke overeenkomst waarbij een bestaand verzekeringsgeschil aan arbitrage wordt onderworpen — een zogenaamd „compromis" — aan geen vormvereisten gebonden. Algemeen wordt immers aangenomen dat de bepaling vervat in artikel 1677 van het Gerechtelijk Wetboek, waarin voorgeschreven wordt dat een overeenkomst tot arbitrage behoort *„te zijn vervat in een door*

(12) *Belgisch Staatsblad*, 9 augustus 1991, p. 17376.

(13) *Belgisch Staatsblad*, 20 augustus 1992, p. 18299.

(14) *Belgisch Staatsblad*, 4 mei 1994, p. 11863.

(15) Artikel 2 (1) van de Wet van 25 juni 1992 specifieert dat zij niet van toepassing is op de herverzekering noch op de verzekeringen van goederenvervoer, met uitzondering van de bagage- en verhuisverzekeringen. Geschillen over verzekeringsovereenkomsten die *buiten* het toepassingsgebied van de Wet van 25 juni 1992 vallen, blijven arbitrabel.

(16) Dit principieel verbod is van toepassing op elke betwisting die uit de overeenkomst zal voortspruiten, of het nu gaat om de interpretatie en de toepassing van de clausules of om de vaststelling van het bedrag van het geleden nadeel (*M.v.T.*, 1586/1, 90/91, p. 37).

partijen ondertekend geschrift, of in andere hen bindende stukken, waarin zij blijk hebben gegeven van hun wil om het geschil aan arbitrage te onderwerpen", enkel een *bewijs*regel is, en *geen* bestaansvoorwaarde voor de overeenkomst tot arbitrage(17).

Het hoeft echter geen betoog dat partijen, willen zij latere bewijsproblemen vermijden, er goed aan doen hun overeenkomst tot arbitrage in een geschrift vast te leggen. Dit geschrift kan bijvoorbeeld het door de arbiters opgestelde proces-verbaal van hun eerste bijeenkomst zijn, waarin het bestaan van een overeenkomst tot arbitrage wordt bevestigd, en dat door partijen wordt ondertekend. Een andere mogelijkheid voor de arbiters bestaat erin de overeenkomst tot arbitrage op te nemen in de door hen geredigeerde akte van opdracht, en deze akte van opdracht door de partijen zelf te laten ondertekenen.

8. Een volgende opmerking geldt het tweede lid van artikel 36 van de Wet van 25 juni 1992, zoals gewijzigd door de Wet van 16 maart 1994.

Krachtens dit tweede lid vermag de Koning de principiële niet-arbitrabiliteit van verzekeringsgeschillen, zoals vastgelegd in het hierboven becommentarieerde eerste lid, op te heffen voor de verzekeringsovereenkomsten „*betreffende de risico's die (Hij) bepaalt*". Op grond van dezelfde bepaling vermag de Koning dit evenwel niet te doen voor „*(d)e risico's, bedoeld in artikel 30 (2), tweede lid*".

Laatstvernoemde risico's blijven dus in elk geval niet-arbitrabel zolang het geschil niet ontstaan is. Het betreft meer bepaald:

— de burgerrechtelijke aansprakelijkheid en voertuigcasco inzake motorrijtuigen;
— brand (eenvoudige risico's);
— de burgerrechtelijke extra-contractuele aansprakelijkheid met betrekking tot het privéleven;
— de lichamelijke ongevallen op persoonlijke titel gedekt;
— hulpverlening; en
— rechtsbijstand.

(17) Zie onder meer HUYS, M., en KEUTGEN, G., *L'arbitrage en droit belge et international*, Brussel, Bruylant, 1981, p. 110, nr. 127; LINSMEAU, J., „L'arbitrage volontaire en droit privé belge", *R.P.D.B.*, Complément, p. 26, nr. 78; STORME, M., en DEMEULENAERE, B., *International Commercial Arbitration in Belgium*, Deventer, Kluwer Law and Taxation Publishers, 1989, p. 46, nr. 106.

9. Deze laatste bepaling, die de Koning verbiedt van de principiële niet-arbitrabiliteit van desbetreffende verzekeringsgeschillen af te wijken, illustreert de consumentbeschermende intenties van de wetgever die terecht begaan is met de rechtstoegang van de individuele verzekerde. Arbitrage zal, gelet op de kostprijs ervan, de rechtstoegangdrempel voor de individuele verzekerde immers vaak in belangrijke mate verhogen. Bij de voorbereiding van de Wet van 25 juni 1992 werd er in dat verband op gewezen dat „*gezien het toetredingskarakter van de verzekeringsovereenkomsten (er) moet (over) gewaakt worden dat de verzekerden zich geen clausules laten opleggen die hen niet toelaten de meest aangepaste middelen aan te wenden voor de verdediging van hun gewettigde belangen*"(18). In tal van verzekeringsgeschillen zal dit „*meest aangepaste middel*" zonder twijfel de rechtbank zijn.

2. (SOMMIGE) GESCHILLEN BETREFFENDE EXCLUSIEVE DISTRIBUTIE-OVEREENKOMSTEN

10. Over de al dan niet arbitrabiliteit van geschillen betreffende exclusieve distributieovereenkomsten is de jongste jaren al heel wat inkt gevloeid. Niet zozeer vanwege de wetgever — die de Wet van 27 juli 1961 betreffende de éénzijdige beëindiging van de voor onbepaalde tijd verleende concessies van alleenverkoop (hieronder „de alleenverkoopwet van 1961" genoemd) sinds 1971 ongemoeid heeft gelaten — doch wél vanwege rechtsleer en rechtspraak die zich, niet zonder enige 'juristische' wellust, in talrijke doctrinale bijdragen en rechterlijke uitspraken over dit onderwerp hebben uitgeleefd. Hieronder volgt een overzicht van de situatie.

11. Artikel 4 van de alleenverkoopwet van 1961 bepaalt dat „*(d)e benadeelde concessiehouder (...), bij de beëindiging van een verkoopconcessie met uitwerking voor het gehele Belgische grondgebied of een deel ervan, in elk geval de concessiegever in België (kan) dagvaarden, hetzij voor de rechter van zijn eigen woonplaats, hetzij voor de rechter van de woonplaats of de zetel van de concessiegever*".
Hetzelfde artikel schrijft voor dat, „*(i)ngeval het geschil voor een Belgische rechtbank wordt gebracht, (...) deze uitsluitend de Belgische wet (zal) toepassen*".

(18) *M.v.T.*, 1586/1, 90/91, p. 37.

Artikel 6 van de alleenverkoopwet van 1961, tenslotte, specifieert dat de bepalingen van de alleenverkoopwet van toepassing zijn niettegenstaande „*hiermede strijdige overeenkomsten, gesloten vóór het einde van het contract waarbij de concessie is verleend*".

12. Uit deze bepalingen volgt dat, althans in principe, een overeenkomst tot arbitrage betreffende toekomstige geschillen aangaande de éénzijdige beëindiging van een alleenverkoopovereenkomst van onbepaalde duur nietig is, inzoverre deze concessie van alleenverkoop uitwerking heeft over minstens een gedeelte van het Belgisch grondgebied, en inzoverre de overeenkomst tot arbitrage dateert van vóór de beëindiging ervan(19).

Met andere woorden, dergelijk geschil zal niet vatbaar zijn voor arbitrage indien, cumulatief beschouwd(20):

(i) dit geschil voortvloeit uit de éénzijdige beëindiging van een alleenverkoopovereenkomst van onbepaalde duur in de zin van de alleenverkoopwet van 1961;

(ii) indien deze alleenverkoopovereenkomst daarenboven uitwerking had op het gehele Belgische grondgebied of een deel ervan;

(iii) en indien desbetreffende overeenkomst tot arbitrage onderschreven werd vóór de éénzijdige beëindiging van de alleenverkoopovereenkomst.

Hieruit volgt dat geschillen die *geen* betrekking hebben op de *éénzijdige beëindiging* van een alleenverkoopovereenkomst van onbepaalde duur wel degelijk door middel van arbitrage beslecht kunnen worden in toepassing van een arbitrageclausule opgenomen in de alleenverkoopovereenkomst in kwestie(21).

Hieruit volgt eveneens dat ook geschillen aangaande de éénzijdige beëindiging van een alleenverkoopovereenkomst van onbepaalde duur aan arbitrage onderworpen kunnen worden aan de hand van

---

(19) Cass., 28 juni 1979, *Pas.*, 1979, I, p. 1260; Brussel, 7 januari 1969, *J.T.*, 1969, p. 528, met noot van BRICMONT, G.; Kh. Brussel, 22 juni 1965, *J.T.*, 1966, p. 44, met noot van BRICMONT, G.; Kh. Brussel, 21 maart 1972, *J.T.*, 1972, p. 447; Luik, 12 mei 1977, *J.T.*, 1977, p. 710, met noot van KEUTGEN, G., en HUYS, M.; Kh. Brussel, 13 september 1979, *J.T.*, 1980, p. 374; Kh. Luik, 23 april 1980, *J.T.*, 1982, p. 823, met noot van KOHL, A.; Brussel, 25 juni 1982, *T.B.H.*, 1983, p. 66, met noot van WATTÉ, N.

(20) Zie nochtans ook het volgende nummer.

(21) Kh. Brussel, 29 oktober 1991, onuitgegeven, geciteerd door KEUTGEN, G., „L'arbitrage, Chronique de jurisprudence, 1987-1992", *J.T.*, 1993, pp. 679-680, nr. 14; Kh. Brussel, 22 september 1962, *J.T.*, 1962, p. 588, gevolgd door een noot van BRICMONT, G., HUYS, M., en KEUTGEN, G., *L'arbitrage en droit belge et international*, Brussel, Bruylant, 1981, p. 97, nr. 106.

een overeenkomst tot arbitrage *gesloten na de beëindiging van desbetreffende alleenverkoopovereenkomst*(22).

Ook geschillen betreffende de éénzijdige beëindiging van een alleenverkoopovereenkomst van onbepaalde duur *met uitwerking op een integraal buitenlands grondgebied*, tenslotte, zullen bijgevolg arbitrabel zijn.

13. Het principe blijft evenwel dat, indien de drie hierboven vermelde cumulatieve voorwaarden zijn vervuld, een geschil over de beëindiging van een alleenverkoopovereenkomst ressorterend onder de alleenverkoopwet van 1961 niet-arbitrabel is.

Principes zouden echter geen principes zijn indien er geen uitzonderingen op bestonden.

In het zogenaamde Audi-NSU arrest van 28 juni 1979(23), dat gewezen werd naar aanleiding van een geschil betreffende de erkenning in België van een tweetal buitenlandse arbitrale sententies, heeft het Hof van Cassatie inderdaad een belangrijke nuancering aangebracht aan het principe van de niet-arbitrabiliteit van geschillen op grond van de alleenverkoopwet van 1961. Het Hof van Cassatie besliste met name dat een geschil betreffende de éénzijdige beëindiging van een alleenverkoopovereenkomst onderworpen aan voornoemde alleenverkoopwet van 1961, niet vatbaar is voor arbitrage in toepassing van een overeenkomst tot arbitrage die was onderschreven vóór de beëindiging van de alleenverkoopovereenkomst „*en die de toepassing van een buitenlands recht als bedoeling en effect had*"(24). De implicatie hiervan is dat een dergelijk geschil *waarbij de alleenverkoopovereenkomst de verplichte toepassing van Belgisch recht voorziet, zonder dat de toepassing van de alleenverkoopwet van 1961 uitgesloten wordt*, wel degelijk arbitrabel is(25). Indien de alleenverkoopovereenkomst

(22) Zie artikel 6 van de alleenverkoopwet van 1961. Zie eveneens HUYS, M., en KEUTGEN, G., *L'arbitrage en droit belge et international*, Brussel, Bruylant, 1981, p. 97, nr. 107; KEUTGEN, G., en HUYS, M., „L'arbitrage, Chronique de jurisprudence, 1975-1982", *J.T.*, 1984, p. 54, nr. 13.

(23) Cass., 28 juni 1979, *Pas.*, 1979, I, p. 1260.

(24) Het geschil dat zou uitmonden in het arrest van het Hof van Cassatie van 28 juni 1979 betrof een Belgische alleenverkoper en de Duitse Audi-NSU fabrikant. De alleenverkoopovereenkomst voorzag in de toepassing van het recht van de Bondsrepubliek Duitsland en bevatte een arbitrageclausule ten voordele van een arbitraal college zetelend in Zürich, Zwitserland. De door dit arbitraal college gewezen sententies werden voorgelegd aan de Belgische rechtbanken. In een arrest van 12 mei 1977 had het Hof van Beroep te Luik geweigerd desbetreffende sententies te erkennen. De voorziening tegen dit arrest van het Hof van Beroep te Luik werd door het Hof van Cassatie verworpen.

(25) Zie ook de conclusies van advocaat-generaal KRINGS voorafgaand aan het arrest van het Hof van Cassatie van 28 juni 1979 (*Pas.*, 1979, I, p. 1269).

daarentegen de toepassing van een buitenlands recht voorschrijft, of op een andere manier de toepassing van de Belgische alleenverkoopwet van 1961 beoogt uit te sluiten, blijft het geschil in de ogen van het Hof van Cassatie niet-arbitrabel en zal een eventuele, in deze alleenverkoopovereenkomst opgenomen arbitrageclausule nietig zijn(26).

14. Een aantal auteurs(27), hierin tot op zeker ogenblik gevolgd door een gedeelte van de rechtspraak, heeft gepoogd het niet-arbitrabiliteitsprincipe van geschillen op grond van de alleenverkoopwet van 1961 nog verder uit te hollen.

Verwijzend naar het feit dat hogervermeld arrest van het Hof van Cassatie van 28 juni 1979 gewezen werd naar aanleiding van een geschil betreffende de *erkenning* in België van buitenlandse sententies, waren deze auteurs van oordeel dat de stellingname van het Hof van Cassatie niet van toepassing was wanneer het erom ging de geldigheid te beoordelen van een arbitraal beding *in het kader van een exceptie van onbevoegdheid* opgeworpen voor een rechtbank. Deze auteurs meenden dat de geldigheid van dergelijk arbitraal beding, sinds de inwerkingtreding van het Verdrag van New York van 1958, beoordeeld dient te worden aan de hand van het recht waaraan partijen hun alleenverkoopovereenkomst en het daarin opgenomen arbitraal beding wensten te onderwerpen (de *lex contractus*). Hadden partijen in hun alleenverkoopovereenkomst geen uitdrukkelijke rechtskeuze gemaakt, dan diende de geldigheid van dergelijk arbitraal beding beoordeeld te worden aan de hand van het recht van het land van de zetel van de arbitrage. Met andere woorden, de rechter voor wie een exceptie van onbevoegdheid wordt opgeworpen, gebaseerd op het bestaan van een arbitraal beding in de alleenverkoopovereenkomst, zou de geldigheid van dit arbitraal beding dienen te onder-

(26) In een vonnis van 24 december 1996 (*T.B.H.*, 1997, p. 270) oordeelde de Rechtbank van Koophandel te Hasselt dat uit het enkele feit dat partijen in conclusies hadden geargumenteerd op basis van het Belgisch recht, met voldoende zekerheid kon worden afgeleid dat ook arbiters het Belgisch recht, en de alleenverkoopwet van 1961, op de beëindiging van de alleenverkoopovereenkomst zouden toepassen, zelfs nu de overeenkomst in kwestie geen expliciete rechtskeuze bevatte. De Rechtbank van Koophandel te Hasselt verklaarde de in de concessieovereenkomst opgenomen arbitrageclausule dan ook geldig. Samen met de annotator van desbetreffend vonnis (VAN HOUTTE, H., *T.B.H.*, 1997, p. 271) ben ik de mening toegedaan dat de Rechtbank van Koophandel te Hasselt zich wellicht op een valse zekerheid baseerde. Enkel een expliciete en bindende rechtskeuze van partijen ten gunste van het Belgisch recht verschaft voldoende zekerheid dat arbiters dit Belgisch recht ook effectief zullen toepassen.

(27) VAN HOUTTE, H., „L'arbitrabilité de la résiliation des concessions de vente exclusive", in *Mélanges Vander Elst*, deel II, Brussel, Nemesis, 1986, p. 821; HUYS, M. en KEUTGEN, G., „L'arbitrage, Chronique de jurisprudence, 1982-1987", *J.T.*, 1988, pp. 418-419, nr. 11; HANOTIAU, B., „L'arbitrage international en Belgique", in *Travaux offerts au Professeur Albert Fettweis*, Story-Scientia, 1989, pp. 150-151, nr. 115.

zoeken vanuit het rechtsstelsel gekozen door partijen of, bij gebreke hiervan, vanuit het rechtsstelsel van het land van de zetel van de arbitrage, en *niet* vanuit het Belgisch recht.

Op deze manier slaagden desbetreffende auteurs erin het principe van de niet-arbitrabiliteit van alleenverkoopgeschillen, dat ook door het Hof van Cassatie in zijn hoger aangehaald arrest van 28 juni 1979 wordt gehuldigd, *de facto* uit te schakelen. In toepassing van vermelde redenering dienen partijen die het door het Hof van Cassatie gehuldigde niet-arbitrabiliteitsprincipe wensen te omzeilen, inderdaad enkel maar hun alleenverkoopovereenkomst — en het daarin opgenomen arbitraal beding — contractueel te onderwerpen aan een buitenlands recht waarin alleenverkoopgeschillen (doorgaans) wél arbitrabel zijn of, bij gebreke aan expliciete rechtskeuze, de zetel van een eventuele toekomstige arbitrage te vestigen in een dito land.

Deze rechtsleer bevestigde aldus de stelling ingenomen door het Hof van Beroep te Brussel in een arrest van 4 oktober 1985(28), waarin het Hof zich onbevoegd verklaarde om van een alleenverkoopgeschil kennis te nemen op grond van de in de overeenkomst opgenomen arbitrageclausule waarvan de rechtsgeldigheid, in de ogen van het Hof, beoordeeld diende te worden aan de hand van het buitenlands recht waaraan partijen hun overeenkomst hadden onderworpen.

Andere auteurs(29) brachten — terecht — theoretische én praktische bezwaren tegen deze stelling in.

Een eerste bezwaar betreft de interpretatie van het Verdrag van New York van 1958. Waar artikel V (2) van dit Verdrag uitdrukkelijk verwijst naar de *lex fori* voor de beoordeling van de arbitrabiliteit van het geschil in het kader van de erkenning en uitvoering van de arbitrale sententie, is er geen enkele objectieve reden om de arbitrabiliteit van dit geschil anders te gaan beoordelen in het kader van een exceptie van onbevoegdheid opgeworpen voor een rechtbank. Het feit dat artikel II (1) van het Verdrag, waar gehandeld wordt over de arbitrabiliteit in het stadium van de exceptie van onbevoegdheid, niet

(28) Brussel, 4 oktober 1985, *J.T.*, 1986, p. 93, gevolgd door een noot van KOHL, A.. In dezelfde zin: Kh. Luik, 23 april 1980, *J.T.*, 1982, p. 823; Kh. Brussel, 29 oktober 1991, *T.B.H.*, 1993, p. 1118; Kh. Leuven, 24 maart 1992, *T.B.H.*, 1993, p. 1131.

(29) KILESTE, P. en HOLLANDER, P., „Examen de jurisprudence, La loi du 27 juillet 1961 relative à la résiliation unilatérale des concessions de vente exclusive à durée indéterminée, 1987-1992", *T.B.H.*, 1993, pp. 86-87. Zie eveneens NUYTS, A., „Le contrôle de l'arbitrabilité selon la loi du for dans les Conventions de New York et de Genève et les concessions de vente exclusive à durée indéterminée en Belgique", *T.B.H.*, 1993, p. 1122; NUYTS, A., „La loi belge du 27 juillet 1961 relative à la résiliation unilatérale des concessions de vente exclusive à durée indéterminée et les conventions d'arbitrage", *J.T.*, 1993, p. 349.

expliciet naar de *lex fori* verwijst, doet hier niets van af. Wel integendeel. Een coherente interpretatie van het Verdrag vereist inderdaad dat de arbitrabiliteit van het geschil *steeds* beoordeeld wordt aan de hand van de *lex fori*, en dit zowel ter gelegenheid van de berechting van een exceptie van onbevoegdheid als ter gelegenheid van de beslechting van geschillen aangaande de erkenning en uitvoering van een arbitrale sententie(30).

Aan de stelling ingenomen door het Hof van Beroep te Brussel in zijn hogervermeld arrest van 4 oktober 1985 is overigens ook een belangrijk praktisch bezwaar verbonden. In toepassing van deze stelling zou de Belgische rechtbank zich onbevoegd dienen te verklaren indien de alleenverkoopovereenkomst een arbitraal beding bevat dat geldig is volgens de *lex contractus*. In deze hypothese zou de alleenverkoper dus een arbitrale procedure dienen op te starten waarbij de arbiter of het arbitraal college de buitenlandse *lex contractus* zouden toepassen. De hieruit voortvloeiende arbitrale sententie zou in België evenwel *onuitvoerbaar* zijn, en dit in toepassing van het arrest van het Hof van Cassatie van 28 juni 1979(31). Dit zou een vorm van rechtsweigering uitmaken vermits de alleenverkoper in dit geval de toegang tot de Belgische rechter wordt ontzegd, terwijl een arbitrale sententie in toepassing van de buitenlandse *lex contractus* in België zo goed als waardeloos zou zijn...

Dit onaanvaardbaar resultaat kan enkel vermeden worden indien de Belgische rechtbank de arbitrabiliteit van het geschil *steeds* — dus ook bij de berechting van een exceptie van onbevoegdheid — aan de hand van het *Belgisch* recht (*lex fori*) kan beoordelen en in toepassing van het reeds meermaals vermelde arrest van het Hof van Cassatie van 28 juni 1979 een arbitraal beding in een alleenverkoopovereenkomst vermag nietig te verklaren *indien het de toepassing van een buitenlands recht als bedoeling en effect heeft*(32).

Deze „unitaire" oplossing werd trouwens bevestigd in een pas in 1994 integraal gepubliceerd arrest van het Hof van Cassatie van 22 decem-

(30) VAN DEN BERG, A.J., *The New York Arbitration Convention of 1958, Towards a Uniform Judicial Interpretation*, 1981, Kluwer Law and Taxation Publishers, Deventer, p. 152.

(31) Zie nummer 13.

(32) Deze oplossing wordt overigens ook weerhouden door het Europees Verdrag van Genève van 1961 inzake de internationale handelsarbitrage, goedgekeurd bij wet van 19 juli 1975. Artikel VI (2) van dit Verdrag voorziet met name dat het de rechter die dient te oordelen over een exceptie van onbevoegdheid toegelaten is „*de overeenkomst tot arbitrage niet (te) erkennen indien, volgens de wet van de bevoegde rechter, het geschil niet voor beslechting door arbitrage vatbaar is*".

ber 1988(33)(34). Dit arrest betrof een alleenverkoopovereenkomst dat een arbitrageclausule bevatte waarin voorzien werd dat alle geschillen voortvloeiend uit de uitvoering van de overeenkomst zouden beslecht worden door arbitrage in het kader van het CCI te Parijs. Vraag was of de Belgische rechtbanken zich al dan niet onbevoegd dienden te verklaren om van desbetreffend alleenverkoopgeschil kennis te nemen. Het Hof van Cassatie bevestigde in dit verband dat „*het hof van beroep heeft onderzocht of het CCI te Parijs in casu gehouden was tot de toepassing van het Belgisch recht; dat (...) het hof van beroep heeft kunnen afleiden dat dergelijke verplichting niet bestaat in hoofde van arbiters; dat het hof van beroep dan ook rechtsgeldig heeft beslist dat het geschil niet arbitrabel is*".

Het Hof van Beroep te Brussel was overigens reeds in een arrest van 19 december 1986(35) op zijn stellingname van 4 oktober 1985 teruggekomen(36).

Normaal gezien dient het cassatiearrest van 22 december 1988 aan de hierboven geschetste controverse een einde te stellen. Toch vallen in recente rechtspraak(37) (38)en rechtsleer(39) nog enkele opflakke-

---

(33) Cass., 22 december 1988, in BOGAERT, G., en MAEYAERT, P. (eds), *Distributierecht 1987-1992*, Kluwer Rechtswetenschappen, 1994, p. 145. Een gedeelte van dit cassatiearrest werd eerder gepubliceerd in *J.T.*, 1989, p. 458, doch de overwegingen van het Hof van Cassatie betreffende de arbitrabiliteit van het geschil werden hier niet weergegeven.

(34) In dezelfde zin: NUYTS, A., „Le contrôle de l'arbitrabilité selon la loi du for dans les Conventions de New York et de Genève et les concessions de vente exclusive à durée indéterminée en Belgique", *T.B.H.*, 1993, p. 1126; NUYTS, A., *La concession de vente exclusive, l'agence commerciale et l'arbitrage*, Bruylant, Brussel, 1996, pp. 29-47; KILESTE, P., en HOLLANDER, P., „Examen de jurisprudence, La loi du 27 juillet 1961 relative à la résiliation unilatérale des concessions de vente exclusive à durée indéterminée, 1992-1997", *T.B.H.*, 1998, p. 43. Contra: HANOTIAU, B., „L'arbitrabilité des litiges relatifs à la résiliation d'une concession exclusive de vente à durée indéterminée", *T.B.H.*, 1993, p. 1148.

(35) Brussel, 19 december 1986, in BOGAERT, G., en MAEYAERT, P. (eds), *Distributierecht 1987-1992*, Kluwer Rechtswetenschappen, 1994, p. 141.

(36) Deze „unitaire" oplossing wordt eveneens voorgestaan door Kh. Brussel, 13 september 1979, *J.T.*, 1980, p. 374; Kh. Brussel, 7 mei 1984, geciteerd door VAN HOUTTE, H., „L'arbitrabilité de la résiliation des concessions de vente exclusive", in *Mélanges Vander Elst*, deel II, Brussel, Nemesis, 1986, pp. 827-828; Kh. Brussel, 6 mei 1993, *R.W.*, 1993-1994, p. 474.

(37) Kh. Brussel, 29 oktober 1991, *T.B.H.*, 1993, p. 1118, gevolgd door een noot van NUYTS, A.; Kh. Leuven, 24 maart 1992, *T.B.H.*, 1993, p. 1131; Kh. Brussel, 5 oktober 1994, *J.T.*, 1995, p. 344, gevolgd door een noot van HANOTIAU, B.; Kh. Hasselt, 24 december 1996, *T.B.H.*, 1997, p. 270.

(38) Voor een kritische bespreking van deze rechtspraak, zie KILESTE, P., en HOLLANDER, P., „Examen de jurisprudence, La loi du 27 juillet 1961 relative à la résiliation unilatérale des concessions de vente exclusive à durée indéterminée, 1992-1997", *T.B.H.*, 1998, pp. 43-47, alsook NUYTS, A., *La concession de vente exclusive, l'agence commerciale et l'arbitrage*, Bruylant, Brussel, 1996, pp. 38-43, nrs. 38-39*bis*. Laatstgenoemde auteur toont op een overtuigende manier aan waarom het „transnationale" principe van het *favor arbitrandum* in deze aangelegenheid niet van toepassing kan zijn.

(39) HANOTIAU, B., „Arbitrage et concessions de vente", *J.T.*, 1995, p. 346.

ringen van de oude „dualistische" stelling te noteren(40). De laattijdige integrale publikatie van het cassatiearrest van 22 december 1988 is hier wellicht niet vreemd aan.

3. (SOMMIGE) BELGISCH-MEDEDINGINGSRECHTELIJKE GESCHILLEN

15. Ook wat de vatbaarheid voor arbitrage betreft van geschillen met Belgisch-mededingingsrechtelijke aspecten valt beweging te bespeuren. Het Belgisch mededingingsrecht werd in 1991 immers op een nieuwe leest geschoeid, wat meteen gevolgen had voor de concrete invulling van de arbitrabiliteitscriteria van artikel 1676 (1) van het Gerechtelijk Wetboek.

16. De Wet van 5 augustus 1991 tot bescherming van de economische mededinging(41) introduceerde in België een mededingingsrecht dat in ruime mate geïnspireerd is op het voorbeeld van het Europees mededingingsrecht(42).

De Wet van 5 augustus 1991 deelt het Belgisch mededingingsrecht op in drie luiken: artikel 2 van de Wet parafraseert artikel 85 van het Verdrag van Rome, artikel 3 parafraseert artikel 86 van het Verdrag van Rome, en de artikelen 9 en volgende organiseren een concentratietoezicht dat volledig geïnspireerd is op de Europese concentratieverordening.

Samengevat komt het er op neer dat, met ingang van 1 april 1993(43), de mededingingsregels die voordien krachtens het Verdrag van Rome van 1957 enkel van toepassing waren op overeenkomsten en gedragingen die de handel tussen de Europese lidstaten kunnen beïnvloeden, nu ook toepassing vinden op louter Belgische situaties.

17. Zo verbiedt artikel 2 (1) van de Wet van 5 augustus 1991 *„alle overeenkomsten tussen ondernemingen, alle besluiten van onderne-*

---

(40) Een enkele auteur pleit voor het behoud van de „dualistische" stelling omdat een Belgisch vonnis dat zich, in toepassing van de alleenverkoopwet van 1961, en in weerwil van een in de alleenverkoopovereenkomst vervat arbitragebeding, uitspreekt over de beëindiging van desbetreffende alleenverkoopovereenkomst, in het buitenland moeilijk uitvoerbaar zou zijn (VAN HOUTTE, H., „Is een Belgisch vonnis inzake concessiebeëindiging uitvoerbaar in het buitenland wanneer de concessie-overeenkomst een arbitragebeding bevat?", *T.B.H.*, 1995, p. 876).

(41) *Belgisch Staatsblad*, 11 oktober 1991, p. 22493.

(42) Vóór de inwerkingtreding van de Wet van 5 augustus 1991 gold in België de Wet van 27 mei 1960 tot bescherming tegen het misbruik van een economische machtspositie.

(43) Krachtens haar artikel 57 (1) trad de Wet van 5 augustus 1991 in werking de eerste dag van de achttiende maand volgend op deze van haar bekendmaking in het Belgisch Staatsblad.

mingsverenigingen en alle onderling afgestemde feitelijke gedragingen welke ertoe strekken of ten gevolge hebben dat de mededinging op de Belgische betrokken markt of op een wezenlijk deel ervan merkbaar wordt verhinderd, beperkt of vervalst", aldus een intern-Belgische echo vormend van artikel 85 (1) van het Verdrag van Rome.

Net zoals hun „Europese" tegenhangers (cf artikel 85 (2) van het Verdrag van Rome), zijn ook deze overeenkomsten en besluiten van rechtswege nietig (artikel 2 (2) van de Wet van 5 augustus 1991), tenzij de verbodsbepaling van artikel 2 (1) buiten toepassing werd verklaard op overeenkomsten, besluiten, of onderling afgestemde feitelijke gedragingen die „*bijdragen tot verbetering van de produktie of van de verdeling of tot verbetering van de technische of economische vooruitgang of die de kleine en middelgrote ondernemingen de mogelijkheid bieden om hun concurrentiepositie op de betrokken markt of op de internationale markt te verstevigen, mits een billijk aandeel in de daaruit voortvloeiende voordelen de gebruikers ten goede komt, en zonder nochtans aan de betrokken ondernemingen (a) beperkingen op te leggen welke voor het bereiken van deze doelstellingen niet onmisbaar zijn, (noch) (b) de mogelijkheid te geven, voor een wezenlijk deel van de betrokken produkten de mededinging uit te schakelen*" (artikel 2 (3) van de Wet van 5 augustus 1991). Deze vrijstellingsmogelijkheid opgenomen in artikel 2 (3) van de Wet van 5 augustus 1991 correspondeert dan weer in belangrijke mate met de tekst van artikel 85 (3) van het Verdrag van Rome.

Waar het in het Europese mededingingsrecht de Commissie is die, in toepassing van artikel 85 (3) van het Verdrag van Rome, vrijstelling mag verlenen, heeft de Wet van 5 augustus 1991 een administratief rechtscollege — de Raad voor de Mededinging — ingericht om over de aanvragen tot vrijstelling op grond van artikel 2 (3) te oordelen (artikel 29 (1) van de Wet van 5 augustus 1991).

Dat de Wet van 5 augustus 1991 naar het beeld en de gelijkenis van de Europeesrechtelijke mededingingsregelen werd opgevat, blijkt ook uit haar artikel 3 dat — naar analogie met artikel 86 van het Verdrag van Rome — aan ondernemingen verbod oplegt „*misbruik (te) maken van een machtspositie op de betrokken Belgische markt of op een wezenlijk deel daarvan*".

18. De artikelen 9 en volgende van de Wet van 5 augustus 1991, tenslotte, leggen criteria vast voor de toelaatbaarheid van concentraties die tot stand komen doordat „*(a) twee of meer voorheen onafhankelijke ondernemingen fuseren; of (b) één of meer personen die*

reeds zeggenschap over ten minste één onderneming bezitten, of één of meer ondernemingen door de verwerving van deelnemingen of vermogensbestanddelen, bij overeenkomst of op elke andere wijze, rechtstreekse of onrechtstreekse zeggenschap over één of meer andere ondernemingen of delen daarvan verkrijgen" (artikel 9 (1) van de Wet van 5 augustus 1991).

Een „concentratie" in de zin van de Wet van 5 augustus 1991 kan dus een fusie van ondernemingen zijn, maar evengoed de oprichting van een joint venture of de overname van een onderneming door aankoop van alle of een gedeelte van de aandelen van deze onderneming. Ook de overname van een merk, bijvoorbeeld, kan een „concentratie" uitmaken, mits hiermee ook een activiteit overgenomen wordt(44).

Krachtens artikel 10 (1) van de Wet van 5 augustus 1991 zijn concentraties onderworpen aan de voorafgaande goedkeuring van de Raad voor de Mededinging, die vaststelt of zij al dan niet toelaatbaar zijn.

In principe kan de Raad voor de Mededinging slechts concentraties toelaten „*die niet tot gevolg hebben dat een machtspositie wordt verworven of versterkt welke een daadwerkelijke mededinging op de Belgische betrokken markt of een wezenlijk deel daarvan merkbaar belemmert*" (artikel 10 (2) van de Wet van 5 augustus 1991). Ook andere concentraties kunnen echter worden toegelaten indien de Raad voor de Mededinging vaststelt „*dat hun bijdrage tot de verbetering van de produktie of van de verdeling, van de technische of economische vooruitgang of van de concurrentiestructuur binnen de markt, het wint van de aantasting van de mededinging die eruit voortvloeit*" (artikel 10 (3) van de Wet van 5 augustus 1991).

19. Om het Belgisch mededingingsrechtelijk beeld volledig te maken, weze tenslotte nog vermeld dat de beslissingen van de Raad voor de Mededinging voorbereid worden door een dienst van het Ministerie van Economische Zaken — de Dienst voor de Mededinging(45) — en dat tegen de beslissingen van de Raad voor de Mededinging hoger beroep kan worden ingesteld bij het Hof van Beroep te Brussel(46).

Tenslotte voorziet artikel 42 van de Wet van 5 augustus 1991 in de mogelijkheid voor „*de rechter, waarbij de zaak aanhangig werd*

(44) Beslissing 94-C/C-27 van de Raad voor de Mededinging van 25 augustus 1994, *Belgisch Staatsblad*, 17 september 1994, gerapporteerd in STEENBERGEN, J., „Drie jaar Belgische Wet Mededinging", *SEW*, 1996, p. 326.

(45) Artikel 14 van de Wet van 5 augustus 1991.

(46) Artikel 43 van de Wet van 5 augustus 1991.

gemaakt", tot het stellen van een prejudiciële vraag aan het Hof van Beroep te Brussel „*(w)anneer de oplossing van een geschil afhangt van het geoorloofd karakter van een mededingingspraktijk als bedoeld bij deze wet*".

20. Naar analogie met de vraagstelling rond de arbitrabiliteit van geschillen over Europees mededingingsrecht(47), kunnen ook hier de volgende drie subvragen worden gesteld:

a. Mogen arbiters vrijstelling of toelating verlenen in toepassing van artikel 2 (3) of artikel 10 van de Wet van 5 augustus 1991?
b. In welke mate mogen arbiters oordelen over de toepassing van de artikelen 2, 3, en 10 van de Wet van 5 augustus 1991?
c. Wat dient de houding te zijn van arbiters wanneer zij dienen te oordelen over een geschil dat aspecten vertoont van Belgisch mededingingsrecht en dat eveneens het voorwerp uitmaakt van een onderzoek door de Raad voor de Mededinging?

21. Net zoals in Europeesrechtelijk verband(48), ligt het antwoord op de vraag naar de „vrijstellings- en toelatingsbevoegdheid" van arbiters voor de hand.

Vermits enkel de Raad voor de Mededinging — en in hoger beroep het Hof van Beroep te Brussel — vrijstelling of toelating vermag te verlenen in toepassing van artikel 2 (3) of artikel 10 van de Wet van 5 augustus 1991, is het duidelijk dat arbiters hiertoe de bevoegdheid missen.

22. Het antwoord op de twee overige vragen is heel wat genuanceerder, en voor de praktijk overigens heel wat belangrijker.

Een tweetal voorbeelden kunnen dit verduidelijken.

De vraag of een arbiter of een arbitraal college vermag te oordelen over de toepassing van artikel 2 van de Wet van 5 augustus 1991 zal zich bijvoorbeeld stellen in een arbitraal geding waarin de arbiters zich dienen te buigen over een „dealerovereenkomst" waarin een (Belgische) producent met zijn (Belgische) afnemers-grossiers contractuele afspraken maakt over, onder meer, de minimum verkoopprijzen die de

---

(47) Zie STORME, M., en DEMEULENAERE, B., *International Commercial Arbitration in Belgium*, Deventer, Kluwer Law and Taxation Publishers, 1989, p. 22, nr. 43.

(48) Zie LENAERTS, K., en PITTIE, M., „Algemene conclusies", in *Arbitrage en Europees Recht, Rapporten van het internationaal colloquium van Cepina van 25 april 1997*, Bruylant, Brussel, 1997, p. 194 en volgende, nr. 25 en volgende.

afnemer-grossier voor desbetreffende produkten aan zijn eigen (Belgische) klanten dient aan te rekenen. Stel dat de afnemer-grossier in kwestie, die zich niet aan deze prijsbindingsafspraken hield, voor de arbiters de nietigheid van desbetreffende contractuele afspraken — en desgevallend van de gehele „dealerovereenkomst" — inroept op grond van artikel 2 van de Wet van 5 augustus 1991. Vermogen de arbiters hierover dan te oordelen en desbetreffende contractuele afspraken op hun geldigheid te toetsen aan de mededingingsrechtelijke voorschriften van de Wet van 5 augustus 1991? Maakt het in dat verband enig verschil uit dat de „dealerovereenkomst" door de producent aangemeld zou zijn bij de Dienst voor de Mededinging, in toepassing van artikel 7 (1) van de Wet van 5 augustus 1991, met het oog op het bekomen van een vrijstelling door de Raad voor de Mededinging op grond van artikel 2 (3) van deze Wet?

Een tweede voorbeeld betreft een koopovereenkomst van aandelen waarbij een (Belgische) onderneming van een andere (Belgische) onderneming het geheel der aandelen van een derde (Belgische) vennootschap koopt. In de veronderstelling dat de koopovereenkomst een arbitrageclausule bevat, zal de koper van de aandelen zijn eventuele aanspraken op schadevergoeding wegens de niet-vervulling van in de koopovereenkomst opgenomen garanties voor een arbiter of een arbitraal college dienen te brengen. Wat dient de houding van de arbiters te zijn indien één der partijen de mededingingsrechtelijke ontoelaatbaarheid van desbetreffende „concentratie" inroept op grond van artikel 10 van de Wet van 5 augustus 1991, met alle gevolgen vandien voor de geldigheid van de koopovereenkomst in kwestie? Is het relevant dat de „concentratie" bij de Dienst voor de Mededinging werd aangemeld, in toepassing van artikel 12 (1) van de Wet van 5 augustus 1991? En wordt de bevoegdheid van de arbiters beïnvloed door een clausule in de koopovereenkomst waarin voorzien wordt in een opschortende voorwaarde voor de totstandkoming van de overeenkomst voor het geval de Raad voor de Mededinging de overdracht van aandelen niet zou goedkeuren?

23. Naar analogie met wat elders werd gesteld over de arbitrabiliteit van geschillen die raken aan het Europees mededingingsrecht(49), meen ik dat het uitgangspunt voor de beoordeling van de vatbaarheid voor arbitrage van intern-Belgische mededingingsrechtelijke geschil-

(49) Zie STORME, M., en DEMEULENAERE, B., *International Commercial Arbitration in Belgium*, Deventer, Kluwer Law and Taxation Publishers, 1989, pp. 22-23, nr. 44.

len de houding dient te zijn van het Belgisch arbitragerecht ten aanzien van de arbitrabiliteit van geschillen die een aspect van openbare orde vertonen.

Niemand zal immers betwijfelen dat het Belgisch mededingingsrecht, zoals vervat in de Wet van 5 augustus 1991, van openbare orde is.

Summier samengevat, stelt het hedendaags Belgisch arbitragerecht dat geschillen met betrekking tot een overeenkomst *die verband houdt met* een kwestie van openbare orde, vatbaar blijven voor arbitrage. De niet-arbitrabiliteit blijft aldus beperkt tot geschillen aangaande overeenkomsten of afspraken die als zodanig *strijdig zijn met* de openbare orde(50). Daarbij is het in eerste instantie aan de arbiters om deze al dan niet strijdigheid met de openbare orde te beoordelen.

De logische gevolgtrekking hiervan ligt voor de hand. Bovenstaande redenering mondt inderdaad uit in de vaststelling dat geschillen met Belgisch-mededingingsrechtelijke aspecten enkel niet vatbaar zullen zijn voor arbitrage indien zij voortvloeien uit een overeenkomst of afspraak *die strijdig is met* de Wet van 5 augustus 1991.

Zodra men echter de praktische consequenties van deze logische gevolgtrekking bekijkt, blijkt evenwel dat zich een juridische paradox stelt. Onze twee hoger aangehaalde voorbeelden kunnen dit verduidelijken.

24. Toegepast op deze twee voorbeelden, betekent bovenstaande redenering in beide gevallen dat de arbiters bevoegd zijn om de prijsbindingsafspraken uit de „dealerovereenkomst" en de uit de koopovereenkomst van aandelen voortvloeiende „concentratie" op hun geldigheid en toelaatbaarheid te beoordelen aan de hand van de criteria vastgelegd in respectievelijk artikel 2 (1) en artikel 10 (2) en (3) van de Wet van 5 augustus 1991. Hieruit volgt meteen dat de arbiters de arbitrale procedure *niet* dienen te schorsen tot de Raad voor de Mededinging, voor wie de kwestie desgevallend ook aanhangig is, zich heeft uitgesproken.

---

(50) FETTWEIS, A., *Manuel de procédure civile*, Liège, Faculté de droit, d'économie et de sciences sociales de Liège, 1985, p. 672, nr. 1087. Zie eveneens KEUTGEN, G., „L'arbitrabilité des litiges et l'ordre public", *Revue de droit intellectuel*, 1994, p. 173; LINSMEAU, J., „L'arbitrage volontaire en droit privé belge", *R.P.D.B.*, Complément, nr. 66; STORME, M., en DEMEULENAERE, B., *International Commercial Arbitration in Belgium*, Deventer, Kluwer Law and Taxation Publishers, 1989, p. 17, nr. 33; HUYS, M., en KEUTGEN, G., *L'arbitrage en droit belge et international*, Brussel, Bruylant, 1981, p. 87, nr. 93; HORSMANS, G., „L'arbitrage et l'ordre public interne belge", *Revue de l'arbitrage*, 1978, p. 79 en volgende; DERMINE, L., *L'arbitrage commercial en Belgique*, Brussel, Larcier, 1975, pp. 65-66; LINSMEAU, J., en VAN GELDER, J., „La nouvelle loi sur l'arbitrage volontaire", *J.T.*, 1973, p. 206.

Komen de arbiters tot het besluit dat desbetreffende overeenkomsten geldig en/of toelaatbaar zijn onder de Wet van 5 augustus 1991, dan zullen zij hun onderzoek van het geschil kunnen verderzetten.

Onder voorbehoud van wat in de hiernavolgende nummers wordt uiteengezet, stelt zich tot zover dus geen probleem.

De situatie wordt echter wél problematisch op het ogenblik dat de arbiters tot het omgekeerde besluit komen.

Zijn de arbiters immers de mening toegedaan dat de afspraak of overeenkomst in kwestie strijdig is met het Belgisch mededingingsrecht, en dus met de openbare orde, dan zullen zij, in toepassing van bovenstaande redenering, tot de niet-arbitrabiliteit van het hen voorgelegde geschil dienen te besluiten, en tot de nietigheid van de in de overeenkomst opgenomen arbitrageclausule. Vermits de bevoegdheid van de arbiters uit deze arbitrageclausule voortvloeit, zullen zij zich onbevoegd dienen te verklaren om van het geschil kennis te nemen(51).

25. Vraag is natuurlijk of dergelijke onbevoegdverklaring door de arbiters een wenselijk resultaat is en of de partijen in het geding, en de rechtsorde in het algemeen, hiermee gebaat zijn.

Het zal dan ook verleidelijk zijn voor arbiters om zich in dit verband te laten inspireren door een tendens in de internationale arbitragepraktijk(52) die ertoe neigt om, in gevallen waarin de te beoordelen overeenkomst om uiteenlopende redenen strijdig blijkt te zijn met de openbare orde, afstand te nemen van de onbevoegdheidsconsequentie voortvloeiend uit de hierboven aangegeven redenering. Deze tendens laat arbiters toe hun bevoegdheid te weerhouden, ook indien zij vaststellen dat de overeenkomst waarover zij dienen te oordelen, strijdig is met de openbare orde en bijgevolg nietig. Deze houding heeft het grote voordeel dat de arbiters dan meteen de grond van de zaak kunnen beoordelen, en de eventuele vergoedingsaanspraken van partijen in rechte kunnen beslechten.

---

(51) Vermits ook de overheidsrechter niet zou vermogen een overeenkomst te bekrachtigen die strijdig is met het Belgisch mededingingsrecht en dus met de openbare orde, zou men kunnen argumenteren dat het hier om een gebrek aan rechtsmacht gaat, eerder dan om een gebrek aan bevoegdheid. Zie in dit verband DEMEULENAERE, B., „Arbitrale bevoegdheids- en rechtsmachtaspecten in het kader van koop-verkoop-overeenkomsten van aandelen", *T.P.R.*, 1995, pp. 456-457, nr. 27.

(52) Zie bijvoorbeeld voor wat overeenkomsten betreft waarin corruptieafspraken worden gemaakt: SAMUEL, A., *Jurisdictional Problems in International Commercial Arbitration: A Study of Belgian, Dutch, English, French, Swedish, Swiss, U.S. and West German Law*, Schulthess Polygraphischer Verlag, Zürich, 1989, pp. 134-135; en voor wat overeenkomsten betreft die strijdig zijn met het Europees mededingingsrecht: HANOTIAU, B., „L'arbitrage et le droit européen de la concurrence", in *Arbitrage en Europees Recht, Rapporten van het internationaal colloquium van Cepina van 25 april 1997*, Bruylant, Brussel, 1997, p. 46, nr. 28.

Hoe aanlokkelijk deze door de internationale arbitragepraktijk geïnspireerde „oplossing" voor de hoger geschetste bevoegdheidsparadox ook lijkt, er dient niettemin op gewezen te worden dat een sententie waarin de arbiters, enerzijds, tot de nietigheid van de overeenkomst besluiten wegens strijdigheid ervan met de openbare orde — in casu het Belgisch mededingingsrecht — en, anderzijds, toch hun bevoegdheid weerhouden om over de grond van de zaak te oordelen, naar Belgisch arbitragerecht wel eens nietig zou kunnen zijn. De eerder aangegeven regel van ons arbitragerecht dat geschillen die overeenkomsten of afspraken betreffen die *strijdig zijn met* de openbare orde, niet arbitrabel zijn, zou inderdaad aanleiding kunnen geven tot toepassing van de nietigheidsgrond van artikel 1704 (2) (b) van het Gerechtelijk Wetboek die precies deze hypothese viseert en voorschrijft dat een arbitrale uitspraak kan worden vernietigd *„indien het geschil niet vatbaar was voor beslechting door arbitrage"*.

Het enigszins trieste besluit van dit alles is dat de hoger aangegeven bevoegdheidsparadox blijft bestaan, en dat er geen sluitende gedragslijn bestaat voor arbiters die geconfronteerd worden met een overeenkomst die naar hun oordeel inbreuk maakt op een Belgisch-mededingingsrechtelijk voorschrift ...

26. Bovendien is een arbitrale (tussen)sententie waarin de arbiters zich, al dan niet expliciet, uitspreken *ten voordele van* de geldigheid en/of toelaatbaarheid van de overeenkomst in kwestie onder de Wet van 5 augustus 1991, ook al niet helemaal zonder gevaar.

Het risico bestaat inderdaad dat de Raad voor de Mededinging of het Hof van Beroep te Brussel alsnog tot de ongeldigheid en/of ontoelaatbaarheid van desbetreffende overeenkomst besluit.

Het lot van de (tussen)sententie waarin de arbiters besloten tot de geldigheid en/of toelaatbaarheid van de overeenkomst, en dus tot hun eigen bevoegdheid om over het geschil te oordelen, wordt in dat geval uitermate onzeker.

In toepassing van artikel 1704 (2) van het Gerechtelijk Wetboek kan ook dergelijke sententie door de Belgische rechtbanken immers worden vernietigd(53), en dit op minstens drie gronden, met name:

---

(53) Dit in de veronderstelling dat de sententie op Belgisch grondgebied gewezen werd. Is dit niet het geval, dan zullen de Belgische rechtbanken de bevoegdheid missen om over een vordering in nietigverklaring te oordelen (zie STORME, M., en DEMEULENAERE, B., *International Commercial Arbitration in Belgium*, Deventer, Kluwer Law and Taxation Publishers, 1989, p. 84, nr. 4).

1. wegens strijdigheid met de openbare orde (artikel 1704 (2) (a) van het Gerechtelijk Wetboek): in de hier vooropgestelde hypothese, waarin de arbiters oordeelden dat een overeenkomst op mededingingsrechtelijk vlak geldig en/of toelaatbaar was, terwijl de Raad voor de Mededinging of het Hof van Beroep te Brussel achteraf de ongeldigheid en/of ontoelaatbaarheid van deze overeenkomst vaststelt, hebben de arbiters immers een sententie gewezen waarin, al dan niet uitdrukkelijk, een overeenkomst bekrachtigd wordt die, zoals werd vastgesteld door de terzake bevoegde instantie, indruist tegen de Wet van 5 augustus 1991 en bijgevolg tegen de openbare orde;
2. wegens niet-arbitrabiliteit van het geschil of, zoals de wet het uitdrukt, niet-vatbaarheid van het geschil voor beslechting door arbitrage (artikel 1704 (2) (b) van het Gerechtelijk Wetboek): de arbiters hebben hier immers geoordeeld over een geschil aangaande een overeenkomst die strijdig is bevonden met de openbare orde, waardoor dit geschil niet arbitrabel werd(54);
3. wegens overschrijding door de arbiters van hun rechtsmacht of bevoegdheid (artikel 1704 (2) (d) van het Gerechtelijk Wetboek): arbiters missen ten enen male de rechtsmacht en bevoegdheid om een overeenkomst te bekrachtigen die strijdig is met de openbare orde.

Dergelijke sententie zal overigens ook in het buitenland vaak niet uitvoerbaar blijken te zijn. Zoals eerder in deze bijdrage reeds werd gemeld, voorziet het Verdrag van New York van 1958 — dat ondertussen veruit het belangrijkste uitvoeringsverdrag is geworden — inderdaad dat de bevoegde autoriteit in de verdragsluitende staat waar één der partijen om toelating tot uitvoering van een (buitenlandse) sententie verzoekt, deze uitvoeringstoelating mag weigeren indien de sententie in kwestie werd nietigverklaard door de daartoe bevoegde instantie in het land van herkomst van de sententie (artikel V (1) (e) van het Verdrag van New York). Indien desbetreffende sententie, met andere woorden, werd nietigverklaard in België, zal deze nietigverklaring de uitvoering van de sententie kunnen blokkeren in alle landen die tot het Verdrag van New York van 1958 zijn toegetreden(55).

---

(54) Zie nummer 23.

(55) Dit zal overigens evenzeer gelden voor een sententie waarin de arbiters besloten tot de nietigheid van de overeenkomst wegens strijdigheid met het Belgisch mededingingsrecht en zich toch bevoegd verklaarden, en die daarop door de Belgische rechter werd nietig verklaard. Zie nummer 25.

27. Gelet op de hierboven omschreven risico's verbonden aan een sententie waarin de arbiters de mededingingsrechtelijke geldigheid en/of toelaatbaarheid van een overeenkomst aanvaarden, in afwachting van een beslissing van de Raad voor de Mededinging of het Hof van Beroep te Brussel, zullen voorzichtige arbiters, waar zij zich strikt genomen wel degelijk vermogen uit te spreken voor de geldigheid en/of toelaatbaarheid van de overeenkomst, toch de nodige terughoudendheid in acht wensen te nemen. Indien zij voor zichzelf niet volledig van de mededingingsrechtelijke geldigheid en/of toelaatbaarheid van de overeenkomst overtuigd zijn, zullen zij er wellicht best aan doen de arbitrale procedure te schorsen tot de Raad voor de Mededinging of het Hof van Beroep te Brussel zich uitgesproken zullen hebben.

Het is evenwel duidelijk dat dergelijke schorsing de expeditiviteit van de arbitrale procedure geenszins ten goede komt, temeer daar de Raad voor de Mededinging in de praktijk reeds een belangrijke beslissingsachterstand blijkt te hebben opgelopen.

28. Een oplossing voor deze problematiek zou in artikel 42 van de Wet van 5 augustus 1991 kunnen liggen, waar dit artikel voorziet in de mogelijkheid tot het stellen van een prejudiciële vraag aan het Hof van Beroep te Brussel. Artikel 42 (1) stelt meer bepaald dat „*(w)anneer de oplossing van een geschil afhangt van het geoorloofd karakter van een mededingingspraktijk als bedoeld bij deze wet, (...) de rechter waarbij de zaak aanhangig werd gemaakt, de uitspraak (kan) uitstellen en het Hof van Beroep te Brussel (kan) raadplegen*". Krachtens hetzelfde artikel, neemt het Hof daarop een met redenen omklede beslissing, die niet vatbaar is voor beroep. „*Het rechtscollege dat de prejudiciële vraag stelt*", zo vervolgt hetzelfde artikel, „*is gehouden tot naleving van de beslissing die het Hof van Beroep te Brussel genomen heeft inzake het rechtspunt dat het voorwerp uitmaakte van de prejudiciële vraag*".

Indien de „*rechter waarbij de zaak aanhangig werd gemaakt*" door het Hof van Beroep te Brussel zo zou worden geïnterpreteerd dat ook alleenzetelende arbiters en arbitrale colleges onder deze terminologie zouden vallen, zou de mogelijkheid voor deze arbiters om via het stellen van een prejudiciële vraag, de opinie van het Hof van Beroep te Brussel in te winnen, het hierboven omschreven arbitrabiliteitsdilemma in feite oplossen. Arbiters die zeker van hun stuk zouden zijn, en voor wie het duidelijk zou zijn dat de overeenkomst waarover zij dienen te oordelen al dan niet mededingingsrechtelijk geldig en/of

toelaatbaar is, zouden over dit mededingingsrechtelijk aspect uitspraak kunnen doen zonder aan het Hof van Beroep te Brussel enige prejudiciële vraag te hoeven stellen. Arbiters die daarentegen twijfels zouden koesteren aangaande de mededingingsrechtelijke geldigheid en/of toelaatbaarheid van desbetreffende overeenkomst, zouden door het inwinnen van een prejudicieel antwoord van het Hof van Beroep te Brussel de risico's verbonden aan een sententie waarvan achteraf blijkt dat deze het mededingingsrechtelijk aspect verkeerd heeft ingeschat, kunnen uitschakelen.

29. Het argument als zou deze arbiter-vriendelijke interpretatie van artikel 42 (1) van de Wet van 5 augustus 1991 de werklast van het Hof van Beroep te Brussel onnodig verzwaren, kan niet worden weerhouden. De mogelijkheid voor arbiters tot het stellen van prejudiciële vragen in mededingingsrechtelijke aangelegenheden zou integendeel het aantal procedures in nietigverklaring van sententies op deze gronden drastisch doen verminderen...

30. Gebeurlijke tegenstanders van de mogelijkheid voor arbiters tot het stellen van prejudiciële vragen in het kader van artikel 42 (1) van de Wet van 5 augustus 1991 zullen tenslotte doen opmerken dat het Hof van Justitie, in het zogenaamde Nordsee-arrest(56), arbiters deze mogelijkheid in Europeesrechtelijke context heeft ontzegd(57). Het is inderdaad zo dat ook het Verdrag van Rome, met name in zijn artikel 177, voorziet in de mogelijkheid voor „*een rechterlijke instantie van een der Lid-Staten*" om het Hof van Justitie te verzoeken om, bij wijze van prejudiciële beslissing, uitspraak te doen over een vraag aangaande de uitlegging van de mededingingsrechtelijke regelen vervat in het Verdrag van Rome, indien een vraag te dien aanzien voor desbetreffende rechterlijke instantie werd opgeworpen. Indien het gaat om een rechterlijke instantie „*waarvan de beslissingen volgens het nationale recht niet vatbaar zijn voor hoger beroep*", is deze instantie zelfs *verplicht* zich met een prejudiciële vraag tot het Hof van Justitie te wenden.

Wellicht bestond één der achterliggende motieven van het Hof van Justitie bij het afwijzen van de mogelijkheid voor arbiters om een

(56) H.v.J., 102/81, Nordsee Deutsche Hochseefischerei GmbH v. Reederei Mond Hochseefischerei Nordstern AG & Co. KG et al, Jur. 1982, 1096.

(57) Voor een kritische bespreking van het Nordsee-arrest van het Hof van Justitie, zie ERAUW, J., „Reference by Arbitrators to the European Court of Justice for Preliminary Rulings", in *Arbitrage en Europees Recht, Rapporten van het internationaal colloquium van Cepina van 25 april 1997*, Bruylant, Brussel, 1997, p. 101 en volgende.

prejudiciële vraag te stellen, in de omstandigheid dat arbiters in principe uitspraak doen in laatste instantie, waardoor zij, indien zij onder toepassing van artikel 177 zouden vallen, meteen *verplicht* zouden zijn een prejudiciële vraag te stellen aan het Hof van Justitie telkens dergelijke vraag voor hen wordt opgeworpen. In het kader van de interpretatie van artikel 42 (1) van de Wet van 5 augustus 1991 is dergelijk motief evenwel niet relevant, vermits artikel 42 (1) het stellen van een prejudiciële vraag geenszins oplegt, ook niet indien de vraag uitgaat van een instantie waarvan de beslissingen niet vatbaar zijn voor hoger beroep. Hogervermeld Nordsee-arrest van het Hof van Justitie mag dan ook geen beletsel vormen voor de hierboven voorgestelde arbiter-vriendelijke interpretatie van artikel 42 (1) van de Wet van 5 augustus 1991.

31. Een laatste vraag in dit verband — zoals reeds gesteld in het kader van ons tweede voorbeeld aangaande een koopovereenkomst van aandelen die mogelijkerwijze een „concentratie" zou kunnen behelzen in de zin van de Wet van 5 augustus 1991 — betreft de vaak voorkomende clausule die een opschortende voorwaarde inhoudt voor de totstandkoming van de overeenkomst voor het geval de Raad voor de Mededinging of het Hof van Beroep te Brussel de overdracht van aandelen niet zou goedkeuren. Welke invloed heeft dergelijke clausule op de bevoegdheid van de arbiters?

Het antwoord op deze vraag volgt uit artikel 1697 van het Gerechtelijk Wetboek.

Krachtens artikel 1697 (1) van het Gerechtelijk Wetboek kunnen arbiters zich „*omtrent (hun) bevoegdheid uitspreken en daartoe de geldigheid van de overeenkomst tot arbitrage onderzoeken*". Artikel 1697 (2) van het Gerechtelijk Wetboek vervolledigt deze bepaling en schrijft in niet mis te verstane bewoordingen voor dat „*(d)e vaststelling, dat het contract nietig is, (...) niet van rechtswege (meebrengt) dat ook de overeenkomst tot arbitrage die daarvan deel uitmaakt nietig is*", en consacreert aldus de internationaal welbekende separabiliteitsdoctrine(58). Deze doctrine stelt dat de in een contract vervatte arbitrageclausule als een aparte, afgescheiden overeenkomst (tot arbitrage) dient te worden gezien. Hieruit volgt dat eventuele, zelfs gerechtvaardigde bezwaren tegen de geldigheid van dit contract niets afdoen aan de bevoegdheid van de arbiters om over deze geldigheid te

(58) Zie STORME, M., en DEMEULENAERE, B., *International Commercial Arbitration in Belgium*, Deventer, Kluwer Law and Taxation Publishers, 1989, p. 53, nr. 125.

oordelen. Meer nog, de vaststelling van de arbiters dat het contract als zodanig ongeldig is, zal niet noodzakelijk de ongeldigheid van de in dit contract vervatte arbitrageclausule, en de daaruit voortvloeiende onbevoegdheid van de arbiters, impliceren. Dit zal enkel het geval zijn indien de grond waarop het contract ongeldig is, ook de arbitrageclausule aantast.

Toegepast op bovenvermelde clausule houdende een opschortende voorwaarde voor de totstandkoming van de koopovereenkomst van aandelen, betekent dit dat de arbiters in elk geval bevoegd zullen zijn om over de al dan niet vervulling van deze voorwaarde, en bijgevolg over de al dan niet totstandkoming van de koopovereenkomst, te oordelen. De verdere beoordeling van het geschil door de arbiters zal vanzelfsprekend afhangen van de concrete inhoud van de overeenkomst en de manier waarop partijen hieraan uitvoering hebben gegeven.

In toepassing van dezelfde principes, zullen de arbiters daarentegen *on*bevoegd zijn om over de totstandkoming van de koopovereenkomst als zodanig te oordelen indien de opschortende voorwaarde uitdrukkelijk in de arbitrageclausule zelf is opgenomen, en dit zolang deze voorwaarde zich niet heeft gerealiseerd.

III. Subjectieve arbitrabiliteit

(oud:)

„1676.2. Ger.W. Buiten de publiekrechtelijke rechtspersoon kan ieder die bekwaam of bevoegd is om een dading aan te gaan, een overeenkomst tot arbitrage sluiten. De Staat kan een dergelijke overeenkomst sluiten wanneer een verdrag hem toestaat in arbitrage toe te stemmen."

(nieuw:)

„1676.2. Ger.W. Ieder die bekwaam of bevoegd is om een dading aan te gaan, kan een overeenkomst tot arbitrage sluiten.
De publiekrechtelijke rechtspersonen kunnen, onverminderd het bepaalde in de bijzondere wetten, slechts een overeenkomst tot arbitrage sluiten indien de overeenkomst de beslechting van een geschil betreffende de totstandkoming of de uitvoering van een overeenkomst tot doel heeft. De voorwaarden die golden voor het sluiten van het contract waarvan de uitvoering aan arbitrage wordt onderworpen gelden eveneens voor het sluiten van de overeenkomst tot arbitrage. Daarenboven mogen de publiekrechtelijke rechtspersonen in alle aangelegenheden, bepaald bij wet of bij een in Ministerraad overlegd koninklijk besluit, overeenkomsten tot arbitrage sluiten. Het besluit mag eveneens de voorwaarden en de regels van totstandkoming van de overeenkomst bepalen."

32. In het vorig luik van deze bijdrage werd uitgeweid over de nieuwe invulling die aan de *objectieve* arbitrabiliteitscriteria van artikel 1676 (1) van het Gerechtelijk Wetboek werd gegeven door, enerzijds, evoluties in de rechtspraak over exclusieve distributieovereenkomsten(59) en, anderzijds, nieuwe wetgevingen op het vlak van het verzekeringsrecht(60) en het intern-Belgisch mededingingsrecht(61).

Dit tweede luik handelt over de *subjectieve* arbitrabiliteit naar Belgisch recht, d.w.z. de bekwaamheids- en/of bevoegdheidsvereisten waaraan een persoon dient te voldoen om een geldige overeenkomst tot arbitrage te kunnen onderschrijven.

33. Zoals in de inleiding tot deze bijdrage reeds werd gemeld, zijn de basisprincipes van de subjectieve arbitrabiliteit naar huidig Belgisch recht vervat in artikel 1676 (2) van het Gerechtelijk Wetboek, zoals herschreven door de Wet van 19 mei 1998 tot wijziging van (een aantal van) de bepalingen van het Gerechtelijk Wetboek betreffende de arbitrage(62) (in dit artikel ook „de wet van 1998" genoemd).

De wet van 1998 bevestigde het reeds in het oude artikel 1676 (2) van het Gerechtelijk Wetboek opgenomen principe dat „*(i)eder die bekwaam of bevoegd is om een dading aan te gaan, (...) een overeenkomst tot arbitrage (kan) sluiten*", doch voerde in het zog van deze bevestigingsbepaling meteen ook een totaal nieuw voorschrift in ter hervorming van de (on)bekwaamheid van publiekrechtelijke rechtspersonen om een overeenkomst tot arbitrage te sluiten. Hieronder wordt uitgebreid op deze hervorming ingegaan.

Verder wordt ook aandacht besteed aan de impact van een tweetal andere recente wetgevingen, met name de Faillissementswet van 8 augustus 1997(63), en de Wet van 17 juli 1997 betreffende het gerechtelijk akkoord(64).

34. Dat ook de subjectieve arbitrabiliteitsregels van cruciaal belang zijn in het Belgisch arbitragerecht, blijkt op zich al uit het feit dat een

---

(59) Zie nummers 10 tot 14.

(60) Zie nummers 6 tot 9.

(61) Zie nummers 15 tot 31.

(62) *Belgisch Staatsblad*, 7 augustus 1998, p. 25353. Deze Wet van 19 mei 1998 is in werking getreden op 17 augustus 1998.

(63) *Belgisch Staatsblad*, 28 oktober 1997, p. 28562. Deze Wet van 8 augustus 1997 is in werking getreden op 1 januari 1998.

(64) *Belgisch Staatsblad*, 28 oktober 1997, p. 28550, err. *Belgisch Staatsblad*, 4 december 1997, p. 32337. Net zoals de nieuwe Faillissementswet, trad ook de Wet van 17 juli 1997 betreffende het gerechtelijk akkoord in werking op 1 januari 1998.

overeenkomst tot arbitrage nietig zal zijn indien zij werd aangegaan door een natuurlijk of rechtspersoon die niet de vereiste bekwaamheid en/of bevoegdheid had om dergelijke overeenkomst te onderschrijven. Een sententie die dit principe negeert, en waarin de arbiters zich toch bevoegd verklaren, zal overigens door de rechtbank van eerste aanleg vernietigd kunnen worden op grond van artikel 1704 (2) (c) van het Gerechtelijk Wetboek dat voorschrijft dat een arbitrale uitspraak „*kan worden vernietigd (...) indien er geen geldige overeenkomst tot arbitrage is*".

Eerder in dit artikel werd er reeds herhaaldelijk op gewezen dat, in toepassing van het Verdrag van New York van 1958, de nietigverklaring van een sententie door een Belgische rechtbank de uitvoering van deze sententie zal kunnen blokkeren in alle landen die tot het Verdrag van New York van 1958 zijn toegetreden. Artikel V (1) (e) van dit Verdrag voorziet inderdaad dat de bevoegde autoriteit in de verdragsluitende staat waar één der partijen om toelating tot uitvoering van een (buitenlandse) sententie verzoekt, deze uitvoeringstoelating mag weigeren indien de sententie in kwestie werd nietigverklaard door de daartoe bevoegde instantie in het land van herkomst ervan.

Het belang dat door de internationale arbitragegemeenschap aan de subjectieve arbitrabiliteit gehecht wordt, blijkt trouwens evenzeer uit artikel V (1) (a) van het Verdrag van New York van 1958 waarin de onbekwaamheid en/of onbevoegdheid van diegene die de overeenkomst tot arbitrage sloot, uitdrukkelijk als grond wordt vermeld waarop een uitvoeringsautoriteit de toelating tot uitvoering van desbetreffende (buitenlandse) sententie vermag te weigeren. Deze onbekwaamheid en/of onbevoegdheid, zo stelt artikel V (1) (a) van het Verdrag van New York van 1958 nog uitdrukkelijk, dient te worden beoordeeld aan de hand van het recht dat op desbetreffende persoon van toepassing is.

35. Volledigheidshalve dient ook hier te worden vermeld dat, naast de in deze bijdrage behandelde vormen van onbekwaamheid, er nog tal van andere onbekwaamheden en/of onbevoegdheden bestaan met repercussies op het vlak van de arbitrabiliteit. Omdat zij de jongste tijd minder snel of zelfs helemaal niet geëvolueerd zijn, komen zij in dit artikel niet aan bod. In dit verband kan naar algemene werken over arbitrage worden verwezen(65).

---

(65) Zie bijvoorbeeld HUYS, M., en KEUTGEN, G., *L'arbitrage en droit belge et international*, Brussel, Bruylant, 1981, p. 44 en volgende; alsook LINSMEAU, J., „L'arbitrage volontaire en droit privé belge", *R.P.D.B.*, Complément, nr. 41 en volgende.

1. De (on)bekwaamheid om een overeenkomst tot arbitrage te sluiten bij faillissement

36. Ons faillissementsrecht werd tot voor kort beheerst door de Faillissementswet van 18 april 1851(66) (hierna ook „de oude Faillissementswet" genoemd). Zoals men weet, heeft de (nieuwe) Faillissementswet van 8 augustus 1997(67) (hierna ook „de nieuwe Faillissementswet" genoemd), in werking getreden op 1 januari 1998(68), het Belgisch faillissementsrecht echter vrij grondig hervormd(69).

Vraag is welke de weerslag van deze hervorming is voor de in deze bijdrage behandelde materie, met name de mogelijkheid voor de gefailleerde en/of de curator om geldig toe te stemmen in een overeenkomst tot arbitrage.

Hieronder zal blijken dat de nieuwe Faillissementswet, in tegenstelling tot wat men misschien zou verwachten, weinig aan de voorheen bestaande situatie inzake arbitrabiliteit heeft veranderd. De conclusies dienaangaande die door rechtspraak en rechtsleer uit de oude Faillissementswet getrokken werden, zullen inderdaad onverminderd geldig blijven onder de nieuwe Faillissementswet.

Achtereenvolgens wordt ingegaan op de volgende drie subvragen:

a. Vermag de gefailleerde een geldige overeenkomst tot arbitrage te sluiten na het vonnis van faillietverklaring?
b. In hoeverre blijft een overeenkomst tot arbitrage gesloten door de gefailleerde vóór het vonnis van faillietverklaring geldig?
c. In hoeverre vermag de curator een geldige overeenkomst tot arbitrage te onderschrijven?

37. Het antwoord op de eerste hierboven geformuleerde vraag is vrij eenvoudig.

Zowel onder de oude als onder de nieuwe Faillissementswet verliest de gefailleerde, te rekenen van het vonnis van faillietverklaring, van

(66) *Belgisch Staatsblad*, 24 april 1851.

(67) *Belgisch Staatsblad*, 28 oktober 1997, p. 28562.

(68) Krachtens haar artikel 150 treedt het gros der bepalingen van de nieuwe Faillissementswet in werking *„op de datum die de Koning bepaalt en uiterlijk zes maanden na de bekendmaking in het Belgisch Staatsblad"*. Bij Koninklijk Besluit van 25 november 1997 (*Belgisch Staatsblad*, 4 december 1997, p. 32337) werd de datum van inwerkingtreding vastgesteld op 1 januari 1998.

(69) Voor een overzicht van deze hervorming, zie Verougstraete, I., „Algemeen concept", in Braeckmans, H., Dirix, E., en Wymeersch, E. (eds), *Faillissement en Gerechtelijk Akkoord: het nieuwe recht*, Kluwer Rechtswetenschappen, 1998, p. 3 en volgende.

rechtswege het beheer over al zijn goederen, zelfs over de goederen die hij mocht verkrijgen terwijl hij in staat van faillissement is. Desbetreffende bepaling uit artikel 16 van de nieuwe Faillissementswet correspondeert trouwens bijna woordelijk met haar equivalent uit artikel 444 van de oude Faillissementswet.

Vanaf hetzelfde vonnis kan iedere roerende of onroerende rechtsvordering, iedere tenuitvoerlegging op roerende of op onroerende goederen, uitsluitend tegen de curator van het faillissement worden vervolgd, ingesteld of uitgeoefend. Opnieuw valt hier de gelijkenis op tussen desbetreffende bepalingen in artikel 24 van de nieuwe Faillissementswet en artikel 452 van de oude Faillissementswet.

Een *overeenkomst tot arbitrage gesloten door de gefailleerde na het vonnis van faillietverklaring* en met betrekking tot de failliete boedel zal bijgevolg ook onder de nieuwe Faillissementswet nietig zijn(70).

38. Ook het lot beschoren aan een *overeenkomst tot arbitrage gesloten door de gefailleerde vóór het vonnis van faillietverklaring* zal onder de oude en de nieuwe Faillissementswet gelijklopend zijn. De in dit verband onder de oude Faillissementswet bestaande controversen in rechtspraak en rechtsleer worden door de nieuwe Faillissementswet overigens geenszins uitgeklaard. De belangrijkste dezer controversen worden hieronder samengevat.

39. Volgens sommige oudere auteurs(71) is een overeenkomst tot arbitrage gesloten door de gefailleerde vóór het vonnis van faillietverklaring enkel tegenstelbaar aan de failliete boedel indien de arbitrale procedure werd ingeleid vóór vermeld vonnis van faillietverklaring.

Anderen(72) hebben voorgehouden dat de curator geen actieve rol in dergelijke arbitrale procedure vermag te spelen. Een extreme gevolgtrekking van deze stelling zou zijn dat een overeenkomst tot arbitrage, gesloten door de gefailleerde vóór het vonnis van faillietverklaring, enkel tegenstelbaar zou zijn aan de failliete boedel indien de zaak door de arbiter of het arbitraal college reeds in beraad genomen was op het ogenblik van het vonnis van faillietverklaring.

---

(70) Zie, voor wat de oude Faillissementswet betreft: LINSMEAU, J., en VAN GELDER, J., „La nouvelle loi sur l'arbitrage volontaire", *J.T.*, 1973, p. 207; HUYS, M., en KEUTGEN, G., *L'arbitrage en droit belge et international*, Brussel, Bruylant, 1981, pp. 49-50, nr. 41; THIELMAN, V., „Arbitrage en faillissement", *R.W.*, 1990-1991, p. 876.

(71) DERMINE, L., *L'arbitrage commercial en Belgique*, Brussel, Larcier, 1975, p. 19, nr. 36.

(72) LINSMEAU, J., en VAN GELDER, J., „La nouvelle loi sur l'arbitrage volontaire", *J.T.*, 1973, p. 208.

Samen met recentere rechtsleer(73) ben ik van oordeel dat dergelijke stellingen niet langer verdedigbaar zijn, noch onder de oude noch onder de nieuwe Faillissementswet, daar zij hun oorsprong vinden in vroegere wetgeving die een onderscheid maakte tussen, enerzijds, overeenkomsten tot arbitrage die een *bestaand* geschil aan arbitrage onderwerpen (*compromis*) en, anderzijds, overeenkomsten tot arbitrage die voorzien dat *toekomstige* geschillen door arbitrage beslecht zullen worden (*clause compromissoire*). Onze huidige arbitragewetgeving maakt dit onderscheid niet langer en laat geen twijfel bestaan over de geldigheid van overeenkomsten tot arbitrage van toekomstige geschillen(74). De hierboven weergegeven stellingen zijn dan ook voorbijgestreefd.

40. Door bepaalde rechtsleer(75) werd verder gesuggereerd dat een overeenkomst tot arbitrage, gesloten door de gefailleerde vóór het vonnis van faillietverklaring, nietig verklaard kon worden indien deze overeenkomst tot arbitrage binnen de toepassingsvoorwaarden viel van artikel 446 van de oude Faillissementswet. Krachtens deze bepaling, die weerspiegeld wordt in artikel 18 van de nieuwe Faillissementswet, konden alle „*handelingen*"/„*betalingen*" die in de verdachte periode werden verricht, andere dan deze opgesomd in artikel 445 van de oude Faillissementswet — cf artikel 17 van de nieuwe Faillissementswet —, worden vernietigd indien de medecontractant kennis had van de staking van betaling.

Ook deze suggestie kan mijns inziens niet worden weerhouden(76). Men kan zich de toepassing van artikel 446 van de oude Faillissementswet of artikel 18 van de nieuwe Faillissementswet op een overeenkomst tot arbitrage immers maar moeilijk voorstellen. Dergelijke overeenkomst is noch een „*handeling*", noch een „*betaling*". De eventuele nietigheid van het contract waarin de arbitrageclausule is vervat, dient daarenboven de geldigheid van deze arbitrageclausule geenszins aan te tasten. Artikel 1697 (2) van het Gerechtelijk Wetboek schrijft inderdaad voor dat „*(d)e vaststelling, dat het contract*

(73) STORME, M., en DEMEULENAERE, B., *International Commercial Arbitration in Belgium*, Deventer, Kluwer Law and Taxation Publishers, 1989, p. 38, nr. 85; LINSMEAU, J., „L'arbitrage volontaire en droit privé belge", *R.P.D.B.*, Complément, pp. 20-21, nr. 53.

(74) Artikel 1676 (1) van het Gerechtelijk Wetboek.

(75) HUYS, M., en KEUTGEN, G., *L'arbitrage en droit belge et international*, Brussel, Bruylant, 1981, p. 50, nr. 41.

(76) Zie eveneens STORME, M., en DEMEULENAERE, B., *International Commercial Arbitration in Belgium*, Deventer, Kluwer Law and Taxation Publishers, 1989, p. 39, nr. 86.

nietig is, (...) niet van rechtswege mede(brengt) dat ook de overeenkomst tot arbitrage die daarvan deel uitmaakt nietig is"(77).

41. Het besluit van dit alles lijkt mij te zijn dat niets de geldigheid van een *overeenkomst tot arbitrage gesloten door de gefailleerde vóór het vonnis van faillietverklaring* in de weg staat. Dergelijke overeenkomst tot arbitrage is principieel geldig en tegenstelbaar aan de failliete boedel(78), en dit zowel onder de oude als onder de nieuwe Faillissementswet(79).

Volledigheidshalve dient evenwel voorbehoud te worden gemaakt voor de betwistingen „*rechtstreeks ontstaan uit het faillissement*" en „*waarvan de gegevens voor de oplossing zich bevinden in het bijzonder recht dat het stelsel van het faillissement (...) beheerst*". Op grond van artikel 574 (2°) van het Gerechtelijk Wetboek behoren deze betwistingen tot de uitsluitende bevoegdheid van de Rechtbank van Koophandel(80).

42. De derde en laatste hierboven gestelde vraag, tenslotte, betreft *de mogelijkheid voor de curator om een geldige overeenkomst tot arbitrage te onderschrijven.*

Het antwoord op deze vraag zal andermaal gelijklopend zijn onder de oude én de nieuwe Faillissementswet.

Gelet op het stilzwijgen van de (oude Faillissements)wet in dat verband, ontzeggen sommige auteurs(81) de curator deze mogelijkheid.

Ten onrechte. Krachtens het eerste lid van artikel 58 van de nieuwe Faillissementswet — dat een weerspiegeling is van artikel 492 van de oude Faillissementswet — blijft de curator bevoegd om, met machti-

(77) Over artikel 1697 (2) van het Gerechtelijk Wetboek, zie eveneens nummer 52.

(78) In dezelfde zin: COLLE, P. en VANLERSBERGHE, P., „Verzekeringen en faillissement", in *Het faillissementsrecht geactualiseerd*, Die Keure, 1997, p. 166.

(79) Niettemin dient gewezen te worden op artikel 46 van de nieuwe Faillissementswet, waarin expliciet voorzien wordt dat „*de curatoren onverwijld (beslissen) of zij de overeenkomsten die gesloten zijn voor de datum van het vonnis van faillietverklaring en waaraan door dat vonnis geen einde wordt gemaakt, al dan niet verder uitvoeren*". Het valt niet uit te sluiten dat deze bepaling ooit ingeroepen wordt om de uitvoerbaarheid te betwisten van een arbitrageclausule daterend van vóór het vonnis van faillietverklaring. Daar kan dan echter weer tegen in worden gebracht dat de rechtspraak ook onder de oude Faillissementswet een dergelijke regel uitwerkte, die echter nooit de geldigheid van vermelde arbitrageclausules lijkt te hebben bezwaard.

(80) Brussel, 21 februari 1990, besproken in *Recht en Onderneming*, 11 januari 1991, 1/11-1/12.

(81) CLOQUET, A., *Les concordats et la faillite*, Les Novelles, Brussel, Larcier, 1985, p. 639, nr. 2184.

ging van de rechter-commissaris en na behoorlijke oproeping van de gefailleerde, dadingen aan te gaan over alle geschillen waarbij de boedel betrokken is. Nog steeds naar analogie met artikel 492 van de oude Faillissementswet, voorziet het tweede lid van artikel 58 van de nieuwe Faillissementswet voorts dat, wanneer de dading onroerende rechten betreft of wanneer de waarde van haar voorwerp onbepaald is of 500.000 frank te boven gaat, deze dading weliswaar eerst bindend wordt nadat ze door de rechtbank werd gehomologeerd. In toepassing van artikel 1676 (2) van het Gerechtelijk Wetboek kan ieder die bekwaam of bevoegd is om een dading aan te gaan, een overeenkomst tot arbitrage sluiten, de publiekrechtelijke rechtspersonen niet te na gesproken(82). Het ligt dan ook voor de hand dat de curator in principe een overeenkomst tot arbitrage vermag aan te gaan, mits hij de nodige machtiging van de rechter-commissaris heeft en de formaliteiten van artikel 58 van de nieuwe Faillissementswet — cf artikel 492 van de oude Faillissementswet — naleeft(83).

Volledigheidshalve dient echter ook hier voorbehoud te worden gemaakt voor de betwistingen „*rechtstreeks ontstaan uit het faillissement*" en „*waarvan de gegevens voor de oplossing zich bevinden in het bijzonder recht dat het stelsel van het faillissement (...) beheerst*". Zoals hierboven reeds werd opgemerkt, behoren deze betwistingen op grond van artikel 574 (2°) van het Gerechtelijk Wetboek tot de uitsluitende bevoegdheid van de Rechtbank van Koophandel.

2. De (on)bekwaamheid om een overeenkomst tot arbitrage te sluiten bij gerechtelijk akkoord

43. Zoals het faillissementsrecht, werd ook de Belgische wetgeving op het gerechtelijk akkoord onlangs gemoderniseerd. Waar het gerechtelijk akkoord tot voor kort geregeld werd door de Gecoördineerde wetten op het gerechtelijk akkoord van 25 september 1946(84) (hierna ook „de oude wet op het gerechtelijk akkoord" genoemd), trad op 1 januari 1998 de Wet van 17 juli 1997 betreffende het gerechtelijk

(82) Over de (on)bekwaamheid van publiekrechtelijke rechtspersonen om een overeenkomst tot arbitrage te sluiten, zie nummers 46 tot 59.

(83) In dezelfde zin: Huys, M., en Keutgen, G., *L'arbitrage en droit belge et international*, Brussel, Bruylant, 1981, nr. 46, p. 55; Matray, L., „Le droit belge de l'arbitrage", in *Travaux offerts au professeur Albert Fettweis*, Story-Scientia, 1989, pp. 234-235; Thielman, V., „Arbitrage en faillissement", *R.W.*, 1990-1991, p. 877.

(84) *Belgisch Staatsblad*, 11 oktober 1946, p. 8446.

akkoord(85) (hierna ook „de nieuwe wet op het gerechtelijk akkoord" genoemd) in werking(86).

In tegenstelling tot de hervorming van het faillissementsrecht die, zoals hierboven bleek(87), weinig veranderde aan de voorheen bestaande situatie inzake arbitrabiliteit, heeft de nieuwe wet op het gerechtelijk akkoord wel degelijk een innoverende invloed op de bekwaamheid van de schuldenaar om een overeenkomst tot arbitrage te sluiten.

44. Ook onder de oude wet op het gerechtelijk akkoord kon de schuldenaar die een gerechtelijk akkoord onderschreef dat door de rechtbank werd gehomologeerd, in principe een geldige overeenkomst tot arbitrage sluiten(88).

Gedurende de aan de homologatie voorafgaande rechtspleging werd deze principiële bekwaamheid echter danig beperkt door artikel 11 van de oude wet op het gerechtelijk akkoord, op grond waarvan *„(h)angende de rechtspleging tot het bekomen van het akkoord, (...) de schuldenaar noch (kon) vervreemden noch met hypotheek bezwaren, noch zich verbinden, zonder machtiging van de rechter-commissaris"*. In de periode voorafgaand aan de homologatie van het gerechtelijk akkoord diende de schuldenaar bijgevolg steeds machtiging van de rechter-commissaris te bekomen vooraleer hij een geldige overeenkomst tot arbitrage vermocht te sluiten(89).

In bepaalde rechtsleer(90) werd bovendien gesuggereerd dat de schuldenaar, in de periode voorafgaand aan de homologatie van het gerechtelijk akkoord, eveneens machtiging van de rechter-commissaris nodig had om een arbitrale procedure op te starten of te benaarstigen, ook indien deze arbitrale procedure voortvloeide uit een overeen-

---

(85) *Belgisch Staatsblad*, 28 oktober 1997, p. 28550, err. *Belgisch Staatsblad*, 4 december 1997, p. 32337.

(86) Krachtens haar artikel 62 treedt de nieuwe wet op het gerechtelijk akkoord in werking *„op de dag bepaald in het koninklijk besluit genomen ter uitvoering van artikel 150 van de faillissementswet van 8 augustus 1997 en ten laatste zes maanden na de bekendmaking ervan in het Belgisch Staatsblad"*. Bij Koninklijk Besluit van 25 november 1997 (*Belgisch Staatsblad*, 4 december 1997, p. 32337) werd de datum van inwerkingtreding van de nieuwe faillissementswet, en bijgevolg ook van de nieuwe wet op het gerechtelijk akkoord, vastgesteld op 1 januari 1998.

(87) Zie nummers 36 tot 42.

(88) LINSMEAU, J., „L'arbitrage volontaire en droit privé belge", *R.P.D.B.*, Complément, pp. 17-18, nr. 42.

(89) HUYS, M., en KEUTGEN, G., *L'arbitrage en droit belge et international*, Brussel, Bruylant, 1981, p. 50, nr. 42.

(90) Concordat judiciaire, *R.P.D.B.*, Complément, 1966, p. 304, nr. 161; contra: Les Novelles, Droit commercial, Tome IV, *Les concordats et la faillite*, Brussel, Larcier, 1985, p. 219, nr. 701.

komst tot arbitrage daterend van vóór het begin van de rechtspleging tot het bekomen van het gerechtelijk akkoord.

Een overeenkomst tot arbitrage aangegaan door de schuldenaar zonder de vereiste machtiging van de rechter-commissaris kon nietig verklaard worden op verzoek van één of meerdere schuldeisers, althans indien deze schuldeisers geen partij waren bij de overeenkomst tot arbitrage(91).

45. De nieuwe wet op het gerechtelijk akkoord consolideert het principe dat de schuldenaar een geldige overeenkomst tot arbitrage kan sluiten, eens het gerechtelijk akkoord door de rechtbank werd gehomologeerd.

Nieuw is evenwel dat de bewegingsvrijheid van de schuldenaar tijdens de periode voorafgaand aan deze homologatie, wordt verruimd.

In de nieuwe wet op het gerechtelijk akkoord wordt de curatele door een rechter-commissaris immers vervangen door de minder verstrekkende bijstand door een particulier orgaan, de commissaris inzake opschorting. Deze commissaris inzake opschorting zal de schuldenaar bijstaan in het bestuur van de onderneming. In principe blijft de schuldenaar echter aan het hoofd van de onderneming en behoudt hij zijn volledige handelingsbekwaamheid(92).

Het gevolg hiervan is dat de schuldenaar, ook in de periode voorafgaand aan de homologatie van het gerechtelijk akkoord, in principe geldig in arbitrage zal kunnen toestemmen, en dit zonder machtiging van de commissaris inzake opschorting.

Onmiddellijk dient hier evenwel te worden aan toegevoegd dat de wet zelf een uitzondering op dit principe voorziet. Artikel 15 (1) van de nieuwe wet op het gerechtelijk akkoord schrijft inderdaad voor dat „*(d)e rechtbank kan bepalen dat de schuldenaar geen daden van bestuur of beschikking mag verrichten zonder machtiging van de commissaris inzake opschorting*" en dat, indien de schuldenaar in

(91) Les Novelles, Droit commercial, Tome IV, *Les concordats et la faillite*, Brussel, Larcier, 1985, p. 221, nr. 706; Concordat judiciaire, *R.P.D.B.*, Complément, 1966, p. 305, nr. 173.

(92) TISON, M., „Verloop en afwikkeling van het gerechtelijk akkoord en het faillissement", in BRAECKMANS, H., DIRIX, E., en WYMEERSCH, E. (eds), *Faillissement en Gerechtelijk Akkoord: het nieuwe recht*, Kluwer Rechtswetenschappen, 1998, p. 36; BRAECKMANS, H., „De commissaris inzake opschorting in het raam van het gerechtelijk akkoord en de nieuwe taken van de commissaris-revisor en van de bestuurders", in BRAECKMANS, H., DIRIX, E., en WYMEERSCH, E. (eds), *Faillissement en Gerechtelijk Akkoord: het nieuwe recht*, Kluwer Rechtswetenschappen, 1998, p. 279 en p. 290.

strijd met dit voorschrift handelt, *„deze handelingen (niet) aan de schuldeisers (kunnen) worden tegengeworpen"*.
In het geval waarin de rechtbank van deze mogelijkheid voorzien in artikel 15 (1) van de nieuwe wet op het gerechtelijk akkoord gebruik maakt, en voorschrijft dat de schuldenaar in kwestie machtiging van de commissaris inzake opschorting behoeft om (bepaalde) daden van bestuur of beschikking te verrichten, is desbetreffende — specifieke — situatie vergelijkbaar met deze die als algemene regel bestond onder de oude wet op het gerechtelijk akkoord. Een overeenkomst tot arbitrage onderschreven door een schuldenaar zonder de vereiste machtiging van de commissaris inzake opschorting, zal alsdan ook onder de nieuwe wet op het gerechtelijk akkoord vernietigbaar zijn op verzoek van één of meerdere schuldeisers.

3. De principiële bekwaamheid van publiekrechtelijke rechtspersonen om een overeenkomst tot arbitrage te sluiten

46. Onder toenemende druk vanwege de rechtsleer(93) heeft de Wet van 19 mei 1998 tot wijziging van (een aantal van) de bepalingen van het Gerechtelijk Wetboek betreffende de arbitrage(94) (in dit artikel ook „de wet van 1998" genoemd) de voorheen geconsacreerde principiële *onbekwaamheid* van de Staat en de publiekrechtelijke rechtspersonen om een overeenkomst tot arbitrage te sluiten, vervangen door de principiële *bekwaamheid* daartoe(95).

47. Het *oude* artikel 1676 (2) van het Gerechtelijk Wetboek schreef inderdaad voor dat:

„Buiten de publiekrechtelijke rechtspersoon (...) ieder die bekwaam of bevoegd is om een dading aan te gaan, een overeenkomst tot arbitrage (kan) sluiten. De Staat kan een dergelijke overeenkomst sluiten wanneer een verdrag hem toestaat in arbitrage toe te stemmen."

(93) Zie voetnoot 111.

(94) Zie ook nummer 3.

(95) De wet van 1998 bevat ook nog een andere nieuwigheid met betrekking tot publiekrechtelijke rechtspersonen. Krachtens artikel 9 van de wet van 1998 wordt met name een bepaling toegevoegd aan artikel 1700 van het Gerechtelijk Wetboek, luidens dewelke *„(w)anneer een publiekrechtelijke rechtspersoon partij is bij de overeenkomst tot arbitrage, (...) de arbiters steeds volgens de regels van het recht (beslissen), onverminderd de bijzondere wetten"*.

Uit deze wettekst volgde dat het Belgische publiekrechtelijke rechtspersonen in principe niet toegelaten was om een overeenkomst tot arbitrage te sluiten(96).

48. Hetzelfde artikel formuleerde evenwel meteen een uitzondering op deze regel waar het voorschreef dat „*(d)e Staat (...) een dergelijke overeenkomst (kan) sluiten wanneer een verdrag hem toestaat in arbitrage toe te stemmen*".
De belangrijkste dezer verdragen waarin aan de Belgische Staat toelating werd verleend om overeenkomsten tot arbitrage te onderschrijven, zijn, enerzijds, het Europees Verdrag inzake de Internationale Handelsarbitrage van 21 april 1961(97) (hierna ook genoemd het „Verdrag van Genève van 1961") en, anderzijds, het Verdrag inzake de Beslechting van Geschillen met betrekking tot Investeringen tussen Staten en Onderdanen van andere Staten van 18 maart 1965(98) (hierna ook genoemd het „Verdrag van Washington van 1965")(99).

49. Het — tot op heden overigens ongewijzigde — artikel 1676 (3) van het Gerechtelijk Wetboek specifieert bovendien dat uitzonderingen die elders wettelijk voorzien zijn „*onverlet*" worden gelaten,

---

(96) Dit principieel verbod voor publiekrechtelijke rechtspersonen om een overeenkomst tot arbitrage te onderschrijven — en de daaruit volgende principiële ongeldigheid van dergelijke overeenkomst — werd nog bevestigd in een arrest van het Hof van Cassatie van 10 oktober 1996 (*R.W.*, 1996-1997, p. 996). Deze zaak betrof een arbitrageclausule in een overeenkomst tot oprichting van een gebouw, gesloten in 1964 tussen de V.Z.W. Les Soeurs de la Miséricorde als opdrachtgever, een architekt en een aannemer. Later werd de Staat en vervolgens de Franse Gemeenschap eigenaar van de grond en de gebouwen. Het voor het Hof van Cassatie bestreden arrest van het Hof van Beroep te Luik besliste dat de verbodsbepaling van artikel 1676 (2) van het Gerechtelijk Wetboek verhinderde dat een publiekrechtelijke rechtspersoon, als rechtverkrijgende van een particuliere contractant die een overeenkomst tot arbitrage mocht sluiten, gehouden blijft die arbitrageclausule uit te voeren. Het daartegen gerichte middel werd door het Hof van Cassatie om de volgende redenen verworpen: „*Overwegende (...) dat uit de wetsgeschiedenis blijkt dat de wetgever de bedoeling heeft gehad „de akten van de openbare macht te onderwerpen aan de controle van de publieke opinie via de openbaarheid van de terechtzittingen van de hoven en rechtbanken"; Dat het arrest, nu het beslist dat „alleen de hoven en rechtbanken bevoegd zijn om kennis te nemen van de geschillen waarbij een publiekrechtelijke rechtspersoon betrokken is", artikel 1676, lid 2, van het Gerechtelijk Wetboek juist toepast*". Voor een (late) commentaar op het arrest van het Hof van Cassatie van 10 oktober 1996, zie VERBIST, H., „La clause d'arbitrage perdant ses effets suite à la succession de l'état dans les droits d'un des contractants", *P. & B.*, 1998, p. 70.

(97) Dit Verdrag werd goedgekeurd bij Wet van 19 juli 1975 (*Belgisch Staatsblad*, 17 februari 1976, p. 1691).

(98) Dit Verdrag werd goedgekeurd bij Wet van 17 juli 1970 (*Belgisch Staatsblad*, 24 september 1970, p. 9548).

(99) Naast het Verdrag van Genève van 1961 en het Verdrag van Washington van 1965 heffen ook een aantal andere verdragen de (vroegere) onbekwaamheid tot arbitrage van de Belgische Staat binnen hun werkingsveld op (Zie HUYS, M., en KEUTGEN, G., *L'arbitrage en droit belge et international*, Brussel, Bruylant, 1981, pp. 68-69, nr. 68).

zodat ook wettelijke bepalingen de principiële onbekwaamheid tot arbitrage van de Belgische Staat en de publiekrechtelijke rechtspersonen konden opheffen.

Zo machtigde de Wet van 17 juli 1970 houdende goedkeuring van het Verdrag van Washington van 1965(100) „*de Staat en de samenstellende delen en organen van de Staat*" (artikel 2) om deel te nemen aan arbitrage in toepassing van vermeld Verdrag van Washington(101). Algemeen werd verondersteld dat met „*de samenstellende delen en organen van de Staat*" de publiekrechtelijke rechtspersonen bedoeld werden waarnaar verwezen werd in (het oude) artikel 1676 (2) van het Gerechtelijk Wetboek(102).

Krachtens artikel 57 (5) van de Wet van 30 maart 1976 betreffende economische herstelmaatregelen(103) konden de Staat en de publiekrechtelijke rechtspersonen op een geldige manier overeenkomsten tot arbitrage sluiten met betrekking tot de fluctuatie van industriële en commerciële prijzen.

Uit artikel 14 van de Wet van 21 maart 1991 betreffende de hervorming van sommige economische overheidsbedrijven(104) volgde dat autonome overheidsbedrijven in principe gerechtigd waren om overeenkomsten tot arbitrage te sluiten. Met natuurlijke personen konden overeenkomsten tot arbitrage evenwel enkel geldig gesloten worden eens het geschil gerezen was(105).

Ook een aantal specifieke publiekrechtelijke rechtspersonen werden gemachtigd om dadingen aan te gaan, en bijgevolg om overeenkomsten tot arbitrage te onderschrijven. Zo bijvoorbeeld(106)de Nationale Delcrederedienst(107), de Nationale Bank(108), het Herdiscontering-

(100) *Belgisch Staatsblad*, 24 september 1970, p. 9548.

(101) Zie nummer 48.

(102) STORME, M., en DEMEULENAERE, B., *International Commercial Arbitration in Belgium*, Deventer, Kluwer Law and Taxation Publishers, 1989, p. 30, nr. 65.

(103) *Belgisch Staatsblad*, 1 april 1976, p. 3936.

(104) *Belgisch Staatsblad*, 27 maart 1991, p. 6155.

(105) Zie eveneens nummer 54.

(106) Zie eveneens LINSMEAU, J., „L'arbitrage volontaire en droit privé belge", *R.P.D.B.*, Complément, p. 19, nrs. 47-48.

(107) Artikel 9 van de Wet van 31 augustus 1939 op de Nationale Delcrederedienst, *Belgisch Staatsblad*, 4 oktober 1939, p. 6798.

(108) Artikel 63 van de Statuten goedgekeurd door het Besluit van de Regent van 13 september 1948, *Belgisch Staatsblad*, 13-14 september 1948, p. 7366.

en Waarborginstituut(109), en de Rijksdienst voor Sociale Zekerheid(110).

50. In weerwil van deze uitzonderingen en van protest in de rechtsleer(111), die terecht van oordeel was dat het principieel verbod voor publiekrechtelijke rechtspersonen om een overeenkomst tot arbitrage te sluiten, uitgaat van een „*vision faussée de la transcendance de l'Etat, vision selon laquelle il n'y aurait de bonne justice que publique et organique*"(112), bleef arbitrage tot voor kort principieel taboe voor de Belgische publiekrechtelijke rechtspersonen.

Hier kwam verandering in door de inwerkingtreding op 17 augustus 1998(113) van voornoemde Wet van 19 mei 1998, die het oude artikel 1676 (2) van het Gerechtelijk Wetboek vervangt door een nieuwe tekst die, zoals eerder reeds werd opgemerkt, het principe bevestigt dat „*(i)eder die bekwaam of bevoegd is om een dading aan te gaan, (...) een overeenkomst tot arbitrage (kan) sluiten*", doch die wat de publiekrechtelijke rechtspersonen betreft, in hun principiële bekwaamheid tot het onderschrijven van een overeenkomst tot arbitrage voorziet, en dit in de volgende bewoordingen:

„De publiekrechtelijke rechtspersonen kunnen, onverminderd het bepaalde in de bijzondere wetten, slechts een overeenkomst tot arbitrage sluiten indien de overeenkomst de beslechting van een geschil betreffende de totstandkoming of de uitvoering van een overeenkomst tot doel heeft. De voorwaarden die golden voor het sluiten van het contract waarvan de uitvoering aan arbitrage wordt onderworpen gelden eveneens voor het sluiten van de overeenkomst tot arbitrage. Daarenboven mogen de publiekrechtelijke rechtspersonen in alle aangelegenheden, bepaald bij wet of bij een in Ministerraad overlegd koninklijk besluit, overeenkomsten tot arbitrage sluiten. Het besluit mag eveneens de voorwaarden en de regels van totstandkoming van de overeenkomst bepalen."

---

(109) Artikel 19 van de Statuten; zie het Koninklijk Besluit van 19 november 1986, *Belgisch Staatsblad*, 29 november 1986, p. 16243.

(110) Artikel 11 van de Wet van 27 juni 1969 tot herziening van de besluitwet van 28 december 1944 betreffende de maatschappelijke zekerheid der arbeiders, *Belgisch Staatsblad*, 25 juli 1969, p. 7258.

(111) Het principieel verbod voor publiekrechtelijke rechtspersonen om een overeenkomst tot arbitrage te sluiten, werd door de rechtsleer quasi-unaniem afgekeurd. Zie bijvoorbeeld VERBIST, H., „Arbitrage en administratief-economisch recht", *T.B.P.*, 1997, p. 656; LAMBERT, P., „L'arbitrage et les pouvoirs publics", in *L'arbitrage — Het scheidsgerecht*, Editions du jeune barreau, 1983, p. 23; STORME, M., „Arbitrage tussen publiek- en privaatrechtelijke personen", *T.P.R.*, 1979, p. 197 en volgende; HUYS, M. en KEUTGEN, G., *L'arbitrage en droit belge et international*, Brussel, Bruylant, 1981, pp. 72-73; DERMINE, L., *L'arbitrage commercial en Belgique*, Brussel, Larcier, 1975, pp. 17-18; FETTWEIS, A. en ARETS, J., „L'arbitrage entre gouvernements ou personnes de droit public et personnes de droit privé", *Revue de l'arbitrage*, 1961, p. 161.

(112) LINSMEAU, J., „L'arbitrage volontaire en droit privé belge", *R.P.D.B.*, Complément, p. 20, nr. 51.

(113) Zie voetnoot 4.

51. Het *nieuwe* artikel 1676 (2) van het Gerechtelijk Wetboek vertrekt dus van het principe dat publiekrechtelijke rechtspersonen op een geldige manier kunnen toestemmen in arbitrage zolang het — actueel of toekomstig(114) — geschil dat aan beslechting door arbitrage onderworpen wordt, „*de totstandkoming of de uitvoering van een overeenkomst tot doel heeft*".

Deze formulering laat met stelligheid vermoeden dat het de bedoeling van de wetgever was om alle in oorsprong *contractuele* geschillen waarin één of meer publiekrechtelijke rechtspersonen partij zijn, vatbaar te maken voor arbitrage. De principiële bekwaamheid van publiekrechtelijke rechtspersonen om in arbitrage toe te stemmen, betreft dan ook niet enkel geschillen aangaande de „*totstandkoming*" of de „*uitvoering*" van overeenkomsten, maar ook alle andere uit deze overeenkomsten voortvloeiende geschillen, zoals bijvoorbeeld met betrekking tot de interpretatie van de in een overeenkomst vervatte contractuele voorwaarden.

Omgekeerd is het zo dat de door het nieuwe artikel 1676 (2) van het Gerechtelijk Wetboek ingevoerde principiële bekwaamheid tot arbitrage van publiekrechtelijke rechtspersonen *beperkt is tot* geschillen die *contractueel* van oorsprong zijn, zodat geschillen die op *niet-contractuele* gronden gebaseerd zijn, voor publiekrechtelijke rechtspersonen in principe niet arbitrabel blijven. Behoudens uitzonderingen voorzien bij verdrag, wet of een in ministerraad overlegd koninklijk besluit, zullen publiekrechtelijke rechtspersonen dan ook verstoken blijven van de mogelijkheid om geschillen over bijvoorbeeld extra-contractuele aansprakelijkheid door arbitrage te laten beslechten.

52. Het nieuwe artikel 1676 (2) van het Gerechtelijk Wetboek vervolgt met de — op het eerste gezicht enigszins cryptische — bepaling dat „*(d)e voorwaarden die golden voor het sluiten van het contract waarvan de uitvoering aan arbitrage wordt onderworpen (...) eveneens (gelden) voor het sluiten van de overeenkomst tot arbitrage*".

Niettegenstaande de onhandige formulering van deze bepaling, kan er geen twijfel over bestaan dat hier gerefereerd wordt naar de zoge-

(114) Het nieuwe artikel 1676 (2) van het Gerechtelijk Wetboek preciseert niet of de principiële bekwaamheid van publiekrechtelijke rechtspersonen om in arbitrage toe te stemmen, ook geschillen betreft die op het ogenblik van de onderschrijving van de overeenkomst tot arbitrage nog niet ontstaan zijn. Vermits het nieuwe artikel 1676 (2) van het Gerechtelijk Wetboek zich dienaangaande niet uitspreekt, dient te worden aangenomen dat de principiële arbitrabiliteit van geschillen waarbij publiekrechtelijke rechtspersonen partij zijn, ook toekomstige geschillen omvat.

naamde *Kompetenz-Kompetenz* doctrine, enerzijds, en de separabiliteitsleer, anderzijds. Beide doctrines werden enkele decennia terug in internationale arbitragemilieu's uitgewerkt, en worden sindsdien door het arbitragerecht van het merendeel der Westerse staten, waaronder België, gehuldigd(115).

Het *Kompetenz-Kompetenz* principe vindt zijn weerslag in artikel 1697 (1) van het Gerechtelijk Wetboek, dat voorschrijft dat *„(h)et scheidsgerecht (...) zich omtrent zijn bevoegdheid (kan) uitspreken en daartoe de geldigheid van de overeenkomst tot arbitrage (kan) onderzoeken"*(116). Dit betekent, met andere woorden, dat de arbiter zich in elk geval over zijn eigen rechtsmacht en bevoegdheid zal kunnen uitspreken, ook indien één der partijen, op al dan niet goede gronden, de nietigheid van het contract en de daarin opgenomen arbitrageclausule inroept, en aldus de bevoegheid van de arbiter als zodanig aanvecht.

De hierboven geciteerde bepaling uit het nieuwe artikel 1676 (2) van het Gerechtelijk Wetboek doet aan dit *Kompetenz-Kompetenz* principe geen afbreuk. Arbiters zullen dus ook in de toekomst over hun eigen rechtsmacht en bevoegdheid kunnen oordelen, ook indien één of meer publiekrechtelijke rechtspersonen partij zijn bij het geschil. Daarbij is het natuurlijk wel zo dat dit oordeel van de arbiters in een latere fase door de rechtbank getoetst zal kunnen worden in het kader van een eventuele vordering in nietigverklaring van de sententie op grond van onder meer artikel 1704 (2) (c) van het Gerechtelijk Wetboek(117).

Waar ook het nieuwe artikel 1676 (2) van het Gerechtelijk Wetboek dus het *Kompetenz-Kompetenz* principe blijkt te huldigen, is het omgekeerde waar voor wat de separabiliteitsdoctrine betreft.

Deze separabiliteitsdoctrine is vastgelegd in artikel 1697 (2) van het Gerechtelijk Wetboek, waar voorgeschreven wordt 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"*.

---

(115) Over beide doctrines en hun historische groei, zie SAMUEL, A., *Jurisdictional Problems in International Commercial Arbitration: A Study of Belgian, Dutch, English, French, Swedish, Swiss, U.S. and West German Law*, Schulthess Polygraphischer Verlag, Zürich, 1989, pp. 155-176 (voor wat de separabiliteitsdoctrine betreft), en pp. 177-203 (voor wat de *Kompetenz-Kompetenz* doctrine betreft).

(116) Voor een andere toepassing van deze bepaling, zie nummer 31.

(117) Artikel 1704 (2) (c) van het Gerechtelijk Wetboek bepaalt dat een sententie door de rechtbank van eerste aanleg kan worden vernietigd *„indien er geen geldige overeenkomst tot arbitrage is"*.

Zoals eerder in dit artikel reeds werd opgemerkt(118), houdt de separabiliteitsdoctrine dus in dat de in een contract vervatte arbitrageclausule als een aparte, afgescheiden overeenkomst (tot arbitrage) dient te worden gezien zodat de eventuele vaststelling van de arbiters dat het contract als zodanig ongeldig is, niet noodzakelijk ook de nietigheid van de in dit contract opgenomen arbitrageclausule impliceert. Deze arbitrageclausule zal enkel nietig zijn — en de arbiters onbevoegd — indien de nietigheidsgrond die het contract als zodanig aantast, ook de arbitrageclausule ongeldig maakt.

Het is precies hier dat het nieuwe voorschrift van artikel 1676 (2) van het Gerechtelijk Wetboek, krachtens hetwelk „*(d)e voorwaarden die golden voor het sluiten van het contract waarvan de uitvoering aan arbitrage wordt onderworpen (...) eveneens (gelden) voor het sluiten van de overeenkomst tot arbitrage*", zal spelen. Dit nieuwe voorschrift doet immers niet meer en niet minder dan de separabiliteitsleer — zoals gereflecteerd in artikel 1697 (2) van het Gerechtelijk Wetboek — uitschakelen voor wat arbitrage betreft waarin publiekrechtelijke rechtspersonen betrokken zijn. In toepassing van het *Kompetenz-Kompetenz* principe zullen de arbiters dus nog steeds over hun bevoegdheid kunnen oordelen, maar, indien een publiekrechtelijke rechtspersoon partij is bij het geschil, zullen de arbiters verplicht zijn om aan hun eventuele vaststelling dat het contract als zodanig nietig is, ook automatisch de nietigheid van de arbitrageclausule te verbinden en tot hun eigen onbevoegdheid te besluiten. Aan partijen zal dan geen andere keuze verblijven dan zich voor de beslechting van hun geschil tot de rechtbank te wenden.

Persoonlijk durf ik de wijsheid van de wetgever in deze te betwijfelen. Waarom zouden arbiters niet tot de nietigheid mogen besluiten van een overeenkomst waarbij een publiekrechtelijke rechtspersoon partij is, en aan deze nietigheid de financiële en andere gevolgen verbinden waarop partijen desgevallend recht hebben, althans indien de openbare orde niet in het gedrang komt(119)? Is de wetgever er misschien voor beducht dat arbiters, meer nog dan overheidsrechters, er niet voor zouden terugschrikken om ook het eventueel contractueel wangedrag van publiekrechtelijke rechtspersonen te sanctioneren? Of was de wetgever zich niet bewust van de gevolgen van het overboord gooien van de separabiliteitsleer? Misschien is deze laatste hypothese

(118) Zie nummer 31.

(119) Wat het aspect openbare orde betreft, zie nummer 23.

wel de juiste. In de memorie van toelichting bij de wet van 1998(120) wordt over desbetreffende nieuwe bepaling in elk geval met geen woord gerept.

53. Waar het nieuwe artikel 1676 (2) van het Gerechtelijk Wetboek in het principe voorziet dat publiekrechtelijke rechtspersonen voortaan *„een overeenkomst tot arbitrage (kunnen) sluiten indien de overeenkomst de beslechting van een geschil betreffende de totstandkoming of de uitvoering van een overeenkomst tot doel heeft"*, stelt hetzelfde artikel in dezelfde adem dat dit principe niets afdoet aan *„het bepaalde in de bijzondere wetten"*(121).

Aan de (non)-arbitrabiliteitsregels vervat in *„bijzondere wetten"* wordt door het nieuwe artikel 1676 (2) van het Gerechtelijk Wetboek dus geen afbreuk gedaan. In de meeste gevallen zal dit de bekwaamheid van publiekrechtelijke rechtspersonen om in arbitrage toe te stemmen, ten goede komen. In andere gevallen, daarentegen, zullen vroeger ingevoerde beperkingen op desbetreffende bekwaamheid bevestigd worden. Hieronder volgt een overzicht van beide categorieën.

54. In de categorie van de *bekwaamheidsbeperkende wetten* dient voornamelijk te worden gewezen op de — niet onbelangrijke — Wet van 21 maart 1991 betreffende de hervorming van sommige economische overheidsbedrijven(122) (123), die hiervoor reeds ter sprake kwam(124).

Deze Wet van 21 maart 1991 biedt *„elk organisme van openbaar nut dat over beheersautonomie moet beschikken in een gegeven industri-*

---

(120) Parlementaire Documenten, Kamer van Volksvertegenwoordigers, document 1374/1, zitting 1997-1998, pp. 3-4.

(121) Het nieuwe artikel 1676 (2) van het Gerechtelijk Wetboek voegt hieraan toe dat publiekrechtelijke rechtspersonen ook overeenkomsten tot arbitrage mogen sluiten *„in alle aangelegenheden, bepaald bij wet of bij een in Ministerraad overlegd koninklijk besluit"*.

(122) *Belgisch Staatsblad*, 27 maart 1991, p. 6155. Deze Wet werd gewijzigd door de Programmawet van 24 december 1993 (*Belgisch Staatsblad*, 31 december 1993, 2de editie, p. 29257) en door de Wet van 24 december 1993 (*Belgisch Staatsblad*, 22 januari 1994, p. 1308).

(123) Zie, in uitvoering van de Wet van 21 maart 1991 betreffende de hervorming van sommige economische overheidsbedrijven, onder meer het Koninklijk Besluit van 19 augustus 1992 tot goedkeuring van het eerste beheerscontract van de Regie van Telegrafie en Telefonie (thans: Belgacom) en betreffende de vaststelling van de maatregelen tot rangschikking van bedoelde Regie bij de autonome overheidsbedrijven, het Koninklijk Besluit van 14 september 1992 tot goedkeuring van het eerste beheerscontract van de Regie der Posterijen (thans: De Post) en tot vaststelling van maatregelen met betrekking tot de Regie, en het Koninklijk Besluit van 25 september 1997 houdende goedkeuring van het tweede beheerscontract gesloten tussen de Nationale Maatschappij der Belgische Spoorwegen en de Staat.

(124) Zie nummer 49.

ele of commerciële sector" de mogelijkheid om dergelijke autonomie te verkrijgen door het sluiten van een beheerscontract met de Staat (artikel 1 (1)). De aldus gevormde „autonome overheidsbedrijven" krijgen een statuut dat vrij dicht aansluit bij dat van privaatrechtelijke bedrijven. Zo kunnen de autonome overheidsbedrijven, binnen de grenzen van de Wet van 21 maart 1991, alle bedrijvigheden ontwikkelen die verenigbaar zijn met hun doel (artikel 7). Hun handelingen worden geacht daden van koophandel te zijn (artikel 8). Zij beschikken over een ruime mate van vrijheid bij de vaststelling van de tarieven voor de door hen geleverde prestaties (artikel 9). Zij beslissen vrij, binnen de grenzen van hun doel, over de verwerving, de aanwending en de vervreemding van hun lichamelijke en onlichamelijke goederen, de vestiging of opheffing van zakelijke rechten op deze goederen, alsmede over de uitvoering van dergelijke beslissingen (artikel 10 (1)). Zij beslissen in principe vrij over de omvang, de technieken en de voorwaarden van hun externe financiering (artikel 12 (1)). Zij kunnen, onder in de Wet van 21 maart 1991 bepaalde voorwaarden, rechtstreeks of onrechtstreeks belangen nemen in vennootschappen, verenigingen en instellingen van publiek of privaat recht (artikel 13 (1)).

Artikel 14 van de Wet van 21 maart 1991 schrijft enerzijds voor dat „*(e)en autonoom overheidsbedrijf (...) dadingen en overeenkomsten tot arbitrage (kan) sluiten*", doch bepaalt onmiddellijk daarna dat „*elke overeenkomst tot arbitrage met natuurlijke personen die werd gesloten vooraleer het geschil is gerezen, (echter) nietig (is)*".

Een autonoom overheidsbedrijf, met andere woorden, mist de bekwaamheid om een arbitrageclausule in een contract met een natuurlijke persoon te onderschrijven indien, zoals in de regel het geval is, deze arbitrageclausule eventuele toekomstige geschillen betreft. Dergelijke arbitrageclausule zal nietig zijn, en de onbevoegdheid van de arbiters met zich meebrengen.

Deze bepaling, die ongetwijfeld ingegeven werd door consumentbeschermende motieven, kan worden bijgetreden: zowel in binnen- als in buitenland is immers gebleken dat arbitrage als middel ter beslechting van consumentengeschillen voor de gemiddelde consument niet onverdeeld gunstig is(125).

---

(125) Zie in dit verband DEMEULENAERE, B., *De beslechting van consumentengeschillen naar Belgisch recht*, Kluwer Rechtswetenschappen, Antwerpen, 1986, pp. 87-118.

55. De Wet van 21 maart 1991 past evenwel ook in de categorie van de *bekwaamheidsuitbreidende wetten*. Zoals hierboven al werd aangegeven, voorziet het eerste gedeelte van artikel 14 van deze Wet immers in de principiële bekwaamheid van de autonome overheidsbedrijven om „*dadingen en overeenkomsten tot arbitrage*" te sluiten.

Dit betekent dat, in afwijking van het principe neergelegd in het nieuwe artikel 1676 (2) van het Gerechtelijk Wetboek, de bekwaamheid van autonome overheidsbedrijven om in arbitrage toe te stemmen niet beperkt is tot geschillen die *contractueel* van oorsprong zijn, doch zich evengoed uitstrekt tot *niet-contractuele* geschillen. Het doet er hierbij niet toe of de overeenkomst tot arbitrage actuele dan wel toekomstige geschillen betreft, althans indien de contractspartner van het autonoom overheidsbedrijf geen natuurlijk persoon is(126).

Bovendien doet de in artikel 14 van de Wet van 21 maart 1991 vervatte bekwaamheidsuitbreiding ten aanzien van autonome overheidsbedrijven de gevolgen teniet van de in het nieuwe artikel 1676 (2) van het Gerechtelijk Wetboek opgenomen bepaling krachtens dewelke „*(d)e voorwaarden die golden voor het sluiten van het contract waarvan de uitvoering aan arbitrage wordt onderworpen (...) eveneens (gelden) voor het sluiten van de overeenkomst tot arbitrage*"(127). De separabiliteitsleer, zoals vastgelegd in artikel 1697 (2) van het Gerechtelijk Wetboek, herneemt dus zijn geldingskracht ten aanzien van autonome overheidsbedrijven, waardoor de geldigheid van de arbitrageclausule opnieuw losgekoppeld wordt van de geldigheid of nietigheid van het contract waarin deze arbitrageclausule is opgenomen, met alle gevolgen vandien voor de bevoegdheid van de arbiters.

56. Een analoge opmerking geldt de andere wettelijke uitzonderingsbepalingen die in het kader van het *oude* artikel 1676 (2) van het Gerechtelijk Wetboek afweken van de — toenmalige — principiële onbekwaamheid van de Staat en de publiekrechtelijke rechtspersonen om een overeenkomst tot arbitrage te sluiten(128).

In de mate dat deze wettelijke uitzonderingsbepalingen voorzien in de bekwaamheid van publiekrechtelijke rechtspersonen om dadingen aan

(126) Is dit wel het geval, dan dient teruggegrepen te worden naar de bekwaamheidsbeperkende bepaling vervat in de tweede zin van artikel 14 van de Wet van 21 maart 1991.

(127) Zie nummer 52.

(128) Zie nummer 49.

te gaan(129), zal dit, ook in het kader van het *nieuwe* artikel 1676 (2) van het Gerechtelijk Wetboek, betekenen dat ook deze publiekrechtelijke rechtspersonen, net zoals de autonome overheidsbedrijven(130), gespaard blijven van de beperkingen die dit nieuwe artikel ten aanzien van de arbitrabiliteit van geschillen met publiekrechtelijke rechtspersonen heeft ingebouwd.

57. In dit verband dient tenslotte ook melding te worden gemaakt van de reeds eerder vernoemde verdragen(131) waarin aan de Belgische Staat toelating werd verleend om overeenkomsten tot arbitrage te onderschrijven, waaronder het Verdrag van Genève van 1961(132) en het Verdrag van Washington van 1965(133). Desbetreffende bekwaamheidsuitbreidende bepalingen blijven vanzelfsprekend ook onder het nieuwe artikel 1676 (2) van het Gerechtelijk Wetboek hun gelding behouden.

58. Door de goedkeuring van het *Verdrag van Genève van 1961* heeft de wetgever de Belgische Staat gemachtigd om overeenkomsten tot arbitrage te onderschrijven in materies beheerst door dit Verdrag.

Krachtens artikel I is het Verdrag van Genève van 1961 van toepassing op overeenkomsten tot arbitrage aangegaan ter beslechting van geschillen die zijn gerezen of zullen rijzen uit internationale handelsverrichtingen, tussen natuurlijke of rechtspersonen die op het tijdstip waarop de overeenkomst wordt aangegaan, hun gewone verblijfplaats of hun zetel in verschillende Verdragsluitende Staten hebben, en op arbitrale procedures en uitspraken die steunen op dergelijke overeenkomsten tot arbitrage.

De term „internationale handelsverrichtingen" heeft hier een brede betekenis en behelst alle verrichtingen gekenmerkt door bewegingen

(129) Bij wijze van voorbeeld kan verwezen worden naar de Wet van 27 juni 1969 tot herziening van de besluitwet van 28 december 1944 betreffende de maatschappelijke zekerheid der arbeiders (*Belgisch Staatsblad*, 25 juli 1969, p. 7258), waarvan artikel 11 bepaalt dat „*(d)e Rijksdienst voor Sociale Zekerheid (...) dadingen en compromissen (kan) sluiten*".

(130) Zie nummers 54 en 55.

(131) Zie nummer 48.

(132) Officieel het Europees Verdrag inzake de Internationale Handelsarbitrage van 21 april 1961, goedgekeurd bij Wet van 19 juli 1975 (*Belgisch Staatsblad*, 17 februari 1976, p. 1691).

(133) Officieel het Verdrag inzake de Beslechting van Geschillen met betrekking tot Investeringen tussen Staten en Onderdanen van andere Staten van 18 maart 1965, goedgekeurd bij Wet van 17 juli 1970 (*Belgisch Staatsblad*, 24 september 1970, p. 9548).

van goederen, diensten of gelden over nationale grenzen heen(134). In een arbitrale sententie van 18 november 1983(135) werd geoordeeld dat deze term ook de overdracht van technologie en joint ventures tussen ondernemingen van verschillende landen omvat.

Artikel II (1) van het Verdrag van Genève van 1961 bepaalt dat publiekrechtelijke rechtspersonen op geldige wijze overeenkomsten tot arbitrage kunnen aangaan in gevallen waarin het Verdrag van toepassing is. Artikel II (2) van het Verdrag van Genève van 1961 voorziet evenwel dat iedere Staat, op het ogenblik van de goedkeuring van dit Verdrag, kan verklaren dat de mogelijkheid tot het sluiten van een overeenkomst tot arbitrage, zoals bepaald in artikel II (1), slechts wordt toegekend onder nadere voorwaarden in deze verklaring bepaald.

In overeenstemming met artikel II (2), heeft de Belgische Regering verklaard dat in België alleen de Staat bekwaam is om de door het Verdrag bedoelde overeenkomsten tot arbitrage aan te gaan. Voor de Staat zullen de in het nieuwe artikel 1676 (2) van het Gerechtelijk Wetboek opgenomen beperkingen in dit verband dan ook niet van toepassing zijn.

Andere Belgische publiekrechtelijke rechtspersonen worden door het Verdrag van Genève van 1961 dus niet gemachtigd om overeenkomsten tot arbitrage te onderschrijven. Voor hen geldt dan ook de gemeenrechtelijke bepaling van het nieuwe artikel 1676 (2) van het Gerechtelijk Wetboek, althans voor wat de door het Verdrag van Genève van 1961 geviseerde overeenkomsten tot arbitrage betreft.

59. De Belgische Staat vermag eveneens overeenkomsten tot arbitrage aan te gaan in toepassing van het *Verdrag van Washington van 1965*. Ook in dit verband zullen de beperkingen van het nieuwe artikel 1676 (2) van het Gerechtelijk Wetboek op de Staat dus niet van toepassing zijn.

Het Verdrag van Washington van 1965 voorzag in de oprichting van een Internationaal Centrum voor Beslechting van Investeringsgeschillen in Washington D.C. Dit Centrum wenst de gelegenheid te bieden voor bemiddeling en arbitrage ter beslechting van geschillen met

(134) Zie FOUCHARD, P., *L'arbitrage commercial international*, Paris, Dalloz, 1965, p. 22; DAVID, R., *L'arbitrage dans le commerce international*, Paris, Economica, 1982, pp. 216-218. Zie eveneens Parlementaire Documenten, Kamer van Volksvertegenwoordigers, document 701/1, zitting 1973-1974, p. 2.

(135) *J.T.*, 1984, p. 230 en volgende.

betrekking tot investeringen tussen Verdragsluitende Staten en onderdanen van andere Verdragsluitende Staten(136).

Artikel 25.1. van het Verdrag van Washington van 1965 preciseert dat de bevoegdheid van het Centrum „*de beslechting van alle rechtsgeschillen (omvat) tussen een Verdragsluitende Staat (of een samenstellend deel of een orgaan van die Staat, hetwelk als zodanig door die Verdragsluitende Staat aan het Centrum is aangewezen), en een onderdaan van een andere Verdragsluitende Staat, welke rechtstreeks voortvloeien uit een investering, en ten aanzien waarvan de partijen er schriftelijk in hebben toegestemd, deze aan het Centrum voor te leggen*".

Teneinde definitieproblemen te vermijden, hebben de redacteurs van het Verdrag van Washington van 1965 bewust ervoor gekozen de term „investering" niet te omschrijven. De geschillen die in de loop der jaren aan het Centrum werden voorgelegd, betroffen dan ook zowel traditionele vormen van investering, zoals kapitaalbijdragen en joint ventures, als nieuwere investeringsvormen, zoals bijvoorbeeld overdracht van technologie(137).

Niettemin dient opgemerkt te worden dat het Verdrag van Washington van 1965 in de eerste plaats de opheffing beoogt van hindernissen voor *private* investeringen in ontwikkelingslanden. In de praktijk zal de Belgische Staat slechts zelden partij zijn bij een investeringsgeschil dat binnen de reikwijdte van het Verdrag valt.

IV. Besluit

60. Deze bijdrage beoogde de gevolgen in te schatten van een aantal recente ontwikkelingen in wetgeving, rechtsleer en rechtspraak voor de arbitrabiliteit van geschillen naar Belgisch recht. Op het vlak van de *objectieve* arbitrabiliteit ging de aandacht naar de Wet van 5 augustus 1991 tot bescherming van de economische mededinging, de Wet van 25 juni 1992 op de landverzekeringsovereenkomst, zoals geamendeerd door een Wet van 16 maart 1994, alsook naar de nog steeds aanhoudende controverse in rechtsleer en rechtspraak over de arbitrabiliteit van geschillen over exclusieve distributieovereenkom-

(136) Artikel 1.2. van het Verdrag van Washington van 1965.

(137) DELAUME, G., „Le Centre International pour le Règlement des Différends relatifs aux Investissements (CIRDI)", *Journal du droit international (Clunet)*, 1982, p. 800 en volgende.

sten. Wat de *subjectieve* arbitrabiliteit betreft, werd aandacht besteed aan de nieuwe principiële bekwaamheid van publiekrechtelijke rechtspersonen om een overeenkomst tot arbitrage te sluiten, zoals ingevoerd door de Wet van 19 mei 1998 tot wijziging van (een aantal van) de bepalingen van het Gerechtelijk Wetboek betreffende de arbitrage, en aan de arbitrabiliteitsgevolgen van de Faillissementswet van 8 augustus 1997 en de Wet van 17 juli 1997 betreffende het gerechtelijk akkoord.

61. In de inleiding tot deze bijdrage werd reeds gewezen op het belang van de arbitrabiliteitsproblematiek in het geheel van het (Belgisch) arbitragerecht. De vragen of een geschil al dan niet arbitrabel is — het leerstuk van de *objectieve* arbitrabiliteit —, en of een persoon al dan niet bekwaam en/of bevoegd is om een geldige overeenkomst tot arbitrage aan te gaan — het leerstuk van de *subjectieve* arbitrabiliteit —, houden inderdaad rechtstreeks verband met de geldigheidsvereisten van een overeenkomst tot arbitrage en zijn als dusdanig determinerend voor de bevoegdheid — of *on*bevoegdheid — van de arbiters. Vermits de bevoegdheid van arbiters begrensd wordt door deze van de overheidsrechter, raakt de arbitrabiliteitsproblematiek aan het wezen van de bevoegdheidsverdeling tussen deze beide instanties ter beslechting van geschillen. Meer nog, het al dan niet arbitrabel zijn van een geschil, en het al dan niet bekwaam en/of bevoegd zijn om in arbitrage toe te stemmen, zijn indicaties van, enerzijds, het vertrouwen dat de wetgever in arbitrage als middel ter beslechting van geschillen stelt — of niet stelt —, en anderzijds de maatschappelijke geladenheid van desbetreffend contentieux. Door de eeuwen heen hebben wetgevers van de meest diverse landen er inderdaad voor gezorgd dat de beslechting van al dan niet ruime categorieën van geschillen aan de overheidsrechter voorbehouden bleef, omdat men er van uitging dat arbiters, als private personen, minder begaan zouden zijn met een „correcte" implementatie van wetten en rechtspraak die als waarde- en maatschappijgeladen worden aanzien. Dit traditionele wantrouwen van vele wetgevers ten aanzien van arbiters werd overigens evenzeer gereflecteerd in de mate waarin aan overheidsrechters de macht werd toebedeeld om de grond van arbitrale sententies te herzien.

62. Nu een aantal der belangrijkste nieuwe wetgevingen met implicaties op arbitrabiliteitsvlak in deze bijdrage de revue zijn gepasseerd, kan men zich de vraag stellen of in deze nieuwe wetgevingen enige consistente wijziging van de houding van de Belgische wetgever ten

aanzien van arbitrage te bespeuren valt. Getuigen deze wetgevingen van een groter wordend vertrouwen in arbitrage, of is het omgekeerde waar?

Het antwoord op deze vraag is, vrees ik, niet eenduidig.

Enerzijds valt het groeiende wantrouwen van de Belgische wetgever ten aanzien van *„consumenten"-arbitrage* op. Hiermee bedoel ik arbitrage ter beslechting van geschillen tussen een institutionele partij of een bedrijf, aan de ene kant, en een individuele consument, aan de andere kant. Typerend voor deze trend is de (niet-) arbitrabiliteitsregeling opgenomen in artikel 36 van de Wet van 25 juni 1992 op de landverzekeringsovereenkomst, zoals gewijzigd door de Wet van 16 maart 1994, op grond waarvan het merendeel der toekomstige verzekeringsgeschillen tussen verzekeraars en consumenten niet meer vatbaar is voor arbitrage. Een tweede voorbeeld van het wantrouwen van de wetgever ten aanzien van „consumenten"-arbitrage is artikel 14 van de Wet van 21 maart 1991 betreffende de hervorming van sommige economische overheidsbedrijven, dat weliswaar voorschrijft dat autonome overheidsbedrijven voortaan geldige overeenkomsten tot arbitrage kunnen sluiten, doch daar meteen aan toevoegt dat elke overeenkomst tot arbitrage die het autonoom overheidsbedrijf zou sluiten met een natuurlijk persoon vóór desbetreffend geschil gerezen is, nietig zal zijn.

De wetgever kan in zijn wantrouwen voor „consumenten"-arbitrage enkel maar worden bijgetreden. Zoals in deze bijdrage herhaaldelijk werd opgemerkt, is arbitrage als middel ter beslechting van consumentengeschillen voor de gemiddelde consument niet onverdeeld gunstig. Arbitrage in haar klassieke vorm is immers relatief duur, en bemoeilijkt daarom alleen al de rechtstoegang van de individuele consument. Bovendien verdient het vanuit maatschappelijk oogpunt aanbeveling dat consumentengeschillen niet aan de publieke opinie onttrokken worden, en (ook) in de toekomst door publiek zetelende magistraten worden berecht.

Deze eerste trend — het groeiende wantrouwen van de wetgever ten aanzien van „consumenten"-arbitrage — wordt *anderzijds* gecomplementeerd door een tweede, minstens even belangrijke trend waarbij de arbitrabiliteit van *bedrijfsgeschillen* gevoelig wordt uitgebreid. De wetgever heeft in dit verband duidelijk een aantal vooroordelen laten varen. De beste illustratie hiervan is de Wet van 19 mei 1998 tot wijziging van (een aantal van) de bepalingen van het Gerechtelijk Wetboek betreffende de arbitrage, die de voorheen geconsacreerde principiële *onbekwaamheid* van de Staat en de publiekrechtelijke

rechtspersonen om een overeenkomst tot arbitrage te sluiten, heeft vervangen door de principiële *bekwaamheid* daartoe.

Ook deze tweede trend kan enkel maar worden toegejuicht. Arbitrage is inderdaad een bijzonder nuttig instrument ter beslechting van nationale én internationale bedrijfsgeschillen. Het feit dat arbitrage als beslechtingsmechanisme merkelijk duurder is dan de traditionele overheidsrechtspraak, weegt niet op tegen de relatief grotere snelheid en discretie die arbitrale procedures op dit vlak kenmerkt. In een wereld waarin de overheidsrechtspraak voor commerciële geschillen nog altijd in essentie eng-nationaal georganiseerd is, biedt arbitrage bovendien het voor het bedrijfsleven broodnodige „trans-nationale" forum waar commerciële geschillen op een neutrale en objectieve manier beslecht kunnen worden.

63. In de marge van deze tweede trend past echter nog een laatste kanttekening.

Indien het dan al zo is dat de wetgever de noodzaak van liberalisering van arbitrage als middel ter beslechting van bedrijfsgeschillen steeds meer onderkent, dient niettemin ook gewezen te worden op een aantal nalatigheden en slordigheden in hoofde van diezelfde wetgever. Zo kan men zich afvragen waarom de wetgever, bij de redactie van de Faillissementswet van 8 augustus 1997 en de Wet van 17 juli 1997 betreffende het gerechtelijk akkoord, niet meteen van de gelegenheid gebruik maakte om eens en voor altijd een antwoord te geven op de arbitrabiliteitsvragen die zich in dit verband stellen. Zoals in deze bijdrage is gebleken, wordt ook het Belgisch mededingingsrecht trouwens geplaagd door buitengewoon netelige arbitrabiliteitsvragen, waar de wetgever — eens te meer — geen oog heeft voor gehad.

Net zoals andere rechtstakken is ook het arbitragerecht gediend met rechtszekerheid. De wetgever kan hier een belangrijke bijdrage leveren. Dit klemt des te meer nu het hier gaat om materies die een hoge graad van maatschappelijke relevantie bezitten, en waarbij de aflijning van de respectieve bevoegdheden van arbiters en overheidsrechters bij uitstek belangrijk is.

SOMMAIRE

L'ARBITRABILITÉ EN DROIT BELGE DE L'ARBITRAGE EN 1998

Le présent article esquisse un certain nombre d'évolutions récentes du droit de l'arbitrabilité en Belgique à la suite, d'une part, de quelques nouvelles dispositions législatives et, d'autre part, de certains développements législatifs marquants en jurisprudence.

Dans un *premier volet*, l'auteur s'attache aux nouveautés en matière d'arbitrabilité *objective*.

L'article 1676 (1) du Code judiciaire dispose en termes très généraux que, pour pouvoir faire l'objet d'une convention d'arbitrage, un différend doit être né ou naître *„d'un rapport de droit déterminé sur lequel il est permis de transiger"*. L'arbitrabilité objective d'un différend dépend donc, aux termes de cette disposition, du fait de savoir si les parties peuvent ou non transiger sur le différend en cause.

Le contenu concret de cette disposition-cadre inscrite à l'article 1676 (1) du Code judiciaire est fonction du contenu donné par le législateur, la jurisprudence et la doctrine, dans les divers domaines du droit, à la notion de „pouvoir de transiger". Si, dans une législation donnée, qui comme telle ne traite pas de l'arbitrage, il est prévu que les parties ne peuvent transiger sur une matière donnée, ceci signifie du même coup que, par application de l'article 1676 (1) du Code judiciaire, cette matière ne peut pas faire l'objet d'un arbitrage, et de ce fait, une éventuelle clause d'arbitrage inscrite dans une convention traitant de cette matière, est frappée de nullité.

Or, quelques législations récentes ont introduit, dans certains domaines, de nouveaux critères concernant la faculté de transiger ou, en tout cas, ont modifié fondamentellement ces critères. La plus importante de ces législations est la loi du 5 août 1991 sur la protection de la concurrence économique et la loi du 25 juin 1992 sur le contrat d'assurance terrestre, telle que modifiée par une loi du 16 mars 1994. Dans le présent article, l'auteur s'arrête aux conséquences de ces législations sur l'arbitrabilité des différends en ces matières.

Par ailleurs, l'auteur appelle également l'attention sur la controverse — non encore résolue — dans la doctrine et la jurisprudence concernant l'arbitrabilité des différends en matière de conventions de distribution exclusive.

Dans un *deuxième volet*, l'auteur fait le point sur l'arbitrabilité *subjective*.

Ce que l'article 1676 (1) du Code judiciaire comporte pour l'arbitrabilité objective, se trouve inscrit dans l'article 1676 (2) du même Code à l'endroit de l'arbitrabilité subjective. Le principe de base repris dans cette dernière disposition est que *„quiconque à la capacité ou le pouvoir de transiger, peut conclure une convention d'arbitrage"*.

Tout comme pour la disposition-cadre inscrite à l'article 1676 (1) du Code judiciaire, le contenu concret du principe énoncé à l'article 1676 (2) de ce même Code est fonction des législations et évolutions dans d'autres domaines du droit. Dans ce contexte également, les nouvelles législations ne manquent pas.

Il suffit de penser à la loi du 8 août 1997 sur la faillite et à la loi du 17 juillet 1997 concernant le concordat. L'impact de ces nouvelles lois sur l'arbitrabilité subjective est analysée dans le deuxième volet du présent article.

Par ailleurs, l'auteur s'arrête longuement aussi à la nouvelle capacité de principe des personnes morales de droit public de conclure une convention d'arbitrage, comme prévu par la loi du 19 mai 1998 modifiant (un certain nombre) des dispositions du Code judiciaire concernant l'arbitrabilité.

ZUSAMMENFASSUNG

SCHIEDSGERICHTBARKEIT IM BELGISCHEN SCHIEDSGERICHT ANNO 1998

Dieser Artikel behandelt eine Reihe von derzeitigen Entwicklungen des Schiedsgerichtbarkeitsrechtes in Belgien, die von einigen neuen Gesetzgebungen, bzw. von einigen markanten Entwicklungen in der Rechtsprechung veranlaßt worden sind.

Im *ersten Teil* wird auf die Neuigkeiten in Sachen *objektive* Schiedsgerichtbarkeit eingegangen.

Art. 1676 (1) des Gerichtlichen Gesetzbuches schreibt in sehr allgemeinen Ausdrükken vor, daß eine Streitigkeit, damit sie auf Vertrag einem Schiedsgericht unterworfen werden könnte, „aus einer bestimmten Rechtsbeziehung, worüber ein Vergleich geschlossen werden darf", hervorgehen muß. Die objektive Schiedsgerichtbarkeit einer Rechtsstreitigkeit wird durch diese Bestimung also von dem Umstand, ob Parteien wohl oder nicht über diese Streitigkeit entscheiden dürfen, abhängig gemacht.

Die konkrete Ausfüllung dieser im Art. 1676 (1) des Gerichtlichen Gesetzbuches aufgenommenen Rahmenbestimmung hängt vom Inhalt ab, den Gesetzgeber, Rechtsprechung und Rechtslehre in den verschiedenen Rechtsbereichen dem Begriff „Entscheidungsfähigkeit" geben. Wird in einer gewissen Gesetzgebung, die an sich nicht über ein Schiedsgericht handelt, vorgeschrieben, daß Parteien über eine gewisse Materie keinen Vergleich werden schließen können, dann bedeutet es sogleich, daß diese Materie, in Anwendung des Art. 1676 (1) des Gerichtlichen Gesetzbuches, nicht schiedsgerichtbar ist, wodurch eine gelegentliche Schiedsgerichtsklausel, die in einem Vertrag über diese Materie handelt, nichtig sein wird.

Tatsache ist, daß einige derzeitige Gesetzgebungen in spezifischen Bereichen neue Kriterien der Entscheidungsfähigkeit eingeführt haben, oder mindestens diese Kriterien eingreifend geändert haben. Die wichtigsten dieser Gesetzgebungen sind das Gesetz vom 5. August 1991 zum Schutz des wirtschaftlichen Wettbewerbs und das Gesetz vom 25. Juni 1992 zum Landversicherungsvertrag, das von einem Gesetz vom 16. März 1994 amendiert wurde. Dieser Artikel behandelt eingehend die Folgen dieser Gesetzgebungen für die Schiedsgerichtbarkeit der entsprechenden Rechtsstreitigkeiten.

Weiter wird auch die noch immer nicht erloschene Kontroverse in Rechtslehre und Rechtsprechung über die Schiedsgerichtbarkeit von Rechtsstreitigkeiten hinsichtlich exklusiver Vertriebsverträge beachtet.

Ein *zweiter Teil* dieses Artikels handelt über *subjektive* Schiedsgerichtbarkeit.

Was Art. 1676 (1) des Gerichtlichen Gesetzbuches für das Lehrstück der objektiven Schiedsgerichtbarkeit bedeutet, leistet Art. 1676 (2) des Gerichtlichen Gesetzbuches für dieses der subjektiven Schiedsgerichtbarkeit. Das in letztgenannter Bestimmung aufgenommene Grundprinzip sagt, daß jeder „der fähig oder befugt ist einen Vergleich zu schließen, (...) einen Schiedsvertrag schließen kann".

Genau wie bei der im Art. 1676 (1) des Gerichtlichen Gesetzbuches aufgenommenen Rahmenbestimmung, ist allerdings die konkrete Ausfüllung des im Art. 1676 (2) des Gerichtlichen Gesetzbuches aufgenommenen Prinzips von Gesetzgebungen und Entwicklungen in anderen Rechtsbereichen abhängig. Und auch in dieser Hinsicht fehlen die neuen Gesetzgebungen nicht. Denken wir dabei an das Konkursgesetz vom 8. August 1997 und an das Gesetz vom 17. Juli 1997 hinsichtlich des Zwangs-

vergleichs. Der Einfluß dieser neuen Gesetze auf die subjektive Schiedsgerichtbarkeit wird im zweiten teil dieses Artikels behandelt.

Daneben wird auch die neue prinzipielle Fähigkeit öffentlichrechtlicher Rechtspersonen einen Schiedsvertrag zu schließen, die vom Gesetz vom 19. Mai 1998 zur Abänderung gewisser Bestimmungen des gerichtlichen Gesetzbuches hinsichtlich des Schiedsgerichtes, behandelt.

SUMMARY

ARBITRABILITY IN BELGIAN ARBITRATION LAW ANNO 1998

This paper deals with a number of recent developments of Belgian arbitration law originating in, on the one hand, new legislation and, on the other, some interesting case law.

A *first part* focuses on certain innovations in the field of *objective* (or *subject-matter*) arbitrability.

Article 1676 (1) of the *Code judiciaire* provides in very general terms that a dispute may only be submitted to arbitration if this dispute arises out of „*a defined legal relationship, about which the parties are allowed to compromise*". This provision thus subjects the objective arbitrability of a dispute to the parties being allowed to compromise about this dispute.

The concrete meaning of this framework provision contained in Article 1676 (1) of the *Code judiciaire* is dependent on the way in which the legislator, the courts and the commentators fill in the concept of „*being allowed to compromise*" about a certain matter. If a piece of legislation, not dealing with arbitration as such, prohibits the parties from compromising about a certain matter, this will mean that this matter, in application of Article 1676 (1) of the *Code judiciaire*, cannot be validly submitted to arbitration and that a possible arbitration clause embedded in the agreement dealing with this matter will be null and void.

As it happens, new legislation in specific legal fields has introduced new criteria for the parties' ability to compromise about certain matters, or has substantially amended such criteria. The most important new acts in this respect are the Act of 5 August 1991 on the Protection of Economic Competition and the Act of 25 June 1992 on Insurance Contracts, as amended by an Act of 16 March 1994. This paper deals with the repercussions of these Acts for the arbitrability of the disputes at issue.

Furthermore an overview is given of the — as yet not fully extinguished — controversy in case law and legal doctrine about the arbitrability of disputes concerning exclusive distributorship agreements.

A *second part* of this paper deals with *subjective* arbitrability.

Article 1676 (2) of the *Code judiciaire* is as crucial to the issue of subjective arbitrability as Article 1676 (1) of the *Code judiciaire* is to the issue of objective arbitrability. The basic provision contained in Article 1676 (2) of the Code judiciaire is that any person „*who has the legal capacity or competence to compromise, (...) can enter into an arbitration agreement*".

As with the framework provision of Article 1676 (1) of the *Code judiciaire*, the concrete consequences of the rule contained in Article 1676 (2) of the *Code*

judiciaire are dependent on legislation and developments in other legal fields. Here too, new legislation claims attention. Reference is made to the Act of 8 August 1997 on Bankruptcy and the Act of 17 July 1997 on Composition Agreements. The impact of these new acts on subjective arbitrability is dealt with in the second part of this paper.

Finally, this paper deals extensively with the newly acquired capacity — in principle — of public law legal entities to enter into an arbitration agreement, as introduced by the Act of 19 May 1998 on the Amendment of (certain) Provisions of the *Code judiciaire* on Arbitration.

RESUMEN

ARBITRABILIDAD EN EL DERECHO DE ARBITRAJE BELGA DEL AÑO 1998

Este artículo trata de algunas evoluciones recientes de las normas aplicables a la arbitrabilidad en Bélgica, provocadas, por una parte, por algunas nuevas leyes y, por otra parte, por algunos desarrollos destacados en la jurisprudencia.

En la *primera parte*, se trata de las novedades en materia de arbitrabilidad *objetiva*.

El artículo 1676 (1) del Código Judicial prescribe en unos términos muy generales que, para que un litigio pueda ser sometido a arbitraje por convenio, tiene que resultar de *„determinada relación jurídica, acerca de la cual se puede celebrar una transacción"*. Por consiguiente, con arreglo a esta disposición, la arbitrabilidad objetiva de un litigio depende de la cuestión si las partes pueden o no pueden transigir sobre el dicho litigio.

La concretización de esta disposición marco incluida en el artículo 1676 (1) del Código Judicial depende del contenido que el legislador, la jurisprudencia y la doctrina atribuyen al concepto de la „transigibilidad" en los distintos ámbitos del derecho. Si, en una legislación determinada, que no trata del arbitraje de por sí, se prescribe que las partes no podrán celebrar una transacción sobre una materia determinada, esto significa inmediatamente que, con aplicación del artículo 1676 (1) del Código Judicial, esta materia no es susceptible de arbitraje, lo que dejará nula una eventual cláusula de arbitraje incluida en un convenio relativo a esta materia.

Ahora, el hecho es que algunas legislaciones recientes han introducido unos nuevos criterios de transigibilidad en unos ámbitos específicos o, por lo menos, han modificado radicalmente esos criterios. Las más importantes de esas legislaciones son la Ley del 5 de agosto 1991 sobre la protección de la competencia económica y la Ley del 25 de junio 1992 sobre los contratos de seguro terrestre, tal como queda enmendada por la Ley del 16 de marzo 1994. En este artículo, se trata de las consecuencias de estas legislación para la arbitrabilidad de los litigios en cuestión.

Además, también se presta atención a la controversia aún viva en la doctrina y en la jurisprudencia acerca de la arbitrabilidad de los litigios relativos a los contratos de distribución exclusiva.

La *segunda parte* de este artículo trata de la arbitrabilidad *subjetiva*.

Lo que es el artículo 1676 (1) del Código Judicial para el dogma de la arbitrabilidad objetiva, lo es el artículo 1676 (2) del Código Judicial para el de la arbitrabilidad subjetiva. El principio básico incluido en esta última disposición es que *„cada uno que sea capaz o competente para transigir, (...) (puede) concluir un convenio de arbitraje"*.

Sin embargo, al igual que en la disposición marco contenida en el artículo 1676 (1) del Código Judicial, la concretización del principio incluido en el artículo 1676 (2) del Código Judicial depende de la adopción de nuevas leyes y evoluciones en otros ámbitos del derecho. Y, en este contexto, se legisla bastante en la actualidad. Basta pensar en la Ley de quiebra del 8 de agosto 1997 y en la Ley del 17 de julio 1997 relativa a la suspensión de pagos. Se trata del impacto de estas nuevas leyes sobre la arbitrabilidad subjetiva en la segunda parte de este artículo.

Además, también se trata por extenso de la nueva capacidad fundamental de personas jurídicas de derecho público para concluir un convenio de arbitraje, tal como dispone la Ley del 19 de mayo 1998 modificando (algunas de) las disposiciones del Código Judicial relativas al arbitraje.