

VOOR EEN HERVORMING VAN DE BELGISCHE ARBITRAGEWET

VOORSTELLEN VAN HET CEPINA

door

G. KEUTGEN

Hoogleraar aan de Université Catholique de Louvain
Secretaris-generaal van het CEPINA

1. Het Belgische arbitragerecht bestaat in wezen uit Deel VI van het Gerechtelijk wetboek(1). Het omvat de eenvormige wet inzake arbitrage, die op 20 januari 1966 in het kader van de Raad van Europa te Straatsburg werd opgemaakt en op 4 juli 1972 door de wetgever werd goedgekeurd. Deze eenvormige wet is erop gericht, door de eenmaking van de nationale wetgevingen, een efficiëntere beslechting van privaatrechtelijke geschillen via arbitrage mogelijk te maken en meer bepaald de handelsbetrekkingen tussen de lidstaten te vergemakkelijken (preambule, 2de considerans). De beoogde eenmaking van de nationale wetgevingen via de werkzaamheden van de Raad van Europa werd niet bereikt, aangezien België het enige land is dat het Verdrag van Straatsburg heeft geratificeerd. Deze ratificatie is er gekomen nadat een poging om op het niveau van de landen van de Benelux een consensus te bereiken, was mislukt. Dit verklaart de huidige uitzonderingspositie van België in de groep van landen die over een arbitragewetgeving beschikken. Twintig jaar na de invoering van de eenvormige wet in het Gerechtelijk wetboek, formuleert het Belgisch centrum voor studie en praktijk van nationale en internationale arbitrage (CEPINA), het belangrijkste arbitragecentrum van ons land en het enige dat internationaal wordt erkend, een aantal voorstellen tot wijziging van de huidige wet(2).

(1) Voor een commentaar van de desbetreffende wetgeving verwijze men in het bijzonder naar HUYS, M. en KEUTGEN, G., *L'arbitrage en droit belge et international*, Brussel, Bruylant, 1981, 812 p.; STORME, M. en DEMEULENAERE, B., *International Commercial Arbitration in Belgium*, Antwerpen, Kluwer, 1989, 306 p.; LINSMEAU, J., *L'arbitrage volontaire en droit privé belge*, in *RPDB*, aanvulling VII, 1989, 68 p.

(2) Zie KEUTGEN, G., „Het Belgisch centrum voor studie en praktijk van nationale en internationale arbitrage”, *Tijdschrift voor arbitrage*, 1993, 59 e.v.

2. Deze voorstellen zijn opgebouwd op basis van een drievoudige analyse:

- de lessen uit de toepassing van de wet op de arbitrage van 1972 en de moeilijkheden of onzekerheden ondervonden in de praktijk; de onderrichtingen van de rechtspraak(3) en de rechtsleer werden eveneens in de denkoefening van het CEPINA verwerkt;
- de hervormingen van het arbitragegerecht die het voorbije decennium in een aantal Europese landen zijn doorgevoerd(4); het gaat voornamelijk om de Franse decreten van 14 mei 1980 en 12 mei 1981(5), de Nederlandse wet van 1 juli 1986(6), het Zwitserse concordaat van 27 augustus 1969(7) en de Zwitserse federale wet van 18 december 1987 betreffende het internationaal privaatrecht(8);
- de modelwet van de Commissie van de Verenigde naties voor internationale handelsarbitrage, aangenomen door de Commissie van de Verenigde naties voor internationaal handelsrecht op 21 juni 1985(9).

3. De voorstellen van het CEPINA zijn niet opgesteld vanuit theoretisch oogpunt. Zij zijn geformuleerd met de bedoeling dat zij snel door het Parlement kunnen worden aangenomen. Ook werden zij in de vorm van amendementen op de huidige wet gegoten; immers, een grondige hervorming van die wet zou de parlementaire werkzaamhe-

(3) Zie onder meer de rechtspraakronde inzake arbitrage van KEUTGEN, G. en HUYS, M., *J.T.*, 1976, p. 53 e.v.; 1984, 53 e.v.; 1988, 417 e.v. en van KEUTGEN, G., *J.T.*, 1993, 678 e.v.

(4) Ter raadpleging van deze teksten verwijze men naar het *Répertoire pratique de l'arbitrage commercial international*, Coll. Fac. Droit Liège, losbladig werk, en naar het *Yearbook Commercial Arbitration*, gepubliceerd door de International Council for Commercial Arbitration, onder leiding van VAN DEN BERG, A.J., Kluwer, waarvan eind 1993 18 boekdelen zijn verschenen.

(5) Zie DE BOISSÉSON, M., *Le droit français de l'arbitrage interne et international*, Ed. Joly, 1990, 1.131 p.

(6) Zie SANDERS, P., *Het nieuwe arbitragerecht*, 2de uitg., Kluwer, 1991, 302 p.

(7) Zie JOLIDON, P., *Commentaire du Concordat suisse sur l'arbitrage*, Staempfli, 1984, 563 p.

(8) Zie BRINER, R. in *Yearbook Commercial arbitration* vol. XIV, 1989, 1 e.v., en BUDIN, R., „La nouvelle loi suisse sur l'arbitrage international”, *Rev. Arb.*, 1988, 51 e.v.

(9) Zie HOLTZMANN, H. en NEUHAUS, J., *A guide to the UNCITRAL-model law on international commercial arbitration*, Kluwer, 1989, 1.307 p.

den erg bemoeilijken. In tegenstelling tot de Franse wet(10) en naar analogie met de Nederlandse en de Duitse wet(11) wordt overigens niet in een afzonderlijk hoofdstuk over internationale arbitrage voorzien(12). Het is immers niet altijd duidelijk of in een welbepaalde arbitrageprocedure wel degelijk „des intérêts du commerce international” op het spel staan.

Het voornaamste voordeel van een specifieke regeling voor internationale arbitrage is overigens dat zij onderworpen wordt aan een aantal bepalingen die soepeler zijn dan hetgeen in het nationale recht geldt. Deze grotere soepelheid moet echter hoe dan ook aan alle arbitrages ten goede komen. Het onderscheid dat tegenwoordig wordt gemaakt tussen uitspraken die in België en in het buitenland worden gedaan, blijft dus behouden. Voor laatstgenoemde gelden bijzondere regels wat hun uitvoerbaarverklaring betreft (art. 1719 e.v. Gerechtelijk wetboek), terwijl voor uitspraken die in België worden gedaan maar die geen band met ons grondgebied in de zin van artikel 1717, §4 van het Gerechtelijk wetboek hebben, in ons huidige recht geen vordering tot nietigverklaring in België kan worden ingediend.

4. De voorstellen van het CEPINA wijzigen de huidige wet op elf punten: de bekwaamheid om een arbitrageovereenkomst te sluiten (art. 1676 Gerechtelijk wetboek), de wraking (art. 1690), de procedureregels en de plaats van arbitrage (art. 1693), het bewijsrecht (art. 1696), de tussenkomst (toevoeging van een artikel 1696*bis*), de uitspraak alvorens recht te doen (art. 1699), de amiable composition (art. 1700), de rechtzetting en de uitlegging van de scheidsrechterlijke uitspraak (toevoeging van een art. 1702*bis*), het hoger beroep tegen een scheidsrechterlijke uitspraak (art. 1703), de dwangsom (toe-

(10) Art. 1492 van de Code de procédure civile geeft daarvan de volgende definitie: „Est international l'arbitrage qui met en cause des intérêts du commerce international”. Vergelijk met art. 1, §3 van de UNCITRAL-modelwet: Arbitrage is internationaal indien:

„a) the parties to an arbitration agreement have, at the time of the conclusion of that agreement, their places of business in different States; or
b) one of the following places is situated outside the State in which the parties have their places of business:
(i) the place of arbitration if determined in, or pursuant to, the arbitration agreement;
(ii) any place where a substantial part of the obligations of the commercial relationship is to be performed or the place with which the subject-matter of the dispute is most closely connected; or
c) the parties have expressly agreed that the subject-matter of the arbitration agreement relates to more than one country”.

(11) Zie §§ 1025 tot 1048 Zivilprozeßordnung.

(12) Wat de huidige toestand betreft, zie DE LY, F., „Internationale arbitrage in België”, *Tijdschrift voor arbitrage*, 1989, 135 e.v.

ging van een art. 1709bis) en de verzaking aan de nietigverklaring (art. 1717).

5. Een eerste idee die bij een aantal voorgestelde wijzigingen domineert is *de versteviging van het conventionele karakter van arbitrage*. Het komt erop aan te bevestigen dat arbitrage weliswaar ontegensprekelijk een jurisdictioneel doel nastreeft, omdat zij in een uitspraak uitmondt die de waarde van een vonnis heeft en als zodanig gezag van gewijsde heeft, maar dat zij toch in de eerste plaats gebaseerd blijft op een akkoord tussen de partijen. Dit betekent dat zolang deze het met elkaar eens zijn, zij het voor het zeggen moeten blijven hebben wat de organisatie en het verloop van de arbitrage en haar eventuele gevolgen betreft. Deze benadering is des te meer gerechtvaardigd, daar arbitrage hoofdzakelijk plaats heeft tussen economische operatoren die vertrouwd zijn met de juridische en procedurevraagstukken die bij een rechtspleging voor arbiters thuis horen. De wetgever zelf past zich overigens steeds meer in dit perspectief in. Zo verbiedt de wet van 25 juni 1992 op de landverzekeringsovereenkomst elk beding waarbij de partijen bij een verzekeringsovereenkomst zich vooraf verbinden de geschillen die uit de overeenkomst zouden ontstaan, aan scheidsrechters voor te leggen (art. 36, § 1). Dit verbod geldt echter niet voor verzekeringsovereenkomsten die met sommige grote ondernemingen worden gesloten (art. 36, § 2).

Hoewel de hervorming van 1972, die in Deel VI van het Gerechtelijk wetboek is opgenomen, hoofdzakelijk de klemtoon legt op het jurisdictioneel aspect van arbitrage⁽¹³⁾, zijn de voorstellen van het CEPINA erop gericht een zeker evenwicht te herstellen door het conventionele aspect ervan te verstevigen. Het gaat om een fundamentele optie, want als men het jurisdictionele aspect van arbitrage overdreven begunstigt, met de dwangmatigheden die eigen zijn aan een gerechtelijk debat, loopt men onvermijdelijk het risico dat het privé-karakter van arbitrage als wijze van geschillenregeling wordt aangetast.

6. Het conventionele karakter vloeit onder meer voort uit de mogelijkheid die op vele punten aan de partijen wordt geboden om de arbitrage naar hun zin aan te passen.

(13) Zie HUYS, M. en KEUTGEN, G., *o.c.*, meer bepaald pp. 33 en 34.

a) Dat is telkens het geval wanneer de tekst de partijen *recht op afwijking* verleent van een bepaalde regel, door een systeem te organiseren dat verschilt van dat waarin het Gerechtelijk wetboek voorziet. Zo staat in tal van voorstellen „behoudens andersluidende bepaling”, wat wil zeggen dat de wettelijke regel maar een suppletieve waarde heeft, bij gebrek aan een andersluidende wilsuiting van de partijen.

Conform artikel 1039, § 5 van de Nederlandse wet(14) en artikel 19, § 2 van de modelwet van de UNCITRAL wordt bepaald dat het scheidsgerecht, „*tenzij anders is overeengekomen*, vrij oordeelt over de toelaatbaarheid van de bewijsmiddelen en hun bewijskracht” (art. 1696, § 2). In verband met de amiable composition wordt, naar analogie van de Franse wet (art. 1474), de Zwitserse wet (art. 33) en de UNCITRAL-modelwet (art. 28, § 3), eveneens gesteld dat „de scheidslieden, *behoudens andere overeenkomst*, volgens de regelen des rechts beslissen” (art. 1700)(15). Bovendien kan nog het voorbeeld worden aangehaald van de rechtzetting van de uitspraak die binnen dertig dagen na betekening ervan kan worden aangevraagd, „*tenzij partijen een andere termijn zijn overeengekomen*” (art. 1702bis nieuw)(16). De versteviging van het conventioneel karakter van arbitrage door de mogelijkheid die aan de partijen wordt geboden om van de wettelijke regeling af te wijken, wordt vooral bevestigd door de mogelijkheid die hun wordt verleend om aan iedere vordering tot nietigverklaring van een uitspraak te verzaken (art. 1717, § 4, Gerechtelijk wetboek; zie *infra*, punt 9).

Het conventionele karakter wordt eveneens versterkt in de omgekeerde hypothese, wanneer de tekst een mogelijkheid voorstelt die voor de partijen maar geldt als ze uitdrukkelijk en ondubbelzinnig bepalen dat ze die willen opnemen en regelen.

Dat is zo met het voorstel van het CEPINA betreffende de uitlegging van de scheidsrechterlijke uitspraak: een partij kan, „*wanneer partijen daartoe zijn overeengekomen*” mits kennisgeving aan de andere partij, aan het scheidsgerecht vragen om een bepaald punt of speci-

(14) Art. 1039, § 5 van de Nederlandse wet luidt als volgt: „Voor zover de partijen niet anders zijn overeengekomen, is het scheidsgerecht vrij ten aanzien van de toepassing van de regelen van bewijsrecht”.

(15) Zie bij voorbeeld art. 28, § 3 van de UNCITRAL-modelwet: „The arbitral tribunal shall decide ex aequo et bono or as amiable compositeur only if the parties have expressly authorized it to do so”.

(16) Zie in dezelfde zin art. 33, § 1 van de UNCITRAL-modelwet, waarvan de door het CEPINA voorgestelde tekst rechtstreeks is afgeleid.

fieke passage uit het vonnis toe te lichten (art. 1702*bis* nieuw)(17). Dat geldt ook voor de mogelijkheid van hoger beroep: „Tegen een scheidsrechterlijke uitspraak kan slechts arbitraal hoger beroep worden ingesteld, *indien partijen* in de overeenkomst tot arbitrage *daarin hebben voorzien en de modaliteiten daarvan hebben geregeld*” (art. 1703, § 2 nieuw)(18). Nog een CEPINA-voorstel luidt: „De tussenkost kan slechts voortvloeien *uit een overeenkomst tot arbitrage tussen de derde en de partijen bij het geding*” (art. 1696*bis*, § 3 nieuw)(19).

c) Ten slotte wordt de conventionele benadering gekenmerkt door het uitblijven van een ingrijpen van de wetgever op een aantal punten, hetgeen de partijen in staat stelt de arbitrage naar eigen wens te organiseren.

In tegenstelling tot het Zwitserse concordaat (art. 25) en het Nederlandse recht (art. 1033, § 1), is niet uitdrukkelijk voorzien in de mogelijkheid om een secretaris van het scheidsrechterlijke college aan te stellen, of nog, in de vereffening van het voorschot op de arbitragekosten (art. 30 Zwitsers concordaat). Al wordt gesteld dat het scheidsgerecht voorlopige of bewarende maatregelen kan bevelen, toch bepaalt de tekst van het CEPINA, in tegenstelling tot de Nederlandse wet (art. 1051, § 1), niet dat een partij zich daartoe eveneens tot de voorzitter van het scheidsgerecht kan wenden. Niets verhindert de partijen echter daar bij overeenkomst in te voorzien.

7. Naast die versteviging van het conventionele karakter van arbitrage is een tweede krachtlijn terug te vinden in een aantal amendementen die door het CEPINA worden voorgesteld. Het gaat om *een grotere doeltreffendheid van arbitrage door een wettelijke erkenning van nieuwe bevoegdheden van de arbiter*. Dat is hoofdzakelijk zo voor artikel 1709*bis*, dat de mogelijkheid bekrachtigt voor de arbiter

(17) Deze bepaling neemt letterlijk de tekst over van art. 33, § 1, letter b) van de UNCITRAL-modelwet.

(18) De Nederlandse wet voorziet eveneens in deze mogelijkheid: „Arbitraal hoger beroep van een arbitraal vonnis is slechts mogelijk indien de partijen dit bij overeenkomst hebben voorzien” (art. 1050, § 1). Daarentegen zijn de wijzen van toepassing in Nederland door de wet zelf bepaald. Terwijl in het voorstel van het CEPINA de partijen de termijn moeten bepalen binnen dewelke hoger beroep kan worden ingesteld, wordt in art. 1050, § 4 van de Nederlandse wet het volgende bepaald: „De termijn voor het instellen van het arbitraal hoger beroep beloopt drie maanden na de dag van nederlegging van het vonnis ter griffie van de rechtbank, tenzij de partijen anders zijn overeengekomen”.

(19) Zie art. 1045, § 3 van de Nederlandse wet: „De voeging, tussenkost of vrijwaring kan slechts door het scheidsgerecht (...) worden toegelaten indien de derde bij schriftelijke overeenkomst met de partijen tot de overeenkomst tot arbitrage is toegetreten”. Art. 28 van het Zwitserse concordaat voorziet in een analoge reglementering.

— mogelijkheid die hem vandaag door de rechtsleer wordt ontzegd —(20) om dwangsommen op te leggen, naar het voorbeeld van wat in Nederland kan(21). Zo'n dwangsom kan worden opgelegd onder dezelfde voorwaarden als die welke voor een gewoon vonnis gelden(22).

Dit streven naar doeltreffendheid is er ook voor wat de organisatie van de procedure door de arbiter betreft.

Tenzij anders is overeengekomen, kan hij op elke plaats die hij daartoe geschikt acht, zijn opdracht vervullen (getuigen en deskundigen horen, documenten controleren, beraadslagen, ...) (art. 1693, § 2 nieuw). Zo wordt een onderscheid gemaakt tussen enerzijds de plaats van arbitrage, die de plaats is waar de gewone rechter eventueel moet optreden (bewarende maatregelen, verhaal, uitvoerbaarverklaring, ...) en waar de uitspraak wordt gedaan en anderzijds de plaats(en) waar de materiële verrichtingen met betrekking tot de behandeling van de zaak en de voorbereiding van de uitspraak gebeuren. In dit laatste verband beschikt de arbiter over een grote vrijheid, want deze verrichtingen kunnen zelfs buiten België gebeuren(23). Zij worden evenwel geacht op de plaats van arbitrage te zijn gebeurd.

Het streven naar efficiëntie is ook aanwezig wanneer de bevoegdheid van de arbiter wordt bekrachtigd om, naast de rechter in kort geding (art. 1679, § 2 Gerechtelijk wetboek), voorlopige of bewarende maatregelen te bevelen (art. 1696, § 1 nieuw). Daarmee wordt tegemoetgekomen aan een uitdrukkelijke wens van de practici van de arbitrage en wordt het duidelijk waarom een zo befaamde instelling als het Internationale arbitragehof van de IKK een arbitraal kort geding heeft georganiseerd. Daardoor kan binnen een zeer korte termijn een persoon worden benoemd die bevoegd is om bepaalde maatregelen te bevelen, zoals de consignatie van een geldsom of het

(20) Zie LINSMEAU, J., *o.c.*, nr. 221.

(21) Art. 1056, P. SANDERS merkt daarbij op dat bij tussenvonnis geen dwangsom opgelegd kan worden (p. 190 *in fine*).

(22) Zie art. 1385bis tot 1385octies Ger. Wetboek, die door analogie van toepassing zijn.

(23) De Nederlandse wet voorziet uitdrukkelijk in de mogelijkheid om in het buitenland zitting te houden (art. 1037, § 3). Zie in dit verband P. SANDERS, p. 114. Dezelfde vrijheid is ook in de UNCITRAL-modelwet terug te vinden: „... the arbitral tribunal may, unless otherwise agreed by the parties meet at any place it considers appropriate for consultation among its members, for hearing witnesses, experts of the parties, or for inspection of goods, other project or documents”.

bewaren van bewijzen, vooraleer de zaak zelf aan het scheidsgerecht of de gewone rechtbank wordt voorgelegd(24).

De vrijheid waarover het scheidsgerecht beschikt om over de toelaatbaarheid van de bewijsmiddelen en hun bewijskracht te oordelen (art. 1696, § 2 nieuw) beantwoordt aan een zelfde wens. De partijen kunnen deze vrijheid evenwel beperken of opheffen en een overeenkomst sluiten over de bewijsmiddelen die de arbiters verbindt. De draagwijdte van deze bepaling, waarvan het equivalent in de Nederlandse wet(25) terug te vinden is, wordt goed geïllustreerd door de memorie van toelichting bij de wet, waarin staat dat „arbiters vrij zijn ten aanzien van de toelaatbaarheid van bewijsmiddelen en de waardering van het bewijs en te dien aanzien geheel naar eigen goeddunken kunnen oordelen, te meer omdat naar algemeen aanvaarde rechtsopvatting het burgerlijk bewijsrecht niet geldt in arbitrale procedures”(26). Deze vrijheid op het gebied van bewijsvoering is uiterst belangrijk bij internationale arbitrage. Zij ontheft de arbiter van de verwijzing naar de interne wetgeving om te bepalen of de bewijsmiddelen toelaatbaar zijn.

Als antwoord op het streven naar een grotere doelmatigheid geldt ook de wettelijke bevestiging van de mogelijkheid voor de arbiters om, conform de huidige praktijk, uitspraak te doen alvorens recht te spreken (art. 1699) en om zich tot het scheidsgerecht te wenden met een verzoek tot rechtzetting van hun vonnis als dit een verkeerde berekening, een materiële fout, een zetfout of iedere soortgelijke vergissing zou bevatten, of tot interpretatie van een bepaald punt of een specifieke passage van dit vonnis (art. 1702bis, § 1 nieuw). Dergelijke interpretatie is echter alleen mogelijk als de partijen het daarover eens zijn. Voorts kan het scheidsgerecht, *motu proprio*, zijn vonnis rectificeren wanneer dit een van voornoemde vergissingen (art. 1702bis, § 2 nieuw) bevat. Als het scheidsgerecht niet meer in

(24) ICC Pre-arbitral referee procedure, Rules in force as of January 1, 1990. Zie onder meer art. 2.1.: „The powers of the referee are:

(a) To order any conservatory measures or any measures of restoration that are urgently necessary to prevent either immediate damage or irreparable loss and so to safeguard any of the rights or property of one of the parties;

(b) To order a party to make to any other party or to another person any payment which ought to be made;

(c) To order a party to take any step which ought to be taken according to the contract between the parties, including the signing or delivery of any document or the procuring by a party of the signature or delivery of a document;

(d) To order any measures necessary to preserve or establish evidence”.

(25) Art. 1039, § 5.

(26) Citaat in P. SANDERS, p. 120. De UNCITRAL-modelwet bepaalt in dezelfde zin dat „the power conferred upon the arbitral tribunal (art. 19, § 2) includes the power to determine the admissibility, relevance, materiality and weight of any evidence”.

staat is zijn vonnis te interpreteren of te rectificeren, kan dit gebeuren door de rechtbank van eerste aanleg waarvan de voorzitter bevoegd is om de uitvoerbaarverklaring te verlenen (art. 1702*bis*, § 5 nieuw). Mocht deze hervorming worden goedgekeurd, dan zou meteen een eind worden gemaakt aan de onzekerheid die nu bestaat⁽²⁷⁾. Deze hervorming is rechtstreeks ingegeven door de modelwet van de UNCITRAL, niet alleen wat de rechtzetting betreft, die onder meer ook in de Nederlandse (art. 1460) en in de Franse wet (art. 1475) is opgenomen, maar ook wat de uitlegging betreft, een mogelijkheid waarin beide voornoemde wetgevingen niet voorzien. Zij wordt er evenwel duidelijk in omschreven: „If so agreed by the parties” kan de uitlegging worden gevraagd „of a specific point or part of the award”⁽²⁸⁾.

8. Nog een uitdrukkelijke wens van het CEPINA is *de regeling van een aantal hinderlijke problemen* die door de auteurs van het Gerechtelijk wetboek worden veroorzaakt doordat ze uitgaan van een gebrekkig begrip van arbitrage of van enige vrees, die vandaag de dag niet gegrond voorkomt, ten aanzien van deze wijze van geschillenregeling.

a) Dat is het geval met het *beding van amiable composition*, waarvan het Hof van beroep te Bergen terecht heeft gezegd dat het om een wijze van geschillenregeling gaat die het mogelijk maakt om „*dans une certaine mesure*” de rechtsregels buiten beschouwing te laten (Bergen, 17 juni 1980, *Pas.*, 1980, II, 128 en *J.T.*, 1981, p. 100). Men kan zich afvragen of het voorbehoud ten aanzien van de amiable composition — waarmee het huidige artikel 1700 rekening houdt door het ogenblik uit te stellen waarop wordt bepaald dat op amiable composition een beroep zou worden gedaan, — niet enigszins voortkomt uit een miskennis van haar ware aard. Inderdaad, om het met de treffende woorden van Georges de Leval te zeggen, „celui qui en est investi ne statue pas ‘contre’ le droit mais, au besoin, sans le concours du droit lorsque son application conduirait à des consé-

(27) In de regel ontzegt de rechtsleer aan de arbiters het recht om hun eigen vonnis uit te leggen, want zodra dit laatste aan de partijen wordt meegedeeld, wordt de zaak hen uit handen genomen. Daarop wordt alleen een uitzondering gemaakt als de overeenkomst tot arbitrage is opgesteld in zeer algemene bewoordingen die ook de bevoegdheid voor de arbiters inhouden om zich uit te spreken over de moeilijkheden om het vonnis uit te leggen, en anderzijds als de partijen bij uitdrukkelijke overeenkomst beslissen zich tot de arbiters te wenden (zie LINSMEAU, J., *o.c.*, nr. 318 e.v.).

(28) Zie HUY, M. en KEUTGEN, G. *o.c.*, pp. 334 tot 338. Voor de toestand in Zwitserland, zie JOLIDON, P., *o.c.*, p. 496, en in Nederland, P. SANDERS, p. 201.

quences trop rigoureuses" (RDIC, 1976, p. 180). Zo bekeken, lijkt het beding van amiable composition in de eerste plaats een correctief of een aanvulling van de rechtsregel. Door het beding wordt het mogelijk de toepassing van de wet te vermijden waar die al te strikt is voor een partij, bij voorbeeld vanwege haar goede trouw die uit verschillende stukken van het dossier zou blijken. De arbiter kan als zodanig onder meer schuldvorderingen compenseren buiten de wettelijke voorwaarden, of nog, een hoofdelijke veroordeling uitspreken al is de hoofdelijkheid niet gestipuleerd. In ieder geval maakt amiable composition het geenszins mogelijk de regels van openbare orde uit de weg te gaan of de grondslagen van een overeenkomst tussen partijen te wijzigen, meer bepaald door een van hen vrij te stellen van alle verbintenissen die zij heeft onderschreven.

Daarom stelt het CEPINA voor dat de partijen op *ieder ogenblik* in een beding van amiable composition kunnen voorzien, op voorwaarde wel te verstaan dat het uit een unaniem en ondubbelzinnig akkoord voortvloeit (art. 1700). Het ogenblik waarop dit akkoord wordt vastgesteld, heeft weinig belang: vóór het geding of zelfs tijdens het verloop van de arbitrale procedure. Deze wijziging ligt in de lijn van de Zwitserse(29), de Nederlandse(30) en de Franse(31) wetgeving en ook van de modelwet van de UNCITRAL(32).

b) Het tweede voorbeeld, dat gekoppeld is aan een ongegronde vrees voor arbitrage, is dat op dit ogenblik *publiekrechtelijke rechtspersonen* — in het bijzonder overheidsbedrijven — *verboden wordt een beroep te doen op arbitrage* (art. 1676, § 2 Gerechtigelijk wetboek). Dit verbod verdient om drie redenen opnieuw in overweging te worden genomen: in de eerste plaats kan de Belgische Staat een beroep doen op arbitrage in het kader van het Europese verdrag van Genève van 1961, dat in 1975 door ons land werd goedgekeurd(33). Vervolgens

(29) Art. 33.

(30) Art. 1054, § 3.

(31) Art. 1074. Volgens de Franse wetgeving moet de mogelijkheid van amiable composition evenwel in de overeenkomst tot arbitrage zijn opgenomen.

(32) Art. 28, § 3: „The arbitral tribunal shall decide ex aequo et bono or as amiable compositeur only if the parties have express authorised it to do so”. Art. 7, § 2 van het Europees Verdrag van Genève van 21 april 1961 inzake internationale handelsarbitrage bepaalt eveneens dat „The arbitrators shall act as amiable compositeurs if the parties so decide and if they may do so under the law applicable to the arbitration”. De verwijzing „if they may do so” is bedoeld voor landen waar, net als in Groot-Brittannië, de regeling via een amiable compositeur onbekend is.

(33) Zie art. II (1): „... les personnes morales qualifiées, par la loi qui leur est applicable, de „personnes morales de droit public” ont la faculté de conclure valablement des conventions d'arbitrage”.

is België een uitzondering tegenover alle ons omringende landen, van Nederland tot Frankrijk via Duitsland, waar publiekrechtelijke rechtspersonen arbitrage kunnen aangaan, soms zonder enige beperking zoals in Duitsland(34) of in Frankrijk voor internationale arbitrage(35), of onder bepaalde voorwaarden zoals het verkrijgen van een machtiging(36).

Ten slotte moet men ook logisch blijven: men kan niet tegelijk een mechanisme willen opzetten dat autonomie verleent aan overheidsbedrijven die op de markt opereren om ze op gelijke voet te plaatsen met privé-bedrijven(37) en ze tegelijkertijd een wijze van geschillenregeling ontzeggen die openstaat voor de privé-sector, als men oordeelt dat de inherente kwaliteiten van arbitrage het in een welbepaald geval halen van een beroep op de gewone rechtbanken.

Ik verwijs voor het overige naar het artikel van mijn collega Marcel STORME in het T.P.R. van 1979 (p. 208, nr. 19), dat nog steeds actueel is.

Het CEPINA stelt dus voor het huidige verbod gewoon op te heffen, hetgeen publiekrechtelijke rechtspersonen uiteraard niet verhindert interne mechanismen van voorafgaande machtiging of administratieve controle uit te bouwen.

In dit kader moet men ook de mening van Dominique LAGASSE vermelden(38). Hij pleit voor een versoepeling van het huidige verbod, maar meent toch dat „le recours à l'arbitrage ne peut se concevoir que dans le domaine du droit administratif contractuel — là où la personne publique n'exerce pas d'imperium et là où l'administré peut espérer poursuivre ses relations avec le pouvoir public nonobstant l'existence d'un litige — et plus précisément dans deux hypothèses bien définies:

— lorsque le litige a trait à une activité exercée par la personne publique en concurrence avec le secteur privé, parce que, dans ce

(34) Voor de overeenkomst tot arbitrage gelden in dit geval evenwel bijzondere vormelijke regels. Zie GLOSSNER, O., BREDOW, J. en BÜHLER, M., *Das Scheidtsgericht in der Praxis*, 3de uitg., 1990, nr. 94.

(35) Art. 1492 en volg. Code de procédure civile.

(36) Dat is het geval in Nederland (zie P. SANDERS, p. 28) en in Frankrijk voor nationale arbitrages. In dit laatste geval moeten openbare instellingen met een industrieel of handelskarakter door de Eerste minister gemachtigd zijn om arbitrages te verrichten (art. 2060, 2de al. Code civil).

(37) Zie de wet van 21 maart 1991 betreffende de hervorming van sommige economische overheidsbedrijven, waarvan elk bedrijf „... over beheersautonomie moet beschikken in een gegeven industriële of commerciële sector” (art. 1, § 1).

(38) LAGASSE, D., „L'arbitrage en droit administratif”, *Administration publique*, 1993, 149 e.v.

cas, la personne publique ne se comporte plus réellement — du moins dans les actes qu'elle adopte — comme personne publique mais adopte des comportements semblables à ceux des personnes privées;

- lorsque le litige a trait à l'exécution d'un contrat conclu par une personne publique, que ce contrat concerne une activité en concurrence avec le secteur privé ou non, en vue de favoriser au maximum la poursuite des relations contractuelles entre l'administration et son cocontractant nonobstant l'existence du litige''.

9. De nadruk moet worden gelegd op een van de wezenlijke vernieuwingen in de tekst van het CEPINA, namelijk de mogelijkheid om bij overeenkomst aan een eventuele nietigverklaring van de uitspraak te verzaken.

- Ter herinnering, deze uitsluiting van een nietigverklaring gebeurt reeds *in rechte* krachtens de wet van 27 maart 1986 voor uitspraken die in België zijn gedaan tussen partijen, natuurlijke personen, waarvan geen enkele de Belgische nationaliteit bezit of in België verblijf houdt, of tussen partijen, rechtspersonen, waarvan geen enkele een succursale of enige bedrijfszetel in België heeft(39).

De motivering van artikel 1717, § 4 Gerechtelijk wetboek is bekend, namelijk louter verdragende manoeuvres voorkomen ten aanzien van een vonnis dat geen enkele band met België heeft, tenzij het feit dat het daar werd uitgesproken en dat de eventuele bezwaren tegen het vonnis in ieder geval ter sprake kunnen worden gebracht bij het verzoek om een titel van gedwongen tenuitvoerlegging.

Het is bekend dat deze hervorming hevige meningsverschillen heeft doen ontstaan, waarvan sommige kennelijk zijn ingegeven door de vrees voor een fors toenemen van het aantal arbitrageplaatsen in België. In dit verband moet eraan worden herinnerd dat het Zwitserse recht een zelfde regel bevat, op dit belangrijke voorbehoud na dat de partijen, door een uitdrukkelijke verklaring in de overeenkomst tot arbitrage of in een later schriftelijk

(39) Zie in dit verband onder meer MATRAY, L., „La loi belge du 27 mars 1985 et ses répercussions sur l'arbitrage commercial international”, *Revue de droit international et de droit comparé*, 1987, 243 e.v.; STORME, M., „Belgium a paradise for international commercial arbitration”, *International business lawyer*, 1986, 294; VAN HOUTTE, H., „La loi belge du 27 mars 1985 sur l'arbitrage international”, *Revue de l'arbitrage*, 1986, 29 e.v.; WATTÉ, N., „Le sort des sentences arbitrales en droit belge depuis la loi du 27 mars 1985”, *Revue belge de droit international*, 1988, 496 e.v.

akkoord, de vordering tot nietigverklaring moeten hebben uitgesloten (art. 192 van de Zwitserse federale wet inzake internationaal privaatrecht). De partijen kunnen bovendien op dezelfde wijze een of andere reden uitsluiten waarom een uitspraak kan worden aangevallen en toch de overige redenen behouden.

- Het CEPINA suggereert een zelfde demarche voor het Belgische recht, voor alle arbitrages en dus alle uitspraken die in België worden gegeven, zelfs tussen nationale partijen. Als men uitgaat van het consensuele karakter van arbitrage, is er immers geen reden waarom de partijen niet van elke vordering tot nietigverklaring van een arbitrale uitspraak zouden mogen afzien als zij dat ondubbelzinnig wensen. Dit kan revolutionair lijken, maar dat is het heel wat minder als men de zaken van dichterbij gaat bekijken en het precedent van de in 1972 in het Gerechtelijk wetboek opgenomen opheffing van de mogelijkheid van beroep voor de gewone rechtbanken in overweging neemt. De nietigverklaring moet echter alleen worden opgeheven als de partijen het daarover eens zijn, terwijl het hoger beroep door de wet werd opgeheven krachtens de Overeenkomst van Straatsburg. Dit akkoord tussen de partijen zou op ieder ogenblik kunnen worden geformuleerd, zelfs nadat de uitspraak is gedaan, voor zover uiteraard — het zij nogmaals gezegd — de wil van de partijen ter zake absoluut vaststaat.
- De opheffing van de nietigverklaring heeft in het CEPINA al heel wat discussie uitgelokt, in die mate zelfs dat twee alternatieven werden uitgewerkt om de besprekingen ter zake te stofferen. Het eerste neemt de Zwitserse oplossing over, namelijk de mogelijkheid voor de partijen om de vordering tot nietigverklaring van een in België gegeven uitspraak uit te sluiten indien zij geen enkele band met ons land hebben. Het twee alternatief bevestigt de mogelijkheid voor de partijen bij een *nationale* arbitrage om elke vordering tot nietigverklaring van een arbitrale uitspraak uit te sluiten en behoudt voor internationale arbitrages de huidige uitsluiting van iedere vordering tot nietigverklaring, waarbij voortaan als verzachtende omstandigheid geldt dat de partijen deze verhaalsmogelijkheid bij uitdrukkelijke verklaring kunnen behouden.

10. De wijzigingen die door het CEPINA worden voorgesteld liggen resoluut in de lijn van een modernisering van de Belgische arbitrage-wetgeving. Zij omvatten belangrijke elementen tot versoepeling van

ons huidige recht zodat België aantrekkelijker wordt voor internationale arbitrages. De centrale ligging van ons land, de vestiging van de voornaamste Europese instellingen in Brussel, de meertaligheid van onze medeburgers en een logistieke infrastructuur van degelijke kwaliteit zijn zovele troeven die tot nog toe wegens een ietwat ouderwetse wetgeving niet ten volle konden worden uitgespeeld.

Het evenwicht tussen het contractuele en het jurisdictionele aspect, dat door de voorstellen van het CEPINA tot stand wordt gebracht, zou een bijkomend argument voor een uitvoeriger beroep op arbitrage in België moeten zijn. De versteviging van het conventionele karakter van arbitrage, het streven naar een grotere doelmatigheid in het beheer van arbitrage en het instemmen met amiable composition bekeken in een constructiever perspectief, kunnen vanuit dit oogpunt aan arbitrage alleen maar een aantrekkelijker en werkzamer dimensie voor het bedrijfsleven geven. Dat is uiteindelijk de inzet van het debat dat door het CEPINA op gang wordt gebracht.

SOMMAIRE

LA RÉFORME DE LA LÉGISLATION BELGE SUR L'ARBITRAGE. PROPOSITIONS DE LA CENTRE BELGE POUR L'ÉTUDE ET LA PRATIQUE DE L'ARBITRAGE NATIONAL ET INTERNATIONAL

Le CEPANI formule des propositions d'amendement à la sixième partie du Code judiciaire qui constitue la loi belge sur l'arbitrage.

Ces propositions sont formulées au départ d'une triple considération:

- les leçons que l'on peut tirer de la loi belge de l'arbitrage qui date de 1972 et des difficultés ou incertitudes qu'elle soulève; les enseignements de la doctrine et de jurisprudence ont également été pris en compte,
- les réformes des lois de l'arbitrage qui ont été réalisées dans différents pays européens depuis une décennie. Il s'agit en particulier de la France en 1981, des Pays-Bas en 1986 et de la Suisse en 1987,
- la loi-type de la Commission des Nations-Unies sur l'arbitrage commercial international (CNUDCI) adoptée le 21 juin 1985.

Le premier fil conducteur de ces propositions est le renforcement du caractère conventionnel de l'arbitrage alors que la loi de 1972 mettait surtout l'accent sur l'aspect juridictionnel.

Le CEPANI veut ainsi rétablir un équilibre entre les différents fondements de l'arbitrage.

Ce caractère conventionnel se trouve souligné par la faculté reconnue aux parties à plusieurs reprises d'écarter la règle légale ou d'organiser elle-même le régime de l'arbitrage. Ainsi, si le tribunal arbitral apprécie normalement en toute liberté l'admissibilité des moyens de preuve et leur force probante, les parties peuvent convenir du contraire.

De même, l'appel d'une sentence est possible pour autant que les parties en aient réglé les modalités.

Les propositions du CEPANI visent aussi à renforcer l'efficacité de l'arbitrage. C'est pourquoi il est prévu par exemple que les arbitres peuvent imposer des astreintes ou qu'ils peuvent ordonner des mesures conservatoires ou provisoires.

Enfin, le CEPANI a voulu apporter une solution à deux problèmes qui trouvent leur origine dans une mauvaise compréhension de l'arbitrage et dans une crainte non justifiée à l'encontre de ce mode de règlement des litiges. Il s'agit d'une part de permettre que soit prévu dès avant la naissance du litige le recours à l'amiable composition et d'autre part d'autoriser les personnes morales de droit public de compromettre et ceci, comme c'est le cas dans la plupart des pays qui nous entourent.

Enfin, le CEPANI propose que les parties puissent renoncer à la possibilité de demander l'annulation de la sentence. Aujourd'hui, la loi du 27 mars 1985 modifiant l'article 1714, § 4 du Code judiciaire, aussi appelé du nom de son auteur la *Lex Storme*, prévoit déjà cette renonciation de droit dès lors que les parties à l'arbitrage n'ont pas de lien avec notre pays. Cette disposition ayant suscité des controverses, il est suggéré, à l'instar de la loi Suisse, de lier cette renonciation à une manifestation expresse de la volonté des parties.

ZUSAMMENFASSUNG

ZUR REFORM DES BELGISCHEN ARBITRAGEGESETZES. VORSCHLÄGE DES BELGISCHEN ZENTRUMS FÜR FORSCHUNG UND PRAXIS NATIONALER UND INTERNATIONALER ARBITRAGE

Das CEPINA verfaßt Abänderungsvorschläge zum sechsten Teil des Gerichtsgesetzbuches, das das belgische Arbitragegesetz umfaßt.

Diese Vorschläge werden aus dreifacher Sicht entworfen:

- die aus dem belgischen Arbitragegesetz von 1972 zu ziehende Lehre und die sich daraus ergebenden Schwierigkeiten und Unsicherheiten; auch die Rechtslehre und die Rechtsprechung werden berücksichtigt;
- die Reformen der Arbitragegesetze die seit einem Jahrzehnt in verschiedenen europäischen Ländern stattgefunden haben. Es handelt sich dabei vor allem um die Reformen in Frankreich aus 1981, in den Niederlanden aus 1986 und in der Schweiz aus 1987;
- das Mustergesetz des Ausschusses der Vereinten Nationen zur internationalen Handelsarbitrage (UNCITRAL) das am 21. Juni 1985 verabschiedet wurde.

Die Verstärkung des konventionellen Charakters der Arbitrage bildet den ersten Leitfaden dieser Vorschläge, während das Gesetz von 1972 vor allem den Rechtsaspekt betonte.

Das CEPINA will diese Weise den Ausgleich zwischen den verschiedenen Grundlagen der Arbitrage herbeiführen.

Dieser konventionelle Charakter wird unterstrichen, indem den Parteien häufig das Recht gewährt wird, von der Gesetzbestimmung abzuweichen oder selbst das Arbitragesystem zu organisieren. Obwohl normalerweise die Schiedsrichter nach den Rechtsregeln das Urteil sprechen, können die Parteien dennoch ausdrücklich bestimmen, daß die Schiedsrichter als friedliche Schlichter (*amiable compositeur*) urteilen werden.

Auch die Berufung gegen ein Urteil ist möglich, wenn die Parteien die entsprechenden Anwendungsregeln festgelegt haben.

Die Vorschläge des CEPINA erstreben auch eine größere Zweckmäßigkeit der Arbitrage. Man hat etwa dafür gesorgt, daß die Schiedsrichter Zwangsgelder auferlegen können, oder daß sie Schutz- oder Vorbeugungsmaßnahmen verordnen können.

Das CEPINA beabsichtigt weiter die Lösung von zwei Problemen die aus einem Mißverständnis der Arbitrage und aus der unbegründeten Furcht vor solcher Konfliktschlichtung entstanden sind. Man will einerseits die Berufung auf friedliche Schlichtung (*amiable composition*) gewähren, wenn die Parteien dies ausdrücklich verlangen und andererseits den öffentlichrechtlichen Rechtspersonen die Berufung auf die Arbitrage gewähren, wie es in den meisten Nachbarländern der Fall ist.

Das CEPINA schlägt letztlich noch vor, daß die Parteien auf die Möglichkeit zur Nichtigerklärung des Urteils verzichten können. Im Gesetz vom 27. März 1985 zur Änderung des Art. 1714, Abschnitt 4 des Gerichtsgesetzbuches, nach dem Namen des Verfassers als Gesetz-Storme bezeichnet, ist jetzt schon die Nichtigerklärung von Rechtswegen vorgesehen, wenn die Arbitrageparteien mit unserem Land nicht verbunden sind. Weil diese Bestimmung schon, zu heftigen Auseinandersetzungen geführt hat, wird vorgeschlagen, wie es im schweizerischen Gesetz geschah, diese Nichtigerklärung mit der ausdrücklichen Willen der Parteien zu verbinden.

SUMMARY

WHY THE BELGIAN LEGISLATION ON ARBITRATION SHOULD BE REFORMED. PROPOSALS TABLED BY THE BELGIAN CENTRE FOR THE STUDY AND PRACTICE OF NATIONAL AND INTERNATIONAL ARBITRATION

CEPINA has formulated proposals for the amendment of Chapter Six of the Judicial Code, which forms the basis for the Belgian law on arbitration.

These proposals have been made on the basis of three considerations:

- the lessons which can be drawn from the Belgian law on Arbitration of 1972, as well as the difficulties and uncertainties which it entails. Account was also taken of that which the leading authors and the courts have to say on this subject;
- the reforms of the statute law relating to arbitration which have taken place in various European countries over the past decade, in particular in France (1981) the Netherlands (1986) and Switzerland (1987);
- the Model law elaborated by the United Nations Commission for International Arbitration (UNCITRAL), which was approved on 21/6/1985.

The confirmation of the conventional character of arbitration proceedings represent the first theme running through these proposals, whereas the Law of 1972 emphasised mainly their legal aspect.

In this way, CEPINA wishes to restore the balance between the various elements on which arbitration is based.

This conventional nature is underlined by the right which is repeatedly granted to the parties to depart from the statute itself, or to organise the arbitration proceedings themselves. Therefore, although it is a fact that arbitrators normally make their decisions on the basis of legal rules, the parties may expressly agree that the arbitrators shall arrive at their judgment by acting as amicable intercessors.

It is also possible to appeal against an arbitration award where the parties have laid down the rules by which such an appeal is to be conducted.

The CEPINA proposals also seek to render arbitration proceedings more efficient. This is why, for example, provision is made for enabling the arbitrators to impose penalties, or to make distraint orders or take provisional measures.

In addition, CEPINA sought to find a solution to two problems which have their origin in a misconception of arbitration, and in a groundless fear of this type of dispute settlement. On the one hand, the idea is to enable the parties, if they so wish, to have the opportunity to appeal by means of an amicable settlement; on the other hand, it is intended to enable legal persons governed by public law to use the arbitration facility, as is the case in the majority of Belgium's neighbours.

Finally, CEPINA proposes that the parties be allowed to waive the opportunity to have the arbitration award set aside. As things stand at present, the Law of 27/3/1985 amending Article 1714(4) of the Judicial Code — also named the Storme Law after its author — lays down that the award shall be declared automatically void where the parties involved have no link with this country. Because this measure has already given rise to controversy, it has been suggested that, as happened in the case of the Swiss legislation, any such voidance be made dependent on the express will of the parties.

RESUMEN

HACIA UNA REFORMA DE LA LEY BELGA DE ARBITRAJE. PROPUESTAS DEL CENTRO BELGA PARA EL ESTUDIO Y LA PRÁCTICA DEL ARBITRAJE NACIONAL E INTERNACIONAL (CEPANI, a.s.b.l.)

El CEPANI formula propuestas de enmienda para el sexto tomo del Código judicial, que constituye la ley belga de arbitraje.

Estas propuestas se formulan desde tres perspectivas:

- la experiencia que cristaliza de la ley belga de arbitraje de 1972 y las dificultades e incertidumbres que implica; también se ha tenido en cuenta lo que enseñan la doctrina y la jurisprudencia,
- las reformas de las leyes de arbitraje que se han ido realizando en distintos países europeos desde hace una década. Se trata sobre todo de Francia, que lo hizo en 1981, Países Bajos, en 1986, y Suiza, en 1987,
- la ley modelo de la Comisión de las Naciones Unidas sobre arbitraje comercial internacional (UNCITRAL) que fue aprobada el 21 de junio de 1985.

El refuerzo del carácter convencional del arbitraje constituye la principal pauta de estas propuestas, mientras que la ley de 1972 acentuó sobre todo el aspecto jurídico. De esta manera, el CEPANI quiere restablecer el equilibrio entre los diferentes fundamentos del arbitraje.

Este carácter convencional está subrayado por el derecho, que se concede con frecuencia a las partes, a apartarse de la disposición de la ley o a organizar sí mismo el sistema de arbitraje. Es decir que, aunque los árbitros normalmente juzgan con arreglo a derecho, las partes pueden determinar explícitamente que los árbitros juzguen como amigables componedores.

El recurso contra una sentencia también es posible si las partes han fijado las reglas aplicables a éste.

Las propuestas del CEPANI también quieren conseguir un arbitraje más eficaz. Por eso, se ha procurado, por ejemplo, que los árbitros puedan imponer multas coercitivas o dictar medidas cautelares o provisionales.

Además, el CEPANI ha querido resolver dos problemas que encuentran su origen en un malentendido acerca del arbitraje y en el temor infundado de tal manera de regulación de conflictos. Por un lado, se quiere autorizar el recurso a la amigable composición si las partes lo desean explícitamente y, por otro lado, autorizar a las personas jurídicas de derecho público a apelar al arbitraje, como es el caso en la mayoría de nuestros países vecinos.

Finalmente, el CEPANI propone que las partes puedan renunciar a la posibilidad de declaración de nulidad de la sentencia. La ley del 27 de marzo de 1985 que modifica el artículo 1714, párrafo 4, del Código judicial, que también se llama la Ley Storme, según el nombre de su autor, prevé ahora ya la declaración de nulidad de pleno derecho cuando las partes del arbitraje no tienen vínculo con nuestro país. Como esta disposición ya ha provocado discusiones, se sugiere, tal como se hizo con la ley suiza, hacer depender esta declaración de nulidad de la voluntad explícita de las partes.