

ROYAUME DE BELGIQUE

KONINKRIJK BELGIE

AVIS DU CONSEIL D'ETAT

ADVIES VAN DE RAAD VAN STATE

Le CONSEIL D'ETAT, section de législation, deuxième chambre, saisi par le Ministre de la Justice, le 10 mars 1997, d'une demande d'avis sur un projet de loi "modifiant les dispositions du Code judiciaire relatives à l'arbitrage", a donné le 29 septembre 1997 l'avis suivant :

De RAAD VAN STATE, afdeling wetgeving, tweede kamer, op 10 maart 1997 door de Minister van Justitie verzocht hem van advies te dienen over een ontwerp van wet "tot wijziging van de bepalingen van het Gerechtelijk Wetboek betreffende de arbitrage", heeft op 29 september 1997 het volgende advies gegeven :

Observation générale

Les articles 2, 5, 10 et 14 du projet doivent être envisagés ensemble car, outre l'objet particulier et immédiat de chacun, ils concernent tous, de plus ou moins près, la question essentielle de savoir dans quelle mesure les règles de l'ordre juridique belge s'imposent à une procédure arbitrale et à la sentence qui la clot.

Cette question est actuellement réglée par l'article 1717 du Code judiciaire. Ce texte désigne, en effet, le tribunal compétent "en vue de l'application de la sixième partie du code". En précisant de la sorte les règles que devra appliquer le tribunal compétent, ce texte indique la volonté de faire dépendre le domaine d'application des règles belges sur l'arbitrage de la compétence judiciaire belge. La compétence judiciaire et la compétence législative sont réunies. C'est d'ailleurs bien la portée que les auteurs du projet attribuent aux règles de l'article 1717 puisque c'est par une modification à l'alinéa 4 de cet article (article 14 du projet) qu'ils envisagent de permettre à certaines parties à un arbitrage de réduire la mesure dans laquelle elles sont soumises à la loi belge.

Selon cet article 1717, la compétence judiciaire dépend, en premier lieu, de la "convention d'arbitrage" ou d'une convention ultérieure par laquelle les parties soumettent expressément l'arbitrage dont elles conviennent, à tel tribunal étatique qu'elles désignent. A défaut d'une telle désignation dans la convention d'arbitrage ou une convention ultérieure, le lieu de l'arbitrage sert de

.../...

critère de compétence (article 1717.2, première phrase). L'article 1717.2, deuxième phrase, envisage encore, et enfin, le cas où ce lieu n'aurait pas été fixé, il dispose que la compétence appartient alors au tribunal dans l'arrondissement duquel se trouve la juridiction qui eût pu connaître du litige s'il n'avait pas été soumis à l'arbitrage.

Une règle plus contraignante est portée par l'article 630, alinéa 2, du Code judiciaire, lorsque la matière du litige est de celles à propos desquelles les parties ne disposent pas de la liberté de fixer elles-mêmes la compétence judiciaire avant tout litige, par une convention d'élection de for (article 630, alinéa 1er). Dans ces cas, les parties peuvent s'engager à soumettre à l'arbitrage leurs contestations, mais le tribunal arbitral doit, aux termes de l'alinéa 2 de cet article 630, siéger dans les limites territoriales du tribunal (étatique) qui serait compétent. Ce n'est que postérieurement à la naissance du litige, que les parties retrouvent la liberté de fixer elles-mêmes la compétence du tribunal.

On voit ainsi que le lieu de l'arbitrage n'est pas le seul critère de la compétence judiciaire et que la règle faisant dépendre la compétence judiciaire du lieu de l'arbitrage s'insère dans un système de règles qui régissent cette compétence. C'est pourquoi il est nécessaire que les règles sur la détermination du lieu soient arrêtées de telle sorte que l'harmonie subsiste entre les règles faisant dépendre la compétence du lieu de l'arbitrage et celles qui déterminent la compétence indépendamment de ce lieu.

.../...

Pour réaliser cette harmonie, le projet abroge l'article 630, alinéa 2, du Code judiciaire (article 2 du projet) et l'article 1717.3 qui en constitue le rappel (article 14 du projet). Il laisse toutefois subsister l'article 1717.1 et 2 alors que l'article 1693 en projet en ébranle gravement la cohérence.

Cette incohérence est provoquée par la règle du projet selon laquelle "si le lieu de l'arbitrage n'a pas été déterminé par les parties ou par les arbitres, le lieu du prononcé vaut comme lieu de l'arbitrage".

Par le fait d'une règle semblable, les arbitres disposent de la liberté de ne pas fixer le lieu de l'arbitrage; une telle liberté ne permet plus de procurer au système de l'article 1717.1 et 2, en particulier l'alinéa 2, deuxième phrase, une exacte application. Certes, ce texte envisage déjà le cas où le lieu n'a pas été fixé, et détermine même pour ce cas une compétence subsidiaire. Il n'en reste pas moins que cette règle subsidiaire a été écrite pour se combiner avec l'article 1693 qui, dans sa version actuelle, fait un devoir aux arbitres de fixer le lieu. Il y est écrit, en effet, que "la détermination (du lieu) incombe aux arbitres", ceux-ci doivent donc le faire. Le cas envisagé par l'article 1717.2 est donc seulement celui où les arbitres n'auraient pas encore pu fixer le lieu, parce que le tribunal arbitral n'a pas encore pu régulièrement fonctionner.

L'article 1717.2 est donc inconciliable avec la règle de l'article 1693.1 en projet qui confère aux arbitres

.../...

la liberté d'accomplir toute leur mission sans arrêter le lieu de l'arbitrage et de ne le fixer finalement qu'indirectement et implicitement, au moment de la sentence, par la déclaration du lieu où ils la prononcent.

Cette liberté laissée aux arbitres n'est d'ailleurs possible que parce que l'article 1693.2 en projet précise que la fixation du lieu n'empêche pas, sauf convention contraire, le tribunal arbitral de siéger où bon lui semble. Cette précision entraîne que le lieu de l'arbitrage dont il est question à l'article 1693 en projet n'est pas, - en tout cas n'est pas nécessairement -, un lieu réel où se dérouleront effectivement les opérations de l'arbitrage. Ainsi entendu, le lieu de l'arbitrage n'est plus qu'un lieu en quelque sorte juridique; le terme de "lieu" devient seulement, comme il est fréquent, une expression imagée, une métaphore pour signifier la dépendance entre un arbitrage et l'ordre juridique de l'Etat.

Des arbitres ne peuvent modifier rétrospectivement une compétence judiciaire et législative et ainsi faire échapper à l'ordre juridique belge un arbitrage qui, pendant tout le temps où il se déroulait effectivement, s'est trouvé soumis à la juridiction et aux lois belges par le seul effet de la règle selon laquelle si le lieu de l'arbitrage n'a pas été fixé par les parties ou le tribunal arbitral, la compétence appartient au tribunal dans l'arrondissement duquel se trouve la juridiction qui eût pu connaître du litige s'il n'avait pas été soumis à l'arbitrage.

La modification envisagée par l'article 10 du projet consistant à supprimer la mention dans la sentence du

.../...

lieu où elle est rendue est sans portée sur la critique faite ci-dessus. Les mentions requises par l'article 1701.5 ne sont, en effet, pas imposées à peine de nullité et ne sont requises qu'ad probationem; d'autres moyens de preuve pourraient suppléer à leur absence.

Les textes en projet doivent être revus pour être rendus conciliables avec l'article 1717.1 et 2.

Observations particulières

Article 1er

Cette disposition soumet l'avant-projet de loi à la procédure bicamérale incomplète consacrée à l'article 78 de la Constitution. Toutefois, l'article 11 du projet insère un article 1702bis dans le Code judiciaire dont le paragraphe 5 touche aux compétences du président du tribunal de première instance. Conformément à l'article 77 de la Constitution, il y a lieu de soumettre cette disposition à la procédure bicamérale complète.

L'article 1er du projet doit, en conséquence, être adapté.

Article 3

Cette disposition autorise, notamment, les personnes morales de droit public à conclure des conventions d'arbitrage sauf lorsque le différend porte sur des activi-

.../...

tés qui relèvent de leur mission de service public. Le commentaire de l'article 3 vise plus particulièrement "les entreprises publiques industrielles, financières ou commerciales auxquelles le législateur a conféré une autonomie de gestion afin de les placer dans des conditions comparables à celles qui s'appliquent aux entreprises privées (voir notamment l'article 1er de la loi du 21 mars 1991 relative aux entreprises publiques économiques)".

Or, il résulte de l'article 14 de la loi du 21 mars 1991, précitée, qu'une "entreprise publique autonome peut transiger et compromettre. Toutefois, toute convention d'arbitrage conclue avec des personnes physiques avant la naissance du différend est nulle". Cette disposition ne contient donc aucune réserve sur le caractère des activités menées par ces entreprises.

Le commentaire de l'article 3 du projet doit en conséquence être revu, comme en ont convenu les délégués du ministre qui ont expliqué que les dispositions en projet ne sont pas destinées à remettre en cause les législations particulières qui ont accordé à certaines personnes morales de droit public le droit de recourir à l'arbitrage.

Plus fondamentalement, le critère "des activités ne relevant pas des missions de service public", outre qu'il est flou et engendrera des divergences d'interprétation, est en contradiction avec l'intention exprimée dans l'exposé des motifs. Cette ambiguïté doit être levée, soit par l'omission du texte, soit par l'identification claire des missions dans lesquelles l'arbitrage ne peut pas intervenir.

.../...

Article 5

Indépendamment de l'observation générale, l'article 5 du projet appelle, de surcroît, les trois observations suivantes.

1. En vertu de l'article 1693 du Code judiciaire, il revient aux parties de déterminer les règles de la procédure arbitrale ainsi que le lieu de l'arbitrage. A défaut de toute manifestation de volonté, cette détermination incombe aux arbitres.

Le texte en projet prévoit qu'il revient aux parties de fixer ces règles, mais dans un délai fixé par le tribunal arbitral. Si les parties s'abstiennent de le faire, cette tâche incombe aux arbitres. Toutefois, si le lieu de l'arbitrage n'a pas été déterminé par les parties ou par les arbitres, le lieu du prononcé mentionné dans la sentence vaut comme lieu de l'arbitrage. Actuellement, l'article 1701.5.e) du Code judiciaire prévoit que la sentence doit, notamment, contenir l'indication du lieu de l'arbitrage et le lieu où la sentence est rendue.

Or, l'article 10 du projet modifie l'article 1701.5.e) et supprime l'indication du lieu où la sentence est rendue. Il y a, en conséquence, une contradiction formelle entre les deux dispositions en projet.

.../...

2. Par ailleurs, en supprimant à l'article 1701.5.e) du Code judiciaire, toute référence au lieu où la sentence est rendue, l'auteur du projet rend malaisée l'application de l'article 1719 précité qui prévoit un régime particulier d'exequatur des sentences rendues à l'étranger.

3. Dans le deuxième paragraphe, il convient d'écrire "Sauf convention contraire des parties ...".

Il résulte, en effet, du commentaire de cette disposition ainsi que des explications des délégués du ministre, que des conventions d'arbitrage successives peuvent intervenir pour déterminer le lieu de l'arbitrage ainsi que les règles de procédure, conventions qui, en vertu de l'article 1677 du Code judiciaire, doivent être écrites.

Article 6

1. Le premier alinéa en projet tend à permettre au tribunal arbitral d'ordonner des mesures provisoires et conservatoires à la demande d'une des parties et ce, sans préjudice de l'application de l'article 1679.2 du Code judiciaire.

En vertu de cette dernière disposition, les parties à un arbitrage peuvent demander au juge des référés qu'il prononce des mesures provisoires ou conservatoires sans préjuger du fond du litige.

.../...

Si, dans un premier temps, on a estimé que le juge des référés ne pouvait plus intervenir une fois le tribunal arbitral mis en place, l'évolution de la jurisprudence a fait que l'on admet la saisine du juge des référés même après la constitution du tribunal arbitral. Toutefois, la doctrine semble considérer que

"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, 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." (1).

C'est à la lumière de cette observation que doit être interprété l'alinéa premier de l'article 1696 en projet.

2. Le projet semble, également, autoriser le tribunal arbitral de décider d'une saisie conservatoire. Dans un article intitulé "Les mesures provisoires et conservatoires en matière d'arbitrage" (2), le professeur Georges de Leval écrit ce qui suit :

(1) J. Linsmeau, "L'arbitrage volontaire en droit privé belge", in R.P.D.B., complément tome VII, p. 30, n° 101; voir également G. de Leval, "Les mesures provisoires et conservatoires en matière d'arbitrage", in "L'arbitrage - Travaux offerts à Albert Fettweis", Story-Scientia, 1989, p. 120.

(2) Op. cit., p. 126.

"Plus fondamentalement, il est permis de se demander si l'arbitre, qui "ne tient son investiture que de la volonté des parties" a le pouvoir d'autoriser une saisie conservatoire qui préserve l'efficacité de la sentence à venir en frappant d'indisponibilité les biens du saisi. Certes, des mesures d'exécution peuvent être mises en oeuvre sur le fondement d'une sentence définitive exequaturée mais, à ce stade, il s'agit d'une intervention justifiant la mise du patrimoine sous la main de la justice alors que l'arbitre n'a pas statué au fond.

La saisie conservatoire se rattache ainsi au droit de l'exécution. En autorisant une saisie conservatoire, le juge permet qu'une mesure de contrainte s'exerce sur les biens du saisi. Un tel pouvoir qui relève de l'imperium du juge ne peut, à nos yeux, être attribué à l'arbitre ...".

Le texte en projet ne peut avoir pour portée d'autoriser le tribunal arbitral de décider une saisie conservatoire.

3. Le deuxième alinéa en projet concerne les moyens de preuve et leur force probante. Cette disposition s'inspire de l'article 19, alinéa 2, de la loi-type précitée ainsi que de l'article 1039, alinéa 5, du Code néerlandais précité. Il y aurait lieu de remplacer les termes "sauf disposition contraire" par les termes "sauf stipulation contraire des parties".

.../...

Article 7

Il semble qu'il y ait une contradiction entre le commentaire de l'article 7 du projet et le dispositif. Le commentaire prévoit, en effet, que le tiers "doit avoir adhéré par écrit à la convention d'arbitrage" d'origine alors que le dispositif vise "une convention d'arbitrage entre le tiers et les parties en litige" qui peut être distincte de celle qui est intervenue entre les parties.

Des explications données par les délégués du ministre, il apparaît que le tiers doit adhérer à la convention d'arbitrage d'origine afin d'éviter que de nouvelles règles arbitrales soient mises en oeuvre.

Le point 3 de l'article 1696bis en projet doit, en conséquence, être reformulé pour tenir compte de cette interprétation.

Article 8.

Le Conseil d'Etat n'aperçoit pas quel est l'intérêt d'une telle disposition par rapport à l'article 1696 du Code judiciaire, les sentences d'avant-dire droit y étant déjà consacrées.

En outre, il n'aperçoit pas la portée des termes "sauf stipulation contraire".

.../...

Article 9

1. L'article 1700 du Code judiciaire permet aux parties de demander aux arbitres d'intervenir en tant qu'amiabiles compositeurs. En cette qualité, les arbitres peuvent statuer sans appliquer strictement les règles de droit. L'actuelle disposition prévoit que de tels pouvoirs ne peuvent être attribués qu'après la naissance du différend.

La disposition en projet supprime cette condition dans le temps.

Il convient de remplacer les termes "sauf stipulation contraire" par les termes "sauf convention contraire des parties".

2. La précision "ou l'Etat" dans le deuxième alinéa est inutile. Il est permis de se demander si cette règle est également applicable aux personnes morales de droit public qui peuvent déjà, en vertu de lois particulières, recourir à l'arbitrage.

Des explications fournies par les délégués du ministre, il apparaît qu'il n'est pas dans l'intention de l'auteur du projet de modifier implicitement les lois existantes.

.../...

En conséquence, il convient de compléter le dernier alinéa de l'article 1700 en projet de la manière suivante :

"Sans préjudice des lois particulières, lorsqu'une personne morale de droit public est partie à la convention d'arbitrage, les arbitres statuent selon les règles de droit.".

Il convient également de modifier le commentaire de l'article 9 du projet qui vise "une personne morale de droit commun" alors qu'il y a lieu de lire, conformément au dispositif, "une personne morale de droit public".

Article 10

Il est renvoyé aux observations formulées sous l'article 5 du projet.

Article 11

Cette disposition prévoit que, lorsque les arbitres ne peuvent plus être réunis, est compétent pour connaître d'une demande d'interprétation ou de rectification de la sentence arbitrale, le tribunal de première instance dont le président est compétent pour accorder l'exequatur.

Le Conseil d'Etat n'aperçoit pas la raison pour laquelle il n'est pas fait, plus précisément, référence aux règles de compétence prévues tant à l'article 1717 qu'à l'article 1719, alinéa 2, du même code.

.../...

Article 13

Compte tenu du fait que les articles 1385bis à 1385octies du Code judiciaire sont applicables mutatis mutandis à la procédure d'arbitrage, il y aurait lieu de spécifier, dans le commentaire de cette disposition, que bien que la mission des arbitres ait pris fin au sens de l'article 1702.3. du Code judiciaire, ils pourraient être amenés à supprimer, réduire ou suspendre l'astreinte après avoir prononcé la sentence arbitrale et l'avoir déposée au greffe du tribunal compétent. De même, en vertu de l'article 1385septies du Code judiciaire, lorsque le condamné décède, l'astreinte ne reprend cours contre les héritiers et autres ayants droit que lorsque le juge qui l'a ordonnée en aura décidé ainsi.

Si le tribunal arbitral peut être maintenu, il sera appelé à se prononcer sur les questions relatives aux astreintes; si le tribunal arbitral ne peut pas être reconstitué, il conviendra de recourir au tribunal de première instance en s'inspirant des dispositions de l'article 1702bis, point 5, en projet relatives à l'interprétation des sentences arbitrales.

Article 14

1. Dans le souci d'uniformiser la terminologie, il y a lieu de remplacer les mots "un accord écrit ultérieur" par les mots "une convention ultérieure".

.../...

2. La notion de "personne morale constituée en Belgique" ne correspond pas à celle consacrée par l'article 197 des lois coordonnées sur les sociétés commerciales qui indique que "toute société dont le principal établissement est en Belgique est soumise à la loi belge ...". Il y aurait lieu d'harmoniser les concepts en remplaçant les mots "personne morale constituée en Belgique" par les mots "personne morale ayant en Belgique son principal établissement".

Observation finale

Le texte néerlandais de certains articles du projet est susceptible d'amélioration. A titre d'exemple, et sous réserve des observations faites ci-dessus, certaines propositions à ce sujet sont faites dans le présent avis.

Algemene opmerking

De artikelen 2, 5, 10 en 14 van het ontwerp moeten als één geheel worden beschouwd daar zij, afgezien van het bijzondere en onmiddellijke doel van elk ervan, alle op de een of andere manier betrekking hebben op de essentiële vraag in hoeverre de regels van de Belgische rechtsorde gelden voor een scheidsrechterlijk geding en voor de uitspraak waarmee het wordt afgesloten.

Die kwestie wordt thans geregeld in artikel 1717 van het Gerechtelijk Wetboek. Die tekst wijst immers de rechtbank aan die bevoegd is "met betrekking tot de toepassing van het zesde deel van (het) Wetboek". Door aldus uitdrukkelijk de regels te geven die de bevoegde rechtbank zal moeten toepassen, blijkt uit die tekst de wil om voor de werkingssfeer van de Belgische regels inzake arbitrage het Belgische gerecht bevoegd te maken. De rechterlijke en wetgevende bevoegdheid gaan samen. Het is trouwens die strekking die de stellers van het ontwerp geven aan de voorschriften van artikel 1717, aangezien het door een wijziging in het vierde lid van dat artikel (artikel 14 van het ontwerp) is dat zij bepaalde partijen in een arbitrage de mogelijkheid beogen te bieden om de mate waarin zij onder de Belgische wet vallen, te beperken.

Welke rechtbank bevoegd is, is luidens dat artikel 1717 in de eerste plaats afhankelijk van de "overeenkomst tot arbitrage" of van een latere overeenkomst, waarbij de partijen de arbitrage waartoe zij besluiten, uitdrukkelijk voorleggen aan een bepaalde nationale rechtbank die zij

.../...

aanwijzen. Bij gebrek aan zulk een aanwijzing in de overeenkomst tot arbitrage of in een latere overeenkomst, dient de plaats van arbitrage als bevoegdheidscriterium (artikel 1717.2, eerste zin). In artikel 1717.2, tweede zin, wordt ten slotte nog het geval in ogenschouw genomen dat die plaats niet is bepaald, en wordt voorgeschreven dat dan de rechtbank bevoegd is in het arrondissement waarvan zich de rechtbank bevindt die kennis had kunnen nemen van het geschil indien het niet ter fine van arbitrage was voorgelegd.

In artikel 630, tweede lid, van het Gerechtelijk Wetboek wordt een dwingender regel gesteld, wanneer het geschil een aangelegenheid betreft waarvoor het de partijen, vóór het ontstaan van enig geschil, niet vrij staat zelf te bepalen welke rechtbank bevoegd is door een overeenkomst tot bepaling van rechtbank (artikel 630, eerste lid). In die gevallen kunnen de partijen zich ertoe verbinden hun geschillen ter fine van arbitrage voor te leggen, doch het scheidsgerecht moet luidens het tweede lid van dat artikel 630, zitting houden binnen de territoriale grenzen van de (nationale) rechtbank die bevoegd zou zijn. Pas na het ontstaan van het geschil staat het de partijen weer vrij om zelf te bepalen welke rechtbank bevoegd is.

Aldus blijkt dat de plaats van arbitrage niet het enige criterium is voor het bepalen van de bevoegde rechtbank en dat de regel waarbij de rechterlijke bevoegdheid afhankelijk wordt gesteld van de plaats van arbitrage, deel uitmaakt van een bestel van regels die van toepassing zijn op die bevoegdheid. Daarom is het noodzakelijk dat de regels

.../...

inzake de bepaling van de plaats zo worden vastgesteld dat de regels die de bevoegdheid afhankelijk stellen van de plaats van arbitrage, blijven harmoniëren met die welke de bevoegdheid vaststellen los van die plaats.

Om die harmonie te bereiken, voorziet het ontwerp in de opheffing van artikel 630, tweede lid, van het Gerechtelijk Wetboek (artikel 2 van het ontwerp) en van artikel 1717.3, dat een herhaling ervan is (artikel 14 van het ontwerp). Het laat artikel 1717.1 en 2 evenwel in stand, hoewel het ontworpen artikel 1693 de cohesie ervan grondig verstoort.

Dit gebrek aan cohesie wordt veroorzaakt door de volgende regel van het ontwerp : "werd de plaats van arbitrage noch door de partijen, noch door de scheidslieden vastgesteld, dan geldt de plaats van de uitspraak als plaats van arbitrage".

Door een soortgelijke regel staat het de scheidslieden vrij om de plaats van arbitrage niet vast te stellen; met een zodanige vrijheid kan geen juiste uitvoering meer worden gegeven aan de regeling in artikel 1717.1 en 2, in het bijzonder het tweede lid, tweede zin. In die tekst is weliswaar reeds gedacht aan het geval dat de plaats niet is vastgesteld en wordt voor dat geval zelfs een subsidiaire bevoegdheid bepaald. Nochtans is die subsidiaire regel geschreven om in onderling verband te worden gelezen met artikel 1693, waarvan de huidige versie de scheidslieden verplicht de plaats vast te stellen. Daar staat immers geschreven : "... stellen scheidslieden (...) die plaats

.../...

vast"; zij behoren dit dus te doen. Het in artikel 1717.2 beschouwde geval is dus alleen het geval waarin de scheidslieden de plaats nog niet hebben kunnen vaststellen omdat het scheidsgerecht nog niet regelmatig heeft kunnen functioneren.

Artikel 1717.2 is dus onbestaanbaar met de regel in het ontworpen artikel 1693.1, die de scheidslieden de vrijheid geeft om hun taak te vervullen zonder de plaats van arbitrage vast te stellen en die plaats uiteindelijk slechts indirect en impliciet vast te stellen op het tijdstip van de uitspraak, door te verklaren op welke plaats die uitspraak geschiedt.

Die vrijheid die aan de scheidslieden wordt gelaten, is trouwens alleen mogelijk omdat het ontworpen artikel 1693.2 bepaalt dat de vaststelling van de plaats, tenzij anders is overeengekomen, er niet aan in de weg staat dat het scheidsgerecht zitting houdt waar het wil. Die precisering heeft tot gevolg dat de plaats van arbitrage waarvan sprake is in het ontworpen artikel 1693 niet, - althans niet noodzakelijk -, een reële plaats is waar de arbitrageverrichtingen effectief plaatshebben. Uitgaande daarvan is de plaats van arbitrage nog slechts als het ware een juridische plaats; het woord "plaats" wordt, zoals vaak het geval is, nog slechts een beeldende uitdrukking, een metafoor om te wijzen op het verband tussen een arbitrage en de rechtsorde van de Staat.

Scheidslieden kunnen een rechterlijke en wetgevende bevoegdheid naderhand niet wijzigen zodat een arbitrage aan

.../...

de Belgische rechtsordening zou worden onttrokken die, zo lang als ze werkelijk plaatshad, gebonden was aan het Belgische gerecht en de Belgische wetten als een louter gevolg van de regel dat als de plaats van arbitrage niet bepaald is door de partijen of het scheidsgerecht, de rechtbank bevoegd is in het arrondissement waarvan zich het rechtscollege bevindt dat van het geschil kennis had kunnen nemen als het niet ter fine van arbitrage was voorgelegd.

De in artikel 10 van het ontwerp voorgenomen wijziging, die erin bestaat dat in de uitspraak de vermelding van de plaats waar zij wordt gedaan geschrapt wordt, doet niets af aan de hierboven uitgebrachte kritiek. De in artikel 1701.5 vereiste gegevens worden immers niet opgelegd op straffe van nietigheid en worden slechts ad probationem vereist; andere bewijsmiddelen zouden het ontbreken ervan kunnen compenseren.

De ontworpen teksten moeten worden herzien opdat zij bestaanbaar worden met artikel 1717.1 en 2.

Bijzondere opmerkingen

Artikel 1

Luidens deze bepaling moet het voorontwerp van wet door één kamer worden behandeld overeenkomstig artikel 78 van de Grondwet. Artikel 11 van het ontwerp evenwel voegt een artikel 1702bis in het Gerechtelijk Wetboek in, waarvan paragraaf 5 ziet op de bevoegdheden van de voorzitter van de

.../...

rechtbank van eerste aanleg. Overeenkomstig artikel 77 van de Grondwet dient deze bepaling de procedure van het volledige bicameralisme te doorlopen.

Artikel 1 van het ontwerp moet bijgevolg worden aangepast.

Artikel 3

Deze bepaling machtigt onder meer de publiekrechtelijke rechtspersonen om overeenkomsten tot arbitrage te sluiten, behalve wanneer het geschil betrekking heeft op activiteiten die behoren tot hun taak als overheidsdienst. De toelichting bij artikel 3 van het ontwerp verwijst meer in het bijzonder naar "de industriële, financiële of commerciële overheidsbedrijven, waaraan de wetgever beheersautonomie heeft willen geven om ze in omstandigheden te plaatsen die vergelijkbaar zijn met die van de privé-ondernemingen (zie met name artikel 1 van de wet van 21 maart 1991 betreffende de hervorming van sommige economische overheidsbedrijven)".

Uit artikel 14 van de voormelde wet van 21 maart 1991 blijkt : "Een autonoom overheidsbedrijf kan dadingen en overeenkomsten tot arbitrage sluiten. Echter, elke overeenkomst tot arbitrage met natuurlijke personen die werd gesloten vooraleer het geschil is gerezen, is nietig". Die bepaling bevat dus geen enkel voorbehoud inzake de aard van de door die bedrijven aan de dag gelegde activiteiten.

.../...

De commentaar bij artikel 3 van het ontwerp moet bijgevolg worden herzien; de gemachtigden van de minister zijn het daarmee eens en hebben uitgelegd dat de ontworpen bepalingen niet bestemd zijn om terug te komen op de bijzondere rechtsbepalingen die aan sommige publiekrechtelijke rechtspersonen het recht hebben verleend om een beroep te doen op arbitrage.

Meer in het bijzonder is het criterium "activiteiten die niet worden verricht in het kader van openbare dienstverlening", afgezien van het feit dat het vaag is en uiteenlopende interpretaties zal doen ontstaan, in strijd met de bedoeling waaraan in de memorie van toelichting uitdrukking is gegeven. Die dubbelzinnigheid moet worden opgeheven, ofwel door weglating van de tekst, ofwel door duidelijk te vermelden welke taken niet in aanmerking komen voor arbitrage.

Artikel 5

Afgezien van de algemene opmerking, behoren bij artikel 5 van het ontwerp bovendien de volgende drie opmerkingen te worden gemaakt :

1. Krachtens artikel 1693 van het Gerechtelijk Wetboek is het een aangelegenheid van de partijen de regels voor het geding voor scheidslieden te bepalen, alsmede de plaats van arbitrage. Indien de partijen hun wil daaromtrent niet kenbaar hebben gemaakt, zijn de scheidslieden gehouden die regels vast te stellen.

.../...

De ontworpen tekst bepaalt dat het zaak is van de partijen om die regels vast te stellen, doch binnen een door het scheidsgerecht bepaalde termijn. Indien de partijen verzuimen zulks te doen, rust die taak op de scheidslieden. Indien de plaats van arbitrage niet is vastgesteld door de partijen noch door de scheidslieden, geldt de plaats van de uitspraak vermeld in de tekst ervan, als plaats van arbitrage. Thans bepaalt artikel 1701.5.e) van het Gerechtelijk Wetboek dat in de uitspraak onder meer de plaats waar het geding is gevoerd en de plaats waar de uitspraak is gedaan, behoren te worden vermeld.

Artikel 10 van het ontwerp wijzigt echter artikel 1701.5.e) en laat de vermelding van de plaats waar de uitspraak is gedaan achterwege. Bijgevolg zijn de twee ontworpen bepalingen formeel met elkaar in strijd.

2. Bovendien bemoeilijkt de steller van het ontwerp, door in artikel 1701.5.e) van het Gerechtelijk Wetboek elke verwijzing naar de plaats waar de uitspraak is gedaan te schrappen, de toepassing van het voormelde artikel 1719, dat voorziet in een bijzondere regeling van uitvoerbaarverklaring van in het buitenland gewezen scheidsrechterlijke uitspraken.

3. In de tweede paragraaf schrijve men : "Tenzij de partijen anders overeengekomen zijn, kan ... zijn taak vervullen".

.../...

Uit de toelichting bij die bepaling alsmede uit de uitleg van de gemachtigden van de minister blijkt immers dat de opeenvolgende overeenkomsten tot arbitrage kunnen worden gesloten om de plaats van arbitrage alsmede de procedure-regels vast te stellen, welke overeenkomsten, krachtens artikel 1677 van het Gerechtelijk Wetboek, in een geschrift behoren te zijn vervat.

Artikel 6

1. Het ontworpen eerste lid strekt ertoe het scheidsgerecht de mogelijkheid te bieden om op verzoek van een van de partijen voorlopige en bewarende maatregelen te bevelen, zulks onverminderd de toepassing van artikel 1679.2 van het Gerechtelijk Wetboek.

Krachtens de laatstgenoemde bepaling kunnen de partijen in een arbitrage de rechter in kort geding verzoeken om voorlopige of bewarende maatregelen uit te spreken zonder vooruit te lopen op de grond van de zaak.

Aanvankelijk heeft men geoordeeld dat de rechter in kort geding niet meer mocht optreden als het scheidsgerecht eenmaal was ingesteld, doch de ontwikkeling van de rechtspraak heeft ertoe geleid dat het adiëren van de rechter in kort geding wordt aanvaard, zelfs na de instelling van het scheidsgerecht. De rechtsleer lijkt evenwel van het volgende uit te gaan :

.../...

"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, 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." (1).

In het licht van deze opmerking is het dat het eerste lid van het ontworpen artikel 1696 moet worden uitgelegd.

2. Het ontwerp lijkt het scheidsgerecht tevens te machtigen om te besluiten tot een bewarend beslag. In een artikel met als opschrift "Les mesures provisoires et conservatoires en matière d'arbitrage" (2), schrijft professor Georges de Leval het volgende :

"Plus fondamentalement, il est permis de se demander si l'arbitre, qui "ne tient son investiture que de la volonté des parties" a le pouvoir d'autoriser une saisie conservatoire qui préserve l'efficacité de la sentence à venir en frappant d'indisponibilité les biens du saisi. Certes, des mesures d'exécution peuvent être mises en oeuvre sur le fondement d'une sentence définitive exequaturée mais, à ce stade, il s'agit d'une intervention justifiant la mise du patri-

(1) J. Linsmeau, "L'arbitrage volontaire en droit privé belge", in R.P.D.B., aanvulling van deel VII, p. 30, nr. 101; zie tevens G. de Leval, "Les mesures provisoires et conservatoires en matière d'arbitrage", in "L'arbitrage - Travaux offerts à Albert Fettweis", Story-Scientia, 1989, p. 120.

(2) Op. cit., blz. 126.

moine sous la main de la justice alors que l'arbitre n'a pas statué au fond.

La saisie conservatoire se rattache ainsi au droit de l'exécution. En autorisant une saisie conservatoire, le juge permet qu'une mesure de contrainte s'exerce sur les biens du saisi. Un tel pouvoir qui relève de l'imperium du juge ne peut, à nos yeux, être attribué à l'arbitre ...".

De ontworpen tekst mag niet ertoe strekken het scheidsgerecht te machtigen om te besluiten tot een bewarend beslag.

3. Het ontworpen tweede lid betreft de bewijsmiddelen en de bewijskracht ervan. Deze bepaling is gebaseerd op artikel 19, tweede lid, van de voormelde modelwet, alsmede op artikel 1039, vijfde lid, van het voormelde Nederlandse Wetboek. De woorden "Behouden tegengestelde bepaling" zouden vervangen moeten worden door de woorden "Tenzij de partijen anders overeengekomen zijn".

Artikel 7

De commentaar op artikel 7 van het ontwerp en het dispositief lijken met elkaar in strijd te zijn. In de commentaar wordt immers bepaald dat de derde "schriftelijk toegetreden (moet) zijn tot de oorspronkelijke arbitrage-overeenkomst, terwijl in het dispositief de rede is van "een overeenkomst tot arbitrage tussen de derde en de partijen

.../...

bij het geding", die onderscheiden kan zijn van die welke gesloten is tussen de partijen.

Uit de door de gemachtigden van de minister verstrekte uitleg blijkt dat de derde tot de oorspronkelijke overeenkomst tot arbitrage moet toetreden om te voorkomen dat nieuwe scheidsrechterlijke regels worden aangewend.

Punt 3 van het ontworpen artikel 1696bis moet bijgevolg worden herschreven om rekening te houden met deze interpretatie.

Artikel 8

Het is de Raad van State niet duidelijk welk belang zulk een bepaling heeft ten opzichte van artikel 1696 van het Gerechtelijk Wetboek, aangezien de uitspraken alvorens recht te doen daarin reeds zijn vervat.

Het is de Raad evenmin duidelijk wat de betekenis is van de woorden "tenzij anders is overeengekomen".

Artikel 9

1. Krachtens artikel 1700 van het Gerechtelijk Wetboek kunnen de partijen de scheidslieden verzoeken op te treden als goede mannen. In die hoedanigheid kunnen de scheidslieden uitspraak doen zonder de rechtsregels strikt toe te passen. De huidige bepaling schrijft voor dat zulke

.../...

bevoegdheden eerst kunnen worden opgedragen nadat het geschil is gerezen.

De ontworpen bepaling heft die voorwaarde betreffende de tijd op.

De woorden "Tenzij anders is overeengekomen" dienen vervangen te worden door de woorden "Tenzij de partijen anders overeengekomen zijn".

2. De precisering "of de Staat", in het tweede lid, is nutteloos. De vraag rijst of die regel tevens van toepassing is op de publiekrechtelijke rechtspersonen die krachtens bijzondere wetten reeds een beroep kunnen doen op arbitrage.

Uit de door de gemachtigden van de minister verstrekte uitleg blijkt dat het niet in de bedoeling ligt van de steller van het ontwerp de bestaande wetten impliciet te wijzigen.

Het laatste lid van het ontworpen artikel 1700 dient bijgevolg aangevuld te worden als volgt :

"Onverminderd de bijzondere wetten, beslissen de scheidslieden volgens de regels van het recht wanneer een publiekrechtelijke rechtspersoon partij is in een overeenkomst tot arbitrage.".

.../...

De commentaar op artikel 9 van het ontwerp, waarin sprake is van "een rechtspersoon van gemeen recht", terwijl overeenkomstig het dispositief "een publiekrechtelijke rechtspersoon" dient te worden gelezen, dient eveneens te worden gewijzigd.

Artikel 10

Er wordt verwezen naar de opmerking onder artikel 5 van het ontwerp.

Artikel 11

Deze bepaling schrijft voor dat wanneer de scheidslieden niet meer kunnen worden bijeengeroepen, de rechtbank van eerste aanleg waarvan de voorzitter bevoegd is om te besluiten tot uitvoerbaarverklaring, gerechtigd is om kennis te nemen van een verzoek om uitlegging of verbetering van de scheidsrechterlijke uitspraak.

Het is de Raad van State niet duidelijk waarom meer in het bijzonder niet wordt verwezen naar de bevoegdheidsregels waarin zowel in artikel 1717 als in artikel 1719, tweede lid, van hetzelfde Wetboek wordt voorzien.

.../...

Artikel 13

Aangezien de artikelen 1385bis tot 1385octies van het Gerechtelijk Wetboek van overeenkomstige toepassing zijn op de scheidsrechterlijke procedure, zou in de commentaar op die bepaling 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 1385septies 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 ontworpen artikel 1702bis, punt 5 betreffende de uitlegging van de scheidsrechterlijke uitspraken.

Artikel 14

1. Ter wille van de eenheid van terminologie dienen de woorden "een schriftelijke overeenkomst achteraf"

.../...

vervangen te worden door de woorden "een latere overeenkomst".

2. Het begrip "rechtspersoon die in België werd opgericht" stemt niet overeen met het begrip vastgelegd in artikel 197 van de gecoördineerde wetten op de handelsvennootschappen dat bepaalt : "elke vennootschap die haar hoofdvestiging in België heeft, is aan de Belgische wet onderworpen ...;". De begrippen zouden op elkaar moeten worden afgestemd door de woorden "rechtspersoon die in België werd opgericht" te vervangen door de woorden "rechtspersoon met hoofdvestiging in België".

Slotopmerking

De Nederlandse tekst van sommige artikelen van het ontwerp is voor verbetering vatbaar. Onder voorbehoud van de hiervoren gemaakte opmerkingen worden bij wijze van voorbeeld dienaangaande een aantal voorstellen gedaan. Zo schrijve men in de inleidende zin van artikel 4 : "Artikel 1690" en niet "Het artikel 1690" (dezelfde opmerking geldt voor artikel 5); in artikel 7, het ontworpen artikel 1696bis 1., : "Iedere derde-belanghebbende kan het scheidsgerecht verzoeken om in de procedure te mogen tussenkomen" en in het ontworpen artikel 1696bis 3. : "partijen in het geding" in plaats van "partijen bij het geding" (de laatste opmerking geldt voor heel het ontwerp); in artikel 11, het ontworpen artikel 1702bis. 1.a), : "... elke misstelling, verkeerde berekening, drukfout of

.../...

soortgelijke fout te verbeteren", in hetzelfde artikel, het ontworpen artikel 1702bis 1.b), : "uit te leggen" in plaats van "toe te lichten", "verbetering" in plaats van "recht-zetting" en "uitlegging" in plaats van "toelichting" (de laatste opmerkingen gelden mutatis mutandis voor heel het artikel 11); in artikel 12, het ontworpen artikel 1703, tweede lid, : "hoger beroep" in plaats van "arbitraal hoger beroep".

La chambre était composée de

De kamer was samengesteld uit

Messieurs J.-J. STRYCKMANS,
de Heren

président,
voorzitter,

Y. KREINS,
P. QUERTAINMONT,

conseillers d'Etat,
staatsraden,

P. GOTHOT,

assesseurs de la
section de législation,
assessoren van de
afdeling wetgeving,

J. van COMPERNOLLE,

Madame
Mevrouw

J. GIELISSEN,

greffier,
griffier.

Le rapport a été présenté par
Mme P. VANDERNACHT, auditeur
adjoint. La note du Bureau de
coordination a été rédigée et
exposée par Mme F. CARLIER,
référéndaire adjoint.

Het verslag werd uitgebracht
door Mevr. P. VANDERNACHT,
adjunct-auditeur. De nota van
het Coördinatiebureau werd
opgesteld en toegelicht door
Mevr. F. CARLIER, adjunct-
referendaris.

La concordance entre la version
française et la version néerlandai-
se a été vérifiée sous le contrôle
de M. J.-J. STRYCKMANS.

De overeenstemming tussen de
Franse en de Nederlandse tekst
werd nagezien onder toezicht van
de H. J.-J. STRYCKMANS.

LE GREFFIER - DE GRIFFIER,

LE PRESIDENT - DE VOORZITTER,

J. GIELISSEN

J.-J. STRYCKMANS