

DE ARBITERS EN HUN BEVOEGDHEDEN

door

Piet Taelman
Hoofddocent Universiteit Gent
Advocaat

Om België te profileren als een aantrekkelijk forum voor internationale (handels)-arbitrage werd bij W. 19 mei 1998, tot wijziging van (een aantal van) de bepalingen van het Gerechtelijk Wetboek, de arbitragewetgeving op diverse punten aangepast. In deze bijdrage worden de wijzigingen aan de bevoegdheden van de arbiters toegelicht en kritisch besproken.

Achtereenvolgens komen aan bod: de mogelijkheid in hoofde van arbiters om, op verzoek van een partij, voorlopige en bewarende maatregelen te bevelen, met uitzondering van een bewarend beslag; de bevoegdheid om een dwangsomveroordeling te koppelen aan de in de arbitrale uitspraak vervatte hoofdveroordeling; de „open” grondslag op basis waarvan arbiters gewraakt kunnen worden; de verruimde mogelijkheid om aan arbiters op te dragen het geschil te beslechten „oordelend als goede mannen naar billijkheid”; de, behoudens andersluidende overeenkomst tussen partijen, vrije beoordeling door het scheidsgerecht van de toelaatbaarheid van de bewijsmiddelen en hun bewijswaardering en de bevestiging van de, in het arbitrage-milieu algemeen aanvaarde, praktijk dat arbiters indien nodig — vooraleer eind-beslissingen te vellen — tevens beslissingen alvorens recht te doen, kunnen verlenen.

INHOUD

- I. Inleiding
- II. Het bevelen van voorlopige en bewarende maatregelen, met uitzondering van een bewarend beslag
- III. De dwangsom in het arbitragerecht
- IV. Wraking van de arbiters
- V. Amiable composition
- VI. Vrijheid van bewijsmiddelen en bewijswaardering
- VII. Uitspraak alvorens recht te doen
- VIII. Besluit

I. Inleiding

1. De wijzigingen die bij W. 19 mei 1998(1) aan de Belgische arbitragewetgeving werden aangebracht, beogen (eens te meer)(2) ons land tot een centrum van transnationale arbitrage te maken(3). Dit objectief hoopt te wetgever te verwezenlijken door enerzijds de doeltreffendheid van arbitrage als wijze van geschillenbeslechting te verhogen en, anderzijds, de Belgische reglementering nauw te doen aansluiten bij de recentste wetgevende bewegingen op internationaal vlak(4). Vandaar dat verschillende wijzigingen geïnspireerd zijn op moderne buitenlandse arbitragewetgevingen — vnl. de Duitse, Franse, Nederlandse en Zwitserse wetgeving stond hierbij model — en op de Uncitral Model Law on International Commercial Arbitration(5). Ook hier stond immers het versterken van de conventionele aard van arbitrage voorop en de wetgever sloot zich uitdrukkelijk bij die tendens aan(6).

2. De hervormingen aan de Belgische arbitragewetgeving kunnen onder drie krachtlijnen(7) worden samengevat:

- de bestaande regelgeving versoepelen en ze doeltreffender maken;
- de achterstand wegwerken die de Belgische wetgeving had opgelopen in vergelijking met de regelgeving in de buurlanden en met de internationale praktijk;
- het aanbrengen van bepaalde technische verbeteringen in de bestaande wetgeving.

(1) W. 19 mei 1998 tot wijziging van de bepalingen van het Gerechtelijk Wetboek betreffende arbitrage (*B.S.* 7 augustus 1998). Deze wet trad in werking op 17 augustus 1998.

(2) Zie immers ook reeds W. 27 maart 1985, *B.S.* 13 april 1985, waarbij art. 1717.4 Ger. W. werd ingevoegd; F. DE LY, „De liberalisering van de internationale arbitrage”, *T.P.R.* 1985, 1025-1050.

(3) Memorie van toelichting bij het wetsontwerp tot wijziging van de bepalingen van het Gerechtelijk Wetboek betreffende de arbitrage (hierna: M.v.T.), *Parl. St. Kamer* 1997-98, nr. 1374/1, 2; Verslag bij het wetsontwerp tot wijziging van de bepalingen van het Gerechtelijk Wetboek betreffende de arbitrage (hierna: Verslag), *Parl. St. Kamer* 1997-98, nr. 1374/3, 2.

(4) M.v.T., *Parl. St. Kamer* 1997-98, nr. 1374/1, 2. Verslag, *Parl. St. Kamer* 1997-98, nr. 1374/3, 2.

(5) Aangenomen door de United Nations Commission on International Trade Law op 21 juni 1985.

(6) M.v.T., *Parl. St. Kamer* 1997-98, nr. 1374/1, 2.

(7) Verslag, *Parl. St. Kamer* 1997-98, nr. 1374/3, 2.

Het leeuwendeel van de wijzigingen die aan de bevoegdheden van de arbiters(8) werden aangebracht, valt onder de eerste krachtlijn te situeren(9). Het betreft meer bepaald:

- de mogelijkheid, voor het scheidsgerecht(10), om voorlopige maatregelen te bevelen (met uitzondering van het bewarend beslag) (art. 6 W. 19 mei 1998; zie art. 1696.1 Ger. W.);
- de beoordeling van de ontvankelijkheid en van de bewijswaarde van de bewijsmiddelen (art. 6 W. 19 mei 1998; zie art. 1696.2 Ger. W.);
- de uitbreiding van de mogelijkheden om op te treden als „*amiable compositeur*” (art. 9 W. 19 mei 1998; zie art. 1700 Ger. W.);
- de mogelijkheid om in voorkomend geval de veroordeling gepaard te doen gaan met dwangsommen (art. 12 W. 19 mei 1998; zie art. 1709bis Ger. W.).

De aanpassing van de regelgeving i.v.m. de wraking van de arbiter(s) (art. 4 W. 19 mei 1998; zie art. 1690 Ger. W.) en het uitdrukkelijk voorzien van de mogelijkheid voor het scheidsgerecht om beslissingen alvorens recht te doen te vellen (art. 8 W. 19 mei 1998; zie art. 1699 Ger. W.) zijn daarentegen wijzigingen van technische aard.

3. In huidige bijdrage — die gegroeid is uit een door de auteur op 10 december 1998 gehouden voordracht in het raam van een door Cepina(11) georganiseerde studiedag over de nieuwe Belgische arbitragewet — worden de diverse wijzigingen die de W. 19 mei 1998 aanbracht aan de bevoegdheden van de arbiters kritisch toe- en doorgelicht.

(8) De wetgever heeft van de gelegenheid gebruik gemaakt om het (Nederlandse) taalgebruik in de Belgische arbitragewet eenvormig te maken met dat van Nederland. De woorden „scheidsman”, „scheidslieden”, „scheidsrechterlijk geding” en „scheidsrechterlijke uitspraak” worden vervangen door respectievelijk „arbiter”, „arbiters”, „arbitrale procedure” en „arbitrale uitspraak” (art. 14 W. 19 mei 1998; *Parl. St. Kamer 1997-98*, nr. 1374/5, 1-4, amendement van de heer BOURGEOIS). Meteen werd ook meer overeenstemming bereikt met de Franse tekst en dito taalgebruik. Te betreuren valt dat de terminologische aanpassingen niet het volledige wetboek bestrijken: in de art. 568, 585, 588, 590, 594, 1^o en 828, 8^o, Ger. W. komt nog steeds het woord scheidsrechter voor (in laatstvermelde bepaling overigens volkomen overbodig, ingevolge de wijziging van art. 1690, eerste lid, Ger. W.). In het tweede lid van art. 1703 Ger. W. vergat de wetgever „scheidsrechterlijke uitspraak” te vervangen door „arbitrale uitspraak”.

(9) Verslag, *Parl. St. Kamer 1997-98*, nr. 1374/3, 3.

(10) Dit was, vóór de totstandkoming van de W. 19 mei 1998, de enige term die gemeenschappelijk gebruikt werd in Vlaanderen en Nederland (*Parl. St. Kamer 1997-98*, nr. 1374/5, 1).

(11) Belgisch Centrum voor Arbitrage en Mediatie (<http://www.cepina.be>).

II. Het bevelen van voorlopige en bewarende maatregelen, met uitzondering van een bewarend beslag

4. Aan art. 1696 Ger. W. werd een nieuw eerste lid toegevoegd. Dit stipuleert: „Onverminderd de toepassing van artikel 1679.2 kan het scheidsgerecht op verzoek van een partij voorlopige en bewarende maatregelen bevelen, met uitzondering van een bewarend beslag”(12). Met deze wijziging beoogde de wetgever een reeds verworven, wijd verbreide en door vele arbitragereglementen onderschreven(13) praktijk „ondubbelzinnig” te bekrachtigen.

(12) In het voorontwerp van wet (*Parl. St. Kamer 1997-98*, nr. 1374/1, 13) werd de mogelijkheid tot het verlenen van een machtiging tot het leggen van een bewarend beslag niet uitdrukkelijk uitgesloten. Nochtans benadrukte de Memorie van Toelichting dat de in de ontwerp tekst bedoelde bewarende maatregelen niet het (bewarend) beslag omvatten (*Parl. St. Kamer 1997-98*, nr. 1374/1, 6). Ingaand op een opmerking van de Raad van State (*Parl. St. Kamer 1997-98*, nr. 1374/1, 20-21; zie, benevens de verwijzingen aldaar, ook G. DE LEVAL, *Traité des Saisies*, Luik, P.U.L., 1988, 23, nr. 11) dat de (ontworpen) tekst er geenszins mag toe strekken het scheidsgerecht de macht te verlenen een verlot tot het leggen van een bewarend beslag te verstrekken, werd de tekst uitdrukkelijk in die zin aangepast.

(13) Zie o.m. *Uncitral Arbitration Rules* (28 april 1976), art. 26.3: „A request for interim measures addressed by any party to a judicial authority shall not be deemed incompatible with the agreement to arbitrate, or as a waiver of that agreement” (vgl. met art. 17 *Uncitral Model Law on International Commercial Arbitration* (21 juni 1985)): „Unless otherwise agreed by the parties, the arbitral tribunal may, at the request of a party, order any party to take such interim measure of protection as the arbitral tribunal may consider necessary in respect of the subject-matter of the dispute. The arbitral tribunal may require any party to provide appropriate security in connection with such measure”. Art. 23, § 1, van het sinds 1 januari 1998 van kracht zijnde I.K.K.-reglement voorziet: à moins qu’il n’aurait été convenu autrement par les parties, le tribunal arbitral, dès la remise du dossier, à la demande de l’une d’entre elles, ordonne toute mesure conservatoire ou provisoire qu’il considère appropriée. Il peut la subordonner à la constitution de garanties adéquates par le requérant. Les mesures envisagées dans le présent article sont prises sous la forme d’ordonnance motivée ou, si nécessaire, sous forme d’une sentence si le tribunal arbitral l’estime adéquat” (zie over deze bepaling L. SIMONT, „Voorlopige en bewarende maatregelen en korte debatten in het kader van de arbitrageprocedure”, in *Liber amicorum Jozef Van Den Heuvel*, Antwerpen, Kluwer, 1999, (213) 223, noot 45 aldaar). Art. 17.1 *Cepina-reglement* (van kracht sinds 1 januari 2000; voorheen art. 19.5): „Onverminderd de toepassing van artikel 1679, § 2, van het Gerechtelijk Wetboek, kan elke partij het scheidsgerecht zodra het is benoemd, verzoeken voorlopige of bewarende maatregelen te bevelen, het stellen van waarborgen of het toewijzen van een provisie inbegrepen”. Teneinde de samenwerking tussen rechtbank en arbiters te verzekeren, voorziet art. 17.2 (voorheen art. 19.6) van het *Cepina-reglement* dat alle door de gerechtelijke overheden genomen maatregelen onverwijld ter kennis dienen gebracht te worden van de arbiter en het secretariaat van *Cepina*. Ook arbitrageverdragen erkennen dat partijen de rechter kunnen vorderen voorlopige maatregelen op te leggen. Zo bepaalt art. VI.4 van het Europees Verdrag 21 april 1961 inzake de internationale handelsarbitrage (*B.S.* 17 februari 1976): „Een tot de rechter gerichte aanvraag om voorlopige voorzieningen of maatregelen tot bewaring van recht moet niet geacht worden onverenigbaar te zijn met de overeenkomst tot arbitrage of worden beschouwd als het voorleggen van de zaak, wat de grond betreft, aan het justitieel gerecht”. Voorts wordt algemeen aanvaard dat het Verdrag van New York 10 juni 1958 (*B.S.* 15 november 1975) over de erkenning en tenuitvoerlegging van buitenlandse scheidsrechterlijke uitspraken, er niet aan in de weg staat dat een partij de overheidsrechter om voorlopige maatregelen verzoekt (H. VAN HOUTTE, „Voorlopige maatregelen bij arbitrage”, *R.W.* 1989-90, (532) 535). Zie ook Ph. DE BOURNONVILLE, *L’arbitrage*, Brussel, Larcier, 2000, 133-134, nr. 137.

gen(14). SIMONT(15) is van oordeel dat alvast het advies van de Raad van State hier niet toe bijdraagt. Uit een opmerking van de Raad leidt hij — m.i. ten onrechte — af dat deze de concurrerende bevoegdheid inzake het bevelen van voorlopige maatregelen in het raam van een arbitragegeding tussen enerzijds de judiciële kort geding rechter en anderzijds de arbiter(s) zeer restrictief interpreteert.

5. Uit het nieuwe eerste lid van art. 1696 Ger. W. volgt dat dit moet samen gelezen worden met het — overigens ongewijzigd gebleven — art. 1679, tweede lid, Ger. W. Deze laatste bepaling voorziet dat het niet onverenigbaar is met een overeenkomst tot arbitrage dat een partij zich tot de overheidsrechter wendt in verband met het nemen van bewarende maatregelen of ter verkrijging van een voorlopige voorziening. Ze preciseert voorts dat het beroep van een partij op de rechter niet betekent dat die partij van arbitrage afziet(16). Ex art. 584 Ger. W. behoort het tot de bevoegdheid van de voorzitter van de rechtbank, rechtsprekend in kort geding, om in de gevallen die hij spoedeisend acht bij voorraad uitspraak te doen in alle zaken behalve die welke de wet aan zijn rechtsmacht onttrekt(17).

6. In zijn advies herinnerde de Raad van State(18) allereerst aan de controverse die eertijds woedde rond de vraag of, eenmaal nadat de zaak was aangebracht bij het scheidsgerecht, de judiciële kort geding rechter nog wel kan aangezocht worden voorlopige maatregelen te bevelen. Volgens de memorie van toelichting bij het wetsontwerp tot goedkeuring van de Europese overeenkomst houdende eenvormige

(14) M.v.T., *Parl. St. Kamer* 1997-98, nr. 1374/1, 6. L. DEMEYERE, „De wet van 19 mei 1998 tot wijziging van de bepalingen van het Gerechtelijk Wetboek betreffende de arbitrage”, *R.W.* 1998-99, (865) 867; G. KEUTGEN, „La nouvelle loi sur l’arbitrage”, *J.T.* 1998, (761) 767, nr. 41.

(15) L. SIMONT, *o.c.*, in *Liber amicorum Jozef Van Den Heuvel*, Antwerpen, Kluwer, 1999, 213-230, i.h.b. 217-221.

(16) Zie voor toepassingen: Brussel 18 december 1986, *J.L.M.B.* 1987, 259; Brussel 6 oktober 1983, *T.B.H.* 1984, 365; Brussel 28 november 1979, *J.T.* 1980, 511; Kh. Dendermonde, kort ged., 8 januari 1997, *DAOR* 1997, afl. 42, 87; *T.B.H.* 1998, 256, noot; Kh. Brussel, kort ged., 14 juni 1995, *J.T.* 1995, 613; Rb. Luik, kort ged., 6 juli 1989, *Pas.* 1990, III, 18; Rb. Luik, kort ged., 20 juni 1983, *Jur. Liège*, 1984, 512.

(17) Zie recent over het kort geding: G. DE LEVAL, „Le référé”, in Nationale Kamer van Gerechtsdeurwaarders (ed.), *Vierde permanente Vorming van Gerechtsdeurwaarders 1998*, Antwerpen, E. Story-Scientia, 1999, 123-168; J. VAN COMPERNOLLE (ed.), *Les procédures en référé*, Luik, Formation permanente CUP Vol. XXV (september 1998); J. VAN COMPERNOLLE en G. TARZIA, *Les mesures provisoires en droit belge, français et italien*, Brussel, Bruylant, 1998; P. Taelman, „Het kort geding. Ontwikkeling van de urgentievoorwaarde en het vereiste bij voorraad uitspraak te doen in de jaren '90 alsook enkele procedureaspecten”, *P. & B.* 1997, 203-229.

(18) *Parl. St. Kamer* 1997-98, nr. 1374/1, 20.

wet inzake arbitrage(19) en tot invoering in het Gerechtelijk Wetboek van een zesde deel betreffende arbitrage(20), diende die vraag beantwoord te worden aan de hand van de nationale wetgeving. Daar het Belgisch recht terzake niets uitdrukkelijk voorzag(21), traden de eerste commentatoren van de wet van 4 juli 1972(22) het tot dan toe in een unanieme rechtspraak en rechtsleer ingenomen standpunt bij: bewarende maatregelen kunnen bij de kort geding rechter slechts worden bekomen tot het ogenblik waarop het scheidsgerecht is samengesteld(23).

STORME echter pleitte in een op 12 februari 1976 door Cepina georganiseerde studiedag voor de toelaatbaarheid van spoedeisende vorderingen voor de kort geding rechter — ondanks het bestaan van een arbitrageovereenkomst — en dit zowel vóór als na de samenstelling van het scheidsgerecht(24). Dit standpunt vond gehoor in rechtsleer(25) en rechtspraak(26), zodat de Raad van State in zijn advies bij het ontwerp van de nieuwe arbitragewet(27) terecht kon aanstippen dat de rechtspraak zich in die zin ontwikkeld heeft dat een beroep op

(19) Ondertekend te Straatsburg op 20 januari 1966.

(20) *Parl. St. Kamer*, 1970-71, nr. 988/1, 12, sub nr. 39 aldaar.

(21) M. HUYS en G. KEUTGEN, *L'arbitrage en droit belge et international*, Brussel, Bruylant, 1981, 264 nr. 387 en 143, nr. 154: „L'article 1679, par. 2, du Code judiciaire énonce un principe général mais n'est guère explicite quant aux modalités”.

(22) *B.S.* 8 augustus 1972.

(23) Zie o.m. A. BOEHLÉ, „Arbitrage — Een analyse van de wet”, *T.P.R.* 1973, (1) 9, nr. 9; J. LINSMEAU en J. VAN GELDER, „La nouvelle loi sur l'arbitrage volontaire”, *J.T.* 1973, (205) 209; Ph. MATHEÏ, „La loi du 4 juillet 1972 et l'arbitrage dans le secteur de la construction”, *T. Aann.* 1973, 201; L. DERMINE, *L'arbitrage commercial en Belgique. Commentaire de la loi du 4 juillet 1972*, Brussel, Larcier, 1975, 27, nr. 49; J. LINSMEAU, *R.P.D.B.*, Complément VII, o.c., 29, nr. 100 en verwijzingen aldaar. Meer genuanceerd verdedigde A. FETTWEIS „De bevoegdheid”, *Handboek Gerechtelijk Recht*, Antwerpen, Standaard, 1971, 252, nr. 465) de zienswijze dat de kort geding rechter niet (langer) kan tussenkomen, voor zover het verzoek tot het bekomen van voorlopige maatregelen met de vereiste snelheid aan het scheidsgerecht kan worden voorgelegd. Eenzelfde genuanceerd standpunt nam G. DE LEVAL herhaaldelijk in („Les mesures provisoires et conservatoires en matière d'arbitrage”, in *L'arbitrage — Travaux offerts au professeur Albert Fettweis*, Brussel, E. Story-Scientia, 1989, (111) 120; „Le référé en droit judiciaire privé”, *Act. dr.* 1992, (855) 859, noot 10 aldaar; „Le juge et l'arbitre — Les mesures provisoires”, *Rev. dr. intern. comp.* 1993, (7) 19). Zie ook *infra*, randnr. 5.

(24) M. STORME, „Aspects importants du droit arbitral belge”, *Rev. dr. intern. comp.* 1976, (116) 125, nr. 21. Zie ook M. STORME en B. DEMEULENAERE, *International Commercial Arbitration in Belgium*, Kluwer, Deventer, 1989, 54-56, nrs. 128-130.

(25) M. HUYS en G. KEUTGEN, o.c., 144, nr. 154 en 264-265, nr. 387; H. VAN HOUTTE, „Arbitrage”, *R.W.* 1976-77, (2113) 2123, nr. 13; H. VAN HOUTTE, o.c., *R.W.* 1989-90, (532) 534-535.

(26) Brussel 23 juni 1987, *Ann. dr. Liège* 1990, 242, noot; Brussel 6 oktober 1983, *T.B.H.* 1983, 365; Kh. Gent, kort ged., 16 juni 1993, *T.G.R.* 1994, 10; Rb. Mechelen, kort ged., 16 april 1985, *Pas.* 1985, III, 50; Rb. Luik, kort ged., 15 juni 1978, *Jur. Liège* 1978-79, 52. *Anders*: Bergen 10 april 1996, *R.G.A.R.* 1998, nr. 12.952, noot J. VAN DROOGHENBROECK („Le référé provision entre parties liées par une convention d'arbitrage”).

(27) Advies R.v.St., *Parl. St. Kamer* 1997-98, nr. 1374/1, 20.

de kort geding rechter aanvaard wordt, zelfs nadat het scheidsgerecht is samengesteld. Het Hof van Cassatie trad deze zienswijze bij in zijn arrest van 2 september 1988(28). In het voor het Hof bestreden arrest werd geoordeeld dat de kort geding rechter onbevoegd was om een gegeven te bevestigen dat reeds (rechtstreeks of onrechtstreeks) was vastgesteld in een (weliswaar aangevochten) gerechtelijke of scheidsrechterlijke beslissing. Het Hof verbrak dit arrest omdat uit die omstandigheid op zichzelf niet kan besloten worden dat de kort geding rechter onbevoegd is om de gevorderde voorlopige maatregelen te bevelen. Dit arrest leert bijgevolg dat het bestaan (op zich) van een beslissing van een scheidsgerecht — beslissing die uiteraard pas geveld kan worden nadat het scheidsgerecht reeds werd samengesteld — een beroep op de judiciële kort geding rechter voor het bevelen van voorlopige maatregelen niet in de weg staat. Sinds dit arrest kan onmogelijk nog staande gehouden worden dat „la compétence du juge des référés cesse lorsque la juridiction arbitrale est déjà saisie du litige”(29). Het Hof van Justitie zit met zijn arrest van 17 november 1998(30) inzake Van Uden Maritime BV overigens op een volkomen identieke lijn: wanneer de gevorderde voorlopige maatregelen betrekking hebben op een onderwerp dat tot de materiële werkingssfeer van het Europees Executieverdrag behoort(31), is dit Verdrag van toepassing en kan de rechter in kort geding ex art. 24 van dit Verdrag voorlopige maatregelen bevelen, ook indien een bodemprocedure aanhangig is (of kan worden gemaakt) en ongeacht of deze procedure voor arbiters wordt (of moet worden) gevoerd.

7. Zoals reeds werd aangestipt, ben ik — anders dan SIMONT — van oordeel dat aan deze ontwikkeling geen afbreuk wordt gedaan door de uitdrukkelijke verwijzing in het advies van de Raad van State naar

(28) Cass. 2 september 1988, *Arr. Cass.* 1988-89, 2, nr. 2; *Pas.* 1989, I, 2.

(29) A. FETTWEIS, *Manuel de procédure civile*, Luik, P.U.L. 1987, 676, nr. 1094.

(30) H.v.J. nr. C-391/95 (Van Uden Maritime BV), 17 november 1998, *J.T. dr. eur.* 1998, 228, *T.B.H.* 1999, 134 (weergave H. VAN HOUTTE) en 611; *R.W.* 1998-99, 1290 (weergave I. COUWENBERG); *Rev. crit. dr. intern. privé* 1999, 340, noot J. NORMAND.

(31) Het gegeven dat partijen hun bodemgeskil aan arbitrage hebben onderworpen, dingt hier niet aan af. Alhoewel arbitrage als zodanig ex art. 1, tweede lid, *in fine* E.E.X. uit het toepassingsgebied van het Verdrag is gesloten, is volgens het Hof niet het voorwerp van het bodemgeskil maar dat van de voorlopige maatregelen zelf bepalend voor een beroep op art. 24 E.E.X. Op grond van deze bepaling kunnen voorlopige maatregelen worden gevorderd, mits deze zelf betrekking hebben op onderwerpen die *ratione materiae* tot het E.E.X.-toepassingsgebied behoren (zie I. COUWENBERG, „Europese rechtspraak in kort bestek”, *R.W.* 1998-99, 1290).

rechtsleer(32) waarin geopperd wordt dat slechts een beroep op de kort geding rechter kan gedaan worden, voor zover het verzoek tot het bekomen van voorlopige maatregelen niet met de vereiste snelheid aan het scheidsgerecht kan worden voorgelegd. Meer zelfs, de vingerwijzing van de Raad, m.n. dat het in het licht van deze laatste opmerking is dat het nieuwe eerste lid van art. 1696 Ger. W. moet worden uitgelegd, kan ik volmondig onderschrijven.

Immers, het verzoek tot het bevelen van voorlopige maatregelen kan slechts met succes aan de kort geding rechter gericht worden indien er spoedeisende omstandigheden voorhanden zijn(33). Dit is beslist niet het geval indien de beoogde maatregelen even snel voor de bevoegde bodemrechter, c.q. het scheidsgerecht, kunnen bekomen worden(34). Dergelijke lezing van art. 1679, tweede lid, en het nieuwe eerste lid van art. 1696 Ger. W. houdt — in tegenstelling met wat SIMONT(35) poneert — niet in dat de rechtsmacht om bewarende en voorlopige maatregelen te bevelen aan de kort geding rechter wordt onttrokken van zodra het scheidsgerecht is samengesteld. Dit zal enkel het geval zijn in de mate waarin het scheidsgerecht, rekening houdende met de aan de zaak eigen omstandigheden, even adequaat over de gevorderde voorlopige maatregelen recht kan doen dan de voorzitter, rechtsprekend in kort geding. In dergelijke omstandigheden zal, bij gebrek aan voldaan zijn van het urgentievereiste, een voor de kort geding rechter ingeleide vordering als ongegrond moeten worden afgewezen(36).

(32) De Raad van State refereert aan J. LINSMEAU, *R.P.D.B.*, Complément VII, o.c., 30, nr. 101 en G. DE LEVAL, o.c., in *L'arbitrage — Travaux offerts au professeur Albert Fettweis*, Brussel, E. Story-Scientia, 1989, (111) 120 (deze auteur verdedigde diezelfde zienswijze ook in „Le référé en droit judiciaire privé”, *Act. dr.* 1992, (855) 859, noot 10 aldaar; „Le juge et l'arbitre. Les mesures provisoires”, *Rev. dr. Intern. comp.* 1993, (7) 19). Het was m.i. A. FETTWEIS, „De bevoegdheid”, *Handboek Gerechtelijk Recht*, Antwerpen, Standaard, 1971, 252, nr. 465, die als eerste dit standpunt innam. Zie voorts ook G. HORSMANS, „Actualité et évolution du droit de l'arbitrage”, *Rev. arb.* 1992, (3) 23, die, m.i. anders dan voormelde auteurs, een restrictieve interpretatie van art. 1679, tweede lid, Ger. W. voorstaat omdat de wetgever niet heeft gepreciseerd „que la convention d'arbitrage ne préjudicie en rien à la compétence du juges des référés ou du juge des saisies”.

(33) Het standpunt vertolkt door G. KEUTGEN (o.c., *J.T.* 1998, (761) 767, nr. 43: „Il est donc toujours possible de recourir au juge des référés quand bien même il y a une convention d'arbitrage”) is m.i. te genuanceerd en houdt ten onrechte geen rekening met de toepassingsvoorwaarden eigen aan het kort geding.

(34) *A contrario*: Cass., 21 mei 1987, *Arr. Cass.* 1986-87, 1287; *Pas.* 1987, I, 1160; *R.W.* 1987-88, 1425; Cass. 13 september 1990, *Arr. Cass.* 1990-91, 42; *Pas.* 1991, I, 41.

(35) L. SIMONT, o.c., in *Liber amicorum Jozef Van Den Heuvel*, Antwerpen, Kluwer, 1999, (213) 219.

(36) Cass. 11 mei 1990, *Arr. Cass.* 1989-90, 1169; *Pas.* 1990, I, 1045; *J.T.* 1991, 725; Cass. 11 mei 1990, *Arr. Cass.* 1989-90, 1175; *Pas.* 1990, I, 1050; *R.W.* 1990-91, 987, noot J. LAENENS; *J.T.* 1991, 725; *T.B.H.* 1990, 774, noot D. LINDEMANS. J. LINSMEAU, *R.P.D.B.*, Complément VII, o.c., 29, nr. 101. Vgl. Pres. Utrecht 9 juni 1989, *TvA* 1989, 162, waarin de voorzitter, rechtsprekend in kort geding, zich onbevoegd verklaarde „(om)dat niet is betwist dat in het arbitraal kort geding zo nodig op heel korte termijn een uitspraak kan worden verkregen”.

8. Het bestaan van deze concurrente bevoegdheid tussen scheidsgerecht en kort geding rechter sluit natuurlijk het risico in dat beiden gelijktijdig — hetzij door dezelfde partij(37), hetzij door één van de partijen — worden aangesproken met verzoek voorlopige en/of bewarende maatregelen te bevelen. Een beroep op het concept van aanhangigheid (art. 29 Ger. W.) lijkt me in deze omstandigheden niet mogelijk te zijn(38). Slechts één van de vorderingen hangt immers voor een judicieel rechtscollege, zodat de sub art. 565 Ger. W. uitgewerkte voorrangregeling hier geen toepassing kan vinden. Er valt voorts niet in te zien op welke grondslag de kort geding rechter, resp. de arbiters zouden kunnen bevelen dat de rechtspleging (strekking tot het bekomen van voorlopige maatregelen) voor het scheidsgerecht, resp. de voorzitter, rechtsprekend in kort geding, wordt stop gezet.

Een uitspraak over deze voor het scheidsgerecht, resp. voor de kort geding rechter, gebrachte vordering zal echter veelal wel tot gevolg hebben dat de in de andere rechtspleging nog hangende vordering als ongegrond (bij gebrek aan voorwerp) dient te worden afgewezen. Dit zal echter niet noodzakelijk altijd het geval zijn. In de eerste plaats is het immers denkbaar dat de, in de nog hangende vordering, geviseerde maatregelen van een andere strekking(39) zijn dan degene die reeds bevolen werden en er voorts geen gevaar van interferentie bestaat tussen de diverse maatregelen indien deze beoogd door de nog hangende vordering vooralsnog zouden worden ingewilligd(40). Daarnaast kunnen, sinds de eerst verleende uitspraak, de omstandigheden veranderd zijn of kunnen er zich nieuwe feiten hebben voorgedaan die nopen tot een aanpassing of herziening van de voorlopige en/of bewarende maatregelen.

(37) Wanneer éénzelfde partij zowel via het kort geding als via het scheidsgerecht poogt *identieke* voorlopige maatregelen te bekomen, kan m.i. door de andere partij(en) worden opgeworpen dat zij hiermede erkent dat haar vordering niet voldoet aan het spoedvereiste ex art. 584 Ger. W.

(38) Vgl. J. LINSMEAU, *R.P.D.B.*, Complément VII, *o.c.*, 32, nrs. 118-119; M. HUYS en G. KEUTGEN, *o.c.*, Brussel, Bruylant, 1981, 255, nr. 374. Deze auteurs bestuderen deze rechtsfiguur evenwel niet in het raam van de hier besproken concurrente bevoegdheid van scheidsgerecht en kort geding rechter. *Anders*: L. SIMONT, *o.c.*, in *Liber amicorum Jozef Van Den Heuvel*, Antwerpen, Kluwer, 1999, (213) 225, die zich evenwel slechts in de voorwaardelijke wijze uitdrukt.

(39) Een beroep op het gezag van het gewijsde (resp. van de beschikking in kort geding ex art. 24 Ger. W. of van de arbitrale uitspraak ex art. 1703 Ger. W.) is niet mogelijk wanneer de gevorderde zaak niet dezelfde is als degene waarover reeds uitspraak werd gedaan (zie o.m. Cass. 10 april 1993, *Arr. Cass.* 1993, 372, nr. 184; *Pas.* 1993, I, 369; *R.W.* 1993-94, 505).

(40) Een beroep op de exceptie van gewijsde gesteund op de kort geding, resp. arbitrale uitspraak, zal slechts succesvol zijn wanneer het inwilligen van de hangende vordering het voordeel van de eerder gewezen beslissing ongedaan maakt (zie o.m. Cass. 25 april 1996, *Arr. Cass.* 1996, 336, nr. 126; *Pas.* 1996, I, 363.; *R.W.* 1996-97, 677; *Verkeersrecht* 1996, 291).

9. Partijen kunnen conventioneel de mogelijkheid beroep te doen op de kort geding rechter voor het bevelen van voorlopige maatregelen, uitsluiten(41). De parlementaire voorbereiding van de nieuwe wet bevestigt ongenueanceerd deze leer(42).

In de doctrine wordt echter terecht aangestipt dat het onaanvaardbaar is dat partijen via een uitdrukkelijke of stilzwijgende afstand van de mogelijkheid een beroep te doen op de overheidsrechter in een juridisch vacuüm zouden terechtkomen, bv. omdat het scheidsgerecht niet bij machte is de vereiste voorlopige maatregelen op een adequate en efficiënte manier te bevelen(43). De draagwijdte van een dergelijke afstand moet, aldus KEUTGEN, beoordeeld worden in het licht van de mogelijkheid efficiënt op de arbiters een beroep te doen voor het verlenen van dergelijke maatregelen(44).

Afstand van het grondrecht van rechtsvordering mag inderdaad niet tot gevolg hebben dat aan een partij iedere mogelijkheid tot adequate rechtsbescherming wordt ontnomen. Uitdrukkelijke of stilzwijgende

(41) H. VAN HOUTTE, *o.c.*, *R.W.* 1989-90, (532) 536; J. LINSMEAU, *R.P.D.B.*, Complément VII, *o.c.*, 30, nr. 103 en verwijzingen aldaar; L. DERMINE, *L'arbitrage commercial en Belgique*, Brussel, Larcier, 1975, 27, nr. 49; M. STORME en B. DEMEULENAERE, *o.c.*, Kluwer, Deventer, 1989, 56, nr. 130; M. HUYS en G. KEUTGEN, *o.c.*, 264, nr. 387 en verwijzingen aldaar; L. DEMEYERE, *o.c.*, *R.W.* 1998-99, (865) 867; G. KEUTGEN, *o.c.*, *J.T.* 1998, (761) 767, nr. 43. Volgens M. STORME, „Grondbeginselen bij de totstandkoming van de overeenkomst tot arbitrage”, *Cepina-colloquium* 7 maart 1973, onuitgeg., nr. 4, is een dergelijke afstand eerst mogelijk nadat het scheidsgerecht werd samengesteld (in diezelfde zin: G. KEUTGEN, *o.c.*, *J.T.* 1998, (761) 767, nr. 43). Vgl. art. 1051, eerste en tweede lid, (Ned.) *W. Rv.*: „De partijen kunnen bij overeenkomst het scheidsgerecht aan de voorzitter daarvan, binnen de grenzen gesteld bij artikel 289, eerste lid, de bevoegdheid verlenen om in kort geding vonnis te wijzen (eerste lid). Indien, niettegenstaande een zodanige overeenkomst, de zaak in kort geding bij de president is aangebracht, kan deze, indien een partij zich op het bestaan van deze overeenkomst beroept, alle omstandigheden in aanmerking nemende, zich onbevoegd verklaren door de zaak te verwijzen naar het overeengekomen arbitraal kort geding, tenzij de overeenkomst ongeldig is (tweede lid)”. Partijen zouden overigens ook stilzwijgend afstand kunnen van een tussenkomst van de overheidsrechter, mits een arbitrageregulement te aanvaarden dat het judicieel kort geding uitsluit (in die zin: *Beslagr. Antwerpen*, 27 september 1985, *R.W.* 1987-88, 290, (kritische) noot F. DE LY („Voorlopige en bewarende maatregelen in het kader van een I.C.S.I.D.-arbitrageprocedure inzake investeringsgeschillen”); (impliciet) *Cass. fr.* 18 november 1986, *Clunet* 1987, 125, noot E. GAILLARD; H. VAN HOUTTE, *o.c.*, *R.W.* 1989-90, (532) 536 (zie hierover ook G. DE LEVAL, *o.c.*, in *L'arbitrage — Travaux offerts à Albert Fettweis*, Brussel, Story-Scientia, 1989, (111) 114. *Contra*: A. BERNARD, *L'arbitrage volontaire en droit privé*, Brussel, Bruylant, 1937, 118, nr. 199. Genuanceerd: M. HUYS en G. KEUTGEN, *o.c.*, 144, nr. 154: „(les parties pouvaient renoncer à faire appel au juge des référés) dans la mesure où ils ne contredisent pas le libellé de l'article 1679, par. 2, du Code judiciaire”).

(42) *Parl. St. Kamer* 1997-98, nr. 1374/1, 6.

(43) Vgl. G. DE LEVAL, *o.c.*, in *L'arbitrage — Travaux offerts à Albert Fettweis*, Brussel, Story-Scientia, 1989, (111) 122, nr. 96: „Si une renonciation générale et absolue au droit d'agir en justice ne peut être admise, une renonciation spéciale limitée, restreinte à l'exercice de telle ou telle prérogative déterminée est valable entre parties. Une telle dérogation est de stricte interprétation”; G. DE LEVAL, *Traité des saisies*, P.U.L., 1988, 268-269, nr. 136 D en verwijzingen; L. DEMEYERE, *o.c.*, *R.W.* 1998-99, (865) 867; J. LINSMEAU, *R.P.D.B.*, Complément VII, *o.c.*, 30, nr. 103; H. VAN HOUTTE, *o.c.*, *R.W.* 1989-90, (532) 536.

(44) G. KEUTGEN, *o.c.*, *J.T.* 1998, (761) 767, nr. 43 *in fine*.

afstand van een beroep op de overheidsrechter staat er dan ook niet aan in de weg dat een partij die rechter ter hulp roept met verzoek voorlopige of bewarende maatregelen te bevelen bij feitelijkheden of kwade trouw van de wederpartij(45).

Het verdient aanbeveling een gebeurlijke afstand van een beroep op de overheidsrechter slechts te libelleren als een mogelijkheid, zodat het partijen niet verboden wordt desgevallend langs gerechtelijke weg het opleggen van voorlopige en/of bewarende maatregelen te benaars-tigen(46). Zo een afstand valt overigens slechts te overwegen indien er zekerheid over bestaat dat de andere partij de opgelegde maatregelen spontaan zal naleven(47). In het andere geval zal men immers nog verplicht zijn de uitvoerbaarverklaring van de betrokken arbitrale uitspraak na te streven. Het hieraan inherente tijdsverloop kan de efficiëntie van de bevolen maatregelen gebeurlijk sterk hypotheke- ren. Uiteraard is het ook mogelijk dat partijen overeenkomen dat voor- lopige en bewarende maatregelen uitsluitend via de kort geding rechter kunnen benaarsstigd worden. Art. 1696, eerste lid, Ger. W. is immers noch van openbare orde, noch van dwingend recht. Reeds vóór het ontstaan van het geschil, kunnen partijen die een arbitraal beding in hun overeenkomst opnemen de toepassing van voormelde bepaling uitsluiten(48). Het gegeven dat partijen overeenkwamen hun (toekomstig) geschil aan arbitrage te onderwerpen, doet evenwel geen afbreuk aan het beginsel van de partijautonomie (beschikkingsbegin- sel)(49). Het is met dit beginsel niet verenigbaar dat — in de hypo- these dat partijen art. 1696, eerste lid, Ger. W. buitenspel hebben gezet — de arbiter(s) zelf de bevoegdheid zouden hebben een vordering tot het bevelen van voorlopige of bewarende maatregelen bij de kort geding rechter aanhangig te maken(50).

(45) Ph. DE BOURNONVILLE, *o.c.*, Brussel, Larcier, 2000, 135, nr. 138; L. DEMEYERE, *o.c.*, *R.W.* 1998-99, (865) 867; J. LINSMEAU, *R.P.D.B.*, Complément VII, *o.c.*, 30, nr. 103; H. VAN HOUTTE, *o.c.*, *R.W.* 1989-90, (532) 536; G. DE LEVAL, „Les mesures provisoires et conserva- toires en matière d'arbitrage”, in *o.c.*, (111) 122, nr. 96, met verwijzing naar J. NORMAND: „Pas plus que la procédure judiciaire, la procédure arbitrale ne doit servir de refuge à la mauvaise foi”.

(46) G. DE LEVAL, *o.c.*, in *L'arbitrage — Travaux offerts à Albert Fettweis*, Brussel, Story- Scientia, 1989, (111) 123, nr. 97; vgl. Ph. DE BOURNONVILLE, *o.c.*, Brussel, Larcier, 2000, 135, nr. 138.

(47) G. KEUTGEN, *o.c.*, *J.T.* 1998, (761) 767, nr. 43.

(48) Vgl. G. KEUTGEN, *o.c.*, *J.T.* 1998, (761) 767, nr. 41.

(49) Algemene beginselen van behoorlijke procesvoering beheersen immers ook de zgn. alternatieve procesvormen: zie o.m. M.V. POLAK, *Geschillenbeslechting naar behoren*, Lei- den-Deventer, E.M. Meijers Instituut-Kluwer, 1998. Art. 1696, eerste lid, Ger. W. onderstreept dit, nu het voorziet dat het scheidsgerecht slechts op verzoek van partijen voorlopige en bewarende maatregelen kan bevelen; zie ook L. DEMEYERE, *o.c.*, *R.W.* 1998-99, (865) 868.

(50) Zie nochtans in die zin: G. KEUTGEN, *o.c.*, *J.T.* 1998, (761) 767, nr. 41.

10. Aan de reële, in de arbitragepraktijk reeds onderkende(51), mogelijkheid in hoofde van de arbiters om voorlopige en bewarende maatregelen te bevelen, zal het nieuwe eerste lid van art. 1696 Ger. W. weinig veranderen. Er worden geen nieuwe, verder reikende bevoegdheden aan het scheidsgerecht toegekend en de — behoudens anders-luidende overeenkomst tussen partijen — concurrente interventiemogelijkheid op verzoek van een partij door de judiciële kort geding rechter blijft onverkort bestaan(52).

De onder gelding van de oude wet in de rechtsleer reeds aangestipte feitelijke en juridische beperkingen aan de macht van arbiters om voorlopige en/of bewarende maatregelen te vellen, blijven onverminderd gelden. Deze beperkingen(53) situeren zich:

- op het vlak van de tijd: snelle interventies van het scheidsgerecht zijn, mede omwille van strikt respect voor de tegenspraak(54) en het vereiste dat alle arbiters deelnemen aan de beraadslaging(55), vaak onmogelijk;
- op het vlak van de inhoud: het scheidsgerecht kan enkel maatregelen vellen m.b.t. de aan de overeenkomst tot arbitrage gebonden partijen, wat maatregelen die jegens derden moeten „werken” uitsluit; art. 1696, vierde en vijfde lid, Ger. W., sluit het opleggen van onderzoeksmaatregelen die zich omwille van hun

(51) H. VAN HOUTTE, *o.c.*, *R.W.* 1989-90, (532) 532: „Arbiters hebben de bevoegdheid om voorlopige maatregelen te nemen”; L. DERMINE, „L’arbitre en les mesures d’instruction”, in *L’arbitrage — Travaux offerts à Albert Fettweis*, Brussel, Story-Scientia, 1989, (73) 73, nr. 54; G. DE LEVAL, *o.c.*, in *L’arbitrage — Travaux offerts à Albert Fettweis*, Brussel, Story-Scientia, 1989, (111) 119, nr. 96.

(52) De nieuwe tekst voert niet, in tegenstelling tot het boven reeds geciteerde art. 1051 (Ned.) W. Rv., de rechtsfiguur van het arbitraal kort geding in ons recht in. Aan te stippen valt dat ook naar Nederlands recht, zelfs wanneer partijen arbitraal kort geding zijn overeengekomen, een beroep op de President van de arrondissementsrechtbank om in kort geding uitspraak te doen, mogelijk blijft (zie P. SANDERS, *Het nieuwe arbitragerecht*, Deventer, Kluwer, 1991, 160-161, aant. 3; J.C. SCHULTSZ, „Les nouvelles dispositions de la législation néerlandaise en matière d’arbitrage”, *Rev. arb.* 1988, 212).

(53) H. VAN HOUTTE, *o.c.*, *R.W.* 1989-90, (532) 533-534; G. DE LEVAL, *o.c.*, in *L’arbitrage — Travaux offerts à Albert Fettweis*, Brussel, Story-Scientia, 1989, (111) 122-123, nr. 97; vgl. J. LINSMEAU, *R.P.D.B.*, *Complément VII*, *o.c.*, 29, nr. 101; Ph. DE BOURNONVILLE, *o.c.*, Brussel, Larcier, 2000, 134, nr. 137.

(54) L. DERMINE, *o.c.*, in *L’arbitrage — Travaux offerts à Albert Fettweis*, Brussel, Story-Scientia, 1989, (73) 74, nr. 56; G. DE LEVAL, *o.c.*, in *L’arbitrage — Travaux offerts à Albert Fettweis*, Brussel, Story-Scientia, 1989, (111) 118, nr. 95; Rb. Charleroi 1 december 1978, *R.R.D.* 1979, 935, noot L. DERMINE, Terecht wordt geponoerd dat een rechtspleging op eenzijdig verzoekschrift voor het scheidsgerecht niet mogelijk is, i.h.b. gelet op art. 1694, eerste lid, Ger. W. (J. LINSMEAU, *R.P.D.B.*, *Complément VII*, *o.c.*, 29, nr. 101; H. VAN HOUTTE, *o.c.*, *R.W.* 1989-90, (532) 533 en verwijzingen sub noot 13 aldaar; L. DEMEYERE, *o.c.*, *R.W.* 1998-99, (865) 868). Ook voor de judiciële rechter zal een rechtspleging op eenzijdig verzoekschrift (art. 1025-1034 Ger. W.) slechts nog in zeer uitzonderlijke omstandigheden worden toegestaan.

(55) Zie art. 1701, eerste lid, Ger. W.

aard niet laten verenigen met het particuliere karakter van de arbitrale rechtspraak, uitdrukkelijk uit(56);

- en tenslotte op het vlak van de rechtsgevolgen: een arbitrale uitspraak waarin voorlopige en/of bewarende maatregelen worden bevolen moet, alvorens ze gedwongen kan worden ten uitvoer gelegd, met het exequatur bekleed worden(57).

Aan de typologie van voorlopige en bewarende maatregelen die kunnen opgelegd worden (onderzoeksbeslissingen (met het oog op de bewijsvoering), stabilisatie- of bevestigingsmaatregelen (inrichten van een voorlopige of wachttoestand voor partijen, hangende het arbitrale geding) en anticipatiemaatregelen (vooruitlopend op de te verwachten uitspraak over de grond van het geschil))(58), brengt de nieuwe tekst evenmin een wijziging. Wel brengt hij uitdrukkelijk een precisering aan in de regelgeving die tot vóór de wet van 19 mei 1998 alleen in de doctrine(59) werd aangereikt: aan het scheidsgerecht wordt expliciet de macht ontnomen een verlot tot het leggen van bewarend beslag te verlenen(60).

Dit laatste doet echter geen afbreuk aan het gegeven dat een (Belgische) arbitrale uitspraak van zodra ze werd medegedeeld aan partijen én in zoverre ze niet werd vernietigd — vóór iedere gerechtelijke toetsing — geacht worden een „vonnis” uit te maken in de zin van art. 1414 Ger. W. Dienvolgens kan ze als basis dienen voor iedere vorm van bewarend beslag. Een voorafgaand verlot van de beslagrechter is hiertoe niet vereist. Een vreemde arbitrale uitspraak kan

(56) L. DERMINE, *o.c.*, in *L'arbitrage — Travaux offerts à Albert Fettweis*, Brussel, Story-Scientia, 1989, (73) 73-76, nrs. 55-58.

(57) G. DE LEVAL, *o.c.*, in *L'arbitrage — Travaux offerts à Albert Fettweis*, Brussel, Story-Scientia, 1989, (111) 118-199, nr. 95 en 123, nr. 97; L. DEMEYERE, *o.c.*, *R.W.* 1998-99, (865) 868. In de praktijk worden de door de arbiters bevolen voorlopige en/of bewarende maatregelen veelal spontaan opgevolgd, uit vrees een weigering verdisconteerd te zien in de einduitspraak (H. VAN HOUTTE, *o.c.*, *R.W.* 1989-90, (532) 533-534; F. DE LY, *o.c.*, *R.W.* 1987-88, (290) 292 (die hetzelfde vaststelt m.b.t. maatregelen vervat in zgn. „aanbevelingen” van het scheidsgerecht).

(58) Zie hierover meer uitgebreid: G. DE LEVAL, *o.c.*, in *L'arbitrage — Travaux offerts à Albert Fettweis*, Brussel, Story-Scientia, 1989, (111) 115-118, nrs. 92-94; H. VAN HOUTTE, *o.c.*, *R.W.* 1989-90, (532) 532-533; L. SIMONT, *o.c.*, in *Liber amicorum Jozef Van Den Heuvel*, Antwerpen, Kluwer, 1999, (213) 215.

(59) Zie o.m.: G. DE LEVAL, *o.c.*, in *L'arbitrage — Travaux offerts à Albert Fettweis*, Brussel, Story-Scientia, 1989, (111) 125-127, nr. 100; G. DE LEVAL, *o.c.*, Luik, P.U.L., 1988, 23, nr. 11; H. VAN HOUTTE, *o.c.*, *R.W.* 1989-90, (532) 536; J. LINSMEAU, *R.P.D.B.*, Complément VII, *o.c.*, 29, nr. 101. Zie ook P. SANDERS, *o.c.*, Deventer, Kluwer, 1991, 55, aant. 2.

(60) Dit staat er niet aan in de weg dat partijen (hetzij in de arbitrageovereenkomst, hetzij in het door hen onderschreven arbitragereglement) een beroep op de overheidsrechter om de uitvoering van de te vellen arbitrale uitspraak te waarborgen, kunnen uitsluiten (G. DE LEVAL, „Les mesures provisoires et conservatoires en matière d'arbitrage”, in *o.c.*, (111) 125-127, nr. 100, noot 50 aldaar).

daarentegen slechts gelijk gesteld worden met een vonnis in de zin van art. 1414 Ger. W., indien er een verdrag bestaat (tussen België en het land waar de arbitrale uitspraak werd verleend) dat de erkenning van de arbitrale uitspraak zonder voorafgaand onderzoek onderwerpt aan dezelfde voorwaarden onderwerpt als de erkenning van een vreemd vonnis. Bij gebreke aan dergelijk verdrag, kan de vreemde arbitrale uitspraak slechts ingeroepen worden ter ondersteuning van het verzoek aan de beslagrechter tot het leggen van bewarend beslag of als onderhandse titel op basis waarvan een bewarend derdenbeslag kan worden gelegd(61).

III. De dwangsom in het arbitragerecht

11. In zijn aanhef bepaalt art. 1385*bis* Ger. W. uitdrukkelijk dat het de rechter is die, op vordering van één der partijen, de dwangsom oplegt. Een dergelijke bevoegdheid komt — de parlementaire voorbereiding laat hierover geen twijfel bestaan — op basis van deze wetsbepaling aan arbiters niet toe(62). Deze onmogelijkheid gebruik te maken van de rechtsfiguur van de dwangsom om, in voorkomend geval, bij de dragen tot de naleving van de arbitrale uitspraak werd in arbitragemiddens algemeen betreurd(63).

(61) E. DIRIX en K. BROECKX, *A.P.R.*, v^o *Beslag*, Antwerpen, E. Story-Scientia, 1992, 30, nr. 230; G. DE LEVAL, *o.c.*, Luik, P.U.L., 1988, 324-325, nr. 171. *Anders*, manifest bij vergissing: L. SIMONT, *o.c.*, in *Liber amicorum Jozef Van Den Heuvel*, Antwerpen, Kluwer, 1999, (213) 215-216, noot 8 aldaar.

(62) *Parl. St. Kamer*, 1977-78 nr. 353/1, 16; *Parl. St. Senaat* 1977-78, nr. 404/2, 3; *Parl. St. Senaat*, B.Z.1979, nr. 177/2, 6; Gemeenschappelijke M.v.T., *Doc. Raadgevende Interparlementaire Beneluxraad*, nr. 108/1, 16: „De aan het begin van artikel 1 voorkomende uitdrukking „de rechter” maakt het mogelijk de tekst van toepassing te laten zijn op de verschillende gerechtelijke instanties van de drie landen. De aangehaalde uitdrukking sluit de rechter in kort geding niet uit. Daarentegen kan die uitdrukking geen betrekking hebben op scheidsmannen”; G.L. BALLON, „De nieuwe wet op de dwangsom”, *R.W.* 1979-80, (2017) 2022, nr. 4.3; M. STORME „Een revolutionaire hervorming: de dwangsom”, *T.P.R.* 1980, (222) 231 nr. 14; I. MOREAU-MARGRÈVE, „L’astreinte”, *Ann. dr. Liège* 1982, (11) 60; M. STORME, „L’astreinte”, in *Les voies conservatoires et d’exécution — Bilan et perspectives*, Ed. du Jeune Barreau, Brussel, 1982, (193) 200, nr. 12; G.L. BALLON, „De dwangsom in arbitrale uitspraken”, *TvA* 1985, (30) 31, nr. 2; A. FETTWEIS, *o.c.*, Luik, P.U.L. 1987, 601, nr. 952; J. LINSMEAU, *R.P.D.B.*, Complément VII, *o.c.*, 44, nr. 221; M. HUYS en G. KEUTGEN, „L’arbitrage — Chronique de jurisprudence 1982 à 1987”, *J.T.* 1988, (417) 421, nr. 37; G. DE LEVAL, „Les mesures provisoires et conservatoires en matière d’arbitrage”, in *o.c.*, (111) 126, nr. 100, noot 49 aldaar; Concl. C. WAMPACH vóór Benelux Hof 1 juli 1988, *R.W.* 1988-89, (145) 148; K. WAGNER, *Artikelsgewijze commentaar Gerechtelijk Recht*, Antwerpen, Kluwer, losbl., art. 1385*bis*, nr. 30 (september 1999); G. KEUTGEN, *o.c.*, *J.T.* 1998, (761) 768, nr. 52; Rb. Luik 6 maart 1984, *Jur. Liège* 1984, 197, noot.

(63) G. DE LEVAL, noot sub Rb. Luik 6 maart 1984, *Jur. Liège* 1984, 200. Zie ook de verantwoording bij de voorstellen van het Cepina voor een hervorming van het Belgische arbitragerecht, *Cepina Newsletter*, 1993, nr. 7, sub het voorgestelde art. 1709*bis*.

Door aan zijn hoofdveroordeling als bijkomende veroordeling een dwangsom te koppelen, maakte het scheidsgerecht zich schuldig aan machtoverschrijding. Het stelde hierdoor, minstens op dit punt, zijn uitspraak bloot aan een vernietigingsvordering ex art. 1704, tweede lid, d), Ger. W.(64). Liet de veroordeelde partij echter na de vordering tot vernietiging binnen de in art. 1712, tweede lid, Ger. W. voorziene vervaltermijn in te stellen, dan kon de met het exequatur beklede arbitrale uitspraak worden ten uitvoer gelegd m.i.v. de door het scheidsgerecht (met machtoverschrijding) opgelegde dwangsom(65). Verder staat buiten betwisting dat de judiciële rechter bij het inwilligen van het verlot tot tenuitvoerlegging noch de arbitrale uitspraak, noch de beslissing tot uitvoerbaarverklaring, van een dwangsom kan voorzien(66).

12. De Benelux-Overeenkomst van 26 november 1973, houdende de eenvormige wet betreffende de dwangsom(67), stond nochtans het toekennen van de bevoegdheid tot het opleggen van dwangsommen aan arbiters geenszins in de weg. Art. 2 van deze overeenkomst biedt iedere overeenkomstsluitende Staat de mogelijkheid in zijn wetgeving de eenvormige wet aan te vullen met bepalingen waarin aangelegenheden worden geregeld waarvoor geen regeling is voorzien, mits deze bepalingen niet strijdig zijn met de Overeenkomst of met de eenvormige wet(68). In Nederland werd van bij het in werking treden van de eenvormige wet op 1 januari 1978 art. 611i (Ned.) W. Rv. toegevoegd: „Onder rechter in deze afdeling (betreffende de dwangsom) worden mede scheidsmannen begrepen”. Sinds het in voege treden van de nieuwe Nederlandse arbitragewet op 1 december 1986 voorziet art. 1056 (Ned.) W. Rv. in de bevoegdheid voor arbiters een dwangsom op te leggen, in de gevallen waarin de gewone rechter dit kan(69).

(64) Rb. Luik 6 maart 1984, *Jur. Liège* 1984, 197, noot. Vgl. art. 1065.5 (Ned.) W. Rv.

(65) Luik 5 juni 1987, *Ann. dr. Liège* 1990, 236, noot.

(66) G.L. BALLON, *A.P.R.*, v° *Dwangsom*, Gent, E. Story-Scientia, 1980, 45, nr. 122; I. MOREAU-MARGRÈVE, *o.c.*, *Ann. dr. Liège* 1982, (11) 60 (met verwijzing naar de art. 1704, 1710 en 1723 Ger. W.); G.L. BALLON, *o.c.*, *TvA* 1985, (30) 31, nr. 3. De doctrine en rechtspraak zijn overigens zeer verdeeld rond de vraag of een dwangsom al dan niet gelijktijdig met de hoofdveroordeling — dit is: in dezelfde uitspraak — moet worden opgelegd: zie o.m. P. Taelman, *o.c.*, *P. & B.* 1997, (203) 225-229, nrs. 38-41; J. LAENENS, „Procedureaspecten”, in Jura Falconis (ed.), *De Dwangsom*, Leuven, Jura Falconis Libri, 1999, (29) 29-30, nr. 2.

(67) *B.S.* 20 februari 1980.

(68) *Parl. St. Kamer*, 1977-78 nr. 353/1, 16; I. MOREAU-MARGRÈVE, *o.c.*, *Ann. dr. Liège* 1982, (11) 45-46 en noot 108 aldaar. G. KEUTGEN, „Arbitrage — Chronique de jurisprudence: 1987-92”, *J.T.* 1993, (677) 683, nr. 44; *Cepina Newsletter*, 1993, nr. 7, sub het voorgestelde art. 1709bis; *Parl. St. Kamer* 1997-98, nr. 1374/1, 10.

(69) Zie hierover o.m. P. SANDERS, *o.c.*, Deventer, Kluwer, 1991, 190-193.

Een wijziging in diezelfde zin van de Belgische wetgeving, werd wenselijk geacht(70). Art. 1709bis Ger. W., ingevoegd bij art. 12 W. 19 mei 1998, laat thans arbiters toe een partij te veroordelen tot het betalen van een dwangsom. De artikelen 1385bis tot octies Ger. W. werden van overeenkomstige toepassing verklaard. Dit houdt o.m. in dat de arbiters de dwangsomveroordeling slechts kunnen uitspreken op vordering van één van de partijen.

13. Het nieuwe art. 1709bis Ger. W.(71) is echter geen (perfecte) kopie van art. 1056 (Ned.) W. Rv. Deze laatste bepaling verklaart — net zoals zijn Belgische evenknie — de artikelen uit het procedurewetboek m.b.t. de dwangsom van overeenkomstige toepassing, maar voegt er verder aan toe „dat in de gevallen bedoeld in artikel 611d(72), de opheffing, de opschorting of de vermindering van de dwangsom bij verzoekschrift moet worden verzocht aan de president van de rechtbank, ter griffie waarvan het origineel van het vonnis in gevolge artikel 1058, eerste lid, moet worden nedergelegd”.

Hieruit volgt dat niet het scheidsgerecht maar wel de President van de arrondissementsrechtbank waar het origineel van de arbitrale uitspraak moet worden neergelegd — dit is dezelfde die gebeurlijk over het verlof tot tenuitvoerlegging (exequatur) moet oordelen(73) — de opheffing, opschorting of vermindering van de dwangsom als bedoeld in art. 611 (Ned.) W. Rv. beoordeelt(74).

Waarom in de gevallen voorzien sub art. 611d (Ned.) W. Rv. van arbiters op de President is overgeschakeld, werd in de M.v.T. op de (Nederlandse) arbitragewet als volgt verklaard: „Daar echter de opdracht van het scheidsgerecht eindigt met de nederlegging van het vonnis ter griffie(75), bepaalt artikel 1056 dat, wanneer opheffing,

(70) *Parl. St. Kamer 1997-98*, nr. 1374/1, 10; *Cepina Newsletter*, 1993, nr. 7, sub het voorgestelde art. 1709bis.

(71) Inspiratie voor deze wetsbepaling werd duidelijk gehaald bij *Cepina*. De tekst van het voorontwerp van wet (*Parl. St. Kamer 1997-98*, nr. 1374/1, 15 (art. 13)) is identiek aan de redactie van art. 1709bis in *Cepina Newsletter*, 1993, nr. 7, 6. De toelichting bij deze bepaling (*Parl. St. Kamer 1997-98*, nr. 1374/1, 10 (art. 12)) is de letterlijke overname van de verantwoording opgenomen in *Cepina Newsletter*, 1993, nr. 7, 6.

(72) Deze bepaling spoort volkomen gelijk met art. 1385quinquies Ger. W.

(73) Art. 1062.1 (Ned.) W. Rv. P. SANDERS, *o.c.*, Deventer, Kluwer, 1991, 191, aant. 2.1; W. HUGENHOLTZ en W.H. HEEMSKERK, *Hoofdlijnen van Nederlands Burgerlijk Procesrecht*, 's-Gravenhage, Vuga, 1998, 250-251, nr. 209.

(74) P. SANDERS, *o.c.*, Deventer, Kluwer, 1991, 191, aant. 2.1.

(75) Art. 1058.2 (Ned.) W. Rv.: „De opdracht van het scheidsgerecht eindigt door de nederlegging ter griffie van het laatste eindvonnis, onverminderd het bepaalde in de artikelen 1060 en 1061”. Art. 1060 (Ned.) W. Rv. handelt over de verbetering van de arbitrale uitspraak, terwijl art. 1061 (Ned.) W. Rv. „het aanvullend vonnis” (wanneer door de arbiters nagelaten werd één of meerdere geschilpunten te beslechten) betreft.

opschorting of vermindering van de dwangsom wordt gevraagd (de gevallen van art. 611d), de President die het verlof tot tenuitvoerlegging heeft gegeven, bevoegd is daarover te beslissen”(76). SANDERS preciseert dat deze verklaring enkel juist is waar ze het laatste eindvonnis betreft(77), d.i. datgene waarmede het scheidsgerecht zijn opdracht volledig beëindigd. Hij stipt aan dat gedeeltelijke eindvonnissen ook ter griffie kunnen gedeponereerd worden en van het exequatur kunnen worden voorzien, zonder dat de opdracht van de arbiters hierdoor een einde neemt. Daar art. 1056.2 (Ned.) W. Rv. voor gedeeltelijke eindvonnissen niet in een uitzondering voorziet, moet echter ook in deze hypothese het verzoek tot opheffing, opschorting of vermindering van de dwangsom tot de President worden gericht.

De parlementaire voorbereiding van art. 1709*bis* Ger. W. leert daarentegen dat het de arbiters zijn die de dwangsom opheffen, verminderen of opschorten overeenkomstig art. 1385*quinquies* Ger. W. De M.v.T. stipt echter verder wel aan dat „indien het scheidsgerecht niet meer kan worden samengesteld, staat ook een beroep op de bevoegde rechter open”(78).

In zijn advies merkte de Raad van State op: „Aangezien de artikelen 1385*bis* tot 1385*octies* van het Gerechtelijk Wetboek van overeenkomstige toepassing zijn op de scheidsrechterlijke procedure, zou in de commentaar op die bepalingen moeten worden vermeld dat ook als de taak van de scheidslieden geëindigd is in de zin van artikel 1702.3 van het Gerechtelijk Wetboek, zij de dwangsom zouden kunnen hebben op te heffen, te verminderen of op te schorten na de scheidsrechterlijke uitspraak te hebben gedaan en te hebben neergelegd op de griffie van de bevoegde rechtbank. Evenzo wordt wanneer de veroordeelde overlijdt, de dwangsom door erfgenamen en andere rechtverkrijgenden krachtens artikel 1385*septies* van het Gerechtelijk Wetboek pas opnieuw verbeurd wanneer de rechter die haar heeft opgelegd, aldus heeft besloten. Indien het scheidsgerecht in stand kan blijven, zal het uitspraak moeten doen over kwesties omtrent dwangsommen; indien het scheidsgerecht niet weer kan worden samengesteld, dient een beroep te worden gedaan op de rechtbank van eerste aanleg, waarbij men zich laat leiden door het bepaalde in het ont-

(76) Memorie van Toelichting op de Nederlandse arbitragewet, 24, zoals geciteerd bij P. SANDERS, *o.c.*, Deventer, Kluwer, 1991, 192, aant. 2.2.

(77) P. SANDERS, *o.c.*, Deventer, Kluwer, 1991, 192, aant. 2.2.

(78) *Parl. St. Kamer* 1997-98, nr. 1374/1, 10.

worpen artikel 1702*bis*, punt 5 betreffende de uitlegging van scheidsrechterlijke uitspraken”(79).

14. Het in art. 1709*bis* Ger. W. niet uitdrukkelijk voorzien — naar analogie van de Nederlandse arbitragewet — in een afwijkende regeling voor opheffing, vermindering of schorsing van dwangsommen nadat de arbitrale uitspraak werd verleend, is problematisch in het licht van de uitlegging die het Benelux Hof bij herhaling(80) gegeven heeft aan de in de art. 1385*quinquies* en 1385*septies* Ger. W. gehanteerde notie „rechter die de dwangsom heeft opgelegd”.

In zijn arrest van 12 februari 1996(81) besliste dit Hof — in antwoord op een prejudiciële vraag van het Hof van Cassatie(82) — dat: „art. 4, lid 1, van de Eenvormige Beneluxwet betreffende de dwangsom (art. 1385*quinquies*, eerste lid, Ger. W.) moet aldus worden uitgelegd dat de bevoegdheid toegekend aan de rechter die de dwangsom heeft opgelegd, om de dwangsom op te heffen in geval van onmogelijkheid voor de veroordeelde om aan de hoofdveroordeling te voldoen, exclusief is en eraan in de weg staat dat in een executiegeschil betreffende de eventueel verbeurde dwangsom een andere rechter dan degene die de dwangsom heeft opgelegd, zou beslissen dat, ook al heeft de veroordeelde de hoofdveroordeling niet uitgevoerd, de dwangsom wegens overmacht niet verbeurd is”.

Het Hof van Cassatie sloot zich in zijn arrest van 2 mei 1996(83) bij deze interpretatie aan(84). Die leidt tot een *uitsluitende* bevoegdheid in hoofde van de rechter die de dwangsom heeft opgelegd om deze op

(79) *Parl. St.* Kamer 1997-98, nr. 1374/1, 22-23. Art. 1702*bis*.5 Ger. W. stipuleert: „Wanneer dezelfde arbiters niet meer kunnen worden bijeengeroepen, moet het verzoek om uitlegging of verbetering van de uitspraak worden voorgelegd aan de rechtbank van eerste aanleg waarvan de voorzitter bevoegd is om de uitvoerbaarverklaring te beslissen overeenkomstig de bevoegdheidsregels voorzien in de artikelen 1717 en 1719, tweede lid”.

(80) Zie, naast het hierna vermelde arrest: Benelux Hof 15 april 1992, *R.W.* 1991-92, 1425. Benelux Hof 12 mei 1997, *R.W.* 1997-98, 71, concl. Th. B. TEN KATE.

(81) Benelux Hof 12 februari 1996, *A.J.T.* 1996, 331, noot G. BALLON; *J.T.* 1996, 280; *R.W.* 1995-96, 1298, concl. B. JANSSENS DE BISTHOVEN; *P. & B.* 1996, 62.

(82) Cass. 30 september 1994, *Arr. Cass.* 1994, 798; *Pas.* 1994, I, 780.

(83) Cass. 2 mei 1996, *Arr. Cass.* 1996, 384; *Pas.* 1996, I, 406; *P. & B.*, 1996, 207, noot; *R.W.* 1996-97, 656, noot. In dezelfde zin: Antwerpen 9 februari 1998, *R.W.* 1999-2000, 919; E. DIRIX, „Dwangsom en overmacht” (noot sub Benelux Hof 25 mei 1999), *R.W.* 1999-2000, (916) 917, nr. 2.

(84) Zie hierover ook: K. WAGNER, *Artikelsgewijze commentaar Gerechtelijk Recht*, Antwerpen, Kluwer, losbl., art. 1385*quinquies*, nrs. 8-12 (september 1999); J. LAENENS, o.c., in Jura Falconis (ed.), *De Dwangsom*, Leuven, Jura Falconis Libri, 1999, (29) 33-34, nr. 9; E. DIRIX, „Executieproblemen met betrekking tot de dwangsom”, in Jura Falconis (ed.), *De Dwangsom*, Leuven, Jura Falconis Libri, 1999, (37) 53-54.

te heffen, te verminderen of op te schorten (in de hypothesen voorzien in de art. 1385*quinquies* en 1385*septies* Ger. W.) of om deze, na overlijden van de veroordeelde, (opnieuw) te doen verbeuren lastens diens erfgenamen en andere rechtverkrijgenden (art. 1385*septies* Ger. W.).

Nu art. 1709*bis* Ger. W. zonder enige beperking deze bepalingen van toepassing maakt inzake arbitrage, dient gelet op de besproken jurisprudentie besloten te worden tot een exclusieve bevoegdheid in hoofde van de arbiter(s) die de dwangsom heeft/hebben opgelegd om deze desgevallend aan te passen en/of opnieuw te doen verbeuren(85). Weliswaar bepaalt art. 7.2 van het Verdrag van 31 maart 1965 betreffende de instelling en het statuut van het Benelux Hof(86) dat (enkel) de nationale rechters die uitspraak moeten doen in de zaak in het raam waarvan een prejudiciële vraag werd gesteld, gebonden zijn aan de uitlegging welke voortvloeit uit het door het Beneluxhof gevelde uitleggingsarrest. Er kan niet gesproken worden van een *erga omnes* werking van deze arresten, noch zijn ze bekleed met een absoluut gezag van gewijsde(87). Hetzelfde geldt, gelet op art. 6 Ger. W., voor cassatiearresten(88). Dit staat er echter niet aan in de weg dat de uitleggingsarresten, net zoals de arresten van het Hof van Cassatie, ook in andere zaken gewoonlijk wel gevolgd worden en aldus „nationale jurisprudentie” gaan vormen, niet het minst omwille van (mogelijk) cassatietoezicht.

15. Gelet op deze rechtspraak doet art. 1709*bis* Ger. W., minstens in het geval dat er in de overeenkomst tot arbitrage een welbepaald individu (of welbepaalde individuen) tot arbiter (arbiters) werden aangewezen, vragen rijzen wanneer zich één van de in de art. 1385*quinquies* en 1385*septies* Ger. W. geïllustreerde situaties voordoen én de arbiter(s) — bv. ingevolge overlijden (van één van hen) — niet meer kunnen worden samengebracht(89). Art. 1687 Ger. W.

(85) Vgl. L. DEMEYERE, *o.c.*, *R.W.* 1998-99, (865) 870: „Door het opleggen van de dwangsom heeft het arbitraal college impliciet de bevoegdheid behouden zich over de voormelde problemen uit te spreken”.

(86) *B.S.* 11 december 1973, zoals gewijzigd en aangevuld bij het Protocol van 23 november 1984, *B.S.* 4 november 1986.

(87) F. DUMON, m.m.v. A. VAN GELDER en J. VAN ROY, *A.P.R.*, v^o *Benelux-Gerechtshof*, Gent, E. Story-Scientia, 1984, 122-132, nrs. 160-178.

(88) Zie o.m. Cass. 12 april 1994, *Arr. Cass.* 1994, 364; *Pas.* 1994, I, 360; *R.W.* 1994-95, 500, noot S. VAN OVERBEKE („Verwijzing naar rechtspraak in de rechterlijke beslissing”, *R.W.* 1994-95, 500-502); *P. & B.* 1995, 6.

(89) N. VAN OPSTALL, „De regeling van de dwangsom in het gewijzigd ontwerp van het derde boek van het nieuwe burgerlijk wetboek”, *WPNR* 1972, (473) 486; G.L. BALLON, *o.c.*, *TvA* 1985, (30) 31, nr. 3.

bepaalt zelfs dat in dergelijk geval, behoudens andersluidende regeling door partijen, de overeenkomst tot arbitrage van rechtswege vervalt(90) ... De ongelukkige wettelijke lacune dreigt in die gevallen partijen in het (navolgend) dwangsomgeschil tot een impasse te leiden.

De verwijzing, in het advies van de Raad van State, naar (het nieuwe) art. 1702*bis*, vijfde lid, Ger. W. ter oplossing hiervan, is m.i. niet adequaat. Allereerst is deze bepaling zeer restrictief opgevat. Ze is daarenboven volledig toegesneden op een totaal ander vraagstuk, m.n. het probleem van uitlegging of de verbetering van een arbitrale uitspraak wanneer niet meer dezelfde arbiters kunnen worden bijeengeroepen. In dergelijke gevallen zullen de elementen ter oplossing van het gerezen probleem echter veelal besloten liggen in het reeds beslechte geschil. In geval van herziening van de dwangsom en, *a fortiori*, bij overlijden van de veroordeelde betreft het daarentegen nieuwe of minstens ten tijde van de uitspraak nog niet gekende gegevens. Tenslotte, indien de wetgever daadwerkelijk de techniek van art. 1702*bis* Ger. W. ook inzake de dwangsomproblematiek toepasselijk wou maken, had hij dit in de wettekst zelf uitdrukkelijk moeten voorzien.

De enige oplossing die voor het geval arbiters *nominatim* werden aangewezen rechtszekerheid biedt(91), is in de overeenkomst tot arbitrage te voorzien in een sluitende regeling voor een nieuwe benoeming bij overlijden, wraking, behoorlijk aanvaarde terugtrekking, verhindering of ontslag van een arbiter. Uiteraard dient, bij toepassing van art. 1687.3 Ger. W., tevens overeengekomen te worden dat het overlijden van een arbiter geen einde stelt aan de overeenkomst tot arbitrage.

In geval de arbiter(s) niet met naam in de overeenkomst tot arbitrage is/zijn aangewezen, zal vervanging van de arbiter(s) overeenkomstig art. 1687 Ger. W. soelaas kunnen bieden, althans in zoverre een oplossing niet reeds via het tussen partijen overeengekomen arbitragereglement zou worden aangereikt(92). Net zomin als dit bij judici-

(90) Ph. DE BOURNONVILLE, *o.c.*, Brussel, Larcier, 2000, 152, nr. 166; J. LINSMEAU, *R.P.D.B.*, Complément VII, *o.c.*, 38, nr. 169.

(91) G. KEUTGEN (*o.c.*, *J.T.* 1998, (761) 768, nrs. 54-55) en, in zijn kielzog, Ph. DE BOURNONVILLE (*o.c.*, Brussel, Larcier, 2000, 169-170, nr. 200) beperken zich m.i. ten onrechte tot overname van de zienswijze van de Raad van State. L. DEMEYERE (*o.c.*, *R.W.* 1998-99, (865) 870 beperkt er zich toe op te merken dat „volgens de Raad van State de rechtbank van eerste aanleg bevoegd is om van de betrokken betwistingen kennis te nemen indien het arbitraal college niet meer kan worden samengesteld”.

(92) Zie bv. art. 9.4 Cepina-reglement; van kracht sinds 1 januari 2000 (voorheen art. 18.4).

ële rechtscolleges vereist is, dienen immers niet noodzakelijk dezelfde fysieke personen als arbiters te fungeren om over het — ingevolge het zich voordoen van één van de hypothesen voorzien in de art. 1385*quinquies* of 1385*septies* Ger. W. — navolgend (dwangsom)geschil te oordelen.

16. Deze innovatie doet ook de vraag rijzen vanaf wanneer een in een arbitrale uitspraak opgelegde dwangsom, bij niet naleving van de hoofdveroordeling, kan worden verbeurd.

Voor het beantwoorden van die vraag dient het arrest van het Benelux Hof van 5 juli 1985(93) in herinnering te worden gebracht. Hierin werd geoordeeld dat de dwangsom het kenmerk heeft van een middel om tot uitvoering van de veroordeling te noodzaken(94). In navolging van de conclusie van toenmalig Adv. Gen. KRINGS(95) verwierp het Benelux Hof hiermede de o.m. door I. MOREAU-MARGRÈVE(96) voorgestane zienswijze dat de dwangsom verbonden is aan de bindende werking (*l'effet obligatoire; l'effet substantiel*) van de (gerechtelijke of arbitrale) uitspraak. Deze laatste stellingname sloot in dat de dwangsom ook zou kunnen verbeurd worden vanaf het ogenblik dat de uitspraak verleend werd(97), zelfs al kon op dat ogenblik de schuldeiser de gedwongen tenuitvoerlegging ervan niet benaarstigen(98). Naar luid van het arrest van 5 juli 1985 kan een in een (arbitrale) uitspraak opgelegde dwangsom echter pas (voor het eerst) verbeurd worden wanneer die beslissing vatbaar is voor gedwongen tenuitvoerlegging.

Aan die voorwaarde voldoet een arbitrale uitspraak slechts nadat ze uitvoerbaar werd verklaard(99) bij toepassing van art. 1710, c.q. 1719

(93) Benelux Hof 5 juli 1985, *R.W.* 1985-86, 929, concl. E. KRINGS.

(94) M.i. moet uit deze uitspraak ook besloten worden dat de rechtsfiguur van de dwangsom beter was opgenomen onder deel V van het Ger. W. (Bewarend beslag, middelen tot tenuitvoerlegging en collectieve schuldenregeling) i.p.v. onder Dl. IV (Burgerlijke rechtspleging).

(95) Concl. E. KRINGS vóór Benelux Hof 5 juli 1985, *R.W.* 1985-86, (929) 935, noot 13 aldaar.

(96) I. MOREAU-MARGRÈVE, *o.c.*, *Ann. dr. Liège* 1982, (11), 37, 59 en 78 e.v. Deze auteur werd in haar zienswijze gevolgd door M. STORME, *o.c.*, in *Les voies conservatoires et d'exécution — Bilan et perspectives*, Ed. du Jeune Barreau, Brussel, 1982, (193) 207, nr. 22.

(97) De arbitrale uitspraak bestaat van zodra ze gewezen is en door de arbiter(s) ondertekend werd: Cass. 27 oktober 1977, *Pas.* 1978, I, 252 (impliciet); Cass. 10 juni 1954, *Pas.* 1954, 859, concl. R. HAYOIT DE TERMICOURT. Zie ook A. FETTWEIS, *o.c.*, Luik, P.U.L., 1987, 265, nr. 358.

(98) Bv. omwille van de schorsende werking, op het vlak van de tenuitvoerlegging, van de aanwending van een gewoon rechtsmiddel.

(99) G. DE LEVAL, „Les mesures provisoires et conservatoires en matière d'arbitrage”, in *o.c.*, (111) 126, nr. 100, noot 49 aldaar; Ph. DE BOURNONVILLE, *o.c.*, Brussel, Larcier, 2000, 169, nr. 200 en verwijzingen sub noot 7 aldaar; (enigszins aarzelend) L. DEMEYERE, *o.c.*, *R.W.* 1998-99, (865) 870. Vgl. I. MOREAU-MARGRÈVE, *o.c.*, *Ann. dr. Liège* 1982, (11) 45-46, noot 108.

Ger. W.(100) en in zoverre er vervolgens werd overgegaan tot betekening ervan(101). Anders dan gerechtelijke uitspraken zijn arbitrale uitspraken immers niet van rechtswege bekleed met uitvoerbare kracht(102), omdat een arbiter geen overheidsrechter is.

IV. Wraking van de arbiters

17. Naar luid van het oude art. 1690, eerste lid, Ger. W. konden arbiters om dezelfde redenen als overheidsrechters gewraakt worden. Zoals bekend worden deze redenen limitatief(103) opgesomd in art. 828 Ger. W. Zeer terecht heeft de wetgever er voor geopteerd het keurslijf van het gesloten systeem van wrakingsgronden te vervangen door een open norm: „de arbiter kan worden gewraakt indien er omstandigheden zijn die gerechtvaardigde twijfel doen ontstaan over zijn onpartijdigheid of onafhankelijkheid”(104).

Hiermede wordt immers allereerst tegemoet gekomen aan het erg ruime vereiste van onpartijdigheid en onafhankelijk vervat in art. 6 E.V.R.M. De ontwikkeling van de rechtspraak op basis van deze verdragsbepaling heeft reeds duidelijk gemaakt dat „les cas de récusation limitativement énumérés par la loi n'épuisent pas l'exigence

(100) Volstrekt bevoegd is de voorzitter van de rechtbank van eerste aanleg (art. 586, 1^o, Ger. W.). De territoriale bevoegdheid wordt geregeld in art. 1717, eerste en tweede lid, Ger. W. Bij gebreke aan andersluidende overeenkomst tussen partijen is de rechtbank van de plaats van arbitrage bevoegd.

(101) Alvorens de gedwongen executie daadwerkelijk een aanvang kan nemen, dient op straffe van (relatieve) nietigheid van „de daden van tenuitvoerlegging”, door de verzoeker aan de wederpartij de exequaturbelissing (bekleed met het formulier van tenuitvoerlegging — art. 1386 Ger. W.) te worden betekend bij gerechtsdeurwaardersexploot (E. DIRIX en K. BROECKX, *A.P.R.*, v^o *Beslag*, E. Story-Scientia, Brussel, 1992, 98-99, nr. 163; G. DE LEVAL, *Traité des Saisies*, Luik, P.U.L., 1988, 535-536, nr. 259E; J.-L. LEDOUX, „Les Saisies. Chronique de jurisprudence (Du Code judiciaire à 1982)”, *J.T.* 1989, (609) 640, nr. 100; G. DE LEVAL en J. VAN COMPERNOLLE, „Aperçu des règles communes aux saisies conservatoires et aux voies d'exécution”, in *Les voies conservatoires et d'exécution — Bilan et perspectives*, Ed. du Jeune Barreau, Brussel, 1982, (9) 63, nr. 80). Deze betekening zal, in zoverre dit niet eerder gebeurde, tevens een afschrift van de arbitrale sententie te bevatten.

(102) J. LINSMEAU, *R.P.D.B.*, Complément VII, *o.c.*, 38-39, nrs. 174-176; M. STORME en B. DEMEULENAERE, *o.c.*, Kluwer, Deventer, 1989, 56; J. LINSMEAU en J. VAN GELDER, *o.c.*, *J.T.* 1973, (205), 216. Vgl. P. MAHAUX, „Het rechterlijk gewijsde en het Gerechtelijk Wetboek”, *R.W.* 1971-72, (105) 111; A. FETTWEIS, *o.c.*, Luik, P.U.L., 1987, 290, nr. 386, noot 1 aldaar; G. DE LEVAL, *Institutions judiciaires*, Luik, P.U.L., 1992, 17-18, nr. 4.

(103) S. DE COSTER, *Artikelsgewijze Commentaar Gerechtelijk Recht*, Antwerpen, Kluwer, losbl., art. 828, nr. 5 en verwijzingen aldaar sub noot 1 (maart 1997). Zie recent o.m. Cass. 19 november 1998, *J.L.M.B.* 1999, 1500, noot F. KUTY; Cass. 24 september 1998, *R.W.* 1999-2000, 933.

(104) Art. 1690, eerste lid (nieuw), Ger. W.; *Parl. St.* Kamer 1997-98, nr. 1374/1, 4.

d'impartialité requise de toute juridiction”(105). In de tweede plaats bracht de wetgever hiermede onze regelgeving op één lijn met de terminologie die gebruik wordt in art. 1033, eerste lid, (Ned.) W. Rv.(106) en art. 12 van de Uncitral-modelwet(107).

Waar de rechter zich bij het beoordelen van een wrakingvordering niet langer mag steunen op één van de gronden opgesomd in art. 828 Ger. W., belet niets dat hij hieruit gebeurlijk wel nog inspiratie put.

18. Tijdens de parlementaire voorbereiding rees de vraag of het ontbreken van iedere precisering over dit nieuwe criterium, wanhopige partijen er niet toe zal brengen de partijdigheid (of afhankelijkheid) van arbiters aan te voeren voordat die uitspraak hebben gedaan. De minister van Justitie antwoordde hierop dat het overnemen van de internationale terminologie de problematiek van de wraking van de arbiters aan de in de internationale arbitrale rechtspraak gehuldigde beginselen wil onderwerpen(108).

In zijn commentaar op de, gelijkkluidende, Nederlandse bepaling wijst SANDERS(109) er op dat de in de wet gehanteerde formule kort maar krachtig weer waar het op aan komt: er mag geen gerechtvaardigde twijfel bestaan of de arbiter wel onpartijdig zal zijn bij zijn beoordeling van het geschil. Aan de onpartijdigheid van de arbiter kan volgens deze auteur worden getwijfeld wanneer de arbiter tot één of beide partijen in een verhouding staat die als afhankelijk kan worden gekwalificeerd (familierelatie(110), zakelijke

(105) F. KUTY, „La méconnaissance de l'exigence de l'impartialité visée à l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme ne peut-elle être invoquée comme cause de récusation?”, *J.L.M.B.* 1999, (1501) 1510, nr. 24; G. FLECHEUX, noot sub Cass. Fr. (civ.), *Rev. trim. D.H.* 1999, 425; *Gaz. Pal.* 13-15 décembre 1998.

(106) Dit lid stipuleert: „Een arbiter kan worden gewraakt indien gerechtvaardigde twijfel bestaat aan zijn onpartijdigheid of onafhankelijkheid. Om dezelfde redenen kan een aan het scheidsgerecht toegevoegde secretaris worden gewraakt. Artikel 1035 is in dit geval van overeenkomstige toepassing”. Art. 1035 (Ned.) W. Rv. bevat de wrakingprocedure.

(107) Article 12 (Grounds for challenge): (1) When a person is approached in connection with his possible appointment as an arbitrator, he shall disclose any circumstances likely to give rise to justifiable doubts as to his impartiality or independence. An arbitrator, from the time of his appointment and throughout the arbitral proceedings, shall without delay disclose any such circumstances to the parties unless they have already been informed of them by him. (2) An arbitrator may be challenged only if circumstances exist that give rise to justifiable doubts as to his impartiality or independence, or if he does not possess qualifications agreed to by the parties. A party may challenge an arbitrator appointed by him, or in whose appointment he has participated, only for reasons of which he becomes aware after the appointment has been made. Zie hierover o.m. P. SANDERS, *o.c.*, Deventer, Kluwer, 1991, 100, art. 1034-1, aant. 1.

(108) *Parl. St. Kamer* 1997-98, nr. 1374/3, 3-4.

(109) P. SANDERS, *o.c.*, Deventer, Kluwer, 1991, 96-98.

(110) O.m. bloed- of aanverwantschap (zie G. KEUTGEN, *o.c.*, *J.T.* 1998, (761) 764, nr. 14).

binding(111), of andere)(112). De Nederlandse jurisprudentie leert dat (terecht) zware eisen aan de onpartijdigheid en onafhankelijkheid van de arbiters worden gesteld(113). Uiteraard moet ook de schijn van partijdigheid vermeden worden(114).

Onpartijdigheid vereist dat de arbiter onbevooroordeeld tegenover de partijen en hun geschil staat en het geding leidt en beslecht, zonder vooringenomenheid en niet beïnvloed door druk van welke zijde ook of door buiten het geding om verkregen informatie(115). Het vereiste vloeit voort uit de regel van de (wapen)gelijkheid der partijen(116). De onafhankelijkheid van de arbiters is op zijn beurt een voorwaarde voor diens onpartijdigheid. De arbiter dient onafhankelijk te staan ten opzichte van degene die hem heeft benoemd, van partijen en derden. Het gegeven dat een arbiter vaak zetelt in een bepaalde materie, betekent niet dat hij daarom noodzakelijk partijdig zou zijn(117).

19. De Belgische wet voorziet niet uitdrukkelijk in de verplichting van de arbiter die werd aangezocht of benoemd en die het vermoeden heeft dat hij zou kunnen gewraakt worden, dit vermoeden (schriftelijk) mede te delen aan degene die hem heeft aangezocht of benoemd. Een dergelijke regel is wel opgenomen in de Nederlandse arbitragewet en zit voorts vervat in art. 12 van de Uncitral-modelwet en de

(111) G. KEUTGEN, *o.c.*, *J.T.* 1998, (761) 764, nr. 14, geeft o.m. het voorbeeld van een arbiter die in zijn hoedanigheid van advocaat deel uitmaakt van hetzelfde kantoor als de raadsman van één der partijen.

(112) Ph. DE BOURNONVILLE, *o.c.*, Brussel, Larcier, 2000, 144, nr. 154. Er is eveneens sprake van een gebrek aan onpartijdigheid in geval van hoge graad van vijandschap tussen een arbiter en een partij of indien tussen hen een geding hangende is (G. KEUTGEN, *o.c.*, *J.T.* 1998, (761) 764, nr. 14).

(113) Zie o.m. de bij P. SANDERS, *o.c.*, 96-98, besproken uitspraken.

(114) Pres. Rotterdam 1 mei 1987, *TvA* 1987, 152; Pres. Amsterdam 29 december 1988, *TvA* 1989, 103.

(115) Hof Mensenrechten 28 september 1995, *Jaarboek Mensenrechten* 1995-1996, 269, noot C. BERX; *Rev. trim. D.H.* 1996, 271, noot D. SPIELMANN: Het feit dat dezelfde personen zowel adviserende functies als jurisdictionele functies uitoefenen in éénzelfde zaak is van aard om twijfel te zaaien m.b.t. de structurele onpartijdigheid van deze personen, omdat de rechtszoekende van oordeel kan zijn dat deze rechters zich gebonden zouden voelen door het advies dat zij zelf vroeger aan de bevoegde minister hebben uitgebracht (vgl. Cass. 13 oktober 1975, *Arr. Cass.* 1976, 192, noot; *Pas.* 1976, 1, 181, noot J.V.; *J.T.* 1975, 712).

(116) Zie hierover o.m. M.L. STORME, „Algemene beginselen van behoorlijke procesvoering”, in M. VAN HOECKE (ed.), *Algemene rechtsbeginselen*, Antwerpen, Kluwer, 1991, (159) 178.

(117) *Parl. St. Kamer*, 1997-98, nr. 1374/3, 9. Vgl. L. MATRAY, „L'amicable composition en droit comparé”, in *Liber amicorum — Commission Droit en Vie des Affaires 40^{ème} anniversaire (1957-1997)*, Brussel, Bruylant, 1998, (309) 318.

gedragsregels voor Cepina-procedures(118). Nochtans lijdt het geen twijfel dat de arbiter die weet of diende te weten dat hij zich in een situatie bevindt of komt te bevinden waardoor er gerechtvaardigde twijfel ontstaat over zijn onpartijdigheid of onafhankelijkheid, partijen hiervan onmiddellijk in kennis dient te stellen(119).

Wanneer de betrokken arbiter zichzelf niet terugtrekt uit de rechtspleging, kan hij desgevallend gewraakt worden op verzoek van één, meerdere of alle partijen. Partijen kunnen evenwel ook afstand doen van hun recht op wraking(120).

20. De procedure van wraking(121), beschreven in art. 1691 Ger. W., bleef ongewijzigd. De wraking van een arbiter kan gedurende het ganse arbitrale geding worden benaarstigd en uiterlijk tot op het ogenblik van de arbitrale uitspraak(122). Nadien kunnen de gronden van wraking niet worden ingeroepen om de arbitrale uitspraak te vernietigen, ook al zouden zij eerst na de uitspraak bekend zijn geworden(123).

V. Amiable composition

21. Tot vóór de wijziging van art. 1700 Ger. W.(124) kon aan arbiters slechts opgedragen worden als „amiables compositeurs” — oordelend als goede mannen naar billijkheid(125) — op te treden, wanneer

(118) Zie de art. 3 tot en met 6 van deze gedragsregels.

(119) L. DEMEYERE, *o.c.*, *R.W.* 1998-99, (865) 873-874.

(120) M. HUYS en G. KEUTGEN, *o.c.*, Brussel, Bruylant, 1981, 161, nr. 180; G. KEUTGEN, *o.c.*, *J.T.* 1998, (761) 764, nr. 15.

(121) J. LINSMEAU, *R.P.D.B.*, Complément VII, *o.c.*, 38-39, nrs. 174-176; Ph. DE BOURNONVILLE, *o.c.*, Brussel, Larcier, 2000, 154-155, nr. 172.

(122) Mits respect voor de termijnen vervat in art. 1691, tweede lid, Ger. W.; *Parl. St. Kamer* 1997-98, nr. 1374/1, 5; M. HUYS en G. KEUTGEN, *o.c.*, Brussel, Bruylant, 1981, 202-203, nr. 277.

(123) Art. 1704, vijfde lid, Ger. W.

(124) Het eerste lid van deze bepaling stipuleert: „Tenzij de partijen anders overeengekomen zijn, beslissen de arbiters volgens de regels van het recht”.

(125) Vgl. art. 1054, derde lid, (Ned.) W. Rv. In het advies van de Raad van State (*Parl. St. Kamer* 1997-98, nr. 1374/1, 21) is sprake van „op te treden als goede mannen” (zie ook reeds *Parl. St. Kamer* 1970-71, nr. 988/1, 23), hetgeen door de Raad nader gepreciseerd werd als: „In die hoedanigheid kunnen de scheidslieden uitspraak doen zonder de rechtsregels strikt toe te passen”.

het geschil reeds was ontstaan(126). In de praktijk bleek dat eenmaal een geschil ontstaan was, partijen er slechts moeilijk konden van overtuigd worden de arbiters zo een opdracht toe te vertrouwen(127). Met de wetswijziging — opnieuw geïnspireerd door diverse buitenlandse modellen(128) — beoogde de wetgever deze wijze van geschillenbeslechting meer kansen bieden. Ze werd immers nuttig geoordeeld daar ze het in een aantal gevallen mogelijk maakt de strengheid van de regel te verzachten(129).

Het is meer dan wenselijk de opdracht aan arbiters om te oordelen naar billijkheid op te nemen in een geschrift(130). Dit is niet vereist voor het bestaan of de geldigheid van die overeenkomst, maar zal verhinderen dat men op dit vlak in bewijsnood komt te verkeren.

22. Tijdens de parlementaire voorbereiding van de nieuwe wet stipte de wetgever terecht aan dat de arbiter *amiable compositeur* er in geen geval van kan ontslagen worden de (weliswaar evoluerende) regelen

(126) De wetgever had hiertoe gebruik gemaakt van een voorbehoud dat de Europese Overeenkomst houdende eenvormige wet inzake arbitrage, voorzag en beriep zich hiervoor op volgende overweging: „Wegens de uitgebreide bevoegdheden van de goede mannen die uitspraak kunnen doen zonder ertoe gehouden te zijn de regels des rechts op de zaak zelf toe te passen, is het wenselijk dat die hoedanigheid aan scheidsrechters pas na het ontstaan van het geschil kan worden toegekend, dit is nadat partijen over alle beoordelingselementen beschikken. Op dat ogenblik zijn partijen pas in staat de voor- en nadelen af te wegen die aan de toekenning van zodanige bevoegdheden zijn verbonden, en dus met kennis van zaken kunnen beslissen. Nu de arbitrage steeds ruimere toepassing vindt, werd deze oplossing wenselijk geacht om te voorkomen dat het beding van de bemiddeling door goede mannen een stijlclausule wordt, waarvan de gevolgen minder zijn gekend door partijen die met het scheidsrechterlijk geding weinig zijn vertrouwd” (*Parl. St. Kamer* 1970-71, nr. 988/1, 23). Merk op dat deze toelichting niet accuraat de opdracht van de „goede mannen oordelend naar billijkheid” omschrijft: zij moeten het geschil *beoordelen*, maar treden geenszins op als bemiddelaars! B. HANOTIAU en G. BLOCK, „La loi du 19 mai 1998 modifiant la législation belge relative à l’arbitrage”, *Bulletin Association suisse de l’arbitrage* 1998, (528) 530 benadrukken dat de oude regelgeving vnl. niet Belgische partijen verraste; vaak bleken partijen in de mening te verkeren daadwerkelijk door de clausule gebonden te zijn. Zie Scheidsr. Uitspr. Luik 6 oktober 1986, *Jur. Liège* 1987, 124, waarin het beding dat de arbiters moeten oordelen volgens de regelen van het recht behoudens schriftelijk akkoord van partijen — afgesloten na de aanstelling van de arbiters en vóór de sluiting van de debatten — om hen de opdracht toe te vertrouwen te oordelen als goede mannen beslissend naar billijkheid in eerste en laatste aanleg, (onder gelding van de oude regelgeving) geldig werd bevonden. Zie ook M. STORME, *o.c.*, *Rev. dr. intern. comp.* 1976, (116) 125.

(127) *Parl. St. Kamer* 1997-98, nr. 1374/1, 8.

(128) Zie art. 1474 (Franse) N.C.P.C.; art. 33 Zwitserse arbitragewet. Zie ook art. 28.3, Uncitral-modelwet (Rules applicable to substance of dispute): „The arbitral tribunal shall decide *ex aequo et bono* or as *amiable compositeur* only if the parties have expressly authorized it to do so”; art. VII.2 van het Verdrag van Genève van 1961. Vgl. *Cepina Newsletter*, 1993, nr. 7, sub het voorgestelde art. 1700.

(129) *Parl. St. Kamer* 1997-98, nr. 1374/1, 8.

(130) G. KEUTGEN, *o.c.*, *J.T.* 1998, (761) 765, nr. 22.

van openbare orde (met inbegrip van deze van het gemeenschapsrecht(131)) toe te passen op het door hem te beslechten geschil(132). Wanneer het om een internationale arbitrage gaat, moeten de regelen die onder de internationale openbare orde ressorteren, worden gerespecteerd(133).

Tenzij partijen hiervan rechtsgeldig afstand hebben gedaan, zal de arbiter *amiable compositeur* op het voorliggende geschil ook de regelen van dwingend recht moeten toepassen. Afstand doen is, zoals voorheen, echter pas mogelijk na het ontstaan van het geschil(134). Dit impliceert dat indien partijen overeenkwamen gebeurlijke betwistingen te onderwerpen aan een scheidsgerecht dat dient te oordelen als goede mannen naar billijkheid, zij — éénmaal het geschil is ontstaan — uitdrukkelijk afstand zullen moeten doen van de regelen van dwingend recht indien zij deze niet toegepast wensen te zien n.a.v. de beslechting van hun geschil(135).

Voorts staat het buiten kijf dat ook de arbiter oordelend als goede man naar billijkheid de algemene beginselen van behoorlijke procesvoering moet naleven(136), waaronder o.m. de rechten van verdediging(137), het beschikkingsbeginsel (dat o.m. het verbod insluit *ultra*

(131) Vgl. H.v.J. nr. C-393/92 (Almelo/Energiebedrijf IJsselmij), 27 april 1994, *Jur.* 1994, I, 1477; *S.É.W.* 1995 (weergave), 529, noot H. GILLIAMS; *J.T. dr. eur.* 1994, 115, noot J. DERENNE; *R.W.* 1994-95 (weergave), 337.

(132) *Parl. St. Kamer* 1997-98, nr. 1374/1, 8. Zie overigens art. 1704, tweede lid, a), Ger. W.; A. FETTWEIS, *o.c.*, Luik, P.U.L. 1987, 692, nr. 1134; M. STORME en B. DEMEULENAERE, *o.c.*, Kluwer, Deventer, 1989, 72, nr. 26; J. LINSMEAU, *R.P.D.B.*, Complément VII, *o.c.*, 42, nr. 207 en verwijzingen aldaar; L. MATRAY, *o.c.*, in *Liber amicorum — Commission Droit en Vie des Affaires 40^{ème} anniversaire (1957-1997)*, Brussel, Bruylant, 1998, (309) 316-326; Ph. DE BOURNONVILLE, *o.c.*, Brussel, Larcier, 2000, 162, nr. 185; L. DEMEYERE, *o.c.*, *R.W.* 1998-99, (865) 869; G. KEUTGEN, *o.c.*, *J.T.* 1998, (761) 764, nr. 21.

(133) *Parl. St. Kamer* 1997-98, nr. 1374/1, 8; J. LINSMEAU, *R.P.D.B.*, Complément VII, *o.c.*, 42, nr. 207 en verwijzingen aldaar; L. MATRAY, *o.c.*, in *Liber amicorum — Commission Droit en Vie des Affaires 40^{ème} anniversaire (1957-1997)*, Brussel, Bruylant, 1998, (309) 320-322. Het (meer beperkte) begrip „internationale openbare orde” komt in onze arbitragewet niet voor (dit is evenmin het geval in de Nederlandse wet; zie evenwel art. 1502, 5^o (Franse) N.C.P.C. waar als grond voor weigering van de erkenning en tenuitvoerlegging de strijdigheid met de internationale openbare orde wordt aangevoerd); L. DEMEYERE, *o.c.*, *R.W.* 1998-99, (865) 869; G. KEUTGEN, *o.c.*, *J.T.* 1998, (761) 764, nr. 21.

(134) J. LINSMEAU, *R.P.D.B.*, Complément VII, *o.c.*, 43, nr. 214 (en verwijzingen aldaar), die aanstipt dat het ogenblik waarop afstand kan worden gedaan niet noodzakelijk voor iedere regel van dwingend recht hetzelfde is, zodat deze problematiek genuanceerd moet worden benaderd. Zie evenwel M. STORME en B. DEMEULENAERE, *o.c.*, Kluwer, Deventer, 1989, 72, nr. 26.

(135) In dezelfde zin: Ph. DE BOURNONVILLE, *o.c.*, Brussel, Larcier, 2000, 101, nr. 79.

(136) Raadpleeg hierover ook: J. LINSMEAU, *R.P.D.B.*, Complément VII, *o.c.*, 42-43, nrs. 208-212; A. FETTWEIS, *o.c.*, Luik, P.U.L. 1987, 692-693, nr. 1134; M. HUYS en G. KEUTGEN, *o.c.*, Brussel, Bruylant, 1981, 222-223, nr. 322; Zie voorts Ph. DE BOURNONVILLE, *o.c.*, Brussel, Larcier, 2000, 162-163, nr. 186 en verwijzingen aldaar.

(137) Art. 1694, eerste lid, Ger. W.

of *extra petita* te oordelen(138)), uitspraak doen binnen de vastgestelde termijn(139) en de uitspraak motiveren(140).

23. Over de exacte opdracht van de arbiter die het geschil moet beoordelen als „goede man naar billijkheid”, verstrekt de wetgever geen nadere richtlijn(141). In geen geval mag die opdracht zo begrepen worden dat de wettelijke regels altijd en onverkort terzijde moeten geschoven worden. Dit zal slechts zo zijn indien de strikte toepassing van die regels leiden tot een ongerechtvaardigde, onbillijke oplossing van het arbitraal geding. Veeleer zal oordelen „en amiable composition” ertoe strekken, rekening houdende met de concrete omstandigheden van het voorliggende geval, de onredelijke en onaanvaardbare gevolgen van het gebruik van de wettelijke regels te milderen(142).

Anders dan bv. in de Nederlandse wet(143) wordt in de Belgische arbitragewet niet bepaald dat de arbiters (ongeacht de wijze van geschillenbeslechting: volgens de regels van het recht of als „goede mannen”) desgevallend rekening dienen te houden met de toepasselijke handelsgebruiken(144). Het inlassen hiervan lijkt overbodig te zijn, omdat ook zonder dat het in de wet staat de arbiters desgevallend met deze gebruiken rekening dienen te houden(145).

De controverse over de macht of bevoegdheid van de arbiter, oordelend als goede man naar billijkheid, om desgevallend de uit con-

(138) Zie art. 1704, tweede lid, d) en e) Ger. W. Vgl. Parijs 11 juli 1991, *Rev. arb.* 1991, 671, noot E. LOQUIN.

(139) Art. 1698 j° art. 1704, tweede lid, d) Ger. W.

(140) Art. 149 G.W. j° art. 1704, tweede lid, i) Ger. W.; *Parl. St. Kamer*, 1970-71, nr. 988/1, 24: „(...) aan de scheidslieden (wordt) de verplichting op(gelegd) hun uitspraak met redenen te omkleden, zelfs indien partijen hen daarvan hebben ontslagen”; E. KRINGS, „L'exécution des sentences arbitrales”, *Rev. dr. intern. comp.* 1976, (181) 190 e.v.; C. KESSEDIAN, „Principe de la contradiction et arbitrage”, *Rev. arb.* 1995, 381 e.v.

(141) Zie evenwel *Parl. St. Kamer* 1997-98, nr. 1374/3, 11, waar als toelichting op art. 6, tweede lid, Handelshuurwet („De rechter doet uitspraak naar billijkheid (...)”) aangestipt wordt: „In feite gaat het er om dat de rechtsregels gerespecteerd worden maar dat de effecten van een al te rigide toepassing ervan gemilderd worden”.

(142) Ph. DE BOURNONVILLE, *o.c.*, Brussel, Larcier, 2000, 161, nr. 183; G. KEUTGEN, *o.c.*, *J.T.* 1998, (761) 764, nr. 21; L. DEMEYERE, *o.c.*, *R.W.* 1998-99, (865) 869; E. LOQUIN, „Pouvoirs et devoirs de l'amiable compositeur. à propos de trois arrêts de la Cour d'appel de Paris”, *Rev. arb.* 1985, 199 e.v.

(143) Art. 1054, vierde lid, (Ned.) W. Rv. bepaalt: „In alle gevallen houdt het scheidsgerecht rekening met de toepasselijke handelsgebruiken”.

(144) Vgl. art. 28.4 Uncitral-modelwet (Rules applicable to substance of dispute): „In all cases, the arbitral tribunal shall decide in accordance with the terms of the contract and shall take into account the usages of the trade applicable to the transaction”.

(145) Vgl. *Parl. St. Kamer* 1997-98, nr. 1374/3, 11.

tracten voortvloeiende verbintenissen te temperen(146), werd — m.i. zeer terecht — door de wetgever niet beslecht. De mate waarin er (gebeurlijk) een onderscheid zal kunnen worden onderkend tussen het oordeel volgens de regels van het recht, c.q. het oordeel van de goede man naar billijkheid, wordt immers in sterke mate beheerst door de (nog steeds voortdurende(147)) ontwikkeling van het sleutelbegrip van de (beperkende werking van de) goede trouw in ons recht. Redelijkheid en billijkheid hebben bijgevolg ook bij een oordeelsvorming naar de regels van het recht een rol te vervullen(148).

24. Arbitrages waarin publiekrechtelijke rechtspersonen betrokken zijn, dienen overeenkomstig het nieuwe tweede lid van art. 1700 Ger. W. steeds beslecht te worden overeenkomstig de regels van het recht. KEUTGEN wijdt dit aan een blijvend wantrouwen van de overheid ten aanzien van deze modaliteit(149). Verder stipt hij terecht aan dat wellicht ook een (hardnekkig(150)) misverstand over de precieze draagwijdte van het oordelen naar billijkheid hieraan ten grondslag ligt.

Daar de wetgever niet de bedoeling had de bestaande (bijzondere) wetten op enig punt te wijzigen, werden op aanbeveling van de Raad van State de woorden „onverminderd de bijzondere wetten” *in fine* aan het tweede lid van art. 1700 Ger. W. toegevoegd. Die toevoeging heeft m.i. tot gevolg dat ook in arbitrages met publiekrechtelijke rechtspersonen de *lex mercatoria*(151) een rol kan spelen.

(146) Zie hierover o.m. J. LINSMEAU, *R.P.D.B.*, Complément VII, *o.c.*, 43-44, nrs. 217-219 en de verwijzingen aldaar; L. MATRAY, *o.c.*, in *Liber amicorum — Commission Droit en Vie des Affaires 40^{ème} anniversaire (1957-1997)*, Brussel, Bruylant, 1998, (309) 324-325.

(147) Getuige hiervan: M.E. STORME, P. POPELIER en R. VERSTRAETEN, *Vertrouwensbeginsel en rechtszekerheid in België* (Preadviezen Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland), Deventer, Tjeenk Willink, 1997, III + 168 p.

(148) H. VAN HOUTTE, *o.c.*, *R.W.* 1976-77, (2213) 2122, nr. 12: „Oordelen naar billijkheid blijft toch een ideale uitdrukking voor de rechtvaardigheid die bij elke rechterlijke uitspraak moet worden nagestreefd” en 2139, nr. 43: „Het rechterlijk rechtsvindingsproces, niet alleen voor een arbitragerechtbank maar ook voor een gewone rechtbank, komt aldus te voorschijn als een oordelen volgens billijk recht (*ius aequum*), niet volgens strikt recht (*ius strictum*).

(149) G. KEUTGEN, *o.c.*, *J.T.* 1998, (761) 765, nr. 24. In de *Cepina Newsletter*, 1993, nr. 7, was bij het Cepina-hervormingsvoorstel van art. 1700 het ontnemen aan publiekrechtelijke rechtspersonen van het recht een beroep te doen op „*amicable composition*” als alternatief opgenomen.

(150) Zie immers *Parl. St. Kamer* 1997-98, nr. 1374/3, 11: „Wanneer een publiekrechtelijk rechtspersoon partij is bij de overeenkomst tot arbitrage is het geraden het scheidsgerecht te verbieden als bemiddelaar uitspraak te doen”; reeds in diezelfde zin: *Parl. St. Kamer* 1970-71, nr. 988/1, 23.

(151) De *lex mercatoria* kan omschreven worden als de internationaal algemeen aanvaarde handelsgebruiken die in beginsel onafhankelijk zijn van nationaal geldend recht.

VI. Vrijheid van bewijsmiddelen en bewijswaardering

25. Andermaal met het oog op het versoepelen van de arbitrageprocedure — onontbeerlijk voor een land dat de ambitie heeft zich te profileren als een aantrekkelijk forum voor internationale (handels)arbitrage(152) — opteerde de wetgever voor het bieden van vrijheid aan partijen en arbiters m.b.t. de bewijsregelen. Het nieuwe tweede lid van art. 1696 Ger. W. — geïnspireerd(153) op art. 1039, vijfde lid, (Ned.) W. Rv.(154) en art. 19.2 Uncitral Model Law(155) — bepaalt: „Tenzij de partijen anders overeengekomen zijn, oordeelt het scheidsgerecht vrij over de toelaatbaarheid van de bewijsmiddelen en hun bewijskracht”(156).

Terminologisch is deze bepaling niet loepzuiver(157). De wetgever wou het — althans volgens de parlementaire voorbereiding(158) — immers niet hebben over de bewijskracht (*force probante*). Bewijskracht bestaat in de vereiste eerbiediging van hetgeen in het (schriftelijk) bewijsmiddel is vastgelegd, van hetgeen de opsteller(s) daarin heeft/hebben willen vastleggen, ongeacht de (wettelijke) bewijswaarde van het stuk(159). De wetgever doelde daarentegen op de

(152) L. DEMEYERE, *o.c.*, *R.W.* 1998-99, (865) 868, stipt aan dat de met art. 1696, tweede lid, Ger. W. aangebrachte versoepeling relevant is inzake het onderscheid tussen de Anglo-Amerikaanse en de Europese (continentale) wijze van bewijsvoering. In het eerst vermelde rechtstelsel prevaleert het mondeling aspect, terwijl onder de *civil law* de klemtoon ligt op het geschreven bewijs.

(153) Zie ook *Cepina Newsletter*, 1993, nr. 7.

(154) Dit bepaalt: „Voor zover de partijen niet anders zijn overeengekomen, is het scheidsgerecht vrij ten aanzien van de toepassing van de regelen van bewijsrecht”.

(155) Deze bepaling (Determination of rules of procedure) voorziet: „Failing such agreement (on the procedure to be followed by the arbitral tribunal in conducting the proceedings), the arbitral tribunal may, subject to the provisions of this Law, conduct the arbitration in such manner as it considers appropriate. The power conferred upon the arbitral tribunal includes the power to determine the admissibility, relevance, materiality and weight of any evidence”.

(156) De Franse tekst van deze bepaling luidt: „Sauf convention contraire des parties, le tribunal apprécie librement l’admissibilité des moyens de preuve et leur force probante”.

(157) De hiernavolgende beschouwingen over het taalgebruik van de wetgever zijn gebaseerd op: F. DUMON, „De motivering van de vonnissen en arresten en de bewijskracht van de akten”, *R.W.* 1978-79, (257) 277, nr. 14 en noot 51 aldaar.

(158) *Parl. St. Kamer* 1997-98, nr. 1374/1, 6: „(...) de vrijheid van het scheidsgerecht ten aanzien van de toelaatbaarheid van bewijsmiddelen en de waardering van het bewijs. (...) Het scheidsgerecht oordeelt vrij over de voorwaarden van ontvankelijkheid en waardering van de bewijskracht van de bewijsmiddelen, tenzij de partijen het tegengestelde zijn overeengekomen”; zie ook *Parl. St. Kamer* 1997-98, nr. 1374/3, 9-10.

(159) Vgl. B. MAES, „Bewijskracht en bewijswaarde: kanttekeningen bij de rechtspraak van het Hof van Cassatie”, *P. & B.* 1995, (141) 141, nr. 1: „(...) bewijskracht (...) dwingt de feitenrechter, inzake schriftelijk bewijs, rekening te houden met de betekenis en de inhoud van het geschrift”. Hij stipt voorts aan dat het verbod de bewijskracht van een akte te schenden een fundamentele waarborg bij de beslechting van geschillen betreft.

notie „bewijswaarde” (*valeur probante*), dit is de geloofwaardigheid, het vertrouwen, het krediet, de ernst die de rechter (c.q. arbiter) aan het bewijsstuk in geweten kan hechten. Het is deze waardering die de wet, behoudens andersluidende overeenkomst tussen de gedingvoerende partijen, aan de vrije appreciatie van de arbiter wou overlaten. Ook de woordkeuze in de Franse tekst is gebrekkig. *Force probante*, wettelijke bewijswaarde, is de mate of de graad waarin een bewijsmiddel *volgens de wet* bewijs oplevert en waardoor de rechter, c.q. de arbiter, gebonden is. Vanzelfsprekend wou de wetgever het ook daar niet over hebben, nu het precies in zijn bedoeling lag het bewijsrecht te liberaliseren.

Deze bepaling zal vanzelfsprekend slechts zijn nut kunnen bewijzen in de gevallen dat er op het geschil toe te passen recht een (al dan niet streng) gereguleerd bewijsstelsel voorhanden is(160). De arbiters zullen bij hun onderzoek naar de (objectieve) waarheid vrij kunnen oordelen met welke (geoorloofde) bewijsmiddelen zij rekening wensen te houden en dit zonder dat er tussen de diverse bewijsmiddelen enige hiërarchie bestaat. Eén en ander dient uiteraard wel te geschieden met strikt respect voor de regel van de tegenspraak (het recht van verdediging)(161).

Aangestipt moet worden dat art. 1696, tweede lid, Ger. W. niet in een uitzondering voorziet voor arbitrages waarin publiekrechtelijke rechtspersonen betrokken zijn.

26. De aanhef van deze bepaling — „tenzij partijen anders overeengekomen zijn” — doelt op zgn. „bewijsovereenkomsten”, dit zijn overeenkomsten die een regeling inhouden betreffende de bewijsmiddelen en hun bewijswaarde of de arbiter hoofdzakelijk dwingen de waarheid of de onwaarheid van bepaalde feiten te aanvaarden en hem aldus te beperken in zijn vrije bewijswaardering. Indien een dergelijke overeenkomst tussen partijen werd afgesloten, zijn de arbiters daaraan gebonden(162).

(160) Vgl. *Parl. St. Kamer* 1997-98, nr. 1374/3, 9-10, waar de minister van Justitie een ontwijkend antwoord formuleerde op de vraag van de heer BARZIN naar wat deze bepaling toevoegde aan de reeds bestaande regels inzake bewijsvoering in handelszaken. Zoals bekend is de bewijsvoering in handelszaken veel vrijer (in vergelijking met materies van algemeen privaatrecht) en zijn er ook bijzondere vormen van bewijsmiddelen toegelaten, waardoor de bewijslevering vergemakkelijkt wordt.

(161) Zie overigens art. 1694, eerste lid, Ger. W. waardoor aan het scheidsgerecht de verplichting wordt opgelegd de algemene beginselen van behoorlijke procesvoering na te leven.

(162) Zie P. SANDERS, *o.c.*, Deventer, Kluwer, 1991, 120, aant. 5 (in zijn commentaar op art. 1039, vijfde lid, (Ned.) W. Rv.).

Inzake arbitrages waarin consumenten — in de zin die aan dit begrip moet verleend worden in het kader van de Wet Handelspraktijken en Bescherming van de Consument (W. 14 juli 1991) — betrokken zijn, werd in het Parlement art. 32, 18° W.H.P.C. in herinnering gebracht(163). Krachtens deze bepaling is het verboden(164) de bewijsmiddelen die de consument kan aanwenden, contractueel te beperken. Het onderschrijven door een consument, in een aan die wet onderworpen overeenkomst, van een arbitraal beding met het oog op de beslechting van geschillen die eruit zouden kunnen voortvloeien, zal m.i. tot gevolg hebben dat de arbiters steeds rekening moeten houden met alle wettelijk ter beschikking van de consument staande bewijsmiddelen. In deze hypothese zal er door de arbiter enkel nog kunnen worden afgeweken van de bewijswaardering, mits respect voor het recht van verdediging(165).

Uiteraard kunnen partijen hun overeenkomst beperken tot een verdeling nopens de bewijslast(166). Deze overeenkomst zal door de arbiters moeten gerespecteerd worden, maar laat de hen door de nieuwe bepaling verleende macht m.b.t. het aanvaarden van bewijsmiddelen (en hun waardering) — uitgezonderd in de hierboven besproken hypothese — onverkort.

VII. Uitspraak alvorens recht te doen

27. Het was reeds een algemeen aanvaarde praktijk in het arbitragemilieu (en vloeide overigens ook reeds voort uit art. 1696 Ger. W.(167)) dat arbiters ook uitspraken alvorens recht te doen, kunnen vellen(168). Vandaar dat de Raad van State het nut van het

(163) Zie *Parl. St. Kamer* 1997-98, nr. 1374/3, 10.

(164) Het betreft een beding uit de zgn. „zwarte lijst”, welk beding ex art. 33, §2, W.H.P.C. „nietig en verboden is”. De rechter zal dergelijk beding ambtshalve nietig moeten verklaren, zonder dat hij dient na te gaan of het beding van die aard is dat het een kennelijk gebrek aan evenwicht kan scheppen tussen de rechten en verplichtingen van de contractspartijen (zie E. DIRIX, „De bezwarende bedingen in de W.H.P.”, *R.W.* 1991-92, (562), 567, nr. 15; L. CORNELIS, „Rechterlijke toetsing van onrechtmatige bedingen”, in *Liber Amicorum Paul De Vroede*, Antwerpen, Kluwer, 1994, Dl. I, (313) 319-320, nr. 5, die argumenteert dat de wetgever een absolute nietigheid in het leven riep).

(165) Vgl. E. DIRIX, o.c., *R.W.* 1991-92, (562), 570, nr. 28.

(166) Zie hierover M. STORME, *De bewijslast in het Belgisch privaatrecht*, Gent, E. Story-Scientia, 1962, 66, nrs. 65 e.v.

(167) Advies Raad van State, *Parl. St. Kamer* 1997-98, nr. 1374/1, 21. *Parl. St. Kamer* 1997-98, nr. 1374/3, 10.

(168) M. HUYS en G. KEUTGEN, o.c., Brussel, Bruylant, 1981, 293-294, nr. 439.

wijzigen van art. 1699 Ger. W. — de tekst luidt sinds de nieuwe wet als volgt: „Het scheidsgerecht geeft eindbeslissingen of beslissingen alvorens recht te doen in één of meer uitspraken”(169) — niet inzag. Naderhand verklaarde de minister dat de toevoeging „alvorens recht te doen” eerder van pedagogische aard is. Geslaagd kan dit opvoedingsproject niet genoemd worden. Het — volgens de parlementaire voorbereiding(170) — voorbeeld bij uitstek van een uitspraak alvorens recht te doen, zou de tussensententie zijn waarmede de arbiters zich uitspreken over hun — tussen partijen omstreden — bevoegdheid. Dit voorbeeld is zonder meer ongelukkig gekozen.

Dergelijke uitspraak houdt namelijk een eindbeslissing in over het geschilpunt nopens de bevoegdheid (lees: rechtsmacht(171)) van het scheidsgerecht(172). Immers, van zodra een arbiter (of een rechter) een tussen partijen gerezen geschilpunt (definitief) beslecht, put hij zijn rechtsmacht op dit vlak uit. Kenschetsend voor uitspraken alvorens recht te doen is daarentegen dat zij de rechtsmacht van de arbiter (of rechter) niet uitputten, hetgeen hen desgevallend toelaat in een latere uitspraak op hun beslissing alvorens recht te doen terug te komen(173).

(169) Ook deze bepaling is geïnspireerd op buitenlandse modellen, m.n. art. 1049 (Ned.) W. Rv. („Het scheidsgerecht kan een geheel of gedeeltelijk eindvonnis dan wel een tussenvonnis wijzen”) en art. 16.3 Uncitral Model Law: (Competence of arbitral tribunal to rule on its jurisdiction) „The arbitral tribunal may rule on a plea referred to in paragraph (2) of this article either as a preliminary question or in an award on the merits. If the arbitral tribunal rules as a preliminary question that it has jurisdiction, any party may request, within thirty days after having received notice of that ruling, the court specified in article 6 to decide the matter, which decision shall be subject to no appeal; while such a request is pending, the arbitral tribunal may continue the arbitral proceedings and make an award”.

(170) Parl. St. Kamer 1997-98, nr. 1374/1, 7-8. Deze voorbereiding gaat volledig terug op de voorstellen van Cepina, vervat in *Cepina Newsletter*, 1993, nr. 7.

(171) Zie J. LAENENS, „Arbitrage: rechtsmacht of bevoegdheid?”, *T.B.H.* 1992, 139.

(172) *Anders*, ten onrechte, M. HUYS en G. KEUTGEN, *o.c.*, Brussel, Bruylant, 1981, 293, nr. 439, die zonder enige nuancering elke tussentijdse uitspraak van de arbiter (zij spreken van „sentences partielles”) bestempelen als „jugements avant dire droit en ce qu’elles liquident un point de fait ou de droit et en tirent les conclusions quant à la prétention litigieuse”. Deze auteurs spreken zichzelf overigens tegen, waar ze poneren dat aan dergelijke „sentences partielles” gezag van gewijsde toekomt (*o.c.*, Brussel, Bruylant, 1981, 294, nr. 440). G. KEUTGEN, *o.c.*, *J.T.* 1998, (761) 768, nr. 46 en 48 (waar, in fine, andere voorbeelden worden vermeld (bv. de beslissing over de taal of de plaats van de arbitrage, waarover tussen partijen betwisting bestond) die m.i. allen eindbeslissingen uitmaken; L. DEMEYERE, *o.c.*, *R.W.* 1998-99, (865) 874 (die het samenvoegen van arbitrale procedures of de tussenkomst van derden aanstipt als voorbeelden van mogelijke uitspraken alvorens recht te doen; indien hieromtrent betwisting is gerezen tussen partijen dienen deze uitspraken m.i. als eindbeslissingen te worden gekwalificeerd); Ph. DE BOURNONVILLE, *o.c.*, Brussel, Larcier, 2000, 188, nr. 231.

(173) Dit volgt *a contrario* uit art. 19 Ger. W., evenals uit art. 24 Ger. W. dat om die reden uitdrukkelijk vermeld dat alleen eindbeslissingen bekleed zijn met het gezag van gewijsde (merk op dat art. 1703 Ger. W. (betreffende het gezag van gewijsde van arbitrale uitspraken) het onderscheid niet maakt (tussen eindbeslissingen en beslissingen alvorens recht te doen) en daarenboven het gezag van gewijsde aan de arbitrale uitspraak niet verleent op het tijdstip van de uitspraak ervan.

Enkel uitspraken waarin louter een onderzoeksmaatregel wordt bevolen of waarin de toestand van partijen voorlopig wordt geregeld(174), zijn als uitspraken alvorens recht te doen te kwalificeren.

28. Onduidelijk is waarom verder in de parlementaire voorbereiding geponeerd werd dat „een uitspraak alvorens recht te doen” (*sic*) bijzonder nuttig is wanneer de bevoegdheid van het scheidsgerecht wordt betwist(175). Een dergelijke uitspraak is — in de veronderstelling dat het scheidsgerecht zich bevoegd verklaart — overeenkomstig art. 1697, derde lid, Ger. W. pas vatbaar voor een vordering tot vernietiging(176) samen met de uitspraak over de hoofdzaak(177). Hebben partijen in de overeenkomst tot arbitrage evenwel voorzien in de mogelijkheid hoger beroep aan te tekenen tegen de arbitrale uitspraken(178), dan kan dit rechtsmiddel reeds vanaf de eindbeslissing nopens de bevoegdheid van het scheidsgerecht worden ingesteld.

29. Net zoals onder gelding van de oude regelgeving, laat het nieuwe art. 1699 Ger. W. toe — onder voorbehoud van een andersluidende overeenkomst tussen partijen — dat het scheidsgerecht stapsgewijze, via de techniek van het pointillisme (soms ook, minder eerbiedig, „salamitechniek”(179) genoemd), uitspraak doet. Het kan (maar dit lijkt me in de regel moeilijk verzoenbaar te zijn met één van de verdiensten van arbitrage, m.n. de snelheid van de geschillenbeslechting) de gedingstof opsplitsen en in opeenvolgende eindbeslissingen en/of beslissingen alvorens recht te doen (telkens in de vorm van een arbitrale uitspraak) beslechten(180).

De arbiter dient er wel over te waken dat de arbitrale uitspraken — beslissingen alvorens recht te doen, gedeeltelijke einduitspraken en einduitspraken — geveld wordt binnen de ex art. 1698 Ger. W. vastgestelde termijn(181).

(174) Vgl. art. 19 Ger. W., waaraan de wetgever uitdrukkelijk refereerde.

(175) *Parl. St.* Kamer 1997-98, nr. 1374/1, 8.

(176) Per hypothese gegrond op het overschrijden door het scheidsgerecht van zijn rechtsmacht of zijn bevoegdheden ex art. 1704, tweede lid, d), Ger. W.

(177) Bergen 22 juni 1982, *Pas.* 1983, II, 8; Ph. DE BOURNONVILLE, *o.c.*, Brussel, Larcier, 2000, 132, nr. 135.

(178) Zie het eveneens gewijzigde art. 1703 Ger. W.

(179) Vgl. M.E. STORME, „Goede trouw in het geding”, *T.P.R.* 1990, (353) 460, nr. 70.

(180) M. HUYS en G. KEUTGEN, *o.c.*, Brussel, Bruylant, 1981, 293-294, nr. 439; in een aantal gevallen kan een gedeeltelijke einduitspraak de verzoening tussen partijen bevorderen, bv. nadat eerst over de aansprakelijkheid werd gestatueerd en de uitspraak over de begroting van de schade (in afwachting van nadere uitwerking door partijen).

(181) M. HUYS en G. KEUTGEN, *o.c.*, Brussel, Bruylant, 1981, 294, nr. 440; Ph. DE BOURNONVILLE, *o.c.*, Brussel, Larcier, 2000, 188, nr. 231 en 182-184, nrs. 222-226.

30. De in art. 1699 Ger. W. gehanteerde terminologie is correcter dan degene die wordt aangewend in art. 19 Ger. W.. In deze laatste bepaling dient het woord „eindvonnis” (*jugement définitif*) gelezen te worden als „eindbeslissing” (*décision définitive*). De term eindvonnis (of in het raam van een arbitrage de arbitrale einduitspraak) dient immers voorbehouden te worden voor die uitspraak waarmede de rechter (c.q. de arbiter) de (laatste of resterende) geschilpunten van het geschil dat voor hem gebracht was, heeft beslecht. Met die uitspraak put hij zijn rechtsmacht (volledig) uit.

In tegenstelling met wat art. 1699 Ger. W. laat uitschijnen, is het denkbaar dat er ook zgn. gemengde of complexe arbitrale uitspraken worden geveld. Deze bevatten tezelfdertijd één of meer eindbeslissingen en één of meerdere beslissingen alvorens recht te doen. Schoolvoorbeeld hiervan is de uitspraak waarin een vordering tot schadevergoeding in beginsel gegrond wordt verklaard, terwijl er voorts een deskundige wordt aangesteld om advies te verstrekken over de juiste omvang van de schade en de winstderving.

31. Wat de judiciële rechtspraak betreft, heeft het Hof van Cassatie reeds bij herhaling geoordeeld dat „in de regel, elk vonnis alvorens recht te doen (...) een impliciete maar zekere beslissing inhoudt over de volstreekte bevoegdheid van de rechtbank die het heeft uitgesproken, voor zover daarover tegenspraak is gevoerd of is kunnen gevoerd worden”(182).

Een gelijkaardig standpunt innemen t.a.v. een scheidsgerecht dat een uitspraak alvorens recht te doen velt, valt m.i. perfect te verdedigen. Het is belangrijk te beseffen dat ook na een arbitrale uitspraak alvorens recht te doen de arbiters, net zomin als de partijen, de bevoegdheid/rechtsmacht van het scheidsgerecht om van het geschil kennis te nemen niet meer in twijfel kunnen trekken.

Vandaar dat het, om problemen te vermijden, soms wel raadzaam zal zijn geen gebruik te maken van een arbitrale uitspraak om bv. een onderzoeksmaatregel te bevelen. Er bestaat immers geen verplichting deze op te leggen via een uitspraak alvorens recht te

(182) Cass. 28 juni 1984, *Arr. Cass.* 1983-84, 1417, nr. 619; *Pas.* 1985, I, 1315; *R.W.* 1985-86, 862. Vgl. Cass. 30 januari 1981, *Arr. Cass.* 1980-81, 610, nr. 623; *Pas.* 1981, I, 591: „Overwegende dat een verweer, al is het van openbare orde, dat niet is opgeworpen voor de feitenrechter, impliciet kan verworpen worden zonder nadere motivering”.

doen(183). De arbiters kunnen hiervan gebruik maken, aldus de memorie van toelichting, wanneer zij hun beslissing een plechtiger karakter wensen te geven(184). Het opleggen van een dergelijke maatregel kan net zo goed op een minder formele wijze ter kennis gebracht worden van partijen, b.v. via een mededeling per brief(185). Dergelijke orders, die niet in de wet (overigens ook niet de arbitrage-wetten van onze buurlanden) vermeld worden, zijn schering en inslag in de arbitrale praktijk(186). Het vaststellen van conclusietermijnen, de eventuele verlenging daarvan, de bepaling van plaats en tijdstip van een getuigenverhoor of van pleidooien pleegt bij order aan partijen te worden medegedeeld. Dergelijk order heeft niet de status van een arbitrale uitspraak; het is een processuele maatregel die gebeurlijk wel tot een tussenvonnissen kan leiden(187). Maar aangezien het op zichzelf geen arbitrale uitspraak uitmaakt, kunnen zij niet via het bekomen van een exequatur, met dwang worden afgedwongen. Evenmin kunnen zij door de rechtbank worden vernietigd(188).

VIII. Besluit

32. De hierboven besproken wijzigingen aan de Belgische wetgeving zijn — het invoeren van de mogelijkheid een dwangsomveroordeling uit te spreken teneinde de naleving van de arbitrale uitspraak beter te garanderen — geen echte innovaties. Ze vormen daarentegen eerder een uiting van een gestage ontwikkeling en verfijning van ons rechts-

(183) P. SANDERS, *o.c.*, Deventer, Kluwer, 1991, 153, aant. 2, ziet het gebruik van tussenvonnissen in arbitrage slechts in twee gevallen, m.n. wanneer arbiters die over hun bevoegdheid mogen oordelen zich bevoegd oordelen en — in internationale arbitrage — een uitspraak van arbiters over het op het geschil toepasselijk recht. Hij voegt er aan toe dat in beide gevallen de arbiters niet tot een tussenvonnissen verplicht zijn. Zij kunnen ook eerst bij geheel of gedeeltelijke einduitspraak gemotiveerd hun oordeel geven. In de eerste hypothese blijkt reeds uit het doorgaan met de arbitrage hoe arbiters denken over de betwisting van hun bevoegdheid. In het tweede geval komt het ook voor dat de beslissing eerst valt nadat de zaak is uitgeprocedeerd.

(184) *Parl. St. Kamer 1997-98*, nr. 1374/1, 8. Vgl. P. SANDERS, *o.c.*, Deventer, Kluwer, 1991, 154, aant. 2: „Het tussenvonnissen is alleen een middel waardoor arbiters, waar zij zulks gewenst achten, aan hun beslissing extra gewicht kunnen geven door deze in een tussenvonnissen vast te leggen.

(185) *Parl. St. Kamer 1997-98*, nr. 1374/1, 8; L. DEMEYERE, *o.c.*, *R.W.* 1997-98, 865, 874; G. KEUTGEN, *o.c.*, *J.T.* 1998, (761) 768, nr. 47.

(186) P. SANDERS, *o.c.*, Deventer, Kluwer, 1991, 153-154, aant. 2.

(187) P. SANDERS, *o.c.*, Deventer, Kluwer, 1991, 111, aant. 3, geeft hiervan als voorbeeld: „als het scheidsgerecht verordonneert dat eerst over het bevoegdheidsincident zal worden gedebatteerd of over de vraag welk recht van toepassing is op het ter beslechting opgedragen geschil”.

(188) H. VAN HOUTTE, *o.c.*, *R.W.* 1989-90, (532) 532.

systeem. Het terzijde schuiven van de limitatief in de wet opgesomde wrakingsgronden vormt hiervan alvast een mooie illustratie.

Te betreuen valt dat bij het opstellen van de teksten de dwang van de precisie soms ontbrak. Een ondoorzichtig begrippenapparaat — bewijskracht is nu eenmaal niet hetzelfde als bewijswaarde — is hiervan het gevolg. Onaanvaardbaar is dat de wetgever (en de Raad van State) nagelaten heeft ontwikkeling van de rechtspraak van het Benelux Gerechtshof i.v.m. de dwangsom accuraat op te volgen en in de besproken wet te verdisconteren.

Dit dingt er niet aan af dat deze wijzigingen wellicht adequaat kunnen bijdragen tot het realiseren van de doelstellingen van de wetgever, m.n. van België een aantrekkelijke arbitrageforum maken. Waakzaamheid blijft echter geboden. Een dergelijk werk is immers nooit af en het komt er bijgevolg op aan nieuwe ontwikkelingen in de buitenlandse arbitragewetgevingen op de voet te volgen.