Noot onder Ondernemingsrechtbank Antwerpen, afdeling Hasselt d.d. 5 juli 2023

Een 'gemengd' geschillenbeding (keuze voor arbitrage of gewone rechtbanken) naar vreemd recht door de bril van een Belgische rechter.

Inleiding

1. Dit interessant en goed gemotiveerd vonnis van 5 juli 2023 van de ondernemingsrechtbank Antwerpen, afdeling Hasselt,[1] biedt de mogelijkheid om nader in te gaan op de beoordeling door een Belgische rechter van een gemengd geschillenbeding naar vreemd (Nederlands) recht.

Zulk gemengd geschillenbeding voorziet in de keuze voor één partij (asymmetrisch beding) of alle partijen (symmetrisch beding) om het gerezen geschil voor te leggen aan de gewone rechtbanken of aan een arbitraal college.[2]

Feitelijke context

2. Een Nederlandse hoofdaannemer (NHA) sloot een onderaannemingsovereenkomst met een Belgische onderaannemer (BOA).

De onderaannemingsovereenkomst tussen NHA en BOA was onderworpen aan Nederlands recht. De overeenkomst voorzag in een (asymmetrisch) gemengd geschillenbeding: bij betwisting, en naar keuze van NHA, kon het geschil beslecht worden via arbitrage of via de gewone (Nederlandse) rechtbanken:

> *"Indien het probleem niet in onderling overleg kan worden opgelost, zullen de Partijen het geschil doen beslechten bij de geschilleninstantie naar de uitsluitende keuze van de Opdrachtgever ..., hetzij de Raad van Arbitrage voor de Bouw overeenkomst de Statuten van de Raad van Arbitrage voor de Bouw zoals die gelden drie maanden voor het tot stand komen van de overeenkomst, hetzij de gewone rechter in het arrondissement Midden-Nederland."*

Het betrof een zogenaamd asymmetrisch beding omdat de keuze voor geschillenbeslechting via arbitrage dan wel via de gewone (Nederlandse) rechtbank uitsluitend aan NHA was toebedeeld.[3]

Tevens bevatte de onderaannemingsovereenkomst een kettingbeding waarbij BOA ertoe verplicht werd de voorwaarden van de onderaannemingsovereenkomst tevens toepasselijk te maken op iedere onder-onderaannemingsovereenkomst die door BOA zou worden afgesloten ter uitvoering van de onderaannemingsovereenkomst.

3. BOA sluit op zijn beurt zulke onder-onderaannemingsovereenkomst af met een Nederlandse onder-onderaannemer (NOOA). Deze onder-onderaannemingsovereenkomst

---

1 Het besproken vonnis werd bevestigd in hoger beroep door een arrest van 17 juni 2024 van het hof van beroep te Antwerpen (2023/AR/1620), *onuitg.* Tegen de beslissing inzake de exceptie van arbitrage tussen NHA en BOA werd geen beroep aangetekend.

2 JAFFERALI R., LAUNE F. en VAN LOOCK S., 'Onrechtmatige bedingen in de B2B-wet van 4 april 2019: quel impact dans le domaine des ADR?', *b-Arbitra* 2021, 306.

3 JAKHIAN G. en HENRY F., 'La validité de la clause hybride en arbitrage', *JT* 2011, 701-709.

voorzag evenwel dat de overeenkomst werd beheerst door Belgisch recht. De overeenkomst bevatte geen beding over de wijze van geschillenbeslechting.

4. Tussen NHA en BOA ontstaat een geschil over de uitvoering van de onderaannemingsovereenkomst. NOOA schort zijn betalingen op. Tegelijkertijd ontspint er zich een betwisting tussen NOOA en BOA over de betaling van de door NOOA uitgevoerde werken.

NOOA start een procedure op tegen BOA voor de ondernemingsrechtbank Antwerpen, afdeling Hasselt. BOA dagvaart NHA in tussenkomst en vrijwaring.

Samenvatting van het besproken vonnis

5. Op basis van het beding dat voorzag dat geschillen m.b.t de onderaannemingsovereenkomst dienden beslecht te worden via arbitrage, dan wel via de Nederlandse rechter, deed NHA een beroep op de exceptie van arbitrage en verzocht NHA de rechtbank zich zonder rechtsmacht te verklaren om kennis te nemen van de vordering in tussenkomst en vrijwaring van BOA.

6. Het besproken vonnis gaat hierop in, waarbij de rechtbank volgende getrapte redenering maakt:

a) De exceptie van arbitrage wordt *in limine litis* opgeworpen.
b) Het arbitraal beding voldoet aan de voorwaarden van artikel 2 van het Verdrag van New York.
c) Het gemengd geschillenbeding – arbitrage of wel bevoegdheid voor de rechtbanken van Midden-Nederland – is niet onrechtmatig naar het toepasselijke Nederlands recht.
d) Het betrokken geschillenbeding is ook niet onrechtmatig naar Belgisch recht. Immers, volgens de rechtbank, is het beding niet in strijd met de B2B-wet.[4]
e) Het geschil is arbitreerbaar in de zin van artikel 1676, § 1 Ger.W.
f) Er kan noch toepassing worden gemaakt van artikel 30 Ger.W. m.b.t. samenhang, noch van artikel 31 Ger.W. m.b.t. onsplitsbaarheid om toch te besluiten dat de rechtbank rechtsmacht had.

Exceptie van arbitrage

7. De exceptie van arbitrage moet in toepassing van artikel 1682, § 1 Ger.W. voor elk ander verweer worden opgeworpen.[5] Het besproken vonnis stelde vast dat dit het geval was.

Samenhang

8. De rechtbank oordeelde ook terecht dat een mogelijke samenhang tussen de hoofdvordering en de vordering in tussenkomst en vrijwaring geen afbreuk deed aan de uitvoering van het arbitraal beding.

---

4 Wet 4 april 2019 houdende wijziging van het Wetboek van Economisch Recht met betrekking tot misbruiken van economische afhankelijkheid, onrechtmatige bedingen en oneerlijke marktpraktijken tussen ondernemingen, *BS* 24 mei 2019.

5 Cass. 18 maart 1983, *Arr.Cass.* 1982-1983, 833; Cass. 24 september 2020, *b-Arbitra* 2021, 340, noot JESURAN B.

Zulke samenhang kan m.n. niet verhinderen dat een vordering in tussenkomst en vrijwaring onttrokken blijft aan de gewone rechter die van de hoofdvordering kennisneemt.[6]

Onsplitsbaarheid

9. De uitvoering van een arbitraal beding zou desgevallend wel kunnen doorbroken worden in geval van onsplitsbaarheid in de zin van artikel 31 Ger.W.

Het vonnis merkt evenwel terecht op dat de voorwaarden van het betrokken artikel – de materiële onmogelijkheid van de gezamenlijke tenuitvoerlegging van onderscheiden juridische beslissingen – niet vervuld zijn. Zowel de vordering van NOAA als de vordering in vrijwaring van BOA hebben betrekking op de betaling van een geldsom. Zulke vorderingen zijn niet onsplitsbaar.[7]

De rechtsgeldigheid van een 'internationaal arbitraal beding' getoetst aan artikel 2 van het Verdrag van New York

10. Het besproken vonnis toetste de rechtsgeldigheid van het arbitraal beding terecht aan artikel 2 van het Verdrag van New York van 10 juni 1958,[8] dat van toepassing is tussen België en Nederland.[9]

Artikel 2.1 van het verdrag bepaalt dat verdragsluitende staten een schriftelijke overeenkomst dienen te erkennen, waarbij partijen akkoord gaan zich "*aan een uitspraak van scheidsmannen te onderwerpen*".[10]

Artikel 2.2 vervolgt dat onder schriftelijke overeenkomst dient te worden verstaan "*een overeenkomst of een akte van compromis, ondertekend door partijen, vervat in gewisselde brief of telegrammen*". Het artikel krijgt een ruime toepassing, zodat op vandaag ook zeker wordt aanvaard dat zulke overeenkomst tot stand kan komen per email.[11]

Het vraagstuk van de arbitrabiliteit wordt beoordeeld door de *lex fori*

11. De vraag van de arbitrabiliteit – de vraag of een geschil al dan niet vatbaar is voor arbitrage – zal door de gevatte nationale rechter dienen beoordeeld te worden.[12]

12. Artikel 1676, § 1 Ger.W. bepaalt dat ieder geschil van vermogensrechtelijke aard het voorwerp kan uitmaken van arbitrage. Niet vermogensrechtelijke geschillen zijn vatbaar voor arbitrage indien zij het voorwerp kunnen uitmaken van een dading.

---

6 Cass. 9 november 1995, *Arr.Cass.* 1995, 986.
7 Cass. 11 maart 2010, *Pas.* 2010, 778; Cass. 17 november 2011, *P&B* 2012, 23.
8 Verdrag 10 juni 1958 betreffende de erkenning en tenuitvoerlegging van buitenlandse scheidsrechterlijke uitspraken (hierna: Verdrag van New York), door België geratificeerd bij Wet 5 juni 1975, *BS* 15 november 1975.
9 Verdrag 10 juni 1958 betreffende de erkenning en tenuitvoerlegging van buitenlandse scheidsrechterlijke uitspraken, waartoe thans 172 landen zijn toegetreden. Voor een overzicht hiervan, zie https://www.newyorkconvention.org/contracting-states.
10 Weliswaar in zoverre evenwel het geschil "*vatbaar is voor beslissing door arbitrage*" (art. 2 Verdrag van New York, *cf. infra*).
11 WAGNER K., *Handboek Arbitrage*, Intersentia, 2022, 91-92.
12 Ook volgens art. 2. Verdrag van New York (*cf. supra*); Cass. 14 januari 2010, *TBH* 2010, 445.

Dit artikel werd ingevoerd bij de wet van 24 juni 2013 tot wijziging van het zesde deel van het Gerechtelijk Wetboek betreffende de arbitrage.[13] Het artikel heeft duidelijk een ruim toepassingsgebied en geldt ook – anders dan voorheen[14] – voor geschillen die een raakvlak hebben met de openbare orde.[15] Volgens de parlementaire voorbereiding heeft een geschil van vermogensrechtelijke aard immers betrekking op *"alle vorderingen ... die voor partijen een actieve of passieve geldwaarde hebben, of die anders gezegd voor minstens een van hen een belang hebben dat in geld kan gewaardeerd worden"*.[16]

De geldigheid van een gemengd geschillenbeding wordt in principe beheerst door het recht toepasselijk op de overeenkomst – Art. 3 en 4 Rome I

13. De regelgeving inzake het toepasselijke recht op 'internationale' overeenkomsten wordt beheerst door Verordening nr. 593/2008 van 17 juni 2008 inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen (Rome I). Rome I primeert niet alleen op het WIPR,[17] maar ook in artikel 98 WIPR wordt de verordening aangeduid als rechtsbron voor het Belgische IPR voor de vaststelling van het recht toepasselijk op contractuele verbintenissen.[18]

In toepassing van artikel 3 Rome I dient er voorrang te worden gegeven aan het door partijen gekozen recht van toepassing op hun overeenkomst. Bij gebrek aan uitdrukkelijke rechtskeuze voorziet artikel 4 in specifieke aanknopingsfactoren voor een aantal bijzondere overeenkomsten (zoals koop, dienstverlening, distributie e.a.). Indien het toepasselijke recht niet aan de hand van deze aanknopingsfactoren kan worden vastgesteld, wordt de overeenkomst beheerst door het recht van het land waarmee zij het nauwst verbonden is.

14. In de onderaannemingsovereenkomst was gekozen voor Nederlands recht. Zoals ook vastgesteld in het besproken vonnis, aanvaardt het Nederlandse recht de geldigheid van een dergelijk beding.[19]

Uitzondering: 'regels van bijzonder dwingend recht' van de *lex fori* – Art. 9 Rome I – Het *Unamar*-arrest

15. BOA argumenteerde dat het betrokken gemengd beding klemde met de dwingende bepalingen van de B2B-wet. Het beding zou een kennelijk onevenwicht uitmaken in de zin van artikel VI/91, § 1 WER wegens schending van artikel VI/91, § 3 WER.

---

13 Wet 24 juni 2013 tot wijziging van het zesde deel van het Gerechtelijk Wetboek betreffende de arbitrage, *BS* 28 juni 2013.

14 Bv. Cass. 15 oktober 2004, *RW* 2004-2005, 1063, waarin werd beslist dat de arbitreerbaarheid was uitgesloten wanneer hierdoor de openbare orde van rechtstelsel van de beoordelende rechter wordt aangetast.

15 *Parl.St.* KAMER 2012-2013, nr. 53-2743/3, 11: *"De idee is de arbitrage wettelijk toe te staan voor vermogensrechtelijke geschillen, zelfs als ze van openbare orde zijn."*

16 *Parl.St.* KAMER 2012-2013, nr. 53-2743/1,9. Art. 1676, § 4 Ger.W. voorziet wel dat bij wet uitzonderingen kunnen worden voorzien op de algemene arbitreerbaarheid. Dit is, zoals bekend, o.m. het geval voor arbeidsgeschillen.

17 Art. 2 WIPR.

18 *Cf.* VAN GOMPEL H., 'Over de wisselwerking tussen het primerende Europese IPR en het Belgische WIPR', *Limb.Rechtsl.* 2017, 262.

19 HR 21 maart 1997, *NJ* 1998, 219; JAFFERALI R., LAUNE F. en VAN LOOCK S., 'Onrechtmatige bedingen in de B2B-wet van 4 april 2019: quel impact dans le domaine des ADR?', *b-Arbitra* 2021, 310.

De rechtbank was van oordeel dat dit argument niet kon worden aanvaard op basis van een inhoudelijke toets van het beding aan voornoemde – dus interne – wetsbepalingen (*cf. infra*).

De vraag rijst of de rechtbank deze inhoudelijke internrechtelijke Belgische toets wel had moeten maken op basis van het (Belgische) IPR.

16. Artikel 9 Rome I voorziet dat het toepasselijke recht overeenkomstig artikelen 3 en 4 Rome I – *in casu* het Nederlandse recht – in uitzonderlijke omstandigheden kan worden uitgesloten door de beoordelende rechter, m.n. wanneer 'regels van bijzonder dwingend recht'[20] van zijn eigen *lex fori* primeren op het door partijen gekozen toepasselijke recht (art. 9.2 Rome I).

Artikel 9.1 Rome I omschrijft bepalingen van 'bijzonder dwingend recht' als "*bepalingen aan de inachtneming waarvan een land zoveel belang hecht voor de handhaving van zijn openbare belangen zoals zijn politieke, sociale of economische organisatie, dat zij moeten worden toegepast ... ongeacht welk recht overeenkomstig deze verordening overigens van toepassing is op de overeenkomst.*"

17. In het *Unamar*-arrest van 17 oktober 2013 besliste het Hof van Justitie dat de notie 'bepalingen van bijzonder dwingend' recht strikt moet worden geïnterpreteerd, omdat de Europese wetgever – in Rome I en haar voorganger het EVO-verdrag – de vrije keuze van partijen om het toepasselijke recht op hun overeenkomst te bepalen als fundamentele hoeksteen zag.[21]

Daarnaast stelde het Hof dat bij de invulling van de notie bepalingen van bijzonder dwingend recht niet alleen rekening moest worden gehouden "*met de precieze bewoordingen van de wetsbepalingen*", maar ook "*met de algemene opzet en alle omstandigheden waarin deze bepalingen werden vastgesteld*" om daaruit te kunnen afleiden dat "*zij bepalingen van dwingend recht zijn voor zover blijkt dat de nationale wetgever deze bepalingen heeft vastgesteld om een belang te beschermen dat voor de betrokken lidstaat fundamenteel is*"[22]. Het was aan de nationale rechter om deze beoordeling te maken[23].

Dwingende regels van de *lex fori* die enkel private belangen beschermen kwalificeren niet als regels van bijzonder dwingend recht – Wijziging rechtspraak inzake artikelen X.39 en X.25 WER

20 In de Franse tekst: «*lois de police*».

21 HvJ 17 oktober 2013, C-184/12, ECLI:EU:C:2013:663, 'Unamar/Navigation Maritime Bulgare', r.o. 49

22 HvJ 17 oktober 2013, C-184/12, ECLI:EU:C:2013:663, 'Unamar/Navigation Maritime Bulgare', r.o. 50. *Cf.* ook WIJSMANS W. en VAN GOMPEL H., 'Het bijzonder dwingend recht van artikel 9.3 Rome I-Verordening toegepast op de beëindiging van een handelsagentuur', *RABG* 2019, 1513.

23 De hier geciteerde rechtsoverwegingen werden later hernomen door het Hof van Justitie in zijn rechtspraak over art. 16 Rome II-Verordening dewelke gelijkaardig is aan art. 9 Rome I. Volgens het Hof geldt zijn rechtspraak m.b.t. het begrip 'bepaling van bijzonder dwingend recht' in het kader van art. 9 Rome I dus eveneens voor art. 16 Rome II (HvJ 31 januari 2019, C-149/18, ECLI:EU:C:2019:84, 'Agostinho da Silva Martins/Dekra Claims Services Portugal SA', r.o. 28-31; HvJ 5 september 2024, C-86/23, ECLI:EU:C:2024:689, 'E.N.I. en Y.K.I./HUK-COBURG-Allgemeine Versicherung AG, r.o. 37-41).

18. Vóór het *Unamar*-arrest was er gevestigde rechtspraak dat een geschil, onderworpen aan vreemd recht, niet beslecht kon worden via arbitrage, wanneer het geschil krachtens de eigen Belgische wet niet aan de rechtsmacht van de Belgische rechter kon worden onttrokken.[24] Deze rechtspraak kwam met name tot stand inzake geschillen over concessie- en agentuurovereenkomsten.

19. Artikel X.39 WER bepaalt dat geschillen over een verkoopconcessie, die vallen onder het toepassingsgebied van de wet, door de Belgische rechter dienen te worden beslecht, die hierbij de Belgische wet dient toe te passen die dwingend beschermend is voor de Belgische concessienemer.

Het was vaste rechtspraak van het Hof van Cassatie dat een Belgische rechter arbitrage voor zulke geschillen diende uit te sluiten in zoverre het arbitraal beding de arbiters oplegde om een ander dan het Belgisch recht toe te passen.[25]

20. In dezelfde zin stelt artikel X.25 WER dat betwistingen over een geschil, waarbij een handelsagent met hoofdvestiging in België betrokken is, eveneens onderworpen zijn aan de Belgische wet en tot de bevoegdheid behoren van de Belgische rechtbanken. Het wetsartikel bepaalt wel dat dit geldt 'onverminderd de toepassing van internationale verdragen die België heeft gesloten'.

Op basis van artikel X.25 WER besliste het Hof van Cassatie in een arrest van 3 november 2011 dat een arbitragebeding, dat erop gericht is om de beëindiging van een agentuurovereenkomst te onderwerpen aan vreemd recht (het recht van Québec), geen gevolg kon hebben, omdat het geschil niet aan de Belgische rechter kon worden onttrokken.[26]

21. De principes, vervat in het *Unamar*-arrest, hebben geleid tot een omkering van deze rechtspraak.

In een arrest van 7 april 2023,[27] en met verwijzing naar de *Unamar*-rechtspraak, was het Hof van Cassatie immers van oordeel dat de artikelen X.35-X.40 WER (de voormalige 'Concessiewet') geen bepalingen van bijzonder dwingend recht zijn in de zin van artikel 9 Rome I, omdat zij "*in hoofdzaak particuliere belangen*" beschermen.[28]

---

24 Cass. 16 november 2006, *TBH* 2007, 889, noot MERTENS D.

25 O.m. Cass. 14 januari 2010, *TBH* 2010, 455.

26 Cass. 3 november 2011, AR C.10.06113.N/1. Het cassatieberoep werd ingesteld tegen een arrest van het hof van beroep te Antwerpen van 23 september 2010, *onuitg.*

27 Cass. 7 april 2023, AR C.21.0325.N/1. De betwisting ging over de beëindiging van een concessieovereenkomst tussen een Oostenrijkse concessiegever en een Belgische concessienemer, die voorzag in een arbitraal beding en in de toepassing van Oostenrijks recht. Met verwijzing naar de op dat ogenblik gevestigde rechtspraak was de Belgische concessienemer van oordeel dat de betwisting niet vatbaar was voor arbitrage.

28 Cass. 7 april 2023, AR C.21.0325.N/1: "*De artikelen X.35 tot en met X.40 WER in verband met de eenzijdige beëindiging van voor onbepaalde tijd verleende concessies van alleenverkoop beschermen in hoofdzaak particuliere belangen en zijn dan ook geen bepalingen van bijzonder dwingend recht in de zin van artikel 9.1 Rome I-Verordening.*"; *Cf.* over dit arrest VANCOPPERNOLLE T., 'Nieuwe cassatierechtspraak over alleenverkoopwetgeving: géén loi de police en onvoorwaardelijk arbitreerbaar', www.corporatefinancelab.org; HANSEBOUT A., 'The arbitrability of Distribution Disputes: has the Supreme Court 'Thrown out the Baby with the Bathwater'?', *b-Arbitra* 2023, 479-512; HOLLANDER P., 'Arbitrage et distribution commerciale: The end of History', *TBH* 2023, 1169-1183.

Daarom was het Hof van oordeel dat de "*Belgische rechter die wordt gevat van een betwisting over de beëindiging van een concessie van alleenverkoop waarop de Rome I-Verordening van toepassing is, in weerwil van het bepaalde in artikel X.39 WER, het door de partijen gekozen vreemd recht niet terzijde kan schuiven om toepassing te maken van de voormelde Belgische bepalingen.*"

De arbitreerbaarheid van "*een geschil inzake de beëindiging van een concessie van alleenverkoop waarop de Rome I-Verordening van toepassing is*", mocht dan ook niet (langer) "*afhangen van de voorwaarde dat de arbiters toepassing zullen maken van de voormelde Belgische bepalingen of van een vreemd recht dat een gelijkwaardige bescherming biedt.*"

22. Eenzelfde evolutie was er m.b.t. artikel X.25 WER.[29]

Het *Unamar*-arrest werd uitgesproken naar aanleiding van een prejudiciële vraag die gesteld werd door het Hof van Cassatie bij arrest van 5 april 2012,[30] precies over artikel X.25 WER[31] in relatie tot een arbitraal beding opgenomen in een handelsagentuurovereenkomst onderworpen aan Bulgaars recht.

In aansluiting op het *Unamar*-arrest volgde er een verbrekingsarrest op 12 september 2014.[32] Na verwijzing, en bij arrest van 25 februari 2020, oordeelde het hof van beroep te Brussel evenwel dat het geen rechtsmacht had, aangezien de bepalingen van de agentuurwet volgens hem niet van 'bijzonder dwingend recht' waren.[33] Het arbitraal beding diende dus te worden toegepast.

Dwingende regels van de *lex fori* die enkel private belangen beschermen, kwalificeren niet als regels van bijzonder dwingend recht – De B2B-wet is geen regel van bijzonder dwingend recht

23. De vraag stelt zich of de B2B-wet een regel is van bijzonder dwingend recht in de zin van artikel 9 Rome I. Enkel in dat geval diende de ondernemingsrechtbank de Belgische B2B-wet te toetsen, onverminderd de onderaannemingsovereenkomst onderworpen was aan Nederlands recht.

24. Het wetsvoorstel stelt dat de wet kwalificeert als een '*loi de police*', zoals bedoeld door Rome I. De wetgever verantwoordde deze kwalificatie door te verwijzen naar het doel van de B2B-wet om enerzijds de publieke economie te beschermen en anderzijds ondernemingen te beschermen tegen onrechtmatige bedingen, misleidende en agressieve marktpraktijken.[34]

29 HANSEBOUT A., 'The arbitrability of Distribution Disputes: has the Supreme Court Thrown out the Baby with the Bathwater?', *b-Arbitra* 2023, 484-485.
30 Cass. 5 april 2012, www.cass.be.
31 Toen nog art. 27 Wet Handelsagentuur.
32 Cass. 12 september 2014, *Arr.Cass.* 2014, 1849.
33 Brussel 25 februari 2020, *IHT* 2021-1, 46.
34 Wetsvoorstel houdende wijziging van het Wetboek van economisch recht met betrekking tot misbruik van economische afhankelijkheid, onrechtmatige bedingen en oneerlijke marktpraktijken tussen ondernemingen, KAMER, 2018-2019, 22 februari 2019, 10-11.

Volgens het wetsvoorstel bevatte de B2B-wet dus "*beschermingsbepalingen die de economische orde beogen te reguleren*",[35] dewelke daarom zouden behoren tot de categorie bijzonder dwingend recht.

25. In het licht van het arrest van 7 april 2023 van het Hof van Cassatie is er echter – terechte – kritiek vanuit de rechtsleer op de kwalificatie van de B2B-wet als een '*loi de police*'. In navolging van het *Unamar*-arrest koppelde het Hof van Cassatie de kwalificatie als regel van 'bijzonder dwingend recht' in de zin van artikel 9 Rome I vast aan de vraag of de wet al dan niet voornamelijk tot doel heeft om particuliere belangen te beschermen.[36]

Ook de B2B-wet strekt o.i. in hoofdorde tot de bescherming van een juridisch zwakkere onderneming t.o.v. de sterkere wederpartij. Dit zijn dus in de eerste plaats particuliere belangen, die niet vallen onder de toepassing van artikel 9.1 Rome I.[37]

De kwalificatie van de B2B-wet als regel van bijzonder dwingend recht werd trouwens reeds vóór de hogervermelde arrest van 7 april 2023 bekritiseerd in de rechtsleer. Deze kwalificatie zou betekenen dat de B2B-wet ook in internationale zaken toegepast moet worden, evenwel zonder dat de wet voorziet in een territoriaal aanknopingspunt[38] (en dit in tegenstelling tot art. X.26 en X.39 WER). De kwalificatie als '*loi de police*' zou tevens tot gevolg hebben dat de verkeersvrijheden uit het VWEU worden belemmerd, en dit zonder al te veel rechtvaardiging vanuit de parlementaire voorbereiding van de B2B-wet.[39]

26. De ondernemingsrechtbank had dus in het geannoteerde vonnis geen rekening moeten houden met de B2B-wetgeving, omdat deze niet in haar vizier kwam vanuit de toepassing van de artikelen 9.1 en 9.2 Rome I. Het eindresultaat was hetzelfde gebleven, omdat het vonnis – o.i. terecht (*cf. infra*) – tot de bevinding kwam dat het gemengd geschillenbeding niet in strijd was met deze (interne) wetgeving.

Dwingende regels van de *lex fori* die enkel private belangen beschermen kwalificeren niet als regels van bijzonder dwingend recht – Artikel 5.52 BW is evenmin een regel van bijzonder dwingend recht

27. Boek 5 Verbintenissen van het Burgerlijk Wetboek introduceert met artikel 5.52 BW een algemeen verbod van onrechtmatige bedingen in toetredingscontracten. Overeenkomstig artikel 5.10 BW is een contract een toetredingscontract "*wanneer het vooraf en eenzijdig is opgesteld door een partij en er niet over onderhandeld kan worden*".

De parlementaire voorbereiding stelt niets over de kwalificatie van dit artikel als een '*loi de police*'. Uit het wetsvoorstel blijkt wel dat het verbod van onrechtmatige bedingen werd

35 *Ibid.*

36 *Cf. supra. Cf.* ook POLLEFEYT F., '(On)zin van de b2b-onrechtmatige bedingenleer na de hervorming van het verbintenissenrecht', *TPR* 2023, 1319-1322; VANCOPPERNOLLE T., 'Nieuwe cassatierechtspraak over alleenverkoopwetgeving: géén loi de police en onvoorwaardelijk arbitreerbaar', www.corporatefinancelab.org.

37 POLLEFEYT F., '(On)zin van de b2b-onrechtmatige bedingenleer na de hervorming van het verbintenissenrecht', *TPR* 2023, 1319-1322; VANCOPPERNOLLE T., 'Nieuwe cassatierechtspraak over alleenverkoopwetgeving: géén loi de police en onvoorwaardelijk arbitreerbaar', www.corporatefinancelab.org.

38 JAFFERALI R., LAUNE F. en VAN LOOCK S., 'Onrechtmatige bedingen in de B2B-wet van 4 april 2019: quel impact dans le domaine des ADR?', *b-Arbitra* 2021, 277-282.

39 JAFFERALI R., LAUNE F. en VAN LOOCK S., 'Onrechtmatige bedingen in de B2B-wet van 4 april 2019: quel impact dans le domaine des ADR?', *b-Arbitra* 2021, 277-282.

ingevoerd met de intentie om zwakkere partijen te beschermen.[40] Artikel 5.52 BW heeft derhalve ook voornamelijk tot doel particuliere belangen te beschermen en valt dus niet onder de toepassing van artikel 9.1 Rome I.

Beknopte analyse van de rechtsgeldigheid van een gemengd geschillenbeding naar het interne Belgische recht - Wat dan met de B2B-wet en art. 5.52 BW?

28. De B2B-wet verbiedt bedingen die ertoe strekken "*in geval van betwisting, de andere partij te doen afzien van elk middel van verhaal tegen de onderneming*" (art. VI.91/4, 3° WER). De parlementaire voorbereiding bestempelt - toch erg verrassend - een arbitragebeding als voorbeeld van dergelijke verboden beding.[41]

Dit wordt unaniem - en terecht - bekritiseerd in de rechtsleer.

29. Een arbitragebeding zorgt er namelijk niet voor dat een onderneming afziet van elk middel van verhaal. Met dergelijk beding kiezen partijen louter om hun geding voor te leggen aan een arbiter in plaats van een overheidsrechter. De partijen opteren hiermee dus voor een alternatieve vorm van geschillenbeslechting, waardoor zeker niet 'ieder middel tot verhaal' wordt uitgesloten.[42]

Een arbitraal beding belemmert evenmin het recht op toegang tot de rechter. Uit de vaste rechtspraak van het EHRM blijkt dat een arbitragebeding niet *in se* strijdig is met het recht op toegang tot de rechter.[43] Een arbitragebeding houdt volgens het EHRM namelijk een afstand in van bepaalde rechten, voorzien in artikel 6 EVRM, hetgeen toegelaten is zolang de toestemming met het beding in kwestie vrij, geldig en ondubbelzinnig is.[44]

Bovendien zou dergelijke interpretatie van artikel VI.91/4, 3° WER incoherent zijn, gelet op de interpretatie van artikel VI.83, 22° WER. Dit artikel voorziet eenzelfde verbod voor B2C-contracten, doch hier wordt wel geaccepteerd dat arbitragebedingen niet onder dit verbod vallen,[45] waarbij een consument toch een betere rechtsbescherming geniet dan een onderneming.

---

40 Wetsvoorstel houdende Boek 5 "Verbintenissen" van het Burgerlijk Wetboek, KAMER, 2020-2021, 24 februari 2021, 60.

41 Wetsvoorstel houdende wijziging van het Wetboek van economisch recht met betrekking tot misbruik van economische afhankelijkheid, onrechtmatige bedingen en oneerlijke marktpraktijken tussen ondernemingen, KAMER, 2018-2019, 22 februari 2019, 26.

42 JAFFERALI R., LAUNE F. en VAN LOOCK S., 'Onrechtmatige bedingen in de B2B-wet van 4 april 2019: quel impact dans le domaine des ADR?', *b-Arbitra* 2021, 290-292; POLLEFEYT F., '(On)zin van de b2b-onrechtmatige bedingenleer na de hervorming van het verbintenissenrecht', *TPR* 2023, 1356-1359; STEENNOT R., 'Zwarte en grijze lijst van onrechtmatige bedingen, Commentaar bij artikel VI.91/4 WER', *OHRA* 2019, 173.

43 JAFFERALI R., LAUNE F. en VAN LOOCK S., 'Onrechtmatige bedingen in de B2B-wet van 4 april 2019: quel impact dans le domaine des ADR?', *b-Arbitra* 2021, 290-292; POLLEFEYT F., '(On)zin van de b2b-onrechtmatige bedingenleer na de hervorming van het verbintenissenrecht', *TPR* 2023, 1356-1359.

44 EHRM 28 oktober 2010, 1643/06, 'Suda/de Tsjechische Republiek', r.o. 48-49; EHRM 2 oktober 2018, 40575/10 en 67474/10, 'Mutu en Pechstein/Zwitserland', r.o. 96; JAFFERALI R., LAUNE F. en VAN LOOCK S., 'Onrechtmatige bedingen in de B2B-wet van 4 april 2019: quel impact dans le domaine des ADR?', *b-Arbitra* 2021, 290-292. Zie verder ook KNIGGE M.W. en RIBBERS P.L.F., 'Arbitrage, afstand van recht en artikel 6 EVRM", *Tijdschrift Voor Arbitrage*, 2017, 35-43.

45 JAFFERALI R., LAUNE F. en VAN LOOCK S., 'Onrechtmatige bedingen in de B2B-wet van 4 april 2019: quel impact dans le domaine des ADR?', *b-Arbitra* 2021, 290-292; POLLEFEYT F., '(On)zin van de b2b-onrechtmatige bedingenleer na de hervorming van het verbintenissenrecht', *TPR* 2023, 1356-1359; STEENNOT R., 'Zwarte en grijze lijst van onrechtmatige bedingen, Commentaar bij artikel VI.91/4 WER', *OHRA* 2019, 173.

Een arbitragebeding schept o.i. op zich geen kennelijk onevenwicht, aangezien het beding principieel neutraal is.[46] Bovendien heeft de wetgever arbitrage wettelijk erkend en geregeld als alternatieve vorm van geschillenbeslechting, waardoor er bezwaarlijk kan gesteld worden dat de keuze voor arbitrage een kennelijk onevenwicht zou scheppen tussen partijen.[47]

30. Een asymmetrisch gemengd geschillenbeding – een beding waar de keuze voor arbitrage of de gewone rechtbanken toekomt aan één partij (zoals in het besproken vonnis) – neigt wel meer naar de algemene verbodsbepaling van artikel VI.91/3, § 1 WER. *In concreto* moet er aan de hand van de in het beding vastgelegde modaliteiten en in de context van de andere bedingen van het contract[48] worden nagegaan of het beding een kennelijk onevenwicht creëert tussen de rechten en de plichten van de partijen.[49] Dit zou mogelijk het geval kunnen zijn indien het beding buitensporige modaliteiten voorschrijft.[50]

Toch kan o.i. ook voor zulke bedingen niet *a priori* worden besloten dat het contractueel vastgelegde verschil in behandeling een kennelijk onevenwicht schept. Artikel VI.91/3 WER kan namelijk niet in die zin worden geïnterpreteerd dat elk beding van een overeenkomst wederkerig moet zijn. Bovendien zijn partijen in beginsel vrij om de wijze van geschillenbeslechting contractueel – ook op een onderscheiden manier – te regelen.[51]

31. De motivering van het besproken vonnis dient dan ook te worden bijgetreden:

> *"Ook naar Belgisch recht is voormeld beding trouwens geldig. In tegenstelling tot wat [BOA] voorhoudt, is er geen sprake van een schending van de bepalingen van de zgn. B2B-wetgeving (Boek VI Titel 3/1 WER). Aldus kan het beding niet worden aanzien als een "kennelijk onevenwicht beding" in de zin van artikel VI.91/3, § 1 WER. Evenmin betreft het een onrechtmatig beding in de zin van artikel VI.91/4, 3° WER (de zgn. "zwarte lijst"). Voorliggend strekt het beding er geenszins toe in geval van betwisting, de andere partij te doen afzien van elk middel van verhaal. Ten slotte is er ook geen sprake van een onrechtmatig beding in de zin van artikel VI.91/5, 4°WER (de zgn. "grijze lijst"). Dit laatste artikel betreft bepaalde beperkingen of uitsluitingen van het recht op uitvoering, het recht op schadevergoeding, het recht op ontbinding en het recht op opschorting. Het heeft dan ook geen betrekking op bedingen inzake arbitrage of forum."*

---

46 CLAEYS I. en VAN CAUWENBERGHE H., 'Over de geldigheid van arbitrageclausules in algemene voorwaarden of toetredingscontracten', *b-Arbitra* 2023, 429-431; JAFFERALI R., LAUNE F. en VAN LOOCK S., 'Onrechtmatige bedingen in de B2B-wet van 4 april 2019: quel impact dans le domaine des ADR?', *b-Arbitra* 2021, 295-297.

47 JAFFERALI R., LAUNE F. en VAN LOOCK S.,'Onrechtmatige bedingen in de B2B-wet van 4 april 2019: quel impact dans le domaine des ADR?', *b-Arbitra* 2021, 295-297.

48 CLAEYS I. en VAN CAUWENBERGHE H., 'Over de geldigheid van arbitrageclausules in algemene voorwaarden of toetredingscontracten', *b-Arbitra* 2023, 429-431; JAFFERALI R., LAUNE F. en VAN LOOCK S., 'Onrechtmatige bedingen in de B2B-wet van 4 april 2019: quel impact dans le domaine des ADR?', *b-Arbitra* 2021, 295-297.

49 JAFFERALI R., LAUNE F. en VAN LOOCK S., 'Onrechtmatige bedingen in de B2B-wet van 4 april 2019: quel impact dans le domaine des ADR?', *b-Arbitra* 2021, 295-297; STEENNOT R., 'Zwarte en grijze lijst van onrechtmatige bedingen, Commentaar bij artikel VI.91/4 WER', *OHRA* 2019, 173.

50 JAFFERALI R., LAUNE F. en VAN LOOCK S., 'Onrechtmatige bedingen in de B2B-wet van 4 april 2019: quel impact dans le domaine des ADR?', *b-Arbitra* 2021, 307-308.

51 Kh. Gent 18 september 1997, *TBH* 1999, 43 dat tot de geldigheid besloot van een clausule die voorzag in een voorkeur voor arbitrage en daarnaast de gewone rechtbanken (van Gent) bevoegd verklaarde. JAFFERALI R., LAUNE F. en VAN LOOCK S., 'Onrechtmatige bedingen in de B2B-wet van 4 april 2019: quel impact dans le domaine des ADR?', *b-Arbitra* 2021,307-308.

32. Een arbitragebeding in een toetredingscontract en een gemengd geschillenbeding in een toetredingscontract kunnen opnieuw mogelijk neigen naar een kennelijk onevenwicht in de zin van artikel 5.52 BW,[52] doch ook dat zal afhangen van de concrete omstandigheden. Ook inzake artikel 5.52 BW kan er o.i. immers inspiratie gehaald worden bij artikel VI.91/3 WER om niet *a priori* te besluiten dat de betrokken bedingen in een toetredingscontract een kennelijk onevenwicht scheppen tussen de partijen.[53]

Hans VAN GOMPEL en Dieter COLLAER
Advocaten

52 Art. 5.52 BW was temporeel niet van toepassing op de feiten, daar, blijkens het besproken vonnis, de onderaannemingsovereenkomst werd afgesloten op 8 december 2020.

53 Zie ook CLAEYS, I. en VAN CAUWENBERGHE, H., 'Over de geldigheid van arbitrageclausules in algemene voorwaarden of toetredingscontracten', *b-Arbitra* 2023, 429-431.