

DE BINDENDE DERDEN BESLISSING OF HET BINDEND ADVIES ALS MIDDEL TER VOORKOMING VAN GEDINGEN

**EEN RECHTSVERGELIJKEND ONDERZOEK OP DE
GRENZEN VAN HET CONTRACTENRECHT EN HET
PROCESRECHT(*)**

door

Marcel STORME
Gewoon Hoogleraar R.U.G.
Advocaat te Gent

INLEIDING

DE BINDENDE DERDEN BESLISSING

1. Graaf Demidoff uit Parijs had zijn paard Paradox naar Brussel gestuurd om er deel te nemen aan de paardenwedrennen van 1833. Het reglement voorzag dat de jury betwistingen tussen de deelnemers zou beslechten.

Het paard Paradox behaalde de eerste prijs en zijn eigenaar kreeg de beker; om allerlei redenen bleek nadien dat dit ten onrechte gebeurde, zodat de jury besliste dat de beker diende teruggegeven te worden, hetgeen niet geschiedde. De zaak werd voor de rechter gebracht en in hoger beroep verklaarde het hof:

„Attendu que le comte Demidoff, en faisant inscrire son cheval pour le concours qui allait s'ouvrir, a dû nécessairement se soumettre à toutes les conditions imposées par les règlements arrêtés et publiés à ce sujet, et qu'ainsi il a contracté l'obligation d'obéir aux décisions du jury institué pour décerner les prix et décider les contestations qui auraient pu s'élever quant à leur remise;

Attendu que la décision du jury a définitivement déclaré vainqueur le cheval de l'intimé Hotton, et qu'ainsi l'appelant, comte Demidoff, se trouve sans titre pour retenir le prix, et ne peut se refuser à la restitution”(1).

Het thema van het Cepina-colloquium in 1984 is het voorkomen van gedingen.

(*) Ik dank prof. J. RONSE en Mr. A. BOEHLE voor de informatie die ze mij hebben willen verstrekken bij de voorbereiding van mijn rapport voor de Cepina-studiedag van 10 oktober 1984.

(1) Brussel, 30 juni 1834, *Pas.*, 1834, II, 161.

In het kader van het voorkomen van gedingen, kan men eraan denken betwistingen en geschillen op een „externe wijze” op te lossen, zonder evenwel een beroep te doen op het gerecht of op een scheidsgerecht.

Tegenover de actuele justitiële problematiek die vooral betrekking heeft op de toegang tot het gerecht en op de achterstand van het gerecht — problematiek, waarover alles werd gezegd, maar waaromtrent zo weinig positieve oplossingen bereikt werden — kan het zinvol zijn andere wegen te bewandelen en met name te onderzoeken of geen parajudiciële oplossingen kunnen worden voorgesteld.

Een van deze parajudiciële oplossingen zou erin kunnen bestaan in geval van onenigheid *sensu lato* tussen partijen deze onenigheid contractueel-bindend te laten oplossen door een onpartijdige derde. Dit betekent dat men de materieelrechtelijke weg bewandelt i.p.v. de procesrechtelijke weg.

2. Er bestaat in de praktijk duidelijk behoefte aan een zelfstandige rechtsfiguur, die het mogelijk maakt dat derden beslissingen nemen, die partijen welke in een bepaalde — contractueel of anderszins — rechtsverhouding tegenover elkaar staan, binden.

Dit „tegenover” duidt niet noodzakelijk op een bestaand geschil. Het kan gaan om een onzekerheid — huidige of toekomstige —, een onenigheid (*différend*), een betwisting (*contestation*) of een geschil (*litige*).

Het is niet steeds eenvoudig deze begrippen van elkaar te onderscheiden. De Wetgever heeft dit ook niet steeds duidelijk geformuleerd. Haast meer intuïtief dan wetenschappelijk zou ik stellen dat enkel geschillen aan een rechter of arbiter kunnen worden voorgelegd. Artikel 1676 Ger. W. bepaalt dat enkel geschillen (*différends* in de Franse tekst), ontstaan uit een bepaalde rechtsbetrekking, tot arbitrage kunnen leiden. *Mutatis mutandis*, hoewel niet uitdrukkelijk voorzien, geldt hetzelfde voor de gewone rechter (arg.: art. 18 Ger. W.).

Daarentegen kan elke onzekerheid, onenigheid, betwisting of zelfs geschil tot een beslissing door een derde aanleiding geven.

Hiertoe kan tussen partijen een clause in een overeenkomst of in een statutaire bepaling worden ingelast, ook vooraleer van enige betwisting sprake is(2).

(2) MAEYENS, L., *Juridische aspecten van het familiebedrijf*, blz. 205; Anders: RONSE, J., „Overzicht van rechtspraak, Vennootschappen (1968-77)”, *T.P.R.*, 1978, nr. 220, blz. 833-834. Laatstgenoemd auteur deelde mij evenwel mee dat hij aan de toets van de praktijk zijn mening desbetreffend heeft herzien.

Een betwisting is aanwezig, zodra partijen van mening verschillen of kunnen verschillen, onzeker zijn over een bepaald punt, of gewoon een aanvulling of een interpretatie wensen, of een juridische of feitelijke vaststelling.

Een geschil is, in tegenstrijd met een contract, een wilsconflict: de ene partij stelt datgene voor, wat door de andere partij wordt geweigerd. En daarom *vorderen* (*actio*) zij de rechter op; de rechter kan niet meer verklarend, vaststellend of bemiddelend optreden. Hij kan enkel nog een geschil *trancheren*.

3. De tussenkomst van de derde kan geschieden ter gelegenheid van een contractuele verhouding, binnen dewelke de partijen een interpretatie wensen of zelfs een aanvulling. Bij langlopende contracten, in een vennootschapsovereenkomst, bij spitstechnologische overeenkomsten waarin met razendsnelle ontwikkelingen geen rekening kon worden gehouden, bij raamcontracten, bij internationale handelsovereenkomsten,..., telkens kan een „bijsturing” noodzakelijk blijken, die om een of andere reden niet door de contractspartijen zelf kan geschieden(3).

Doch ook buiten enige contractsverhouding kan de bindende tussenkomst van een derde nuttig en noodzakelijk zijn. Dit geldt voor vaststelling van feiten, economische waardering en waardering van belangen. Men denke b.v. aan alimentatieplicht tussen echtgenoten of tussen ouders en kinderen, waarbij de verplichting en de omvang van de alimentatie door een derde kan worden bepaald(4).

Men denke ook aan de vaststelling van de oorzaak van een schadegeval, of aan de bepaling van de omvang van de schade, of aan de bindende uitlegging van een testament.

In deze en andere gevallen wordt immers de tussenkomst van rechters of arbiters ofwel niet wenselijk, ofwel niet mogelijk geacht.

(3) Dit gaat dus verder dan de traditioneel gekende *hardship clauses*, die in geval van onvoorziene omstandigheden een andere oplossing voorzien dan een beëindiging van het contract of een onredelijke, niet-voorziene, verzwarende van het contract voor één partij. Een dergelijke clause kan als volgt luiden: „If during the duration of the Contract a situation arises which is beyond the reasonable anticipation or control of either Party and which results in a material disadvantage to one Party, the Parties will endeavour in good faith to renegotiate the terms of this Contract to the end that this Contract shall operate between the Parties with fairness”. Bij gebrek aan enige contractuele clause desbetreffend, heeft de Belgische rechter terzake geen bevoegdheid de contractsbepalingen aan te passen of te wijzigen, in tegenstelling met verschillende landen waar de rechter deze bevoegdheden wel heeft: SCHMITTHOFF, Cl. M., „Hardship and Intervener Clauses”, *The Journal of Business Law*, 1980, 82 e.v.

(4) SANDERS acht dit niet mogelijk: *Aantasting van arbitrale vonnissen*, Leiden, 1940/45, blz. 29, doch W.C.L. VAN DER GRINTEN meent terecht dat in deze particuliere rechters kunnen optreden: *Particuliere rechtspraak*, in *Rechtspleging*, Deventer, 1974, blz. 57, spec. blz. 62.

Zo kan het niet wenselijk zijn dat familiale geschillen worden opgelost door een derde, die hetzij als rechter hetzij als arbiter, een veroordeling dient uit te spreken.

Zo kan het evenmin wenselijk zijn, omdat partijen geen echte — gewone of arbitrale — procedure wensen en veeleer een snelle bindende beleidsbeslissing verkiezen.

Het kan ook voorkomen dat rechters of arbiters niet bevoegd zijn om terzake tussen te komen.

Zo is het de rechters niet mogelijk — met uitzondering van het vrij beperkte toepassingsveld van artikel 18 Ger. W.(5) — buiten elk geschil een vaststelling te doen. Vanzelfsprekend is het de rechters evenmin mogelijk een beleid voor de partijen uit te stippelen.

Voor arbiters anderzijds is het vooralsnog niet mogelijk op te treden in geschillen, waarbij de overheid betrokken is (art. 1676 Ger. W.).

4. De behoefte aan een dergelijke rechtsfiguur heeft altijd bestaan en er werd ook naar Belgisch recht aan tegemoet gekomen.

Getuige hiervan — na het reeds vermeld arrest van 1834 — een oud vonnis van de rechtbank van eerste aanleg te Aarlen van 13 januari 1870 dat uitspraak deed over „une convention par laquelle les parties remettent un pouvoir absolu aux trois experts pour vérifier l'état des lieux et décider tous les articles où il se trouverait des réclamations, s'engageant à tenir bon tout ce que les experts décideront, à renoncer à tout appel devant les tribunaux...”(6). In dit vonnis werd gesteld dat het noch ging om een arbitraal compromis, noch om een gewone expertise, maar om „une convention expresse spéciale”, waarbij de gedane vaststellingen niet meer konden worden aangevochten „en l'absence de tout indice de dol, de fraude ou d'erreur évidente et palpable”.

De rechtbank te Antwerpen spreekt enkele jaren later in een gelijkaardig geval eveneens van een „convention sui generis”(7).

Er werd dus reeds duidelijk in de XIXde eeuw met deze eigen-aardige rechtsfiguur geëxperimenteerd(8).

5. Doch buiten de aangeduide redenen voor een sinds lang bestaande behoefte, kan vandaag gesteld worden dat de achterstand van het

(5) Zie desbetreffend: FETTWEIS, A., KOHL, A. et DE LEVAL, G., *Eléments de la procédure civile*, dl. I, 1983, nr. 33 e.v., blz. 25-26.

(6) *Pas.*, 1871, III, 354.

(7) Rb. Antwerpen, 12 juli 1883, *Pas.*, 1884, III, 229.

(8) Zie ook: Rb. Doornik, 24 februari 1914, *Pas.*, 1914, III, 208.

gerecht én de politisering van de magistratuur actuele gegevens zijn die de behoefte aan een instituut van deskundige vertrouwenslieden, die partijen in nood snel en doeltreffend een bindende beslissing aanbieden, nog scherper doen aanvoelen.

Deze behoefte kon worden bevredigd dank zij constructies, die door de rechtsleer werden uitgedacht (zie verder, nr. 42 e.v.), dank zij toepassingsgevallen die door de rechtspraak min of meer werden gecoördineerd tot een stippelwerk, dat het bestaan van een eigen-aardige rechtsfiguur doet bevroeden (zie verder, nr. 52), en dank zij tenslotte de creatieve aanbreng van de rechtspraktijk, die formules bedacht om de bestaande behoefte te kunnen bevredigen.

6. Van deze rechtspraktijk kunnen enkele voorbeelden worden aangehaald.

Niettegenstaande de dikwijls vrij slordige en onnauwkeurige formulering, mag men aannemen dat de rechtspraktijk vooral de derden-beslissing heeft geconstrueerd in zogeheten minnelijke medische expertises ter beschrijving van letsels en invaliditeitsgraad, of in de klassieke tegensprekelijke expertise bij auto-ongevallen.

Even traditioneel is de aanduiding van een derde om bindend voor partijen een plaatsbeschrijving en schatting der huurherstellingen op te maken bij het einde van de huur(9), of bij moeilijkheden in een appartementsgebouw(10).

Bij overeenkomsten waarin vermeld staat dat „bij geschil in mening de uitspraak van een door beide partijen erkende deskundige bindend is”(11) wordt zonder twijfel gerefereerd naar de zelfstandige rechtsfiguur, waarover wij het hier hebben. Hetzelfde kan gezegd worden van de hiernavolgende overeenkomst, die evenwel duidelijk de opvat-

(9) Zie, zij het slordig en verkeerdelijke geformuleerd: PAUWELS, A., en RAES, A., *Bestendig handboek huishuur en handelshuur*, 1976, Model nr. 535.

(10) De hiernavolgende regeling vindt men bij AEBY, F., *La propriété des appartements*, Brussel, 1983, blz. 615: „De moeilijkheden betreffende de uitvoering of de interpretatie van de clausules van het charter van het gebouw, worden door een scheidsman beslecht, welke in gemeen overleg aangeduid wordt of, bij ontstentenis, door de voorzitter van de rechtbank van eerste aanleg te... op verzoek van de meest gereede partij.

Op straf van verval, zonder vergoeding van zijn zending, dient hij, binnen veertig dagen van zijn aanstelling, uitspraak te doen. Verlenging van deze termijn mag in geen geval toegestaan worden. Zijn beslissing is definitief, niet vatbaar voor beroep noch voor cassatie, noch voor herroeping van het gewijsde.

De scheidsman draagt zorg voor de verdeling der scheidsrechterlijke kosten onder de partijen. De afschaffing van deze clausule kan uitgesproken worden door de algemene vergadering mits de tweederden-meerderheid der stemmen”. Zij wordt ten onrechte als arbitrage bestempeld.

(11) Soms is sprake van „binding recommandations” of van een „avis de l'expert, qui lie les parties”: zie rapport M.A. FLAMME op Cepina-studiedag 10 oktober 1984.

ting van De Page(12) (zie hierover verder, nr. 47) heeft overgenomen wellicht om nodeloze betwistingen te vermijden: „Les parties donnent mandat irrévocable à X, de se substituer aux parties sous-signées pour agir juridiquement en leur lieu et place, l'une à l'égard de l'autre et réciproquement et de constater au nom commun des deux parties si la livraison conforme a été effectuée”.

In een vennootschap waarin twee groepen met gelijke stemkracht zetelden hadden de statuten bepaald dat voor belangrijke punten het college van zaakvoerders met eenparigheid van stemmen diende te beslissen. Toen er moeilijkheden ontstonden werd het volgende overeengekomen:

„Ingeval geen eenparig besluit kan tot stand gebracht worden wanneer zulks vereist is, wordt het ontwerpbesluit dat goedgekeurd is door een meerderheid voor bindend advies overgelegd aan de vertrouwenslieden, benoemd in het Reglement dat opgemaakt wordt volgens de statuten en die beslissen op de bij dat Reglement bepaalde wijze.

De aldus tot stand gebrachte goed- of afkeuring van het ontwerpbesluit door de vertrouwenslieden is bindend bij overeenkomstige toepassing van artikel 1854, eerste en tweede lid, B.W., omtrent de vaststelling van de rechten en verplichtingen van de vennoten door een derde, zodat tegen de beslissing van de vertrouwenslieden slechts kan opgekomen worden binnen een termijn van drie maanden, en alleen indien hun beslissing kennelijk in strijd is met de redelijkheid”. Hier kan men echt spreken van een mooie formulering m.b.t. de derden beslissing door vertrouwenslieden.

In een ander geval ondertekenden partijen een blanco-blad, waarop een derde zijn bindende beslissing mocht neerschrijven; veiligheids-halve hadden partijen evenwel vooraf bij overeenkomst bepaald dat zij met het oog op het vastleggen van hun wederzijdse rechten en verplichtingen aan een derde een ondertekend blanco-blad zouden overhandigen.

Tenslotte een vrij opmerkelijk verrassende formulering door de Franstalige Kamer van het Comité voor Studie en Wetgeving van de Federatie van Notarissen, die aangezocht werd om m.b.t. de uitlegging van een testament een interpretatie te geven, waaraan partijen zich zouden onderwerpen. Ten onrechte wordt deze aangelegenheid als een arbitrageverzoek betiteld, doch verder in de tekst is sprake van „le Comité d'Etudes et de Législation à l'avis duquel les parties

(12) V, nr. 364, blz. 366.

ont décidé de se ranger”(13). Een vrij unieke Franstalige versie van wat de Nederlanders het bindend advies heten: „se ranger à l’avis”.

7. Er is meer. Het burgerlijk wetboek kent reeds deze eigen-aardige rechtsfiguur, die wellicht het duidelijkst wordt verwoord in artikel 1854 B.W.:

„Indien de vennoten zijn overeengekomen de regeling van de hoegroothed van de aandelen over te laten aan één van hen of aan een derde, kan tegen die regeling slechts worden opgekomen, indien zij blijkbaar strijdig is met de billijkheid.

Geen bezwaar dienaangaande wordt aangenomen, indien meer dan drie maanden zijn verlopen sinds de partij die beweert benadeeld te zijn, van de regeling kennis heeft gekregen, of indien zij aan die regeling een begin van uitvoering heeft gegeven”.

Dit artikel is, zoals Ronse eraan herinnerde(14) regelrecht afkomstig van Domat, die het in aansluiting met het gerecipieerde Romeinse recht(15) als volgt formuleerde: „Dans les conventions ou il faut faire quelqu’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”(16).

8. Samenvattend zou ik dan ook willen stellen dat er in België sinds jaar en dag duidelijk een rechtsfiguur bestaat die, om tegemoet te komen aan de bestaande noden, het mogelijk maakt dat aan derden de bevoegdheid wordt gegeven om een voor de partijen bindende beslissing te verlenen.

Deze rechtsfiguur is niet te vergelijken met enige andere in ons recht bestaande figuur. Zij is bestaande, maar zij is totnogtoe meestal

(13) Dossier nr. 1806, F.N.B., 80-228.

(14) „Marginale toetsing in het privaatrecht”, *T.P.R.*, 1977, 207 e.v., spec. 214.

(15) *D.*, 17.2.79: „Si arbitrium ita primum est, ut manifesta iniquitas eius apparuit”.

(16) *Les lois civiles*, Livre I, Titre I, Section III, § XI.

onbenoemd gebleven. Men zou haar „bindende derden-beslissing” (*tierce décision obligatoire*) kunnen heten.

Men zou ook, rechtsvergelijkend, kunnen gaan speuren naar analoge rechtsfiguren in het buitenland.

Wij hebben gedacht dat een analyse van de Italiaanse „arbitrato libero”, van het I.K.K.-model van „contractsregelaar” en van het Nederlands „bindend advies” nuttig kon zijn. Hieruit zal blijken dat het in België gegroeide instituut het meest gelijkenis vertoont met het Nederlands bindend advies, redenen waarom wij deze Belgische rechtsfiguur verder aan het Nederlands instituut zullen toetsen.

HOOFDSTUK 1

ARBITRATO IRRITUALE(17)

9. Men heeft zich sinds lang gebogen over de ware aard van de arbitrage: contractueel of processueel. René David hield staande dat deze tegengestelde theorieën enkel verklaarbaar zouden zijn vanuit „des accidents de l’histoire”(18). Meestal aanvaardt men vandaag dat arbitrage een autonoom instituut is(19).

Het Italiaanse instituut van de *arbitrato irrituale* daarentegen bevindt zich precies in het domein van het contractenrecht, zoals hierna verder zal blijken.

Dit instituut is zo interessant dat het in het kader van een studiedag over het voorkomen van gedingen een nader onderzoek vergt. Ik laat verder buiten beschouwing de twee andere figuren die in het Italiaans recht enige verwante betekenis hebben, met name *l’arbitraggio en la perizia contrattuale*(20).

(17) Il autore di questa contribuzione ringrazia le due colleghi G. Bernini e F. Carpi per le informazioni più pratiche.

Zie BERNINI, G., Italy, in *Yearbook commercial arbitration*, VI, blz. 24 e.v.; CARPI, F., „Gli aspetti processuali della riforma dell’arbitrato”, *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1984, blz. 47 e.v. Zie ook: VECCHIONE, R., *L’arbitrato nel sistema del processo civile*, Milano, 1971, vnl. blz. 77-188; BERNINI, G., *La legge 9 febbraio 1983, N. 28, e la modifica dell’arbitrato: prospettive internazionali*, ter perse; COLLURA, *Contributo allo studio dell’arbitrato libero in Italia*, 1978; VASETTI, *Arbitrato irrituale*, in *Novissimo digesto italiano*, 1958, vol. I; CARPI, F., COLESANTI, V., TARUFFO, M., *Commentario breve al Codice di procedura civile*, Padova, 1984, blz. 1028 e.v.

(18) DAVID, R., *L’arbitrage dans le commerce international*, Paris, 1982.

(19) HUYS, M. et KEUTGEN, G., *L’arbitrage en droit belge et international*, Brussel, 1981, nr. 32, blz. 36-37.

(20) Zie desbetreffend vnl. VECCHIONE, R., o.c., nr. 32 e.v., blz. 103 e.v.

10. Dan wanneer de *arbitrato rituale* betekent dat partijen van de arbiter(s) een *jurisdictionele* activiteit verlangen, dewelke moet leiden tot een beslissing die gezag van gewijsde verkrijgt, heeft de *arbitrato irrituale* of *libero* enkel een contractuele betekenis, doordat partijen hun geschil willen regelen bij middel van een beslissing onder de vorm van een contract.

De oorsprong van dit soort arbitrage ligt derhalve in de *Codice civile italiano* en meer bepaald in de wilsautonomie van de partijen zoals omschreven in artikel 1322 C.c.it.: „Le parti possono liberamente determinare il contenuto del contratto nei limiti imposti dalla legge (e dalle norme corporative).

Le parti possono anche concludere contratti che non appartengano ai tipi aventi una disciplina particolare, purchè siano diretti a realizzare interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico”.

De beslissing van de arbiter(s) heeft in dat geval bindende kracht voor de partijen, doch is vanzelfsprekend niet uitvoerbaar zoals een gerechtelijke of arbitrale beslissing. Voor de uitvoering moet men, op de gewone wijze, een beroep doen op een rechtscollege, weze het dat men in bijzondere omstandigheden een summiere uitspraak kan vragen (*decreto ingiuntivo*).

11. De *arbitrato irrituale* dient niet *ad solemnitatem* op schrift te worden overeengekomen, met uitzondering van arbitrages i.v.m. onroerende goederen. *Ad probationem* zal een geschrift natuurlijk wenselijk zijn.

Het gebeurt niet zelden in Italië dat alles geschiedt bij middel van een *bianco segno*. Hierbij overhandigen de partijen aan de arbiter(s) een wit blad papier dat door hen is ondertekend, erop vertrouwend dat de arbiter dit blad invult met zijn beslissing(21).

De arbitrale clausule voor de *arbitrato irrituale* kan als volgt luiden: „Elke betwisting m.b.t. huidig contract — m.i.v. de geldigheid, de uitvoering, de contractbreuk — zal beslecht worden door één (of drie) arbiter(s) die zullen aangeduid worden overeenkomstig de door partijen gekende regelen van de *Associazione Italiana per l'Arbitrato* en overeenkomstig dezelfde regelen zullen oordelen. De arbiter zal oordelen naar billijkheid(22) (of overeenkomstig de regelen des rechts) *in via irrituale*; van nu af aan wordt zijn beslissing door de

(21) Voor een toepassing, zie Cass. Turin, 1 juli 1905, *Pas.*, 1906, IV, 68.

(22) Dit is de regel tenzij inderdaad uitdrukkelijk anders is voorzien.

partijen erkend als de uitdrukking van hun eigen contractuele wilsovereenstemming”(23).

12. Wat de bekwaamheid der partijen betreft en de rechten waarover zij mogen beschikken gelden dezelfde regelen voor de *arbitrato rituale* als voor de *arbitrato irrituale*.

13. De arbiters dienen door beide partijen te worden aangeduid, doch zij kunnen in even getal zetelen.

Tot vóór de wet van 9 februari 1983 (zie verder, nr. 18) dienden de arbiters van Italiaanse nationaliteit te zijn, doch dit vereiste heeft nooit gegolden voor de *arbitrato irrituale*.

14. Voor de procedureregelen aanvaardde men dat deze minder strak dienden te zijn in de *arbitrato irrituale*; toch stelde het hof van cassatie dat het tegensprekelijk karakter ook bij de *arbitrato irrituale* diende te worden geëerbiedigd(24).

In elk geval moeten de specifieke regelen van het Italiaans procesrecht slechts toegepast worden bij de *arbitrato irrituale*, zo men uitdrukkelijk naar deze regelen verwijst.

15. In tegenstelling met de *arbitrato rituale*, waarbij in principe de beslissing dient te vallen binnen 90 dagen na de aanvaarding van de arbitrale opdracht, is er geen termijn voorzien bij de *arbitrato irrituale*. Hij kan natuurlijk wel door de partijen worden bedongen. De beslissing van de *arbitrato irrituale* (*lodo irrituale* of *sentenza arbitrale irrituale*) dient niet te worden gedeponneerd bij de Pretore, zoals dit op straffe van nietigheid binnen een termijn van 5 dagen voorgeschreven was voor de beslissingen in de *arbitrato rituale*. De wet van 9 februari 1983 heeft deze laatste verplichting opgeheven (zie verder nr. 18).

De beslissing, die overigens niet moet gemotiveerd zijn, dient enkel aan de partijen medegedeeld.

16. Zonder in te gaan op de hevige discussies in Italië m.b.t. het gezag van gewijsde en de uitvoerbare kracht van rituele arbitrale beslissingen, problemen die trouwens ook door de wet van 9 februari 1983 werden aangeraakt, dient gesteld dat bij de *arbitrato irrituale* noch gezag van gewijsde, noch uitvoerbare kracht aanwezig kan zijn.

(23) Zie aldus bij BERNINI, G., o.c., *Yearbook*, blz. 32.

(24) Cass.it., 8 februari 1964, nr. 298.

Na de beslissing moet de partij die de nakoming ervan wil bekomen zich tot de rechter wenden teneinde de contractuele verbintenis te doen nakomen door de partij die nalaat vrijwillig uit te voeren. Een vaststaande rechtspraak wil evenwel dat de rechter de zaak niet opnieuw overdoet.

17. Tenslotte is het mogelijk de beslissing van een *arbitrato irrituale* aan te vechten voor de gewone rechter op dezelfde gronden als diegene waarop men de verbreking van een overeenkomst kan vorderen.

18. Het is duidelijk dat de vrije arbitrage in Italië gegroeid is uit de behoeften van de praktijk en gestoeld is op de contractuele wilsautonomie van de partijen.

Zij was bovendien vooral bedoeld om een reeks onoverkomelijke bezwaren van de Italiaanse *arbitrato rituale* te omzeilen, als daar waren: de verplichte deponering van de sententie, de afwezigheid van gezag van gewijsde, de verplichte Italiaanse nationaliteit voor de arbiters, ...

Dit verklaart waarom volgens sommige waarnemers de *arbitrato irrituale* tot 70 à 80 % van de arbitrages zou uitmaken.

Een en ander zal wellicht fundamentele wijzigingen ondergaan, enerzijds omdat de Cassatierechtspraak de *arbitrato irrituale* meer en meer gelijkgeschakelde met de *arbitrato rituale*(25) en anderzijds ingevolge de reeds herhaaldelijk geciteerde wet van 9 februari 1983 (zie boven nrs 13, 15 en 16).

Inderdaad, sinds deze wet mogen vreemdelingen arbiters zijn in Italië, moet de uitspraak niet meer binnen een wettelijke termijn geschieden, is de deponering niet meer verplicht tenzij men in Italië tot gedwongen uitvoering moet overgaan, verkrijgt de sententie van bij de ondertekening *l'efficacia vincolante*, moet de sententie niet eerst het exequatur in Italië verkrijgen om in het buitenland tot gedwongen uitvoering te kunnen leiden, ...

Opnieuw zal in Italië de vraag rijzen naar de wezenlijke aard van de arbitrage na deze legislatieve ingreep(26), maar dit is in het kader van huidig colloquium niet onze zorg.

Het komt me voor dat de *arbitrato irrituale* op zichzelf een boeiend

(25) Zie boven nr. 14; zie ook Cass.it., 18 september 1978, nr. 4167, *Foro it.*, 1978, I, c. 4342, volgens hetwelk ook de *lodo irrituale* onder toepassing zou vallen van de Conventie van New York.

(26) Zie desbetreffend: CARPI, F., o.c.

instituut is, dat ongetwijfeld kan bijdragen tot het voorkomen van gedingen, en een opmerkelijke verwantschap vertoont met het Nederlands „bindend advies”.

HOOFDSTUK 2

DE CONTRACTSREGELAAR

19. In juni 1978 werd een reglement ter regeling van de contractsverhoudingen opgesteld door een Internationale Kamer van Koophandel, nl. de *Chambre de Commerce internationale* (C.C.I.) te Parijs (I.K.K. Parijs).

Men ging hierbij uit van de vaststelling dat buiten de internationale koopovereenkomsten, tal van langlopende contracten tot stand komen, die initieel nooit kunnen rekening houden met alle ontwikkelingen eigen aan langlopende contracten, als daar zijn: inflatie, grondstoffenprijs, politieke en sociaal-economische aleas, ontwikkeling van technologie en fabricagemethodes, rendabiliteitswijziging, ...

In de plaats van een verbreking van de overeenkomst, wat het gemeenschappelijk belang van de partijen niet dient, werd dan ook gezocht naar mechanismen, die moesten toelaten contractsverhoudingen aan te passen aan de gewijzigde omstandigheden.

20. Hierbij werden een aantal hypothesen vooropgezet, die ter illustratie kunnen dienen bij de aanwending van de voorgestelde procedures.

a) Wanneer de partijen om één of andere reden bij de ondertekening van het contract de inlassing van één of andere clause hebben uitgesteld. In dat geval zal de derde aan wie deze aangelegenheid wordt voorgelegd tot taak krijgen de oorspronkelijke overeenkomst aan te vullen. Dit gebeurt o.m. wanneer de contractspartijen bij het sluiten van de overeenkomst nog niet beschikken over alle nuttige informatie met betrekking tot een technisch detail of een parameter waarvan de prijsbepaling zal afhangen. De derde zal dan ten gepaste tijde het gesloten contract aanvullen, opdat dit zijn effect zou kunnen sorteren.

b) Wanneer de partijen een beding in hun overeenkomst hebben ingelast dat moet toelaten het contract aan te passen aan de gewijzigde omstandigheden, die het evenwicht van de overeenkomst zouden kunnen verbreken. De derde moet alsdan het gebrek aan akkoord

van partijen over het principe of de uitgebreidheid van de aan te brengen wijziging opvullen.

c) Wanneer onenigheid ontstaat tussen de contractspartijen bij een gemeenschappelijke onderneming. De derde zal alsdan kunnen bijdragen om de meningsverschillen tussen de partners die verder willen samenwerken, te doen ophouden. Deze meningsverschillen kunnen inderdaad slechts een momentaan karakter hebben zonder dat ze de aanstaande samenwerking tussen partijen met het oog op de verwezenlijking van een gemeenschappelijk doel in de weg staan.

Dit zal bijvoorbeeld het geval zijn wanneer in het kader van een onderneming de twee groepen die een gelijk aandeel in het maatschappelijk kapitaal vertegenwoordigen zich tegen een bepaalde beleidskeuze verzetten, waardoor de verdere goede werking van het bedrijf in het gedrang wordt gebracht. In dit laatste geval kan de tussenkomst van een derde de verlamming van het bedrijf tegengaan door een beslissing te nemen die door alle partners kan worden aanvaard en die zal toelaten de onderneming opnieuw te laten functioneren.

21. Twee beweegredenen lagen ten grondslag aan het instituut dat door de I.K.K. te Parijs werd gecreëerd.

a) Een juridische beweegreden in de eerste plaats. De I.K.K. te Parijs was zich inderdaad bewust van het feit dat in internationale overeenkomsten het toepasselijke rechtssysteem eventueel zou kunnen verhinderen dat een arbitrage zou plaatsvinden in de omstandigheden die zopas werden geschetst. Sommige arbitragewetgevingen zijn inderdaad dusdanig opgesteld dat een arbitrage niet kan plaatsvinden over contractsverhoudingen die niet in geschil liggen. Meteen heeft men willen duidelijk stellen dat het terzake gaat om een contractuele regeling die deel zou gaan uitmaken van de partijenovereenkomst en derhalve bindend zou zijn voor de partijen zelf.

b) Een praktische beweegreden anderzijds, doordat de voorgestelde rechtsfiguur sneller tot afwikkeling zou kunnen leiden dan een arbitrale procedure die met haar procesregeling en termijnen onmogelijk dezelfde efficiëntie zou kunnen opbrengen dan het instituut van de contractsregelaar.

22. Het basisbeding dat werd voorgesteld en dat moet leiden tot een aanbeveling of een beslissing door een derde, luidt als volgt:

„Au cas où les parties ne pourraient appliquer d'un commun accord la ou les clause(s) prévue(s) à l'article ... du présent contrat (ou tout

autre libellé, au choix des parties, selon les caractéristiques du contrat), elles saisiront le Comité permanent pour la régulation des relations contractuelles de la Chambre de Commerce Internationale (C.C.I.), afin qu'un tiers, nommé conformément aux dispositions du règlement de régulation des relations contractuelles de la C.C.I. et conduisant sa mission selon les modalités de ce règlement, formule une recommandation ou prenne en leur nom une décision qui s'imposera à elles au même titre que le présent contrat''.

Het reglement waarvan sprake wordt hierna gepubliceerd in Bijlage I.

Uit navraag is gebleken dat sinds 1978 bij toepassing van dit reglement nog geen enkel verzoek tot het *Comité permanent* werd gericht, met het oog op de aanduiding van een derde (Brief C.C.I. aan de auteur van dit artikel dd. 4 september 1984).

23. Er zijn nog tal van andere in de internationale rechtspraktijk gegroeide figuren, die enige vermelding verdienen(27).

Hierbij kan gedacht worden aan de *hardship clauses* met aanduiding van een *third-party intervener*(28), de verzoeningsprocedure omschreven in de UNCITRAL Conciliation Rules van 1980(29), het optreden van de ingenieur in toepassing van de FIDIC (*Fédération internationale des ingénieurs conseils*) *Conditions of Contract for work of Civil Engineering*(30) en zovele andere juridische constructies uit de internationale handelspraktijken.

HOOFDSTUK 3

HET BINDEND ADVIES NAAR NEDERLANDS RECHT

24. Het bindend advies is de benaming naar Nederlands recht voor een rechtsfiguur, die haar oorsprong zou vinden in paragraaf 50 van

(27) Zie verder hierover in het te verschijnen werk van HORN, N., *Adaptation and renegotiation of contracts in international trade and finance*, ter perse bij Kluwer, Deventer.

(28) SCHMITTHOF, Cl. M., o.c.

(29) EISEMANN, F., *Conciliation as a means of settlement of international business disputes: the UNCITRAL Rules as compared with the ICC System*, in *The Art of Arbitration*, Liber Amicorum Sanders, Deventer 1982, blz. 121 e.v.; HERRMANN, G., *Conciliation as a new method of dispute settlement*, in *New Trends in the development of International Commercial Arbitration and the role of arbitral and other institutions*, VIIth Int. Arbitration Congress, Hamburg, 1982, Deventer, 1983, blz. 145 e.v.

(30) *In casu* gaat het m.i. om een partijbeslissing, daar de derde een ingenieur is, die in dienst staat van de opdrachtgever.

de Algemene Voorschriften 1892 van het Departement van Waterstaat.

Hierin werd bepaald, precies teneinde het probleem van de arbitrage met overheidslichamen te omzeilen, dat de aannemer die geen genoegen wou nemen met de beslissing van de minister m.b.t. het te beslechten geschil, zijn toevlucht kon nemen tot het advies van een commissie van deskundigen: „Het advies van die deskundigen zal voor het Rijk en den aannemer bindend zijn”(31).

Hierna volgt een samenvatting van de wijze waarop deze rechtsfiguur verder in Nederland gestalte heeft gekregen. Deze samenvatting is uiteraard onvolledig en niet noodzakelijk conform de heersende opvattingen terzake; zij dient veeleer gezien te worden als een Belgische transcriptie om deze rechtsfiguur te vergelijken met wat in België autonoom en toch duidelijk verwant, tot stand kwam(32).

25. In geval van bindend advies verlangen de partijen dat een derde, buiten elke vorm van procesrechtelijke arbitrage, een voor hen materieelrechtelijk bindende beslissing zou verlenen.

Niettegenstaande de uiteenlopende opvattingen die hierover bestaan(33), lijkt mij de term *beslissing* de meest ruime omschrijving te bieden. Deze term beantwoordt trouwens beter aan de realiteit, vermits bindend advies, naar het woord van Meijers een *contradictio in terminis* is(34).

Er wordt wel meer, in navolging van P. Zonderland(35), gesproken over zuivere bindende adviezen, waar geen arbitrage mogelijk zou zijn, en onzuivere bindende adviezen, waar wel arbitrage mogelijk zou zijn. In het eerste geval is er geen eigenlijk geschil, in het tweede wel.

26. Het „advies” moet door een derde worden gegeven; indien immers contractueel aan één van de partijen de bevoegdheid wordt verleend een de partijen bindende beslissing te geven, dan gaat het

(31) VAN ITTERSUM, L.A., *Het bindend advies*, Utrecht, 1927, blz. 10 e.v.

(32) Voor een uitvoerige, zij het ietwat verouderde, behandeling, zie: CLAVAREAU, P.J.A., *Enige hulpovereenkomsten*, Leiden, 1947, spec. blz 113 e.v.

(33) Zie desbetreffend: *Contractenrecht*, losbladige uitg., nr. 550, IV - 765 en 766.

(34) „Art. 1374, 3de lid, B.W. en het zgn. bindend advies”, *W.P.N.R.*, 2866; *Verzamelde Geschriften*, dl. III, blz. 131.

(35) In Cremers' *Bouwwrecht*, E II, blz. 1-2, A.R. 535, blz. 225-226.

om een bindende partijbeslissing(36) en niet meer om een zogeheten bindend advies(37).

Met Asser-Rutten stel ik de beslissing van een orgaan van één der partijen — b.v. een orgaan van een vennootschap — gelijk met een bindende partijbeslissing(38).

27. Het is duidelijk dat elke onenigheid, betwisting of geschil, het weze juridisch of feitelijk, het vertrekpunt voor een bindend advies kan zijn. Telkens partijen in onenigheid verkeren, kan het advies van een derde worden gevraagd.

Doch ook wanneer partijen nog niet in geschil liggen en behoefte hebben aan de oplossing van een vraag, de opheffing van onzekerheid of de interpretatie van het contract dat zij gesloten hebben, kan advies worden gevraagd.

28. De grondslag voor bindend advies is meestal een daartoe strekkend contract tussen partijen, hetzij een clause in de hoofdovereenkomst, hetzij een afzonderlijk contract strekkend tot aanstelling van een bindend adviseur.

Het kan natuurlijk ook voorkomen dat een lidmaatschapsverhouding de grondslag vormt, doordat de statuten of het reglement van een vereniging bepalen dat derden de gerezen geschillen zullen oplossen.

Tenslotte moet opgemerkt worden dat voor de overeenkomst tot bindend advies geen geschreven stuk vereist is(39); het beding tot bindend advies kan immers stilzwijgend overeengekomen zijn of een bestendig gebruikelijk beding tussen partijen zijn.

Vanzelfsprekend zal de vraag of men zich aan enig bindend advies

(36) ASSER-RUTTEN, dl. III, *Verbintenissenrecht*, stuk II: *De overeenkomst en de verbintenis uit de wet*, 3de druk, Zwolle, 1968, blz. 256.

(37) Voor het begrip partijbeslissing in België, zie: RONSE, J., o.c., *T.P.R.*, 1977, 211 e.v. en voor een toepassingsgeval: Hrb. Brussel, 11 juni 1968, *B.R.H.*, 1969, I-411. Het beding met de mogelijkheid van een *partijbeslissing*, waarbij één der partijen een bindende beslissing kan opleggen, is sinds de wet van 5 juli 1978 op de arbeidsovereenkomsten nietig bij dergelijke overeenkomsten (zie desbetreffend RAUWS, W., „Misbruik van contractuele rechten: het cassatiearrest van 19 september 1983”, *B.R.H.*, 1984, 244, spec. 253-254; in verband met gemeld cassatiearrest, zie ook noot M.E. STORME onder Kh. Gent, 1 juni 1984, *R.W.*, 1984-85, 1725).

(38) O.c., l.c. Voor een voorbeeld, met name *la clause dite des présidents de sociétés-mères*, zie *Le règlement des différends commerciaux*, Paris, 1984, blz. 22-23; Vgl. Corr. Rb. Tongeren, 17 september 1965, *R.G.A.R.*, 1967, 7825, dat stelt dat een medische expertise niet mag toevertrouwd worden aan een lid van de beheerraad van de verzekeringsmaatschappij, wil men de onpartijdigheid van de aangeduide derde garanderen.

(39) VAN ROSSUM-CLEVERINGA, *Verklaring van het Nederlands wetboek van burgerlijke rechtsvordering*, 4de druk, dl. II, aantekening 3 op art. 620, voetnoot 17.

heeft willen onderwerpen, overeenkomstig de regelen van het contractenrecht worden beoordeeld.

29. De Hoge Raad heeft duidelijk gesteld dat de figuur van het bindend advies in overeenstemming is met de basisprincipes van het Nederlandse rechtssysteem: „Geenszins is juist dat bij het zogenaamd bindend advies de partijen de rechter uitschakelen. Immers van een voorbijgaan van de rechter is geen sprake. Waar iedere partij, die een uitspraak op grond van het beding gegeven, onredelijk of onbillijk acht, voor de rechter het onverbindende van het advies kan staande houden en diens oordeel ter zake kan uitlokken, strekt het beding enkel om rechtsgedingen te voorkomen, niet om deze onder alle omstandigheden uit te sluiten, en is het beding niet in strijd met de openbare orde en goede zeden”(40).

De bevoegdheid om een bindend advies overeen te komen is derhalve dezelfde bevoegdheid als die om te contracteren in het algemeen.

30. Vanzelfsprekend kan de overeenkomst tot het inwinnen van bindend advies op zijn geldigheid worden beoordeeld. Partijen moeten immers vooraf overeengekomen zijn dat zij het advies als bindend zullen aanvaarden. Deze voorafgaande overeenkomst zal volgens de algemene regelen van het contractenrecht worden bekeken.

31. Tenzij partijen van meet af aan hun instemming met de aanduiding van een bepaald adviseur hebben gegeven, kan de eenzijdige aanduiding vanzelfsprekend worden aangevochten, indien evidente ondeskundigheid of partijdigheid de derde ongeschikt maakten tot het verlenen van het gevraagde advies.

32. Anders dan bij arbitrage, moet het aantal adviseurs niet oneven zijn. Het kan b.v. aangewezen zijn dat elke partij een derde aanduidt, zodat de twee adviseurs wel degelijk tot een eenstemmig advies dienen te komen, hetgeen ook beter de toenadering tussen de twee partijen kan helpen verzekeren. Zo kan ook een door partijen aangeduid paritair college als bindend adviseur optreden.

33. Naar de vorm is het bindend advies volkomen vrij. Wel neemt men meestal aan dat het bindend advies dient gemotiveerd te zijn(41).

(40) H.R., 11 januari 1924, *N.J.*, 1924, 293; zie ook H.R., 24 september 1964, *N.J.*, 1965, 359; Anders: HEEMSKERK, W.H., *o.c.*, blz. 230.

(41) VAN CREVELD, I., *o.c.*, blz. 84 e.v.

Persoonlijk stip ik hierbij aan dat dit toch wel reeds een vergaand formalisme is, dat aan het pragmatische van de rechtsfiguur van het bindend advies grotelijks afbreuk doet.

34. Opmerkelijk is dat algemeen gesteld wordt dat het bindend advies niet mag gebruikt worden om de fundamentele regelen van het procesrecht te omzeilen(42). Dus zitten we hier op de grens van het contractenrecht en het procesrecht.

Zo moeten partijen in de gelegenheid worden gesteld hun standpunt kenbaar te maken en toe te lichten; de kans hiertoe volstaat.

In bepaalde gevallen zal blijken uit de context dat het advies op stukken kon en mocht worden verleend. Deze stukken en gegevens moeten uiteraard tegensprekelijk zijn medegedeeld.

35. Het bindend advies dat door de derde wordt verstrekt, geeft een uitlegging of een aanvulling op de overeenkomst tussen partijen, in verband waarmee tot het inwinnen van bindend advies werd besloten. Dit advies geldt dus als een onderdeel van de bestaande hoofdovereenkomst(43).

Het kan natuurlijk ook een zelfstandige vaststellingsovereenkomst zijn, d.w.z. een materieelrechtelijke overeenkomst waarbij op grond van een tussen partijen gesloten beding een vaststelling als juist moet worden bevonden(44). *In casu* wordt de vaststelling door een derde gedaan.

Het advies heeft dus telkens de kracht van een tussen partijen gesloten overeenkomst(45).

36. De rechter zal in beginsel de door de derde gegeven beslissing als bindend moeten aanmerken(46).

Volgens een vaststaande rechtspraak van de Hoge Raad dient het bindend advies evenwel terzijde te worden gesteld „indien het zozeer ingaat tegen hetgeen redelijk en billijk is, dat het in strijd zou zijn

(42) VAN CREVELD, I., *Het bindend advies, Opstellen aangeboden aan P. Scholten*, 1932, blz. 70 e.v., spec. blz. 87.

(43) Vgl. Cour d'appel de Paris, 8 maart 1958, *Revue de l'arbitrage*, 1959, 55: „les parties... ont, en réalité chargé un tiers... de fixer un prix comme elles auraient pu le faire elles-mêmes, prix devant s'incorporer à leur convention”.

(44) STORME, M., *De bewijslast in het Belgisch privaatrecht*, nr. 59, blz. 69.

(45) H.R., 11 januari 1924, *N.J.*, 1924, 293.

(46) *Coops' Grondtrekken van het Nederlands burgerlijk procesrecht*, 9de druk, Zwolle, 1980, blz. 342.

met de goede trouw de wederpartij daaraan gebonden te willen houden”(47).

Hierbij gaat het niet zozeer om de onredelijkheid van het advies zelf, waarvoor de derde desgevallend aansprakelijk kan worden gesteld, dan wel om de onredelijkheid van de partij die een dergelijk onredelijke uitspraak van de derde als verbindend wil doen doorgaan. Hier is de mening van Van Rossum-Cleveringa bijzonder vermeldenswaard: „Eerst dan kan men aannemen, dat de ene partij in strijd met de goede trouw geraakt, welke zij jegens de andere in acht moet nemen, wanneer zij deze laatste aan het advies wil houden, terwijl zij weet of zonder onderzoek kan weten, dat het bindend advies haar onrechtmatig bevoordeelt; of wanneer zij weet of moet bevroeden, dat dat advies op onredelijke wijze is gevormd, hetzij doordat reeds bij de afspraak omtrent het bindend advies met de wederpartij niet de nodige waarborgen voor een redelijke vorming van een behoorlijk advies zijn getroffen hetzij doordat de onredelijke vorming haar nadien van zelf is kunnen blijken”(48).

Persoonlijk vind ik dit onderscheid in toetsing vrij specieus en bovendien artificieel. Het is toch duidelijk dat een kennelijk onredelijk bindend advies *per se* volstaat om rechterlijke toetsing mogelijk te maken, doch dat de rechter slechts kan optreden zo de begunstigde partij zich tot hem wendt.

37. De rechter kan een en ander vanzelfsprekend beoordelen en zo nodig toetsen. In geen geval treedt de rechter in de plaats van de derde; evenmin treedt hij op als een hogere instantie.

Hierdoor alleen reeds wijkt het bindend advies duidelijk af van de arbitrage, vermits op generlei wijze de zaak aan de rechterlijke macht wordt onttrokken.

Wel wordt gesteld dat men zich enkel tot de rechter kan wenden, *nadat* het bindend advies werd uitgebracht, hetzij om het doen nakomen, hetzij om het te bestrijden. Voordien zijn partijen gehouden door de overeenkomst tot bindend advies — tenzij de geldigheid dezer overeenkomst wordt betwist — en kunnen zij zich niet tot de rechter wenden; deze laatste zal de vordering alsdan onontvankelijk dienen te verklaren(49).

(47) Zie o.m. H.R., 29 januari 1931, *N.J.*, 1931, 1317, met noot E.M.M.

(48) *O.c.*, blz. 1314.

(49) Rb. Den Haag, 27 november 1931, *W.*, 10.300; SANDERS, P., *Aantasting van arbitrale vonnissen*, Leiden, 1940/45, blz. 3-4.

38. Om te bepalen wanneer een bindend advies ingaat tegen de redelijkheid en de billijkheid kan best verwezen worden naar de desbetreffende rechtspraak⁽⁵⁰⁾.

Dit zal b.v. het geval zijn, wanneer het advies berust op onjuiste of door bedrog verkregen gegevens of in strijd is met regelen van openbare orde of goede zeden.

39. Het kan tenslotte ook voorkomen dat de bindend adviseurs afgeweken zijn van hun opdracht, hetzij door niet alle vragen te hebben beantwoord, hetzij door niet ter advies voorgelegde vragen te hebben beantwoord; of daardoor het gehele advies onverbindend wordt, is niet in algemene zin te beantwoorden.

Dat het niet-naleven van de gegeven opdracht — naar vorm of inhoud — eveneens naar omstandigheden tot een onverbindend verklaren kan leiden, ligt voor de hand. Zo de rechter van oordeel is dat het advies onverbindend dient te worden verklaard, kan hij meteen, zo een partij erom verzoekt, zelf het geschil beslechten, voor zover de regelen van de rechterlijke bevoegdheid en de taak van de rechter dit toelaten.

Partijen kunnen vanzelfsprekend in voorkomend geval ook anders overeengekomen zijn.

40. Volledigheidshalve kan ook de aandacht gevestigd worden op de in het nieuw Nederlands B.W. voorziene regeling (Boek 7, Titel 15) (zie bijlage II).

M.b.t. het ontwerp schreef E.H. Hondius onlangs het volgende⁽⁵¹⁾: „De vaststellingsovereenkomst is in het regeringsontwerp op een totaal andere grondslag komen te rusten dan in het ontwerp-Meijers (van de hand van de Leidse hoogleraar rechtsvergelijking mr. D.C. Fokkema) het geval was. Terwijl het voorontwerp nog uitging van het stelsel van declaratieve werking (waarin geen verdere uitvoerings-handeling is vereist), is in het regeringsontwerp alsnog voor het dispositieve uitgangspunt geopteerd. Het lijkt niet onverstandig om de wereld der rechtsgeleerden de gelegenheid te geven zich in geschrift over deze koerswijziging en de uitwerking daarvan uit te spreken. Er is bovendien nog dit. De vaststellingsovereenkomst in het nieuw B.W. dekt mede de figuur van het onzuiver bindend advies. De laatste tijd wordt wel in twijfel getrokken of aan deze specifiek

(50) Voor nadere details: *Contractenrecht*, nrs. 611 e.v., IV, 847 e.v.

(51) *Nieuw B.W.*, 1984, 3.

Nederlands/Italiaanse rechtsfiguur nog wel behoefte bestaat. Bindende adviezen die een geschil beogen te beslechten kunnen tegenwoordig best in de vorm van een arbitraal vonnis worden neergelegd. Weliswaar is de wettelijke regeling van de arbitrage zwaar verouderd, maar modernisering is op korte termijn te verwachten (zie *Tijdschrift voor Arbitrage*, 1983/I).

In de literatuur is de scepsis ten aanzien van het zgn. onzuiver bindend advies recentelijk verwoord door W.H. Heemskerk in zijn bijdrage *Bindend advies en arbitrage* (in *Een goede procesorde, Opstellen aangeboden aan mr. W.L. Haardt*, Deventer 1983, blz. 225-238)''.

Nu intussen het wetsontwerp nieuwe Arbitragewet in Nederland werd ingediend⁽⁵²⁾, kan wellicht standpunt gekozen worden t.a.v. arbitrage en bindend advies.

In artikel 6.5.3.11 nieuw Ned. B.W. is voorzien dat de rechter onder de in dit artikel genoemde omstandigheden een overeenkomst zal kunnen *wijzigen*.

In artikel 1020 Wb. Rv., zoals voorgesteld in het ontwerp Arbitragewet is voorzien dat de arbiter de hoofdovereenkomst van partijen kan *wijzigen of aanvullen*.

Deze uitbreiding zal wellicht in Nederland de praktijk van het bindend advies doen afnemen. Toch meen ik dat het bindend advies tegenover een, zelfs in zijn moderne versie, formalistisch gebleven arbitrage ook in Nederland zijn voorsprong zou kunnen behouden in een aantal domeinen.

41. Men vindt ook in Duitsland, Engeland en Frankrijk contractuele figuren terug, die in mindere of meerdere mate gelijkenis vertonen met het Nederlands bindend advies.

Zo bepalen de §§ 317, 318 en 319 B.G.B. het volgende:

§ 317: „Ist die Bestimmung der Leistung einem Dritten überlassen, so ist im Zweifel anzunehmen, dass sie nach billigem Ermessen zu treffen ist.

Soll die Bestimmung durch mehrere Dritte erfolgen, so ist im Zweifel Übereinstimmung aller erforderlich; soll eine Summe bestimmt werden, so ist, wenn verschiedene Summen bestimmt werden, im Zweifel die Durchschnittssumme massgebend”.

§ 318: „Die einem Dritten überlassene Bestimmung der Leistung erfolgt durch Erklärung gegenüber einem der Vertragschliessenden.

Die Anfechtung der getroffenen Bestimmung wegen Irrtums, Drohung oder arglistiger Täuschung steht nur den Vertragschliessenden zu; Anfechtungsgegner ist der

(52) *Tijdschrift voor Arbitrage*, augustus 1984.

andere Teil. Die Anfechtung muss unverzüglich erfolgen, nachdem der Anfechtungsberechtigte von dem Anfechtungsgrunde Kenntnis erlangt hat. Sie ist ausgeschlossen, wenn dreissig Jahre verstrichen sind, nachdem die Bestimmung getroffen worden ist”.

§ 319: „Soll der Dritte die Leistung nach billigem Ermessen bestimmen, so ist die getroffene Bestimmung für die Vertragschliessenden nicht verbindlich, wenn sie offenbar unbillig ist. Die Bestimmung erfolgt in diesem Falle durch Urteil; das gleiche gilt, wenn der Dritte die Bestimmung nicht treffen kann oder will oder wenn er sie verzögert”.

De Duitse rechtspraak bepaalt dat partijen voldoende aanwijzingen moeten verstrekken opdat de derde zou weten hoe hij tot zijn beslissing dient te komen; voor het overige zal de derde zowel leemten mogen aanvullen, het contract mogen aanpassen of verduidelijken en feiten mogen vaststellen, zonder hierbij de procedureregelen van de arbitrage te moeten in acht nemen.

HOOFDSTUK 4

DE BINDENDE DERDEN BESLISSING NAAR BELGISCH RECHT

42. De rechtsfiguur van het bindend advies is in België wat de formele benaming betreft omzeggens onbekend(53).

In de praktijk van de overeenkomsten wordt de term in België nooit gebezigd, met uitzondering van één vonnis, nl. dat van de rechtbank van koophandel te Kortrijk dd. 4 december 1969 (zie hierover verder, nr. 52) en van de uitdrukking gebezigd door het Notarieel Comité voor Studie en Wetgeving (zie boven, nr. 6).

43. Het bindend advies is perfect verenigbaar met de algemene beginselen van het contractenrecht en kan net zoals in Nederland zijn grondslag vinden in artikel 1134 B.W.

Bovendien kan eraan toegevoegd dat het ook conform is met het algemeen beginsel dat niemand tegen zijn wil kan afgetrokken worden van de rechter die de wet hem toekent (art. 8 G.W.). Het bindend advies sluit immers het beroep op de rechter niet uit (zie boven, nr. 29).

(53) Zie nochtans expliciet: GHEYSEN, G., *A.P.R.*, Tw. *Dading*, nrs. 51-52; PAULUS, C. en BOES, R., *A.P.R.*, Tw. *Lastgeving*, nr. 18; RONSE, J., o.c., *T.P.R.*, 1978, nr. 220, blz. 833; HUYS, M. en KEUTGEN, G., *L'arbitrage en droit belge et international*, Brussel, 1981, nr. 25, blz. 27-28; en impliciet: DE PAGE, *Traité*, dl. IV, nr. 41 en dl. V, nr. 364; CLOQUET, A., *A.P.R.*, Tw. *Deskundigenonderzoek*, nr. 15 en nr. 20 e.v.; CAMBIER, C., *Droit judiciaire civil*, t. I, Brussel, 1974, blz. 224-225; DERMINE, L., *L'arbitrage commercial en Belgique*, Brussel, 1975, nr. 20, blz. 12-13.

44. Wie evenwel behoefte heeft aan enkele wettelijke kapstokken, waaraan men het bindend advies zou kunnen ophangen, die kan zijn gading vinden in de artikelen 1592, 1716 en 1854 B.W.

Artikel 1592 B.W. bepaalt immers dat de bepaling van de koopprijs aan een derde kan worden overgelaten. Dit is een duidelijke toepassing van het bindend advies, des te meer nu het hof van cassatie heeft verklaard dat de bepaling van de koopprijs door een derde onherroepelijk is en door partijen niet meer kan worden gewijzigd, tenzij in geval van grove vergissing(54).

Ook de schatting van de huurprijs bij mondeling aangegane huur (art. 1716 B.W.), kan als een toepassing van het bindend advies worden geïnterpreteerd.

Tenslotte kan in een vennootschapscontract bepaald worden dat de regeling van de hoegrootheid van de aandelen aan een derde zal worden overgelaten (art. 1854 B.W.) (zie boven, nr. 7).

Deze voorbeelden mogen volstaan om aan te tonen dat, ook buiten de toepassing van de algemene beginselen van het contractenrecht, specifiek in ons Burgerlijk wetboek plaats werd ingeruimd voor rechtsfiguren, die — naar het woord van von Jhering — als zovele *historische Durchbruchpunkte* voor het bindend advies kunnen doorgaan(55).

45. Ook in het administratief recht kennen wij een heel specifieke vorm van bindend advies, nl. het *advies* van de gemachtigde ambtenaar waarin uitdrukkelijk een afwijking voorkomt van de gemeentelijke bouwverordening en dat alsdan het college machtigt op zijn beurt een beslissing te nemen overeenkomstig gemeld advies(56). In het fiscaal recht bestaat de vrij onsamenvattende figuur van bindende schatting(57).

Men vergeet ook niet dat het College van het Hoog Comité van Toezicht de opdracht heeft advies uit te brengen over de betwistingen of geschillen die worden aangebracht door de ene of de andere partij

(54) Cass., 30 juni 1966, *Pas.*, 1966, I, 1400; zie nochtans opnieuw DE PAGE, die hierin ten onrechte een vorm van lastgeving ziet: dl. IV, nr. 41; zie ook KLUYSKENS, A., *De contracten*, 2de druk, Gent, 1952, nr. 22, blz. 29, zich hierbij beroepend op FAURE in diens rapport aan het Tribunaat (Locré, dl. VII, blz. 93, nr. 23).

(55) Voor een nadere verklaring en toepassing van de leer van de *Durchbruchpunkte* zie: STORME, M., *Het schuldeisersverzuim*, in *Op de grenzen van komend recht* (Feestbundel J.H. Beekhuis), Zwolle, 1969, blz. 231 e.v.

(56) Art. 45 W. 29 maart 1962, gew. W. 22 december 1970; zie desbetreffend: WASTIELS, F., *Administratief goederenrecht*, 1983, nr. 166, blz. 80.

(57) LINDEMANS, D., *Enkele beschouwingen over de fiscale bindende schatting*, A.F.T., 1983, 268 e.v.

betreffende aannemingen in het kader van overheidscontracten (art. 11 K.B. 29 juli 1970). Zo werden in 1982 21 adviezen uitgebracht en sloot de bevoegde Minister zich in 18 gevallen bij het advies van het Hoog Comité aan; in één van de drie overige gevallen werd op grond van het advies de zaak voor de rechter gebracht, dewelke zich gewoon bij het advies aansloot(58). Is dit niet reeds in de publiekrechtelijke sector een prefiguratie van het bindend advies?

46. Het bindend advies is bovendien noodzakelijk, daar geen enkel der klassieke rechtsfiguren kan volstaan om de resultaten te bereiken die langs de weg van het bindend advies mogelijk zijn.

Het bindend advies verschilt overigens duidelijk van daarmee vergelijkbare rechtsfiguren, zoals de lastgeving of de dading, de expertise of de arbitrage.

47. Niettegenstaande het gezag van De Page, lijkt het niet verantwoord het bindend advies als een lastgeving te beschouwen(59). Deze auteur geeft weliswaar toe dat het een speciale vorm van lastgeving is, en meer bepaald een gemeenschappelijke vertegenwoordiging van de beide partijen door één persoon.

Het is werkelijk een nodeloze omweg de figuur van de lastgeving „dont la structure normale est modifiée par la volonté souveraine des parties” (De Page) te gebruiken; het is rationeler direct de term bindend advies te gebruiken in de zin van een zelfstandige rechtsfiguur.

De derde treedt immers niet op als vertegenwoordigend lasthebber van de partijen; hij sluit geen contract namens de partijen. Hij vult zelfstandig de contractsverhouding tussen partijen in. Hij kan derhalve geen lasthebber zijn, daar lastgeving de derde in een situatie van afhankelijkheid brengt en hem daarenboven tot verantwoording verplicht(60).

48. Een dading is de overeenkomst waardoor partijen *zelf* door onderlinge toegevingen een einde stellen aan een *geschil*.

Geen enkel dezer elementen is terug te vinden bij het bindend advies;

(58) Zie *Verslag nopens de activiteiten van het College van het Hoog Comité voor Toezicht tijdens het jaar 1982*.

(59) Aldus DE PAGE, die de term bindend advies niet gebruikt, doch duidelijk deze rechtsfiguur bedoelt: V, nr. 364; zie ook, eveneens ten onrechte, VAN GERVEN, W., *Langdurige overeenkomsten*, in *René Dekkers*, blz. 377 e.v., spec. blz. 400, waar sprake is van *third party intervener* als een door partijen aangestelde lasthebber.

(60) Vgl. CAMBIER, C., o.c., blz. 224-225; *R.P.D.B.*, Tw. *Arbitrage*, nr. 12.

overigens kunnen partijen geen concessies op voorhand doen, daar zij de inhoud van het bindend advies niet eens kunnen bevroeden.

49. De expertise is noch bindend voor de partijen, noch voor de rechter. Het bindend advies is dit wel.

De beslissing van de derde moet niet aan de partijen voorafgaandelijk worden medegedeeld(61), zoals wel vereist in een expertise. Evenmin moet deze beslissing gemotiveerd zijn, zoals nochtans bij deskundigenonderzoek dient te gebeuren.

50. Bindend advies is tenslotte verschillend van arbitrage:

(1) doordat een arbitraal vonnis na exequatur een uitvoerbare titel vormt, wat nooit met een bindend advies kan gebeuren;

(2) doordat arbiters juridische geschillen dienen op te lossen (art. 1676 Ger. W.), terwijl bindend adviseurs ook buiten elk geschil kunnen optreden en zelfs beleidsbeslissingen kunnen nemen (zie boven, nr. 2 en 3);

(3) doordat een arbitrale beslissing enkel kan worden vernietigd op de formele gronden vermeld in artikel 1704 Ger. W., dan wanneer een bindend advies op verschillende — ook inhoudelijke — gronden kan worden aangevochten (zie boven, nr. 38 en 39);

(4) doordat bij arbitrage een geschrift is vereist (art. 1677 Ger. W.);

(5) doordat arbiters steeds in oneven aantal moeten zetelen (art. 1681 Ger. W.).

Wat de partijen overeengekomen zijn, zal uit hun bedoeling moeten blijken; een en ander zal dienen onderzocht te worden overeenkomstig de algemene interpretatieregelen in het contractenrecht.

51. Het kan in dit verband wel interessant zijn de voor- en nadelen van bindend advies en arbitrage tegen elkaar af te wegen.

Voor partijen die op onderlinge samenwerking zijn aangewezen, is het inwinnen van een, zij het dan bindend, advies van een onpartijdige derde, duidelijk nog minder storend dan een arbitrale procedure. Bindend advies is natuurlijk ook directer en minder omslachtig dan een arbitrale procedure(62). De bindend adviseur kan een niet-juridisch geschoolde deskundige zijn, dan wanneer arbitrage wel enig inzicht in procedure en materieel recht vereist.

(61) Zie: Brussel, 10 maart 1960, *Pas.*, 1961, II, 97, ter bevestiging van Hrb. Brussel, 18 juni 1959, *J.C. Brux*, 1961, 308.

(62) Er gaan trouwens meer en meer stemmen op om de arbitrage — vooral de internationale — sneller en soepeler te laten verlopen.

Arbitrage biedt natuurlijk het voordeel mits exequatur een uitvoerbare titel te verschaffen.

Geschillen die niet behoorlijk kunnen worden geregeld door een derde, zonder bijstand van deskundigen of het horen van getuigen, worden vanzelfsprekend meteen beter aan arbiters toevertrouwd.

52. Nu het onderscheid tussen bindend advies en aanverwante figuren duidelijk werd gemaakt, kan gespeurd worden naar toepassingsgevallen in de Belgische rechtspraak (zie reeds boven, nr. 4).

Moeten als verkapte toepassingen van het bindend advies in de Belgische rechtspraak worden beschouwd:

a) de clause die bepaalt dat bij gebrek aan akkoord over de herziening van de huurprijs de bepaling ervan zal geschieden door een in onderling akkoord aan te duiden derde(63).

b) de overeenkomst waarbij het slachtoffer van een ongeval en de dader of diens verzekeraar een derde belasten om op onherroepelijke wijze de invaliditeitsgraad en/of de schade vast te stellen. Deze overeenkomsten worden in België ten onrechte bestempeld als arbitraal compromis(64) of als expertise(65) of als lastgeving(66) of als dading(67) of tenslotte als een onbenoemd contract *sui generis*, hetgeen weliswaar een gemakkelijksoplossing is doch bevestigt dat de Belgische rechtspraak deze zelfstandige rechtsfiguur aanvaard heeft(68).

Ik heb in de Belgische rechtspraak slechts één vonnis ontdekt, dat met name de aangewende rechtsfiguur — te recht — bestempelt als een bindend advies(69). *In casu* ging het om het „advies” van een derde m.b.t. de oorzaak van de brand van een auto. De rechtbank van Kortrijk motiveerde zeer duidelijk, op een wijze die moeilijk kan

(63) Vgl. Vred. Bouillon, 1 juni 1971, *Jur. Liège*, 1973-74, 143.

(64) Rb. Luik, 6 juni 1869, *Pas.*, 1868, II, 242; Rb. Luik, 21 november 1956, *R.G.A.R.*, 1957, 5988; Rb. Brussel, 2 maart 1965, *R.G.A.R.*, 1965, 7479.

(65) Brussel, 29 december 1937, bevestigend Scheidsr. besl., 13 april 1937, *Bull. Ass.*, 1940, 131; Scheidsr. besl., 12 februari 1932, *Bull. Ass.*, 1932, 120.

(66) Brussel, 19 april 1932, *Bull. Ass.*, 1933, 376; Hrb. Luik, 27 november 1979, *R.G.A.R.*, 1982, 10496, met noot J.L. FAGNART.

(67) Rb. Luik, 21 november 1956, *R.G.A.R.*, 1957, 5988; Luik, 30 oktober 1959, *J.T.*, 1959, 704; Pol. Brussel, 5 mei 1981, *R.G.A.R.*, 1984, 10804.

(68) Luik, 24 december 1964, *Jur. Liège*, 1964-65, 154; Corr. Tongeren, 17 september 1965, *R.G.A.R.*, 1967, 7825; Brussel, 27 februari 1967, *J.C.B.*, 1969, I, 46; Corr. Brussel, 24 april 1974, *J.T.*, 1975, 263, met noot L. DERMINE; Rb. Luik, 19 november 1981, *R.G.A.R.*, 1983, 10612; Rb. Tournai, 6 januari 1982, *R.G.A.R.*, 1983, 10676; zie aldus ook J.L. FAGNART, noot voormeld onder Hrb. Luik, 27 november 1979; zie ook: DE GAVRE, J., *Le contrat de transaction*, nr. 71, blz. 101.

(69) Hrb. Kortrijk, 4 december 1969, *R.W.*, 1972-73, 919.

verbeterd worden: „Hier staan we voor een geval van bindend advies. Wij spreken van bindend advies, indien partijen buiten wettelijke arbitrage een tussen haar bestaand geschil omtrent een overeenkomst, of andere rechtsverhouding, al dan niet op grond van een in die overeenkomst opgenomen beding, ter beslechting aan een of meer particuliere derden voorleggen, terwijl partijen de aldus verkregen beslissing als bindend willen beschouwen.

Het bindend advies is naast de wettelijke arbitrage ontstaan.

Zoals de vaststellingsovereenkomst het *genus* van het *species* dading is, is het bindend advies het *genus* van het *species* arbitrage. De wettelijke bepalingen voor arbitrage bleken voor het handelsverkeer soms te streng en zo is men er toe gekomen, om naast de arbitrage beslissingen van scheidsmannen, die geen eigenlijke arbitrage waren, als bindend te erkennen.

Het bindend advies verschilt van arbitrage hierin dat partijen door arbitrage een executoire titel verkrijgen, welke met het exequatur van de president gezag van gewijsde heeft en als zodanig ook rechtsopvolgers onder bijzondere titel bindt, wat zij met een bindend advies alleen nooit kunnen bereiken. Zij kunnen dit slechts bereiken door een uitspraak van de gewone rechter hierover uit te lokken.

De gevolgen van arbitrage zijn procesrechtelijk, die van een bindend advies daarentegen materieelrechtelijk. Verder gelden voor arbitrage de wettelijke bepalingen van het wetboek van R.V., terwijl het bindend advies slechts wordt beheerst door de algemene regelen van het verbintenissenrecht.

In ons recht overheerst de contractvrijheid, hetgeen impliceert dat partijen kunnen overeenkomen om aan een derde scheidsrechter de oplossing van een tussen hen hangend rechtsgeschil te beslechten door een bindend advies (cfr. Rb. Doornik, 24 februari 1914, *Pas.*, 1914, III, 208; Demogue, R., *Les notions fondamentales du droit privé*, Paris, 1911, blz. 625 e.v.);

Artikel 1134, 3de lid B.W. is echter van openbare orde met het gevolg dat de partijen de derde niet mogen vrijstellen van te oordelen naar redelijkheid;

Nu bewijst verweerster geenszins en door niets dat de beslissing van de scheidsrechter onredelijk is en het controlerecht van de rechtbank is enkel toelaatbaar op dat enige punt, niet op de kwesties door de scheidsrechter opgelost''(70).

(70) Art. 1134, 3de lid B.W., hoeft niet van openbare orde te zijn om tot redelijkheid te verplichten!

c) De overeenkomst waarbij bij het einde van de huur een expert wordt aangeduid om de huurschade onherroepelijk vast te stellen en te ramen(71).

d) Elke andere overeenkomst die bepaalt dat in geval van betwisting, het geschil verbindend zal opgelost worden door X, zonder enig beroep van de partijen(72) of elke andere bepaling in reglementen, waarbij voorzien wordt dat een bepaald persoon interpretatiegeschillen op soevereine wijze zal oplossen(73).

BESLUIT

53. Na dit overzicht van de buitenlandse rechtsfiguren en de analyse van de zelfstandige rechtsfiguur zoals die zich in België heeft ontwikkeld, komt het mij voor dat de Belgische „derden-beslissing” het meest verwantschap vertoont met het Nederlands bindend advies.

Men kan natuurlijk aanstoot nemen aan de vrij contradictoire terminologie „bindend advies”, zoals men ook in het Italiaans recht kan stellen dat de *arbitrato irrituale* met arbitrage geen uitstaans heeft. Wie derhalve een nieuwe ondubbelzinnige term verkiest, kan m.i. zijn toevlucht nemen tot „bindende derden-beslissing” of „bindende beslissing door derden” (*tierce décision obligatoire*). Intussen werd deze term goedgekeurd op de Cepina-studiedag van 10 oktober 1984.

54. De bindende derden beslissing is naar Belgisch recht een zelfstandige materieelrechtelijke rechtsfiguur, die in het verleden reeds haar nut heeft bewezen.

Zij kan in alle omstandigheden, waarin partijen over hun rechten kunnen beschikken, worden aangewend. Dit beschikkingsrecht kan door de rechter worden onderzocht.

(71) Cass., 6 februari 1964, *J.T.*, 1964, 292, dat terecht stelt dat het in casu niet gaat om een arbitraal compromis, doch verder geen interpretatie verstrekt; zie ook Rb. Brussel, 11 januari 1963, *J.T.*, 1963, 321, dat evenwel gemakshalve gewaagt van een contract *sui generis*, met noot. Elders, doch ten onrechte, wordt gewag gemaakt van lastgeving door: Vred. Nivelles, 22 december 1982, *T. Vred.*, 1983, 139.

(72) Zie Hrb. Antwerpen, 19 januari 1954, *R.W.*, 1954-55, 1519, dat deze clause in een aannemingscontract karakteriseert als een onbenoemd contract. Een dergelijke overeenkomst t.g.v. een leningscontract werd evenwel ten onrechte als een arbitrale clause beschouwd: Rb. Brussel, 24 april 1948, *J.T.*, 1949, 204.

(73) Art. 10 (23) van het reglement houdende de *Nationale Notariële Traditie* luidt a.v.: „Niet voorziene gevallen of betwistingen over de interpretatie van de tekst van huidig reglement worden ter beoordeling voorgelegd aan de voorzitter van de Koninklijke Federatie van Belgische Notarissen, die als scheidsrechter op soevereine wijze uitspraak zal doen. Elke overtreding van dit reglement wordt uitsluitend beoordeeld door de Kamer van de notaris die de fout begaat”. Ook hier gewaagt men ten onrechte van een scheidsrechter.

Zo zal de derde het bestaande contract kunnen aanvullen, wijzigen of verduidelijken en dit zowel op het vlak van technische problemen, als op dat van de raming (prijs, schade, invaliditeit, ...) of van de contractuele afspraken (termijnen, wijze van betaling, ...).

Ook buiten enig contract zal een derde een nuttige functie kunnen vervullen.

Hij zal zelfs in elk geval ook nog geschillen contractueel kunnen oplossen.

55. De aanwijzing van de derde moet tussen partijen worden overeengekomen; dit kan mondeling of schriftelijk gebeuren. Om desbetreffend nodeloze betwistingen te vermijden, doet men er goed aan een en ander op papier te zetten en duidelijk te omschrijven.

Dit kan vooraf in het contract zelf a.v. worden omschreven: „Elke aanvulling of uitlegging van dit contract, evenals elke onenigheid m.b.t. de geldigheid of de uitvoering zal onherroepelijk geschieden door een beslissing van de door partijen aangeduide derde, zijnde... Diens beslissing wordt door de partijen erkend als hun eigen contractuele wilsovereenstemming”.

Zo zou na het ontstaan van de onenigheid de formule kunnen luiden: „De partijen benoemen in onderling akkoord X als derde beslisser, teneinde, na... (eventuele voorwaarden: de bevoegdheid om partijen te horen,...) onherroepelijk tussen partijen te bepalen (beslissen)...”.

Ook deze overeenkomst kan door de rechter op haar geldigheid worden getoetst.

56. Het verdient helemaal geen aanbeveling procedures, vormvoorschriften en termijnen in te bouwen, wil men de efficiëntie van het bindend advies niet ontkrachten (Vgl. boven, nr. 34).

Wel kan het nuttig zijn, hierbij toepassing makend van de *lex specialis* neergelegd in artikel 1854, al. 2, B.W., te bepalen dat het advies niet meer kan aangevochten worden na het verstrijken van een bepaalde termijn.

57. Eenmaal het bindend advies werd overeengekomen en a fortiori wanneer het werd uitgebracht, kunnen partijen geen expertise of verwante beslissing meer vragen aan de rechter(74).

Wel heeft de rechter de bevoegdheid om na te gaan of de bindend

(74) Corr. Brussel, 24 april 1974, *J.T.*, 1975, 263; vgl. de Nederlandse opvattingen: boven, nr. 37.

adviseur zich gehouden heeft aan wat partijen ten zijnen aanzien waren overeengekomen(75).

Andersom moeten de bindend adviseurs optreden op de wijze en met inachtneming van de vormen door de partijen gewild(76).

Zo handelt in strijd met de goede trouw de geneesheer die een verslag indient, zonder het slachtoffer te hebben onderzocht(77).

58. Tenslotte zal het bindend advies slechts kunnen worden aangevochten, zo de derde in strijd met de eisen van de goede trouw kennelijk onredelijk heeft gehandeld. Enig verder onderscheid zoals in Nederland is voorzien (zie boven, nr. 36), kan moeilijk worden verdedigd.

59. Tot vervelens toe werd duidelijk gemaakt dat het bindend advies een zelfstandige rechtsfiguur is, die met de traditionele benoemde contracten geen uitstaans heeft.

Toch moet er aan herinnerd worden dat het bindend advies, hoewel niet voor executie vatbaar (Het ware wellicht interessant een mengvorm van derde-beslisser/arbiter te construeren, waarbij de derde in bepaalde gevallen en mits het naleven van de terzake geldende arbitrageregelen zijn derden beslissing in een scheidsrechterlijke beslissing zou kunnen omzetten. Deze conversie verdient evenwel een grondiger onderzoek), ook nog belangrijke voordelen heeft boven de arbitrage: nog minder pleegvormen en termijnen en een zeer informele werkwijze tot het door partijen ondertekende blanco-blad toe.

Bovenal laat het toe dat de derde, in het belang van beide partijen, interpreteert, aanvult, modificeert en zelfs een beleid voorschrijft. Welke rechter of arbiter kan hem dit nadoen?

60. In de plaats van de vele thans in omloop zijnde, incoherente en disparate benamingen en begrippen zal de rechtsfiguur van de bindende derden beslissing een onvervangbare rol vervullen.

Het begrip is open en duidelijk herkenbaar; daardoor onderscheidt het zich van tal van duistere omschrijvingen, die soms precies bedoeld schijnen om partijen in de war te brengen.

(75) Zie b.v.: Brussel, 29 december 1937, bevestigend Scheids. besliss., 13 april 1937, *Bull. Ass.*, 1940, 131 e.v., waarin terecht gesteld wordt dat de rechter alleen mag nagaan of de derde binnen de door de partijen omliggende bevoegdheidssfeer was gebleven; enige gerechtelijke formaliteit, zoals b.v. het acteren van enig voorbehoud van partijen m.b.t. een expertise, was niet verplichtend gesteld en kon derhalve niet worden getoetst.

(76) Zieenaar analogie: Corr. Tongeren, 17 september 1965, *R.G.A.R.*, 1967, 7825.

(77) Rb. Luik, 19 november 1981, *R.G.A.R.*, 1983, 10612.

De rechtsfiguur biedt waarborgen, doch is bovendien soepel en snelwerkend.

Tenslotte kan de derden beslissing in geval van kennelijke onredelijkheid door de rechter worden getoetst.

Het ware dan ook wenselijk dat de rechtspractici zo spoedig mogelijk deze terminologie met haar duidelijke begripsinhoud zouden hantieren.

61. In dit land wordt de Rechtsstaat door de gezagdragers zelf ondergraven(78). Het is een gezonde reactie van de juristen, zo zij naar formules zoeken om de niet meer duldbare neergang van de rechterlijke macht tegen te gaan: „Just as health is not found primarily in hospitals or knowledge in schools, so justice is not primarily to be found in official justice-dispensing institutions. Ultimately, access to justice is not just a matter of bringing cases to a font of official justice, but of enhancing the justice quality of the relations and transactions in which people are engaged”(79).

Het sleutelartikel 1134 B.W. kan ook bij het uitvallen van de wetgever, het alomtegenwoordig zijn van de uitvoerende macht en het lamleggen van de rechterlijke macht, zijn eersterangsfunctie blijven vervullen.

Met contractuele regelen lost men de meeste problemen op; de rechter hoeft enkel de grenzen van de redelijkheid te toetsen.

Het kan wellicht beschouwd worden als een vorm van volwassen Rechtsstaat, wanneer de burgers zelf, buiten de overheid om, hun juridische problemen oplossen. Hiervan is het bindend advies een lichtend voorbeeld.

BIJLAGE I

Règlement

Article 1

Régulation des relations contractuelles

1. Il existe au sein de la Chambre de Commerce Internationale (C.C.I.) un organisme, qui, sous le nom de Comité permanent pour la régulation des relations contractuelles, a pour mission d'assurer, en vue de faciliter les opérations économi-

(78) Zie mijn *Mijmeringen van een jurist bij 1984*.

(79) GALANTER, M., *Justice in many rooms*, in CAPPELLETTI, M., *Access to justice and the welfare state*, Firenze, 1981, blz. 161.

ques internationales, l'intervention d'un tiers pour remplir le rôle que les parties lui auront confié dans le cadre de leurs relations contractuelles.

2. A tout moment de leurs relations contractuelles, les parties peuvent demander la désignation d'un tiers ou d'un collège de trois membres pour remplir la mission qui lui aura été contractuellement impartie, conformément aux articles ci-après(*).

3. La désignation du tiers peut intervenir:

a. soit à la requête de toute partie lorsque le Comité permanent constate l'existence d'une clause de régulation antérieurement convenue entre les parties,

b. soit sur requête conjointe des parties en l'absence d'une telle clause.

Article 2

Fonctionnement du Comité permanent

1. Le Comité permanent se compose d'un Président, d'un Vice-président et de trois autres membres, nommés par le Conseil de la C.C.I. pour une période de trois ans.

2. Le Comité permanent délibère valablement lorsque trois membres au moins sont présents.

Les décisions du Comité permanent sont prises à la majorité des voix, celle du Président étant prépondérante en cas de partage.

3. Le Secrétariat du Comité permanent est assuré par le Secrétariat de la C.C.I.

Article 3

Saisine

1. Toute partie désireuse d'obtenir l'intervention d'un tiers doit en adresser la demande au Secrétaire du Comité permanent.

La demande de désignation du tiers comporte un exposé des difficultés affectant les relations contractuelles ainsi qu'une copie de l'accord sur lequel se fonde cette demande; lorsque la requête n'est pas présentée conjointement par les parties, elle doit être présentée par écrit et peut être accompagnée des documents jugés utiles.

2. Si la requête émane d'une seule partie, le Secrétariat notifie à l'autre ou aux autres parties une copie de la requête et des pièces annexes.

Dans les cas d'urgence, il est possible à la partie requérante de notifier directement une copie de la demande à l'autre ou aux autres parties, le délai visé à l'article 4 commençant alors à courir à compter de la première notification.

Article 4

Réponse

L'autre partie ou les autres parties doivent présenter par écrit leurs observations, dans un délai de trente jours au plus, à dater de la réception de cette notification, et en adresser une copie à la partie requérante par l'intermédiaire du Secrétariat.

Article 5

Mémoires et notes écrites, notifications ou communications

Tous mémoires et notes présentés par les parties, ainsi que toute pièce annexe, doivent être fournis en autant d'exemplaires qu'il y a d'autres parties, plus un pour

(*) Dans les articles suivants, l'expression „le tiers” vise indifféremment le tiers ou le collège de trois membres.

le tiers ou, le cas échéant, pour chacun des membres du collège appelé à en faire fonction, et un autre pour le Secrétariat.

Toutes les notifications ou communications du Secrétariat et du tiers sont valablement faites si elles sont remises contre reçu ou expédiées par lettre recommandée à l'adresse ou à la dernière adresse connue de la partie qui en est destinataire, telle que communiquée par celle-ci ou par l'autre partie selon le cas.

La notification ou la communication est considérée comme faite quand elle est reçue ou aurait dû, si valablement effectuée, être reçue soit par la partie elle-même, soit par son représentant.

Article 6

Nomination du tiers

1. Les parties peuvent désigner le tiers d'un commun accord pour confirmation par le Comité permanent.

A défaut d'un accord des parties sur la personne du tiers au plus tard lors de la remise des observations en réponse dans le délai visé à l'article 4, le Comité permanent nomme celui-ci dans les plus brefs délais conformément aux dispositions ci-après, en tenant compte de sa nationalité, de son appartenance ou de sa résidence par rapport aux pays auxquels ressortissent les parties, afin d'assurer son indépendance.

2. Lorsqu'il incombe au Comité permanent de nommer un tiers, il consulte le Comité national de son choix et choisit le tiers dans un pays autre que ceux auxquels ressortissent les parties au contrat. Toutefois, si les circonstances le justifient et sauf opposition de l'une des parties, le tiers pourra être choisi dans l'un des pays auxquels ressortissent les parties.

3. Lorsqu'un collège de trois membres a été expressément prévu par les parties pour remplir les fonctions du tiers, chacune d'elles désigne dans la demande d'intervention ou dans les observations en réponse un membre indépendant pour confirmation par le Comité permanent. Le troisième membre, qui assume la présidence du collège ainsi formé, est nommé par le Comité permanent dans les conditions prévues au § 2. Dans l'hypothèse où une des parties ne procéderait pas à la désignation qui lui incombe, le Comité permanent nomme un membre à ses lieux et place sur proposition du Comité national du pays auquel ressortit cette partie. Si s'agit d'un pays dans lequel il n'a pas été constitué de Comité national ou si le Comité national compétent ne procède pas dans un délai de 15 jours, à compter de la date de la demande qui lui a été faite, à la désignation qui lui incombe, le Comité permanent est libre de choisir toute personne qu'il estime compétente.

Article 7

Récusation et remplacement du tiers

1. En cas de récusation du tiers par une des parties au contrat, le Comité permanent statue sans recours, les motifs étant laissés à sa seule appréciation.

2. Il y a lieu à remplacement d'un tiers lorsqu'il est décédé ou empêché, qu'il doit se démettre de ses fonctions à la suite d'une récusation ou pour tout autre motif ou lorsque le Comité permanent, après avoir recueilli les observations du tiers, constate qu'il ne remplit pas ses fonctions conformément au règlement ou dans les délais impartis. Dans chacun des cas, il est procédé conformément aux dispositions de l'article 6 ci-dessus.

Article 8

Provisions sur frais

1. Le Comité permanent fixe le montant de la provision, de nature à faire face aux frais découlant de la requête dont il est saisi.
2. Il appartient au(x) requérant(s) d'avancer cette provision.
3. Le Secrétariat remet le dossier au tiers dès réception de cette provision.

Article 9

Déroulement de la mission du tiers

1. Dans les limites résultant de la clause contractuelle applicable et de tout autre accord stipulé entre les parties dans leurs notes écrites, le tiers est habilité à prendre toute décision en vue de résoudre les questions soulevées.
2. Le tiers peut recueillir toutes informations qu'il juge nécessaire à l'accomplissement de sa mission.
3. Les parties s'engagent à fournir au tiers toutes facilités pour l'exécution de sa mission et à lui communiquer toute information ou tout document qu'il pourrait requérir à cet effet.
4. Le tiers conduit sa mission de manière contradictoire.
5. Le tiers entend les parties d'office ou à la demande de l'une d'entre elles.
6. Toute personne intervenant dans le cadre de ce Règlement s'engage à sauvegarder le caractère confidentiel de la procédure.

Article 10

Sort du contrat

Sauf stipulation contraire des parties, la saisine du Comité permanent n'a pas par elle-même d'effet sur le sort du contrat jusqu'à ce que le tiers se soit prononcé.

Article 11

Portée de l'intervention du tiers

1. Selon le choix des parties, le tiers peut formuler une recommandation ou prendre une décision.
2. Lorsque le tiers formule une recommandation, les parties la prennent en considération de bonne foi.
3. Lorsque le tiers prend une décision, celle-ci s'impose aux parties au même titre que le contrat dans lequel elle s'incorpore. Les parties s'engagent à l'exécuter comme étant l'expression de leur propre volonté.

Article 12

Prononcé de la recommandation ou de la décision du tiers

1. Le tiers devra formuler une recommandation ou prendre une décision dans un délai de 90 jours à compter du jour où il est saisi du dossier, conformément à l'article 8; ce délai pourra toutefois être prorogé ou réduit par le Comité permanent si ce dernier l'estime nécessaire, eu égard aux circonstances de la cause.
2. La recommandation ou la décision du tiers est motivée sauf accord contraire des parties.
3. Lorsqu'un collège de trois membres a été désigné, la recommandation ou la

décision est prise à la majorité des voix. A défaut de majorité, le Président du collège la prend seul.

4. La recommandation ou la décision du tiers est censée être rendue au lieu convenu par les parties ou, à défaut, fixé par le Comité permanent.

5. Aucune recommandation ou décision ne peut être rendue sans avoir été approuvée en la forme par le Comité permanent.

6. La recommandation ou décision du tiers est notifiée aux parties par le Secrétariat du Comité permanent.

Article 13

Frais

1. Les frais de la procédure comprennent les frais et honoraires du tiers et les frais administratifs occasionnés par cette procédure. Ils sont fixés par le Comité permanent en fonction des circonstances de l'espèce.

2. La charge définitive des frais est partagée entre les parties de manière égale, à moins que le tiers n'ait constaté que les conditions de son intervention n'étaient pas remplies, auquel cas le requérant supporte la totalité des frais.

BIJLAGE II

Art. 1. - 1. Bij een vaststellingsovereenkomst aanvaardden partijen, ter beëindiging of ter voorkoming van onzekerheid en geschil omtrent hetgeen tussen hen rechtens geldt, een vaststelling daarvan, bestemd om ook te binden voor zover zij van de zonder haar bestaande rechtstoestand mocht afwijken.

Art. 1. - 2. De vaststelling kan tot stand komen door een schikking tussen partijen, maar ook door een aan een van hen of aan een derde opgedragen beslissing.

Art. 4. Onverminderd hetgeen in art. 2, lid 2 is bepaald, is een vaststelling ter beëindiging van onzekerheid of geschil op vermogensrechtelijk gebied ook geldig als zij mocht blijken in strijd te zijn met een regel van dwingend recht, tenzij zij tevens door inhoud of strekking in strijd is met de goede zeden of de openbare orde.

Art. 7. - 1. De beslissing van een partij of van een derde is vernietigbaar, indien aan haar inhoud of aan de wijze van haar totstandkoming een zo ernstig gebrek kleeft dat het, ook in aanmerking genomen de bindende kracht van de vaststellingsovereenkomst, in strijd is met redelijkheid en billijkheid dat zij blijft gelden.

Art. 7. - 2. De beslissing blijft geldig ondanks een gebrek in de wijze van haar totstandkoming, indien haar inhoud niettemin met redelijkheid en billijkheid overeenstemt.

Art. 8. Is een beslissing nietig of vernietigd, dan kan de rechter een nieuwe beslissing geven, tenzij is overeengekomen dat de nietige of vernietigbare beslissing op andere wijze zal worden vervangen.

Art. 11. - 2. De artikelen 7 en 8 vinden overeenkomstige toepassing wanneer aan een der partijen bij een rechtsverhouding of aan een derde de bevoegdheid is gegeven, de regeling van die verhouding aan te vullen of te wijzigen.

SOMMAIRE

LA TIERCE DECISION OBLIGATOIRE OU L'AVIS CONTRAIGNANT COMME MOYEN DE PREVENTION DES LITIGES UNE ETUDE COMPARATIVE AUX FRONTIERES DU DROIT DES CONTRATS ET DU DROIT JUDICIAIRE

I. LA TIERCE DECISION

Dans le cadre du thème du colloque organisé cette année par le CEPANI, à savoir la prévention des litiges, on peut chercher un mode externe de solution des contestations et différends sans recours au tribunal ordinaire ou au tribunal arbitral. Dans le contexte des problèmes juridiques actuels, soit principalement l'accès à la justice et l'arriéré judiciaire, il peut être opportun d'emprunter des voies différentes et peut-être plus adéquates et d'examiner la possibilité de proposer des solutions parajudiciaires. Ainsi, un différend pourrait être résolu à l'intervention conventionnelle et liant les parties d'un tiers impartial. On aborde ainsi le droit matériel au lieu du droit judiciaire.

La pratique a toujours révélé la nécessité d'une construction juridique indépendante permettant à des tiers de prendre des décisions qui dans une relation de droit déterminée lieraient les parties.

L'intervention du tiers peut se faire dans le contexte d'une relation contractuelle dans laquelle les parties souhaitent une interprétation ou même un ajout. De même, en dehors de toute relation contractuelle, l'intervention contraignante d'un tiers peut s'avérer utile et nécessaire.

On notera que dans la pratique, le droit belge répond au besoin d'une telle construction juridique, même s'il ne le fait pas toujours de manière cohérente. Dès le siècle dernier, il était admis que lorsque les parties donnaient à un tiers la compétence absolue de prendre en leur lieu et place une décision les liant, il s'agissait d'une „convention expresse spéciale”, sans rapport avec le compromis arbitral ou les autres institutions de droit matériel.

Dans ce rapport, il faut souligner que l'actuel arriéré judiciaire et la politisation de la magistrature sont des éléments supplémentaires qui accentuent le besoin d'une institution d'experts impartiaux aptes à soumettre rapidement et efficacement aux parties une décision qui les lient.

Une analyse de la doctrine, de la jurisprudence et surtout de la pratique juridique permet de déduire l'existence d'une institution juridique indépendante, celle de la tierce décision. Mieux encore, on peut épinglez dans la législation belge plusieurs règles qui présupposent l'existence d'une telle institution juridique. On songe en particulier à l'article 1854 du Code civil.

Ces considérations permettent de conclure qu'il existe en Belgique depuis longtemps une construction juridique permettant de donner à des tiers la compétence de lier contractuellement les parties par une décision. Cette construction juridique ne peut être comparée à aucune institution existant dans notre droit. Jusqu'à présent, elle n'a pas encore reçu de dénomination propre et elle mérite une structuration plus cohérente. On peut cependant la comparer à des institutions analogues à l'étranger. La suite du rapport y est consacrée.

II. ARBITRATO IRRITUALE

Alors que l'*arbitrato rituale* signifie que les parties souhaitent que les arbitres exercent une activité juridictionnelle qui doit donner lieu à une décision ayant autorité de chose jugée, l'*arbitrato irrituale* a uniquement une signification contractuelle du fait que les parties veulent régler un différend au moyen d'une décision sous la forme d'un contrat. Cette construction juridique trouve également sa source dans le *Codice civile italiano* (article 1322 C.c.it.).

Dans ce cas, la décision des „arbitres” lie les parties, mais elle n'a pas force exécutoire. Pour ce faire, il faudra éventuellement encore faire appel au juge ordinaire.

Dans la pratique, l'arbitrage libre a pris en Italie une importance considérable fondée sur l'autonomie contractuelle des parties. Cet arbitrage libre entend également contourner une série d'inconvénients insurmontables de l'*arbitrato rituale* italien. Maintenant que ces inconvénients ont été partiellement supprimés par la nouvelle loi du 9 février 1983, on peut se demander si l'*arbitrato irrituale* gardera sa signification.

III. LE REGULATEUR DES RELATIONS CONTRACTUELLES

En 1978, la C.C.I. à Paris a rédigé un règlement de régulation des relations contractuelles. Elle cherchait surtout de la sorte des mécanismes permettant d'adapter les relations contractuelles à un contexte qui se trouverait modifié. C'est pourquoi elle suggéra de rédiger une clause modèle qui doit donner lieu à une recommandation ou à une décision d'un tiers. Voici la teneur de la clause modèle proposée: „Au cas où les parties ne pourraient appliquer d'un commun accord la clause prévue à l'article ... du présent contrat elles saisiront le Comité permanent pour la régulation des relations contractuelles de la Chambre de Commerce Internationale afin qu'un tiers, nommé conformément aux dispositions du règlement de régulation des relations contractuelles de la C.C.I. et conduisant sa mission selon les modalités de ce règlement, formule une recommandation ou prenne en leur nom une décision qui s'imposera à elle au même titre que le présent contrat”.

IV. L'AVIS CONTRAIGNANT

Aux Pays-Bas, l'avis contraignant („bindend advies”) est apparu à la fin du 19^e siècle et il s'est développé considérablement depuis. Par cette procédure, les parties souhaitent qu'un tiers prenne pour elles une décision contraignante de droit matériel les liant et ce, en dehors de toute procédure d'arbitrage.

L'avis contraignant se fonde généralement sur un contrat signé à cet effet par les parties: il s'agit soit d'une clause insérée dans l'accord principal, soit d'un contrat séparé en vue de la nomination d'une personne habilitée à émettre un avis contraignant. La doctrine et la jurisprudence admettent que l'avis contraignant est conforme aux principes de base du droit néerlandais.

L'avis émis par le tiers a toujours la valeur d'un accord conclu entre les parties. En principe, le juge devra tenir pour contraignante la décision du tiers, sauf si l'avis émis est tellement peu raisonnable et équitable qu'il serait de mauvaise foi de vouloir y lier la partie adverse. Il va de soi que le juge peut se prononcer sur ces éléments sans pour autant se substituer au tiers qui a émis l'avis contraignant.

Le système de l'avis contraignant existe en droit belge, mais il n'y est généralement pas connu sous ce nom. Apparemment, peu d'auteurs en Belgique connaissent cette construction juridique ou lui donnent une signification autonome.

Pourtant, comme on l'a déjà dit, l'existence de cette institution juridique peut être déduite des articles 1592, 1716 et 1854 du code civil.

L'institution de la tierce décision ou de l'avis contraignant qui s'est développée en Belgique se distingue nettement de toutes les constructions juridiques analogues, telles que le mandat, la transaction, l'expertise ou l'arbitrage.

L'avis contraignant se différencie plus particulièrement de l'arbitrage en ce sens qu'un jugement arbitral constitue un titre exécutoire après l'exequatur, exequatur qui ne pourra jamais être accordé à un avis contraignant.

Pour les parties astreintes à une collaboration permanente, il est évidemment moins gênant de prendre l'avis d'un tiers impartial, cet avis fût-il contraignant, que de poursuivre une procédure arbitrale. Il va aussi de soi que l'avis contraignant est plus direct et moins compliqué qu'une procédure arbitrale.

L'analyse de la pratique juridique et de la jurisprudence montre que l'avis contraignant figure dans la jurisprudence belge sous de nombreuses formes:

- la clause qui prévoit qu'à défaut d'accord sur la révision du loyer, celui-ci sera déterminé par un tiers désigné de commun accord;
- l'accord par lequel la victime d'un accident et de l'auteur de cet accident ou son assureur chargent un tiers de déterminer de manière irrévocable le degré d'invalidité et/ou le dommage;
- l'accord en vertu duquel, à la fin de la location, un expert est désigné pour déterminer et évaluer de manière irrévocable les dégâts locatifs;
- tout autre accord prévoyant qu'en cas de contestation, le différend sera résolu par une décision d'un tiers liant les parties, sans aucune possibilité de recours pour celles-ci, ou toute autre disposition réglementaire prévoyant qu'une personne déterminée résoudra de manière souveraine les différends d'interprétation.

V. CONCLUSION

Il semble que la tierce décision, telle qu'elle s'est développée dans la pratique belge, est très proche de l'avis contraignant néerlandais. C'est pourquoi il semble indiqué d'adopter définitivement le terme „avis contraignant” ou de proposer un terme nouveau, à savoir la tierce décision obligatoire.

La désignation du tiers doit faire l'objet d'un accord écrit ou oral entre les parties. Cependant, il est conseillé de rédiger les clauses de l'accord. Il existe des formules pratiques à cet effet.

Lorsque les parties conviennent de recourir à l'avis contraignant, elles ne peuvent plus demander au juge de prendre une décision apparentée. En revanche, le juge peut contrôler si la personne qui a émis l'avis contraignant s'en est tenue aux clauses convenues entre les parties à son égard et/ou si le tiers n'a pas agi de façon manifestement déraisonnable et contraire aux exigences de la bonne foi.

Cette institution de la tierce décision ou de l'avis contraignant telle qu'elle s'est développée en Belgique est une construction juridique indépendante sans rapport aucun avec les contrats traditionnels.

En outre, bien qu'on ne puisse en imposer l'exécution, il présente d'importants avantages même par rapport à l'arbitrage parce qu'il ne faut pas tenir compte de règles de procédure et de délais et que l'on peut réaliser les visées des parties de manière très informelle.

Dans ce pays où les autorités compromettent elles-mêmes l'Etat de droit, il est sain que les juristes cherchent des formules pour enrayer l'intolérable déclin du pouvoir judiciaire. De même, l'article 1134 du code civil peut conserver son rôle clé face au recul du législateur, à l'omniprésence du pouvoir exécutif et à la paralysie du pouvoir judiciaire. Les règles contractuelles peuvent résoudre la plupart des problèmes: le juge ne doit plus qu'évaluer marginalement les limites du raisonnable. Un Etat où les citoyens résolvent eux-mêmes leurs problèmes juridiques en dehors des pouvoirs constitués est un Etat de droit adulte. L'avis contraignant en est un brillant exemple.

ZUSAMMFASSUNG

DIE BINDENDE ENTSCHEIDUNG DRITTER ODER DAS BINDENDE GUTACHTEN ALS MITTEL ZUR VORBEUGUNG VON RECHTSSA- CHEN

EIN RECHTSVERGLEICH AUF DEN GRENZEN DES VERTRAGSRECHTS UND DES PROZESSRECHTS

I. DIE ENTSCHEIDUNG DRITTER

Im Rahmen des Themas des CEPINA-Kolloquiums 1984, namentlich die Vorbeugung von Rechtssachen, könnte nach einer externen Weise gesucht werden, um Bestreitungen und Streitigkeiten zu lösen, ohne an das Gericht oder an ein Schiedsgericht zu appellieren. Der aktuellen Justizproblematik gegenüber, die sich in der Hauptsache auf den Zugang zum Gericht und auf den Rückstand des Gerichts bezieht, könnte es sinnvoll sein andere und vielleicht zweckmässigere Wege zu gehen, und spezifisch zu erforschen ob nicht nebengerichtliche Lösungen vorgeschlagen werden können. So könnte durch die Zwischenkunft unparteilicher Dritter eine Streitigkeit zwischen Parteien auf vertragsmässig bindende Weise gelöst werden. So geht man auch den sachgerichtlichen Weg statt des prozessgerichtlichen Weges.

In der Praxis hat es immer das Bedürfnis an einer selbständigen Rechtsfigur gegeben, die es ermöglichen muss, dass Dritte Entscheidungen fällen würden, die die sich in einer gewissen Rechtsbeziehung gegenüberstehenden Parteien binden würden.

Die Zwischenkunft Dritter kan sich anlässlich einer vertragsmässigen Beziehung ereignen, in der die Parteien eine Interpretation oder gar eine Ergänzung verlangen. Allerdings kan auch ausserhalb einer Vertragsbeziehung die bindende Zwischenkunft Dritter wünschenswert und erforderlich sein.

Das Bedürfnis an einer Rechtsfigur wurde übrigens im belgischen Recht sei es nicht immer auf koherente Weise, in der Praxis befriedigt. Schon im vorigen Jahrhundert wurde bestimmt, dass wenn die Parteien Dritten eine absolute Befugnis gaben für die jeweiligen Parteien eine bindende Entscheidung zu fällen, es sich in casu um »une convention expresse spéciale« handelte, die weder mit einem schiedsgerichtlichen Vergleich noch mit anderen sachgerichtlichen Rechtsfiguren zu tun hatte.

In diesem Bericht möchte ich ausserdem voraussetzen, dass heute der Rückstand des Gerichts und die Politisierung der Magistratur Gegebenheiten sind, die das Bedürfnis nach einer Institution sachverständiger Vertrauensleute, die den Parteien in Not schnell und zweckmässig eine bindende Entscheidung anbieten können, noch schärfer spüren lassen.

Aus der Analyse der Rechtslehre, der Rechtsprechung und besonders der Rechtspraxis kann die Existenz einer selbständigen Rechtsfigur der Entscheidung Dritter abgeleitet werden. Überdies: In der belgischen Gesetzgebung kann auf eine Reihe von Regeln hingewiesen werden, die die Existenz einer solchen Rechtsfigur im voraus unterstellen. Dabei wird besonders an Art. 1854 des belgischen BGB gedacht.

Hieraus ergibt sich die Schlussfolgerung, dass es in Belgien seit Jahr und Tag eine Rechtsfigur gibt, die es ermöglicht Dritten die Befugnis zu geben eine für die Parteien bindende Entscheidung zu fällen. Diese Rechtsfigur ist mit keinem anderen in unserem Recht existierenden Institution zu vergleichen. Sie blieb allerdings bis auf heute ohne Bezeichnung und verdient einen kohärenteren Aufbau. Dies kann geschehen durch den Vergleich dieser Rechtsfigur mit analogen Rechtsfiguren im Ausland, der im untenstehenden Text durchgeführt wird.

II. ARBITRATO IRRITUALE

Wenn das »arbitrato rituale« bedeutet, das die Parteien von den Schiedsrichtern eine rechtsprechende Tätigkeit verlangen, die zu einer rechtskräftigen Entscheidung führen muss, hat das *arbitrato rituale* nur eine vertragsmässige Bedeutung, indem die Parteien mittels einer Entscheidung in der Form eines Vertrags eine Streitigkeit regeln wollen. Auch hier findet diese Rechtsfigur ihren Ursprung in dem *Codice civile italiano* (Art. 1322 C.c.it.).

Die Entscheidung der sogenannten Schiedsrichter hat in diesem Fall für die Parteien eine bindende Kraft; sie kann aber nicht zu der gerichtlichen Ausführung führen. Dafür muss noch an den üblichen Richter appelliert werden.

In der Praxis ist das freie Schiedsgericht in Italien zu einer riesigen Praxis ausgewachsen, die sich auf die vertragsmässige Willensautonomie der Parteien gründet. Dieses freie Schiedsgericht diene ausserdem dazu eine Reihe unüberwindliche Beschwerden des italienischen *arbitrato rituale* zu vermeiden. Jetzt wo infolge des neuen Gesetzes vom 9. Februar 1983 diese Beschwerden zum Teil verschwinden, kann man sich fragen, ob das *arbitrato irrituale* weiter seine Bedeutung bewahren wird.

III. DER VERTRAGSREGLER

1978 wurde vom CCI in Paris ein Reglement hinsichtlich der Regelung der Vertragsbeziehungen verfasst. Dabei suchte man vor allem nach Mechanismen die ermöglichen müssen Vertragsbeziehungen der veränderten Umständen anzupassen. Darum wurde suggeriert eine Basisbedingung zu verfassen, die zu einer Empfehlung oder einer Entscheidung durch Dritte führen muss. Diese Basisbedingung die vorgeschlagen wurde, lautet: »Falls die Parteien in gemeinsamer Einstimmung die im Artikel ... des vorliegenden Vertrags vorgesehene Bestimmung nicht anwenden können, werden sie sich an die ständige Kommission für die Regelung der Vertragsbeziehungen des CCI wenden, damit ein Dritter gemäss den Bestimmungen des Reglements zur Regelung der Vertragsbeziehungen des CCI angewiesen und, den Modalitäten

dieses Reglements entsprechend seinen Auftrag ausführend, eine Empfehlung verfasst, oder in ihrem Namen eine Entscheidung fällt, die mit derselben Rechtskraft wie der vorliegende Vertrag rechtsgültig wird.«

IV. DAS BINDEnde GUTACHTEN

In den Niederlanden ist das bindende Gutachten Ende des 19. Jahrhunderts entstanden und es hat sich seither erheblich ausgebreitet. Im Falle eines bindenden Gutachtens verlangen die Parteien, dass ein Dritter, ausser jeder Form der prozessgerichtlichen Arbitrage, eine für sie sachtgerichtlich bindende Entscheidung fällen würde. Die Grundlage für das bindende Gutachten ist meistens ein darauf hingehender Vertrag zwischen Parteien, entweder eine Klausel in der Hauptvereinbarung, oder ein auf die Anweisung eines bindenden Gutachters hingehender Einzelvertrag. Die Rechtslehre und die Rechtsprechung haben akzeptiert, dass die Figur des bindenden Gutachtens den Grundsätzen des niederländischen Rechtssystems entspricht.

Das Gutachten, das von Dritten gegeben wird, hat jeweils die Rechtskraft eines zwischen Parteien abgeschlossenen Vertrags. Der Richter wird im Prinzip die von Dritten gegebene Entscheidung als bindend betrachten müssen, es sei denn, dass das gegebene Gutachten sich der Redlichkeit und der Billigkeit so sehr widersetzt, dass es den Anforderungen von Treu und Glauben widerspräche, die Gegenpartei dazu zu verbinden. Einiges kann selbstverständlich vom Richter überprüft werden, ohne dass letzterer jedoch an die Stelle des Dritten, der das bindende Gutachten gegeben hat, tritt.

Nach belgischem Recht ist die Rechtsfigur des bindenden Gutachtens zwar bestehend, dennoch meistens nicht unter dieser Bezeichnung bekannt. Nur wenige Autoren in Belgien kennen diese Rechtsfigur oder geben ihr eine autonome Bedeutung. Dennoch kann die Existenz dieser Rechtsfigur wie vorher erwähnt aus den Art. 1592, 1716 und 1854 des belgischen BGB abgeleitet werden.

Die in Belgien gewachsene Institution der Entscheidung Dritter oder des bindenden Gutachtens unterscheidet sich sehr deutlich von allen damit vergleichbaren Rechtsfiguren, wie der Vollmacht, dem Vergleich, der Begutachtung oder der Arbitrage. Mehr im besonderen unterscheidet sich das bindende Gutachten von der Arbitrage, indem ein Schiedsurteil nach der Exequatur einen ausführbaren Titel bildet, was mit dem bindenden Gutachten nie geschehen kann.

Für Parteien die auf eine gegenseitige ständige Zusammenarbeit angewiesen sind, ist das Einholen eines wenn auch bindenden Gutachtens eines Dritten deutlich weniger störend als ein Schiedsverfahren. Das bindende Gutachten ist selbstverständlich auch unmittelbarer und weniger umständlich als ein Schiedsverfahren. Aus der Analyse der Rechtspraxis und der Rechtsprechung zeigt sich, dass das bindende Gutachten in der belgischen Rechtspflege unter vielen unterschiedlichen Formen anwesend ist :

- die Klausel die bestimmt, dass mangels einer Uebereinstimmung hinsichtlich der Revision der Miete die Preisbestimmung von einem im gegenseitigen Einverständnis anzuweisenden Dritten durchgeführt wird;
- die Vereinbarung bei der das Opfer eines Unfalls und der Täter oder dessen Versicherer einen Dritten beauftragen um auf unwiderrufliche Weise den Invaliditätsgrad und/oder den Schaden festzustellen;
- die Vereinbarung bei der bei Ende der Miete ein Sachverständiger angedeutet wird um unwiderruflich den Mietschaden festzustellen und zu beseitigen;

— jede andere Vereinbarung die bestimmt, dass im Bestreitungsfall die Streitigkeit von Dritten verbindlich gelöst werden wird, ohne jegliche Möglichkeit des Rückanspruches durch die Parteien, oder jede andere Bestimmung in Reglementen bei der vorgesehen wird, dass eine gewisse Person Interpretationsstreitigkeiten auf souveräne Weise lösen wird.

V. BESCHLUSS

Es kommt mir vor, dass die belgische Entscheidung Dritter, wie sie sich in der Praxis entwickelt hat, mit dem niederländischen bindenden Gutachten die grösste Verwandtschaft zeigt. Deshalb scheint es angewiesen, die Terminologie »bindendes Gutachten« definitiv anzunehmen oder eine neue Terminologie vorzuschlagen, nämlich »die bindende Entscheidung Dritter«.

Die Anweisung des Dritten muss zwischen den Parteien vereinbart werden, es sei schriftlich, es sei mündlich. Freilich ist es zu empfehlen die Reglung zwischen den Parteien schriftlich niederzulegen. Dazu gibt es praktische Formeln.

Einmal wenn das bindende Gutachten zwischen den Parteien vereinbart wurde, können die Parteien den Richter nicht mehr um eine verwandte Entscheidung bitten. Der Richter kann jedoch überprüfen, ob der bindende Gutachter sich an der Reglung gehalten hat, die die Parteien ihm gegenüber getroffen haben und/oder ob der Dritte wohl oder nicht den Anforderungen von Treu und Glauben widersprechend deutlich gegen die Redlichkeit verstossen hat.

Diese in Belgien entstandene Institution der Entscheidung Dritter oder des bindenden Gutachtens ist eine selbständige Rechtsfigur die zu den traditionell bezeichneten Verträgen in keinerlei Beziehung steht.

Sie hat ausserdem, obwohl sie nicht zu einer Ausführung führt, wichtige Vorteile, mehr sogar als die Arbitrage, indem die Formen der Rechtspflege und die Fristen weniger berücksichtigt werden müssen und man auf sehr informelle Weise zustande bringen kann, was die Parteien verlangt haben.

In diesem Land, in dem der Rechtsstaat von den Machthabern selbst untergraben wird, ist es eine gesunde Reaktion der Juristen nach Formeln zu suchen um den nicht weiter duldbaren Niedergang der richterlichen Gewalt aufzuhalten. Der Schlüsselartikel 1134 des belgischen BGB kann auch beim Ausfallen des Gesetzgebers, bei der allseitigen Gegenwärtigkeit der ausführenden Gewalt und der Lähmung der richterlichen Gewalt seine Erstenrangsstellung weiter erfüllen. Mit vertragsmässigen Regeln können die meisten Probleme gelöst werden; der Richter muss nur noch die Grenzen der Redlichkeit marginal überprüfen. Es könnte eine Form des erwachsenen Rechtsstaates darstellen, wenn die Bürger selbst ausser der Obrigkeit ihre juristischen Probleme lösen. Davon ist das bindende Gutachten ein leuchtendes Beispiel.

SUMMARY

BINDING THIRD PARTY DECISIONS OR BINDING OPINIONS AS A MEANS OF PREVENTING LEGAL PROCEEDINGS

A COMPARATIVE ANALYSIS OF THE SCOPE OF CONTRACTS AND COURT PRO- CEDURE

I. THIRD PARTY DECISIONS

One of the possible topics for discussion at the CEPINA-symposium 1984, which has as its general theme the prevention of legal proceedings, is the question whether there exist any external means of solving disputes and arguments without resorting to the courts or to arbitration. Given the much-discussed problem of the accessibility and expediency of the courts, it would appear appropriate to explore other avenues and thus to ascertain whether there are any possible extra-judicial remedies available. One of these proposals could consist in solving the dispute between parties on a contractually binding basis through the intervention by an impartial third party. In this way, the remedy relates to the substantive as well as to the procedural law.

In legal practice there has at all times existed the need for an impartial agent enabling third parties to take decisions which are binding on parties having a particular legal relationship with each other.

The intervention by the third party may take place in the context of a contract which the parties wish to see interpreted or even complemented. The binding intervention by third parties can, however, also be useful in legal relationships other than those arising from contracts.

In fact, Belgian law meets the need for such an institution in practice, although this is not always done in a very coherent manner. As early as the last century it has been established that where the parties gave a third party total discretion in taking a decision, this was to be known as "*une convention expresse spéciale*" (a special express agreement) which was unrelated to either arbitration or to any other legal institute.

In this report, I hold that, especially in the present age, the delay incurred by the courts in dealing with cases and the increasingly political nature of the judiciary are factors which increase the need for the introduction of experts who enjoy the confidence of the parties and are capable of presenting them with a rapid and effective binding decision where they so require.

The existence of binding third party decisions as a legal institution in their own right appears from an analysis of the existing literature, case law and especially from developments in legal practice. Moreover, Belgian legislation reveals a large number of rules which presuppose the existence of such an institution, Article 1854 of the Civil Code being a case in point.

From the foregoing, it can be concluded that Belgian law has for a long time known a legal institution enabling third parties to provide decisions which are binding on the parties. This institution cannot be compared with any other in Belgian law. It has, however, hitherto never been dignified by any denomination and deserves a more coherent construction. This could be achieved by comparing it with similar institutions in other legal systems, as will be done elsewhere in this paper.

II. ARBITRATO IRRITUALE

If the term *arbitro rituale* is taken to mean the procedure under which the parties seek a judicial function from the arbitral instance which should result in a decision possessing force of law, the term *arbitro irrituale* is only relevant in the context of a contract in the sense that parties seek to settle a dispute through a decision assuming the form of a contract. This legal institution also has its origins in the Italian Civil Code (article 1322).

In this case, decisions taken by the "arbiters" are binding on the parties but cannot lead to judicial enforcement, for which the ordinary courts remain competent.

In practice, this type of informal arbitration has experienced a considerable expansion in Italy and has led to an established practice based on the freedom to contract of both parties. This procedure was also intended to circumvent a number of insuperable problems posed by the Italian *arbitrato rituale*. Now that these problems have been largely removed as a result of the Law of 9/2/1983, it is legitimate to pose the question whether the *arbitrato irrituale* will retain its present significance.

III. CONTRACTUAL STANDARDS

In 1978, the C.C.I. established in Paris a code aimed at the regulation of contractual relations. Here, the accent was particularly on those mechanisms which should enable contractual relations to be adapted in the light of changing conditions. This is why it was proposed that a fundamental clause be drafted which should lead to an opinion or a decision being delivered by a third party. This clause reads as follows: "Where the parties are unable to apply to their mutual satisfaction the provisions contained in Article (....) of the present contract, they will apply to the Permanent Committee for the Regulation of Contractual Relations in order that a third party, appointed in accordance with the provisions of the CCI Contractual Relations Code and completing his assignment in accordance with the specifications of the Code, drafts a recommendation or takes on their behalf a decision which will govern the provision concerned under the same terms as the provisions contained in the contract".

IV. THE BINDING OPINION

The practice of binding opinions saw the light of day in the Netherlands at the end of the 19th century and has gained considerably in strength ever since. Here, the parties request a third party to provide them with a judicially-binding decision without resorting to any form of arbitral procedure.

The basis for binding opinions is in most cases contained in a contract specifically aimed at its creation, and consists in either a clause in the main agreement or in a separate contract under which the third party concerned is appointed. It is accepted by both the leading authorities and by the courts that the institution of the binding opinion is compatible with the fundamental principles of the Dutch legal system.

The opinion delivered by the third party has in each case the same force as a contract concluded between the two parties. In principle, the courts must hold such a third party decision as being binding, unless the opinion delivered is inconsistent with basic considerations of equity and justice to such an extent as to render any decision

to make it binding on the parties a negation of good faith. Whether this is the case or not may be decided by the courts without, however, substituting their opinion for that of the third party concerned.

Under Belgian law, the institution of the binding opinion exists without necessarily being known under that denomination. Very few Belgian authors would appear to have knowledge of this institution or to endow it with an autonomous status.

However, the existence of this institution can be concluded from Articles 1592, 1716 and 1854 of the Civil Code (cf. *supra*).

The institution of the third party decision or the binding opinion as it has evolved in Belgium is clearly radically different from all comparable institutions such as powers of attorney, settlement out of court, expert valuation or arbitration.

More particularly, the binding opinion differs from arbitration in that an arbitral decision, after having received confirmation, constitutes an enforceable title, which can never be the case with binding opinions.

For parties who find themselves in a position of constant co-operation the securing of an opinion, albeit a binding one, by an impartial third party is clearly less disruptive than arbitration proceedings. Obviously binding opinions are more direct and less convoluted by nature than arbitration proceedings.

From an analysis of the existing legal practice and court decisions, it appears that binding opinions exist in the Belgian case law under various forms :

- (a) clauses under which, in the absence of agreement on a review of the rent, the latter will be determined by a third party to be appointed by common consent;
- (b) agreements under which the victim of an accident and the guilty party, or his insurer, appoint a third party to establish definitely the degree of incapacity and/or of the damage;
- (c) agreements under which an expert is appointed at the conclusion of the period of hire in order to establish the rental damage in definite terms;
- (d) any other agreement establishing that where a dispute arises it shall be solved in binding fashion by a third party, without any further remedy or appeal by either of the parties being possible, or any other provision in sets of rules under which a certain person enjoys total discretion in solving difficulties of interpretation.

V. CONCLUSION

It would appear that third party decisions as they have evolved under Belgian law and practice, are nearer to the Dutch equivalent than to any other system. It would therefore seem advisable that the term "binding opinion" be definitely adopted or that a new term, such as binding third party decision, be devised.

The appointment of a third party must be a matter of agreement between the parties, either in written or in oral form. It would, however, appear advisable to stipulate certain conditions in written form, hence the existence of standard forms to be used in practice.

Once agreement has been reached by the parties to accept binding opinions, they are no longer entitled to request a decision on the subject-matter of the agreement from the courts. The latter may, however, satisfy themselves that the third party in question has actually adhered to the original agreement requiring his services and/or whether or not that third party has acted in good faith or equitably.

The institution of third party decisions or of binding opinions as it has developed in Belgium constitutes a legal institution in its own right which has no relationship whatsoever with the traditional contracts.

Moreover, although it is not enforceable, the institution has this advantage over arbitration that less attention needs to be paid to formalities and deadlines, and the parties' desires can be achieved in extremely informal fashion.

In this country, where the rule of law is being undermined by those in authority themselves, it is a healthy sign that the lawyers seek ways of countering the present intolerable trend towards downgrading the judicial function and powers. The crucial rule contained in Article 1134 of the Civil Code may continue to fulfil its priority function even where the legislator has failed to act, where the executive is omnipresent and the judiciary has been frustrated in the fulfilment of its task. The majority of problems can be solved through contractual means, the courts being required merely to assess the limits of what can be regarded as "reasonable". It is probably fair to state that it is a sign of a mature democracy based on the rule of law whose citizens contrive to solve their own legal problems without any action on behalf of the authorities. The provision of binding opinions is a significant example of this.