

Arbitrale uitspraak, 20 januari 2012

Alleenzetelend arbiter: Guy Schepers

Arbitrage – Arbitragebeding in algemene voorwaarden van aannemingsovereenkomst – Rechtsgeldigheid

Arbitrage – Clause d'arbitrage dans les conditions générales du contrat d'entreprise – Validité

De aanvaarding van de offerte door de opdrachtgever heeft tot gevolg dat de partijen gebonden zijn door de integrale aannemingsovereenkomst, waartoe de algemene voorwaarden van de aannemer behoren. Het verweer dat de factuur geprotesteerd zou zijn geweest wegens gebrekkige uitvoering, doet geen afbreuk aan de geldigheid van de aannemingsovereenkomst. De opdrachtgever toont voorts niet aan dat het arbitragebeding het evenwicht tussen de uit de aannemingsovereenkomst voortvloeiende rechten en verplichtingen van de partijen zou verstoren. De arbiter leidt uit deze elementen af dat de overeenkomst tot arbitrage rechtsgeldig is verrat in voor partijen bindende stukken, met name de aannemingsovereenkomst.

L'acceptation de l'offre par le maître d'ouvrage a pour effet que toutes les parties sont liées par l'intégralité du contrat d'entreprise, dont font partie les conditions générales de l'entrepreneur. L'argument de défense selon lequel la facture aurait été protestée pour exécution défectueuse ne porte pas atteinte à la validité du contrat d'entreprise. Le maître d'ouvrage ne démontre pas, par ailleurs, que la clause d'arbitrage porterait atteinte à l'équilibre entre les droits et obligations des parties résultant du contrat d'entreprise. L'arbitre déduit de ces éléments que le contrat d'arbitrage est valablement inclus dans des pièces contraignantes pour les parties, en l'occurrence le contrat d'entreprise.

.....

2. De vordering.

De vordering van de aannemer beoogt de veroordeling van zijn opdrachtgever tot betaling van 4.022,07 EUR, te vermeerderen met intresten, conventionele schadevergoeding en kosten, uit hoofde van het onbetaald gebleven saldo op zijn factuur 100264 voor de beweerde uitvoering van aannemingswerken.

Eiser wenst toepassing te maken van arbitrage op grond van de aannemingsovereenkomst en meer bepaald van art. 39 van zijn Algemene Voorwaarden.

De verweerders betwisten vooreerst de toepassing van arbitrage en de rechtsmacht van de arbiter, terwijl zij zich evenmin akkoord kunnen verklaren met de vordering ten gronde.

3. De feiten.

De relevante feiten, nuttig voor de beoordeling van de zaak, zoals zij uit de stukken en het schriftelijk verweer van de partijen blijken, kunnen als volgt worden samengevat.

De aannemer verstrekt op 09.09.2010 per e-mail (stuk 5A) een offerte (stuk 5B, C) met nummer 2010108 voor de uitvoering van grondwerken rond de woning van "B-W, BE3670 Gruitrode".

Deze e-mail omvat eveneens zijn algemene voorwaarden (stuk 3).

Per e-mail van 21.09.2010 (stuk 6) bevestigt "A" de ontvangst van de voornoemde offerte met de bewoordingen "Graag gaan wij op uw offerte in".

Het bewijs van betaling van een voorschot van 3.000 EUR wordt ondertekend door de partijen (stuk 7). Dit document draagt verder de stempel van "A", ..., 3670 Gruitrode, België", met BTW-nummer "xxx".

De daaropvolgende factuur (stuk 8A, B) wordt geadresseerd aan "W, ..., BE3670 Gruitrode" met vermelding van het gekende BTW-nummer "xxx".

Het BTW-nummer behoort toe aan W, ..., 3670 Meeuwen-Gruitrode, handeldrijvende onder de benaming "A" (stuk 2). De handelsactiviteit van betrokkene houdt, luidens de vermeldingen in de Kruispuntbank Ondernemingen, verband met o.m. de handelsbemiddeling in landbouwproducten, levende dieren, textielgrondstoffen en halffabrikaten, de activiteit van bouwarchitecten, het fokken en de handel van dieren, de handel in eigen onroerend goed, het toezien op bouwwerkzaamheden (ruwbouw, installatie, afwerking, enz.), het leiden van belangrijke herstellingswerkzaamheden aan gebouwen.

Op 30.12.2010 (stuk 2 verweerders) verzoeken verweerders om een prijscorrectie op de factuur van 20.12.2010.

De betaling van de factuur van 20.12.2010 wordt dan weer bij brief van 15.02.2011 (stuk 10) in het vooruitzicht gesteld in de derde week van maart 2011.

Daaropvolgende briefwisseling (stuk 11, 12) noch de ingebrekestelling van 01.04.2011 (stuk 14) leiden tot betaling.

De reactie van 05.05.2011 (stuk 16) kan eiser niet overtuigen. Hij leidt de arbitrageprocedure in met zijn verzoekschrift van 04.07.2011.

Bij aangetekende zending van 04.07.2011 stellen de verweerders (hun stuk 4) eiser in gebreke wegens de gebrekkige uitvoering van de aanneming.

De raadsman van verweerders herhaalt de klachten en stelt voor het eerst de toepassing van arbitrage ter discussie op 12.07.2011 (zijn stuk 5).

4. De procedure.

4.1. De aannemer dient op 04.07.2011 zijn arbitrageaanvraag in op de huidige maatschappelijke zetel van de VZW OVAR (Overkoepelende Arbitrage Raad) te 8000 Brugge, Pater Damiaanstraat 26 (stuk 4), onder verwijzing naar het arbitragebeding, vermeld in art. 39 van zijn algemene voorwaarden (stuk 3).

OVAR vzw stelt vervolgens de ondergetekende aan tot alleenzetelend arbiter, die deze opdracht aanvaardt.

4.2. Het scheidsgerecht nodigt bij aangetekende brief van 06.07.2011 de verweerders uit hun standpunt en argumentatie schriftelijk te ontwikkelen voor 01.08.2011 en tegenwoordig te zijn op de zitting van het scheidsgerecht op 11.08.2011 om 16.30 uur ten kantore van de arbiter te Brasschaat. Deze zitting vindt geen doorgang op verzoek van de raadslieden.

4.3. De verweerders concluderen op 18.08.2011 en 10.09.2011 tot de onbevoegdheid van de arbiter, terwijl eiser op 12.09.2011 de arbiter verzoekt zich wel integendeel bevoegd te verklaren.

4.4. In uitvoering van de afspraak tussen de raadslieden be-

perkt de arbiter zich voorlopig om uitsluitel te geven nopens de toepassing van arbitrage.

4.5. Het Nederlands is de taal van de rechtspleging.

5. Beoordeling.

5.1. De e-mail, waarmee de aannemer zijn offerte verzendt, omvat zijn algemene voorwaarden. Deze vaststelling wordt niet betwist.

De tekst van de offerte zelf herhaalt dat de algemene voorwaarden integraal deel uitmaken van deze offerte, terwijl de aanvaarding door de klant veronderstelt dat hij kennis genomen heeft van de algemene voorwaarden en deze zonder enig voorbehoud aanvaardt.

5.2. Deze Algemene Voorwaarden bevatten in art. 39 een arbitragebeding:

"Uitdrukkelijk Arbitrage Beding

Als wederzijdse garantie en verbintenis tot snelle geschillen-regeling door arbitrage, is de arbitragecommissie OVAR vzw belast met de aanstelling van scheidsrechters welke bevoegd zullen zijn elk geschil voortspruitend uit huidig contract, definitief te beslechten conform haar werkingsreglement, dat kosteloos kan bekomen worden bij OVAR vzw, Cipalstraat 3, 2440 Geel. Deze clause vervangt alle hiermee strijdige bevoegdheidsclausules. Deze overeenkomst wordt beheerst door het Belgische recht."

5.3. Op 21.09.2010 komt de aannemingsovereenkomst tot stand waar "A" haar e-mail aanvat met de woorden:

"Wij hebben uw offerte van 9 september in goede orde ontvangen. Graag gaan wij op uw offerte in en wel in de volgende tijdspanne indien mogelijk voor u."

5.4. Zonder enig voorbehoud m.b.t. de algemene voorwaarden wordt aan de aannemer een voorschot van 3.000 EUR betaald, bevestigd namens "B – W" door "A", 3670 Gruitrode, België, Tel/Fax 0(032)87/..., BTWnr: BExxx".

De aannemer maakt vervolgens zijn factuur van 20.12.2010 op aan "W, ..., BE3670 Gruitrode" met BTW-nummer "BExxx".

5.5. Uit de voorgaande vaststellingen leidt de arbiter af dat de aanvaarding van de offerte door de opdrachtgever tot gevolg heeft dat partijen gebonden zijn door de integrale aannemingsovereenkomst, waartoe de algemene voorwaarden van de aannemer behoren.

5.6. Het verweer, dat de factuur van 20.12.2010 door de opdrachtgever geprotesteerd zou geweest zijn wegens gebrekkige uitvoering, laat onverlet dat de aannemingsovereenkomst van 21.09.2010 volkomen geldig is.

Ten overvloede stelt de arbiter vast dat de opdrachtgever niet eerder dan op 05.05.2011 naar een gebeurlijk beroep op de Rechtbank verwijst.

Waar dit schrijven van 05.05.2011 amper kan aanzien worden als een mogelijke afwijzing van arbitrage, is deze opmerking alleszins laattijdig.

Verder toont de opdrachtgever hoegenaamd niet aan dat het

arbitragebeding het evenwicht tussen de uit de aannemingsovereenkomst voortvloeiende rechten en verplichtingen van de partijen te haren nadele zou verstoren.

De aangekondigde rechtsgang – buiten de arbitrageprocedure – heeft de opdrachtgever overigens ook niet aangevat.

5.7. De arbiter leidt hieruit af dat de overeenkomst tot arbitrage rechtsgeldig vervat is in voor partijen bindende stukken, met name de aannemingsovereenkomst, waaruit hun wil blijkt om het geschil aan arbitrage te onderwerpen, zoals vereist door art. 1677 Ger.W.¹.

Partijen hebben in toepassing van art. 1682 Ger.W.² een derde belast met de aanwijzing van de arbiter.

De procedure verloopt in toepassing van de Belgische wetgeving op de Arbitrage.

De verweerder toont in genende enige schending aan van haar rechten van verdediging.

5.8. Het wordt niet betwist dat het geschil vatbaar is voor arbitrage.

5.9. De opdrachtgever steunt zijn verweer op o.m. een vonnis van de Rechtbank van Koophandel van Tongeren dd. 02.05.2011 om te concluderen dat het "algemeen aanvaard zou zijn dat een arbitrageclausule vervat moet zijn in een door partijen ondertekend geschrift".

Deze interpretatie gaat voorbij aan de overweging van art. 1677 Ger.W. dat duidelijk bepaalt dat ook andere "partijen bindende stukken" tot een arbitrageprocedure kunnen leiden.

De e-mail, waarmee de opdrachtgever de offerte aanvaardt, bewijst de totstandkoming van de aannemingsovereenkomst en voldoet aan de voorwaarden van art. 1677 Ger.W.

De betaling en de ondertekende kwitantie van het voorschot, de correspondentie vormen even zovele bewijzen van het bestaan van de voorliggende aannemingsovereenkomst.

De arbiter stelt vast dat de opdrachtgever de offerte van de aannemer, waarvan zijn algemene voorwaarden deel uitmaken, aanvaard heeft.

De aldus tot stand gebrachte aannemingsovereenkomst is het bindend stuk, waarin de partijen blijk geven van hun wil om elk geschil aan arbitrage te onderwerpen.

Waar de Rechtbank van Koophandel te Tongeren in de voorgelegde zaak geen inzage kreeg van de algemene voorwaarden, kon zij de aanwezigheid van een geldig arbitragebeding niet vaststellen.

Deze uitspraak is evenwel niet richtinggevend voor de behandeling van onderhavig geschil, waar alle stukken voorhanden zijn.

De opdrachtgever verwijst tenslotte naar een samenvatting in "Jura" van een vonnis van de Rechtbank te Tongeren dd. 15.01.1997.

Gezien het ontbreken van de volledige tekst van deze uitspraak kan hiermee geen rekening gehouden worden.

5.10. De opdrachtgever heeft onmiskenbaar de hoedanigheid van handelaar.

Buiten de elementen, hierboven geschetst, kan de opdrachtgever niet ontkennen dat haar raadsman zich in zijn brief van 12.07.2011 (diens stuk 5) voorstelt als raadsman van

1. Een overeenkomst tot arbitrage behoort te zijn vervat in een door partijen ondertekend geschrift, of in andere hen bindende stukken, waarin zij blijk hebben gegeven van hun wil om het geschil aan arbitrage te onderwerpen.
2. Partijen kunnen bij de overeenkomst tot arbitrage of daarna de (arbiter) of de (arbiters) aanwijzen dan wel een derde met die aanwijzing belasten. Hebben partijen de (arbiters) niet aangewezen en zijn zij ook niet overeengekomen op welke wijze deze moeten worden aangewezen, dan wijst ieder van hen na het ontstaan van het geschil een (arbiter) of, zo nodig een gelijk aantal (arbiters) aan.

"mevrouw W, handeldrijvende onder de benaming AMARANTE".

Arbitrage is, zoals mediation, in de Belgische wetgeving verankerd en partijen kunnen vrij opteren voor deze vorm van rechtspleging en legale geschillenoplossing.

In handelsrelaties is een arbitrageclausule absoluut geen ongebruikelijk beding en ook voor consumentengeschillen wenst de Europese Commissie de toepassing van arbitrage te bevorderen, zoals blijkt uit het voorstel van 29.11.2011 van het Europees Parlement en de Raad betreffende alternatieve beslechting van consumentengeschillen en tot wijziging van Verordening 2006/2004 en Richtlijn 2009/22/EG.

5.11. Besluit: arbitrage is toepasselijk, de vordering van eiser is ontvankelijk ten overstaan van Mevrouw W en de arbiter is bevoegd om over de eis en een gebeurlijke tegeneis te oordelen.

5.12. De partijen wensen zich voorlopig te beperken tot hun schriftelijke argumentatie. Aangezien de plaats van arbitrage (nog) niet vastgesteld is, wijst de arbiter de Rechtbank van Eerste Aanleg te Tongeren aan voor homologatie van zijn arbitrale uitspraak, vermits in dit arrondissement de rechter zetelt die bevoegd zou zijn geweest om kennis te nemen van het geschil indien het niet aan arbitrage was onderworpen (Art. 1717, 2 Ger.W.).

6. Besluit.

De alleenzetelende arbiter, rechtsprekende op tegenspraak, verklaart arbitrage toepasselijk, acht zich bevoegd en ontvangt de vordering;

bepaalt de conclusietermijnen als volgt:

voor de opdrachtgever:	24 februari 2012
voor de aannemer:	30 maart 2012
voor de opdrachtgever:	27 april 2012;

gelast de partijen hun verhinderdata gedurende de maand mei 2012 kenbaar te maken aan de arbiter uiterlijk 27 januari 2012;

verklaart deze arbitrale uitspraak uitvoerbaar bij voorraad; houdt de kosten aan;

beveelt de toezending van deze arbitrale uitspraak aan de partijen en de neerlegging ter griffie van de Rechtbank van Eerste Aanleg te Tongeren.

Noot – Over het arbitragebeding in algemene voorwaarden

1. De feiten die aan de grondslag liggen van de geannoteerde arbitrale uitspraak zijn als volgt samen te vatten. Een handelsonderneming (het ging om een

aannemer) wenst een geschil te laten oplossen via arbitrage op grond van een arbitragebeding vervat in haar algemene voorwaarden. Deze algemene voorwaarden werden aan de wederpartij (eveneens een handelaar) medegedeeld bij het overmaken van de offerte. Deze offerte werd aanvaard. Nadat de aannemer het geschil aanhangig wenst te maken bij de arbiter, betwist de wederpartij de rechtsmacht van de arbiter.

2. De arbiter besluit tot zijn bevoegdheid op grond van de volgende elementen: (i) het arbitragebeding verstoort het evenwicht tussen rechten en verplichtingen niet ten nadele van de verweerder; (ii) partijen hebben oprechtsgeldige wijze in de tussen hen geldende overeenkomst de wil geuit om het geschil aan arbitrage te onderwerpen, in overeenstemming met het (inmiddels opgeheven) artikel 1677 Ger.W.¹; (iii) enige schending van het recht van verdediging wordt door verweerder niet aangetoond; (iv) het geschil is vatbaar voor arbitrage; (v) er bestaat geen regel volgens dewelke een arbitrageclausule vervat moet zijn in een door partijen ondertekend geschrift.

a. Het arbitragebeding in algemene voorwaarden – contracten tussen professionelen

3. In de geannoteerde uitspraak wordt een correcte toepassing gemaakt van de toepasselijke principes.

Het nieuwe artikel 1681 Ger.W.² bevat een moderne definitie van de arbitrageovereenkomst.³ Zij wordt gedefinieerd als "een overeenkomst waarin de partijen alle geschillen of sommige geschillen die tussen hen gerezen zijn of zouden kunnen rijzen met betrekking tot een bepaalde, al dan niet contractuele, rechtsverhouding aan arbitrage voorleggen".

De arbitrageovereenkomst dient aldus niet aan bepaalde vormvereisten te voldoen. Sinds de inwerking-treding van de wet van 24 juni 2013 tot wijziging van het zesde deel van het Gerechtelijk Wetboek betreffende de arbitrage⁴ is het niet langer vereist dat een arbitrageovereenkomst schriftelijk wordt opgesteld.⁵ Diegene die zich op de arbitrageovereenkomst beroept, dient evenwel het bestaan ervan te bewijzen.⁶ Dergelijk bewijs kan bijvoorbeeld geleverd worden door getuigen.⁷

Het nieuwe artikel 1681 Ger.W. ligt in de lijn van het

1. Krachtens het oude artikel 1677 Ger.W. was een geschrift vereist.

2. Zie de wet van 24 juni 2013 tot wijziging van het zesde deel van het Gerechtelijk Wetboek betreffende de arbitrage.

3. In de rechtsleer wordt deze nieuwe definitie toegejuicht: "Het nieuwe artikel 1681 Ger.W. heeft derhalve oog voor de veranderingen en noden van het moderne zakenleven, voor de realiteit van informele transacties, en voor de nieuwe trends in (vaak elektronische) communicatie. Onze Belgische wetgeving promoot op die manier een echt favor arbitrandum-regime". (M. PIERSEN en D. DE MEULEMEESTER, "Nieuwe arbitragewet. België is voortaan een 'UNCITRAL modelwet'-land", *NJW* 2013, afl. 289, 728).

4. De wet trad in werking op 1 september 2013.

5. De arbitrageovereenkomst kan dus ook mondeling zijn (X., Arbitrage, *NJW* 2013, afl. 286, 588).

6. M. PIERSEN en D. DE MEULEMEESTER, "Nieuwe arbitragewet. België is voortaan een 'UNCITRAL modelwet'-land", *NJW* 2013, afl. 289, 728: "Daardoor is het niet langer vereist dat een arbitrageovereenkomst wordt veruitwendigd in een geschrift. De bewijslast voor het bestaan van de arbitrageovereenkomst berust op degene die zich erop beroept"; X., Arbitrage, *NJW* 2013, afl. 286, 588.

7. Memorie van Toelichting, *Parl. St. Kamer*, 2012-2013, DOC 53 2743/001, p.15

– inmiddels opgeheven – artikel 1677 Ger.W.,⁸ waarin werd bepaald dat een overeenkomst tot arbitrage behoort te zijn vervat in een door partijen ondertekend geschrift, of in andere hen bindende stukken waarin zij blijk hebben gegeven van hun wil om het geschil aan arbitrage te onderwerpen. Het oude artikel 1677 Ger.W. was een regel van bewijsrecht⁹ en werd ruim geïnterpreteerd.¹⁰ Het was vaststaande rechtspraak dat de arbitrageovereenkomst vervat kan zijn in niet-ondertekende stukken waaruit duidelijk de wil van partijen blijkt om hun geschil aan een scheidsrecht voor te leggen.¹¹

4. Een arbitrageclausule opgenomen in algemene voorwaarden kan een geldige uitdrukking zijn van de wil van partijen om een geschil aan arbitrage te onderwerpen.¹² Het feit dat een arbitragebeding is opgenomen in de algemene voorwaarden van een contractspartij, verhindert op zich de tegenstelbaarheid ervan niet.¹³ Nochtans beschouwt een deel van de rechtspraak en rechtsleer een arbitragebeding in algemene voorwaarden als een ongebruikelijk beding (een standpunt dat als achterhaald en wereldvreemd mag gelden). Volgens deze rechtspraak en rechtsleer mag de stilzwijgende aanvaarding van een arbitragebeding dan ook niet zonder meer worden vermoed.¹⁴

Tegen arbitragebedingen vervat in algemene voorwaarden wordt soms ook opgeworpen dat niemand tegen zijn wil kan worden afgetrokken van de rechter die de wet hem toekent (artikel 13 Gw) en dat aldus niemand tot arbitrage kan worden gedwongen. Artikel 13 van de Grondwet is echter zonder enige relevantie in deze context, want wie in het kader van een contractuele relatie – per definitie gebaseerd op vrijwilligheid – kiest voor arbitrage, wordt helemaal niet tegen zijn wil afgetrokken van de rechter die de wet hem toekent; hij kiest daarentegen voor private rechtspraak, wat als zodanig geldig is in het licht van art. 1134 BW en de wetbepalingen inzake arbitrage. Niet artikel 13 van de Grondwet is relevant in de context van de beoordeling van de bindende kracht van een arbitragebeding, wel de vraag of het rechtsgeldig werd aanvaard, m.a.w. of het deel uitmaakt van de contractuele verhouding tussen partijen die krachtens de wilsautonomie tot stand komt. Natuurlijk is het

juist dat niemand tot arbitrage kan worden gedwongen, maar in exact dezelfde zin geldt dat niemand tot contracteren kan worden gedwongen. Wie een overeenkomst aangaat (hetgeen altijd vrijwillig gebeurt, zelfs bij toetredingscontracten – ook daar beschikt men immers over de mogelijkheid om niet te contracteren), kan naderhand uiteraard wel gedwongen worden tot naleving van datgene waartoe hij zich verbonden heeft.

5. Voor wat betreft de tegenstelbaarheid van een arbitragebeding vervat in de algemene voorwaarden, gelden – abstractie makende van consumentengeschillen – de klassieke principes van het gemeen verbintenissenrecht m.b.t. de tegenstelbaarheid van algemene voorwaarden.¹⁵ Men spreekt vaak van de tegenstelbaarheid of tegenwerpelijkheid van algemene voorwaarden. Gebruik van die term is niet foutief, als men het volgende goed voor ogen houdt: meestal verwijst de term tegenstelbaarheid of tegenwerpelijkheid naar de mate waarin *derden* rekening moeten houden met het bestaan van een overeenkomst. Wanneer sprake is van de tegenstelbaarheid van algemene voorwaarden, in een context waarin die algemene voorwaarden de rechtsverhouding beheersen tussen twee contractspartijen, dan is *tegenstelbaarheid* eenvoudigweg synoniem van *bindende kracht*. Die laatste uitdrukking geeft nauwkeuriger aan wat bedoeld wordt, maar omdat de uitdrukking “tegenstelbaarheid van algemene voorwaarden” vrij gebruikelijk is, gebruiken we ook die term. De uitdrukking *geldigheid* (van een clausule opgenomen in algemene voorwaarden) verwijst in deze context naar precies hetzelfde concept: een geldige clausule, is een clausule die de partijen verbindt.

Wanneer (i) de algemene voorwaarden duidelijk en leesbaar zijn, (ii) de wederpartij op het ogenblik van de contractssluiting effectief kennis had of redelijkerwijze kennis kon nemen van de algemene voorwaarden en (iii) deze bovendien aanvaard heeft, verbinden deze de partijen.¹⁶ Derhalve kunnen algemene voorwaarden – althans indien beide partijen handelaren zijn – een geldig arbitragebeding bevatten dat tegenwerpelijk is aan de wederpartij indien de bovenstaande criteria zijn vervuld. Bijgevolg zal een arbitra-

8. Memorie van Toelichting, *Parl. St. Kamer*, 2012-2013, DOC 53 2743/001, p.15.

9. Het geschrift inzake arbitrage gold enkel *ad probationem* en niet *ad validitatem*. Brussel 4 november 1991, *JT* 1992, 60; Gent 17 december 2002, *P&B* 2003, afl. 3, 227; Gent 7 januari 2011, *NJW* 2011, afl. 246, 503, noot A. VANDERHAEGEN; M. LOOYENS, «Artikel 1677 Ger.W.» in X, *Gerechtigd recht, Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Kluwer, losbladig, 80; E. DIRIX en G.L. BALLON, *Factuur*, Mechelen, Kluwer, 2012, 224, nr. 418.

10. M. STORME en M. VOORDECKERS, «Overzicht van Belgische rechtspraak: Arbitrage 1989-2005», *TPR* 2005, 1253; E. DIRIX en G.L. BALLON, *Factuur*, Mechelen, Kluwer, 2012, 224, nr. 418.

11. Dergelijke wil van partijen kan bijvoorbeeld blijken uit telexen (Cass. 27 oktober 1995, *RW* 1995-1996, 1097), of brieven (Luik 23 februari 1996, *JLMB* 1996, 1319).

12. Bergen 6 juni 2000, *JT* 2001, 474; Gent 7 januari 2011, *NJW* 2011, afl. 246, 503, noot A. VANDERHAEGEN; G. STRAETMANS, «Mediatie/minnelijke schikking en handelsrecht», *RW* 2000-2001, afl. 1, 391.

13. Kh. Hasselt 15 februari 1999, *Limb. Rechtsl.* 1999, 121, noot P. MARTENS.

14. Gent 1 december 2009, *TBH* 2010, afl. 5, 445 (weergave K. COX); Rb. Brugge 15 januari 2001, *RW* 2003-2004, nr. 15, 591; Rb. Tongeren 15 januari 1997, *Limb. Rechtsl.* 1997, 158, met noot; Rb. Brugge 22 mei 1995, *TBR* 1995, 42; Gent 6 januari 2005, *P&B* 2005, 148; H. VAN HOUTTE, K. COX en S. COOLS, «Overzicht van rechtspraak: Arbitrage (1972-2006)», *TBH* 2007, 124, nr. 39; E. DIRIX en G.L. BALLON, *Factuur*, Mechelen, Kluwer, 2012, 224, nr. 418; S. ONGENA, *Algemene voorwaarden*, Mechelen, Kluwer, 2006, 122: «Een arbitragebeding dat enkel in de algemene voorwaarden is opgenomen moet beschouwd worden als een ongebruikelijk beding, waarvan niet kan aanvaard worden dat de bestemming van de algemene voorwaarden via stilzwijgen daarmee heeft ingestemd».

15. De vraag of het arbitragebeding in de algemene voorwaarden tegenstelbaar is aan de medecontractant dient niet te worden beoordeeld op basis van specifieke arbitrageregelingen (Brussel 4 november 1991, *JT* 1992, 60; Kh. Hasselt 4 december 2002, *P&B* 2004, 160; Gent 6 januari 2005, *P&B* 2005, 148).

16. Kh. Hasselt 4 december 2002, *P&B* 2004, 160; Gent 17 december 2002, *P&B* 2003, afl. 3, 227: het Hof was van oordeel dat bewezen diende te worden dat de medecontractant effectief kennis had van het standaardbeding en dit ook daadwerkelijk aanvaardde; M. LOOYENS, «Artikel 1677 Ger.W.» in X, *Gerechtigd recht, Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Kluwer, losbladig, 83.

gebeding dat enkel vervat ligt in een publicitaire brochure, of in algemene voorwaarden die niet daadwerkelijk konden worden geraadpleegd op het ogenblik van de contractssluiting doch die slechts op «eenvoudig verzoek» verkrijgbaar zijn, niet geldig zijn.¹⁷ Een arbitragebeding vervat in algemene voorwaarden die bij het begin van een handelsrelatie ter beschikking werden gesteld van de wederpartij, waarna een reeks contracten volgt in het kader van die handelsrelatie, is geldig; ook al ligt het niet vervat in elke afzonderlijke bestelbon of factuur.

6. In de rechtspraak is er een tendens om de geldigheid van arbitragebedingen in algemene voorwaarden – althans in de verhouding tussen handelaren – zo veel als mogelijk te aanvaarden¹⁸, hetgeen wenselijk is. Eens een geschil ontstaat, is het immers niet zelden moeilijk om nog een akkoord te bereiken over wat dan ook, zelfs over de vraag of men de zaak al dan niet via arbitrage zou laten beslechten, zodat het gevaar van een jarenlange procedure voor de gewone hoven en rechtbanken om de hoek loert. De gerechtelijke achterstand is een probleem dat het vertrouwen van de burger in het gerecht ondermijnt en arbitrage kan een nuttig instrument zijn om de werklast van de gewone hoven en rechtbanken te verlichten. Naarmate op het vlak van arbitrage enkele nieuwe spelers opduiken en een gezonde concurrentie tussen arbitrage-instellingen haar werk doet, zal de perceptie dat arbitrage zeer duur is, ook stilaan afkalven. Niet alleen de rechtszoekende die kiest voor arbitrage zal daar beter van worden, maar ook de rechtszoekende die voor de gewone hoven en rechtbanken terechtkomt en daar minder lang zal moeten wachten op gerechtigheid, want «justice delayed, is justice denied».

7. Enige aandacht mag worden besteed aan de problematiek van arbitragebedingen vervat in vennootschapsakten. In vennootschapsrechtelijke sfeer is geen exclusieve rechtsmacht voorbehouden aan de overheidsrechter. De heersende rechtsleer aanvaardt (terecht) dat arbitrageclausules in vennootschapsstatuten toegelaten zijn.¹⁹ In de rechtspraak werd recent bevestigd dat er in beginsel niets aan in de weg staat dat een betwiste beslissing van een vennootschapsorgaan

voorgelegd wordt aan een scheidsgerecht. In een geschil hangende voor de Rechtbank van Koophandel te Dendermonde, vorderden de eisers de nietigverklaring van alle besluiten van een bijzondere algemene vergadering van de vennootschap.²⁰ Daarop riep verweerder de exceptie van arbitrage in en steunde zich daarvoor op het arbitragebeding opgenomen in de oprichtingsakte. Eisers betwistten de exceptie en repliceerden o.a. dat de regeling met betrekking tot de nietigheid van besluiten van de algemene vergadering van een vennootschap van dwingend recht is. De Rechtbank was van oordeel dat dit een arbitrage niet in de weg staat. Derhalve besloot de Rechtbank tot de gegrondheid van de exceptie en oordeelde dat zij ter zake geen rechtsmacht had. Er werd uitdrukkelijk bevestigd dat er geen enkele specifieke bepaling bestaat die geschillen omtrent de rechtsgeldigheid van beslissingen van een algemene vergadering van een vennootschap uitdrukkelijk uitsluit van arbitrage.²¹ Wie voor ogen houdt dat het fenomeen van de vennootschap een *contract* is, ziet onmiddellijk in dat de rechtsgeldigheid van een arbitrageclausule in bv. een oprichtingsakte, vanzelfsprekend is. Ook wie nadien aandeelhouder wordt, kiest er ofwel voor om aandeelhouder te worden, of wordt aandeelhouder ingevolgd bv. erfopvolging, maar wie de nalatenschap niet verwerpt (m.a.w. ook hier weer een keuze-moment, een element van vrijwilligheid), wordt rechtsopvolger van een vermogensbestanddeel van de erflater met daaraan de rechten en verplichtingen verbonden zoals gekozen door de erflater.

b. Het arbitragebeding en consumentengeschillen

8. Bij de beoordeling van de tegenstelbaarheid van – in algemene voorwaarden opgenomen – arbitragebedingen, is de hoedanigheid van partijen (handelaar of consument) van belang. De consument geldt (traditioneel) als de economisch zwakkere partij die over een minder grote kennis van het recht beschikt.²² Van handelaars daarentegen (of ruimer, professionele deelnemers aan het rechtsverkeer) wordt aangenomen dat zij enige onderlegdheid en kennis hebben aangaande het opstellen van overeenkomsten. Tevens worden zij geacht de gevolgen ervan op het vlak van uitvoering en gebondenheid enigszins te kunnen inschatten.²³

17. B. DE MEULENAERE, "De tegenwerpelijheid van arbitrale clausules vervat in algemene contractvoorwaarden" (noot onder Arbit. Besl. 20 januari 1987), *DCCR* 1989, 125; G. KEUTGEN en G.-A. DAL, *L'arbitrage en droit belge et international. T. I – Le droit belge*, Brussel, Bruylant, 2006, nr. 96, 99.

18. Zie voor enkele toepassingsgevallen: Kh. Hasselt 15 februari 1999, *Limb. Rechtsl.* 1999, 121, noot P. MARTENS: het arbitragebeding is aan de verzekerden tegenstelbaar, nu deze niet ontkennen dat het contract werd onderschreven aan de algemene voorwaarden die waren gevoegd bij de polis; Antwerpen 15 maart 2000, *AJT* 2000-01, 915: uit het feit dat een handelaar algemene voorwaarden – waarin een arbitragebeding is vervat – heeft ondertekend en daarna vrijwillig en voorbehoudloos heeft deelgenomen aan de door de wederpartij gestarte arbitrageprocedure, blijkt de wil om het geschil aan arbitrage te onderwerpen; Kh. Hasselt 14 juni 2000, *RW* 2000-01, 1283: de ondernemer die werken start na ontvangst van een ontwerpovereenkomst zonder die overeenkomst terug te sturen, wordt geacht met de inhoud van die overeenkomst akkoord te gaan. Het arbitragebeding, vervat in de algemene voorwaarden, is aldus tegenstelbaar aan de wederpartij en de rechtbank is zonder rechtsmacht; Kh. Hasselt 4 december 2002, *P&B* 2004, 160, noot M. PIERS: gezien de ondertekende overeenkomst (van één bladzijde) verwijst naar de algemene voorwaarden op de achterzijde van die overeenkomst, verbindt het arbitragebeding vervat in die algemene voorwaarden de partijen; Gent 7 januari 2011, *NJW* 2011, afl. 246, 503, noot A. VANDERHAEGEN: Gelet op het feit dat in de algemene voorwaarden een arbitragebeding was opgenomen waarnaar uitdrukkelijk werd verwezen op het voorblad van de door partijen ondertekende overeenkomst, verklaarde de rechter zich zonder rechtsmacht; Zie ook: M. LOOYENS, «Artikel 1677 Ger.W.» in X, *Gerechtelijk recht, Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Kluwer, losbladig, 81, n°3; H. VAN HOUTTE, K. COX en S. COOLS, "Overzicht van rechtspraak: Arbitrage (1972-2006)", *TBH* 2007, nr. 2, nr. 38.

19. Kh. Dendermonde 28 februari 2013, *P&B* 2013 afl. 2, 87 en de verwijzingen aldaar.

20. Kh. Dendermonde 28 februari 2013, *P&B* 2013 afl. 2, 86-89.

21. Kh. Dendermonde 28 februari 2013, *P&B* 2013 afl. 2, 88.

22. Zie in dit verband ook: M. PIERS, "Consumer arbitration and European private law: a seminal consumer arbitration model for Europe", *ERPL* 2013, 267.

23. Gent 7 januari 2011, *NJW* 2011, afl. 246, 503, noot A. VANDERHAEGEN.

9. In de geannoteerde uitspraak wordt in dit verband (weliswaar in een *obiter dictum*, nu de zaak handelaars betrof) overwogen dat uit het voorstel dd. 29 november 2011 voor een Richtlijn betreffende alternatieve beslechting van consumentengeschillen²⁴ (inmiddels de definitieve Richtlijn 2013/11 van 21 mei 2013) blijkt dat de Europese Commissie de toepassing van arbitrage voor consumentengeschillen wenst te bevorderen.²⁵

10. De Wet Marktpraktijken d.d. 6 april 2010 ("WMPC") bevat een opsomming van onrechtmatige bedingen²⁶ (zie artikel 74). Het dient benadrukt te worden dat arbitragebedingen niet zijn opgenomen in voornoemde lijst van onrechtmatige bedingen.²⁷

Artikel 74, 22° WMPC bepaalt evenwel dat een beding dat ertoe strekt de consument, in geval van betwisting, te doen afzien van *elk* middel van verhaal tegen de onderneming, onrechtmatig is. De Wet Marktpraktijken verhindert de toepassing van arbitragebedingen ten aanzien van consumenten aldus niet.²⁸ De uitdrukking "middel van verhaal" verwijst immers niet noodzakelijkerwijze naar enige procedure voor de gewone hoven en rechtbanken. Een middel van verhaal betekent in deze context een wijze om zijn rechten te doen gelden, d.w.z. middels het inleiden van een procedure voor een onafhankelijke en onpartijdige rechter, m.a.w. voor de gewone hoven en rechtbanken of voor een arbiter. Het arbitragebeding dient uiteraard wel in overeenstemming te zijn met de relevante bepalingen van het Gerechtelijk Wetboek. Zo werd geoordeeld dat het loutere feit dat de consument een reisbrochure bezit, waaruit een reis werd gekozen, niet volstaat om de aanvaarding van het arbitragebeding vervat in de algemene voorwaarden van die reisbrochure te bewijzen.²⁹

In de richtlijn van 5 april 1993 betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten, wordt be-

paald dat een beding onrechtmatig is wanneer het tot doel of tot gevolg heeft het indienen van een beroep of het instellen van een rechtsvordering door de consument te beletten of te belemmeren, met name door de consument te verplichten zich uitsluitend tot een niet onder een wettelijke regeling ressorterend scheidsrecht te wenden.³⁰ Dit verwijst in de context van het Belgisch recht naar enig scheidsrecht dat niet voldoet aan de wettelijke regeling zoals opgenomen in het Gerechtelijk Wetboek (bv. omdat de partijen een ongelijke invloed hebben op de benoeming van de arbiters, of omdat het scheidsrecht niet onafhankelijk en onpartijdig is, of omdat in de procedure het recht van verdediging niet wordt in acht genomen, enz.). In de wet van 2 augustus 2002 betreffende de misleidende en vergelijkende reclame, de onrechtmatige bedingen en de op afstand gesloten overeenkomsten inzake de vrije beroepen is een identieke bepaling opgenomen.³¹

11. In de Belgische rechtsleer heerst verdeeldheid omtrent de vraag of een consument zich op basis van artikel 74, 22° van de Wet Marktpraktijken kan verzetten tegen de toepassing van een arbitragebeding vervat in algemene voorwaarden.³² Volgens een bepaalde strekking in de rechtsleer kan arbitrage niet anders dan als een mogelijkheid aan de consument worden voorgesteld, en niet als een contractuele verplichting worden opgelegd.³³ Deze rechtsleer meent dat uit de recente rechtspraak van het Hof van Justitie³⁴ zou blijken dat het Hof weigerachtig staat tegenover arbitragebedingen die de consument verplichten om een beroep te doen op arbitrage.³⁵ In dit verband wordt door voornoemde rechtsleer verwezen naar de Aanbeveling 98/257/EG van de Europese Commissie van 30 maart 1998 betreffende de principes die van toepassing zijn op de organen die verantwoordelijk zijn voor de buitengerechtelijke beslechting van consumentengeschillen,

24. Voorstel dd. 29 november 2011 voor een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende alternatieve beslechting van consumentengeschillen en tot wijziging van Verordening 2006/2004 en Richtlijn 2009/22/EG.
25. Deze richtlijn heeft (o.a.) tot doel bij te dragen tot de verwezenlijking van een hoog niveau van consumentenbescherming door te verzekeren dat geschillen tussen consumenten en ondernemers kunnen worden voorgelegd aan entiteiten die onpartijdige, transparante, doeltreffende en billijke procedures voor alternatieve geschillenbeslechting (zoals arbitrage) aanbieden. Zo moeten de ondernemers de consumenten informeren over de ADR-entiteiten waaronder zij vallen en die bevoegd zijn voor de behandeling van eventuele geschillen tussen hen en consumenten. Deze informatie moet op eenvoudige, rechtstreekse en duidelijk zichtbare wijze en te allen tijde toegankelijk zijn, onder meer in de algemene voorwaarden van tussen de ondernemer en een consument gesloten verkoop vangoederen of diensten (zie artikel 10 voorstel voor Richtlijn en artikel 13 van de Richtlijn 2013/11).
26. Krachtens artikel 2, 28° WMPC is elk beding of elke voorwaarde in een overeenkomst tussen een onderneming en een consument onrechtmatig, die alleen of in samenhang met een of meer andere bedingen of voorwaarden een kennelijk onevenwicht schept tussen de rechten en plichten van de partijen ten nadele van de consument.
27. H. VERBIST, *De rechtsbescherming van partijen in privaatrechtelijke handelsarbitrage*, Antwerpen, Intersentia, 2011, 62: "...een beding dat geschillen naar arbitrage verwijst is in die lijst van onrechtmatige bedingen niet opgenomen".
28. G.L. BALLON en I. SAMOY, *De factuur en verwante documenten*, Brugge, Vanden Broele, 2008, 203; R. STEENNOT, *Handboek Consumentenbescherming en Handelspraktijken*, Antwerpen, Intersentia, 2008, 151, nr. 269; E. DIRIX en G.L. BALLON, *Factuur*, Mechelen, Kluwer, 2012, 241, nr. 444; H. VERBIST, *De rechtsbescherming van partijen in privaatrechtelijke handelsarbitrage*, Antwerpen, Intersentia, 2011, 62: "De Belgische rechtspraak oordeelde in het verleden dat artikel 32, 20° WHPC [nu art. 74, 22° WMPC] niet toelaat een arbitragebeding te verbieden".
29. Antwerpen 21 maart 2005, RW 2007-08, afl. 12, 489; zie in dit verband ook: Rb. Brussel 15 februari 2008, DCCR 2008, 91, noot F. VAN BELLINGHEN.
30. Artikel 3, lid 3 Richtlijn 93/13/EEG van de Raad van 5 april 1993 betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten en artikel 1, q) van de bijlage bij deze Richtlijn.
31. Artikel 7, § 4 en artikel 1, q van de bijlage bij deze wet.
32. J. SCHRAEYEN, E. ENKELS, S. VAN DEN BROEKE en T. DE CLERCK, *Algemene voorwaarden*, Brussel, Larcier, 2012, 256, nr. 524.
33. P. CAMBIE, *Onrechtmatige bedingen*, Gent, Larcier, 2009, 329 en 330: "Op basis hiervan kan besloten worden dat het pleitbaar is dat de burgerlijke rechter arbitragebedingen die de consument geen keuze laten om zijn geschil aan de civiele rechter voor te leggen, als onrechtmatig moet aanmerken (...)" ; M. PIERS, "Europees consumentenrecht en arbitrage, TPR 2010, 1346: "Daaruit [uit artikel 74, 22° WMPC] blijkt dat arbitrage is toegelaten mits het een alternatief verhaalmiddel geeft aan de partijen".
34. Zie voetnoot 35..
35. R. STEENNOT, "Overzicht van rechtspraak consumentenbescherming 2003-2007", TPR 2009, 308, nr. 100: er ligt geen onrechtmatig arbitragebeding voor indien aan de consument de keuze wordt gelaten tussen een beroep op de gewone hoven en rechtbanken en een beroep op een arbitrage-instelling; P. CAMBIE, *Onrechtmatige bedingen*, Gent, Larcier, 2009, 330: het Hof van Justitie ziet streng toe op iedere belemmering van de toegang tot de burgerlijke rechter.

dewelke het "principe van vrijheid" poneert. Volgens artikel 6 van de Aanbeveling kan de deelneming van de consument aan de buitengerechtelijke procedure niet het gevolg zijn van een verbintenis die voorafgaat aan het ontstaan van het meningsverschil, wanneer deze verbintenis tot gevolg heeft dat de consument het recht wordt ontnomen zich te wenden tot de bevoegde rechter.³⁶ Volgens deze rechtsleer moet de consument aldus, voor het ontstaan van het geschil, de keuzevrijheid behouden om een beroep te doen op de gewone rechter(s) of op de arbiter(s).³⁷ In dit verband dient opgemerkt te worden dat verschillende Belgische instellingen voor consumentenarbitrages (zoals de Geschillencommissie Reizen) aan de consument de vrije keuze laten tussen arbitrage en een procedure voor de gewone hoven en rechtbanken.³⁸ Samen met Prof. M. PIERS dient echter te worden vastgesteld dat een dergelijke keuzemogelijkheid door geen enkele Belgische wetsbepaling wordt opgelegd.³⁹ Het dient evenwel te worden benadrukt dat het principe van vrijheid, zoals geponeerd in de Aanbeveling 98/257/EG, wordt overgenomen in de Richtlijn 2013/11 van 21 mei 2013 betreffende alternatieve beslechting van consumentengeschillen en tot wijziging van Verordening (EG) nr. 2006/2004 en Richtlijn 2009/22/EG. Immers, volgens artikel 10 van de Richtlijn 2013/11 moeten de lidstaten ervoor zorgen dat een arbitrageovereenkomst tussen een consument en een ondernemer niet bindend is voor de consument indien de overeenkomst vóór het ontstaan van het geschil is gesloten en tot gevolg heeft dat de consument het recht wordt ontnomen zich tot de rechter te wenden voor de beslechting van het geschil. Bovendien bepaalt de Richtlijn dat de arbitrale uitspraak de partijen slechts kan binden indien zij vooraf op de hoogte zijn gesteld van het bindende karakter ervan en hiermee uitdrukkelijk hebben ingestemd.⁴⁰

12. In de Belgische rechtspraak en rechtsleer bestaat een tendens om de consument, als economisch zwakkere partij, (soms overdreven) bescherming te verlenen, met name wanneer arbitragebedingen aan de orde zijn.⁴¹ De rechters zullen de geldigheid van een arbitragebeding ten aanzien van een consument vaak strenger beoordelen dan ten aanzien van een handelaar.⁴² De consument bevindt zich immers in een zwakkere onderhandelingspositie tegenover de verkoper en beschikt over minder informatie, hetgeen ertoe leidt dat de consument met de reeds door de verkoper opgestelde voorwaarden instemt zonder op de inhoud van deze voorwaarden invloed te kunnen uitoefenen.⁴³ Dit ligt in lijn met de huidige tendens van aanzienlijke consumentenbescherming in de rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie.⁴⁴ In de verhouding tussen een handelaar en een consument, zal de tegenstelbaarheid van een arbitragebeding – vervat in de algemene voorwaarden of in een toetredingscontract – aldus toch nog vaak wat moeilijker aanvaard worden.⁴⁵ Recent werd geoordeeld dat de consument niet gebonden is door een arbitragebeding dat is opgenomen in een toetredingscontract, aangezien hij zich – als economisch zwakkere partij – noodgedwongen heeft aangesloten en er dus in hoofde van de consument geen sprake is van geldige toestemming.⁴⁶ In de rechtsleer wordt dienaangaande gesteld dat, gelet op de strengere controle op de vrije wilsuiting ten aanzien van de consument, de rechters meestal oordeelden dat een arbitrageovereenkomst onrechtmatig is indien de consument daarmee instemde voor het ontstaan van het geschil.⁴⁷ Nochtans werd ook reeds meermaals in consumentengeschillen geoordeeld dat een arbitrageclausule vervat in algemene voorwaarden of in toetredingscontracten wel geldig is.⁴⁸ Het dient evenwel benadrukt te worden dat het arbitragebeding voor de consument niet

36. Bovendien kan het besluit van het orgaan slechts bindend zijn ten opzichte van de partijen als deze vooraf op de hoogte zijn gesteld van het bindende karakter en daarmee uitdrukkelijk hebben ingestemd.

37. P. CAMBIE, *Onrechtmatige bedingen*, Gent, Larcier, 2009, 328.

38. H. DE CONINCK, "Rechtbank of geschillencommissie? Geen eenduidige keuze!" (noot bij Gent 1 februari 2006), *DCCR* 2007, n°75, 186: "Algemeen wordt aangenomen dat een consument, ingeval van geschil, en slechts vanaf het ontstaan ervan, vrij moet kunnen kiezen tussen een rechtbankprocedure en een alternatieve geschillenregeling (...)" ; M. PIERS, "De consument in arbitrage: het 'principe van vrijheid'", *T.Vred.* 2009, afl. 3-4, 236 (noot onder *Vred. Antwerpen* 4 oktober 2007); R. STEENNOT, "Consumentenbescherming (2003-2007)", *TPR* 2009, 552, nr. 441.

39. M. PIERS, "Europees consumentenrecht en arbitrage", *TPR* 2010, 1346.

40. Specifieke aanvaarding door de ondernemer is niet noodzakelijk indien bij nationale regels is bepaald dat oplossingen bindend zijn voor ondernemers.

41. H. VERBIST, *De rechtsbescherming van partijen in privaatrechtelijke handelsarbitrage*, Antwerpen, Intersentia, 2011, 54.

42. M. PIERS, "De consument in arbitrage: het 'principe van vrijheid'", *T. Vred.* 2009, afl. 3-4, 239-240 (noot onder *Vred. Antwerpen* 4 oktober 2007); M. PIERS, "Europees consumentenrecht en arbitrage", *TPR* 2010, 1347, nr. 37.

43. HvJ 27 juni 2000, C-240/98-C 244/98, *Océano Grupo*, punt 25.

44. HvJ 27 juni 2000, C-240/98-C 244/98, *Océano Grupo*: de nationale rechter kan steeds ambtshalve nagaan of het – aan de consument opgelegde – beding oneerlijk is; HvJ 26 oktober 2006, C-168/05, *Mostaza Claro*: het Hof van Justitie oordeelde dat de Richtlijn 93/13 betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten vereist dat de nationale rechter die kennis neemt van een beroep tot vernietiging van een arbitrale uitspraak, de nietigheid van de arbitrageovereenkomst dient te beoordelen en desgevallend de arbitrale uitspraak dient te vernietigen wanneer de arbitrageovereenkomst een oneerlijk beding bevat. De rechter dient dit ook te doen wanneer de consument heeft nagelaten die nietigheid tijdens de arbitrageprocedure op te werpen en dit pas voor het eerst in het kader van het beroep tot vernietiging van de arbitrale uitspraak heeft opgeworpen; HvJ 8 oktober 2009, C-40/08, *Asturcom*: het Hof was van oordeel dat een nationale rechter die kennisneemt van een vordering tot gedwongen tenuitvoerlegging van een in kracht van gewijsde gegane arbitrale uitspraak die is uitgesproken zonder dat de consument is verschenen (d.w.z. zonder dat de consument heeft meegewerkt aan de arbitrageprocedure), ambtshalve dient te onderzoeken of het arbitragebeding – dat in een tussen een verkoper en een consument gesloten overeenkomst is opgenomen – oneerlijk is, op voorwaarde dat hij een dergelijke beoordeling kan verrichten volgens de nationale procesregels in het kader van soortgelijke nationale vorderingen.

45. L. DERMINE, *L'arbitrage commercial en Belgique*, Brussel, Larcier, 1975, 24, n° 46; M. LOOYENS, "Artikel 1677 Ger.W." in X, *Gerechtigd recht, Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Kluwer, losbladig, 84.

46. *Vred. Antwerpen* 4 oktober 2007, *T. Vred.* 2009, afl. 3-4, 226, noot M. PIERS; zie ook: *Vred. Leuven* 24 december 2002, RW 2002-2003, 1555: "dat de reiziger evenwel steeds het recht heeft om zijn geschil aan de gewone rechtbank voor te leggen".

47. M. PIERS, "Europees consumentenrecht en arbitrage", *TPR* 2010, 1347, nr. 37.

48. Bergen 6 juni 2000, *JT* 2001, 474: het Hof van Beroep te Bergen oordeelde, in een consumentengeschil, dat de kwetsieuzere arbitrageclausule in de algemene voorwaarden niet onrechtmatig was aangezien deze voordelig was voor de consument; Gent 1 februari 2006, *DCCR* 2007, afl. 75, 179, noot H. DE CONINCK.

bezwarend mag zijn door substantieel hogere kosten.⁴⁹ Wij menen dat, ondanks het feit dat de consument bij toetredingscontracten slechts een beperkte onderhandelingsmarge heeft, hij toch wel de keuze heeft om al dan niet te contracteren. In de huidige consumptie-maatschappij is het aanbod van goederen en diensten zeer groot en heeft de consument een ruime keuze tussen verschillende ondernemingen/handelaars waarmee hij kan contracteren. De consument wordt ook steeds ^{sneller} mondiger en beter geïnformeerd. Wij kanten ons hoegenaamd niet tegen een goede bescherming van de consument, maar rekening houdend met wat hierna besproken wordt, is arbitrage niet iets waartegen de consument moet worden beschermd...

13. Wij pleiten derhalve voor een genuanceerde oplossing. Als de arbitrale procedure gevoerd wordt voor een scheidsrecht dat onafhankelijk en onpartijdig is (banden met ondernemersorganisaties e.d.m. zijn derhalve uit den boze), in een taal die de consument begrijpt, zonder dat de consument zich dient te verplaatsen naar het buitenland, en volgens een procedure die voor de consument niet substantieel zwaarder of substantieel duurder is dan een gewone rechtbankprocedure, dan mag de opgang van arbitragebedingen ook in consumentengeschillen worden aangemoedigd. Immers, in een rechtbankprocedure zal de consument ook geconfronteerd worden met kosten (dagvaardingskosten, de rechtsplegingsvergoeding, en vaak nog de inspanning van een dubbele aanleg, wat in arbitrage in de meeste gevallen niet aan de orde is). Niet zelden zal het formalisme van de procedure voor de gewone hoven en rechtbanken strenger zijn dan in arbitrage. Voor de gewone hoven en rechtbanken is er tevens een aanzienlijke kans dat de consument op weg naar rechtsherstel zal worden geconfronteerd met de gerechtelijke achterstand. Zolang over de aangehaalde aspecten gewaakt wordt, is een arbitrageprocedure voor de consument helemaal niet nadeliger dan een gewone rechtbankprocedure, zodat er in die omstandigheden geen enkele reden bestaat om de geldigheid van arbitragebedingen in algemene voorwaarden of toetredingscontracten met consumenten met overdreven gestrengheid te beoordelen.

c. Ter afronding: het arbitragebeding en het recht van verdediging

14. Van enige schending van het recht van verdediging leek in de geannoteerde uitspraak geen sprake te zijn. Ondenkbaar – of beter gezegd: wel denkbaar, maar niet geldig – is bv. een beding krachtens hetwelk de partijen een ongelijke invloed zouden hebben op de samenstelling van het arbitraal college.⁵⁰ Krachtens het oude (inmiddels opgeheven) artikel 1678, 1 Ger.W. was een arbitrageovereenkomst immers ongeldig indien daarin aan één van de partijen een bevoorrechte positie bij de aanwijzing van de arbiter(s) is toegekend.⁵¹ Het betrof een toepassing van het recht op toegang tot een onafhankelijke en onpartijdige rechter (gewaarborgd door artikel 6 EVRM).⁵²

In de nieuwe bepalingen van het Gerechtelijk Wetboek inzake arbitrage wordt het beginsel van onafhankelijkheid en onpartijdigheid van de arbiters uitdrukkelijk opgenomen. Artikel 1685 § 2 Ger.W. bepaalt immers dat:

“Onverminderd §§ 3 en 4, evenals de algemene vereiste van onafhankelijkheid en onpartijdigheid van de arbiter of van de arbiters, kunnen de partijen de procedure voor de aanstelling van de arbiter of van de arbiters overeenkomen” (nadruk toegevoegd).

In artikel 1685 § 3 en § 4 Ger.W. zijn de regels vervat, dewelke van toepassing zijn ingeval van afwezigheid van overeenstemming tussen partijen over de aanstellingsprocedure van de arbiter(s), dan wel ingeval – tijdens een door de partijen overeengekomen aanstellingsprocedure – een partij niet handelt volgens de voornoemde procedure of niet tot een akkoord kan worden gekomen volgens de voormelde procedure. Wanneer de voorzitter van de rechtbank een arbiter aanstelt, houdt hij rekening met alle hoedanigheden vereist door de overeenkomst van de partijen en met alle overwegingen die van aard zijn om de aanstelling van een onafhankelijke en onpartijdige arbiter te verzekeren.⁵³

De persoon die wordt aangezocht met het oog op zijn mogelijke aanstelling tot arbiter, is verplicht om alle omstandigheden mee te delen die van aard zijn om gerechtvaardigde twijfels te doen rijzen over zijn on-

Volgens het Hof van Beroep te Gent verklaarde de rechter in eerste aanleg zich terecht zonder rechtsmacht, gelet op het feit dat zowel de (ondertekende) bestelbon als de op de reisbrochure vermelde algemene voorwaarden de wil uitdrukken om betwistingen tussen partijen (zijnde een consument en een handelaar) aan arbitrage te onderwerpen.

49. E. DIRIX en G.L. BALLON, *Factuur*, Mechelen, Kluwer, 2012, 241, nr. 444. Dit houdt in dat de financiële risico's voor de verliezende consument in een arbitrageprocedure niet aanzienlijk hoger mogen zijn dan de financiële risico's van de verliezende partij voor de gewone rechtscolleges.
50. Zie voor een aantal toepassingsgevallen: Kh. Leuven 19 september 1989, *TBH* 1990, 1022, noot H. VAN HOUTTE; Rb. Bergen 15 juni 1995, *J.T.* 1996, 80; Vred. Gent 9 maart 1998, *DCCR* 1999, 59, noot J. SPEYBROUCK.
51. Zie in dit verband ook: M. PIERS, “Is de contractpartij, wiens algemene voorwaarden verwijzen naar institutionele arbitrage, bevoorrecht bij de aanstelling van arbiters?” (noot bij Kh. Hasselt 4 december 2002), *P. & B.* 2004, 162-164; K. COX, «Artikel 1678 § 1 Ger.W.» in X, *Gerechtelijk recht, Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Kluwer, losbladig, 309-310.
52. De arbiter dient onafhankelijk en onpartijdig te zijn. Zie in dit verband: EHRM 28 oktober 2010, nr. 1643/06, *Suda/Tsjechische Republiek* (gepubliceerd in *JLMB* 2011, afl.23, 1080, noot L. MISSON en L. KAENS); Voorz. Rb Brussel 18 december 2009, *JLMB* 2010, afl.1, 17; M. STORME en M. VOORDECKERS, “Overzicht van Belgische rechtspraak: Arbitrage 1989-2005”, *TPR* 2005, 1256; K. WAGNER, *Burgerlijk procesrecht in hoofdlijnen*, Antwerpen, Maklu, 2014, nr. 81 en nr. 231.
53. Artikel 1685, §5 Ger.W.

afhankelijkheid of zijn onpartijdigheid.⁵⁴

Verder bepaalt het nieuwe artikel 1699 Ger.W. uitdrukkelijk dat de partijen op voet van gelijkheid behandeld moeten worden (gelijkheidsbeginsel) en dat elke partij alle mogelijkheden moet hebben om haar rechten, middelen en argumenten te doen gelden met inachtneming van het beginsel van de tegenspraak. Ook het beginsel van loyaliteit van de debatten wordt expliciet opgenomen in artikel 1699 Ger.W.

Een arbitragebeding waarbij slechts één arbiter wordt aangewezen, die lid is van een beroepsorganisatie waar slechts één partij toebehoort, moet in principe beschouwd worden als strijdig met het principe van wapengelijkheid tussen de partijen. Delicaat, om niet te zeggen uitgesloten, is bv. ook een beding krachtens hetwelk de arbiters allen lid moeten zijn van dezelfde beroepsgroep als één van de partijen. Als alle partijen lid zijn van dezelfde beroepsgroep is dat geen probleem, maar als dat niet het geval is, ligt er toch minstens een schijn van partijdigheid voor. Stel dat een overeenkomst tussen een advocaat en zijn cliënt een arbitragebeding bevat waarin bepaald wordt dat eventuele geschillen beslecht zullen worden door een college van drie arbiters, waarbij iedere partij één arbiter kiest, en bv. arbitrage-instelling X de voorzitter aanduidt. Wanneer nu de advocaat iemand als arbiter zou aanduiden die zelf advocaat is, lijkt het in zo'n geval misschien *prima facie* verkieslijk dat de arbitrage-instelling dan een voorzitter aanduidt die geen advocaat is, om te vermijden dat advocaten een meerderheid zouden vormen binnen het arbitraal college. Dat zou echter te ver gaan, omdat men even goed kan argumenteren dat de benoeming van een niet-advocaat tot gevolg zou hebben dat niet-advocaten dan een meerderheid zouden hebben in het arbitraal college (in de veronderstelling dat de cliënt een niet-advocaat zou aanstellen als arbiter). Relevanter is echter dat wanneer beide partijen zelf een arbiter mogen kiezen en een door partijen gekozen onafhankelijke arbitrage-instelling stelt de voorzitter aan (of de arbitrage-instelling stelt bv. drie arbiters aan), dat partijen dan alleszins een gelijke invloed hebben op de samenstelling van het arbitraal college (op voorwaarde dat de arbitrage-instelling geen banden heeft met bv. een ondernemersverbond waartoe ook één en slechts één der partijen behoort).

Vertrouwdheid met de leefwereld van de betrokkenen en kennis van de materie is uiteraard ook van belang, wat niet te snel mag worden opgeofferd aan een verkeerd begrepen onafhankelijkheids- of onpartijdigheidsbegrip. Zo merkt bepaalde rechtsleer – terecht – op dat, gezien arbitrage deskundigheid veronderstelt, de arbiters vaak (noodzakelijkerwijze) gezocht moeten worden in de beroepscategorie waartoe een of meerdere van de partijen behoren.⁵⁵ Uit recente rechtspraak van het Hof van Cassatie volgt overigens dat het feit dat één van de partijen in de arbitrage een betalend lid is van de aangewezen arbitrage-instelling, niet noodzakelijk impliceert dat deze partij een bevoorrechte positie heeft bij de aanwijzing van de arbiter(s).⁵⁶ Dit neemt niet weg dat een dergelijke situatie toch bijzonder delicaat is en dat er dan bijzondere aandacht moet worden besteed aan de samenstelling van een onafhankelijk en onpartijdig arbitragecollege.

15. De geannoteerde uitspraak verdient dus bijval. Interessant en lovenswaardig is ook de tendens dat geschillen over kleinere bedragen toch de weg vinden naar arbitrage. De overheidsrechtspraak krijgt de toevloed van zaken niet meer verwerkt.⁵⁷ Los van de vraag wat daar de oorzaak van is – de (te regelzuchtige?) wetgever, de (soms ietwat sub-optimaal georganiseerde?) rechterlijke macht, dan wel de (zijn proceswoede niet steeds voldoende bedwingende?) rechtszoekende – moet worden vastgesteld dat hier voor arbitrage (met name in geschillen tussen handelaren) een belangrijke taak ligt weggelegd: iedere zaak die via arbitrage wordt opgelost, is er weer eentje minder voor de (overbelaste en overbevroegde) rechterlijke orde. Als er vervolgens via de werking van een gezonde concurrentie tussen verschillende arbitrage-instellingen een neerwaartse prijscorrectie kan plaatsvinden die arbitrage verlost van het imago zeer duur te zijn, en als nauwgezet gewaakt wordt over de kwaliteit van alle aspecten van de arbitrageprocedure, dan kan de rechtszoekende daar slechts beter van worden, zowel degene die via arbitrage als via gewone rechtbankprocedures rechtsherstel nastreeft. De wet van 24 juni 2013 tot wijziging van het zesde deel van het Gerechtelijk Wetboek betreffende de arbitrage past in dezelfde lovenswaardige tendens waarbij arbitrage wordt aangemoedigd. Deze moderne wet, dewelke gebaseerd is op de UNCITRAL modelwet, voorziet im-

54. Vanaf de datum van zijn aanstelling en gedurende de hele arbitrageprocedure licht de arbiter de partijen onverwijld in over alle nieuwe omstandigheden van dien aard (Artikel 1686 § 1 Ger.W.); zie ook: M. DAL, "La nouvelle loi sur l'arbitrage", *JT* 2013, n° 6542, 788.

55. M. STORME en M. VOORDECKERS, "Overzicht van Belgische rechtspraak: Arbitrage 1989-2005", *TPR* 2005, 1253.

56. Cass. 29 mei 2009, C.06.9264, www.cass.be; gepubliceerd in *TBH* 2009, afl. 7, 734 (weergave K. COX): In die zaak hebben de appelrechters geoordeeld dat er geen sprake was van dergelijke "bevoorrechte positie". Immers, geen enkele bepaling in het arbitragereglement van de aangewezen arbitrage-instelling voorziet in de aanwijzing van een arbiter uit haar eigen midden. Volgens het Hof van Cassatie hebben de appelrechters – terecht – in concreto nagegaan in welke mate dit betalend lidmaatschap van de arbitrage-instelling van aard was de keuze van de arbiter door de arbitrage-instelling te beïnvloeden. Zie ook: H. VAN HOUTTE, "De geldigheid van het arbitragebeding dat arbitrage toevertrouwt aan een beroepsorganisatie" (noot onder Kh. Leuven 19 september 1989), *TBH* 1990, 1027-1028: "De Leuvense rechter heeft ten onrechte zonder meer besloten tot de ongeldigheid van een arbitrage door een bedrijfsorganisatie van een geschil tussen een lid en een niet-lid. Hij had in het arbitragereglement van de organisatie moeten nagaan of enkel leden van deze organisatie als arbiter werden benoemd".

57. Die overbelasting is weliswaar een probleem waarover men in talrijke rechtsstelsels al zeer lang klaagt, maar dat maakt het probleem er niet minder reëel op. Zo merkte Chief Justice Warren E. Burger op: "A sense of confidence in the courts is essential to maintain the fabric of ordered liberty for a free people and three things could destroy that confidence and do incalculable damage to society: that people come to believe that inefficiency and delay will drain even a just judgment of its value; that people who have long been exploited in the smaller transactions of daily life come to believe that courts cannot vindicate their legal rights from fraud and overreaching; that people come to believe the law – in the larger sense – cannot fulfill its primary function to protect them and their families in their homes, at their work, and on the public streets." (W.E. BURGER, "What's Wrong With the Courts: The Chief Justice Speaks Out", *U.S. News & World Report* (vol. 69, nr. 8, 24 augustus 1970) (68), 71).

mers in een meer efficiënte, toegankelijke en flexibele arbitrageprocedure. Door de invoering van de nieuwe wettelijke bepalingen inzake arbitrage, wil België zich een open land tonen voor arbitrage (met name een aantrekkelijke plaats voor internationale arbitrages zijn) en zich op de kaart zetten als een land dat beschikt over een vooruitstrevende wetgeving inzake arbitrage.⁵⁸

Kris Wagner
advocaat, arbiter en voorzitter van het Center for Dispute Resolution (CEDIRES)

Jolien Barbier
advocaat

**Cass. (1^{ère} Chambre), C.12.0567.F,
6 décembre 2013**

Président: Christian Storck

Conseillers: Didier Batselé, Michel Lemal, Marie-Claire Ernotte, Sabine Geubel

Greffier: Patricia De Wadripont

Avocat général: Thierry Werquin

Avocats: Paul Alain Foriers

Indivisibilité – Cassation – Ne peut avoir d'effet qu'à l'égard des parties à la cause

Onsplitsbaarheid – Cassatie – Enkel gevolgen ten aanzien van regelmatig in de zaak betrokken partijen

Lorsque le litige est indivisible, la cassation d'une décision ne peut avoir d'effet qu'à l'égard des parties qui étaient régulièrement à la cause devant la Cour, quelle que soit l'étendue qui doive lui être reconnue entre celles-ci.

In een onsplitsbaar geschil kan de vernietiging van een beslissing door het Hof van Cassatie alleen uitwerking hebben ten aanzien van de partijen die regelmatig in de zaak voor het Hof waren betrokken, ongeacht de omvang die aan de vernietiging tussen die partijen moet worden toegekend.

I. La procédure devant la Cour

Le pourvoi en cassation est dirigé contre l'arrêt rendu le 26 mars 2012 par la cour d'appel de Mons, statuant comme juridiction de renvoi ensuite de l'arrêt de la Cour du 16 mai 2008.

Le 18 octobre 2013, l'avocat général Thierry Werquin a déposé des conclusions au greffe.

Le conseiller Sabine Geubel a fait rapport et l'avocat général Thierry Werquin a été entendu en ses conclusions.

II. Le moyen de cassation

Le demandeur présente un moyen libellé dans les termes suivants:

Dispositions légales violées

Articles 23, 812, 813, 1042, 1079, spécialement alinéa 1^{er}, 1082, alinéa 1^{er}, 1095 et 1110 du Code judiciaire

Décisions et motifs critiqués

La cour d'appel dit l'arrêt attaqué commun et opposable au demandeur pour les motifs suivants:

«B) Irrévocabilité de l'arrêt de la cour d'appel de Bruxelles à son égard: [Le demandeur] fait valoir qu'il n'a pas été appelé à l'instance de cassation et que le dispositif de l'arrêt du 10 octobre 2005 de la cour d'appel de Bruxelles est devenu irrévocable à son égard;

Cet arrêt a dit que la demande en déclaration d'arrêt commun, laquelle ne présentait qu'un caractère subsidiaire, était sans objet, dès lors qu'il était décidé que le Fonds commun de garantie automobile devait intervenir en faveur de [la défenderesse] et de [la partie appelée en déclaration d'arrêt commun];

La cassation sur un dispositif emporte celle, même non demandée, des dispositifs non distincts;

N'est pas, au point de vue de l'étendue de la cassation, un dispositif distinct du dispositif attaqué par le pourvoi celui qui ne peut être l'objet d'un pourvoi recevable d'aucune des parties à l'instance en cassation;

Tel est le cas d'un dispositif qui n'inflige aucun grief au demandeur et qui ne peut infliger grief au défendeur que si le dispositif attaqué est cassé;

En pareil cas, en effet, ni la partie demanderesse ni la partie défenderesse n'ont intérêt à attaquer ce dispositif, contre lequel leur pourvoi serait, dès lors, déclaré irrecevable;

En l'espèce, la cassation intervenue s'étend bien au dispositif disant la demande en déclaration d'arrêt commun sans objet, lequel n'était pas distinct de celui condamnant le Fonds commun de garantie automobile».

Griefs

1. Selon l'article 23 du Code judiciaire, pour qu'une décision soit revêtue de l'autorité de la chose jugée, il faut que la demande soit entre les mêmes parties, et formée par elles et contre elles en la même qualité.

2. Le pourvoi est introduit par la remise au greffe de la Cour de cassation d'une requête qui, le cas échéant, est préalablement signifiée à la partie contre laquelle le pourvoi est dirigé (article 1079, alinéa 1^{er}, du Code judiciaire).

3. Aux termes de l'article 1084 du Code judiciaire, lorsque le litige est indivisible, le pourvoi doit être dirigé contre toutes les parties à la décision attaquée dont l'intérêt est opposé à celui du demandeur. Ce dernier doit, en outre, dans les délais ordinaires des pourvois, mettre en cause les autres parties qui ne sont déjà défenderesses ou appelées. En cas d'inobservation des règles énoncées au présent article, le pourvoi ne sera pas admis. L'arrêt est opposable à toutes les parties en cause.

58. Memorie van Toelichting, Parl. St. Kamer, 2012-2013, DOC 53 2743/001, p.6.