

Noot

De beoordeling van de arbitreerbaarheid van een geschil bij een exceptie van rechtsmacht: het Hof van Cassatie kiest voor de lex fori*Michael Traest¹***A) ACHTERGROND**

1. De feiten die aan bovenstaand arrest van het Hof van Cassatie ten grondslag lagen, zijn in zekere zin klassiek geworden voor een aantal gevallen die de laatste jaren in de rechtspraak aan bod zijn gekomen. *In casu* sloten partijen in 1985 een concessieovereenkomst af met het oog op de exploitatie van een boetiek “Les Must de Cartier” te Antwerpen. In die overeenkomst was niet enkel een rechtskeuze voor het Zwitserse recht opgenomen, doch was tevens voorzien in arbitrage die in het kanton Vaud diende plaats te hebben conform de bepalingen van het Concordat Suisse sur l’Arbitrage. Bovendien had de concessiegever zich, niettegenstaande het arbitragebeding, het recht voorbehouden elke betwisting aanhangig te maken bij de gewone rechtbanken van de woonplaats van de concessiehouder en gebeurlijk te opteren voor de toepassing van het recht dat op die woonplaats van toepassing is.

2. In 1997 zegde verweerster in cassatie – de Zwitserse concessiegever – de overeenkomst op middels een vooropzeg van vijftien maanden. Daarop repliceerde eiseres in cassatie – de Belgische concessiehouder – bij schrijven van 19 december 1997 door te stellen dat de overeenkomst viel onder toepassing van de Wet van 27 juli 1961 betreffende de eenzijdige beëindiging van de voor onbepaalde tijd verleende concessies van alleenverkoop. Op 22 december 1997 antwoordde verweerster in cassatie dat deze wet inderdaad van toepassing was zodat zij een opzeggingstermijn had toegekend van 15 maanden in plaats van de contractueel voorziene drie maanden maar naderhand zou verweerster daarop zijn teruggekomen en zou ze zich hebben beroepen op de concessieovereenkomst naar Zwitsers recht waarin bovenvermelde arbitrageclausule voorkwam; ze beriep zich aldus op toepassing van Zwitsers recht en op de onderwerping van het geschil aan arbitrage. Daarna ging de concessiegever opnieuw over tot opzegging conform het contract met inachtneming van een termijn van vijf maanden.

3. Nadat de Belgische concessiehouder de concessiegever had gedagvaard voor de Antwerpse Rechtbank van Koophandel teneinde schadevergoeding te bekomen op grond van de Belgische Wet van 27 juli 1961, verklaarde deze zich bij vonnis van 11 juni 1999 bevoegd op grond van

de overweging dat de concessiegever bij brief van 22 december 1997 aan de arbitrageclausule had verzaakt en dat zij conform de overeenkomst het geschil wilde laten beslechten door de Belgische rechtbank met toepassing van Belgisch recht.

4. In hoger beroep beoogde de concessiegever dan de afwijzing van de rechtsmacht van de eerste rechter en te horen zeggen voor recht dat de eerste rechter zich zonder rechtsmacht had moeten verklaren. De appèlrechters stelden inderdaad vast dat uit de brief van verweerster van 22 december 1997 niet kon worden afgeleid dat zij zou hebben verzaakt aan het arbitragebeding, doch wat ons hier uiteraard het meest interesseert, is het oordeel van het hof van beroep omtrent de vraag naar de arbitreerbaarheid van het geschil in het raam van het Verdrag van New York van 10 juni 1958. *In casu* stelde het hof van beroep dat artikel 2.3 van het Verdrag van New York niet verwijst naar de *lex fori* maar wel naar de *lex contractus* voor de beoordeling van het arbitraal beding in verband met de bevoegdheid en dat de artikelen 5.1.a en 5.2.a van dat verdrag ook verwijzen naar de wet van de partijen zodat het duidelijk was dat het Verdrag van New York naar de *lex contractus* verwijst om na te gaan of het geschil al dan niet aan arbitrage kan worden onderworpen. Nu duidelijk bleek dat partijen de bedoeling hadden het geschil aan arbitrage te onderwerpen volgens Zwitserse wettelijke bepalingen diende de geldigheid van het arbitraal beding te worden beoordeeld door de *lex contractus*, zijnde Zwitsers recht en niet volgens de *lex fori*, zijnde het Belgisch recht. Vermits bijgevolg niet bleek dat het arbitraal beding niet geldig was volgens het Zwitserse recht, werd geoordeeld dat de eerste rechter zich ten onrechte bevoegd had verklaard om van het geschil kennis te nemen.

5. Voor het Hof van Cassatie voerde de Belgische concessiehouder twee middelen aan. In het eerste middel werd schending aangevoerd van de artikelen 2 en 5 van het Verdrag van New York van 10 juni 1958, goedgekeurd bij Wet van 5 juni 1975, en van artikel 149 van de Grondwet. Volgens eiseres in cassatie zou de *lex fori* die toepassing vindt ter beoordeling van de vatbaarheid voor arbitrage in het

¹ Doctor-assistent Universiteit Antwerpen. Referendaris bij het Hof van Cassatie. De auteur schrijft op persoonlijke titel.

kader van een procedure tot erkenning en tenuitvoerlegging, ook de arbitreerbaarheid bepalen in het kader van een exceptie van rechtsmacht. Alleen de *lex fori* zou immers bevoegd zijn om de rechtsmacht van de rechter af te bakenen en om de voorwaarden te bepalen waaronder deze rechtsmacht bij het voorliggen van een geldig arbitragebeding, uitzonderingen kent. Doordat de appèlrechters de beoordeling van de arbitreerbaarheid in het kader van een exceptie van rechtsmacht aan de *lex contractus* onderwerpen, zouden zij deze

bepalingen hebben geschonden. In het tweede middel – dat door het Hof, gelet op het antwoord op het eerste middel, niet meer werd onderzocht – werd ook nog schending aangevoerd van de artikelen 4 en 6 van de Wet van 27 juli 1961 betreffende de eenzijdige beëindiging van de voor onbepaalde tijd verleende concessies van alleenverkoop. Aan dit tweede middel besteden we hierna geen verdere aandacht meer.

B) DE RELEVANTE BEPALINGEN UIT HET VERDRAG VAN NEW YORK

6. Artikel 2.1 van het Verdrag van New York bepaalt dat iedere Verdragsluitende Staat de schriftelijke overeenkomst erkent waarbij partijen zich verbinden aan een uitspraak van scheidsmannen te onderwerpen alle of bepaalde geschillen welke tussen hen zijn gerezen of welke tussen hen zouden kunnen rijzen naar aanleiding van een bepaalde al dan niet contractuele rechtsbetrekking en betreffende een geschil dat vatbaar is voor arbitrage. Artikel 2.3 van hetzelfde Verdrag van New York bepaalt dat de rechter van een verdragsluitende Staat bij wie een geschil aanhangig wordt gemaakt over een onderwerp ten aanzien waarvan partijen een overeenkomst als bedoeld in dit artikel hebben aangegaan, de partijen op verzoek van een hunner naar arbitrage verwijst, tenzij hij constateert dat genoemde overeenkomst vervallen is, niet van kracht is of niet kan worden toegepast. Uit het feit dat artikel 2.3 het heeft over een onderwerp ten aanzien waarvan partijen “een overeenkomst als bedoeld in dit artikel hebben aangegaan”, volgt dat de arbitreerbaarheid van het geschil dat in artikel 2.1 wordt vereist, ook deel uitmaakt van de voorwaarden van artikel 2.3. De voorwaarde van de arbitreerbaarheid van het geschil is met andere woorden geïncorporeerd in artikel 2.3². Artikel 5.2.a bepaalt ten slotte dat de erkenning en tenuitvoerlegging van een scheidsrechtelijke uitspraak eveneens kan worden geweigerd, indien de bevoegde autoriteit van het land waar de erkenning en tenuitvoerlegging wordt verzocht, constateert dat het onder-

werp van het geschil volgens het recht van dat land niet vatbaar is voor beslissing door arbitrage.

7. Waar deze laatste bepaling, ten minste paragraaf 2.a van artikel 5 – de beoordeling van de arbitreerbaarheid van een geschil op het moment van de erkenning en tenuitvoerlegging uitdrukkelijk onderwerpt aan de *lex fori* – en dus niet aan de *lex contractus* zoals de appèlrechters stelden – rijst de vraag of diezelfde *lex fori* ook op grond van artikel 2.3 maatgevend is: dient de arbitreerbaarheid van het geschil bij de beoordeling van de bevoegdheid of rechtsmacht met andere woorden eveneens aan de *lex fori* te worden onderworpen, of is daarvoor de *lex contractus* – of desgevallend de *lex arbitrationis* – maatgevend? Zoals het Hof van Cassatie terecht opmerkt, wijst artikel 2.3 van het Verdrag van New York niet uitdrukkelijk de wet aan op grond waarvan moet worden bepaald of een geschil vatbaar is voor arbitrage. De inzet van de discussie is nochtans duidelijk en in de praktijk niet van belang ontdaan: acht men het immers uitgesloten dat de *lex fori* in het stadium van de beoordeling van de rechtsmacht tussenkomt, dan kan een welbepaalde rechtskeuze volstaan opdat arbitrage niets in de weg wordt gelegd, zoals uit bovenstaand feitenrelaas blijkt. In het andere geval behouden de overheidsrechtbanken zich nog een zekere controle voor.

C) VERDEELDHEID IN DE RECHTSPRAAK

8. Deze problematiek is reeds herhaalde malen aan de orde geweest in de rechtspraak en werd daar op uiteenlopende wijze beantwoord. In die zin is het goed dat het Hof van Cassatie thans de discussie heeft beslecht. Wellicht een meerderheid van de Belgische rechtspraak bleek te opteren

voor de *lex contractus* of de *lex arbitrationis*, al naar gelang men opteert voor de toepassing van de wet die op de hoofdovereenkomst van toepassing is of voor toepassing van de wet die de arbitrageovereenkomst beheerst³.

² Cf. A.J. VAN DEN BERG, *The New York Arbitration Convention of 1958: towards a uniform judicial interpretation*, Deventer, Kluwer, 1981, XV, 144.

³ Aldus o.m. Brussel 4 oktober 1985, *J.T.* 1986, 93, noot A. KOHL; Antwerpen 15 september 1997, *T.B.H.* 1998, 132 (weergave H. VAN HOUTTE); Luik 28 april 2003, *J.T.* 2003, 811, noot en *R.R.D.* 2003, 324; Kh. Brussel 10 december 1987, *T.B.H.* 1990, 791, noot P.M. LOUIS; Kh. Brussel 29 oktober 1991, *T.B.H.* 1993, 1118, noot A. NUYS; Kh. Leuven 24 maart 1992, *T.B.H.* 1993, 1131, noot; Kh. Brussel 5 oktober 1994, *J.T.* 1995, 344, noot B. HANOTIAU en *Revue de l'arbitrage* 1995, 311, noot B. HANOTIAU; Kh. Hasselt 24 december 1996, *T.B.H.* 1997, 270 (weergave H. VAN HOUTTE); Kh. Antwerpen 15 september 1997, *T.B.H.* 1998, 132; Kh. Leuven 14 september 1999, *R.W.* 1999-2000, 1302, noot M. NEUT; Kh. Gent 21 december 2000, *DAOR* 2001, 60, noot B. HANOTIAU. Impliciet ook in die zin, Kh. Luik 23 april 1980, *J.T.* 1982, 823, noot A. KOHL.

9. Andere rechtscolleges, waaronder buitenlandse hogere rechtscolleges, opteren ervoor de arbitreerbaarheid van het geschil door de *lex fori* te laten beoordelen⁴. In het licht van deze uiteenlopende rechtspraak, behoeft het dan ook geen verwondering dat terzake tevens de rechtsleer verdeeld is, zij

het dat blijkt dat auteurs die niet zelden zélf vertrouwd met arbitrage zijn, voor de *lex contractus*-benadering pleiten. Het moet gezegd dat naar ons oordeel elk van beide visies valabele argumenten naar voren brengt, zoals hierna uit een overzicht van beide standpunten blijkt.

D) ARGUMENTEN TEN VOORDELE VAN DE LEX CONTRACTUS

10. Inderdaad, *ten voordele van de lex contractus of de lex arbitrationis* – veelal hanteert men gelijkaardige argumenten voor elk van beide componenten – worden grosso modo volgende grote argumenten geformuleerd. In de eerste plaats wordt erop gewezen dat het verschil tussen de situatie van de erkenning en tenuitvoerlegging waarbij verwezen wordt naar de *lex fori* – zie artikel 5.2.a van het Verdrag van New York – en de situatie waarbij het gaat om de initiële afwijzing van de rechtsmacht zoals deze tot uiting komt in artikel 2.3 van het verdrag, logisch is omdat in dit laatste geval de beslissing geen aanleiding kan geven tot enige maatregel van erkenning of uitvoering; het is dan ook logisch dat men daarvoor naar de *lex contractus* kijkt⁵. Wanneer bovendien de arbitreerbaarheid een geldigheidsvoorwaarde van de arbitrageovereenkomst is, volgt ook daaruit dat zij aan de hand van die wet moet worden beoordeeld⁶.

11. Vervolgens zou het onderscheid met het stadium van de erkenning en tenuitvoerlegging waarbij wel naar de *lex fori* wordt gekeken, verzoenbaar zijn met het arrest van het Hof van Cassatie van 28 juni 1979⁷ waar het enkel over het stadium van de erkenning en tenuitvoerlegging ging⁸. Daarnaast werd evenwel óók geoordeeld dat deze oplossing conform is met het principe van de *favor arbitrandum*⁹. Dit principe wordt overigens ook ingeroepen om het conflict op te lossen tussen het Verdrag van New York dat in artikel 3 het

toepasselijke recht niet aanduidt en het – *in casu* niet-toepasselijke – Verdrag van Genève waar in artikel VI, 2, *in fine*, wél in de mogelijkheid is voorzien de geldigheid van de arbitrageovereenkomst niet te erkennen indien het geschil volgens de *lex fori* niet vatbaar is voor arbitrage. Dit conflict zou aan de hand van het *favor arbitrandum*-principe moeten worden opgelost in het voordeel van de *lex arbitrationis*¹⁰.

12. De voorkeur voor de *lex contractus* wordt ook nog geargumenteed door te verwijzen naar de voorbereidende werken van het Verdrag van New York: daaruit zou immers volgen dat de opstellers ervan de tussenkomst van het recht van het land van de uitvoering hebben willen beperken tot de vraag of een uitspraak al dan niet diende te worden uitgevoerd. Om die reden zou in artikel 2 iedere verwijzing naar het toepasselijk recht achterwege gelaten zijn¹¹ en werd een voorstel van de Duitse delegatie daartoe precies verworpen¹².

13. Er werd vervolgens óók op gewezen dat de nietigheid waarvan sprake in artikel 2.3 beoordeeld moet worden aan de hand van neutrale criteria op internationaal vlak; er is dan ook geen reden waarom dit anders zou zijn bij de beoordeling van de arbitreerbaarheid van artikel 2.1¹³. In het verlengde daarvan stelden sommigen tevens dat de beoordeling van de arbitreerbaarheid aan de hand van de *lex fori*, enkel

4. Zie o.m. het Italiaanse Corte di Cassazione 27 april 1979, *Riv. dir. int. priv. proc.* 1979, 565 en *Yearbook of Commercial Arbitration*, Vol. VI, 1981, 229; Bundesgerichtshof 15 juni 1987, *Yearbook of Commercial Arbitration*, Vol. XIX, 1994, 653; Supreme Court of New South Wales, Commercial Division, *Yearbook of Commercial Arbitration*, Vol. XXII, 1997, 609; Brussel 25 juni 1982, *T.B.H.* 1983, 66, noot N. WATTÉ; Kh. Brussel 13 september 1979, *J.T.* 1980, 374. Impliciet ook in die zin, Brussel 19 december 1986, in G. BOGAERT en P. MAEYAERT (ed.), *Distributierecht. Droit de la distribution. 1987-1992*, Antwerpen, Kluwer, 1994, 141. Vergelijk ook Luik 12 mei 1977, *J.T.* 1977, 710, noot G. KEUTGEN en M. HUYS; Kh. Brussel 1 april 1976, *J.T.* 1976, 664, noot G. BRICMONT en J.M. PHILIPS.

5. A. KOHL, noot onder Brussel 4 oktober 1985, *J.T.* 1986, 93.

6. Cf. M. HUYS en G. KEUTGEN, *L'arbitrage en droit belge et international*, Brussel, Bruylant, 1981, nr. 688; A. KOHL, noot onder Kh. Luik 23 april 1980, *J.T.* 1983, 257.

7. Het zogenaamde *Audi-NSU*-arrest: Cass. 28 juni 1979, *Arr. Cass.* 1978-79, 1303, *Pas.* 1979, I, 1260, met concl. Krings, *R.C.J.B.* 1981, 332, noot R. VANDER ELST en R. W. 1980-81, 539.

8. G. KEUTGEN en M. HUYS, "Chronique de jurisprudence. L'arbitrage (1982 à 1987)", *J.T.* 1988, (417) 419; A. KOHL, noot onder Kh. Luik 23 april 1980, *l.c.*, 257.

9. Kh. Brussel 5 oktober 1994, *J.T.* 1995, 344, noot B. HANOTIAU en *Revue de l'arbitrage* 1995, 311, noot B. HANOTIAU; B. HANOTIAU, "L'arbitrabilité des litiges en droit belge au regard de la pratique internationale", in *Mélanges Roger-O. Dalcq*, Brussel, Larcier, 1994, (269) 275.

10. B. HANOTIAU, "L'arbitrabilité et la *favor arbitrandum*: un réexamen", *Clunet* 1994, (899) 920; B. HANOTIAU, "L'arbitrabilité des litiges en droit belge au regard de la pratique internationale", *l.c.*, 276; B. HANOTIAU, noot onder Kh. Brussel 5 oktober 1994, *Revue de l'arbitrage* 1995, (317) 321; H. VAN HOUTTE, "L'arbitrabilité de la résiliation des concessions de vente exclusive", in *Mélanges offerts à Raymond Vander Elst*, Brussel, Nemesis, 1986, (821) 830-831. Zie daarover ook P.M. LOUIS, noot onder Kh. Brussel 10 december 1987, *T.B.H.* 1990, (795) 197-798.

11. Zie aldus B. HANOTIAU, "Arbitrage et concessions de vente", (noot onder Kh. Brussel 5 oktober 1994), *J.T.* 1995, (346) 347.

12. Cf. B. HANOTIAU, "L'arbitrabilité des litiges relatifs à la résiliation d'une concession exclusive de vente à durée indéterminée", (noot onder Internationale Kamer van Koophandel, nr. 6379 van 1990), *T.B.H.* 1993, (1146) 1150; B. HANOTIAU, "L'arbitrabilité et la *favor arbitrandum*: un réexamen", *l.c.*, 927; B. HANOTIAU, noot onder Kh. Brussel 5 oktober 1994, *l.c.*, 323.

13. Cf. H. VAN HOUTTE, *l.c.*, 832-833.

de *lex fori* aanbelangt en niet “internationaal” geïnspireerd is¹⁴. Een laatste argument ten slotte heeft te maken met de coherentie: waar de voorstanders van de *lex fori*-benadering dit standpunt verdedigen door onder meer te pleiten voor een coherentie met artikel 5.2 van het Verdrag van New York waarin ook is voorzien in tussenkomst van de *lex fori*¹⁵, menen de aanhangers van de *lex contractus*-benadering dat

die beoogde coherentie niet noodzakelijk zal worden bereikt. De rechtbank waarvoor een geding wordt ingeleid ondanks een arbitrageovereenkomst zal immers niet noodzakelijk in hetzelfde land zetelen waar de erkenning en tenuitvoerlegging dient plaats te grijpen. Dit laatste geldt nog des te meer wanneer de plaats van uitvoering nog niet bekend is¹⁶.

E) ARGUMENTEN TEN VOORDELE VAN DE LEX FORI

14. Ten voordele van de *lex fori* wordt inderdaad nogal eens een argument van coherentie gehanteerd. De interne consistentie van het Verdrag van New York zou dan vereisen dat de arbitreerbaarheid ook wordt onderzocht aan de hand van de *lex fori* in het geval van een exceptie van rechtsmacht¹⁷. Er zou dan ook geen enkele objectieve reden bestaan om – waar artikel 5.2 van het Verdrag van New York verwijst naar de *lex fori* voor de beoordeling van de arbitreerbaarheid bij de erkenning en tenuitvoerlegging – dit anders te beoordelen bij een exceptie van rechtsmacht¹⁸.

15. In het verlengde van dit argument, wordt ook het arrest van het Hof van Cassatie van 22 december 1988 ingeroepen¹⁹: het Hof zou in dat arrest immers impliciet deze stelling hebben aanvaard²⁰.

16. Voor deze strekking dient ook het principe van de *favor arbitrandum* dat de voorstanders van de *lex contractus*-benadering als argument gebruiken, het te ontgelden. Dit principe zou immers niet voldoende precies en volledig zijn om als een algemeen rechtsbeginsel te worden beschouwd

teneinde, in geval van een conflict tussen het Verdrag van New York en het Verdrag van Genève, te besluiten dat zou gekozen moeten worden voor de *lex contractus*²¹.

17. Een aantal auteurs wijzen er van hun kant op dat zich in werkelijkheid een gecombineerde toepassing van de *lex arbitrationis* en de *lex fori* opdringt. Vooreerst zou de rechter die met een arbitrageovereenkomst wordt geconfronteerd aan de hand van de wet die de arbiter zou moeten hebben toegepast, namelijk de autonomiewet in de zin van de *lex arbitrationis*, dienen na te gaan of deze overeenkomst wel rechtsmacht verleent aan deze arbiter, met andere woorden of deze wet het geschil arbitreerbaar acht. Daarbij wordt de arbitreerbaarheid van het geschil opgevat als een voorwaarde voor de totstandkoming van de arbitrageovereenkomst. Maar vervolgens moet de arbitrageovereenkomst eveneens de rechtsmacht van de geadieerde rechter kunnen uitsluiten. Enkel de Staat van wie de rechter zijn rechtsprekende bevoegdheid ontleent, kan dit doen. Dus moet die rechter ook nagaan of het geschil volgens zijn eigen recht – de *lex fori* dus – arbitreerbaar is²². Deze cumulatieve toepas-

14. Vergelijk F.E. KLEIN, *Considérations sur l'arbitrage en droit international privé*, Bazel, Helbing & Lichtenhahn, 1958, 258. In dezelfde zin: G. VAN HECKE en K. LENAERTS, *Internationaal privaatrecht*, in *A.P.R.*, Brussel, Story-Scientia, 1989, nr. 853.

15. Zie daarover ook *infra*.

16. B. HANOTIAU, “Arbitrage et concessions de vente”, *I.c.*, 347; B. HANOTIAU, “L’arbitrabilité des litiges relatifs à la résiliation d’une concession exclusive de vente à durée indéterminée”, *I.c.*, 1150; B. HANOTIAU, “L’arbitrabilité des litiges en droit belge au regard de la pratique internationale”, *I.c.*, 276; B. HANOTIAU, “L’arbitrabilité et la *favor arbitrandum*: un réexamen”, *I.c.*, 924; B. HANOTIAU, noot onder Kh. Brussel 5 oktober 1994, *I.c.*, 322.

17. Zie daarover o.m. A. NUYTS, “Le contrôle de l’arbitrabilité selon la loi du for dans les Conventions de New York et de Genève et les concessions de vente exclusive à durée indéterminée en Belgique”, (noot onder Kh. Brussel 29 oktober 1991), *T.B.H.* 1993, (1122) 1125; A. NUYTS, “La loi belge du 27 juillet 1961 relative à la résiliation unilatérale des concessions de vente exclusive à durée indéterminée et les conventions d’arbitrage”, *J.T.* 1993, (349) 355; B. DEMEULENAERE, “Arbitrabilité en het Belgisch Arbitragerecht. Anno 1998”, *T.P.R.* 1998, (645) 658. In dezelfde zin ook P. FOUCHARD, E. GAILLARD en B. GOLDMAN, *Traité de l’arbitrage commercial international*, Parijs, Litec, 1987, nr. 588, voetnoot 456.

18. B. DEMEULENAERE, “Arbitrabilité en het Belgisch Arbitragerecht. Anno 1998”, *I.c.*, 657; B. DEMEULENAERE, “Art. 1676, § 1, Ger. W.”, in *Gerechtelijk Recht. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Mechelen, Kluwer, losbl., 1999, nr. 24; F. RIGAUX en M. FALLON, *Droit international privé*, II, *Droit positif belge*, Brussel, Larcier, 1993, nr. 1415.

19. Cass. 22 december 1988 in G. BOGAERT en P. MAEYAERT (ed.), *Distributierecht. Droit de la distribution. 1987-1992*, Antwerpen, Kluwer, 1994, 145; dit arrest verscheen ook ten dele in *J.T.* 1989, 458, doch jammer genoeg niet het antwoord van het Hof op het middel waar de arbitreerbaarheid aan bod kwam.

20. Cf. A. NUYTS, “Le contrôle de l’arbitrabilité selon la loi du for dans les Conventions de New York et de Genève et les concessions de vente exclusive à durée indéterminée en Belgique”, *I.c.*, 1126; R. VANDER ELST, “Arbitrabilité et fraude à la loi en matière de concessions de vente exclusive”, (noot onder Cass. 22 december 1988), in G. BOGAERT en P. MAEYAERT (ed.), *Distributierecht. Droit de la distribution. 1987-1992*, Antwerpen, Kluwer, 1994, (151) 153.

21. Cf. A. NUYTS, *La concession de vente exclusive, l’agence commerciale et l’arbitrage*, Brussel, Bruylant, 1996, 43 e.v.; M. NEUT, “De beoordeling door de Belgische rechter, ten tijde van het opwerpen van een exceptie van onbevoegdheid, van de arbitreerbaarheid van een geschil inzake eenzijdige beëindiging van een alleenverkoopconcessie”, (noot onder Kh. Leuven 14 september 1999), *R.W.* 1999-2000, (1304) 1305.

22. E. LOQUIN, “Les illusions perdues du contrôle de l’arbitrabilité du litige international”, in *Justice et droits fondamentaux. Études offertes à Jacques Normand*, Parijs, Litec, 2003, (339) 340-341; P.E. PARTSCH, “L’arbitrabilité des litiges dans la Convention de New York”, *Act. dr.* 1992, (1259) 1270-1271.

sing van de *lex contractus* en de *lex fori* zou bovendien kostenbesparend en realistischer zijn²³. Mocht men immers niet aanvaarden dat de rechter bij een exceptie van rechtsmacht de arbitreerbaarheid beoordeelt aan de hand van de *lex fori*, zou men tot het contradictorische resultaat kunnen komen dat deze rechter desgevallend wel, meer bepaald in het kader van de erkenning en tenuitvoerlegging, de arbitreerbaarheid onderzoekt aan de hand van de *lex fori*²⁴.

18. En zo komen we uiteraard bij een argument van logica: het maken van een onderscheid tussen de exceptie van rechtsmacht en de fase van de erkenning en tenuitvoerlegging leidt immers tot het onlogische resultaat dat de Belgische rechter de rechtsmacht van arbiters erkent maar niet hun uitspraken²⁵. In het verlengde daarvan werd zelfs van rechtswegering gesproken indien men met name de beoordeling van de arbitreerbaarheid bij een exceptie van rechtsmacht zou laten afhangen van de *lex contractus* doch bij de erkenning en tenuitvoerlegging van de *lex fori*. Immers, de arbitrale sententie zou dan niet uitvoerbaar zijn in België wat met zich meebrengt dat dergelijke sententie in toepassing van een buitenlandse *lex contractus* in België zo goed als waardeloos zou zijn²⁶.

19. Er wordt door Partsch ook verwezen naar de achterliggende idee die aan artikel 5.2 van het Verdrag van New York ten grondslag ligt om de *lex fori*-benadering te verdedigen: de controle van de arbitreerbaarheid op grond van het recht van de betrokken Staat, is immers ingegeven door de zorg van die Staat dat gedeelte van de rechtsmacht van zijn rechtscolleges intact te laten dat als essentieel wordt beschouwd; de eventualiteit van de tenuitvoerlegging van de sententie speelt in dat verband eigenlijk geen rol. Deze zorg om de rechtsmacht van de eigen rechtscolleges te bewaren of intact te houden is nu uiteraard evenzeer aanwezig bij de beoordeling van een exceptie van rechtsmacht. De arbitrageovereenkomst zélf kan de rechter immers niet verplichten om zich onbevoegd te verklaren. Dit laatste kan enkel als gevolg van een bevel uitgaande van de Staat zelf²⁷. Men moet volgens deze auteur met andere woorden een onderscheid maken tussen de geldigheid van de arbitrageovereenkomst op zich en de erkenning ervan in het land van de rechter: erkenning ervan is immers maar mogelijk indien de *lex fori* toelaat door middel van een arbitrageovereenkomst een geschil te onttrekken aan de rechtsmacht van de forale rechter. Deze over-

wegingen die aan de basis liggen van artikel 5.2 van het Verdrag van New York zijn dan nog veel prominenter aanwezig bij de exceptie van onbevoegdheid. “*La reconnaissance de la convention d’arbitrage dépouille un juge déjà saisi de son pouvoir de juger, au lieu que la reconnaissance de la sentence arbitrale ne porte généralement atteinte qu’à la vocation abstraite de l’ensemble des juridictions de l’État requis à connaître du litige. Aucune d’elles n’est déjà saisie du litige. Il n’est fait exception à cette règle que lorsqu’une des parties, mécontente de la sentence, saisit un juge étatique et que le bénéficiaire de la sentence conteste la juridiction de ce juge en demandant la reconnaissance de la sentence. L’abdication du pouvoir juridictionnel est donc, en général, plus sensible au stade du déclinatoire de juridiction qu’à celui de l’accueil d’une sentence étrangère. Ensuite, au stade de la reconnaissance de la convention d’arbitrage, une sentence n’a pas encore été rendue à l’étranger. Il n’est pas demandé à l’État de consacrer simplement une situation internationale qui s’est constituée hors de ses frontières, mais de collaborer au développement d’une situation juridique qu’il réprouve – le recours à l’arbitrage pour certains types de litiges – en obligeant une de ses juridictions à se dessaisir, alors que par le fait même de sa saisine, celle-ci est en mesure de régler le litige conformément aux conceptions de cet État! En l’absence d’une sentence étrangère, il n’y a pas de raison à ce que l’État dont un juge est saisi renonce à régir la situation selon ses conceptions*”²⁸. In die zin bestaat er geen reden om eraan te twijfelen dat deze oplossing conform het Verdrag van New York is²⁹.

20. Er zouden verder ook een aantal (wets)historische argumenten bestaan ter ondersteuning van deze strekking. Zo zou de verwijzing naar de *lex fori* ook volgen uit de voorloper van het Verdrag van New York, met name het Protocol van Genève van 24 september 1923³⁰. Bovendien zou het verwonderlijk zijn dat de Staten die het Verdrag van New York hebben opgesteld, afstand zouden hebben gedaan van een controle volgens de *lex fori*, terwijl ze dat in latere verdragen – men denke aan artikel VI.2.c van het Verdrag van Genève van 1961 – niet hebben gedaan³¹. En verder zou ook uit de voorbereidende werken van het Verdrag van New York volgen dat de arbitreerbaarheid van een geschil dient te worden beoordeeld aan de hand van het recht van de Staat waar de gevolgen van de arbitrageclausule worden gevorderd³².

²³ Cf. M. NEUT, *l.c.*, 1307; P.E. PARTSCH, *l.c.*, 1272.

²⁴ Zie P.E. PARTSCH, *l.c.*, 1272.

²⁵ Cf. M. NEUT, *l.c.*, 1306; A. NUYS, “La loi belge du 27 juillet 1961 relative à la résiliation unilatérale des concessions de vente exclusive à durée indéterminée et les conventions d’arbitrage”, *l.c.*, 354.

²⁶ B. DEMEULENAERE, “Arbitrabiliteit in het Belgisch Arbitragerecht. Anno 1998”, *l.c.*, 658; B. DEMEULENAERE, “Art. 1676, § 1, Ger.W.”, *l.c.*, nr. 24.

²⁷ P.E. PARTSCH, *l.c.*, 1265-1266.

²⁸ P.E. PARTSCH, *l.c.*, 1267-1268, voetnoot nr. 45.

²⁹ Cf. G. BRICMONT en J.M. PHILIPS, noot onder Kh. Brussel 1 april 1976, *J.T.* 1976, (665) 665; M. WILLEMART, *Les concessions de vente en Belgique. Eléments de droit positif, de doctrine et de jurisprudence*, Brussel, Story-Scientia, 127.

³⁰ P.E. PARTSCH, *l.c.*, 1269.

³¹ P.E. PARTSCH, *l.c.*, 1272.

³² Kh. Brussel 7 mei 1984, zoals aangehaald door H. VAN HOUTTE, *l.c.*, 828.

21. Ten slotte wordt ten voordele van de *lex fori*-strekking ook gesteld dat de het accepteren van de andere stelling er zou op neer komen dat men aan partijen indirect de mogelijkheid biedt te oordelen – zulks door de keuze van de *lex arbitrationis* – of het geschil al dan niet de collectiviteit aan-

belangt. Deze overweging treft dan nog des te meer wanneer men onthoudt dat het Verdrag van New York óók zou kunnen spelen in zaken van staat van personen of in arbeidsrechtelijke aangelegenheden³³.

F) EERDERE CASSATIERSPRAAK

22. Het moet inderdaad gezegd worden dat de beperkte rechtspraak van het Hof van Cassatie met betrekking tot deze materie toch toelaat een tendens ten voordele van de *lex fori*-benadering te ontwaren. Er is inderdaad in eerste instantie het reeds aangehaalde arrest van 28 juni 1979. In dat arrest werd immers beslist dat voor de erkenning van de buitenlandse scheidsrechterlijke uitspraken door de Belgische rechter, in principe, als voorwaarde geldt dat, volgens de Belgische wet, het geschil door arbitrage kan worden beslecht *en dus aan de rechtsmacht van de rechtbanken kan worden onttrokken*³⁴. In het eveneens reeds aangehaalde arrest van 22 december 1988 besliste het Hof van Cassatie dan dat het hof van beroep zich terecht bevoegd verklaarde,

in geval van een alleenverkoopovereenkomst die een arbitrageclausule bevatte waarin werd voorzien dat alle geschillen voortvloeiend uit de uitvoering van de overeenkomst zouden beslecht worden door arbitrage in het kader van het CCI in Parijs. Nu het hof van beroep had vastgesteld dat de arbiters niet verplicht waren Belgisch recht toe te passen, kon het rechtsgeldig beslissen dat het geschil niet arbitreerbaar was. Zoals reeds bleek, is Vander Elst van oordeel dat het Hof van Cassatie met dit laatste arrest heeft beslist dat de regel van de beoordeling van de arbitreerbaarheid in het stadium van de erkenning en tenuitvoerlegging aan de hand van de *lex fori*, wordt uitgebreid tot het stadium van de initiële beoordeling van de rechtsmacht³⁵.

G) HET ARREST VAN 15 OKTOBER 2004

23. Geconfronteerd met deze diverse valabele argumenten in het voordeel van beide stellingen diende het Hof van Cassatie nu eenmaal een keuze te maken. Het Hof stelt vast dat de in artikel 2.3 van het Verdrag van New York opgenomen verplichting om partijen te verwijzen naar arbitrage, alleen geldt voor geschillen die vatbaar zijn voor arbitrage doch dat diezelfde bepaling niet uitdrukkelijk de wet aanwijst op grond waarvan moet worden bepaald of een geschil vatbaar is voor arbitrage. Vervolgens beslist het Hof – en hierin ligt uiteraard de keuze voor de *lex fori*-benadering besloten – dat artikel 2.3 toelaat dat de rechter aan wie die vraag wordt opgeworpen, de vraag aan zijn rechtsstelsel toetst en zodoende de grenzen bepaalt waarin private rechtspraak over bepaalde materies bestaanbaar is met de wettelijke orde om te besluiten met het oordeel dat, wanneer het arbitragebeding volgens de wil van de partijen onderworpen is aan een vreemde wet, de overheidsrechter aan wie een exceptie van rechtsmacht wordt opgeworpen, de arbitreerbaarheid mag uitsluiten wanneer hierdoor de openbare orde van zijn rechtsstelsel wordt aangetast. Door *a priori* uit te sluiten dat de rechter de *lex fori* in zijn beoordeling zou betrekken, hadden de *appèlrechter*s derhalve de aangeduide verdragsbepalingen geschonden.

24. Het komt me voor dat de keuze die het Hof maakt voor de *lex fori*-benadering, zonder meer goedkeuring verdient. Uit de verschillende redenen die weer te vinden zijn in de rechtsliteratuur en waarvan hierboven de belangrijkste werden weergegeven, lijken er me in alle geval drie doorslaggevend te zijn. Inderdaad, in *eerste instantie* is de stelling van onder meer Partsch zonder meer plausibel. Het is immers correct dat de vraag naar de mogelijkheid van een rechter om zijn rechtsmacht af te wijzen wanneer hij geconfronteerd wordt met een exceptie van rechtsmacht gegrond op een arbitrageovereenkomst, in eerste instantie afhangt van het recht van het land van de rechter. Vermits een rechter op grond van het recht van dat land rechtsmacht ontleent, is het zonder meer logisch dat de mogelijkheid om deze rechtsmacht af te wijzen, afhangt van het recht van dát land, met andere woorden van de *lex fori*. Het komt immers de *lex fori* toe de rechtsmacht van de rechtscolleges te bepalen. Dat de arbiter de arbitreerbaarheid van het geschil onderzoekt aan de hand van de *lex arbitrationis* is dan ook evenzeer logisch, doch dit dient naar mijn oordeel niet uit te sluiten dat de (overheids)rechter aan wie een geschil wordt voorgelegd de arbitreerbaarheid dient te onderzoeken aan de hand van de *lex fori*, meer bepaald om te besluiten of hij zijn rechtsmacht al dan niet dient af te wijzen. In *tweede instantie* vindt de door het Hof in dit geannoteerde arrest genomen beslissing

³³. P.E. PARTSCH, *l.c.*, 1272-1273.

³⁴. Cursivering zelf aangebracht.

³⁵. R. VANDER ELST, *l.c.*, 153. Zie *supra* voetnoot 20.

steun in het eerdere arrest van 28 juni 1979. Daarin werd immers gesteld dat “voor de erkenning van de buitenlandse scheidsrechterlijke uitspraken door de Belgische rechter, in principe, als voorwaarde geldt dat, volgens de Belgische wet, het geschil door arbitrage kan worden beslecht en dus aan de rechtsmacht van de Belgische rechtbanken kan worden onttrokken”. Het lijkt er met andere woorden op dat men precies voor toepassing van Belgisch recht opteert omdat aan de hand van het Belgische recht moet worden nagegaan of een geschil aan de rechtsmacht van de Belgische rechter kan worden onttrokken. Indien de vraag naar de arbitreerbaarheid evenwel ter sprake komt naar aanleiding van een exceptie van rechtsmacht, is er dan naar mijn oordeel ook géén reden om de vraag naar de arbitreerbaarheid – en dus ook naar de mogelijkheid voor de rechtbanken om hun rechtsmacht af te wijzen – ook niet te laten beantwoorden aan de hand van dezelfde (Belgische) wet. De *lex fori*-bena-

dering dringt zich dan ook op dat niveau op. Men mag immers ook niet vergeten dat de regels van de volstrekte bevoegdheid de openbare orde raken³⁶ zodat het logisch is dat het Hof van Cassatie in het geannoteerde arrest uitdrukkelijk ruimte laat voor een controle door de forale rechter indien de openbare orde van zijn rechtsstelsel zou zijn aangetast. *Ten slotte*, is er ook het eenvoudige tekstuele argument, met name dat, indien de arbitreerbaarheid van het geschil zoals bepaald in artikel 2.1 aan de hand van de autononiewet zou moeten worden beoordeeld, deze voorwaarde ook zou vermeld zijn in artikel 2.3. In vergelijkbare zin dwingt het argument van de coherentie er eveneens toe te opteren voor een zelfde benadering als bij artikel 5.2³⁷. Door dit geannoteerd arrest blijft het Hof bovendien ook in de lijn van zijn arrest van 22 december 1988. Ook om die reden verdient het geannoteerde arrest instemming.

Note

L'arbitrabilité des litiges en matière de résiliation de concessions de vente soumises à la loi du 27 juillet 1961: fin de la controverse?

Pascal Hollander³⁸

1. L'arrêt que vient de prononcer la Cour de cassation, le 15 octobre 2004, était attendu de longue date par tous les praticiens du droit de la distribution commerciale. Il devait en effet, espérait-on, clarifier une situation confuse qui durait depuis près de 20 ans et qui était un facteur fâcheux d'insécurité juridique.

La récente décision rendue par la Cour de cassation tranche clairement l'épineuse question de la loi au regard de laquelle doit être apprécié un déclinatoire de juridiction soulevé en raison de l'existence d'une clause compromissoire. La Cour de cassation se prononce expressément pour la prise en compte de la *lex fori*, c'est-à-dire de la loi du juge saisi du déclinatoire (par opposition à la *lex contractus*, soit la loi applicable au fond du contrat, telle que choisie par les parties). Elle met donc ainsi un terme à une longue controverse.

Cependant, toute insécurité juridique n'a pas disparu. Les termes de l'arrêt commenté, non dénués d'une certaine ambiguïté, amènent en effet à s'interroger sur l'amorce éventuelle d'un revirement de la jurisprudence de la cour quant à l'arbitrabilité des litiges relatifs à des questions entrant dans le champ d'application de la loi du 27 juillet 1961 sur la résiliation des concessions de vente exclusive à durée indéterminée. Une grande prudence reste cependant de mise à ce sujet.

Après avoir brièvement rappelé les termes de la controverse, nous analyserons la décision de la Cour de cassation et tenterons d'esquisser les conséquences pratiques qu'elle devrait avoir dans le domaine des contrats de concession de vente exclusive.

I. RAPPEL DES TERMES DE LA CONTROVERSE

2. L'article 4 de la loi du 27 juillet 1961 relative à la résiliation des concessions de vente exclusive à durée indéterminée prévoit que le concessionnaire lésé à l'occasion de la résiliation d'une concession (soumise à la loi) produisant ses

effets dans tout ou partie du territoire belge, peut en tout cas assigner son concédant en Belgique, soit devant le juge de son propre domicile, soit devant le juge du domicile ou du siège du concédant. La même disposition prévoit l'obliga-

³⁶ Cf. Cass. 2 avril 2001, *Soc. Kron*, 2002, 324, noot; A. FETTWEIS, *Bevoegdheid*, Antwerpen, Standaard, 1971, nr. 5.

³⁷ Zoals ook het Italiaanse Corte di Cassazione heeft beslist. Zie *supra* voetnoot 4.

³⁸ Avocat, Hanotiau & van den Berg, Bruxelles. Les vues exposées sont celles de l'auteur.