

De belangenafweging verloopt hier in het voordeel van verweerster. De eis is ongegrond.

(...)

Om deze redenen,

(...)

verklaren de eis toelaatbaar, maar ongegrond,

veroordelen eiseres tot de kosten,

(...)

Noot

Kort geding en arbitrage in drie stappen¹

Jos Decoker²

1. Bovenstaande beschikking illustreert uitstekend hoe de kortgedingrechter steeds een driestappenredenering volgt wanneer hij wordt geconfronteerd met een arbitrageovereenkomst. De voorzitter onderzoekt achtereenvolgens zijn rechtsmacht en de urgentie van de zaak als bevoegdheids-, respectievelijk gegrondheidsvereiste.

2. *Stap 1: rechtsmacht.* Hoewel volgens artikel 1679, eerste lid, Ger.W. de rechter bij wie een geschil aanhangig is gemaakt, zich, op verzoek van een partij, “onbevoegd” verklaart om daarvan kennis te nemen, wordt in de rechtsleer en rechtspraak aangenomen dat de exceptie van arbitrage een exceptie van rechtsmacht is³. Artikel 1679, tweede lid, Ger.W. schrijft voor dat het niet onvereenigbaar is met een overeenkomst tot arbitrage dat een partij zich tot de rechter wendt voor het nemen van bewarende maatregelen of om een voorlopige voorziening te verkrijgen. Dit betekent volgens het artikel niet dat die partij van arbitrage afziet⁴.

3. Zeer terecht beslist de voorzitter in kort geding daarom dat het feit dat partijen arbitrage hebben voorzien, noch het feit dat ook de arbiters een kort geding kunnen organiseren, noch het feit dat eiseres de arbitrage niet in gang heeft gezet, verhindert dat de voorzitter van de rechtbank van koopphan-

del in geval van spoedeisendheid bij voorraad uitspraak zou doen. Die laatste voorwaarde van spoedeisendheid is, zoals ik hieronder zal bespreken, een grondvoorwaarde voor het kort geding en hierdoor kan de arbitrageovereenkomst wel (indirect) een beletsel vormen. Principieel staat een arbitrageovereenkomst dus niet in de weg van de rechtsmacht van de kortgedingrechter, zelfs wanneer een arbitraal beding de bevoegdheid van de rechter in kort geding zou uitsluiten⁵.

4. *Stap 2: urgentie als bevoegdheidsvereiste.* Op grond van artikel 584 Ger.W. kunnen de voorzitters van de rechtbanken, in gevallen die zij “spoedeisend” achten, bij voorraad uitspraak doen. Wanneer de eisende partij in het gedinginleidend exploit de spoedeisendheid van de vordering niet aanvoert, verklaart de rechter in kort geding zich volgens het Hof van Cassatie “onbevoegd”⁶. Dit vormde *in casu* geen probleem, aangezien de eiseres volgens de voorzitter “*op rechtens aannemelijke wijze in het gedinginleidend exploit [heeft] voorgehouden dat de omstandigheden van de zaak spoedeisend zijn [...]*”.

5. *Stap 3: urgentie als gegrondheidsvereiste.* Wanneer de voorzitter, bij het onderzoek van de zaak tot de vaststelling komt dat er geen urgentie aanwezig is, moet hij het geschil

¹ Het doel en opzet van deze noot laten niet toe een uitvoerig overzicht te geven van de rechtspraak i.v.m. de bevoegdheid van de kortgedingrechter in het algemeen. Daarom werd een selectie gemaakt van cassatierechtspraak en recente lagere rechtspraak. Voor meer uitvoerige overzichten van rechtspraak, zie onder meer J. LAENENS, “Overzicht van rechtspraak. De bevoegdheid (1993-2000)”, *T.P.R.* 2002, p. 1522 e.v.; J. VAN COMPENOLLE en G. CLOSSET-MARCHAL, “Examen de jurisprudence (1985 à 1998). Droit judiciaire privé”, *R.C.J.B.* 1999, p. 150 e.v.

² Voormalig assistent KULeuven, thans gerechtelijk stagiair.

³ Zie J. LAENENS, “Rechtsmacht versus bevoegdheid” (noot onder Arrondrb. Brussel 20 december 1993), *P.&B.* 1994, (83) 84; J. LAENENS, “Overzicht van rechtspraak. De bevoegdheid (1970-1992)”, *T.P.R.* 1993, (1479) 1484; J. LAENENS, “Arbitrage: Rechtsmacht of bevoegdheid?” (noot onder Kh. Brussel 16 januari 1991), *T.B.H.* 1992, 139; D. FEVERY, “Arbitrage en gedwongen tussenkomst voor de overheidsrechter: een moeilijke verhouding” (noot onder Cass. 9 november 1995), *A.J.T.* 1996-97, (48) 49; P. DE BOURNONVILLE, *Droit judiciaire: l'arbitrage*, Brussel, Larcier, 2000, p. 130; A. FETTWEIS, *Manuel de procédure civile*, Luik, 1987, p. 675, nr. 1092 en M. PIERS, “De beslissing van de rechter over een exceptie van arbitrage is onmiddellijk vatbaar voor hoger beroep” (noot onder Antwerpen 7 april 2003), *T.B.H.* 2004; *contra*: B. DEMEULENAERE, “Arbitrale bevoegdheids- en rechtsmachtsaspecten in het kader van koop-verkoop-overeenkomsten van aandelen”, *T.P.R.* 1995, p. 439. Voor recente rechtspraak in die zin, zie o.a. Bergen 15 juni 1995, *J.T.* 1996, 80; Kh. Mechelen 23 januari 1998, *T.R.V.* 1998, 101-111; Vred. Berchem 26 november 1996, *T. App.* 1997, 1, 34-35. Zie ook, minstens impliciet, in dezelfde zin, de arresten van het Hof van Cassatie van 13 oktober 1998 en 9 november 1995, Cass. 13 oktober 1998, *Arr. Cass.* 1998, 965, *Bull.* 1998, 1031, <http://www.cass.be>; Cass. 9 november 1995, *Arr. Cass.* 1995, 986, *Pas.* 1995, I, 1018, *R.W.* 1995-96 (verkort), 1247, *A.J.T.* 1996-97, 46, noot D. FEVERY, *R. Cass.* 1996, 383, noot K. MARTENS, *J.T.* 1997, 97, noot D. FEVERY, *P.&B.* 1996, 118.

⁴ Zie hierover M. HUYBRECHTS en I. VEROUGSTRATE, “Relatie met de rechters”, in *Macht en onmacht van de arbiter*, Brussel, Bruylant 2003, p. 354. De auteurs wijzen erop dat in de interne logica van de overheidsrechter in het Belgische recht, de overheidsrechter steeds kan optreden ongeacht elk arbitraal beding en dat de maatregel die de rechter neemt op grond van art. 584 van het Gerechtelijk Wetboek per definitie ontsnapt aan de maatregelen die een arbiter kan nemen.

niet verwijzen naar de voor de beslechting van het bodemgeschil bevoegde rechter (wat *in casu* sowieso niet mogelijk zou zijn gezien het arbitragebeding), maar de vordering als “ongegrond” afwijzen⁷. Interessant genoeg herneemt de voorzitter daarom de discussie rond het arbitragebeding door de zaak “ook de facto als spoedeisend te beschouwen omdat aan te nemen valt dat het enige tijd duurt om de arbitrage te organiseren en ondertussen een moeilijk te herstellen nadeel zou kunnen ontstaan [...]”. Vooreerst is het omwille van de autonomie van het kort geding ten aanzien van de bodemprocedure niet vereist dat de rechter die zich over de grond van het geschil dient uit te spreken, of zoals *in casu* een arbitrage-tribunaal, reeds werd geadieerd alvorens er in kort geding wordt gedagvaard⁸. Dit wordt hier bevestigd door de voorzitter. Een belangrijk element in de beoordeling van de urgentie

is verder de vergelijking met de duur van een gewone rechtspleging⁹. In dit geval moet worden vergeleken met de duurtijd voor het nemen van even doeltreffende maatregelen in een arbitrageprocedure. Ook arbiters kunnen immers voorlopige maatregelen (behalve bewarend beslag) nemen. Dat wordt met zoveel woorden bevestigd in artikel 1696, eerste lid, Ger.W. De vraag die hier rijst is echter of die maatregelen op een (even) snelle manier kunnen worden genomen door de arbiters. Een “arbitraal kort geding”, zoals de “Pre-arbitral Referee Procedure” van het ICC vereist immers een aparte overeenkomst tussen de partijen¹⁰, terwijl bijvoorbeeld een verkorting van dagvaardingstermijnen niet in alle arbitrage-reglementen wordt voorzien¹¹. Een belangrijke overweging is ook dat een arbitrale beslissing eerst *exequatur* moet verkrijgen, wat onvermijdelijk tijd in beslag neemt¹². De ana-

5. Zie M. HUYBRECHTS en I. VEROUWSTRAETE, *o.c.*, p. 354, nr. 23. De parlementaire voorbereiding van de wetswijziging van 1998 schijnt echter een conventionele uitsluiting van de kortgedingrechter te aanvaarden. Zie *Parl. St. Kamer 1997-98*, nr. 1374/1, p. 6. Een meerderheid van de auteurs gaat hierin mee, maar maken een uitzondering voor gevallen waarin de partijen zo in een juridisch vacuüm zouden terechtkomen, bijvoorbeeld omdat het scheidsgerecht niet bij machte is de vereiste voorlopige maatregelen op een adequate en efficiënte manier te bevelen. Een uitdrukkelijke of stilzwijgende afstand van een beroep op de overheidsrechter zou er dan ook niet aan in de weg staan dat een partij de rechter ter hulp roept om voorlopige of bewarende maatregelen te bevelen bij feitelijkheden of kwade trouw van de wederpartij. Zie o.a. P. Taelman, “De arbiters en hun bevoegdheden”, *T.P.R.* 1999, (1709), p. 1718, nr. 9; H. VAN HOUTTE, “Voorlopige maatregelen bij arbitrage”, *R.W.* 1989-90, (532), p. 536; 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, p. 220-221; L. DE MEYERE, “De Wet van 19 mei 1998 tot wijziging van de bepalingen van het Gerechtelijk Wetboek betreffende arbitrage”, *R.W.* 1998-99, (865), p. 867; P. DE BOURNONVILLE, *o.c.*, p. 135, nr. 138; J. LINSMEAU, *L'arbitrage volontaire et droit privé belge*, Brussel, Bruylant, 1991, p. 74 en G. DE LEVAL, “Le juge et l'arbitre. Les mesures provisoires”, *Rev. dr. intern. comp.* 1993, p. 23. Zie ook in die zin G. KEUTGEN, “La nouvelle loi sur l'arbitrage”, *J.T.* 1998, p. 767. Ook bij deze auteurs komt volgens mij dus de nadruk te liggen op de voor het kort geding specifieke voorwaarde van urgentie. Als men aanneemt dat de bevoegdheid van de kortgedingrechter kan worden uitgesloten, sluit men immers als het ware een poort, die, zoals de auteurs toegeven, meteen weer dient opengezet te worden wanneer het arbitraal tribunaal niet efficiënt zou kunnen optreden. Aan de andere kant zal de toegang tot de kortgedingrechter in het kader van de urgentievoorwaarde ook sowieso worden afgesneden wanneer de arbiters op een (even) snelle manier de nodige maatregelen kunnen nemen (zie verder in randnummers 5 en 6).
6. Cass. 10 april 2003, <http://www.cass.be>; Cass. 11 mei 1990, *Arr. Cass.* 1989-90, 1169, *Pas.* 1990, I, 1045. Zie ook 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, (257) p. 261 en S. BEERNAERT, “Status quaestionis van het civiele kort geding”, in P. VAN ORSHOVEN (ed.), *Themis 2000-2001. Gerechtelijk privaatrecht*, Brugge, die Keure, 2001, p. 62.
7. Cass. 10 april 2003, <http://www.cass.be>; 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. *Contra*: Vz. Kh. Brussel 21 maart 2000, *J.L.M.B.* 2001, 469, met kritische noot J. ENGLEBERT. Zie ook P. Taelman, *o.c.*, p. 261; S. BEERNAERT, *o.c.*, p. 63. Volgens deze laatste auteur zou het echter logischer zijn de vordering in dit geval af te wijzen bij gebrek aan rechtsmacht, aangezien de grond van de zaak duidt op de aanspraken en de beweerdde rechten van de partijen, zoals die mogelijk voor de bodemrechter kunnen afgedwongen worden.
8. P. MARCHAL, *Les référés*, in *Rép. not.*, T. XIII, L. VII, Brussel, Larcier, 1992, nr. 37; zie ook P. Taelman, *o.c.*, p. 259, voetnoot 14 met verwijzing naar Cass. 6 februari 1930, *Pas.* 1930, I, 87, conclusie proc.-gen. P. Leclercq.
9. Volgens het Hof van Cassatie is er immers sprake van hoogdringendheid wanneer de gewone rechtspleging niet bij machte is tijdig het geschil op te lossen. Zie Cass. 13 september 1990, *Arr. Cass.* 1990-91, 42, *Pas.* 1991, I, 41; Cass. 21 mei 1987, *Arr. Cass.* 1986-87, 1287, *Pas.* 1987, I, 1160, *R.W.* 1987-88, 1425. Zie ook recent Brussel 25 januari 2002, *J.L.M.B.* 2003, 952; Luik (1^o k.) 28 november 2001, *J.T.* 2002, afl. 6051, 308, noot A. CRUQUENAIRE en J. HERVEG; *P.&B.* 2002, afl. 4, 261; Luik (7^o k.) 9 maart 2000, *J.D.S.C.* 2002, 64, noot B. VOGLLET; *J.T.* 2000, 701. Volgens bepaalde auteurs, waaronder Taelman is dit echter een onvoldoende criterium om de hoogdringendheid te beoordelen, gelet op de steeds maar toenemende massa van alsmat complexere en vaak dringende betwistingen hetgeen leidt tot een stelselmatige overbelasting van de rollen. Daarom zou slechts een beroep kunnen gedaan worden op de kortgedingrechter zo er naast de onmogelijkheid om via de gewone rechtspleging het geschil te beslechten andere, aan de zaak eigen omstandigheden ter staving van het spoedvereiste kunnen worden aangevoerd. Zie P. Taelman, *o.c.*, p. 260; M. STORME en P. Taelman, “Het kort geding: ontwikkelingen en perspectieven”, in M. STORME (ed.), *Procederen in nieuw België en komend Europa*, Antwerpen, Kluwer, 1991, p. 16. Zie recent in die zin Vz. Brussel 9 december 2002, *Ing.-Cons.* 2002, 436. Die kritiek speelt natuurlijk minder *in casu* aangezien het fenomeen van de overbelasting van de rollen vreemd is aan arbitrage. Omgekeerd is er geen urgentie wanneer de gevraagde maatregel even snel kan worden bekomen bij de bodemrechter. Zie recent Vz. Kh. Luik 3 juli 2002, *T.B.H.* 2004, 295. Zie echter ook DELVAUX, die pleit voor een meer pragmatische aanpak, waarbij volgens de auteur door de kortgedingrechter best rekening kan worden gehouden met de concrete gerechtelijke organisatie (bijvoorbeeld of het concreet gezien – dus rekening houdend met de gebruiken van de rechtbank – wel mogelijk is voor de rechtzoekende om op de inleidingszitting voorlopige maatregelen te vragen *ex art.* 19 Ger.W.). Zie A. DELVAUX, “L'urgence et l'économie de procédure: leurre ou artifice?” (noot onder Luik 3 oktober 2002), *T.B.H.* 2004, p. 271 e.v.
10. Zie ICC Rules for a Pre-arbitral Referee Procedure op http://www.iccwbo.org/index_court.asp.
11. Zie bijvoorbeeld art. 5.2 van het ICC-reglement waar alleen wordt gesproken over een verlenging van de termijn van 30 dagen voor de verweerder om te antwoorden op het verzoek tot arbitrage. Zie echter ook art. 3 van het Cepina-reglement, dat voorziet in een verlenging of verkorting van de termijn voor beantwoording van het verzoek tot arbitrage. Nochtans zullen de arbiters volgens mij ook hier steeds rekening moeten houden met art. 1694.1 Ger.W. volgens hetwelk het scheidsgerecht aan iedere partij de gelegenheid moet geven om voor haar rechten op te komen en haar middelen voor te dragen.
12. H. VAN HOUTTE, “Voorlopige maatregelen bij arbitrage”, *o.c.*, p. 535; L. DEMEYERE, *o.c.*, p. 868; J. LINSMEAU, *o.c.*, p. 73.

lyse van de voorzitter in kort geding dat mag worden aangenomen dat het organiseren van een arbitrage nog enige tijd duurt en dus een kortgedingprocedure voor de rechter soelaas kan bieden om te voorkomen dat een moeilijk te herstellen nadeel ontstaat, lijkt dus steek te houden.

6. Dat laatste brengt ons bij de interessante vraag of de zaken er anders zouden hebben uitgezien indien de arbitrageprocedure reeds was gestart. Het voorbereidend rapport bij de Europese Overeenkomst houdende een Eenvormige Wet inzake arbitrage (ondertekend te Straatsburg op 20 januari 1966) brengt terzake geen verduidelijking, aangezien dit discussiepunt werd overgelaten aan de nationale wetgever¹³. Maar ook het vermelde artikel 1679, tweede lid, Ger.W. laat de vraag open. De eerste commentatoren van de Arbitragewet van 4 juli 1972 verdedigden daarom de stelling dat moest worden aangesloten bij de onder de vroegere arbitragewet hangbare oplossing die de tussenkost van de kortgedingrechter ten minste vanaf de samenstelling van het arbitrage-tribunaal verhinderde¹⁴. Onder invloed van professor Storme werd deze stelling echter verlaten en tegenwoordig neemt men in de rechtsleer aan dat partijen ook na de samenstelling van het scheidsgerecht voor spoedeisende situaties de kortgedingrechter kunnen vatten¹⁵. Deze visie wordt blijkbaar

gedeeld door een meerderheid van de rechtspraak¹⁶. Sommigen, zoals Storme, laten steeds de keuze aan de partijen tussen de kortgedingrechter en het arbitraal tribunaal¹⁷. Volgens anderen, zoals De Leval, is die keuzemogelijkheid echter beperkt en kan de kortgedingrechter slechts worden gevat wanneer het arbitraal tribunaal niet bij machte is de situatie van de partijen op een voorlopige en efficiënte manier te regelen¹⁸. Deze laatste optie is volgens mij de juiste, aangezien zij beantwoordt aan wat hierboven reeds werd gezegd: de rechter in kort geding zal de urgentie van de zaak beoordelen, onder meer door te vergelijken met de snelheid waarmee in een bodemprocedure (lees: arbitrageprocedure) vergelijkbare maatregelen kunnen worden genomen. Dit wordt bijvoorbeeld geïllustreerd door de beschikking van de Voorzitter van de Rechtbank van Koophandel te Gent van 16 juni 1993, waar rekening werd gehouden met het feit dat het arbitraal college nog maar pas was samengesteld, zodat de procedure voor dit college nog op gang moest worden gebracht¹⁹. Bij dit alles mag dan wel niet uit het oog worden verloren dat de voorzitter het spoedeisende karakter op het ogenblik van zijn uitspraak en niet enkel op het ogenblik van de gedinginleiding beoordeelt²⁰. Dit betekent dus ook dat de rechter in kort geding de stand van de arbitrageprocedure zal moeten nagaan op het ogenblik dat hij uitspraak doet.

¹³. Het voorbereidend rapport is te vinden op <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Reports/Html/056.htm>.

¹⁴. Zie J. LINSMEAU en J. VAN GELDER, "La nouvelle loi sur l'arbitrage volontaire", *J.T.* 1973, (205), p. 209; G. HORSMANS en L. DERMINE, "La nouvelle loi belge sur l'arbitrage", *Rev. Arb.* 1973, p. 225; L. DERMINE, *L'arbitrage commercial en Belgique: commentaire de la loi du 4 juillet 1972*, Brussel, Larcier, 1975, p. 27-28, nr. 48; P. MATHEI, "La loi du 4 juillet 1972 et l'arbitrage dans le secteur de la construction", *T. Aann.* 1973, (194), p. 201; A. BOEHLÉ, "Arbitrage. Een analyse van de wet", in A. BOEHLÉ, I. DELBROUCK, M. VAN HOECKE, M. STORME (ed.), *Arbitrage. Bibliotheek van gerechtelijk recht uitgegeven door het Seminarie voor privaatrechtelijk procesrecht aan de Rijksuniversiteit Gent, Vol. 3*, Ledeberg, Erasmus, 1973, p. 9, nr. 9. Voor het standpunt dat onder de oude arbitragewet werd verdedigd, zie A. BERNARD, *L'arbitrage volontaire en droit privé*, Brussel, Bruylant, 1937, nrs. 109 en 198. Zie ook nog recent in die zin Vz. Kh. Luik 6 juli 1989, *Pas.* 1990, III, 18 en voor de specifieke situatie van een vordering tot toekenning van een provisie Bergen 10 april 1996, *R.G.A.R.* 1998, nr. 12952, met kritische noot van J.-F. VAN DROOGHENBROECK.

¹⁵. M. STORME, "Aspects importants du droit arbitral belge", *Rev. dr. intern. comp.* 1976, (116), p. 125, nr. 21; H. VAN HOUTTE, "Arbitrage", *R.W.* 1976-77, (2114), p. 2123, nr. 13; M. HUYS en G. KEUTGEN, *L'arbitrage en droit belge et international*, Brussel, Bruylant, 1981, p. 64, nr. 387; M. STORME en B. DEMEULENAERE, *International arbitration in Belgium*, Deventer, Kluwer Law and Taxation Publishers, 1989, nr. 130; G. DE LEVAL, "Les mesures provisoires et conservatoires en matière d'arbitrage", in L. MATRAY en G. DE LEVAL (ed.), *L'arbitrage. Travaux offerts au professeur Albert Fétweis*, Brussel, Story-Scientia, 1989, 111-128; J. VAN COMPERNOLLE, "L'arbitrage dans les relations commerciales internationales: questions de procédure", *Rev. dr. intern. comp.* 1989, (101), p. 118; H. VAN HOUTTE, *o.c.*, p. 535; J. LINSMEAU, *L'arbitrage volontaire en droit privé belge*, Brussel, Bruylant, 1991, nr. 101; G. HORSMANS, "Actualité et évolution du droit belge de l'arbitrage", *Rev. Arb.* 1992, (3), p. 23, nr. 22; G. DE LEVAL, "Le juge et l'arbitre. Les mesures provisoires", *o.c.*, 7-27; P. Taelman, "De arbiters en hun bevoegdheden", *o.c.*, p. 1714 e.v.; L. SIMONT, *o.c.*, p. 218.

¹⁶. Vz. Rb. Luik 15 juni 1978, *Jur. Liège* 1978-79, 52; Brussel 23 juni 1987, *Ann. dr. Liège* 1992, 242; Vz. Rb. Brussel 30 april 1993, *J.L.M.B.* 1994, 240; Vz. Kh. Gent 16 juni 1993, *T.G.R.* 1994, 10. Zie ook Cass. 2 september 1988, *Pas.* 1989, 2, *Arr. Cass.* 1988, 2. In dit arrest besliste het hof dat de omstandigheid dat een feit reeds werd vastgesteld door een gerechtelijke of scheidrechterlijke beslissing op zichzelf niet tot gevolg heeft dat de rechter in kort geding onbevoegd zou zijn om dit feit te bevestigen en om de door de eisende partij gevorderde voorlopige maatregel te treffen in de gevallen die hij spoedeisend acht, en in aangelegenheden die tot zijn bevoegdheid behoren. Volgens Taelman trad het Hof van Cassatie met dit arrest het standpunt van de lagere rechtspraak bij (P. Taelman, *o.c.*, p. 1715). De Leval is, terecht denk ik, voorzichtiger en wijst erop dat het *in casu* ging om een geval waar de zaak niet meer aanhangig was bij de arbiters, zodat er sowieso geen probleem van concurrerende bevoegdheid bestond. De Europese rechtspraak bevestigt in ieder geval dat wanneer de gevorderde maatregelen betrekking hebben op een onderwerp dat tot de materiële werkingssfeer van het EEX-Verdrag (nu EEX-Vo) behoort, dit verdrag (nu verordening) van toepassing is en de rechter in kort geding *ex art. 24* (nu art. 31) voorlopige maatregelen kan bevelen, ook indien deze bodemprocedure aanhangig is (of kan worden gemaakt) en ongeacht of deze procedure voor arbiters wordt (of moet worden) gevoerd. Zie H.v.J. 17 november 1998, nr. C-391/95, *Van Uden Maritime BV/Kommanditgesellschaft in Firma Deco-Line*.

¹⁷. M. STORME, *o.c.*, *Rev. dr. int. comp.* 1976, (116), p. 125: "En cas d'extrême urgence, les parties ont donc le choix entre le président statuant en référé et le tribunal arbitral lui-même".

¹⁸. G. DE LEVAL, *o.c.*, *Rev. dr. int. comp.* 1993, (7), p. 19: "Si les arbitres sont à même de statuer sur les mesures à prendre en urgence et au provisoire, la saisine de la juridiction arbitrale met fin à la compétence du juge des référés. L'urgence s'appréciant au moment où le juge statue mais, si, vu les circonstances, la procédure arbitrale est impuissante à régler provisoirement et efficacement la situation des parties, une demande urgente peut encore être soumise au juge des référés".

¹⁹. Zie voetnoot 16.

²⁰. Cass. 11 mei 1998, A.R. C.95.0068.N, *Clark Equipment NV/Faillissement VIMO BVBA en VIMO NV*, <http://www.cass.be> (18 oktober 2001); *Arr. Cass.* 1998, 505; *Bull.* 1998, 536; Luik 3 december 2002, *J.L.M.B.* 2003, 37; Luik 17 juni 2002, *J.T.* 2002, 667; Kort Ged. Verviers 6 oktober 2000, *AM* 2002, afl. 2, 196; Brussel (9° k.), 4 mei 2000, *DAOR* 2000, 237; *Rev. prat. soc.* 2001, 84.

7. Tot slot nog iets over de uiteindelijke beslissing van de voorzitter in de geannoteerde zaak. De vordering van de eiser hield in dat aan de verweerster de onmiddellijke stopzetting van haar handelsactiviteiten in strijd met het niet-concurrentiebeding zou worden bevolen. De voorzitter wijst in dat kader op een tendens in de rechtspraak om de verkoper van een handelszaak slechts te dwingen een niet-concurrentiebeding na te leven voor zover de partij op wie de verplichting weegt in geen enkel geval door de rechter ten gronde van die verplichting zou kunnen worden ontlast²¹. De beoordeling van de rechten van partijen in kort geding is een boeiend maar ook bijzonder moeilijk leerstuk, waarop in het kader van deze bijdrage niet uitvoerig zal worden ingegaan²². Het Hof van Cassatie herhaalde in een aantal recente arresten het sinds het arrest McCloud bekende principe dat “krachtens artikel 584 van het Gerechtelijk Wetboek, de rechter in kort geding die maatregelen tot bewaring van recht kan bevelen, de grenzen van zijn bevoegdheid niet overschrijdt wanneer hij er zich toe beperkt de ogenschijnlijke rechten van de partijen na te gaan en daarbij geen rechtsregels betreft die de voorlopige maatregel die hij beveelt, niet redelijk kunnen schragen”²³. De geannoteerde beschikking en de daarin geciteerde rechtspraak lijken aan te leunen

bij het standpunt dat die “redelijkheid” moet worden beoordeeld in het licht van de bevolen maatregel. Met andere woorden: naargelang de gevorderde maatregel ingrijpender is, zal in die visie een sterkere schijn van recht vereist zijn²⁴.

8. In de mate dat de overdracht van een handelszaak in feite een overdracht van het recht op cliënteel van een handelsonderneming inhoudt, impliceert elke overdracht van een handelszaak, gelet op de vrijwaringsverplichting van de verkoper (artt. 1625 en 1628 B.W.) een niet-concurrentieverplichting van de overlater²⁵. Deze niet-mededingingsverplichting kan ook, zoals *in casu*, expliciet door de partijen worden vastgelegd in een niet-concurrentieclausule. Aan de verplichting tot niet-concurrentie worden echter grenzen (qua voorwerp, ruimte en tijd) gesteld²⁶. Ten eerste moet er immers rekening worden gehouden met het beginsel van de vrijheid van handel en nijverheid, dat van openbare orde is (Decreet D’Allarde van 2-17 maart 1971²⁷). Gezien een niet-concurrentiebeding essentieel mededingingsbeperkend is, zal de geldigheid ervan bovendien moeten worden getoetst aan de toepasselijke regels van het Europees en Belgisch mededingingsrecht²⁸. Ook arbiters zullen rekening moeten houden met deze regels. Zij beslissen immers, tenzij de par-

21. In de geannoteerde beschikking wordt verwezen naar twee arresten: Brussel 9 januari 1997, *DAOR* 1997, p. 85, noot G. BALLON en Luik 14 januari 2000, *T.B.H.* 2000, p. 501. Zie ook L. DU CASTILLON, “Aspects actuels du référé en matière contractuelle”, in *Les procédures en référé*, CUP, 1998, p. 46 en in dezelfde zin Brussel 21 maart 1984, *T.B.H.* 1984, p. 539, noot A. DE CALUWE (“Attendu qu’il est au pouvoir du juge de référés d’examiner la convention conclue entre parties dans le but d’y découvrir des droits ‘évidents’ ou qui ne peuvent être ‘sérieusement contestés’ et ce en vue d’ordonner s’il y échet, des mesures ‘provisoires’”).

22. Zie hiervoor de recente bijdrage van Joost VERLINDEN in dit tijdschrift, waarin de cassatierechtspraak en de verschillende doctrinale standpunten uitvoerig worden besproken. J. VERLINDEN, “Beoordeling van de rechten van partijen en belangenafweging in kort geding” (noot onder Cass. 6 juni 2003), *T.B.H.* 2004, p. 262 e.v.

23. Zie Cass. 4 juni 1993, *Arr. Cass.* 1993, III, p. 556, *Pas.* 1993, I, p. 542, *J.T.* 1993, p. 735, *R.W.* 1993-94, p. 476, *T.B.H.* 1993, p. 925, noot H.R. en zie recent Cass. 6 juni 2003, *T.B.H.* 2004, p. 258, noot J. VERLINDEN; Cass. 20 november 2003, <http://www.cass.be>.

24. Zie S. RAES, “De toepassing van het recht door de rechter in kort geding. Het arrest van het Hof van Cassatie van 4 juni 1993”, *R. Cass.* 1993, (167), p. 170, nr. 15; conclusie adv.-gen. Bresseleers bij Cass. 5 mei 2000, *Arr. Cass.* 2000, p. 854, nr. 4. Zie ook S. BEERNAERT, *o.c.*, p. 71, nr. 30 die het heeft over een zgn. proportionaliteitsregel (hoe verregaander de in kort geding gevorderde maatregel, des te duidelijker de rechten van de partijen moeten vaststaan). De geannoteerde beschikking heeft het overigens over een “belangenafweging”, maar het komt mij voor dat door na te gaan of de rechter ten gronde de verweerster in geen geval van haar contractuele verplichting tot niet-concurrentie zou kunnen ontlasten er veeleer sprake is van een onderzoek van de schijn van rechten.

25. Zie o.a. B. TILLEMEN, “Vrijwaring voor uitwinning bij koop”, in B. TILLEMEN en P.-A. FORIERS (ed.), *De koop* 2002, Brugge, die Keure, p. 92, nr. 11; D. MATRAY, C. DUVEUSART en L. MASSON, “Les clauses conventionnelles de garantie dans les cessions de fonds de commerce”, in H. COUSY, B. TILLEMEN en A. BENOÎT-MOURY (ed.), *De handelszaak* 2001, Brugge, die Keure, p. 223, nr. 316; N. ULBURGHES, “Het niet-concurrentiebeding in overname-overeenkomsten”, *V & F* 1998, p. 99; L. NEELS, “Mededinging na overdracht van handelszaak” (noot onder Kh. Leuven 2 december 1980), *R.W.* 1980-81, p. 2133. Zie ook Cass. 24 september 1968, *Arr. Cass.* 1969, 94; *Pas.* 1969, I, 92.

26. De geldigheid van een expliciet niet-concurrentiebeding zal aan dezelfde criteria worden getoetst als diegene die worden gehanteerd om de geoorloofde draagwijdte van de impliciete niet-concurrentieverplichting te bepalen. Zie N. ULBURGHES, *o.c.*, p. 99; D. MATRAY, C. DUVEUSART en L. MASSON, *o.c.*, p. 225, nr. 319.

27. *Pasinomie* 1790-91, 230 e.v.

28. Zie N. ULBURGHES, *o.c.*, p. 105 e.v. Zie ook W. VAN GERVEN, L. GYSELEN, M. MARESCHEAU, J. STUYCK en J. STEENBERGEN, *Kartelrecht*, in *Beginselen van Belgisch Privaatrecht*, XIII, *Handels- en economisch recht. Deel 2. Mededingingsrecht* 1996, E. Story-Scientia, p. 232 e.v., nrs. 185-186. Zie ook de overwegingen van het Hof van Justitie in de *Remia*-zaak: “19. (...) Concurrentieverboden in overeenkomsten tot overdracht van ondernemingen hebben derhalve in beginsel tot voordeel, dat zij de totstandkoming en de doeltreffendheid van een overdracht waarborgen. Zij dragen daardoor zelfs bij tot versterking van de mededinging, door vergroting van het aantal ondernemingen op de betrokken markt. 20. Van een dergelijk gunstig effect op de mededinging kan evenwel slechts sprake zijn, indien dit soort concurrentieverboden noodzakelijk zijn voor de overdracht van de verkochte onderneming en de duur en de werkingsfeer ervan strikt beperkt zijn tot hetgeen ter bereiking van dat doel vereist is. (...)”. *H.v.J.* 11 juli 1985, C 42/84, *Jur. H.v.J.* 1985, 2545.

tijen anders overeengekomen zijn, volgens de regels van het recht (art. 1700 Ger.W.). En aangezien genoemde regels van openbare orde zijn, zullen de arbiters hen zelfs ambtshalve dienen in te roepen opdat hun uitspraak uitvoerbaar (art. 1710, 3, Ger.W., art. V, 2, b, NY Conventie) zou zijn en niet vatbaar voor vernietiging (art. 1704, 2, a, Ger.W.)²⁹.

In casu oordeelde de voorzitter dat het niet-concurrentiebeding dat niet beperkt was in de ruimte en een tijdsduur van 8 jaar voorzag waarschijnlijk als een inbreuk op de Wet tot bescherming van de economische mededinging zou worden beschouwd. De vordering in kort geding werd daarom uiteindelijk afgewezen.

²⁹. In dat kader verwijst de voorzitter naar de zaak *Eco Swiss*, waarin het Hof van Justitie besliste dat “(...) wanneer een nationale rechter volgens de regels van zijn nationale procesrecht een vordering tot vernietiging van een arbitraal vonnis op grond van strijd met nationale regels van openbare orde moet toewijzen, hij dat ook moet doen ingeval een dergelijke vordering is gebaseerd op schending van het in artikel 85, lid 1, van het Verdrag neergelegde verbod”. Zie H.v.J. 1 juni 1999, C-126/97, *Eco Swiss China Time Ltd/Benetton International NV*, *Jur. H.v.J.* 1999, I, 3079. Het is in dat verband wel interessant op te merken dat volgens de Hoge Raad der Nederlanden, van wie de prejudiciële vraag uitging, de enkele omstandigheid dat door de inhoud of de uitvoering van het arbitrale vonnis een verbodsbepaling uit het mededingingsrecht buiten toepassing blijft naar Nederlands recht in het algemeen geen strijd met de openbare orde oplevert (zie overweging 24). Zie in dit verband ook B. DE MEULENAERE, “Arbitrage en overdracht van aandelen”, in *Arbitrage en vennootschap*, Brussel, Bruylant, 1999, p. 103. DE MEULENAERE merkt op dat volgens een klassieke visie de arbiters naar Belgisch recht kunnen beslissen dat een overeenkomst niet strijdig is met regels van openbare orde, zoals bijvoorbeeld de mededingingswetgeving, maar dat de overheidsrechter dergelijke uitspraak dan wel kan vernietigen of onuitvoerbaar verklaren indien hij tot de vaststelling komt dat de arbiters zich hierin hebben vergist. Stellen de arbiters daarentegen vast dat de overeenkomst of de vordering waarover zij dienen te oordelen strijdig is met de openbare orde, dan dienen zij zich volgens deze traditionele leer onbevoegd te verklaren. Zij mogen met andere woorden niet zelf tot de nietigheid van de contractuele afspraak besluiten en daar de – pecuniaire – gevolgen aan verbinden in het kader van de vergoedingsafspraken van de partijen.