

HANDELSARBITRAGE KRACHTENS INTERNATIONAAL RECHT

par

H. VAN HOUTTE

Afdeling Internationaal en Buitenlands Recht, K.U. Leuven

1. De handelsarbitrage heeft in de praktijk ruimschoots haar sporen verdiend. Zij blijkt vooral geschikt als beslechtingswijze voor transnationale handelsgeschillen, nl. geschillen die, omwille van de partijen of hun voorwerp, raakpunten hebben met meer dan één land.

De handelsarbitrage is in wezen een contractueel gebeuren. Zij komt tot leven omdat partijen akkoord gaan om een geschil ter beslechting aan een arbiter voor te leggen; het geschil wordt opgelost door arbitrage omdat partijen er zich wederzijds toe verbonden hebben om de uitspraak van de arbiter na te leven. Het hele verloop van de arbitrage berust trouwens op de overeenkomst tussen partijen : Soms wordt in de overeenkomst tot arbitrage de arbiter aangeduid en de procedure uitgestippeld, welke deze moet volgen. Meestal beperken partijen er zich evenwel toe om in hun overeenkomst tot arbitrage een arbitrage-instelling of een derde aan te duiden, welke dan de arbiter moet benoemen. Vaak stippelen de partijen ook niet zelf de arbitrale procedure uit in de overeenkomst tot arbitrage; zij onderwerpen zich dan impliciet aan de procedureregels, welke de arbiter zelf zal vaststellen of die in het reglement van de aangeduide arbitrage-instelling vervat zijn.

2. Het is evenwel niet uitgesloten dat één van de partijen, die aanvankelijk tot de arbitrale beslechting toestemde, nadien weigert om aan de arbitrage deel te nemen of om de arbitrale uitspraak uit te voeren. Wanneer de consensus nopens de arbitrage tussen partijen verdwijnt, zal de arbitrale beslechting getoetst moeten worden aan de rechtsnormen, welke terzake van toepassing zijn. Deze rechtsnormen zullen dan bijv. bepalen of partijen wel degelijk door een overeenkomst tot arbitrage gebonden zijn; of de arbiter bevoegd is het geschil te beslechten; of de arbiter een correcte procedure heeft gevolgd; of de arbiter niet on-juist geoordeeld heeft, enz.

Arbitrage is slechts mogelijk dank zij een arbitragerecht — ook al zijn partijen zich hiervan meestal niet bewust omdat zij over de arbitrale

beslechting akkoord blijven. In laatste instantie is het evenwel omdat een arbitragerecht hun overeenkomst tot arbitrage bindend verklaart, dat partijen niet kunnen weigeren aan de arbitrage deel te nemen. Uiteindelijk is het omdat een arbitragerecht een dwanguitvoering van een arbitrale uitspraak mogelijk maakt, dat geen partij aan de uitvoering van de arbitrale uitspraak kan ontsnappen. Derhalve verloopt elke arbitrage *krachtens* een arbitragerecht, dat de basis en de rechtswerking voor de arbitrage levert. « One cannot accept that the institution should escape the reach of all legal systems and be somehow suspended in vacuo » (1). Of zoals Raape het beeldrijk formuleerde : « Das Schiedsgericht thront nicht über die Erde, es schwebt nicht in der Luft, es muss irgendwo landen, irgendwo erden » (2).

Talrijke arbitrages, zoals bijv. deze die georganiseerd wordt in de schoot van de Internationale Kamer van Koophandel (I.K.K.), verlopen weliswaar volgens een uitvoerig arbitragereglement en worden begeleid en gecontroleerd door de arbitrage-instelling zelf. Voor sommigen zouden dergelijke arbitrages los kunnen staan van elk arbitragerecht (3). Arbiters hebben evenwel niet nagelaten om erop te wijzen dat zelfs een uitvoerig arbitragereglement, zoals dat van de I.K.K., door normen van een arbitragerecht moet worden aangevuld (4). De rechtbanken stelden trouwens dat ook een arbitrage, welke bijv. volgens het gedetailleerde reglement en onder de waakzame controle van de I.K.K. plaats grijpt, niettemin door een arbitragerecht beheerst wordt en door de rechter gecontroleerd kan worden (5). Uiteindelijk zal het tenslotte toch slechts de rechter zijn die de gedwongen uitvoering van de arbitrale uitspraak kan gelasten. Een arbitrage, die los staat van een arbitragerecht, lijkt een utopie.

In elke nationaal rechtssysteem bestaat er een arbitragerecht, nl. rechtsnormen, die bepalen hoe de arbitrale beslechting moet verlopen en in welke mate de rechter in de arbitrale beslechting kan tussenkomen — hetzij om deze verder te helpen; hetzij om deze ongeldig te verklaren. Meestal zijn deze normen in een wettekst vervat (6). Het is evenwel onvermijdelijk dat de wettekst aangevuld moet worden door regels, verwoord door de rechtspraak. Dit arbitragerecht, dat in elk nationaal rechtssysteem aanwezig is, behoort in

(1) Arbitrale uitspraak : *Texaco & Calsiatic t. Libië*, nr. 16.

(2) RAAPE, *Internationales Privatrecht*, Berlijn 1961, 557.

(3) Dit lijkt vooral het geval bij arbitrages, georganiseerd in de schoot van de Internationale Kamer van Koophandel, met haar gedetailleerd arbitragereglement en met haar Arbitrage-Hof, welke de arbitragewet en de rechter vaak vervangen. Cfr. FRAGISTAS, Arbitrage étranger et arbitrage international en droit privé; *R.C.D.I.P.* 1960, 1, 17; KLEIN, l'arbitrage international de droit privé, *Ann. suisse dr. int.* 1963, 41, 52. Deze indruk werd trouwens in de hand gewerkt door de I.K.K. zelf (Rapport de la C.C.I., Brochure nr. 174, 7).

(4) Bijv. I.K.K.-uitspraken nrs. 1512 (tevens geciteerd in *Clunet*, 1974, 905) en 2381.

(5) Zie o.m. Beroep Parijs 18 juni 1974, *Rev. Arb.* 1975, 179.

(6) Bijv. voor België : Ger. Wetb., art. 1676-1723; ingevoerd door de wet van 9 juli 1972; voor Duitsland : Z.P.O. §§ 1025-1047; voor Frankrijk : Code de procédure civile, art. 1003-1028; voor Engeland : Arbitration Act (1950) aangevuld door deze van 1975.

feite tot het procesrecht van dit systeem. Buitenlands procesrecht bindt de rechter in beginsel niet. Het is enkel het procesrecht van het forum dat bepaalt of — en hoe — de rechters van dit forum mogen handelen. Bijgevolg bepaalt alleen het arbitragerecht van het forum, als deel van het procesrecht, hoe de rechters van het forum — en enkel deze — de arbitrale beslechting kunnen begeleiden en controleren.

Ook het internationaal recht bevat een arbitragerecht. Door de afwezigheid van een wetgever, door de eigen structuur van de internationale gemeenschap en door de relatieve schaarsheid van internationaal-rechtelijke arbitrages is dit internationaal arbitragerecht weliswaar niet zo gedetailleerd als een nationaal arbitragerecht. Niettemin bestaat het, zoals hierna aangetoond wordt.

Een nationaal arbitragerecht of het internationaal arbitragerecht lijken de enige mogelijkheden. Sommige auteurs meenden weliswaar dat er tussen de arbitrage krachtens nationaal recht (voor geschillen tussen private personen) en internationaal recht (voor geschillen tussen staten), nog een « jurisprudence intermédiaire » bestaat, nl. arbitrages tussen een staat en een buitenlandse investeerder (7). Deze opvatting kan slechts aanvaardbaar zijn, wanneer een rechtsorde bestaat die eveneens het midden houdt tussen nationaal en internationaal recht. Voor o.m. Verdross, Bourquin en Kipp bestond weliswaar een dergelijke intermediaire rechtsorde, in de gedaante van de quasi-volkenrechtelijke overeenkomst, afgesloten tussen een staat en een buitenlandse investeerder (8). De quasi-volkenrechtelijke overeenkomst, die in geen enkele rechtssysteem ingeschakeld moet worden, zou immers zelf het geraamte vormen van een quasi-internationaal-rechtelijk normengeheel, bestaande uit de contractuele bedingen en uit de algemene rechtsbeginselen. Haar bedingen, die normen worden door het algemene rechtsbeginsel « pacta sunt servanda », maken de kern van dit normengeheel uit. Zij worden aangevuld met algemene rechtsbeginselen. De kritiek, waarop de theorie van de quasi-volkenrechtelijke overeenkomsten onthaald werd, toont evenwel aan dat er tussen nationaal en internationaal recht geen intermediair recht bestaat (9). Bijgevolg kan ook geen arbitrage geregeerd worden door een arbitragerecht, dat noch nationaal, noch internationaal zou zijn.

(7) Zie BASTID, *Ann. fr. dr. int.* 1961, 300-301 en de auteurs aldaar geciteerd in noot 3.

(8) BOURQUIN, Arbitration and Economic Development Agreements, *Selected readings on protection by law of private foreign investments*, New York 1964, 99, 111 en 113; KIPP, Verträge zwischen staatlichen und nichtstaatlichen Partnern, 5 *Ber. D. Ges. VR.* (1964), 161-167; VERDROSS, Gibt es Verträge die weder dem innerstaatlichen Recht noch dem Völkerrecht unterliegen? 6 *Zeitschr. f. Rvgl.* (1965), 129, 131-132; Die Sicherung von ausländische Privatrechten aus Abkommen zur wirtschaftlichen Entwicklung mit Schiedsklauseln, 18 *ZaöRV* (1957), 635.

(9) Bijv. BATIFFOL, La sentence Aramco et le droit international privé, *R.C.D.I.P.* 1964, 647, 655; JENNINGS, Rules governing contracts between states and foreign nationals, in *Symposium on rights and duties of private investors abroad*, New York 1965, 123 e.v.; LALIVE, Contracts between a State or a State agency and a foreign company. Theory and practice: choice of law in a new arbitration case, 13 *I.C.L.Q.* (1964), 987, 997; LALIVE, Un récent arbitrage suisse entre un organisme d'état et une société étrangère, *Ann. suisse dr. int.* 1962, 273, 295; MANN, The proper

3. Dit artikel wil nagaan in welke mate de handelsarbitrage niet door een nationaal, maar door het internationaal arbitragerecht beheerst wordt (I). Nadien zal het de inhoud van het internationaal arbitragerecht toelichten (II).

4. Het voorwerp van dit artikel, de handelsarbitrage krachtens internationaal recht, moet evenwel onderscheiden worden van het ruimer begrip « internationale handelsarbitrage ».

Het begrip « internationale handelsarbitrage » is inhoudelijk vaag omlijnd. Het is immers voldoende dat het geschil de internationale handel raakt ofwel dat niet alle elementen van de arbitrale beslechting (zoals de partijen, de arbiters, de plaats van de arbitrage, het aan te wenden recht) binnen éénzelfde rechtsorde gesitueerd zijn om de handelsarbitrage internationaal te maken (10). In de praktijk zullen bijgevolg vele scheidsgerichten internationale handelsarbitrage verrichten. Weliswaar is het soms belangrijk om weten of een scheidsgericht internationale handelsarbitrage pleegt, bijv. omdat het Europees Verdrag (Genève 1961) enkel van toepassing is op de internationale handelsarbitrage; of omdat het Franse recht minder strenge eisen stelt aan de geldigheid van het compromissoir beding wanneer het een internationale handelsarbitrage betreft. Doorgaans blijft het zgn. « internationale » karakter van de handelsarbitrage voor de auteurs evenwel slechts een middel om hun studie-objekt af te bakenen, zonder dat men aan het « internationale » van de handelsarbitrage veel rechtsgevolgen moet hechten.

De handelsarbitrage krachtens internationaal recht dekt evenwel — zoals reeds aangetoond — een andere lading. Hierdoor wordt elke handelsarbitrage bedoeld, die niet beheerst is door een nationaal arbitragerecht, maar door het internationaal recht.

law of contracts concluded by international persons, *Brit. YB. Int. L.* 1959, 34, e.v.; RENGELING, *Privatvölkerrechtliche Verträge*, Berlijn 1971, 166-170; VEDEL, Le problème de l'arbitrage entre gouvernements ou personnes de droit public et personnes de droit privé, *Rev. Arb.* 1961, 116, 128-130; WEIL, Problèmes relatifs aux contrats passés entre un état et un particulier, 128 *Rec. Cours* (1969, III) 101, 182-183; WENGLER, Les accords entre états et entreprises étrangères sont-ils des traités de droit international?, *R.G.D.I.P.* 1972, 313, 345; ZWEIGERT, Verträge zwischen staatlichen und nichtstaatlichen Partnern, 5 *Ber. D. Ges. VR* (1964), 194, 199.

(10) Zie bijv. de meningen van BROCHES, The Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of other States, 136 *Rec. Cours* (1972, II) 331, 381; DAVID, Arbitrage international ou arbitrage étranger, in *Festschrift H. Ficker*, Frankfurt 1967, 121, 126-127; FOUCARD, Quand un arbitrage est-il international?, *Rev. Arb.* 1970, 59-77; FRAGISTAS, Arbitrage étranger et arbitrage international en droit privé, *R.C.D.I.P.*, 1960, 1; GENTINETTA, *Die « Lex Fori » internationaler Handelsschiedsgerichte*, Bern 1973, 19-31; GOLDMAN, Les conflits de lois dans l'arbitrage international de droit privé, 109 *Rec. Cours* (1963, II) 347, 361-362; MUNZBERG, *Die Schranken der Parteivereinbarungen in der privaten internationalen schiedsgerichtsbarkeit*, Berlijn 1970, 36; SCHLOSSER, *Das Recht der internationalen privaten Schiedsgerichtsbarkeit*, Tübingen, 1975, nr. 28; VON HOFFMANN, *Internationale Handelsschiedsgerichtsbarkeit, Die Bestimmung des massgeblichen Rechts*, Frankfurt 1970, 49-51.

I. WANNEER VERLOOPT EEN HANDELSARBITRAGE KRACHTENS INTERNATIONAAL RECHT ?

5. De grootste verwarring heerst omtrent deze vraag (11). Meerdere criteria, die allen vertrekken van een band tussen het internationaal recht en de arbitrale beslechting, werden vooropgesteld om het internationaal recht van toepassing te verklaren op de handelsarbitrage. Achtereenvolgens worden de volgende criteria onderzocht : a) internationale rechtssubjecten als partijen tot de arbitrage; b) immuniteit van jurisdictie welke een partij tot de arbitrage zou genieten; c) de internationaalrechtelijke functie van de arbitrage; d) de partij-autonomie; f) het aangewende recht; g) de overeenkomst tot arbitrage. Deze criteria zullen van verschillend gehalte en bruikbaarheid blijken. Zij wijzen echter elk op een specifiek raakpunt, dat kan bestaan tussen een handelsarbitrage en het internationaal recht. Niet uit om het even welk raakpunt met het internationaal recht volgt dat de handelsarbitrage krachtens internationaal recht verloopt. Niettemin zal een handelsarbitrage, die door het internationaal recht beheerst wordt, zoveel banden met het internationaal recht hebben dat ook de meeste — zoniet alle — hier voorgestelde criteria naar een arbitrage krachtens internationaal recht zullen verwijzen.

a) INTERNATIONAAL-RECHTELIJK RECHTSSUBJECTEN ALS PARTIJEN TOT ARBITRAGE

6. Volgens de klassieke opvatting zou een arbitrage tussen rechtssubjecten van het internationaal recht, zoals staten en internationale organisaties, door het internationaal recht beheerst worden (12). En inderdaad, deze arbitrages betreffen meestal een internationaal-rechtelijk geschil zodat het niet meer dan logisch is dat de arbitrage zelf zich ook in het internationaal recht situeert. Tussen staten (13) of tussen een staat en een internationale organisatie (14) kan evenwel ook een handelsgeschil rijzen dat weinig verschilt van een onenigheid tussen gewone handelaren.

(11) De onzekerheid, die aangaande deze problematiek heerst, wordt gekenmerkt door de vaagheid van Weil, die in *Problèmes relatifs aux contrats passés entre un état et un particulier*, 128 *Rec. Cours* (1969, III) stelt dat de arbitrage tussen staten en particulieren eerder privaatrechtelijk dan internationaal-rechtelijk is (p. 153); maar dat het « klimaat » en de procedure van deze arbitrage vaak volkenrechtelijk is (p. 156).

(12) Zie bijv. DEHAUSSY, *Arbitrage (droit international public)*, *Répertoire de droit international Dalloz*, Parijs 1968, nr. 101; MANN, *Ann. institut droit international* 1977, 178-179.

(13) Uit de arbitrale uitspraak tussen Engeland en Griekenland inzake de afgeleide vrachten (*R.C.D.I.P.* 1956, 285-286; *Rev. Arb.* 1956, 20) blijkt dat arbiter Cassin een handelsgeschil tussen twee staten mogelijk achtte vermits hij benadrukte dat de partijen in het geval dat hij moest beoordelen integendeel handelden « en tant que sujets du droit international » en dat het geschil « se rapporte directement aux conséquences d'une guerre menée en commun par eux contre une tierce puissance ». De arbiter leek bijgevolg a contrario een arbitrage tussen staten, welke slechts verwikkeld zijn in een zuiver handelsgeschil, niet uit te sluiten.

(14) Bijv. n.a.v. een lening van de Wereldbank aan een staat (Zie FOUSTOUCOS, *L'arbitrage — interne en international — en droit privé hellénique*, Parijs 1976, 283, noot 6).

De handelsarbitrage kan ook gevoerd worden tussen een staat en een entiteit, die — alhoewel een afzonderlijke rechtspersoon — toch nauwe banden met een andere staat bezit (15); of tussen twee dergelijke entiteiten (16). Volgens de klassieke opvatting, dat slechts de arbitrage tussen staten of internationale organisaties een arbitrage krachtens internationaal recht is, ligt het minder voor de hand dat de handelsarbitrage krachtens internationaal recht verloopt, wanneer een afzonderlijke rechtspersoon, welke enkel nauwe banden met een staat bezit, partij is. Kunnen zulke « state controlled bodies » met de staat gelijkgesteld worden om de arbitrage internationaal-rechtelijk te maken? Wanneer men stelt dat enkel de staat en diens organen, welke geen afzonderlijke rechtspersoonlijkheid bezitten, door het internationaal recht beheerst worden, is een arbitrage niet internationaal-rechtelijk wanneer een « state controlled body » partij is. Een afzonderlijke rechtspersoonlijkheid lijkt evenwel een formeel kenmerk, waarop men niet kan steunen. Deze rechtspersoonlijkheid wordt immers niet toegekend door het internationaal, maar door een nationaal recht. Bepaald door het nationale recht van de betrokken staat, kan het door deze staat gemanipuleerd worden (17). Relevanter lijkt bijgevolg de omstandigheid dat de entiteit door de staat gecontroleerd wordt. Dergelijke controle kan zich uiten door de politieke binding welke een publiekrechtelijke organisme met de staat heeft; bij handelsvenootschappen wordt deze controle bijv. uitgeoefend door middel van de meerderheid in de aandeelhoudersvergadering (18). De verscheid meningen nopens de National Iranian Oil Company (NIOC) tonen evenwel aan dat het statuut van een « state controlled body » niet steeds eenvoudig te bepalen is (19).

(15) Bijv. de overeenkomst tussen de *Belgische regering en NIOC*. Zie *SUY*, De Ibramco-affaire (internationale aspecten), *Belg. Tijdschr. Intern. R.* 1974, 142.

(16) Bijv. de overeenkomsten tussen *Jordan National Resource Authority* en *Industrija Nafta Zagreb* (*Selected Documents of the International Petroleum Industry* (Wenenz hierna geciteerd als *OPEC*) 1968, 335; *Kuwait National Petroleum Company* en *Pertamina* (*OPEC* 1968, 105); *Iraq National Oil Company* en *ERAP* (*OPEC* 1968, 107); tussen *NIOC*, *ERAP*, *Oesterreichische Mineralöl Verwaltung* e.a. (*OPEC* 1969, 15); tussen *ERAP*, *Sofiran* en *NIOC* (*OPEC*, 1966, 132); tussen *PETROMIN* en *AGIP* (*OPEC* 1967, 190); tussen *ERAP*, *Auxerap*, *Aquitaine* en *LI-PETCO* (Libië) (*OPEC* 1968, 197).

(17) Zie *RENGELING*, *Privatvölkerrechtliche Verträge*, 34; *WEIL*, 129 *Rec. Cours* (1969, III), 105.

(18) Zie *BOCKSTIEGEL*, *Besondere Probleme der Schiedsgerichtsbarkeit zwischen Privatunternehmen und ausländischen Staaten oder Staatunternehmen*, *NJW* 1975, 1579-80; *WEIL*, 128 *Rec. Cours* (1969, III), 106.

(19) Door de enen wordt *NIOC* immers beschouwd als een deel van de Iraanse staat (*Ar-rondissementsrechtbank Den Haag* 15 april 1965, 5 *I.L.M.* (1966) 477; *FISCHER*, *Konzession* 165, noot 30, 210; *KOJANEC*, Recent developments in the law of state contracts, *Yearbook World Affairs*, 1970, 191-192; *LOGIE*, Les contrats pétroliers iraniens, *Belg. Tijdschr. Intern. R.* 1965, 392-428, 393-397; *SURATGAR*, The Sapphire Arbitration Award, *Columbia Journal of Transnational Law* 1964, 166; *WEIL*, 129 *Rec. Cours* (1969, III), 105. Vele argumenten pleiten hiervoor. Alhoewel haar statuten *NIOC* als een handelsvenootschap met aandelen bestempelen, vervult *NIOC* bij uitstek een publiekrechtelijke rol. Het is *NIOC* die de oliecontracten afsluit voor rekening van de Iraanse Staat. Het *NIOC*-bestuur wordt door de Iraanse regering benoemd.

7. Het dient toegegeven : vooralsnog is het niet duidelijk of de arbitrale praktijk het criterium van het internationaal-rechtelijk karakter van de partijen volgt om de handelsarbitrage aan het internationaal recht te onderwerpen. Een handelsarbitrage tussen staten of tussen een staat en een internationale organisatie had — voor zover mij bekend — nog niet plaats. Arbitrages tussen een staat en een handelsonderneming verlopen soms krachtens het internationaal recht (20); soms krachtens een nationaal recht (21). Ook over de invloed op het internationaal-rechtelijk karakter van de arbitrage vanwege een entiteit (zoals NIOC), welke nauw met een staat verbonden is, heeft de arbitrale praktijk nog geen onaanvechtbaar standpunt ingenomen (22).

Het criterium van het internationaal-rechtelijk karakter van de partijen tot de arbitrage werkt ongetwijfeld het minst zeker voor een handelsarbitrage tussen een internationale organisatie, een staat of een hiermee gelijkgestelde entiteit enerzijds en een private onderneming anderzijds. Volgens de klassieke opvatting kan er immers van internationaal recht slechts sprake zijn wanneer het rechtsbetrekkingen betreft tussen staten of internationale organisaties (23). Bijgevolg zou het ook uitgesloten zijn dat een handelsarbitrage, waarbij een private onderneming partij is, door het internationaal recht beheerst wordt.

NIOC sluit bovendien namens de Iraanse regering verdragen af (bijv. verdrag met Saoedi-Arabië ter afbakening van de zeebodem in de Perzische golf, *OPEC* 1968, 368).

Voor anderen echter primeren de privaatrechtelijke aspecten van NIOC; zij ontzeggen NIOC het internationaal statuut (Bijv. BROCHES, 136 *Rec. Cours* (1972, II), 383-384; SUY, *Belgisch Tijdschr. Intern. R.* 1974, 146-151).

(20) Bijv. *Aramco en Saoedi-Arabië*, *R.C.D.I.P.* 1963, 304-305; *Texaco & Calasiatic tegen Libië*, nr. 16 (cfr. *Clunet* 1977, 325).

(21) Zie bijv. *Government of Ceylon v. Chandris* (1963) 2 *Q.B.* 327; *President of India v. Metcalfe Shipping Co.*, (1969), 2 *Q.B.* 123; Parijs 10 april 1957 (*Myrtoon Steamship*), *Clunet* 1958, 1002; Fr. Cass. 14 april 1964, (*San Carlo*), *Clunet* 1965, 646; Frans Cass. 2 mei 1966 (*Galakis*) *Clunet* 1966, 648.

(22) Een dergelijke arbitrage, nl. deze tussen Sapphire International Petroleum Ltd. en NIOC, verliep weliswaar krachtens een nationaal, (Zwitsers), en niet krachtens het internationaal recht (*Sapphire International Petroleum Ltd. t. NIOC*, 13 *I.C.L.Q.* (1964), 1011 e.v.; Onlangs stelde de arbiter in een andere zaak zelfs dat de Sapphire-arbitrage rechtstheoretisch enkel volgens een nationaal recht kon verlopen, omdat NIOC geen soevereine staat was, doch slechts een emanatie van de Iraanse staat (*Texaco & Calasiatic tegen Libië*, nr. 12).

De redenen voor de beslissing in de Sapphire-arbitrage lijken evenwel ongegrond. De Sapphire-arbiter had immers besloten dat het internationaal recht — en niet een nationaal recht — van toepassing was op de overeenkomst tussen Sapphire en NIOC, om de reden dat NIOC dermate nauw met de Iraanse staat verbonden was. Het lijkt m.i. dan ook kunstmatig vanwege de arbiter om te veronderstellen dat NIOC wel innig genoeg met de Iraanse staat verbonden was om haar overeenkomst met Sapphire te onderwerpen aan het internationaal recht; maar niet innig genoeg om de arbitrage met Sapphire te laten beheersen door ditzelfde internationaal recht.

(23) Zie bijv. LAUTERPACHT, *The World Bank Convention on the Settlement of international investment disputes*, *Recueil d'Etudes de droit international en hommage à P. Gugenheim*, Genève 1968, 659; McNAIR, *The general principles of law recognized by civilized nations*; *Brit. YB Int. L.* 1957, 10; RENGELING, *Privatvölkerrechtliche Verträge*, 136; TRIEPEL, *Völkerrecht und Landesrecht*, Leipzig, 1899, 20.

Andere groeperingen dan staten of internationale organisaties werden evenwel reeds als volkenrechtelijke rechtspersonen erkend (24). Heden kan men zelfs pleiten voor toekenning van de volkenrechtelijke rechtspersoonlijkheid aan entiteiten die actief zijn op wereldplan, zoals multinational of filantropische stichtingen (25). Zelfs een individu is trouwens in een beperkte mate reeds drager van internationaal-rechtelijke rechten en plichten (26). Buitenlandse private ondernemingen, welke bijv. van een staat een olieconcessie verkrijgen of samen met de staat een industrieel complex oprichten, worden door deze staat vaak als een gelijke erkend. Men zou dan, bijv. met Böckstiegel en Fischer, kunnen stellen dat de buitenlandse onderneming — vooral wat de olieconcessie of de investering betreft — door de staat als volkenrechtelijke rechtspersoon erkend werd (27). Eenmaal dat de private onderneming een — zelfs beperkte — volkenrechtelijke rechtspersoonlijkheid verkregen heeft, is er niets dat belet dat de arbitrage tussen deze private onderneming en de staat door het internationaal recht beheerst wordt.

b) IMMUNITEIT VAN JURISDICTIE

8. Een volgend criterium om de handelsarbitrage binnen het internationaal recht te loodsen draait rond de volkenrechtelijke immuniteit van jurisdictie, welke eventueel door één of beide partijen tot de arbitrage zou kunnen genoten worden. Indien deze immuniteit in bepaald gevallen belet dat een nationale rechter kennis mag nemen van een geschil waarbij een volkenrechtelijke persoon betrokken is, lijkt het logisch dat tevens geen nationale rechter de arbitrale beslechting van dit geschil mag toetsen en begeleiden; m.a.w. dat de arbitrage niet verloopt volgens een nationaal arbitragerecht. Op dergelijke arbitrage zou dan enkel het internationaal recht van toepassing kunnen zijn (28).

In de arbitrage tussen Aramco en Saoedi-Arabië lijkt het uiteindelijk omwille van de immuniteit van jurisdictie dat de handelsarbitrage door het internationaal recht beheerst werd. De immuniteit van jurisdictie belette — aldus de arbiters — de rechter van Zwitserland, waar de arbitrage plaats had,

(24) Zie bijv. VERDROSS, *Völkerrecht*, Wenen 1964, 203-222.

(25) Zie OKEKE, *Controversial subjects of contemporary international law* Rotterdam 1974, 207-208.

(26) LAUTERPACHT, *art. cit.*, 660; zie SUY, *Leerboek van het Volkenrecht*, deel I, Leuven 1972, 275-282.

(27) Zie bijv. BÖCKSTIEGEL, *Der Staat als Vertragspartner ausländischer Privatunternehmen*, Frankfurt 1971, 309; FISCHER, *Die internationale Konzession*, Wenen 1974, 440; FISCHER, *Die Privatpersonen als Völkerrechtlicher Vertragspartner des Staates*, *Oester. Zeits. öffentl. Recht* 1973, 339, 362-363.

(28) Zie in deze zin SACERDOTI, in « International Commercial Arbitration », report 54th Conference International Law Association, 1970, 81-82.

immers om het controlerecht over de arbitrage uit te oefenen. Het ware zinloos — zo de arbiters — om te stellen dat het Zwitsers arbitragerecht de arbitrage regeerde, wanneer de immuniteit van jurisdictie, welke Saoedi-Arabië genoot, een Zwitsers rechter zou beletten om dit arbitragerecht aan te wenden. Bijgevolg besloten de arbiters dat niet het Zwitserse, maar het internationaal recht van toepassing was op de arbitrale procedure (29).

In de recente arbitrage tussen Libië en Calasiatic & Texaco liet de arbiter zich eveneens verleiden door de immuniteit van jurisdictie. Volgens het adagium « par in parem non habet jurisdictionem » zou geen nationale rechter een arbitrale beslechting, waarbij een buitenlandse staat partij is, kunnen controleren. Om deze reden kon de arbitrage — zo besloot de arbiter — slechts aan het internationaal recht onderworpen zijn (30).

9. Ook de immuniteit van jurisdictie lijkt evenwel een ondeugdelijk criterium om een arbitrage te onderwerpen aan het internationaal recht (31).

De immuniteit wordt immers in de verschillende landen toegekend in verscheidene omstandigheden; bovendien is de immuniteitsleer volop aan het evolueren. Van een duidelijk — omljnde en uniforme leer inzake de immuniteit kan er bijgevolg geen sprake zijn. Het antwoord op de vraag of de nationale rechter immuniteit van jurisdictie zou toekennen aan een partij tot een arbitrage is bijgevolg te onzeker en hangt te zeer af van land tot land opdat de immuniteit als algemeen en hanteerbaar criterium zou kunnen gelden om deze arbitrage te onderwerpen aan het internationaal recht.

De immuniteit van jurisdictie geldt trouwens slechts in bepaalde omstandigheden. Enkel als verweerder — en niet als eiser — kan een staat (of een volkenrechtelijk hiermee gelijk te stellen persoon) de immuniteit inroepen. Bijgevolg belet de immuniteit van jurisdictie de nationale rechter nooit om een arbitrage te controleren op verzoek van een staat, wanneer de tegenpartij een private onderneming is, welke zich uiteraard op geen immuniteit kan beroepen.

Bovendien kan aan het recht op immuniteit verzaakt worden. Doorgaans wordt bijv. aanvaard dat de staat, die in een overeenkomst akkoord ging om

(29) *R.C.D.I.P.* 1963, 304-305, Van het Zwitsers recht kwam het recht van het Kanton Vaud in aanmerking omdat de arbitrage in Genève plaats had. Zie evenwel BASTID, *Le droit international public dans la sentence arbitrale de l'Aramco*, *Ann. fr. dr. int.* 1961, 300, 303, noot 6 die aantoonst dat de arbiters leken te veronderstellen dat de arbitrage ook zonder immuniteit in hoofde van Saoedi-Arabië internationaal-rechtelijk zou zijn.

(30) Zie tevens LALIVE, *Clunet*, 1977, 324.

(31) MUNZBERG, *Die Schranken der Parteivereinbarungen in der privaten internationalen Schiedsgerichtsbarkeit*, Berlijn 1970, 26; SCHLESINGER-GUNDISCH, *Allgemeine Rechtsgrundsätze als Sachnormen des internationalen Schiedsverfahrens*, 28 *RebelsZ.* (1964) 4, 17 e.v.; VEDEL, *Le problème de l'arbitrage entre gouvernements ou personnes de droit public et personnes de droit privé*, *Rev. Arb.*, 1961, 127; SEIDL-HOHENVELDERN, *Commercial arbitration and state immunity*, in *International Trade Arbitration*, New York (1958), 87.

eventuele geschillen aan arbitrage te onderwerpen, door dit arbitragebeding afstand deed van zijn recht op immuniteit van jurisdictie (32).

Het meest fundamenteel lijkt evenwel de opwerping dat bij een handelsarbitrage, die een handelsgeschil tot voorwerp heeft, de staat doorgaans geen immuniteit kan genieten omdat hij niet « als staat » (« iure imperii ») maar als gelijke van de particulier (« iure gestionis ») handelde (33).

De immuniteit van jurisdictie werd door de arbitrale praktijk weliswaar minstens tweemaal weerhouden als criterium om de handelsarbitrage te onderwerpen aan het internationaal recht. Niettemin lijkt dit criterium niet enkel praktisch onbruikbaar maar tevens theoretisch ongegrond. De immuniteit van jurisdictie, welke één der partijen tot de arbitrage zou toegekend krijgen vanwege de nationale rechter, is enkel een aanduiding dat deze partij als volkenrechtelijke subjekt handelde; op zichzelf is het nog geen reden om de arbitrage zelf te onderwerpen aan het internationaal recht.

c) INTERNATIONAAL-RECHTELIJKE FUNCTIE VAN DE ARBITRAGE

10. Sommige handelsarbitrages vervullen een volkenrechtelijke functie omdat zij helpen verhinderen dat een handelsgeschil tussen contractanten leidt tot een internationaal-rechtelijke geschil tussen staten. Zo opteren de buitenlandse investeerder en de staat-medecontractant vaak voor een arbitrale beslechting omdat zij willen vermijden dat het geschil op volkenrechtelijk vlak uitgevochten zou worden tussen de staat, waarvan de investeerder onderdaan is, en de staat-medecontractant (34).

(32) BÖCKSTIEGEL, *N.J.W.* 1975, 1577, 1582. In de rechtspraak werd de immuniteit van jurisdictie mbt. arbitrage bijv. geweigerd in *Duff. Development Company Ltd. v. Government of Kelantan*, (1924) *A.C.* 797; Rb. Brussel 30 april 1951, *Chunet* 1952, 244, *J.T.* 1951, 298, *R.C.D.I.P.* 1952, 111; Trib. Gr. Inst. Parijs 8 juli 1970, *Rev. Arb.* 1975, 329 en Beroep Parijs 29 januari 1975 *Rev. Arb.* 1975, 332; Trib. Gr. Inst. Parijs 3 mei 1971, *J.C.P.* 1971.II.16811. Zie evenwel *Kahan v. Federation of Pakistan*, (1951) 2 *K.B.* 1003.

De arrondissementsrechtbank Den Haag 15 april 1965, 5 *I.L.M.* (1966), 477 aanvaardde weliswaar de immuniteit van jurisdictie — ondanks het arbitragebeding; — en dit niet mbt. een staat, (Iran) maar mbt. een nauw met deze staat verwante onderneming (NIOC). In *Aramco t. Saoedi-Arabië* bevestigden de arbiters evenwel uitdrukkelijk dat het ondertekenen van een arbitragebeding en het deelnemen aan een arbitrage tevens insluit dat de staat-partij afstand deed van zijn immuniteit van jurisdictie t.a.v. de rechter van de arbitrale zetel (*R.C.D.I.P.* 1963).

(33) De Nederlandse Hoge Raad 26 oktober 1973 stelde bijv. mbt. de arbitrale uitspraak tussen S.E.E.E. en Joegoslavië in een vermeldenswaardige passage : « De immuniteit van jurisdictie, welke naar hedendaags volkenrecht aan een vreemde staat toekomt, strekt zich niet uit tot gevallen waarin een staat op voet van gelijkheid rechtsbetrekkingen is aangegaan met particulieren... In het onderhavige geval is Joegoslavië op voet van gelijkheid een rechtsbetrekking aangegaan met S.E.E.E. waaraan niet afdoet dat de overeenkomst tussen partijen ingevolge een machtigingswet is gesloten, noch dat de spoorlijn — zoals Joegoslavië heeft gesteld — van militaire of strategische betekenis is » (*NJB* 1973, 1265).

(34) CHAPAL, (*L'arbitrage des différends internationaux*, Parijs 1967, 25) stelt dat dergelijke arbitrage, in wezen evenwel nog steeds privaatrechtelijk, aldus een « service public international » vervult. Zie tevens DEHAUSSY en GOLDMAN, Arbitrage (en général), *Répertoire de droit international Dalloz*, Parijs 1968, nr. 5.

De inbreuken, waarover de handelsarbitrage zich uitspreken, situeren zich in de regel weliswaar op het contractueel vlak : de ene partij verwijt de andere dat deze haar contractuele verplichtingen niet nakomt; de arbiter moet zich dan over deze contractuele aansprakelijkheid uitspreken. Een inbreuk van een staat-medecontractant op de overeenkomst met een buitenlandse investeerder kan zich daarentegen op een dubbel vlak situeren : zowel op het handels-contractueel vlak (wat door de arbiters beoordeeld wordt) als op het internationaal-rechtelijk vlak. Wanneer de staat-medecontractant bijv. onrechtmatig onteigent of wetgevend ingrijpt, kan hij hiervoor niet alleen door de buitenlandse investeerder *contractueel* aansprakelijk gesteld worden, maar is het ook mogelijk dat hij door de staat, waarvan deze investeerder onderdaan is, *internationaal-rechtelijk* aansprakelijk gesteld wordt. Dit kan bijv. in het kader van een diplomatieke bescherming welke de staat aan zijn investerende onderdaan verleent omdat deze door zijn mede-contractant, een vreemde staat, niet behandeld werd in overeenstemming met het internationaal recht. Of ook omdat de behandeling van de buitenlandse investeerder door diens medecontractant tevens een schending uitmaakt van het overkoepelend investeringsverdrag tussen de staat, waarvan de investeerder onderdaan is, en de staat, waarmee de investeerder contracteerde. De Wereldbank-conventie inzake de beslechting van geschillen mbt. investeringen tussen staten en onderdanen van andere staten (Washington 1965) toont duidelijk aan hoe de arbitrage belet dat geschil op internationaal-rechtelijk vlak uitgevochten wordt tussen de staten. Art. 27 stelt immers : « Geen der Verdragssluitende Staten verleent diplomatieke bescherming of stelt een volkenrechtelijke eis met betrekking tot een geschil, dat één van zijn onderdanen en een andere Verdragesluitende Staat zijn overeengekomen aan arbitrage volgens dit Verdrag te onderwerpen of reeds onderworpen hebben... ».

11. Deze volkenrechtelijke functie, nl. het vermijden van internationaal-rechtelijke tussenstaatse geschillen, die bij sommige handelsarbitrages aanwezig is, kan evenwel geen reden zijn om deze handelsarbitrages zelf internationaal-rechtelijk te maken. Het is onzinnig te stellen dat een nationale rechter bevrijd is van het foraal procedurerecht omdat hij feiten beoordeelt die tevens de internationaal-rechtelijke aansprakelijkheid van een staat op het spel zetten. Het houdt even weinig steek te beweren dat een arbiter, die moet oordelen over een feit dat de internationaal-rechtelijke aansprakelijkheid van de staat op het spel zet, om die reden voor de arbitrale procedure niet meer een nationaal arbitragerecht, maar regels van het internationaal recht moet volgen. De volkenrechtelijke functie van een handelsarbitrage is bijgevolg geen criterium om een handelsarbitrage internationaal-rechtelijk te verklaren.

d) HET INTERNATIONAAL-RECHTELIJK KARAKTER
VAN DE ARBITRALE INSTELLING

12. Het internationaal-rechtelijk karakter van de instantie, welke door de partijen met de arbitrage van het geschil belast wordt, is daarentegen m.i. wel een hanteerbaar criterium om de handelsarbitrage te laten beheersen door het internationaal recht; ten minste voor zover dit internationaal-rechtelijk karakter duidelijk is. Het Permanent Hof van Arbitrage lijkt uitgesproken volkenrechtelijk. Opgericht rond de eeuwwende, was het gedurende verscheidene decennia de instelling ter arbitrage van geschillen tussen staten. Het werd opgericht door verdragen tussen staten; aan zijn volkenrechtelijke origine en karakter kan niet getwijfeld worden. Het bezit bovendien een vaste traditie van volkenrechtelijke beslechting. Sedert 1962 staat het evenwel open voor handelsarbitrage van geschillen tussen een staat en een private onderneming (35). Ook voor handelsarbitrages tussen een staat en een private onderneming lijkt het Permanent Hof van Arbitrage haar volkenrechtelijk karakter te behouden. In enkele handelsovereenkomsten tussen een staat en een buitenlandse private onderneming werd voor beslechting door het Permanent Hof van Arbitrage geopteerd (36). Een enkele handelsarbitrage had reeds plaats (37).

Het Centrum voor Beslechting van investeringsgeschillen heeft eveneens een internationaal-rechtelijke oorsprong, nl. de Wereldbank-conventie (38). Het Centrum kan weliswaar enkel geschillen tussen een staat en een buitenlandse investeerder beslechten; derhalve kan het niet, zoals het Permanent Hof van Arbitrage, bogen op een reeks tussen-staatse arbitrages waarvan het internationaal-rechtelijke karakter zelfs door de meest klassieke volkenrechtsgeleerde niet betwist kan worden. Het internationaal-rechtelijk karakter van de Wereldbank-Conventie, waardoor het Centrum tot leven kwam, loodst het Centrum niettemin binnen in de internationaal-rechtelijke sfeer : het Centrum, bij Verdrag opgericht, moet beschouwd worden als een internationaal organisme (39). Bovendien wordt de arbitrage van het

(35) Zie het arbitrage-reglement 57 *A.J.I.L.* (1963), 500-512; zie tevens circular note of the secretary-general, 54 *A.J.I.L.* (1960), 933-941; mededeling van GUYOMAR, in *R.C.D.I.P.* 1963, 142-143; *Ann. fr. dr. intern.* 1962, 377; *Ann. suisse dr. intern.* 1959, 285. Hierdoor ging het Permanent Hof van Arbitrage in op het voorstel, door menig auteur geformuleerd, om zich ook voor de private onderneming open te stellen. (Bijv. GARCIA-AMADOR, *Ann. Comm. dr. intern.* 1960, II, 51; SEIDL-HOHENVELDERN, *Report 49th Conference International Law Association*, 225-244; *Ann. comm. dr. intern.* 1953, II, 208-212).

(36) Bijv. in de overeenkomst tussen Mauretanië en Planet Oil and Mineral Co (1966) (geciteerd door FISCHER, *Die Privatperson als völkerrechtlicher Vertragspartner des Staates*, *Oester. Zeitschr. öffentl. Recht* 1973, 354).

(37) Mbt. de overeenkomst tussen Soedan en Turiff, (besproken door ERADES, *De Soedan-arbitrage*, *Nederl. Tijdschr. Int. Recht* 1970, 200).

(38) Met als officiële titel : Verdrag van 15 maart 1965 inzake de beslechting van geschillen met betrekking tot investeringen tussen staten en onderdanen van andere staten (*Belg. Staatsblad* 24 sept. 1970, 9548).

(39) BROCHES, *The Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of other States*, 136 *Rec. Cours* (1972, II), 333, 338-339.

Centrum niet beïnvloed door normen van een nationale arbitragerecht; zij kan door geen nationale rechter « bevoegd » en gecontroleerd worden (40). De arbitrage van het Centrum kan bijgevolg enkel beheerst worden door het internationaal recht. Alhoewel tot heden een viertal zaken bij het Centrum voor arbitrage aanhangig gemaakt werden, werd nog geen enkele uitspraak geveld (41). Wellicht zullen de te verwachten uitspraken nader toelichten hoe het internationaal recht de arbitrale procedure van het Centrum beheerst.

De Internationale Kamer van Koophandel (I.K.K.) lijkt de arbitrage-instelling die de meeste handelsgeschillen beslecht met een staat (42), een hiermee gelijk te stellen entiteit (49) of met internationale organisatie als partij (44). De I.K.K. is evenwel een privaatrechtelijke, en geen volkenrechtelijke instelling. Meestal beslecht de I.K.K. geschillen tussen private ondernemingen : zij bezit derhalve eerder een traditie van privaatrechtelijke dan van volkenrechtelijke beslechting. Kortom, een arbitrage, verricht in de schoot van de I.K.K., is niet per se internationaal-rechtelijk; integendeel, het vermoeden heerst dat zij, zoals de meeste handelsarbitrages van de I.K.K., onderworpen is aan de normen van een nationaal arbitragerecht en aan de begeleiding en controle van een nationale rechter. De arbitrages van de I.K.K. kunnen evenwel in om het even welk land plaatsgrijpen en door om het even welk arbitragerecht beheerst worden. Aldus is het niet uitgesloten dat sommige arbitrages van de I.K.K. — indien andere criteria dan het karakter van de arbitrale beslechting hiertoe nopen — internationaal-rechtelijk zouden zijn.

(40) Het Centrum verzekert de aanstelling van de arbiter bij onenigheid tussen partijen (art. 38). Enkel uit het Verdrag kunnen de verhaalmogelijkheden geput worden (art. 51-52). Het Verdrag zelf verzekert de tenuitvoerlegging van de uitspraak; de nationale rechter mag het bindend karakter van de uitspraak niet beoordelen (art. 54).

(41) *Holiday Inns en Occidental Petroleum t. Regering van Marokko; Adriano Gardello t. Regering van Ivoorkust; Alcoa Minerals of Jamaica t. Regering van Jamaica; Regering van Gabon t. Serete*. Zie SCHMIDT Arbitration under the auspices of the International Centre for Settlement of Investment Disputes, *Harv. Intern. Law Journal* 1976, 92, noot 9.

(42) Bijv. de onderzochte uitspraken nrs. 1733, 1740, 1757, 1810, 1896, 1897, 2117, 2239 en 2276. Bij 7 % van de recente I.K.K. arbitrages zou een staat partij zijn, aldus EISEMANN, *La situation actuelle de l'arbitrage commercial international entre états ou entités étatiques et personnes physiques ou morales étrangères de droit privé*, *Rev. Arb.* 1975, 279, 285).

(43) EISEMANN, *art. cit.*, 286 stelt dat 20 % van de recente I.K.K.-arbitrages een staatsonderneming als partij heeft. Dit was het geval in de door mij onderzochte uitspraken : o.m. nrs. 1971, 2102, 2138, 2141, 2183, 2273 en 2380. Vooral de staatsondernemingen voor in- en uitvoer van de Oost-Europese landen zijn vaak partij : mbt. *Bulgarije* nrs. 1813, 2073, 2095 en 2384; mbt. *D.D.R.* : nr. 1716; mbt. *Hongarije* : nr. 2102; mbt. *Roemenië* : nrs. 2154, 2496 en 2544; mbt. *Tsjechoslovakije* : nr. 2462; vooral mbt. *Joegoslavië* : nrs. 1393, 1713, 1717, 1754, 1782, 1789, 1810, 1817, 1967, 2038, 2080, 2124, 2134, 2168, 2171, 2230, 2231, 2239, 2278, 2362, 2366, 2371, 2427.

(44) Bijv. uitspraken nrs. 1708, 2091 (tevens geciteerd in *Rev. Arb.* 1975, 252), 2152. Zie tevens de voorbeelden geciteerd door VALTICOS, *Contracts conclus par les organisations internationales avec des personnes privées*, *Ann. institut droit international* 1977, nr. 104, p. 74.

Instellingen met minder internationale allures dan de I.K.K. zullen nog minder waarschijnlijk arbitrages krachtens het internationaal recht voortbrengen.

De arbitragecommissies van de Kamers voor Buitenlandse Handel uit de Oostblok-landen komen m.i. bijv. niet voor internationaal-rechtelijke arbitrage in aanmerking. Weliswaar is nagenoeg steeds tenminste één partij tot de arbitrage (bijv. een lokale handelsorganisatie voor in- en uitvoer) nauw met een staat verbonden. Evenwel kunnen dergelijke staatsondernemingen niet met de staat gelijk gesteld worden maar zijn het afzonderlijke, commerciële entiteiten (45). De procedures van de arbitragecommissies worden trouwens niet door het internationaal recht beheerst; de procedurereglementen werden integendeel door een nationale wet vastgelegd (46). De arbiters van de arbitragecommissies hebben trouwens nooit de indruk gewekt dat zij volgens het internationaal recht beslechten; uit hun uitspraken blijkt integendeel dat zij de arbitragecommissies beschouwden als nationale instanties, gebonden aan een nationaal recht (47).

Het is uiteraard ook niet uitgesloten dat een nationale arbitrage-instelling uit de Westerse Wereld (zoals de American Arbitration Association, de Belgische CEPINA, enz.) een geschil arbitreert waarbij een staat, een hiermee gelijkgestelde entiteit of een internationale organisatie partij is (48). Deze instellingen zijn evenwel nooit internationaal-rechtelijk omwille van hun organisatie. Bovendien beslechten zij nagenoeg steeds privaatrechtelijke geschillen. De keuze van een dergelijke nationale arbitrage-instelling kan enkel het vermoeden vestigen dat partijen geen arbitrage krachtens het internationaal recht beoogden.

Arbitrage-instellingen, opgericht in de schoot van een beroepsorganisatie, beoordelen eveneens uitzonderlijk een staat, een nauw met een staat verwante onderneming of een internationale organisatie. Zij arbitreran evenwel volgens het lokaal arbitragerecht en onder controle van de nationale rechter

(45) Zie bijv. *Jordan Investments Ltd. v. Soyuznefteexport*, *Rev. Arb.* 1960, 92; JAKUBOWSKI (p. 70), KALOGERA (p. 78), NESTOR (p. 70) in *International Commercial Arbitration*, Report of the 54th conference *International Law Association*: SKAPSKI, Les obligations en droit international privé dans le cadre du commerce extérieur des pays socialistes, 136 *Rec. Cours* (1972, II), 556-557. Contra: BOCKSTIEGEL, *o.c.*, 329; zie evenwel 372; Besondere Probleme der Schiedsgerichtsbarkeit zwischen Privatunternehmen und ausländischen Staaten oder Staatsunternehmen, *N.J.W.* 1975, 1577, 1580-1581.

(46) Zie bijv. *Yearbook Commercial Arbitration I* (1976) (Deventer 1976) voor de relevante regelingen.

(47) Zie bijv. SHPEKTOROV, *Collected Arbitration Cases*, Moskou, 1972-73, 4 delen.

(48) Bijv. de American Arbitration Association was de arbitrale instelling voor het Koninkrijk der Nederlanden, de Indische regering en de Franse republiek (SARJINI, Arbitration of trade controversies between Governments and foreign firms, *Indian Journal of International Law* 1960, 462-463), de UNO en het IMF (VALTICOS, Contrats conclus par les organisations internationales, *Institut droit international*, 1977, nr. 104, p. 75).

(49). Deze arbitrage-instellingen plegen derhalve geen arbitrage volgens het internationaal recht.

13. Arbitrages moeten niet steeds in de schoot van een instelling verlopen, maar kunnen ook verricht worden door « ad hoc » arbiters. Sommige van deze « ad hoc » arbitrages werden onderworpen verklaard aan het internationaal recht (50). Uiteraard kan men het internationaal-rechtelijk karakter van dergelijke « ad hoc » arbitrage niet afleiden uit de aard van de arbitrage-instelling, die immers per definitie ontbreekt. Niettemin kan men ook bij de « ad hoc » arbitrage een aanduiding vinden nopens haar internationaal-rechtelijk karakter. Bij de « ad hoc » arbitrage benoemen de partijen immers vaak de arbiter zelf niet, maar duiden zij enkel de derde aan die de arbiter moet uitkiezen. De functie van deze derde zou een vermoeden kunnen scheppen dat de arbitrage hetzij door een nationaal arbitragerecht, hetzij door het internationaal recht beheerst wordt. Zo zou de aanduiding van de Voorzitter van het Zwitsers Federale Hof (51) of van de Voorzitter van de Brusselse Rechtbank van Koophandel erop wijzen dat de « ad hoc » arbitrage zou moeten verlopen volgens een nationaal arbitragerecht. Indien daarentegen de Voorzitter van de Internationale Kamer van Koophandel of de Voorzitter van de Internationaal Gerechtshof (52) de « ad hoc » arbiter voor de partijen moet aanduiden, weegt het vermoeden dat de « ad hoc » arbitrage krachtens het internationaal recht zal verlopen.

e) PARTIJ-AUTONOMIE

14. De arbitrage is een contractueel gebeuren; zij verloopt zoals de partijen bedoelen. Kunnen de partijen tot de arbitrage dan niet overeenkomen

(49) Bijv. — Londense suikerarbitrage (*Prodexport v. Man*, (1972), 2 *Lloyds Rep.* 375); maritieme arbitrage : *Government of Ceylon v. Chandris*, (1963), 2 *Q.B.* 327; *Fidelitas v. Exportchleb*, (1966) 1 *Q.B.* 630; *President of India v. Metcalfe Shipping*, (1969), 2 *Q.B.* 123; *Rolimpex v. Avra* (1973), 2 *Lloyds Rep.*, 226; — De London Corn Trade Association en de Chambre de riz, Légumes secs et graines van Marseille arbitreerden bijv. tevens voor de PAM (VALTICOS, *Ann. institut droit international*, 1977, nr. 122, p. 89).

(50) Bijv. *S.E.E.E. t. Joegoslavië*, Zwitsers Trib. Féd. 18 sept. 1957, *R.C.D.I.P.* 1958, 358; *Aramco en Saoedi-Arabië*, *R.C.D.I.P.* 1963, 305-306; *Texaco & Calasiatic t. Libië*, *Clunet* 1977, 324-325.

(51) Bijv. de « ad hoc » arbitrage tussen *Sapphire* en NIOC, (VERDROSS, *Zwei Schweizer. Schiedssprüche über quasi-völkerrechtliche Verträge*, *Ann. suisse dr. intern.* 1964, 15-24, 18).

(52) Bijv. de « ad hoc » arbitrage tussen *Texaco & Calasiatic tegen Libië*, met het tot heden nog niet gepubliceerde passage : « nr. 14 ... If in the dispute which is before this Tribunal, the parties also « intended from the outset to remove their differences from the jurisdiction of the local courts », one must moreover add that the procedure for the appointment of the sole arbitrator and in particular the provision that he should be appointed through application to the President of the International Court of Justice strengthens the presumption that the parties intended that any possible arbitration between them should be governed by international law : ... the fact that, in the present dispute, the parties had agreed to have recourse, if need be, to the President of the International Court of Justice implies that it was their Intention that this arbitration should come under the aegis of the United Nations and, therefore, that the system of law, governing this arbitration should be international law.

dat hun arbitrage niet door een nationaal arbitragerecht, maar door een internationaal recht wordt beheerst?

Fragistas stelt bijv. dat alle partijen, zowel privaatrechtelijke als volkenrechtelijke, steeds kunnen bedingen dat hun arbitrage «supra-nationaal» is. Vermits dergelijke arbitrage toch door een recht geregeerd moet worden, zou uit een optie voor een «supranationale» arbitrage volgen dat het internationaal recht deze arbitrale beslechting beheerst (53).

Een analogie dient evenwel gemaakt. De mogelijkheid van partijen om een arbitrage door het internationaal recht te laten beheersen is verwant met hun bevoegdheid om te bedingen dat het internationaal recht hun overeenkomst zal beheersen — een probleem dat meer in de belangstelling van de rechtsleer stond (54). Partijen kunnen enkel geldig bedingen dat het internationaal recht hun overeenkomst regeert, wanneer er reeds een feitelijke band bestaat tussen de overeenkomst en het internationaal recht (55). Zo ook zouden partijen hun handelsarbitrage enkel aan het internationaal recht kunnen onderwerpen wanneer deze handelsarbitrage, reeds aan de hand van andere criteria, wezenlijke banden met het internationaal recht bezit.

f) HET AANGEWENDE RECHT

15. Schottelius stelde dat een arbitrage internationaal-rechtelijk was wanneer de arbiters de beslechtingsnormen uit het internationaal recht putten (56).

Om meerdere redenen kan men evenwel uit de omstandigheid, dat de arbiters een norm van internationaal recht toepassen, niet afleiden dat de arbitrage zelf door het internationaal recht beheerst wordt. Vaak is het niet duidelijk of de arbiters een beslechtingsnorm putten uit het internationale recht of uit de sfeer van het nationale recht. Zo kunnen algemene rechtsbeginselen, die arbiters aanwenden, beschouwd worden als een aanvulling van

(53) FRAGISTAS, Arbitrage étranger et arbitrage international en droit privé, *R.C.D.I.P.* 1960, 17.

(54) Alhoewel MANN, *Lex facit arbitrum*, *International Arbitration Liber Amicorum Domke*, 179, noot 15) elke analogie van de hand wijst, meen ik met KLEIN, *Ann. suisse droit intern.*, 1963, 53) en MUNZBERG, *Die Schranken der Parteivereinbarungen in der privaten internationale Schiedsgerichtsbarkeit*, Berlijn, 1970, 170) dat de analogie tussen de keuze van het internationaal recht als arbitragewet en de keuze van het internationaal recht als beslechtingsnorm wel aanwezig is.

(55) Zie bijv. : MANN, *Die Verträge der Völkerrechtssubjekte und die Parteiautonomie*, *Jus et Lex Festgabe Gutzwiller*, Basel 1959, 465, 481-482; The proper law of contracts concluded by international persons, *Brit. YB. Int. Law* 1959, 34, 41-46, zie tevens RENGELING, *Privatvölkerrechtliche Verträge*, Berlijn 1971, 107; SCHLESINGER-GUNDISCH, *Allgemeine Rechtsgrundsätze als Sachnormen des internationalen Schiedsverfahrens*, 28 *RabelsZ.* (1964), 4, 23.

(56) SCHOTTELIUS, *Die Internationale Schiedsgerichtsbarkeit*, Keulen 1957, 44.

de lacunes in een nationaal rechtssysteem (57), als een substituut voor een nationaal rechtssysteem waarvan de inhoud niet bekend is (58) of als deel van het internationaal recht. Wanneer de arbiters terzake geen aanduidingen geven, kan men bijgevolg niet zonder meer stellen dat zij internationaal recht hebben toegepast (59).

Soms wordt het internationaal recht weliswaar aangewend om een deelaspect van het geschil, dat zich in de internationaal-rechtelijke sfeer situeerde, te beoordelen (60). Het is evenwel niet omdat de arbiters een

(57) « En l'absence de règles particuliers dans la loi espagnole concernant les contrats d'exclusivité, les parties s'en remettent pour la détermination de leurs obligations contractuelles aux normes générales du droit et aux règles et usances existant en la matière » (Internationale Kamer van Koophandel, uitspraak nr. 1903).

— In het geschil tussen *Petroleum Development (Trucial Coast) Ltd* en de *Sjeik van Abu Dhabi* meenden de arbiters dat normaliter het recht van Abu Dhabi diende aangewend. Dit recht kwam evenwel niet in aanmerking : « No such law can reasonably be said to exist...; and it would be fanciful to suggest that in this very primitive region there is any settled body of legal principles applicable to the construction of modern commercial instruments ». Om zich uit de nood te helpen deden de arbiters een beroep op de « principles rooted in the good sense and common practice of the generality of civilized nations » (1 *I.C.L.Q.* (1952), 247-261, 250-251).

— Ook in de arbitrage tussen de *Heerser van Qatar* en de *International Marine Oil Co.* oordeelden de arbiters : « There is no settled body of legal principles in Qatar applicable to the construction of modern commercial instruments ». Bijgevolg waren de algemene rechtsbeginselen van toepassing (20 *I.L.R.*, 534, 545).

— Zie tevens de uitspraak tussen *Aramco* en *Saoedi-Arabië*, *R.C.D.I.P.*, 1963, 314-315 en HABACHY, S., Content of Sovereignty, in *Rights and Duties of Private Investors Abroad*, New York 1965, 89-121, 119.

(58) In de *Alsing-arbitrage* (23 *I.L.R.*, 633-658; tevens SCHWEBEL, S.A., The Alsing Case, 8 *I.C.L.Q.* (1959), 320) waren zowel de partijen (de Griekse staat en Zweedse ondernemingen) als de Zwitserse arbiter het erover eens dat alle Europese rechtssystemen nagenoeg eenzelfde inhoud terzake hadden als het Griekse recht. Derhalve achtten zij de vraag naar de concrete inhoud van het Griekse recht zonder praktisch belang. Daar de inhoud van het Griekse recht niet voldoende aangetoond was, wendde de Zwitserse arbiter de algemene rechtsbeginselen aan.

(59) Een arbitrale uitspraak in een geschil tussen *Griekenland* en enkele *electriciteitsmaatschappijen* toont bijv. niet duidelijk aan of de arbiter werkelijk internationaal recht toepaste. Alhoewel de arbiter verwees naar de algemene rechtsbeginselen, zoals bedoeld door art. 38 van het Statuut van het Internationaal Gerechtshof als bron van internationaal recht, paste hij deze beginselen slechts « per analogie » toe (geciteerd door WEIL, 128 *Rec. Cours* (1969, III), 169).

(60) In de *Aramco-arbitrage* verklaarden de arbiters bijv. dat aspecten van het geschil, die niet door een nationaal recht geregeld konden worden (vervoer op volle zee, soevereiniteit over de territoriale wateren, de internationaal-rechtelijke aansprakelijkheid) moesten beoordeeld worden door het internationaal recht (*R.C.D.I.P.*, 1963, 318); tevens onderzochten zij in welke mate de volkenrechtelijke soevereiniteit aan Saoedi-Arabië toeliet om Aramco — in weerwil van de concessie-overeenkomst — het vervoerrecht der gewonnen olie te ontnemen en om de wijze te bepalen waarop de petroleum haar grondgebied mocht verlaten (*R.C.D.I.P.* 1963, 348-350).

Voor een geschil tussen *Petroleum Development* en de *Sjeik van Abu Dhabi* en voor een geschil tussen de *Sjeik van Qatar* en *International Marine Oil Co.* over een petroleum-concessie van de zeebodem ging de arbiter voorafgaandelijk na of de staat krachtens het internationaal recht wel de bevoegdheid had om dit deel van de zeebodem in concessie te geven (respectievelijk 1 *I.C.L.Q.* (1952), 247 en 20 *I.L.R.* 534).

Zo ook onderzochten arbiters mbt. een arbitrage tussen een *Algerijnse* en een *Franse onderneming* of een verdrag tussen Frankrijk en Algerije hen niet alle bevoegdheid ontnam (*Rev. Arb.* 1968, 69).

aspect van het geschil beoordelen aan de hand van het internationaal recht dat heel het geschil — en nog minder de arbitrage die dit geschil moet beslechten — onderworpen is aan het internationaal recht.

Het volstaat niet dat het internationaal recht de litigieuze overeenkomst regeert opdat de arbitrale procedure volgens het internationaal recht zou verlopen. En dit evenmin als bijv. een overeenkomst die onderworpen is aan het Duitse recht, de Belgische rechter ertoe zou nopen om voor de beslechting het Duitse procesrecht te volgen.

g) DE OVEREENKOMST TOT ARBITRAGE

16. Het criterium van de overeenkomst tot arbitrage, het laatste in de rij, is m.i. het meest bruikbare : een arbitrage is onderworpen aan een nationaal recht, indien de overeenkomst tot arbitrage, die de arbitrage op touw zet, bindt krachtens een nationaal recht; de arbitrage verloopt daarentegen krachtens het internationaal recht indien de overeenkomst tot arbitrage onderworpen is aan het internationaal recht (61).

De arbitrale beslechting steunt op het akkoord tussen partijen, zoals neergelegd in de overeenkomst tot arbitrage. De contractuele rechtsfiguur, die de arbitrage is, behoort tot dezelfde rechtssfeer als de overeenkomst tot arbitrage, waardoor deze in het leven geroepen werd. Is de overeenkomst tot arbitrage onderworpen aan nationaal recht, dan wordt ook de arbitrage door nationaal recht beheerst; wordt de overeenkomst tot arbitrage daarentegen geregeerd door internationaal recht, dan vloeit hieruit een arbitrage krachtens internationaal recht voort.

Het is niet ondenkbaar dat partijen slechts nadat een bepaald geschil tussen hen gerezen is voor de eerste maal beslissen om op arbitrage een beroep te doen. Meestal echter zijn zij reeds van bij het aangaan van hun handelsovereenkomst akkoord om elk eventueel geschil mbt. deze handelsovereenkomst aan arbiters te onderwerpen. In het eerste geval is de overeenkomst tot arbitrage, de oorsprong van de arbitrale beslechting, een afzonderlijke compromis-overeenkomst; in de tweede hypothese is zij reeds als compromissoir beding in de litigieuze handelsovereenkomst geïncorporeerd.

Indien het compromis niet voorafgegaan is door een compromissoir beding bepaalt de vraag, of het compromis geregeerd is door nationaal of

Zie tevens Wereldbank-Conventie, art. 42, lid I dat de arbiters van het Centrum voor Beslechting van Investeringsgeschillen voorschrijft om te beslechten volgens het recht van de staat-medecontractant « *als mede* die volkenrechtelijke regels welke van toepassing kunnen zijn op de zaak » wanneer de partijen geen recht hebben aangeduid.

(61) Zie BAUMBACH-SCHWAB, *Schiedsgerichtsbarkeit*, München 1960, 49; HALLIER, *Völkerrechtliche Schiedsinstanzen für Einzelpersonen und ihr Verhältnis zur innerstaatlichen Gerichtsbarkeit*, Keulen 1962, 14; MUNZBERG, *o.c.*, 28; NUSSBAUM, *Internationales Privatrecht*, Tübingen 1932, 466.

internationaal recht, of men tegenover een arbitrage krachtens nationaal of krachtens internationaal recht staat. Meestal hebben de partijen echter — zoals reeds vermeld — in de handelsovereenkomst, waaruit het geschil ontstaan is, een compromissoir beding ingelast. Dan wordt de vraag of nationaal of internationaal recht de litigieuze handelsovereenkomst beheerst, relevant om te bepalen of de arbitrage door nationaal of internationaal recht beheerst wordt.

17. In welke mate kan een handelsovereenkomst door internationaal recht geregeerd worden zodat de arbitrage, die volgt uit het compromissoir beding van deze overeenkomst, krachtens internationaal recht verloopt ?

Internationaal recht komt niet in aanmerking als « *lex contractus* » voor een overeenkomst tussen twee privaatrechtelijke personen. Bijgevolg lijkt ook een handelsarbitrage krachtens internationaal recht tussen hen uitgesloten.

Het is zelfs niet duidelijk of de handelsovereenkomst, afgesloten tussen twee volkenrechtelijke rechtssubjekten, door het internationaal recht geregeerd wordt. De arbitrale uitspraak in het geschil over afgeleide scheepsladingen tussen Groot-Britannië en Griekenland impliceert immers dat dergelijke overeenkomst aan een nationaal recht onderworpen is (62). Reuter is het hiermee eens (63). Aselmann meent daarentegen dat elke overeenkomst tussen staten — ook deze die louter een handelskarakter bezitten — door het internationaal recht beheerst worden (64); voor O'Connell zou dit doorgaans het geval zijn (65). Meer genuanceerd en uitgewerkt lijkt de opvatting van Lauterpacht. Deze auteur stelde dat staten met elkaar handelsovereenkomsten kunnen sluiten, welke geen rechtstreeks verband houden met de uitoefening van hun staatsfunctie (bijv. een leningsovereenkomst, een gewone huurovereenkomst, een akkoord over de bouw en het onderhoud van een brug over de grensstroom).

Dergelijke overeenkomsten zouden in het nationaal recht gelocaliseerd moeten worden. Inderdaad, behalve het feit dat de partijen staten zijn, behoren deze overeenkomsten helemaal tot de toepassingsfeer van het nationaal recht. Slechts overeenkomsten, waarbij een staat als politieke en soevereine entiteit handelt, horen thuis in het internationaal recht (66). Aansluitend bij Lauterpacht kan men stellen dat arbitrages tussen volkenrechtelijke subjecten, n.a.v. een lening, een gewone huur of de bouw van een brug door het nationaal, en niet het internationaal recht geregeerd worden. Slechts arbitrages over overeenkomsten, waarbij een staat (of inter-

(62) Zie nr. 6.

(63) REUTER, *Introduction au droit des traités*, Parijs 1972, 45.

(64) ASELMANN, *Anwendbarkeit innerstaatlichen Rechts auf zwischenstaatliche Verträge*, Göttingen 1971, 246-247.

(65) O'CONNELL, *International Law*, London 1965, 1057-1058.

(66) LAUTERPACHT, H., *Private law sources and analogies of international law*, New York 1927, 4.

nationale organisatie) als politieke en soevereine entiteit handelde, zouden aan het internationaal recht onderworpen zijn.

Mbt. een handelsovereenkomst tussen enerzijds een staat of een internationale organisatie en anderzijds een privaatrechtelijk persoon is het nog moeilijker om in het algemeen te stellen of nationaal ofwel internationaal recht erop van toepassing is (67).

In elk geval zou een gewone handelsovereenkomst, waarbij de staat-partij zich niet bevindt in omstandigheden waarin alleen een staat zich kan bevinden en waar hij geen volkenrechtelijke taak uitvoert, door het nationaal recht geregeerd worden. De arbitrage over deze overeenkomst zou — ook al is een staat partij — in geen geval door het internationaal recht geregeerd worden (68). Het nationaal recht zou dergelijke arbitrage beheersen. Zo zou de

ERROR: syntaxerror
OFFENDING COMMAND: --nostringval--

STACK: