

De bindende derdenbeslissing naar belgisch recht*

door

Prof. Dr. Marcel L. Storme

Mr. Matthias E. Storme
Aspirant N.F.W.O.

INHOUD

§1. Inleiding.

§ 2. Belang en aktualiteit.

- (2) Grenzen van de overheidsrechtspraak.
- (3) Grenzen van de arbitrage.
- (4) Voordelen van een informele procedure, alternatief aan de formele arbitrage.

§ 3. Rechtskarakter van de bindende derdenbeslissing.

- (5) Kwalifikatie volgens de oorsprong : konventionele of ook andere grondslag ?
- (6) Kwalifikatie volgens de werking : materieelrechtelijke of processuele werking ?

§ 4. De kontraktuele kant : voorwaarden voor de bindende kracht van de konventionele derdenbeslissing.

(7) Welke bekwaamheid wordt vereist van de partijen, behalve de algemene handelingsbekwaamheid, en het ter hunner vrije beschikking zijn van de rechtsverhouding tussen hen?

(8) Vormvereisten gesteld aan de handeling waarop de bindende kracht van de derdenbeslissing steunt.

(9) Afzonderlijke geldigheid van het beding tot bindende derdenbeslissing.

§ 5. De procedurekant : vereisten en verloop.

(10) Minimumvereisten.

(11) Wie kan derde-beslisser zijn en hoe wordt hij aangeduid ?

(12) Hoe moet de derde beslissen ?

§ 6. Rechterlijke toetsing.

(13) Verweermiddel van overeenkomst tot bindende derdenbeslissing.

(14) Toetsing van de beslissingsbevoegdheid van de derde.

(15) Gebrek aan of onvolledigheid van de beslissing van de derde.

(16) Inhoudelijke toetsing.

(17) Toetsing van de minimale of voorgeschreven procedurevereisten.

(18) Andere vernietigingsgronden.

(19) Aansprakelijkheid van de derde-beslisser.

* Preadvies voor de vergadering van de afdeling privaatrecht van de Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht in België en Nederland, te houden op 22 november 1985.

§ 7. De wetmatigheid van de bindende derdenbeslissing

§ 8. Bindende derdenbeslissing en arbitrage.

§ 9. Bindende derdenbeslissing en andere kontraktuele instrumenten.

§ 10. Besluiten en aanbevelingen.

§1. Inleiding.

(1) In een vorig jaar verschenen bijdrage¹ werd voor de eerste maal in België een omstandige poging ondernomen om een met het nederlands bindend advies vergelijkbare rechtsfiguur in de rechtspraktijk op te sporen en nader te omschrijven. Deze figuur maakt het mogelijk de bepaling van een partijverhouding die ter vrije beschikking staat van de partijen - zoals onder meer een kontraktuele verhouding, de verhouding tussen erfgenamen of legatarissen onderling of met elkaar, een schadevergoedings- of een nabuurschapsverhouding - bindend door één of meer derden te laten geschieden, derden welke dus de partijen door hun beslissing kunnen binden. Daarom spreken we van *bindende derdenbeslissing*. De bindende werking van dergelijke beslissing kan o.i. mits voldoende konventionele grondslag - maar daarom niet uitsluitend op konventionele grondslag, waarover verder - algemeen erkend worden volgens de beginselen van ons overeenkomstenrecht (art. 1134 v. b.w.), ook al worden slechts enkele bijzondere gevallen uitdrukkelijk in de wet voorzien, namelijk in de artt. 1592, 1716 en 1854 b.w.². Weliswaar wordt de vereiste van bepaaldheid die aan een aantal rechtsverhoudingen gesteld wordt - meer bepaald de vereiste bepaaldheid van verbintenissen opdat zij kontraktueel tot stand zouden komen, aangegeven in art. 1129 b.w., en de vereiste bepaaldheid van legaten opdat zij aan de erfgenamen tegenstelbaar zouden zijn - ook door de belgische rechtspraak streng - volgens sommigen te streng - opgevat, maar toch kan deze vereiste de bepaling van die rechtsverhoudingen door middel van een bindende derdenbeslissing niet in de weg staan. Daarvoor kan reeds naar de tekst van Domat verwezen worden waarop de aangehaalde artikelen van het b.w. steunen³. In de belgische

¹ M. Storme, De bindende derdenbeslissing of het bindend advies als middel ter voorkoming van gedingen, TPR 1984, 1243 v.

² zie M. Storme, TPR 1984, nr. 43 v.

³ "Dans les conventions où il faut faire quelque estimation, comme du prix d'une vente, de la valeur d'un loyer, de la qualité d'un ouvrage, des portions de gain ou de perte que doivent avoir les associés, et autres semblables, si les contractants s'en rapportent à ce qui sera arbitré par une tierce personne, soit qu'on la nomme ou non; ou même à l'arbitrage de la partie, il en est de même que si on s'était remis à ce qui serait réglé par des personnes de probité, et qui s'y connussent. Et ce qui sera arbitré contre cette règle n'aura pas de lieu; parce que l'intention de ceux qui se rapportent à ces sortes de choses à d'autres personnes, renferme la condition, que ce qui sera réglé sera raisonnable; et leur dessein n'est pas de s'obliger à ce qui pourrait être au-delà des bornes de la raison et de l'équité", J. Domat, Les lois civiles dans leur ordre naturel, I,I,III § 11, aangehaald door J. Ronse, Marginale toetsing in het privaatrecht, TPR 1977, 214. Daarbij kan wel opgemerkt worden dat de gemeenrechtelijke onderscheidingen tussen arbiter, arbitrator en amiable compositeur bij Domat wel vervlakt waren, wat tot het verdwijnen van de bindende derdenbeslissing - behalve de specifieke wettelijke gevallen - uit de franse rechtsleer heeft geleid - zie Clkavareau, Eenige hulpovereenkomsten, 151-152. In de italiaanse c.c. (1942), die als een verbeterde versie van de c.c. kan beschouwd worden, vinden we, zoals in het BGB, de algemene regel wel uitdrukkelijk, namelijk in art. 1349 (determinazione dell'oggetto), en wel in dezelfde afdeling als ons art. 1129. Ze luidt "Se la determinazione della prestazione dedotta in contratto è deferita a un terzo e non risulta che le parti vollero rimettersi al suo mero arbitrio, il terzo deve procedere con equo

rechtspraak heeft dergelijke figuur steeds - het weze verkeerdelijk onder het mom van andere rechtsfiguren⁴ - een belangrijke, zij het zelden geopenbaarde rol gespeeld⁵. In tal van toepassingsgevallen worden de teksten en regelen weliswaar niet door nauwkeurigheid gekenmerkt.

Anderzijds moge er - voor de vergelijking met het mede-preadvies van Mr. J.M. Polak - op gewezen worden dat bepaalde geschillenkommissies vergelijkbaar met diegene die in Nederland als bindende adviseurs werkzaam zijn, in België een eigenlijke arbitrage vormen⁶.

Voor dit preadvies voor de vereniging voor de vergelijkende studie van het recht in België en Nederland leek het niet wenselijk deze rechtsfiguur nogmaals op alle punten naar Belgisch recht te ontleden, noch haar geschiedenis en gebruik opnieuw uiteen te zetten. Daartoe verwijzen wij naar voormeld artikel⁷.

In dit preadvies wordt het begrip *bindende derdenbeslissing* gebruikt in plaats van bindend advies. Dit is mogelijk omdat ook het laatste begrip in België tot nu toe zelden gehanteerd wordt⁸. Bindend advies is - zoals Meijers het reeds stelde - wel erg verwarrend. Het begrip bindende derdenbeslissing benadrukt duidelijk dat het gaat om de beslissing van een derde, in tegenstelling tot de partijbeslissing⁹, alsook dat de kracht van deze beslissing van dezelfde aard is als de kracht die aan een door de betrokken partijen zelf genomen beslissing zou toekomen, naargelang het geval een verbintenisscheppende of -wijzigende dan wel een zakelijke werking. De bindende kracht

apprezzamento. Se manca la determinazione del terzo o se questa è manifestamente iniqua o erronea, la determinazione è fatta del giudice.

La determinazione rimessa al mero arbitrio del terzo non si può impugnare se non provando la sua mala fede. Se manca la determinazione del terzo e le parti non si accordano per sostituirlo, il contratto è nullo.

Nel determinare la prestazione il terzo deve tener conto anche delle condizioni generali della produzione a cui il contratto eventualmente abbia riferimento."

De soepelheid van het Italiaanse recht blijkt ook uit de ruime aanvaarding van de biancosegno, het door beide partijen blanco ondertekende blad dat door de derde met zijn beslissing wordt ingevuld (zie M. J. Bonell, Arbitration as a means for the revision of contracts, in Rapports nationaux italiens au Xième congrès international de droit comparé, Budapest 1978, 231 en noot 17) - dat in Frankrijk ongelukkiglijk 'transaction par mandatiare' genoemd wordt.

⁴ M. Storme, TPR 1984, nr. 52

⁵ M. Storme, TPR 1984, nr. 3 en 6.

⁶ Zo kennen wij het volgende beding, dat krachtens art. 16 van het akkoord dat in 1980 werd gesloten tussen de nationale vereniging van meubelhandelaren en de verbruikersunie Test-aankoop in koop-verkoopovereenkomsten van meubelen aan verbruikers wordt ingelast: "Geschillen tussen verbruiker en meubelverkoper over de geldigheid, de uitlegging of de uitvoering van deze overeenkomst zullen, binnen de drie maand nadat de klacht aan de tegenpartij is voorgelegd en niet is opgelost, op verzoek van één van beide partijen schriftelijk aanhangig gemaakt worden bij de geschillenkommissie, die hiertoe is opgericht door de Verbruikersunie en Navem. De uitspreken van deze kommissie zijn bindend en definitief voor partijen. De behandeling en de uitspraak geschieden overeenkomstig het geschillenreglement en de bepalingen van het gerechtelijk wetboek inzake arbitrage (art. 1676 tot en met 1723)". Het betreft hier echter wel een arbitragebeding, niet anders dan het arbitragebeding dat, in toepassing van de internationale overeenkomst betreffende het reiskontract van 23 april 1970, krachtens een akkoord van 1983 in de sector, in overeenkomsten met reisbemiddelaars en reisorganisatoren zou worden ingelast.

⁷ M. Storme, TPR 1984, nr. 1. v. voor de geschiedenis en nr. 42 v. voor het gebruik van de figuur.

⁸ Soms vindt men ook het bergip 'scheidsrechterlijk deskundige', dat via het franse 'expert-arbitre' uit het duitse 'Schiedsgutachter' werd overgenomen. Verder vindt men begrippen als 'expertise amiable irrévocable' en 'semi-arbitrage' (Demogue, Les notions fondamentales du droit privé, 625 v.)

⁹ Vgl. M. Storme, TPR 1984, nr. 26

van een overeenkomst kan in bepaalde gevallen zelfs zo groot zijn als het gezag van gewijsde, dat aan de arbitrale of gerechtelijke beslissing toekomt: volgens art. 2052 b.w. immers hebben dadingen tussen partijen kracht van gewijsde in hoogste aanleg.

§ 2. Belang en aktualiteit.

Het belang van de bindende derdenbeslissing berust enerzijds op de grenzen van de overheidsrechtspraak en van de arbitrage, die een ruim veld van onzekerheden blank laten waarin de bindende derdenbeslissing een geschikte oplossing vormt, en anderzijds op de voordelen van de laatste ten opzichte van overheidsrechtspraak en arbitrage ook voor gevallen waar beide mogelijk zijn.

(2) Grenzen van de overheidsrechtspraak.

We geven hier twee grenzen van de overheidsrechtspraak aan, die zelden voldoende uit elkaar gehouden worden. Vooreerst is de belgische overheidsrechter zeer terughoudend in het vorm geven aan rechtsverhoudingen, meer bepaald dan aan kontraktuele verhoudingen. Hij beperkt zich aldaar tot wat hij volgens de historisch-subjektieve criteria - namelijk de 'gemeenschappelijke bedoeling der partijen' - als uitlegging kan doen doorgaan. Uitleg volgens normen van de goede trouw wordt zelden bedreven. Voor alle problemen waarover oorspronkelijk geen gemeenschappelijke bedoeling bestond - en die zijn het die precies tot andere dan louter feitelijke geschillen voeren - wordt daarmee geen oplossing gegeven. De enige remedie die dan ook in aanmerking komt is de nietigheid van de overeenkomst (wegens onbepaaldheid bijvoorbeeld), mogelijks gemilderd tot een ontbinding *ex nunc*. In de franse traditie wordt deze oplossing immers als minder ingrijpend beschouwd dan een wijziging. Deze oplossing wordt minder en minder als bevredigend ervaren, en is voor langlopende contracten onhoudbaar geworden.

De terughoudendheid van de belgische rechter is zeker groter dan die van de nederlandse of duitse rechter, die meermaals de inhoud van de rechtsverhouding niet alleen op grond van de 'gemeenschappelijke partijwil' en uitdrukkelijke wetsbepalingen, maar ook aan de hand van normen van de goede trouw vaststelt. De italiaanse c.c. voorziet in art. 1467 een tussenoplossing : de rechter kan de overeenkomst ontbinden zo de tegenpartij geen billijke compensatie aanbiedt voor bijvoorbeeld de verstoring van het evenwicht tussen de prestaties.

De reden voor deze terughoudendheid is niet dat de rechter rechtens niet anders kan, maar dat de overheidsrechter zichzelf veelal niet geschikt acht voor het positief vormgeven, het 'gestalten' van partijverhoudingen.

Dit probleem betreft zoals gezegd op de eerste plaats kontraktuele verhoudingen, maar niet uitsluitend. In het schadevergoedingsrecht zal het probleem zelden rijzen, omdat de rechter zowel voor de bepaling van de schade als voor de beoordeling van de fout een beroep kan doen op deskundigen, op een gerechtelijk deskundigenonderzoek, en er betreffende de remedie weinig alternatieven zijn. Doch in andere aangelegenheden, zoals meermaals delikate problemen van erfverdeling of testamentuitvoering, kan een derde soms geschikte oplossingen uitdenken die de rechter niet kan bevelen. Ook in verhoudingen van nabuurschap en andere verhoudingen tussen eigenaars of zakelijke rechthebbers kan zich hetzelfde voordoen.

Een andere beperking aan de overheidsrechtspraak wordt vrij algemeen erkend. Behalve de wettelijke gevallen van willige rechtspraak kunnen partijen kunnen zich niet tot de rechter wenden om hun partijverhouding te bepalen zo er geen konflikt is, dit is zo

er geen eis en verweer kan geformuleerd worden. Betreft het een obligatoire verhouding, dan kan de rechter maar aangesproken worden om de tegenpartij tot een welbepaalde prestatie te veroordelen, en niet om gewoon een onzekerheid weg te nemen.

(3) Grenzen van de arbitrage.

Voor de arbitrage gelden gedeeltelijk dezelfde problemen en grenzen. De grenzen van de arbitrabiliteit zijn echter niet noodzakelijk dezelfde als die der behandelbaarheid door de overheidsrechter. De *ratio* van die begrenzing betreft immers het karakter van de overheidsrechtspraak als rechtsbedeling, als een openbare dienst ter beschikking van de gemeenschap, voor het beroep waarop toch een minimale behoefte wordt vereist : *de minimis non curat praetor* . Voor partikuliere rechtspraak, door de partijen zelf ingericht en bekostigd, geldt deze *ratio* niet. Wel kunnen er andere redenen zijn die de arbitrabiliteit beperken.

Zo zou ook voor arbitrage de tweede grens gelden : er moet een 'geschil' zijn (term die in de franse tekst echter driemaal verschillend voorkomt, nl. litige in art. 962 ger.w., différend in art. 1676 ger.w., contestation in art. 2044 b.w.), dit is er moeten tegenstrijdige besluiten kunnen genomen worden, althans een eis met een bepaald voorwerp verwoord worden vooraleer de scheidsrechter bevoegd is om uitspraak te doen¹⁰. Weliswaar kan deze begrenzing tot geschillen soepel worden benaderd en art. 1676 ger.w. overeenstemmend ruim opgevat, zodat niet meer noodzakelijk een open konflikt wordt vereist¹¹. Onjuist is daarentegen de opvatting die steunt op een zagezegd onderscheid tussen konflikten betreffende rechten en belangenkonflikten¹². Zijn rechten immers iets anders dan rechtens beschermde belangen¹³ ?

Verder vereist dezelfde wetsbepaling dat de beslissing een bepaalde rechtsbetrekking (*un rapport de droit déterminé*) betreft. Hieruit wordt door sommigen afgeleid dat arbitrage naar belgisch procesrecht wel mogelijk is ter herziening of aanpassing van een overeenkomst, maar niet ter aanvulling van een leemte, een door de partijen bewust opengelaten punt (*gap-filling*)¹⁴ : het betreft immers problemen waarvoor de elementen

¹⁰ Vgl. van Gerven, Langdurige overeenkomsten, Hulde aan R. Dekkers, nr. 15 p. 399 : onder geschil wordt verstaan het feit dat een in haar belangen gekrenkte persoon zich actief of passief verzet tegen de eisen die de haar krenkende persoon in dat opzicht tegenover haar formuleert". Dit vereist niet dat de partij zich ook in rechte verweert, zie Clavareau, Eenige hulpovereenkomsten, p. 126 v.

¹¹ M. Huys en G. Keutgen, L' arbitrage en droit belge et international, Brussel 1981, nr. 83, blz. 82.

¹² Zie Clavareau, Eenige hulpovereenkomsten, p. 125 v; zie ook L. Goffin en G. Demez, La technique de l'arbitrage comme procédé de revision des contrats, Rapports belges au Xième congrès international de droit comparé, Budapest 1978, 150. De oude opvatting vond nog steun in de oude tekst van art. 1003 w.b.rv. (1806) : " Toutes personnes peuvent compromettre sur les droits dont elles ont la libre disposition". Art. 1676,1 ger.w. spreekt echter van "Elk geschil dat reeds is ontstaan of nog kan ontstaan uit een bepaalde rechtsbetrekking waarover een dading kan worden aangegaan".

¹³ Naar de bekende uitspraak van von Ihering, "Rechte sind rechtlich geschützte Interessen".

¹⁴ Zie daarover W. van Gerven, Langdurige overeenkomsten in Hulde R. Dekkers, nr. 15, p. 399 v. In Duitsland wordt een 'gestalten' van de partijverhouding door de scheidsrechter wel aanvaard, doch eveneens slechts zo er reeds een 'bepaalde' rechtsverhouding voorhanden is - 'rechtsbegründend' daarentegen kan in beginsel slechts een Schiedsgutachten (het ekwivalent der bindende derdenbeslissing) zijn; zie Habscheid, Das Schiedsgutachten, ein Grenzgebiet zwischen materiellem und Prozeßrecht, in Das deutsche Privatrecht in der Mitte des 20. Jahrhunderts, 2. FS für H. Lehmann, 1956, II, 796. In het common law werd deze begrenzing nooit gemaakt, zie Holtzmann, Le droit des États-Unis relatif aux pouvoirs des arbitres de combler les lacunes d' un contrat à long terme, Rev.arb. 1975, 60 en Aksen, Legal considerations in using arbitration clauses to resolve future problems which

ter bepaling van een oplossing niet zijn aangegeven of slechts te vaag (bijvoorbeeld naar billijkheid). In feite betekent de wetsbepaling echter dat partijen niet kunnen overeenkomen dat alle mogelijke conflicten tussen hen door scheidsrechters zullen worden beslecht, maar dit slechts kunnen overeenkomen voor elke aangelegenheid of soort aangelegenheid afzonderlijk¹⁵. Blijft echter als argument dat de scheidsrechter, die aangesteld wordt om recht te spreken, dit is te veroordelen, niet de geschikte man is om leemten op te vullen.

Ook problemen zoals de kwaliteitsarbitrage (de vaststelling van de hoedanigheid van zaken) of de bepaling van de hoogte van een som of schadevergoeding, - hoewel in sommige landen als arbitabel aanvaard, en eveneens voorzien in de nieuwe nederlandse arbitragewet (zie het preadvies van mr. Polak) - vinden in de formele arbitrage niet de meest geschikte oplossing. In feite worden zij dan ook, zowel door de rechter als door de scheidsrechter, beslist op grond van een deskundigenonderzoek, doch slechts naar aanleiding van een geschil. De bindende derdenbeslissing biedt hier dus een wisseloplossing.

Een bindende derdenbeslissing kan ook gebruikt worden ter bewaring van recht, bijvoorbeeld tot vaststelling van feiten waarvan de gerechtelijke vaststelling om een of andere reden niet kan gevorderd worden.

Het minste wat kan gezegd worden is dus wel dat de mogelijkheid van een wisseloplossing voor de vormelijke arbitrage, zoals een bindende derdenbeslissing, in dergelijke vragen zinvol is¹⁶.

Een andere begrenzing der arbitrage, die een gebied voor bindende derdenbeslissingen openlegt, is de uitsluiting van publiekrechtelijke personen (zie hieronder nr. 7 en noot).

(4) Voordelen van een informele procedure, alternatief aan de formele arbitrage.

Niet alleen het soort probleem en de beschikbare remedie kunnen beslissend zijn voor de keuze tussen overheidsrechtspraak, arbitrage of bindende derdenbeslissing, ook andere factoren kunnen hierbij een rol spelen. Zo helpen de achterstand van het gerecht en de

may arise during long-term business agreements, *The business lawyer* 1973, 595 en verwijzingen. Ook volgens Strohbach, *Die Revision von Verträgen durch Schiedsgerichtsverfahren, Berichte zum X. internationaler Kongreß für Rechtsvergleichung Budapest 1978* (uitgegeven door het Nationales Komitee für Rechtswissenschaft der DDR) kan arbitrage in de DDR zowel aanvullend (gap-filling) als wijzigend zijn. Hetzelfde wordt voorzien in de nederlandse ontwerp-arbitragewet. Z. Stalev, *Arbitration to adapt long-term international economic contracts to changed circumstances, in New trend in the development of international commercial arbitration and the role of arbitral and other institutions, ICCA Congress series no. 1 Hamburg 1982*, uitg. P. Sanders, Kluwer 1984, p. 199 en m.b. 202 v., spreekt wel van arbitrage, maar onderscheidt deze vorm dan als 'economic arbitration' van 'judicial arbitration' - met als gevolg dat zij een niet-toetsbare materielechtelijke binding zou hebben, maar geen gezga van gewijsde.

¹⁵ M. Storme, *Aspects importants du droit arbitral belge*, *Rev. dr. int. dr. comp.* 1976, 119.

¹⁶ Zie ook de verantwoording gegeven door de IKK voor het voorzien van een kontraktregelingsprocedure naast de arbitrageprocedure, document 420/214 van 13 dec. 1977, App. I, blz. 3. Zie over die procedure M. Storme, *TPR* 1984, nr. 19 en bijlage I. Op deze procedure werd tot nu toe echter nog geen beroep gedaan, wat misschien laat vermoeden dat men precies in internationale handelskontrakten geen moeilijkheden maakt over de arbitrabiliteit van bepaalde problemen.

In Italië ontstond door de beperktheid van de formele arbitrage (*arbitrato rituale*), en het niet volledig bindend karakter van de derdenbeslissing (*arbitraggio*), een informele arbitrage (*arbitrato irrituale*), die niet aan de voorwaarden der arbitrage moet voldoen, maar als omzeggens even definitief aanvaard werd. Zie daarover M. Storme, *TPR* 1984, nr. 9 v. Deze figuur werd door de italiaanse rapporteur te Budapest 1978, Prof. Bonell aanbevolen als de beste procedure ter aanpassing of herziening van kontrakten (a.w., 239-243).

voortschrijdende politisering van de benoemingen in de rechtsbedeling, met het eraan verbonden kwaliteitsverlies, mede de 'vlucht' in de partikuliere rechtspraak verklaren. Doch ook arbitrage wordt wel eens, vooral in internationale scheidsrechterlijke gedingen, omslachtig, tijdrovend en kostelijk. Vergeleken daarmee zal een informele procedure van bindende derdenbeslissing ongetwijfeld sneller en goedkoper uitvallen.

Verder kan in sommige soorten betwistingen een paritaire samenstelling van het college - wat arbitrage uitsluit - eerder tot voor de partijen aanvaardbare of aanvaarde oplossingen leiden.

Anderzijds brengt de bindende derdenbeslissing een duidelijk grotere vermindering van rechtsonzekerheid dan een procedure van bemiddeling of verzoening.

§ 3. Rechtskarakter van de bindende derdenbeslissing.

Een derdenbeslissing is slechts bindend zo zij in de plaats treedt van een beslissing der bevoegde partij(en). Zij kan haar bindende kracht slechts ontleen aan een rechtshandeling van de persoon of personen die bevoegd zijn die beslissing zelf te nemen, waarbij deze bevoegdheid wordt overgedragen en mits die handeling aan alle juridische (daarom niet feitelijke) voorwaarden voor die beslissing voldoet. De algemene grondslag is dus de partij-autonomie in één van zijn vormen (zoals daar zijn de kontraktvrijheid, de eenzijdige beschikkingsvrijheid over zijn goederen).

Dit betekent echter nog niet dat de rol van deze beslissing kan herleid worden tot de rol van de handeling in de plaats waarvan ze treedt.

(5) Kwalifikatie volgens de oorsprong : konventionele of ook andere grondslag ?

Spreekt men over de grondslag van de bindende derdenbeslissing, dan denkt men normaal aan een (geldige) overeenkomst tussen de betrokken partijen. Meestal is de bevoegdheid van de derde om de partijverhouding te bepalen en dus ook de bindende kracht van zijn beslissing inderdaad ook konventioneel van oorsprong : de *konventionele derdenbeslissing*. In die gevallen geven de regels van het overeenkomstenrecht ons dan ook de voorwaarden voor de geldigheid, juist voor de bindende kracht van de derdenbeslissing. Dit wordt hieronder in § 4 uitgewerkt.

Kan de bindende kracht van een derdenbeslissing - of die nu obligatoir of zakelijk is - echter ook op een andere handeling berusten dan een overeenkomst tussen de betrokkenen ? O.i. kan zij ook berusten op andere handelingen middels dewelke de handelende persoon bevoegd was die partijverhouding (mede) te bepalen¹⁷. We denken hier meer bepaald aan de testeervrijheid, de vrijheid om over het beschikbaar gedeelte van zijn vermogen te beschikken voor na zijn dood. Zo kan de konkretisatie van bepaalde legaten aan (één van de partijen of aan) een derde worden overgelaten zo er voldoende gegevens zijn aan de hand waarvan de bepaling dient te geschieden¹⁸. Daarbij zijn de bepalingen betreffende de (partijbeslissing onderscheidenlijk de) derdenbeslissing van toepassing. Deze mogelijkheid bestaat ook naar belgisch recht. Hoewel het duitse BGB vrij beperkend is¹⁹ voorziet het duitse ZPO § 1048 wel nog een verdere mogelijkheid, namelijk dat de erfflater een persoon aanduidt om alle geschillen tussen de erfgenamen of

¹⁷ In de nederlandse rechtsleer verkiest men hiervoor soms een apart begrip te gebruiken, namelijk 'bindende electie'. Zie bijvoorbeeld Clavareau, Eenige hulpovereenkomsten, 116, 120 e.a.p.

¹⁸ Zie daarover R. Dillemans, Testamenten, nr. 120 en 128.

¹⁹ Zie het algemeen verbod van § 2065 en de uitz. van o.m. §§ 2151, 2156, 2193.

legatarissen bindend te beslissen - althans voor zover het voorbehouden gedeelte niet aangetast werd²⁰. In deze en andere gevallen is de kwalifikatie als bindende derdenbeslissing ons inziens de meest zinvolle, althans zo de aangestelde derde zelf geen partij is. Hij is immers geen lasthebber van de erflater, vermits de last niet door de erfgenamen kan worden herroepen, maar hen integendeel bindt. De erflater zou zelfs een strafbeding kunnen voorzien jegens degene die de derde-beslissing niet aanvaardt - wat in het Romeinse recht ook voor konventionele derdenbeslissingen de techniek was om ze bindende kracht te verlenen²¹, maar daarvoor nu wel overbodig is. We kunnen dan ook spreken van *testamentaire derdenbeslissing*.

Ook de bevoegdheid van de organen van rechtspersonen, van jury's in wedstrijden, e.d.m. om geschillen waarin zij geen partij zijn te beslechten, is niet steeds zuiver kontraktueel van oorsprong, al kan zij meestal daartoe teruggevoerd worden via de statuten of de handeling van toetreding. Het gaat hier dan ook om *statutaire derdenbeslissingen* of verenigingsrechtspraak²².

Daarnaast kan het niet *a priori* uitgesloten worden dat de rechter in een hem voorgelegd geschil, ook buiten een beding of overeenkomst van bindende derdenbeslissing om, op grond van de vereiste van goede trouw die de partijverhouding beheerst, maar voor de konkretisatie waarvan de rechter zich niet geschikt acht, zelf een derde-beslisser aanstelt²³ : *de gerechtelijke derdenbeslissing*. Een ander voorbeeld van gerechtelijke derdenbeslissing vinden we in artt. 1677-1678 b.w.

(6) Kwalifikatie volgens de werking : materieelrechtelijke of processuele werking ?

Het rechtskarakter van de bindende derdenbeslissing wordt niet alleen door haar oorsprong, maar ook door haar functie bepaald.

Meestal onderscheidt men bij overeenkomsten, zoals bij andere rechtshandelingen, tussen een materieelrechtelijke werking, waarbinnen kan onderscheiden worden tussen obligatoire en zakelijke werking, en een processuele werking. De processuele werking is de werking als bewijs of gewijsde : zij bindt de rechter in elk volgend proces. Dergelijke werking vinden we in de bewijsovereenkomst, de arbitrage-overeenkomst, de *litis contestatio* (de uitwisseling der konklusies die historisch de konventionele grondslag der overheidsrechtspraak vormt).

Nu heeft men geprobeerd ook de bindende derdenbeslissing in die categorieën onder te brengen en naargelang zij in de ene of andere thuishoort met een ander begrip te benoemen. Aan deze vraag werd bijvoorbeeld in Duitsland veel literatuur gewijd. In navolging van Habscheid worden daarbij onderscheidingen gemaakt in de aard van de volgende:

- beslissingen die slechts afzonderlijke bestanddelen van de rechtsverhouding betreffen worden *Schiedsgutachten* in enge zin genoemd, en onderscheiden in *rechtserklarende* en *Tatbestandelemente feststellende Schiedsgutachten*. Zij worden door Habscheid e.a. als processueel beschouwd, en meer bepaald zelfs als

²⁰ Daarover Clavareau, Eenige hulpovereenkomsten p. 118 en noot 394, met verwijzing naar Suijling-Dubois, VI nr. 95 en S. Satta, Contributo allo studio dell' arbitrato, Milano 1931, p. 73 noot 1.

²¹ Zie van Ittersum, Het bindend advies, 8.

²² Vgl. Clavareau p. 119, 121-122, 208 e.a.p.

²³ Een boeiend, hoewel vrij eenmalig voorbeeld in die richting geeft Paris 28 sep 1976, J. Cl., Jur. 1978 nr. 18810, met noot Robert. De rechter die zich onbevoegd achtte zelf de verbintenissen te herzien, geeft de partijen de opdracht verder te onderhandelen en stelt daartoe een derde-bemiddelaar aan.

bewijsovereenkomst. Habscheid gebruikt onder meer het argument dat de derde het recht niet doet ontstaan, maar slechts verklaart²⁴.

- beslissingen die de rechtsverhouding vormgeven, *gestalten*. Zij kunnen gevallen zijn zoals voorzien in BGB § 317 v. (*Leistungsbestimmung durch Dritte* ²⁵), of andere vormen van aanvulling of herziening van een kontraktuele verhouding. Deze rechtsfiguren, ook *Schiedsgutachten* in ruime zin genoemd, worden algemeen geacht een materieelrechtelijke werking te hebben.

Dit onderscheid zou van belang zijn voor de beoordelingsruimte aan de derde gelaten (in de eerste groep geen, in de tweede groep wel), en de wijze van aanvechting der beslissing (de tweede groep volgens BGB 318-319, dit is wegens kennelijke onredelijkheid, de eerste groep wegens onjuistheid of naar analogie met de aanvechtingsgronden der arbitrage.).

Deze beide soorten worden dan nog principieel onderscheiden van de (formele of informele) arbitrage, die een beoordeling van en beslissing over de gehele rechtsverhouding zou zijn.

Vergelijkbare onderscheidingen heeft men geprobeerd te maken tussen de verschillende italiaanse rechtsfiguren der *arbitrato rituale of irrituale* (arbitrage), *arbitraggio* (aanvullend) en *perizia contrattuale* (afzonderlijke bestanddelen vaststellend).

Het radicale onderscheid dat in Duitsland gemaakt wordt tussen materieelrechtelijke en processuele werking behoort echter niet tot onze - goeddeels franse - traditie, evenmin als een radicale scheiding tussen recht en feit. Ook in Nederland is het zo, en maakt men bijvoorbeeld geen onderscheid tussen bewijs- en vaststellingsovereenkomst. De beste uitdrukking van de verwevenheid van beiden vindt men in het bewijsrecht van de code civil²⁶, doch de bindende derdenbeslissing kan daarvan wellicht verdere illustraties verschaffen. Reeds in de overeenkomsten is de grens tussen materiële en bewijswerking, zoals die tussen ontstaan en bewijs van verbintenissen in het algemeen, niet scherp te trekken. De werking van de bindende derdenbeslissing is ons inziens nog minder tot het ene óf het andere terug te voeren. Weliswaar benadrukt de traditionele leer in de meeste landen uitsluitend het materieelrechtelijk aspect, en werd het procedure-aspect vrij onlangs ontdekt. Doch dat de bindende derdenbeslissing ook een procedurele kant heeft, betekent nog niet dat zij procesrechtelijk is, een instelling van het procesrecht, zoals de arbitrage. Ook het totstandkomen van kontraktuele verbintenissen heeft een procedure-aspect en een bewijswerking. Zo het al zin kan hebben om ook bij ons verschillende soorten van derdenbeslissing naar hun werking (obligatoire, zakelijke) te onderscheiden, wat het onderscheid materieel-processueel betreft behoudt men ons inziens het geheel beter als één rechtsfiguur die precies op de grens van materieel recht en procesrecht ligt²⁷. Ook in Duitsland houdt de gemeenschappelijke term *Schiedsgutachten* dan ook stand ondanks alle tegenkating.

Een vergelijkbaar verdwijnen van grenzen vinden we bij beslissingen van organen van vennootschappen en andere rechtspersonen. De werking daarvan ten opzichte van de vennoten is niet meer kontraktueel te noemen, ook zo hun bindende kracht op een

²⁴ zie FS Lehmann 802 v.

²⁵ waarover M. Storme, TPR 1984, nr. 41.

²⁶ voor Nederland, zie het meesterwerk van Eggens in Land's verklaring van het burgerlijk wetboek, passim, en in dezelfde richting Clavareau, 9 v., 107 v., 113.

²⁷ zie ook Nicklisch, Instrumente der internationalen Handelsscheidingsgerichtsbarkeit zur Konfliktregelung bei Langzeitverträgen, RiW 1978, 633; Rosenberg-Schwab, Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts, 13e uitgave 1981, 1094 v., Wittmann, Struktur und Grundprobleme des Schiedsgutachtenvertrages, 108v., 134v., 173.

kontraakt berust. Door institutionalisatie zijn ze van 'kontraktueel' tot 'statutair' geworden, maar daarom nog niet processueel.

Of de bindende derdenbeslissing nu een materiële werking (vaststellingsovereenkomst) dan wel een processuele werking (bewijsovereenkomst) zou hebben is o.i. dus niet belangrijk. De hele vraag naar de aard van haar werking betreft immers uitsluitend de wijze en mate van rechterlijke toetsing. Vragen we naar de aard van die werking, vragen we of zij aspecten van gewijsde heeft, vragen we in welke mate het materieelrechtelijke erin overstegen wordt in een meer definitieve bepaling van de partijverhouding, zoals dit precies in de arbitrage net als in de overheidsrechtspraak het geval is, dan vragen we uiteindelijk hoe stevig zo'n beslissing staat in een mogelijke latere konfrontatie met de rechter. Derdenbeslissingen worden dan ook naar hun werking best onderscheiden in volledig toetsbare, marginaal toetsbare en niet toetsbare maar slechts formeel vernietigbare beslissingen. In de laatste categorie hoort de scheidsrechterlijke beslissing thuis.

Nu zijn er inderdaad aspecten van sommige informele derdenbeslissingen die hun kracht in de nabijheid van die der scheidsrechterlijke beslissing kunnen brengen.

Met de overstijging van het louter konventionele, zoals dit in de arbitrage plaatsvindt, heeft de bindende derdenbeslissing gemeen dat zij het recht veelal niet eerst doet ontstaan, maar een nadere of klaardere bepaling van een lopende partijverhouding geeft, en dat deze bepaling, zoals bij besluiten van organen van rechtspersonen, zich ver kan verwijderen van wat de partijen of de persoon in wiens plaats de derde treedt, oorspronkelijk wel konden of wilden voorzien. Als keerzijde daarvan zal de bindende derdenbeslissing dan ook aan de meest grondliggende vereiste van rechtspraak moeten voldoen, namelijk de onpartijdigheid van de derde.

Anderzijds worden aan de bindende derdenbeslissing in beginsel geen procedurevereisten gesteld, kan moeilijk een bewijsinstructie doorgevoerd worden, en betekent de beslissings- of beoordelingsruimte precies dat de derde niet aan de regelen des rechts gebonden is, maar naar billijkheid moet oordelen, of aan de hand van konkretere varianten daarvan (voornamelijk in die beslissingen die meer 'feitelijk' van aard zijn). Hij kan dus aan het zwart-wit denken ontsnappen, en nuanceringen bepalen die voor de rechter minder zijn weggelegd. De keerzijde van die vormloosheid is dan ook dat het wenselijk is dat de bindende derdenbeslissing nog steeds aan een, zij het marginale, inhoudelijke toetsing kan onderworpen worden. Dat dit naar Belgisch recht zo zij, wordt in § 6 uitgewerkt. Door deze toetsbaarheid heeft de derdenbeslissing, anders dan de scheidsrechterlijke beslissing en de dading, geen kracht van gewijsde, maar slechts kracht van overeenkomst. Er kan ook geen exequatur verleend worden - uitvoerbare kracht zou dus alleen op een notariële akte kunnen berusten²⁸ - en er zijn ook niet dezelfde redenen van openbare orde om de aanvechtingstermijn, zo die zou geregeld worden, noodzakelijk kort te houden²⁹.

Een ander probleem dat nader onderzoek zou vergen, betreft de mogelijkheden van internationale erkenning. Dat dit niet geheel uitgesloten moet worden, toont de geschiedenis van de Italiaanse *arbitrato irrituale*.

De verschillen tussen arbitrage en bindende derdenbeslissing leiden dus wel tot andere mogelijkheden, maar niet tot een wezenlijk ander rechtskarakter, zodat wel kan gesteld worden dat arbitrage een bijzondere vorm is van bindende derdenbeslissing -

²⁸ Zie Eggens' bespreking van van Ittersum in *WPNR* 3006 en Clavareau 205.

²⁹ Natuurlijk kan zij even kort gehouden worden. Zo is in art. 1854 b.w. de korte termijn van drie maanden voorzien.

slechts in bijzondere gevallen mogelijk en aan meerdere voorwaarden verbonden -, maar niet omgekeerd.

§ 4. De kontraktuele kant : voorwaarden voor de bindende kracht van de konventionele derdenbeslissing.

Zoals gezegd ontleent de derdenbeslissing rechtelijk haar bindende kracht normaal aan een rechtshandeling welke zelf aan de rechtelijke voorwaarden voldoet om die werking te hebben. In deze paragraaf werken we deze meer in het bijzonder voor de konventionele bindende derdenbeslissing uit - diegene die steunt op een overeenkomst tussen de betrokken partijen.

(7) Welke bekwaamheid wordt vereist van de partijen, behalve de algemene handelingsbekwaamheid, en het ter hunner vrije beschikking zijn van de rechtsverhouding tussen hen?

In geval van arbitrage wordt naar de vereisten der dading verwezen³⁰. Dit betekent onder meer de vereiste van homologatie voor een dading door de voogd aangegaan³¹. Voor arbitrage worden verder ook publiekrechtelijke personen uitgesloten³². Voor de derdenbeslissing verdient het echter aanbeveling deze bijkomende beperkingen aan de gewone vereiste handelingsbekwaamheid niet te stellen, vermits zij, anders dan zowel dading als arbitrage, geen gezag van gewijsde heeft en een zekere inhoudelijke rechterlijke toetsing mogelijk blijft.

Er zijn echter ook andere beperkingen aan de handelingsbekwaamheid, die weliswaar niet met de term onbekwaamheid mogen benoemd worden. Meer en meer immers wordt de verbruiker, de werknemer, de 'zwakkere partij' in het algemeen, onbekwaam geacht om zijn eigen belangen te verdedigen. Een welbepaalde uitdrukking van die opvatting is hier van belang. We vinden ze terug in art.1678,2 ger.w.: "onder voorbehoud van de bij de wet bepaalde uitzonderingen is van rechtswege nietig iedere overeenkomst tot arbitrage, afgesloten voor het ontstaan van een geschil waarvan de arbeidsrechtbank kennis moet nemen krachtens de artikelen 578 tot 583". De bekwaamheid tot het aangaan van een dading of scheidsrechterlijk compromis blijft dus onverlet, een scheidsrechterlijk beding echter wordt uitgesloten. Een gelijkaardige veralgemeende uitsluiting vinden we voor bedingen van bindend advies in het door de nederlandse tweede kamer in 1983 aangenomen wetsvoorstel op de algemene voorwaarden (ter vervanging van NBW 6.5.1.3) : daarin wordt immers voorgesteld bedingen die geschillen onderwerpen aan bindend advies in overeenkomsten tussen een niet beroepsmatig handelende gebruiker en een wederpartij die algemene voorwaarden gebruikt, als onredelijk bezwarend aan te merken. Zonder ons over de aanvaardbaarheid van scheidsrechterlijke bedingen in dergelijke verhoudingen - waarvan de uitsluiting tot in een vorig wetsvoorstel voorzien was - uit te spreken, gaat een dergelijke uitsluiting van precies bedingen tot bindende derdenbeslissing ons inziens te ver. Een meer soepele oplossing van het probleem zou erin bestaan in dergelijke verhoudingen grotere waarborgen van onpartijdigheid te vereisen of andere procedurevereisten te stellen aan bindende derdenbeslissingen, en als

³⁰ art. 1676 ger.w.

³¹ art. 2045 b.w.

³² art. 1676,2 en 3 ger.w. Zie daarover toch M. Storme, Arbitrage tussen publiek- en privaatrechtelijke personen, TPR 1979, 197. M.b. de voorbeelden in nr. 10 (Hoog Komitee van Toezicht m.b.t. openbare aanbestedingen) en nr. 11 '(klandestiene arbitrage') kunnen als bindende derdenbeslissingen begrepen worden.

sanktie niet de dadelijke onverbindendheid van de derdenbeslissing, maar een ruimere inhoudelijke toetsing door de rechter voor te stellen.

Zoals onze mede-adviseur mr. Polak achten wij het dan ook wenselijk wat de kontraktuele kant betreft vier categorieën van bindende derdenbeslissing te onderscheiden, en de voorwaarden voor hun bindende kracht mogelijks voor deze verschillende categorieën te nuanceren. Ik zou deze vier categorieën als volgt willen benoemen : enerzijds het kompromis tot bindende derdenbeslissing - dit is nadat een geschil is gerezen -, anderzijds het beding tot bindende derdenbeslissing, te onderscheiden naargelang het een beding is tussen evenmachtige partijen (zgn. *equality of bargaining power*), een toetredingsbeding³³, of een standregel van een vereniging of rechtspersoon. Naargelang de kontraktuele categorie waaraan de derdenbeslissing haar bindende kracht ontleent, kunnen de procedurevereisten genuanceerd worden. Ook hoeft de sanktie niet noodzakelijk rechtstreekse nietigheid zijn, maar kan zij ook daarin bestaan dat de beslissing als partijbeslissing beschouwd wordt³⁴ en daarom volledig in plaats van slechts marginaal getoetst wordt, waarover verder in § 6.

(8) Vormvereisten gesteld aan de handeling waarop de bindende kracht van de derdenbeslissing steunt.

Het verdient aanbeveling, anders dan bij arbitrage, de vormvrijheid te bewaren. De overeenkomst tot gebondenheid aan de beslissing van een derde zou dus noch schriftelijk, noch uitdrukkelijk moeten geschieden. Zij kan dan ook als bestendig gebruikelijk beding stilzwijgend in bepaalde overeenkomsten begrepen zijn. Het zou maar anders zijn zo de rechtshandeling die door de derdenbeslissing vervangen wordt aan vormvereisten onderworpen wordt.

(9) Afzonderlijke geldigheid van het beding tot bindende derdenbeslissing.

Het verdient eveneens aanbeveling dat de nietigheid van een overeenkomst niet noodzakelijk de nietigheid van een beding tot bindende derdenbeslissing tot gevolg zou hebben, zoals dit ook voor scheidsrechterlijke bedingen erkend wordt in België zoals in de meeste andere landen³⁵.

§ 5. De procedurekant : vereisten en verloop.

(10) Minimumvereisten.

Een bindende derdenbeslissing beperkt de rechterlijke toetsing, anders dan een partijbeslissing³⁶, tot gevallen van kennelijke onredelijkheid of onbillijkheid. Opdat deze inhoudelijke beoordelingsruimte erkend zou worden moet de beslissing dus aan bepaalde vereisten voldoen, die dan ook geen andere dan procedurevereisten kunnen zijn.

³³ De term toetredingsbeding vormt o.i. een nauwkeuriger criterium voor het overwegen van rechtsbescherming ten voordele van de zwakkere partij, dan de vraag of het om algemene (standaard-)voorwaarden of afzonderlijke bedingen handelt.

³⁴ Over het opstellen van algemene voorwaarden beschouwd als partijbeslissing, zie J. Ronse, Marginale toetsing, TPR 1976, 216-217. Ons inziens echter gaat de toetsing van partijbeslissingen verder dan die van derdenbeslissingen, zie onder nr. 10.

³⁵ art. 1697,2 ger.w.; Huys en Keutgen, a.w. nr. 159 v., blz. 148 v.

³⁶ Het onderscheid is heel duidelijk in het verschil tussen BGB § 315,3 - 'nur verbindlich wenn sie der Billigkeit entspricht' - en § 319,1 - 'nicht verbindlich wenn sie offenbar unbillig ist'. Anders echter J. Ronse, Marginale toetsing, TPR 1976, 214 v.

De meest wezenlijke vereiste wordt reeds door het begrip derdenbeslissing zelf vooropgesteld, namelijk dat de beslisser een derde is, dit wil zeggen onpartijdig³⁷. Even wezenlijk is de vereiste van deskundigheid. Deze beide vereisten worden zelfs gesteld aan de deskundige aangesteld voor een technische expertise (IKK-reglement technische expertise artt. 4 en 5). In geval van statutaire derdenbeslissing of verenigingsrechtspraak moet deze vereiste streng gehandhaafd worden, zodat vele beslissingen als partijbeslissing kunnen gekenmerkt worden, die mogelijk ruimer toetsbaar is.

Voor het overige kunnen de minstvereisten afgeleid worden uit een vergelijking tussen de "minimal standards" van het procesrecht enerzijds en de verplichtingen waartoe partijen die in een kontraktuele verhouding staan jegens elkaar gehouden zijn op grond van de vereiste van goede trouw (informatieplicht, samenwerkingsplicht, ...) ³⁸ anderzijds. Het komt erop aan te zien of de vereisten die aan arbitrage gesteld worden zinvol zijn gezien de aard van de bindende derdenbeslissing. P. Sanders³⁹ noemt als minimale vereisten het recht gehoord te worden (*audiatur et altera pars*)⁴⁰, de behandeling der partijen op gelijke voet, en de tegensprekelijkheid der gebruikte stukken. In het IKK-reglement betreffende aanpassing van contracten kan men ongeveer dezelfde minstvereisten terugvinden⁴¹. Met Polak kan gesteld worden dat inderdaad slechts minstvereisten moeten gesteld worden. Anders wordt de bindende derdenbeslissing opnieuw een loodzware instelling die zichzelf doodt.

(11) Wie kan derde-beslisser zijn en hoe wordt hij aangeduid ?

Voor de bekwaamheid om derde beslisser te zijn kan nuttig vergeleken worden met art. 680 ger.w. Doch er lijkt geen reden te zijn om leden van hoven, rechtbanken, parketten en griffie uit te sluiten als derden-beslisser, zoals hen weliswaar volgens art. 298 ger.w. verboden wordt als bezoldigd scheidsrechter op te treden. Het lijkt evenmin nodig personen zonder kiesrecht uit te sluiten.

Het aantal moet, anders dan bij arbitrage, niet noodzakelijk oneven zijn.

De benoeming van de derde wordt heel dikwijls aan een instelling overgelaten, althans in bedingen tot derdenbeslissing. Dikwijls betreft het de kamer van koophandel, of een vast kollege zo dit voorhanden is. De aanduiding van de derde kan verder aan de rechtbank worden overgelaten. Deze aanduiding behoort tot de bevoegdheid van de voorzitter van de rechtbank van eerste aanleg of van koophandel, en wel op grond van art. 584, 2 en 3 ger.w. (voor arbitrage op grond van de *lex specialis* van art. 1684 ger.w.). Ook kan de partij die zijn medewerking bij de aanduiding van de derde weigert, daartoe mogelijk door middel van een dwangsom gedwongen worden.

(12) Hoe moet de derde beslissen ?

³⁷ Vgl. artt. 1678,1 en 1690-92 ger.w.

³⁸ Vgl. Habscheid, 2. FS Lehmann 1956, II, 809; KTS 1955,34.

³⁹ La technique de l' arbitrage comme procédé de revision des contrats, Rapports néerlandais pour le dixième congrès de droit comparé, Budapest 1978, 119.

⁴⁰ Ook vereist in het IKK-reglement voor technische expertise, art. 6, 1a.

⁴¹ Zie M. Storme, TPR 1984, Bijlage I, ad art.9; zie nog Nicklisch, Instrumente, RiW 1978, 642; Rosenberg-Schwab, Lerhrbuch, 1094 v.

Zo de partijen geen andere maatstaven aanleggen, beslist de derde naar billijkheid⁴². In de mate waarin het om een meer feitelijke beslissing gaat, neemt het billijkheidskriterium mogelijks konkretere vormen aan, zoals bijvoorbeeld de nauwkeurigheid in de bepaling van schade e.d. Verdere maatstaven kunnen gevonden worden in de algemene voorwaarden of gebruikelijke bedingen⁴³. Anders dan in Duitsland of Italië⁴⁴ zou een niet-toetsbare beslissing, dit is naar het *merum arbitrium* van de derde, niet mogelijk zijn in kontraktuele verhoudingen zo niet aan alle wezenlijke vereisten der formele arbitrage is voldaan, namelijk aan die van de arbitrage 'als goede mannen naar billijkheid'. Argumenten voor deze beperking van het *merum arbitrium* zijn de dwingende vereiste van goede trouw - duidelijk gesteld in de aangehaalde tekst van Domat -, de vereiste van voldoende bepaaldheid der kontraktuele rechtsverhouding, en het feit dat deze niet-toetsbare vormloze arbitrage niets anders is dan de 'amiable composition' die door de wet als een vorm van formele arbitrage beschouwd wordt (art. 1019 van de oude code de procédure civile, waarop nog gezinspeeld wordt door art. 1700 ger.w.).

Behalve dit verschil in toetsbaarheid verschilt de bindende derdenbeslissing verschilt van de formele arbitrage doordat zij in beginsel naar billijkheid genomen wordt, terwijl scheidsrechters volgens de regelen des rechts oordelen, tenzij overeengekomen werd dat zij als goede mannen naar billijkheid (*amiable compositeurs*) zullen oordelen. Dit laatste kan echter niet vooraf bedongen worden, maar slechts in een scheidsrechterlijk kompromis overeengekomen⁴⁵. De vraag is wel in welke mate dit verschil voor kontraktuele verhoudingen iets kan uitmaken. Zij worden immers alle beheerst door de vereiste van goede trouw (B.W. 1134,3), wat precies betekent dat zij niet volgens het *ius strictum* maar *ex bona fide* worden beoordeeld. Doch, zoals reeds gezegd, de belgische rechtspraak blijkt haar taak in dit opzicht anders op te vatten. Vandaar dat ook voor die verhoudingen die door de goede trouw beheerst worden, het onderscheid concreet voelbaar kan blijven. Zo men dan ook een oordeel naar billijkheid vooraf bedingt, kan dit volgens de wet niet de kracht hebben van een uitvoerbare scheidsrechterlijke beslissing, maar slechts een bindende derdenbeslissing vormen. Wel kan deze derdenbeslissing niet-toetsbaar zijn, zo dit uitdrukkelijk werd gesteld, en dan vormt zij een informele arbitrage (vgl. de *arbitrato libero* of *irrituale* en het *merum arbitrium* van de italiaanse c.c. en het BGB). Hoe dan ook blijft de bindende derdenbeslissing dus een nuttige figuur voor vragen die niet met zwart of wit kunnen beantwoord worden.

Het duitse recht stelt in BGB 317, 2 als regelend recht dat een beslissing die door meerdere derden dient te worden genomen, eenstemmig moet worden genomen. Wat België betreft, kan minstens gesteld worden dat een beslissingskollege van twee personen de vereiste van eenstemmigheid inhoudt.

§ 6. Rechterlijke toetsing.

(13) Verweermiddel van overeenkomst tot bindende derdenbeslissing.

⁴² Vgl. BGB § 317 'Ist die Bestimmung der Leistung einem Dritten überlassen, so ist im Zweifel anzunehmen, daß sie nach billigem Ermessen zu treffen ist', en italiaanse c.c. 1349, 1 (hoger aangehaald).

⁴³ Vgl. de italiaanse c.c. 1349, 3 (hoger aangehaald).

⁴⁴ Zie de italiaanse c.c. 1349,1 alsook BGB § 319,2.

⁴⁵ Art. 1700 ger.w.

Het beding of kompromis tot bindende derdenbeslissing verschaft net zoals het scheidsrechterlijk beding of kompromis de partij die voor het uitbrengen van deze beslissing in rechte gedagvaard wordt een opschortend verweermiddel van onontvankelijkheid⁴⁶. Zo kan geen aanstelling van deskundige meer gevraagd worden⁴⁷. Het middel is *in limine litis* op te werpen, behalve in geval van kompromis tijdens het geding gesloten (dat werkt opschortend). Natuurlijk kan de rechter steeds de geldigheid van het beding of kompromis toetsen.

(14) Toetsing van de beslissingsbevoegdheid van de derde.

Vooreerst kan de rechter toetsen of de verhouding wel vatbaar was voor bepaling door een derde, en of de derde tot die beslissing bevoegd was en de partijen eraan gebonden.

De eerste toetsing is dezelfde als in geval van dading. Zo de verhouding niet vatbaar was voor dading behoort haar beoordeling tot de uitsluitende bevoegdheid van de overheidsrechter, en heeft de derdenbeslissing geen enkele rechtelijke waarde⁴⁸.

De tweede toetsing gaat na of de derdenbeslissing een voldoende grondslag heeft om de partijen te verbinden (in geval van obligatoire werking) of jegens hen tegenstelbaar te zijn (in geval van zakelijke werking). Gaat het om een konventionele derdenbeslissing, kan het beding of kompromis waarop het steunt getoetst worden op zijn geldigheid⁴⁹. In geval van ongeldigheid daarvan wordt de partijverhouding door de rechter bepaald - al zal een verstandig rechter dikwijls de raad van een deskundige inroepen. Gaat het om een testamentaire derdenbeslissing, kan het testament getoetst worden, de delegerbaarheid van de beslissingsbevoegdheid, en natuurlijk ook de onaangetastheid van het voorbehouden gedeelte.

Het wetens niet-opwerpen van de ongeldigheid geldt echter als bekrachtiging of erkenning van de bevoegdheid⁵⁰.

De vraag kan echter ook rijzen of de min of meer feitelijke voorwaarden waaraan de bevoegdheid van de derde en dus de verbindendheid van zijn beslissing, verbonden werd, vervuld zijn⁵¹. Zo kan de derde bevoegdheid verleend worden voor het geval zich al dan niet nader omschreven onvoorziene omstandigheden die het evenwicht tussen de partijen verstoren voordoen. De vraag is dan door wie en hoe beoordeeld wordt of dit het geval is. Het is duidelijk dat in eerste instantie de derde zelf oordeelt over zijn bevoegdheid, zodra de meest gerede partij hem om een beslissing verzoekt. De rechterlijke toetsing daarentegen zal ons inziens volledig of slechts marginaal zijn naargelang de precieze dan wel vage omschrijving van die voorwaarden. Het oordeel of de voorwaarden vervuld zijn veronderstelt immers meestal evenzeer een inhoudelijke waardering als het voorstellen van de oplossing ervoor.

(15) Gebrek aan of onvolledigheid van de beslissing van de derde.

⁴⁶ M. Storme, TPR 1984 nr. 37; Rb. Den Haag 27 nov 1931, W. 10, 300; P. Sanders, Aantasting van arbitrale vonnissen, Leiden 1940/45, 3-4. Habscheid, FS Lehmann, 806: die Klage ist unzulässig.

⁴⁷ Vz. Rb. Tongeren 3 juni 1985, te publiceren in Limburgs Rechtsleven.

⁴⁸ Vgl. art. 1704,2 b) ger.w. betreffende arbitrage.

⁴⁹ Vgl. art. 1704,2 c) ger.w. betreffende arbitrage.

⁵⁰ Vgl. art. 1704,4 ger.w. betreffende arbitrage.

⁵¹ Zie hierover ook M.J. Bonell, a.w., 236-237.

Zo de derde de opdracht weigert, de aanvaarde opdracht niet uitvoert of geen uitspraak doet over bepaalde punten die niet kunnen gescheiden worden van diegene waarover hij wel beslist heeft, kan door de betrokken partijen, en zo zij het niet eens worden, door de rechter, een andere derde aangesteld worden. Aanwijzing door de partijen is echter onmogelijk zo het gaat om een testamentaire derdebeslissers die bepaalde legatarissen nominatim moet aanduiden. Verder kan een derde op wiens *merum arbitrium* vertrouwd werd of die anderszins *intuitu personae* werd aangeduid slechts vervangen worden door degenen die hem aangesteld hebben - de onmogelijkheid daarvan brengt desgevallend de nietigheid van het gehele kontrakt met zich mee.

De rechter zou een termijn kunnen voorschrijven waarbinnen de derde die de opdracht aanvaard heeft, zijn beslissing moet nemen, al dan niet onder verbeurte van een dwangsom. Doch zo de partijen de derde van elke termijn hebben vrijgesteld, kan dit in elk geval niet gescheiden bij dringende en voorlopige of bewarende maatregel (kortgeding, zoals vlg. art 1679,2 ger.w. voor arbitrage)⁵².

(16) Inhoudelijke toetsing.

Een inhoudelijke toetsing kan geschieden op grond van de openbare orde, op grond van de handeling die aan de bevoegdheid van de derde ten grondslag ligt, of op grond van de regels die de te bepalen partijverhouding beheersen.

De handeling waarop de derdenbeslissing steunt geeft de maatstaven aan voor zijn beslissing, en de rechter kan toetsen of deze maatstaven werden aangehouden. Zo geen andere maatstaf gesteld wordt, moet de derde beslissen naar billijkheid⁵³. Dit betekent echter nog niet dat de rechter zijn persoonlijk oordeel over de billijkheid in de plaats mag stellen van dat van de derde. Is geen maatstaf opgegeven, of is de maatstaf die aan de derde opgegeven wordt een vage, een blanco-maatstaf, zoals de billijkheid, dan is de toetsing slechts marginaal, dit wil zeggen wordt getoetst of de beslissing kennelijk of klaarblijkelijk onredelijk of onbillijk is (*manifesta iniquitas*). Dit geval wordt uitdrukkelijk gesteld in art. 1854 c.c., zoals in BGB § 319 en in de italiaanse c.c. 1349,1⁵⁴. Deze marginale toetsing is in beginsel niet anders bij de beoordeling van kontraktuele partijverhoudingen zelf, doch zoals gezegd beperkt het belgisch hof van cassatie de rechterlijke gestaltungsmogelijkheden daar tot bepaalde criteria van rechtsmisbruik. Marginale toetsing is wel in voege op de besluiten van organen van vennootschappen (waaronder dus de statutaire derdenbeslissing).

Doch het is niet uitgesloten dat de partijen konkretere of preciezere maatstaven opgeven, en de beslissing kan daaraan dan ook preciezer getoetst worden⁵⁵. De derdenbeslissing kan dan wegens bevoegdheidsoverschrijding onverbindend verklaard worden, zoals dit zowel in de arbitrage⁵⁶ als in de lastgeving het geval is.

Zo de derde volledig vrij spel gegeven wordt - wat zoals gezegd maar bindend is zo aan alle wezenlijke vereisten der arbitrage als goede mannen naar billijkheid voldaan is -

⁵² Vz. Rb. Tongeren 3 juni 1985.

⁵³ Vgl. BGB § 317,1 'nach billigem Ermessen', c.c.i. 1349,1 'con equo apprezzamento'.

⁵⁴ Waar de *arbitrato irrituale* nog marginaler, dit is omzeggens niet getoetst wordt. Dit is verklaarbaar als uitweg uit de zeer restriktieve en formalistische italiaanse arbitragewetgeving vóór 1983.

⁵⁵ Vgl. Habscheid, FS Lehmann p. 799.

⁵⁶ Het hanteren van de verkeerde maatstaf wordt gekonstrueerd als bevoegdheidsoverschrijding onder art. 1704,2 d) ger.w.

blijft in elk geval nog de aanvechting op grond van kwade trouw van de derde (opzet) mogelijk⁵⁷.

In andere dan kontraktuele verhoudingen kan het soms wel voorvallen dat een derde niet door de betroffen partijen werd aangesteld en niet aan de billijkheid gebonden werd, maar de partijen jegens elkaar wel door de goede trouw verbonden zijn (bijvoorbeeld de erfgenamen of legatarissen onder elkaar). Alsdan zou het mogelijk zijn de derdenbeslissing buiten het geval van kwade trouw van de derde toch ook voor de partijen onverbindend te verklaren in geval van kennelijke onredelijkheid van de beslissing, omdat de vereiste der goede trouw de ene partij belet de andere aan een kennelijk onredelijke beslissing te houden. Dit is de konstruktie die de nederlandse Hoge Raad ook voor de andere gevallen van kennelijke onredelijkheid gebruikt heeft, hoewel zij daarvoor o.i. nodeloos omslachtig is⁵⁸.

De openbare orde tenslotte dient, zoals bij arbitrage, vrij eng te worden begrepen⁵⁹. Zij omvat niet alles wat men op grond van de objektieve goede trouw kan verlangen, ook al kan men zeggen dat de vereiste van goede trouw van openbare orde is. De openbare orde machtigt de rechter dus niet tot een volledige toetsing, zo de partijen daarvoor geen precieze maatstaven hebben opgegeven dan de goede trouw of billijkheid. Een dergelijke ruime opvatting van openbare orde zou de zelfstandigheid van de scheidsrechterlijke uitspraak of van de bindende derdenbeslissing volledig teniet doen.

Ook wat er in geval van vernietiging van de beslissing dient te geschieden hangt ons inziens af van de maatstaf die aan de derde werd opgegeven. In de meeste landen wordt ervan uitgegaan dat de rechter zijn eigen beslissing in de plaats stelt van de vernietigde beslissing, tenzij de derde een volledige vrijheid werd gegeven, in welk geval de nietigheid wordt uitgesproken⁶⁰. Voor het eerste geval is echter ook de aanstelling van een andere derde een mogelijke oplossing. Immers, de derde wordt dikwijls aangesteld om vragen te beantwoorden waarvoor de rechter zich precies ongeschikt acht of waarvoor hij ongeschikt beschouwd wordt. Men kan zich dus op de aard van de beslissing beroepen om in die gevallen een nieuwe derdenbeslissing uit te lokken. In de franse traditie wordt overigens een wijziging van de verhouding door de rechter altijd veel ingrijpender beschouwd dan een vernietiging of ontbinding van de verhouding (d.i. van het kontrakt); anderzijds is noch het terugvallen op de bestaande toestand (dus een vernietiging van de beslissing zonder de onderliggende verhouding te ontbinden), noch het vervallen van de verbintenis wegens onbepaaldheid, en daarmee meestal ook het vervallen van de tegenverbintenis, dus van de gehele verhouding, in overeenstemming met de partijwil, die precies mechanismen heeft voorzien voor een voortzetting van de partijverhouding. De meest elegante oplossing zou er dus in al die gevallen in bestaan om, zo een of beide partijen erom verzoeken, een nieuwe derde aan te stellen of te laten

⁵⁷ Vgl. de Italiaanse c.c. 1349,2.

⁵⁸ Zie M. Storme, TPR 1984, nr. 36. Zie ook van Ittersum p. 41-43.

⁵⁹ Art. 1704,2 a) ger.w. betreffende arbitrage.

⁶⁰ Bv. NBW 7.15.5.2 m.b.t. de vaststellingsovereenkomst - waaronder het bindend advies in het nieuw burgerlijk wetboek zou geplaatst worden - : de rechter kan zelf beslissen, tenzij uit de aard van de beslissing voortvloeit dat zij op andere wijze moet worden vervangen. Voor Duitsland, zie BGB § 319,1 'Die Bestimmung erfolgt in diesem Falle durch Urteil'. Habscheid, FS Lehmann 794 maakt de nuance dat de rechter in de plaats van de derde beslist in geval van vernietiging van een 'rechtsbegründendes Schiedsgutachten' en gewoon op grond van de oude verbintenis oordeelt in geval van een bestaande rechtsverhouding en 'rechtsänderndes Schiedsgutachten'.

aanstellen, zeker zo in de partij-overeenkomst de derde niet *nominatim* werd aangeduid, maar slechts zijn wijze van aanstelling⁶¹.

(17) Toetsing van de minimale of voorgeschreven procedurevereisten.

Tenzij het om overeengekomen procedurevereisten gaat (en dan nog) zou voor een vernietiging moeten voldaan zijn aan de voorwaarde van art. 862 ger.w., namelijk dat de miskennis enig nadeel heeft berokkend. Zo de beslissing ook aan de volledige toetsing der billijkheid voldoet, zou zij dus niet mogen vernietigd worden. De beslissing die niet aan de procedurevereisten voldoet wordt dus in zekere zin behandeld als een volledig toetsbare partijbeslissing.

De mogelijkheden na nietigheid op deze gronden zijn dezelfde als hierboven.

(18) Andere vernietigingsgronden.

Ook de andere gronden voor aantasting van scheidsrechterlijke uitspraken kunnen tegen bindende derdenbeslissingen gebruikt worden. Hier kunnen nog vermeld worden het steunen op valse bewijsmiddelen⁶², het later verschijnen van nieuwe bewijsmiddelen⁶³, de dwaling van de derde⁶⁴, en het bedrog van de derde door een van de partijen⁶⁵.

(19) Aansprakelijkheid van de derde-beslisser.

Een scheidsrechter is evenmin als de rechter aansprakelijk voor fouten in zijn beslissing, ook al berust zijn scheidsrechterlijke opdracht op kontraktuele grondslag⁶⁶. De kontraktuele grondslag van de bindende derdenbeslissing geeft dan ook geen uitsluitel, temeer daar zij niet tot een lastgeving kan herleid worden (zie hieronder nr.9). Zo de derde de eenmaal aanvaarde opdracht helemaal niet of onvolledig uitvoert, zou hij wel in schadevergoeding kunnen aangesproken worden. Zo hij ze uitvoert, maar zijn beslissing door de rechter vernietigd wordt, is het minder duidelijk. Indien de aansprakelijkheid in dat geval mogelijk is - namelijk voor schade door de vertraging - moet in elk geval voor de graad een onderscheid gemaakt worden naargelang de opdracht al dan niet bezoldigd is (volgens een algemene regel die over meerdere bepalingen van het b.w. is uitgestrooid).

§ 7. De wetmatigheid van de bindende derdenbeslissing

(20) Een beding of kompromis tot bindende derdenbeslissing is niet in strijd met de grondwet die voorziet dat niemand van zijn rechter kan worden afgehouden (art. 8), vermits de derdenbeslissing geen gezag van gewijsde heeft en in rechte slechts aanleiding kan geven tot een opschortend middel van onontvankelijkheid en dit zolang de derde zijn beslissing niet heeft genomen.

⁶¹ Zie voor een vergelijkbare oplossing voor een ander probleem het reeds aangehaalde arrest van Paris, 28 sep 1976.

⁶² vgl. art. 1704, 3 b) ger.w. betreffende arbitrage.

⁶³ vgl. art. 1704, 3 c) ger.w. betreffende arbitrage.

⁶⁴ vgl. art. 2058 c.c. betreffende de verbetering van rekenfouten in geval van dading.; c.c.i. 1349,1 over de 'determinazione erronea' door de derde.

⁶⁵ Vgl. art. 1704, 3 a) ger.w. voor arbitrage en art. 2053 c.c. voor dading.

⁶⁶ Zie nochtans M. Storme, Wie berecht de onoordeelkundige rechter, Feestbundel F. Dumon.

Ook de wettelijkheid kan, zoals in § 1 aangegeven, niet in twijfel worden getrokken.

§ 8. Bindende derdenbeslissing en arbitrage.

Na deze uiteenzetting kunnen de verschillen met arbitrage nog even op een rijtje gezet worden⁶⁷.

(21) Verschil in mogelijkheden.

De mogelijkheden der bindende derdenbeslissing zijn ruimer⁶⁸. Ratione personae is dergelijke oplossing is mogelijk in verhoudingen met de overheid. Ratione materiae kunnen meningsverschillen die geen geschil vormen alsook opdrachten tot aanvulling of wijziging van een overeenkomst, kwaliteitsarbitrages of bindende expertises aan een derde toevertrouwd worden - waarover in geval van arbitrage dan toch twijfel bestaat. Verder kan de uitspraak naar billijkheid ook vóór het rijzen van een geschil bedongen worden.

(22) Verschil in vereisten.

Qua procedure zijn er minder vereisten, zowel betreffende de totstandkoming van de overeenkomst (vormvrij), de aanstelling van de derde (paar aantal derden mogelijk) als de totstandkoming van de beslissing.

(23) Verschil in rechtsgevolgen.

Het voornaamste verschil is natuurlijk dat de derdenbeslissing geen uitvoerbare titel kan worden door middel van een exequatur. Zij heeft geen gezag van gewijsde, en sluit normaal een, weliswaar beperkte, inhoudelijke toetsing niet uit.

Verder zijn ook de mogelijkheden van bewijsinstructie beperkter. Voor arbitrage zie ger.w. 1696.

(24) Criteria voor het onderscheid in de gevallen waar beide mogelijk zijn⁶⁹.

Om exequatur te verkrijgen moet natuurlijk aan alle vereisten voor een geldige arbitrage voldaan zijn. Doch niet alle beslissingen die daaraan formeel voldoen kunnen naar hun aard als formele arbitrage, met mogelijkheid van exequatur, beschouwd worden.

Traditioneel werd in Duitsland het criterium voor de onderscheiding dan gezocht in de opdracht van de derde : een beoordeling van de gehele rechtsverhouding zou een arbitrage vormen, een bepaling van afzonderlijke elementen daarvan zou louter kontraktuele werking hebben⁷⁰. De grenzen zijn echter zo vaag dat naar een ander criterium gezocht wordt, begrepen als de 'partijwil'. Het gaat slechts om arbitrage zo de partijen de mogelijkheid van exequatur 'gewild' hebben, in geval van twijfel zou het

⁶⁷ zie M. Storme, TPR 1984, nr. 50.

⁶⁸ Zo ook Habscheid, L'expertise-arbitrage, in International Arbitration, Liber Amicorum für M. Domke (1964), 112.

⁶⁹ Voor de geschiedenis van het onderscheid, zie Clavareau, 142-185.

⁷⁰ Zie de verwijzing in Loewenheim, Arbitrage als Verfahren zur Vertragsrevision, in Deutsche zivil- kollisions- und wirtschadftsrechtliche Beiträge zum X. internationalen Kongreß für Rechtsvergleichung Budapest 1978, 80; Weick, Vorbeugung und Beilegung von Konflikten in internationalen Verträgen, FS H. Coing 1982 II 551; Schwab, Schiedsgerichtsbarkeit, 3(1979), 6.

slechts om een bindende derdenbeslissing gaan⁷¹. Ook zal het steeds om een toetsbare bindende derdenbeslissing en geen formele arbitrage gaan zo de rechterlijke (marginale) toetsing niet duidelijk werd uitgesloten.

(25) Konversie van ongeldige arbitrage in bindende derdenbeslissing.

Zo niet aan alle vereisten voor een geldige scheidsrechterlijke beslissing voldaan is, maar wel aan die van een bindende derdenbeslissing kan deze laatste aangenomen worden⁷².

§ 9. Bindende derdenbeslissing en andere kontraktuele instrumenten.

(26) Geen der klassieke rechtsfiguren biedt dezelfde mogelijkheden als de bindende derdenbeslissing. Zij kan dan ook niet tot een van de andere figuren herleid worden.

Het verschil met een dading is duidelijk : daar wordt de beslissing door de partijen getroffen⁷³. Ook is voor dading een 'geschil' vereist (zie hoger).

Het deskundigenonderzoek kan een bindende derdenbeslissing vormen, namelijk wanneer ze bindend is. Zo spreekt men in het franse recht van *expertise irrévocable*. Beter ware het dan minstens de uit het Duits overgenomen Zwitserse term *expertise-arbitrage* te gebruiken. Doch niet elke *expertise amiable* moet 'onherroepelijk' zijn, zelfs niet wanneer partijen of er vermeldt zijn een deskundigenonderzoek te laten plaatsvinden. Zo men over het begrip bindende derdenbeslissing beschikt is het minnelijkdeskundigenonderzoek, in het Italiaans *perizia contrattuale* geen afzonderlijke rechtsfiguur meer. Zij is ofwel lastgeving ofwel bindende derdenbeslissing.

Anderzijds blijven de mogelijkheden van een bindende derdenbeslissing hoegenaamd niet beperkt tot de traditionele gevallen van minnelijk deskundigenonderzoek. Zij kan ook het recht betreffen, niet alleen feitelijke elementen. Zij moet ook niet gemotiveerd zijn.

Wel kan opgemerkt worden dat de bindende derdenbeslissing bijzonder nuttig kan zijn ter vermindering van tijdrovende processen, die in de praktijk bijna uitsluitend op grond van een deskundigenonderzoek beslecht worden.

De bindende derdenbeslissing kan evenmin tot de uitvoering van een lastgeving door de partijen herleid worden. Dit is nochtans de traditionele kapstok⁷⁴. De bevoegdheid van de derde berust echter niet op één der partijen, maar ofwel op alle partijen, of op een ander die bevoegdheid heeft de partijverhouding te bepalen. Zij kan dan ook niet door één partij herroepen worden, maar slechts met instemming van alle partijen. Verder is de derde géén verantwoording verschuldigd ten opzichte van de partijen.

§ 10. Besluiten en aanbevelingen.

⁷¹ Vgl. voor Duitsland Löwenheim, Rapport Budapest 1978, 82 en Habscheid, FS Lehmann 796-797 en noot 33. Meer algemeen, met verwijzing naar het Engels recht Bernini, Les techniques ..., D.P.C.I. 492.

⁷² Zie Clavareau 299 v., m.b. 307. Deze konversie is voorzien in het reglement van het Nederlands Instituut voor Arbitrage.

⁷³ Zie M. Storme, TPR 1984 nr. 48.

⁷⁴ De Page, V nr. 364; Van Gerven, Langdurige overeenkomsten, 377 en 400. Vgl. Habscheid, L'expertise-arbitrage, 110 in noot; Bernini, Les techniques ..., D.P.C.I., 633

(27) Ook naar belgisch recht is de bindende derdenbeslissing een door de rechtspraktijk geboetseerde figuur, waarvan de omlijning weliswaar niet de precisie van de wettelijk geregelde arbitrage heeft, maar die het bewijs geleverd heeft een juridisch kunstwerkje te zijn, dat vandaag bijzonder waardevol geworden is. Voor de mogelijks nog ontbrekende elementen kan de rechtsgeschiedenis en de rechtsvergelijking meer dan voldoende uitsluitel brengen.

De bindende derdenbeslissing heeft net als de formele arbitrage voldoende autonomie verworven om een eigen plaats in te nemen naast de klassieke kontraktuele en andere rechtsfiguren. Zij moet niet tot een of meer andere figuren teruggebracht worden, ook al willen de meeste auteurs dit niet onderkennen⁷⁵. Zij is op dit ogenblik evenzeer ontgroeid aan de lastgeving als eerder reeds de vertegenwoordiging of volmacht daaruit loskwam.

Zij biedt het grote voordeel vrij informeel en snel te kunnen verlopen, en zonder markante uitzonderingen voor elk meningsverschil tussen partijen nopens verhoudingen die ter hunner vrije beschikking staan in aanmerking te komen. Het is vermoedelijk de meest soepele figuur om tussen partijen elke welkdanige oplossing tot stand te brengen.

Een wettelijke regeling dringt zich in deze niet op. De vereisten voor de geldigheid van de rechtshandeling waaruit de beslissing haar bindende kracht put, en enkele minimale vereisten voor de behoorlijkheid van het optreden van de derde, maken een voldoende effectieve, weze het marginale, rechterlijke controle mogelijk.

Tenslotte ligt de bindende derdenbeslissing in de lijn van recente ontwikkelingen en noden. Nog minder agressief dan de arbitrale rechtspraak, nog beter gericht op en vreedzame regeling tussen partijen, komt zij ook tegemoet aan de wens om te dereguleren en problemen die alleen de partijen aangaan niet meer aan de overheidsrechter voor te leggen.

Men kan zich hierbij natuurlijk ook vragen stellen over de ontwikkeling van recht en gerecht. De oorspronkelijke betekenis van de overheidsrechter heeft een deel van zijn luister verloren. Niet alles kan vandaag nog door de rechter worden opgelost, net zomin als de wet alles kan regelen.

De arbitrage heeft ongetwijfeld een reusachtige opgang gekend en meestal geleid tot uitspraken die haast vanzelfsprekend eerbiedigd werden. Scheidsrechterlijke uitspraken zijn daardoor bijna een stilzwijgende afkeuring van onze 'Rechtsmiddelstaat' geworden. Ook in de nieuwe rechtsregels wordt het overheidrecht minder uitsluitend gemaakt en wordt meer ruimte gelaten voor zelfstandig optreden der rechtsgenoten⁷⁶. Zo noemt Höckner de arbitrage een juridische subcultuur die zich grotendeels aan het gezichtspunt van de gemiddelde advocaat onttrekt⁷⁷.

Vraagpunten.

⁷⁵ In zijn zopas verschenen *Traité de l'expertise*, Brussel 1985, klasseert P. Lurquin de 'expertise amiable irrévocable' als een huur van diensten (sic) gekoppeld aan een lastgeving (resic). Behalve Huys en Keutgen, a.w. nr. 25, heeft overigens vermoedelijk geen enkel franstalig auteur in België ooit van bindend advies gehoord.

⁷⁶ Zie reeds in die zin R. David, *Arbitrage du 19ième et arbitrage du 20ième siècle*, in *Mélanges R. Savatier* (1965), 219 v.

⁷⁷ in T.v. *arbitrage* 1984, 169.

- grenzen van de beslechting door overheidsrechter, arbiter, derde-beslisser ?
- heeft het zin een onderscheid te maken binnen de derdenbeslissing volgens een of ander 'intrinsiek' criterium ?
- gemene of bijzondere handelingsbekwaamheid vereist ?
- beding tot bindende derdenbeslissing in algemene voorwaarden of andere toetredingsverhoudingen ?
- aansprakelijkheid van de derde-beslisser ?
- kan derde gedwongen of vervangen worden in geval van stilzitten ?
- zijn de verschillen in geval van andere dan konventionele grondslag groot genoeg om een ander bergipte gebruiken (bindende electie) ?
- kan de rechterlijke toetsing uitgesloten worden zonder dat aan alle voorwaarden of althans alle wezenlijke voorwaarden voor formele arbitrage voldaan is ?

