## HOF VAN BEROEP TE ANTWERPEN

### 2de kamer ter — 15 september 2010

Zetel: mevr. V. Lenders, voorzitter.
Pleiters: mrs. J. Rowies, C. Liekendael loco N. Labeeuw (Brussel).
Inzake 2009/AR/1956 — NV P./ BVBA E.

**Arbitrage — Afwezigheid rechtsmacht gewone rechtbanken — Onwerkzaam arbitraal beding — Gevolgen.**

*Een aan arbitrage onderworpen geschil dat voor een rechter wordt aanhangig gemaakt, leidt niet tot de niet-ontvankelijkheid van de vordering, doch tot de onbevoegdheid van de rechter om kennis te nemen van dat geschil.*

*Wanneer de door partijen aangeduide scheidsrechtelijke instantie niet meer bestaat, kan deze arbitrageclausule de facto geen uitwerking krijgen en dient deze aldus te worden aanzien als zijnde van rechtswege vervallen.*

---

...

**I. Feitelijkheden — Voorwerp van de vorderingen — Voorgaanden**

Onderhavig ter beoordeling voorliggend geschil betreft de invordering door geïntimeerde van het nog openstaande saldo van twee facturen, welke zij aan appellante heeft uitgeschreven voor de uitvoering van de tussen hen op 26 juni 2006 gesloten overeenkomst, waarbij geïntimeerde zich verbond om de in opdracht van appellante uit te voeren bouw van de R. (...) te H. (...), bestaande uit een handelsruimte met appartementen, te coördineren tegen een vergoeding van 49.575 EUR, excl. BTW, hetzij 59.985,75 EUR incl. 21% BTW.

...

Tot slot bevat deze overeenkomst nog navolgende voor de beoordeling van onderhavige zaak relevant zijnde bepaling:

*"Artikel 10 — Geschillen*

*Iedere onenigheid tengevolge of bij gelegenheid van de huidige aanneming, voor, tijdens of na de uitvoering, tussen de Opdrachtgever, en de coördinator en of aannemer of slechts twee onder hen, zal beslecht worden door een arbeidsrechterlijke uitspraak.*

*De aanduiding van de scheidsrechter(s) en de rechtspleging zullen geschieden overeenkomstig de statuten (verschenen in het Belgisch Staatsblad) van de Scheidsrechterlijke kamers van de Bouwnijverheid waarvan de zetel gevestigd in de provincie of de streek waar de bouwplaats zich bevindt en waarvan de ondergetekenden verklaren kennis te hebben genomen en de bepalingen ervan te aanvaarden."*

...

Bij bestreden vonnis werd de exceptie van arbitrage toelaatbaar, doch ongegrond verklaard om reden dat er, volgens geïntimeerde, geen arbeidsrechterlijke kamers meer bestaan en appellante zulks beaamde en, waar partijen hun betwisting bijgevolg niet aan de scheidsrechterlijke kamers van de bouwnijverheid kunnen onderwerpen, en de rechtbank achtte dit proces te kunnen uitmaken te meer daar zij *ratione materiae* bevoegd is.

...

De door geïntimeerde gevorderde forfaitaire schadevergoeding van 4.183,58 EUR alsook de door haar gevorderde conventionele intresten van 12% werden door de eerste rechter overdreven en te hoog gevonden en derhalve gereduceerd tot respectievelijk 2.500 EUR en 10%.

De vordering van geïntimeerde werd aldus ontvankelijk en deels gegrond verklaard en appellante veroordeeld tot betaling aan geïntimeerde van een bedrag van 45.944,80 EUR, meer de conventionele intresten, beperkt tot 10%, op 41.835,75 EUR (...)

Het aldus gewezen vonnis werd ten slotte nog uitvoerbaar verklaard bij voorraad niettegenstaande elk verhaal en zonder borgstelling.

## II. Vorderingen in hoger beroep

Appellante vraagt om, bij hervorming van het bestreden vonnis, de initieel opgeworpen exceptie van arbitrage gegrond te verkla-

ren met en de niet-ontvankelijkheid van de initieel ingestelde vordering tot gevolg, ondergeschikt (...).

Geïntimeerde besluit tot de ontvankelijk, doch ongegrondheid van het hoger beroep van appellante en beoogt de bevestiging van het bestreden vonnis in al zijn onderdelen.

In zover het hof echter van oordeel is dat artikel 10 van de overeenkomst moet worden toegepast en het zich daarom onbevoegd verklaart, vraagt geïntimeerde dat het hof een arbiter aanduidt die zal oordelen over onderhavige vordering vanwege E.

...

## III. Beoordeling van het hoger beroep

...

### *Ten gronde*

Betreffende de door appellante opgeworpen exceptie van arbitrage

Daar waar appellante aldus vraagt om de door haar voor de eerste rechter opgeworpen exceptie alsnog gegrond te verklaren met de niet-ontvankelijkheid van de initieel te haren laste gestelde vordering van geïntimeerde tot gevolg, merkt het hof vooreerst en louter volledigheidshalve op dat het feit dat een aan arbitrage onderworpen geschil voor een rechter wordt aanhangig gemaakt niet leidt tot de niet-ontvankelijkheid van de vordering, welke het voorwerp daarvan uitmaakt, doch daaruit, naar woorden van de wet zelf, volgt dat de rechter zich onbevoegd moet verklaren om kennis te nemen van dat geschil.

In tegenstelling tot hetgeen appellante daaromtrent voorhoudt, bestaat er daartoe *in casu* evenwel geen reden.

Met de eerste rechter dient te worden vastgesteld dat onderhavige tussen partijen bestaande betwisting over de gehoudenheid van appellante tot betaling van de door geïntimeerde ingevorderde facturen een onenigheid betreft, zoals bedoeld in artikel 10 van de tussen partijen gesloten aannemingsovereenkomst, en de omstandigheid dat bedoelde facturen, volgens geïntimeerde, niet of laattijdig werden geprotesteerd en deze aldus worden geacht te zijn aanvaard, daaraan geen afbreuk doet.

Waar evenwel de daarin door partijen aangeduide scheidsrechterlijke instantie, nl. de scheidsrechterlijke kamers van de bouwnijverheid, volgens de als dusdanig door appellante niet weerlegde stelling van geïntimeerde, op heden niet meer bestaat, kan deze arbitrageclausule *de facto* geen uitwerking krijgen en dient deze aldus te worden aanzien als zijnde van rechtswege vervallen.

De bij het bestreden vonnis gewezen beslissing, waarbij de door appellante ingeroepen exceptie van arbitrage ongegrond werd verklaard, is dienvolgens te bevestigen.

…

**Noot: Een pathologisch arbitraal beding inzake de benoeming van arbiters: onwerkzaam of remediëring?**

**1.** Partijen kunnen binnen de wettelijke grenzen vrij bepalen hoe de arbiters worden aangewezen. Zij kunnen hiervoor verwijzen naar het reglement van een arbitrage-instelling [1].

**2.** Artikel 1687 Ger.W. regelt de vervanging van een arbiter in geval van zijn overlijden of verhindering om zijn opdracht te aanvaarden: de vervanging geschiedt *"volgens de regels die op zijn aanwijzing of benoeming toepasselijk zijn"*. Indien de overleden of verhinderde arbiter in het arbitraal beding bij naam wordt genoemd, vervalt het arbitraal beding evenwel *"van rechtswege"*.

De vervanging van een arbiter is derhalve onmogelijk wanneer de arbiter met naam wordt genoemd in het arbitraal beding. Deze onmogelijkheid wordt dan toegeschreven aan het *intuitu personae*-karakter (t.o.v. de arbiters) van de arbitrageovereenkomst. Deze vervanging zou *mutatis mutandis* eveneens onmogelijk zijn wanneer de arbitrale instelling die de arbiters moet benoemen heeft opgehouden te bestaan [2].

**3.** Ook het besproken arrest [3] stelde vast dat de aangeduide arbitrale instelling die tot benoeming van de arbiters diende over te gaan — *"de scheidsrechtelijke kamers van de bouwnijverheid"* — niet meer bestond en verklaarde het arbitraal beding *"van rechtswege vervallen"*.

[1] H. VAN HOUTTE, K. COX en S. COOLS, "Overzicht van rechtspraak: Arbitrage (1972-2006)", *TBH* 2007, 135.

[2] M. LOOYENS, *Artikelsgewijze bespreking gerechtelijk recht*, Kluwer, losbl., art. 1687-5, met verwijzing naar M. HUYS en G. KEUTGEN, "*Chronique de jurisprudence: L'arbitrage (1950-1976)", JT* 1976, 58.

[3] Het arrest bevestigde een vonnis van 23 juni 2009 van de rechtbank van koophandel te Hasselt (AR 08/3723).

Het *"pathologisch"*[4] karakter van het arbitraal beding leidde tot de vaststelling dat de gewone rechtbanken rechtsmacht hadden. De door appellante ingeroepen exceptie van arbitrage werd ongegrond verklaard.

**4.** Hierbij rijst wel de vraag of er geen andere mogelijkheid was om de duidelijke keuze — partijbeslissing — van partijen tot geschillenbeslechting via arbitrage alsnog te respecteren en om het pathologisch arbitraal beding te remediëren. Artikel 1684 Ger. W. biedt de voorzitter van de rechtbank van eerste aanleg immers de mogelijkheid om op verzoek van de meest gerede partij tussen te komen bij de benoeming van arbiters.

Zo besliste het hof van beroep te Antwerpen in een arrest van 26 mei 2008[5] dat de door partijen in het arbitraal beding aangeduide arbitrale instelling *"Antwerpse Arbitrage"* diende te worden beschouwd als de Antwerpse Kamer voor Bemiddeling en Arbitrage (AKABA), weliswaar opgeslorpt in de Vlaamse Organisatie voor Bemiddeling en Arbitrage (VOBA). Volgens het hof was *"Antwerpse Arbitrage"* derhalve geen onbestaande arbitrale instelling. De keuze tot arbitrale procedure diende te worden gerespecteerd en de gewone rechtbanken hadden geen rechtsmacht.

De voorzitter van de rechtbank van eerste aanleg te Namen oordeelde in dezelfde zin over een arbitraal beding dat voorzag dat de voorzitter van de Kamer der Notarissen de arbiter diende aan te stellen zonder evenwel te voorzien door welke territoriale kamer dit precies diende te gebeuren. Voor de rechter stond het evenwel vast dat partijen voor arbitrage hadden gekozen. De ontbrekende vermelding ontkrachtte de bedoeling van partijen niet. In de geest van het beding werd een arbiter aangeduid[6].

Hans VAN GOMPEL

Advocaat

---

[4] H. VAN HOUTTE, K. COX en S. COOLS, "Overzicht van rechtspraak: Arbitrage (1972-2006)", *TBH* 2007, 135

[5] Antwerpen 26 mei 2008, *NJW* 2009, 85.

[6] Voorz. Rb. Namen 2 oktober 1996, *JT* 1997, 276, zoals besproken door H. VAN HOUTTE, K. COX en S. COOLS, "Overzicht van rechtspraak: Arbitrage (1972-206)", *TBH* 2007, 136, waarbij eveneens wordt verwezen naar een niet-gepubliceerd arrest van het hof van beroep te Brussel dat oordeelde in dezelfde zin: Brussel 5 februari 2003, AR 1996/2526, onuitg.