

être considérée comme fautive au même titre que la tierce complicité ‘directe’, comme l’a relevé la cour d’appel. Peut-être l’arrêt n’aurait-il pas été cassé si la cour d’appel s’était bornée à qualifier le même comportement de la société KTC comme une faute extracontractuelle, sans évoquer expressément la ‘tierce complicité’. Exclure a priori la responsabilité d’un tiers ayant participé à la violation d’un contrat en raison de son lien éloigné ou indirect avec le contrat violé nous semblerait excessif.

O.V.B.

Hof van Cassatie 5 april 2012

Zaak: C.11.0430.N, www.juridat.be

ARBITRAGE

Handelsagentuur

ARBITRAGE

Agence commerciale

Het Hof van Cassatie herbevestigde eerder al in zijn arrest van 3 november 2011 dat een rechter arbitrage kan uitsluiten wanneer het recht dat partijen gekozen hebben voor hun handelsagentuurovereenkomst geen gelijkaardige bescherming biedt als de wet van 2 juni 1995 (zie *TBH* 2012, 2012/5, p. 527). In die zaak hadden partijen gekozen voor het recht van Québec.

In het arrest van 5 april 2012 komt opnieuw quasi dezelfde vraag aan de orde. Ditmaal hadden partijen echter gekozen voor het Bulgaars recht, in combinatie met arbitrage door de Arbitragekamer bij de Bulgaarse kamer van koophandel en industrie te Sofia. Wat handelsagentuur betreft, is het Bulgaars recht – net zoals het Belgisch recht – een omzetting van de Europese richtlijn 86/653/EEG.

Het hof van beroep oordeelde dat het Bulgaars recht aan de agent de minimale bescherming biedt van deze richtlijn. Daarom zou de vaststelling dat het Bulgaars recht de agent niet volledig dezelfde bescherming biedt als de Belgische wet irrelevant zijn.

De eiser vocht deze beslissing aan. Ten eerste zouden niet enkel de minimale bepalingen van de EU-richtlijn behoren tot de regels van Belgisch dwingend recht. Hetzelfde zou ook gelden voor andere artikelen van de Belgische wet, ook in zoverre zij een ruimere bescherming bieden dan de richtlijn. Door anders te oordelen zou het hof van beroep de Belgische wet en artikel 7 van het Verdrag van Rome van 19 juni 1980 (het zogenaamde ‘EVO’) geschonden hebben. Dit zou verder een inbreuk zijn op het Verdrag van New York, nu dit laatste de rechter toelaat om de arbitrageovereenkomst te toetsen aan zijn eigen dwingend recht.

Het Hof van Cassatie bouwt in navolging van de conclusie van advocaat-generaal Dubrulle zijn redenering in stappen op.

Ten eerste herhaalt het Hof dat artikel 2 van het Verdrag van New York niet uitsluit dat de rechter die gevat wordt voor een geschil betreffende een contract dat door de wil van de partijen onderworpen is aan een vreemde wet, de toepassing van een overeenkomstig die vreemde wet geldig arbitragebeding afwijst. Het Hof voegt daaraan toe dat een dergelijke afwijzing slechts kan gebeuren op grond van een rechtsregel uit de *lex fori* die het voorwerp van het geschil op zich niet vatbaar acht voor arbitrage.

Vervolgens citeert het Hof de artikelen 18, 20 en 21 van de Belgische wet op de handelsagentuur en stelt dat deze artikelen als bepalingen van dwingend recht dienen te worden aanzien “en dit omwille van het dwingend karakter van de richtlijn” die ze omzetten. Uit artikel 27 van de wet, dat bepaalt dat de activiteit van een handelsagent met hoofdvestiging in België onderworpen is aan de Belgische wet en behoort tot de bevoegdheid van de Belgische rechtbanken, besluit het Hof dat het de bedoeling is de Belgische handelsagent de bescherming te bieden van de dwingende bepalingen van de Belgische wet, ongeacht het op de overeenkomst toepasselijk recht.

Vraag is dan hoe de confrontatie tussen de keuze voor het recht van een andere Europese lidstaat zich verhoudt tot de toepassing van het dwingend recht. Het Hof verwijst ter zake naar de artikelen 3 (rechtskeuze) en 7.2 (dwingend recht) van het EVO en komt tot het besluit dat in deze context enkel het Hof van Justitie bevoegd is deze verdragsbepalingen uit te leggen.

Zoals advocaat-generaal Dubrulle het terecht verwoordt, is de kernvraag of indien de wet van een EU-lidstaat die de omzetting is van een Europese richtlijn, welke de mogelijkheid biedt om een verdergaande bescherming te garanderen dan het minimum van de richtlijn, deze verdergaande (dwingende) bescherming in toepassing van artikel 7.2 EVO kan worden doorgezet tegen het gekozen recht van een andere EU-lidstaat in.

Vooralsnog was er geen eenduidig antwoord in rechtspraak en rechtsleer (zie het overzicht van advocaat-generaal Dubrulle).

Het Hof van Cassatie formuleert de prejudiciële vraag als volgt:

“Moeten, mede in acht genomen de kwalificatie naar Belgisch recht van de in het geding zijnde artikelen 18, 20 en 21 van de wet van 13 april 1995 betreffende de handelsagentuurovereenkomst als bepalingen van bijzonder dwingend recht in de zin van artikel 7.2 EVO, de artikelen 3 en 7.2 EVO, al dan niet in samenhang gelezen met richtlijn 86/653/EEG van de Raad van 18 december 1986 inzake de coördinatie van de wetgevingen in de lidstaten inzake zelfstandige handelsagenten, aldus worden uitgelegd dat zij toelaten dat de bepalingen van bijzonder dwingend recht van het land van de rechter die een ruimere bescherming bieden dan het door richtlijn 86/653/

EEG opgelegde minimum, worden toegepast op de overeenkomst, ook indien blijkt dat het op de overeenkomst toepasselijk recht het recht van een andere EU-lidstaat is waarin tevens de minimumbescherming die geboden wordt door voormelde richtlijn 86/653/EEG werd geïmplementeerd?"

De Belgische (en internationale) arbitragegemeenschap wacht het antwoord alvast in spanning af.

K.C.

2. BANKRECHT EN FINANCIËL RECHT/DROIT BANCAIRE ET FINANCIER

Régine Feltkamp²

Wetgeving/Législation

Wet van 3 augustus 2012 tot invoering van een wetelijke regeling voor Belgische covered bonds (BS 24 augustus 2012, inwerkingtreding 3 september 2012)

BANK- EN KREDIETWEZEN

Toezicht op de kredietinstelling – Algemeen – Herfinanciering – Belgische covered bonds – Dekkingswaarden – Bijzonder vermogen – Faillissement – Liquidatieprocedure

BANQUE ET CREDIT

Contrôle des établissements de crédit – Généralités – Refinancement – Covered bonds belge – Actifs de couverture – Patrimoine spécial – Faillite – Procédure de liquidation

Teneinde de herfinancieringsmogelijkheden van kredietinstellingen te verbeteren, heeft de wetgever middels de voormelde wet van 3 augustus 2012 een regeling ingevoerd voor de uitgifte van zogeheten Belgische 'covered bonds'. Het gaat om schuldinstrumenten die enkel uitgegeven kunnen worden door kredietinstellingen en die gedekt worden door bepaalde activa ('dekkingswaarden') die krachtens de wet, onder welbepaalde voorwaarden, als een afgescheiden bijzonder vermogen beschouwd worden, zonder dat deze activa evenwel in een afzonderlijke rechtspersoon worden ondergebracht. Anders dan bij effectiseringsoperaties blijven de betrokken activa in het vermogen van de uitgevende kredietinstelling, maar zij zullen, in afwijking van het bepaalde in de artikelen 7 en 8 van de Hyp.W., exclusief dienen als onderpand voor de houders van de covered bonds, die zich daarnaast ook nog kunnen verhalen op het algemeen vermogen van de betrokken kredietinstelling.

De regeling die via een hoofdstuk VIII in de wet van 22 maart 1993 op het statuut en toezicht op de kredietinstellingen wordt ingevoerd, behoudt de uitgifte van

Belgische covered bonds voor aan kredietinstellingen naar Belgisch recht en bepaalt o.m. het volgende:

1. de onderwerping van de uitgifte aan de voorafgaande toestemming van de Nationale Bank van België; deze toestemming heeft betrekking op enerzijds de organisatorische capaciteit van de kredietinstelling in het algemeen om Belgische covered bonds uit te geven en anderzijds meer specifiek op de conformiteit van elke uitgifte zelf met de wettelijke bepalingen;
2. de procedure om de algemene toestemming van de Nationale Bank van België te verkrijgen waarbij o.a. wordt voorzien in de overmaking van een dossier met informatie over de organisatorische capaciteit. De wet legt de minimuminhoud van het dossier vast en de voorwaarden waaronder de toestemming kan worden verleend. Zo zal een kredietinstelling o.a. maar de toelating krijgen indien zij kan bewijzen dat zij voldoende solvabel is om de belangen van andere schuldeisers dan houders van Belgische covered bonds te vrijwaren;
3. de procedure om de toestemming van de Nationale Bank van België te verkrijgen voor een welbepaalde uitgifte. Ook hier wordt voorzien in de vereiste van overmaking van een dossier met informatie over de uitgifte en het uitgifteprogramma en in het bijzonder over de kwaliteit van de waarden waardoor de covered bonds gedekt zijn. De wet legt vast waarop deze informatie minstens betrekking moet hebben en geeft aan de Nationale Bank van België de bevoegdheid om te bepalen welke informatie moet worden verstrekt;
4. de voorwaarden inzake de samenstelling van de dekkingswaarden. Zo bepaalt de wet dat de dekkingswaarden gedurende de looptijd voldoende dekking moeten bieden om te kunnen voorzien in de aflossing van de hoofdsom en de betaling van de interesten met betrekking tot de covered bond. Tevens is bepaald dat de obligaties door een van de volgende waarden moeten zijn gedekt: a) hypothecaire schuldvorderingen, b) schuldvorderingen op of gewaarborgd of verzekerd door publieke instellingen, c) deelbewijzen uitgegeven door effectiseringsinstellingen die risicoposities effectiseren op activa die hoofdzakelijk zijn samengesteld uit de elementen bedoeld in a) en/of b), d) schuldvorderingen op kredietinstellingen met inbegrip van de bedragen die bij deze kredietinstellingen of door de uitgevende kredietinstelling worden aangehouden, of e) posities die voortvloeien uit één of meer dekkingsinstrumenten die met een of meer dekkingswaarden of met de betrokken Belgische covered bonds zijn verbonden. Aan de Koning is de bevoegdheid gegeven om de verdere voorwaarden te bepalen waaraan de dekkingsvoorwaarden moeten voldoen;

² Docent VUB, advocaat te Brussel.