

VASTSTELLINGS- EN GESCHILLENBESLECHTINGSOVEREENKOMSTEN

Matthias E. STORME

Buitengewoon hoogleraar KULeuven en UA, advocaat te Brussel

Inhoud

AFDELING I. OMSCHRIJVING EN TYPOLOGIE	4
§ 1. Omschrijving	4
§ 2. Typologie	4
AFDELING II. BEDINGEN OF OVEREENKOMSTEN DIE DE GESCHILLENBESLECHTING BETREFFEN ZONDER BEVOEGDHEID TE DELEGEREN. 6	
§ 1. Verplichting tot ?	6
§ 2. Totstandkoming en geldigheid van een overeenkomst of verplichting tot onderhandeling of bemiddeling	7
§ 3. Inhoud, beperkingen	7
A. Uitgangspunt	7
B. Beperkingen wat het domein betreft	7
C. Beperking van de opgelegde verplichtingen.	8
§ 4. Niet-nakoming	8
§ 5. Gevolgen van bemiddeling of aanvang van bemiddeling	9
A. Vertrouwelijkheid	9
B. Effect van een ingebrekestelling	9
C. Effect op verjaring	9
§ 6. Rechtsverhouding met derde(n) – de overeenkomst met de bemiddelaar	10
AFDELING III. RECHTSHANDELINGEN WAARBIJ PARTIJEN BESCHIKKEN OVER HUN RECHTSVERHOUDING	12
§ 1. Typologie	12
§ 2. Totstandkoming en geldigheid	12
A. Handelingsbekwaamheid en vertegenwoordiging	12
1. Handelingsbekwaamheid	12
2. Vertegenwoordiging	13
B. Vrije beschikbaarheid van de rechtsverhouding	13
C. Soorten en respectievelijke vormvereisten	14
1. Algemene regels	14
2. Bijzondere soorten en vormen	14
a. Procesrechtelijke vormen	14
1° Tijdstip en procedure	14
2° Grondvoorwaarden	15
b. Dading	16
c. Niet-wederkerige vaststellingsovereenkomsten	16
D. Wilsgebreken	17
§ 3. Inhoud en draagwijdte	18
A. Uitleg	18
B. Verbintenisrechtelijke en zakenrechtelijke inhoud	18
C. “Declaratief” karakter ?	19
§ 4. Nakoming en niet-nakoming	20
A. Uitvoerbare kracht	20
B. Niet-nakoming	20
AFDELING IV. BEDINGEN DIE DE GESCHILLENBESLECHTING BETREFFEN MET DELEGATIE VAN BEVOEGDHEID	21
§ 1. Inleiding en typologie	21
A. Structuur	21
B. Typologie	22

§ 2. Totstandkoming en geldigheid van de bevoegdheidsverlenende overeenkomst	22
A. Algemeen.....	22
B. Bekwaamheid	22
C. Vrije beschikbaarheid van het voorwerp (bij arbitrage arbitrabiliteit)	23
D. Vormvereisten	23
1. Verlenen van jurisdictionele bevoegdheid	23
2. Verlenen van conventionele bevoegdheid	23
E. Stilzwijgende totstandkoming.....	24
F. Kwalificatie als wederkerige overeenkomst	24
G. Regels van dwingend recht voor overeenkomsten gesloten voor het rijzen van het geschil	24
1. Wat betreft arbitrale bedingen en bevoegdheidsbedingen:	24
2. Bedingen tot bindende derdenbeslissing	25
3. Bedingen van partijbeslissing	26
H. Andere specifieke nietigheden	26
§ 3. Inhoud en draagwijdte	27
A. Mogelijk voorwerp	27
B. Uitleg	27
C. Wederkerigheid	27
D. Regels inzake de aanwijzing van de derde en het starten van de beslissingsprocedure.....	28
E. Regels inzake de te volgen beslissingsprocedure en daarbij toe te passen materiële regels:	28
§ 4. Effect op verjaring	28
§ 5. Nader over de rechtsverhoudingen tussen de betrokken partijen en over de onherroepelijkheid in de interne verhouding	29
A. De lastgevingsovereenkomst.....	30
B. Onherroepelijkheid mandaat ? Ja en neen	30
1. Duur en beëindiging van het mandaat van de derde	30
a. Ontslag door de lasthebber	30
b. Onmogelijkheid van nakoming door de lasthebber	30
c. Verstrijken van de termijn	31
d. Ontslag door de lasthebbers.....	31
2. De onherroepelijkheid tussen de lastgevers onderling.....	31
§ 6. Nader over de persoon van de derde	32
§ 7. Ontbinding van de overeenkomst	33
§ 8. Niet-nakoming van de door het beding voorgeschreven beslechtsprocedure.....	33
A. Jurisdictionele mechanismen (bevoegdheids- of arbitrage-overeenkomst)	33
B. Conventionele mechanismen	34
§ 9. Bewaargeving aan de derde als bijkomende zekerheid	34
AFDELING V. RECHTSHANDELINGEN KRACHTENS EEN GEDELEGEERDE	
BEVOEGDHEID.	35
§ 1. Regels inzake de te volgen procedure en toe te passen regels:.....	35
A. Arbitrage - procedure en toe te passen regels.....	35
1. Procedureregels.....	35
2. Inhoudelijk toe te passen regels	36
B. Procedures van bindende derdenbeslissing - procedure en toe te passen regels	36
1. Procedureregels.....	36
2. Materiële regels.....	36
C. Bij partijbeslissing	36
§ 2. Verplichtingen van partijen andere dan wegens gebondenheid aan de vaststelling	36
§ 3. Rechtsgevolgen van de vaststelling	37
A. Jurisdictionele vaststelling	37
B. Louter conventionele vaststelling:.....	37
1. Bindend karakter	37
2. Verbintenisrechtelijke en/of zakenrechtelijke inhoud	37
3. Nietigheden s.s.....	38
4. Uitvoerbare kracht	38
5. Toetsing door de rechter.	39
a. Toetsing van de beslissingsbevoegdheid	39
b. Inhoudelijke toetsing van de beslissing (inbegrepen de beslissingsprocedure)	39
§ 4. Gevolgen van de onverbindendheid van de vaststelling:	40
A. Partijbeslissing	40
B. Arbitrale uitspraak	40
C. Derdenbeslissing.....	40
§ 5. Gevolgen bij gebrek of onvolledigheid van de beslissing	41
A. Derdenbeslissing	41

B. Partijbeslissing.....	41
§ 6. <i>Gevolgen van nietigheid of ontbinding van de onderliggende overeenkomst</i>	42
AFDELING VI. BESLUIT.	42

Afdeling I. Omschrijving en typologie

§ 1. Omschrijving

Het opzet van deze bijdrage is een overzicht te geven van de verschillende vaststellingsovereenkomsten en de belangrijkste rechtsvragen die daarbij rijzen. Het is niet de bedoeling de bijzondere regels van alle soorten vaststellingsovereenkomsten in detail te bespreken, maar eerder te zoeken naar gemeenschappelijkheden, al moet daarbij omwille van de grote verscheidenheid een typologie worden gehanteerd.

Zoals het woord zelf al onmiddellijk aangeeft, gaat het bij vaststellingsovereenkomsten om rechtshandelingen waarmee een rechtsverhouding nader wordt vastgesteld. Dit kan zijn omdat er een geschil geheel of gedeeltelijk wordt beslecht, een onzekerheid wordt weggenomen of gewoon een lacune in een bestaande regeling wordt aangevuld.

Waar de vaststellingsovereenkomst in het algemeen in oudere wetboeken niet te vinden is, vinden we wel een omschrijving en algemene regels in een aantal recente wetboeken. Zo geeft het Nederlands B.W. in art. 7:900 de volgende definitie:

Bij een vaststellingsovereenkomst binden partijen, ter beëindiging of ter voorkoming van onzekerheid of geschil omtrent hetgeen tussen hen rechtens geldt, zich jegens elkaar aan een vaststelling daarvan, bestemd ook te gelden voor zover zij van de tevoren bestaande rechtstoestand mocht afwijken.

De vaststelling kan tot stand komen krachtens een beslissing van partijen gezamenlijk of krachtens een aan één van hen of aan een derde opgedragen beslissing.

De vaststellingsovereenkomst is dus op de eerste plaats een obligatoire overeenkomst, waarmee verbintenissen worden aangegaan, gewijzigd en/of beëindigd. Ze kan daarnaast ook mede een zakenrechtelijke handeling inhouden (zie verder). Niet elke aanvullende of wijzigende overeenkomst is een vaststellingsovereenkomst; dit bespreken we nader verderop.

De vaststelling kan in vele gevallen ook door een eenzijdige rechtshandeling gebeuren, gezien de bindende kracht van de eenzijdige rechtshandeling in ons recht. Eenvoudigheidshalve spreek ik echter in het algemeen van vaststellingsovereenkomst.

In deze bijdrage bespreken we ook de belangrijkste geschillenbeslechtingsovereenkomsten, ook wanneer ze misschien in concreto niet tot een dergelijke vaststelling leiden, maar ze wel beogen.

§ 2. Typologie

In de ruimste zin omvat de vaststellingsovereenkomst een hele reeks rechtshandelingen, waarbij ik onmiddellijk twee categorieringen wil aangeven

Primo kan men onderscheid maken tussen:

- enerzijds de overeenkomsten waarbij de betrokken partijen zelf de rechtsverhouding nader bepalen, al dan niet met medewerking van een of meer derden;
- anderzijds de rechtshandelingen waarbij krachtens een daartoe verleende bevoegdheid een derde zonder het akkoord van partijen of een partij zonder het akkoord van de andere de rechtsverhouding nader bepaalt.

Secundo kan men ook onderscheid maken tussen:

- de rechtshandeling waarmee de rechtsverhouding nader wordt vastgesteld (bij akkoord of eenzijdig), en
- de overeenkomst of vergelijkbare regeling waarin bepaald wordt hoe een geschil zal beslecht worden of de rechtsverhouding nader zal worden vastgesteld.

Voorbeelden:

Onderhandelingsbeding, bemiddelingsbeding	Dading, schikking, akkoordvonnis, verzoening, bemiddelde overeenkomst Kwijting, saldokwijting, kwijtschelding en afstand
Arbitraal beding en arbitrageovereenkomst, Bevoegdheidsovereenkomst, overeenkomst tot bindende derdenbeslissing, beding van partijbeslissing	Bindende derdenbeslissing Arbitrale uitspraak Partijbeslissing

Dit geeft vier hoofdtypen, die hieronder nader geanalyseerd worden in resp. Afdeling 2 tot 5.

In de gevallen waarin er een derde betrokken wordt bij de vaststelling, moet men verder ook onderscheiden tussen:

- de rechtsverhouding tussen partijen onderling;
- de rechtsverhoudingen tussen enerzijds de partijen en anderzijds de derde.

Voor alle genoemde rechtshandelingen gelden in beginsel de regels van het gemeen contractenrecht, mits men ze natuurlijk correct toepast, behoudens enkele bijzondere of afwijkende regels voor bepaalde specifieke types van overeenkomst of rechtshandeling.

Afdeling II. Bedingen of overeenkomsten die de geschillenbeslechting betreffen zonder bevoegdheid te delegeren.

Als voorbeelden werden reeds gegeven een beding dat of overeenkomst die bepaalt dat partijen in geval van geschil zullen onderhandelen of heronderhandelen of een of meer bemiddelaars zullen aanstellen. Onderhandelingen tussen partijen zelf zullen vaak via een advocaat gebeuren.

§ 1. Verplichting tot ?

Er bestaat geen algemene verplichting voor partijen om in geval van geschil te onderhandelen, bemiddeling te proberen, of alternatieve vormen van geschillenbeslechting te volgen. Een partij heeft in beginsel het recht om naar de rechter te gaan, met name bij niet-nakoming van een verbintenis door een wederpartij. Het onterecht beroep op de rechter wordt natuurlijk gesanctioneerd door de veroordeling in de gedingkosten, inbegrepen de intussen fors hogere rechtsplegingsvergoedingen.

“Behoudens in de gevallen bij de wet bepaald, kan de poging tot minnelijke schikking niet verplicht worden gesteld” (vgl. art. 731 II Ger.W.). Zelfs waar die verplicht is, stelt dit in de praktijk niet veel voor Anderzijds kan de rechter wel de persoonlijke verschijning van partijen bevelen en dus in zekere zin ook de medewerking aan een poging tot verzoening.

Nochtans zal het rauwelijks dagvaarden in sommige gevallen abusief zijn en gesanctioneerd moeten worden met een veroordeling in de kosten. Maar ook dan gaat het niet om de weigering te onderhandelen, maar enkel om het feit dat men te ongeduldig is geweest, de tegenpartij niet eerst heeft aangemaand en/of nog een kans heeft gegeven na te komen.

Een onderhandelingverplichting zal dan ook slechts in uitzonderlijke omstandigheden worden aangenomen. Dat belet natuurlijk niet dat in vele gevallen onderhandelen zowel wijs als fatsoenlijk is, en dat de overheid allerlei initiatieven neemt om verzoening, al dan niet met behulp van bemiddelaars, te bevorderen (bv. nuttig is een schorsing van de verjaring e.d., zie verder).

Traditioneel bestaat er de mogelijkheid voor de rechter om te proberen de partijen te verzoenen (art. 731 II Ger.W.) (met de terughoudendheid die gezien de eis van onpartijdigheid vereist is). Nu is er evenwel een tendens om die bemiddeling zoveel mogelijk buiten de rechtbank om te laten gebeuren. Dat heeft natuurlijk te maken met het overbevragen en het onderpresteren van het overheidsgerecht. Maar we mogen niet blind zijn voor de nadelen van dit afschuiven van een overheidstaak op de burgerlijke samenleving en de “markt”. Alternatieve geschillenbeslechting moet

voorhanden zijn voor het geval partijen daaraan omwille van intrinsieke kwaliteiten (bv. gespecialiseerde kennis van de arbiters, beslissers of bemiddelaars) de voorkeur geven, maar kan niet de oplossing zijn wanneer partijen zich daartoe keren omwille van het falen van het gerecht. Als het gerecht faalt moet men ofwel bereid zijn daar meer in te investeren ofwel de oorzaken van de overbevraging van het gerecht bestrijden.

We bespreken hieronder in beginsel enkel de buitengerechtelijke bemiddeling¹.

§ 2. Totstandkoming en geldigheid van een overeenkomst of verplichting tot onderhandeling of bemiddeling

Voor de totstandkoming van zo'n overeenkomsten gelden er bij mijn weten geen bijzondere regels.

Ook kan een dergelijke verplichting ook soms zonder overeenkomst ontstaan, bv. in sommige gevallen door een beslissing van de rechter of rechtstreeks krachtens een voor die rechtsverhouding geldende rechtsregel.

§ 3. Inhoud, beperkingen

A. Uitgangspunt

Art. 1725. § 1 Ger.W. bepaalt dat elke overeenkomst een bemiddelingsbeding kan bevatten, waarbij de partijen zich ertoe verbinden voor eventuele geschillen in verband met de geldigheid, totstandkoming, uitlegging, uitvoering of verbreking van de overeenkomst eerst een beroep te doen op bemiddeling en pas dan op elke andere vorm van geschillenbeslechting.

Evenzo kan een overeenkomst een beding bevatten waarbij de partijen er zich toe verbinden in geval van geschil hierover eerst te onderhandelen. Partijen kunnen ook een verplichting tot onderhandelen overeenkomen in geval van nader omschreven omstandigheden (in het bijzonder ook onvoorziene omstandigheden)².

B. Beperkingen wat het domein betreft.

¹ Voor de gerechtelijke bemiddeling, zie o.m. B. ALLEMEERSCH, "Bemiddeling en verzoening in het burgerlijk proces", *TPR* 2003, 409 v. Meer algemeen, zie ook mijn lezing "De deontologie van de bemiddelaar", Antwerpen mei 2007, op <http://webh01.ua.ac.be/storme/bemiddelaar.pdf>. Deze lezing dateert wel van voor de gedragscode van de federale bemiddelingscommissie. De Europese Gedragscode, opgesteld door bemiddelingsorganisaties met ondersteuning van de Europese commissie en gepromoot door de Europese Unie, is te vinden op http://ec.europa.eu/civiljustice/adr/adr_ec_code_conduct_en.pdf.

² Zie hierover reeds R. KRUIHOF, "La modification conventionnelle du contrat", in *Rapports belges au XIIIe Congrès de l'Académie internationale de droit comparé Sydney 1986*, Kluwer/Bruylant 1986, p. (97) 116 v.

Deze vinden we in art. 1724 Ger.W.: “Elk geschil dat vatbaar is om te worden geregeld via een dading, kan het voorwerp zijn van een bemiddeling, evenals :

1° de geschillen betreffende de materies bedoeld in de hoofdstukken V en VI van titel V, in hoofdstuk IV van titel VI en in titel IX van boek I van het Burgerlijk Wetboek;

2° De geschillen betreffende de materies bedoeld in titel V bis van boek III van dit Wetboek;

3° de geschillen ingesteld overeenkomstig de afdelingen I tot IV van hoofdstuk XI van boek IV van het vierde deel van dit Wetboek;

4° De geschillen voortvloeiend uit de feitelijke samenwoning.

De publiekrechtelijke rechtspersonen kunnen partij zijn bij een bemiddeling in de bij wet of bij een in de Ministerraad overlegd koninklijk besluit bepaalde gevallen”.

Bij rechten of rechtsverhoudingen die (niet) ter beschikking staan van partijen kan het doel niet zijn een op zichzelf bindende overeenkomst tussen partijen te bereiken, maar wel een gezamenlijk voorstel te doen aan de instantie die wel kan beslissen, bv. homologatie vragen aan de rechter.

C. Beperking van de opgelegde verplichtingen.

Een dergelijke overeenkomst mag de principiële toegang tot de rechter niet onmogelijk of buitensporig moeilijk maken³.

§ 4. Niet-nakoming.

Wat zijn de remedies bij niet-nakoming van de overeengekomen bemiddelingsprocedure, en met name wanneer daardoor de zaak toch voor de rechter komt ?

In beginsel is het mogelijk voor de verweerder om de opschorting van het geding te bekomen met opdracht aan de partijen om eerst de overeengekomen procedure te volgen. Zo bepaalt art. 1725 § 2 Ger.W. “*De rechter of de arbiter bij wie een aan een bemiddelingsbeding onderworpen geschil aanhangig is gemaakt, schort, op verzoek van een partij, de behandeling van de zaak op, tenzij er ten aanzien van dat geschil geen geldig beding is of dit is geëindigd. De exceptie moet vóór enige andere exceptie of verweer worden voorgedragen. De behandeling van de zaak wordt voortgezet zodra de partijen of een van hen aan de griffie en aan de andere partijen hebben meegedeeld dat de bemiddeling beëindigd is*”. Aangezien de bemiddeling door elke partij op elk ogenblik eenzijdig kan worden beëindigd (art. 1729 Ger.W: “Elke partij kan te allen tijde een einde maken aan de bemiddeling, zonder dat dit tot haar nadeel kan strekken”) is de draagwijdte hiervan evenwel erg beperkt.

Daarnaast is er enkel schadevergoeding mogelijk, voor zover een meerkost kan worden aangetoond. Dat zal zelden het geval zijn bij een weigering tot bemiddeling of

³ Zie voor de discussie hierover ook B. ALLEMEERSCH, *TPR* 2003, (409) 476 v. nr. 86.

heronderhandeling, maar al vaker voorkomen wanneer men de wederpartij aan het lijntje houdt door de heronderhandelen of in te gaan op een bemiddeling zonder enige ernstige bereidheid te schikken.

In geval van shadebeding moet men wel nagaan wat er precies gesanctioneerd wordt, gezien het verbod van art. 1023 Ger.W. (“Ieder beding tot verhoging van de schuldvordering ingeval deze in rechte zou worden geëist, wordt als niet geschreven beschouwd”).

§ 5. Gevolgen van bemiddeling of aanvang van bemiddeling

A. Vertrouwelijkheid

Bij bemiddeling (gerechtelijk zowel als buitengerechtelijk) geldt art. 1728 § 1 lid 1 en 2 Ger.W. De documenten die worden opgemaakt en de mededelingen die worden gedaan in de loop en ten behoeve van een bemiddelingsprocedure zijn vertrouwelijk. Zij mogen niet worden aangevoerd in een gerechtelijke, administratieve of arbitrale procedure of in enige andere procedure voor het oplossen van conflicten en zijn niet toelaatbaar als bewijs, zelfs niet als buitengerechtelijke bekentenis. De geheimhoudingsplicht⁴ kan slechts worden opgeheven met instemming van de partijen om onder meer de rechter in staat te stellen de bemiddelingsakkoorden te homologeren.

Bij schending van die geheimhoudingsplicht door een van de partijen doet de rechter of de arbiter uitspraak over de eventuele toekenning van schadevergoeding. Vertrouwelijke documenten die toch zijn meegedeeld of waarop een partij steunt in strijd met de geheimhoudingsplicht, worden ambtshalve buiten de debatten gehouden.

B. Effect van een ingebrekestelling

Uit art. 1730 § 3 Ger.W. volgt dat een voorstel tot bemiddeling bij aangetekende brief die een aanspraak bevat op een recht, geldt als ingebrekestelling (zodat men bij het mislukken van de bemiddeling primo zijn recht op intussen verlopen interest niet verliest, en secundo onmiddellijk kan dagvaarden zonder dat dit rauwelijks wordt geacht. Deze bepaling is in de wet opgenomen onder de regels inzake buitengerechtelijke bemiddeling, omdat ze enkel daar relevant is.

C. Effect op verjaring

Nu reeds volgt uit art. 1730 § 3 dat een voorstel tot bemiddeling bij aangetekende brief die een aanspraak bevat op een recht, gedurende een maand de verjaring van de aan dat recht verbonden vordering schorst⁵. Gaat de tegenpartij in op het voorstel en vindt bemiddeling plaats, dan kan de aanspraak intussen niet verjaren.

⁴ Het gaat hier om een contractuele verplichting tussen partijen, niet om een beroepsgeheim van een beroepsbeoefenaar.

⁵ Ook deze bepaling is slechts bij buitengerechtelijke bemiddeling opgenomen, omdat ze enkel daar

Art. 8 van de Europese Richtlijn inzake grensoverschrijdende bemiddeling in burgerlijke en handelszaken (Richtlijn nr. 2008/52)⁶ bepaalt dat de verjaring niet kan intreden tijdens de bemiddeling en de verjaringstermijn dus dient te worden verlengd tot na het einde van de bemiddeling; de precieze regels worden overgelaten aan de lidstaten; de omzettingstermijn verstrijkt eerst op 21 mei 2011).

§ 6. Rechtsverhouding met derde(n) – de overeenkomst met de bemiddelaar

Indien in uitvoering van zo'n overeenkomst beroep wordt gedaan op de diensten van een of meer derden – in het bijzonder een bemiddelaar - ontstaat er tussen partijen en die derde een overeenkomst die men normaal als dienstencontract zal kwalificeren.

Gaat het om een “erkende” bemiddelaar (d.i. een door de federale bemiddelingscommissie erkende bemiddelaar), dan betekent dit dat de bemiddelaar de “Gedragscode”⁷ heeft aanvaard om erkend te kunnen zijn. Bij niet-erkende bemiddelaars geldt die gedragscode als de overeenkomst ernaar verwijst en overigens toch als gewoonrecht. Als de bemiddelaar is aangesloten bij een bemiddelingsinstelling, gelden ook de regels die deze instelling aan haar leden oplegt.

Ik wijs op enkele m.i. belangrijke aspecten:

- W.b. belangenconflicten⁸ is er een informatieplicht (vooral precontractueel)⁹; op straffe van nietigheid van de bemiddelingsovereenkomst in geval van een door de partijen niet aanvaard belangenconflict;
- tijdens de bemiddeling heeft de bemiddelaar de verplichting beide partijen te informeren over de bemiddeling zelf (transparantieplicht); een diligentieplicht, en een onpartijdigheidsplicht; daarbij dient hij ook de *fairness* van de gehele procedure te garanderen;
- er is geen regel dat bemiddeling steeds tegensprekelijk gebeurt; de bemiddelaar kan met elk van de partijen afzonderlijk de zaak bespreken (zgn. “caucus”);

relevant is

⁶ <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:136:0003:0008:NL:PDF>.

⁷ Opgesteld door de federale bemiddelingscommissie en te vinden op <http://www.mediation-justice.be/nl/misc/gedragscode.doc>.

⁸ Art. 5 van de Gedragscode van de federale bemiddelingscommissie stelt hierover:

- De bemiddelaar mag niet bemiddelen indien hij een persoonlijke of zakelijke relatie heeft met één der partijen;
- De bemiddelaar mag niet bemiddelen in een conflict waarbij hij rechtstreeks of onrechtstreeks voordelen kan halen uit het resultaat;
- De bemiddelaar mag niet bemiddelen in een conflict waarbij één van zijn medewerkers of één van zijn vennoten is opgetreden voor één der partijen in een andere hoedanigheid dan bemiddelaar.

⁹ Art. 6 Gedragscode: “In voorkomend geval of indien een schijn van gebrek aan onafhankelijkheid en onpartijdigheid bestaat of ontstaat, zal de bemiddelaar zowel voorafgaandelijk als tijdens de bemiddeling melding maken aan partijen van de elementen die kunnen worden geacht zijn onafhankelijkheid of onpartijdigheid in het gedrang te brengen en ofwel zich terugtrekken uit de bemiddeling ofwel van de partijen een geschreven akkoord bekomen voor de voortzetting van de bemiddeling”.

- zowel tijdens als na bemiddeling heeft de derde een geheimhoudingsplicht. In België wordt die ook beschermd volgens de regels van het “beroepsgeheim”. Art. 1728 § 1 III Ger.W. bepaalt :” *Onverminderd de verplichtingen die hem bij wet worden opgelegd, mag de bemiddelaar de feiten waarvan hij uit hoofde van zijn ambt kennis krijgt, niet openbaar maken. Hij mag door de partijen niet worden opgeroepen als getuige in een burgerrechtelijke of administratieve procedure met betrekking tot de feiten waarvan hij in de loop van zijn bemiddeling kennis heeft genomen. Artikel 458 van het Strafwetboek is van toepassing op de bemiddelaar*”.

In art. 7 van de genoemde Europese bemiddelingsrichtlijn (nr. 2008/52) wordt aan de lidstaten de verplichting opgelegd om dit “verschoningsrecht” (zoals het beroepsgeheim in Staats-Nederland wordt genoemd) te garanderen, behalve:

“a) voor zover dit nodig is om dwingende redenen van openbare orde van de betrokken lidstaat, met name indien dit nodig is om de bescherming van de belangen van kinderen te waarborgen of om te voorkomen dat iemand in zijn lichamelijke of geestelijke integriteit wordt aangetast, of
b) indien openbaarmaking van de inhoud van de via bemiddeling/mediation bereikte overeenkomst noodzakelijk is voor de uitvoering of de tenuitvoerlegging van de overeenkomst”.

Uitzondering a) is in het Belgische recht evenmin onbekend en vinden we bv. ook in de Wet op de bescherming van het bronnengeheim).

Bij onderhandelingen via de advocaten van partijen gelden natuurlijk ook de bijzondere beroepsregels voor advocaten (o.a. mogelijkheid van vertrouwelijke briefwisseling tussen de advocaten van partijen).

Afdeling III. Rechtshandelingen waarbij partijen beschikken over hun rechtsverhouding.

§ 1. Typologie

In deze categorie van vaststellingsovereenkomsten zou ik een verder onderscheid willen maken tussen:

- de vaststellingsovereenkomsten na geschil of vaststellingsovereenkomsten in meest enge zin: dading, verzoening, bemiddelde overeenkomst;
- de vaststellingsovereenkomsten die betrekking hebben op de nakoming van een verbintenis: saldokwijting, goedkeuring (van goederen of diensten), décharge (kwijting van lasthebbers) , en
- de loutere afstand van recht en kwijtschelding.

Niet als vaststellingsovereenkomst te beschouwen is een overeenkomst die louter een aanvulling of wijziging aanbrengt in een bestaande contractuele rechtsverhouding, maar niet de bedoeling heeft de bestaande overeenkomst ongedaan te maken (al zal de wijziging wel voorrang hebben op de eerdere overeenkomst). Een dergelijke overeenkomst kan men veeleer accessoir noemen, bijkomend bij een bestaande overeenkomst. Daaronder horen m.i. ook rechtshandelingen zoals de kennisgeving en aanvaarding van de factuur¹⁰.

Ook de verdeling van gemeenschappelijke goederen onderscheidt men best van een vaststellingsovereenkomst, al zijn er wel enkele vragen en regels gemeenschappelijk aan beide types overeenkomst (zie verder de vraag naar het zgn. declaratief karakter).

Het onderscheid heeft een beperkt belang, aangezien ons recht uitgaat van een gemeen contractenrecht voor alle overeenkomsten. De kwalificatie kan wel belang hebben voor sommige aspecten van de wilsgebreken (rechtsdwaling, benadeling).

§ 2. Totstandkoming en geldigheid

A. Handelingsbekwaamheid en vertegenwoordiging

1. Handelingsbekwaamheid

Art. 2045 B.W. bepaalt dat, om een dading aan te gaan, men bekwaam moet zijn om te beschikken over de voorwerpen die in de dading begrepen zijn. Deze bepaling, zoals ze wordt uitgelegd, zegt eigenlijk twee verschillende zaken:

- enerzijds is de volle handelingsbekwaamheid vereist;
- anderzijds moet het voorwerp behoren tot de privaatautonomie van partijen; dit tweede aspect wordt onder 2. besproken.

¹⁰ Zie mijn "Bewijs- en verbintenisrechtelijke beschouwingen omtrent het stilzitten van de aangesprokene bij een factuur en bij andere vormen van aanspraakbevestiging", *TBH* 1991, p. 463 v.

De regels inzake handelingsbekwaamheid zijn diegene die gelden voor zgn. daden van beschikking van of voor personen waarvan de handelingsbekwaamheid is ingeperkt.

Het toepasselijk recht inzake bekwaamheid is de persoonlijke wet van partijen.

Handelingsbekwaamheid mag wel niet worden verward met beschikkingsbevoegdheid. Beschikkingsbevoegdheid betreft de vraag wie bevoegd is om eigendom over te dragen of zakelijke rechten te vestigen of er afstand van te doen; in beginsel komt die bevoegdheid enkel toe aan de eigenaar, maar enerzijds is de bevoegdheid van de eigenaar soms ingeperkt (zo bv. is een gefailleerde beschikkingsonbevoegd over alle goederen in de boedel), anderzijds komt de beschikkingsbevoegdheid soms toe aan een derde krachtens een volmacht of krachtens de wet.

2. Vertegenwoordiging

Wanneer de dading gesloten wordt door iemand die beweert te handelen voor andermans rekening, rijst dan natuurlijk wel de vraag of die persoon daartoe bevoegd is, d.i. Of deze vertegenwoordigingsbevoegd is.

Voor conventionele lasthebbers is dit een vraag van uitleg van de volmacht, uitleg die in beginsel restrictief gebeurt (zie art. 1988-1989 B.W.).

Voor bewindvoerders gelden bijzondere regels (zo bv. moet de faillissementscurator voor een dading de machtiging hebben van de rechter-commissaris; wanneer de dading onroerende rechten betreft of wanneer de waarde van haar voorwerp onbepaald is of 12.500 EUR te boven gaat, is bovendien homologatie door de faillissementskamer van de rechtbank vereist - art. 58 FaillW).

B. Vrije beschikbaarheid van de rechtsverhouding

Vereist is dus ook dat het voorwerp behoort tot de privaatautonomie van partijen, d.i. niet van openbare orde is noch geregeld door dwingend recht.

Wat het laatste betreft is een verduidelijking nodig: partijen kunnen altijd afstand doen van een bepaling van dwingend recht nadat de grond voor bescherming is weggevallen (bv. van een wilsgebrek nadat men vrijelijk kan toestemmen, van de bescherming van de werknemer nadat de arbeidsverhouding is beëindigd, en meer algemeen van dwingend recht nadat er een geschil is gerezen over de toepassing van de dwingende regel).

Deze vereiste vinden we niet enkel uitdrukkelijk in de regels betreffende de dading (art. 2045 B.W.); “zaken die voor dading vatbaar zijn” is immers ook het criterium voor een minnelijke schikking in rechte (art. 731 I Ger.W.) en in beginsel ook voor arbitrabiliteit (zie verder). Dit criterium geldt verder ook voor afstand van recht.

C. Soorten en respectievelijke vormvereisten

1. Algemene regels

Een dergelijke vaststellingsovereenkomst moet niet geschieden in één van de benoemde vormen. De wilsautonomie maakt een dergelijke overeenkomst bindend ook indien ze niet past in een van de nader in de wet omschreven specifieke vormen.

Voor de totstandkoming van een dergelijke vaststellingsovereenkomst gelden dus de gewone regels, behoudens bijzondere vormvereisten zoals hieronder aangegeven.

Wel geldt in functie van het voorwerp van de vaststellingsovereenkomst de regel van het vorm-parallélisme. Deze vinden we uitdrukkelijk in het N.B.W. art. 901 I: "De totstandkoming van de vaststelling is gebonden aan de vereisten waaraan moet worden voldaan om de met de beslissing beoogde rechtstoestand, uitgaande van die waarvan zij mogelijk afwijkt, tot stand te brengen". De regel geldt ook in het Belgische recht; zo bv. moet voor de tegenwerpeljkheid aan derden te goeder trouw een dading m.b.t. onroerende goederen ook overgeschreven worden.

2. Bijzondere soorten en vormen

a. Procesrechtelijke vormen

Sommige soorten vaststellingsovereenkomst worden gesloten tijdens een gerechtelijke procedure, d.i. tijdens het geding of een daaraan voorafgaande procedure voor de rechter. De daartoe vereiste handelingen zijn daarom ook proceshandelingen (waardoor er in sommige opzichten bijzondere regels gelden, bv. het mandaat "ad litem" van de advocaat).

Zij veronderstellen dat er reeds een geschil is. Is er geen geschil, dan kunnen de partijen de rechtsgang niet gebruiken om aan hun overeenkomst uitvoerbare kracht te verlenen; daarvoor bestaan er andere instellingen en mogelijkheden, met name het notariaat¹¹.

1° Tijdstip en procedure

Een "schikking" is een overeenkomst voor de rechter gesloten (art. 731 v. Ger.W.); de schikking wordt door de griffier geacteerd in een proces-verbaal, een authentieke akte dus, waarvan de uitgifte wordt voorzien van het formulier van tenuitvoerlegging (art. 733 Ger.W.).

Verder bepaalt art. 1043 Ger.W. de mogelijkheid van een akkoordvonnis: "*de partijen kunnen de rechter verzoeken akte te nemen van de overeenkomst die zij gesloten hebben ter oplossing van het geschil dat bij hem regelmatig aanhangig is gemaakt.*"

¹¹ Vgl. B. ALLEMEERSCH, *TPR* 2003, (409) 419 nr. 11 en verwijzingen in vn. 24.

Tegen dit vonnis staat voor de gedingvoerende partijen geen voorziening open, tenzij de overeenkomst niet wettelijk is tot stand gekomen en behoudens de wijzen van uitlegging en van verbetering, bepaald in de artikelen 793 tot 801, indien daartoe grond bestaat”.

Met een akkoordvonnissen staat gelijk een gehomologeerd bemiddelingsakkoord na gerechtelijke bemiddeling (zie art. 1733 Ger.W.): *“In geval van akkoord en indien de bemiddelaar die de bemiddeling leidde erkend is door de (federale bemiddelingscommissie), kunnen de partijen of één van hen het bemiddelingsakkoord (...) ter homologatie voorleggen aan de bevoegde rechter (procedure eenzijdig verzoekschrift, art. 1025 v. Ger.W.). Het verzoek kan echter ondertekend worden door de partijen zelf, indien het uitgaat van alle bij de bemiddeling betrokken partijen. Het bemiddelingsprotocol wordt bij het verzoek gevoegd.*

De rechter kan de homologatie van het akkoord alleen weigeren indien het strijdig is met de openbare orde of indien het akkoord dat werd bereikt na een bemiddeling in familiezaken strijdig is met de belangen van de minderjarige kinderen. De homologatiebeschikking heeft de gevolgen van een vonnis, in de zin van artikel 1043”.

Beide rechtsfiguren – schikking en akkoordvonnissen - overlappen, maar er zijn ook enkele verschillen¹²: het ene is op de eerste plaats een overeenkomst, het andere op de eerste plaats een vonnis. Een akkoordvonnissen moet zoals een vonnis betekend worden vooraleer het ten uitvoer wordt gelegd, het proces-verbaal van schikking is rechtstreeks uitvoerbaar. Tegen een akkoordvonnissen kan bij nietigheidsgronden enkel een rechtsmiddel worden aangewend, tegen de schikking moet nietigverklaring in eerste aanleg worden gevorderd.

Ook tijdens een arbitrale procedure kan een akkoord worden vastgesteld in een door partijen en arbiters ondertekende akte (art. 1715 Ger.W.); die dient te worden neergelegd op de rechtbank en een exequatur kan worden gevraagd (art. 1715 I tweede zin Ger.W.).

Een verborgen partieel akkoordvonnissen of dito scheidsrechterlijke uitspraak vinden we ook wanneer bepaalde onderdelen van de eisen van partijen niet betwist worden door de andere partij, en de rechter of arbiter betwisting mag opwerpen die er niet is, omdat de vraag niet van openbare orde is.

Verzoening kan ook plaatsvinden in de loop van een gerechtelijk deskundig onderzoek (art. 977 Ger.W.).

2° Grondvoorwaarden

¹² Besproken door B. ALLEMEERSCH, *TPR* 2003, (409) 4236 en v. nr. 28.

Hoewel niet uitdrukkelijk vermeld, is vereist dat de zaak vatbaar is voor dading, partijen de vereiste handelingsbekwaamheid hebben en de inhoud van de schikking niet strijdig is met de openbare orde (vgl. *a pari* art. 1715 II Ger.W.).

De wet stelt geen voorwaarde van wederzijdse toegevingen¹³.

b. Dading

Drie vereisten kunnen in herinnering worden gebracht

- Ten eerste spreekt men slechts van dading indien de overeenkomst gesloten is nadat er reeds een geschil is gerezen. Zoniet gaat het om een ander soort vaststellingsovereenkomst (of zelfs een gewone wijzigende overeenkomst).

- Art. 2044 II B.W. bepaalt dat dit contract schriftelijk moet worden opgemaakt, maar dat is enkel een bewijsvereiste.

- Dading is een wederkerige overeenkomst onder bezwarende titel. Het vereiste van “wederzijdse toegevingen” betreft de kwalificatie als overeenkomst onder bezwarende titel. Bij gebrek daaraan is de overeenkomst geen dading en kan ze mogelijks gekwalificeerd worden als een overeenkomst om niet. Omgekeerd verhindert de aanwezigheid van wederzijdse toegevingen in beginsel een herkwalificatie tot overeenkomst om niet. De kwalificatie kan civielrechtelijk van belang zijn voor de regels inzake inbreng en inkorting, de voorwaarden voor een *actio pauliana* en de niet-tegenwerpelijkheid aan de schuldeisers indien gesloten in de verdachte periode kort voor de faillietverklaring van de partij die afstand deed van rechten.

c. Niet-wederkerige vaststellingsovereenkomsten

Het kan zowel gaan om een loutere afstand van recht of kwijtschelding als om een vaststellingshandeling die betrekking heeft op de nakoming van een verbintenis: een saldokwijting, goedkeuring (van goederen of diensten), *décharge* (kwijting van lasthebbers) e.d.

Een eenzijdige afstand van recht kan zowel bij overeenkomst als bij eenzijdige rechtshandeling. Er zijn geen bijzondere vormvereisten. Wel wordt een afstand van recht “niet vermoed” en zal een niet-uitdrukkelijke afstand dus maar kunnen worden afgeleid uit gedragingen die voor geen andere uitleg vatbaar zijn.

Wat echter de “goedkeuring” van een goed of dienst door de schuldeiser ervan na levering betreft, die ook een afstand van beroep op de gebreken in de nakoming inhoudt, wordt de toestemming wel vaak afgeleid uit het stilzwijgen van de schuldeiser nadat deze het goed of de dienst heeft ontvangen en in de mogelijkheid was de conformiteit ervan na te gaan.

¹³ Vgl. B. ALLEMEERSCH, *TPR* 2003, (409) 420 nr. 12.

Voor de “kwijting” van een lasthebber worden in een aantal gevallen vormvereisten opgelegd ten voordele van de schuldeiser¹⁴ of een verplichte bijstand van een deskundige¹⁵. In sommige gevallen wordt ook de termijn bepaald waarbinnen moet geprotesteerd worden wil men de kwijting (décharge) verhinderen. Doch in beginsel gaat de kwijting, anders dan de goedkeuring in koop en aanneming, niet in door het stilzwijgen van de gerechtigde. De kwijting moet dan in rechte gevorderd worden overeenkomstig art. 1359-1366 Ger.W. Soms wordt ook een minimumtermijn bepaald die de schuldeiser moet verleend zijn wil de décharge geldig zijn¹⁶. De snelheid waarmee onderzoek der rekeningen en protest dienen te geschieden wordt mede bepaald door de ingewikkeldheid van de afrekening en de aard van de maatschappelijke verhouding tussen partijen.

D. Wilsgebreken

Bij dading geldt art. 2052 II B.W.: “Men kan er niet tegen opkomen uit hoofde van dwaling omtrent het recht of uit hoofde van benadeling.” De gewone benadeling is *sowieso* in het algemeen geen nietigheidsgrond in ons recht, de rechtsdwaling echter wel. De uitsluiting van vernietiging wegens rechtsdwaling is dus een bijzondere regel voor vaststellingsovereenkomsten.

Wel is vernietiging wegens gekwalificeerde benadeling mogelijk, evenals op grond van substantiële en verschoonbare feitelijke dwaling, geweld en bedrog.

Vernietiging wegens feitelijke dwaling kan wel bij overeenkomst worden uitgesloten.

De regel van art. 2052 II B.W. geldt in beginsel voor alle vaststellingsovereenkomsten die zijn gesloten nadat er reeds een geschil is gerezen.

Daarbuiten gelden de gewone regels inzake wilsgebreken, bv. voor “kwijtingen” die een afstand van recht inhouden, goedkeuring van goederen of diensten, e.d.m. Die kwijting of goedkeuring dekt in beginsel niet de verborgen gebreken (d.i. de gebreken die men niet had moeten kennen op dat ogenblik). Enkel de verschoonbare dwaling is een nietigheidsgrond, naast bedrog, geweld en gekwalificeerde benadeling.

Meer nog dan in andere overeenkomsten geschiedt de beoordeling van de zichtbaarheid bij de kwijting van lasthebbers aan de hand van een zorgvuldigheidsafweging, op grond van de onderzoeksplicht van de schuldeiser en de

¹⁴ Zie bv. art. 554 Wb. Venn.

¹⁵ In naamloze vennootschappen, besloten vennootschappen met beperkte aansprakelijkheid, coöperatieve vennootschappen zonder onbeperkte aansprakelijkheid en commanditaire vennootschappen op aandelen, en met uitzondering van de “kleine vennootschappen” in de zin van art. 15 Wb. Venn. dient de goedkeuring van de jaarrekeningen (en enkele andere handelingen, bv. kapitaalsverhoging door inbreng in natura te geschieden met bijstand (d.i. na verslag) van een commissaris-revisor (zie art. 141 v. Wb. Venn.).

¹⁶ Bv. 1 maand vóór de jaarvergadering voor de commissaris-revisor (art. 143 Wb. Venn.) en 15 dagen voor de vennoten (art. 553 Wb. Venn.).

informatieplicht der schuldenaar¹⁷. Beiden worden overigens m.b. in het vennootschapsrecht uitvoerig geregeld. Worden de gebreken evenwel bedrieglijk verborgen gehouden, dan is er slechts kwijting indien ze daadwerkelijk gekend waren door de lastgever (de bedrieger kan zich nooit op de onverschoonbaarheid van de dwaling van de wederpartij beroepen zie het Gentse Dok- en Scheepsbouwwerven-arrest¹⁸).

§ 3. Inhoud en draagwijdte

A. Uitleg

Bij dading geldt eveneens een restrictieve interpretatie van de overeenkomst. Art. 2048 B.W. bepaalt dat “Dadingen blijven beperkt tot hun voorwerp: wordt daarbij afstand gedaan van alle rechten, vorderingen en eisen, dan geldt zulks alleen voor hetgeen betrekking heeft op het geschil dat tot de dading aanleiding heeft gegeven”. Art. 2049 B.W. bepaalt dat “Dadingen regelen slechts de geschillen die daarin zijn begrepen, hetzij partijen hun bedoeling in bijzondere of in algemene bewoordingen hebben uitgedrukt, hetzij die bedoeling als een noodzakelijk gevolg wordt afgeleid van hetgeen is uitgedrukt.”¹⁹

Deze restrictieve interpretatie geldt *a fortiori* voor een kosteloze afstand van recht.

Met name bij vergoedingskwijtingen bedongen door verzekeraars bestaat er nogal wat contentieux²⁰. Art. 84 van de Landverzekeringsovereenkomstenwet perkt bovendien de draagwijdte van zo'n kwijting in door te bepalen dat de kwijting de elementen moet vermelden waarvoor ze als afrekening geldt en de aanvaarding ervan verder geen afstand van recht inhoudt²¹.

B. Verbintenismatige en zakenrechtelijke inhoud

Naargelang de inhoud van de overeenkomst kunnen er verbintenissen ontstaan of bevestigd worden van uiteenlopende aard, naast het afstand doen door beide partijen van aanspraken op meer. Zoals in het gemeen verbintenissenrecht zullen deze verbintenissen kunnen gekwalificeerd worden als verbintenissen te geven, te doen of niet te doen en gelden de respectievelijke regels voor de nakoming en niet-nakoming daarvan. Soms gaat het uitsluitend om verbintenissen niet te doen gekoppeld aan een wederzijdse afstand van alle verdere aanspraken; dan is er geen verdere

¹⁷ Vgl. RESTEAU, *Traité des sociétés anonymes* nr. 1555-1556 over deze onderzoeksplicht; P.J. CLAVAREAU, *Enige hulpovereenkomsten*, Universitaire pers Leiden 1947, p. 76-77.

¹⁸ Cass. 23 september 1977, iz. Noordermeer, Lodewikus t. Van Loo, de Hemptinne, P. van Malleghem q.q. e.a., *Pas.* I 100.

¹⁹ Toepassingen: zie o.m. J. HERBOTS, S. STIJNS e.a. “Overzicht bijzondere overeenkomsten”, *TPR* 2002, p. (57) 886 v. nr. 1055-1056).

²⁰ Zie o.m. J. HERBOTS, S. STIJNS e.a., *TPR* 2002, p. (57) 876 v. nr. 1040); voor de situatie voor de Landverzekeringsovereenkomstenwet van 1992 D. SIMOENS, “Vergoedingskwijting en dading in de verzekeringspraktijk”, in *De overeenkomst vandaag en morgen, XVIe postuniversitaire cyclus Willy Delva 1989-1990*, Kluwer Antwerpen 1990, p. 187 v.

²¹ Zie over die bepaling Cass. 19 april 2007, nr. C.06.0565.F, *Jaarverslag cassatie* 2007, 53.

uitvoeringshandeling nodig, tenzij er nog een publiciteit dient te worden gegeven aan de afstand (met name voor de tegenwerpelijkheid aan derden te goeder trouw, in het bijzonder bij overeenkomsten betreffende rechten op onroerende rechten).

Indien de dading strekt tot een eigendomsoverdracht aan een van de partijen (of vestiging van een zakelijk recht) of de bevestiging van de eigendom of zakelijk recht van een partij, geldt de regel van art. 1138 B.W.: partijen worden geacht niet alleen de verbintenis te zijn aangegaan, maar ook met de eigendomsverkrijging zelf te hebben ingestemd zonder dat daartoe nog een aparte rechtshandeling nodig is. Dat geldt natuurlijk niet als nog aan bijkomende vereisten moet worden voldaan (bv. specificatie voor soortzaken). De vaststellingsovereenkomst is de "titel" voor de overdracht of vestiging, zij het in sommige gevallen geen aparte titel, nl. wanneer deze declaratief is. Hier ga ik kort nader op in.

C. "Declaratief" karakter ?

Van vaststellingsovereenkomsten zegt men dat ze in regel "declaratief" zijn. Die uitdrukking kan echter tot misverstanden leiden.

Wat betekent de uitdrukking "declaratief" immers?²² Deze term betreft strikt genomen enkel zakenrechtelijke vragen. In ons causaal stelsel van zakenrecht vereist elke overdracht van goederen of vestiging van zakelijke rechten namelijk een geldige "titel". Wanneer men zegt dat een rechtshandeling declaratief is (bv. een verdeling), dan betekent dit dat die rechtshandeling niet geacht wordt een nieuwe, zelfstandige titel te zijn, maar één titel te vormen samen met de titel die ermee wordt voortgezet of gehandhaafd. Een declaratieve handeling (zoals bv. de verdeling) is dus geen zelfstandige titel voor eigendomsverkrijging, en moet steeds gezien worden in combinatie met de titel waarnaar verwezen wordt; de verkrijger zet die titel voort en houdt het goed onder die titel. De declaratieve handeling kan wel bepaalde gebreken van die eerdere titel dekken; zo zal de vaststellingsovereenkomst met name wilsgebreken van die eerdere titel dekken.

Declaratief kan een rechtshandeling dan ook slechts zijn als er een andere titel is waarop ze voortbouwt en die als de verkrijgingstitel kan gelden; zo is een dading declaratief ten aanzien van die partij die een betwiste titel van eigendom heeft en aan wie het goed bij dading wordt toegewezen; voor andere toewijzingen is de dading translatief m.b.t. het toegewezen goed. Dit onderscheid stemt ook overeen met de fiscale kwalificatie van de dading (voor de registratierechten).

Aan het declaratief karakter koppelt men ook vaak de retroactiviteit, hoewel die over iets heel anders gaat. Dat heeft betrekking op de beschikkingen betreffende het toegewezen goed die zouden zijn gedaan door de partij aan wie het goed wordt toegewezen, en waarvan nu retroactief komt vast te staan dat ze bevoegd zijn gebeurd.

²² Zie verder mijn "Noch terugwerking, noch overdracht: bij verdeling of aanwas verkrijgt men niets wat men al niet heeft. Tegelijk een bijdrage over de Gesamthand in ons recht.", *TPR 2004 nr. 1 - Liber amicorum TPR en Marcel Storme*, p. 653-683, ook op <http://www.storme.be/Gesamthand.html>.

Omgekeerd kan een dading, en meer algemeen een vaststellingsovereenkomst, niet ten nadele gaan van rechten die derden zouden hebben verkregen op het goed.

§ 4. Nakoming en niet-nakoming

A. Uitvoerbare kracht

Overeenkomsten die in het kader van een gerechtelijke of arbitrale procedure zijn gesloten, kunnen uitvoerbare kracht verkrijgen op de wijze die hierboven werd aangegeven. Dat geldt voor de minnelijke schikking voorafgaand of tijdens de procedure, voor het gehomologeerd bemiddelingsakkoord en voor het akkoordvonnis in het algemeen; dat geldt ook voor de dading gesloten tijdens een arbitrale procedure. Daarbuiten kan de vaststellingsovereenkomst verleden worden voor een notaris om aldus uitvoerbare kracht te verkrijgen.

B. Niet-nakoming

Bij niet-nakoming van vaststellingsovereenkomsten gelden in beginsel de gemeenrechtelijke regels inzake niet-nakoming en dus de gemeenrechtelijke sancties. Ook de ontbinding wegens wanprestatie is mogelijk bij vaststellingsovereenkomsten, mits er natuurlijk een verbintenis is die niet wordt nagekomen door de wederpartij.

De vaststellingsovereenkomst kan eveneens een schadebeding bevatten (zie voor de dading art. 2047 B.W.), binnen de grenzen van het gemeen recht.

Afdeling IV. Bedingen die de geschillenbeslechting betreffen met delegatie van bevoegdheid

§ 1. Inleiding en typologie

A. Structuur

Als voorbeelden werden reeds gegeven de overeenkomsten, inbegrepen bedingen, tot arbitrage²³, rechterlijke bevoegdheid (forumkeuze), bindende derdenbeslissing²⁴ en partijbeslissing²⁵. Het gaat hier op de eerste plaats om de bevoegdheidsverlenende overeenkomst tussen partijen. Het gaat niet noodzakelijk om een overeenkomst; wanneer een partij of orgaan een bevoegdheid heeft om zelf een beslissing te nemen die derde bindt, kan zij die bevoegdheid ook door middel van een (eenzijdige) rechtshandeling delegeren aan een derde (bv. een beding in een testament, een besluit van een orgaan van een rechtspersoon)²⁶.

Bij verlening van bevoegdheid aan een derde ent zich daarop dan normaal een overeenkomst met die derde. Tenslotte zal er een vaststelling gebeuren door middel van een rechtshandeling van de persoon aan wie de bevoegdheid werd verleend.

Bij arbitrage is het bovendien gebruikelijk dat er bij het begin van de procedure door arbiter(s) en partijen samen een opdrachtakte (*acte de mission*) wordt opgemaakt die onder meer het te beslechten geschil omschrijft en meestal ook het toepasselijke recht voor de verschillende aspecten (procedure, grond van de zaak) verduidelijkt. Bij sommige vormen van bindende derdenbeslissing gebeurt dat ook.

²³ Zie i.a. M. STORME, "Arbitrale akkoorden," *TPR* 1998, 33 V.

²⁴ Literatuur, zie onder meer M.L. STORME & M.E. STORME, "De bindende derdenbeslissing naar Belgisch recht", Preadvies voor de Jaarvergadering 1985 van de Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht in België en Nederland, *TPR* 1985, p. 713 v., ook op <http://www.storme.be/bindendederdenbeslissing.pdf>; M.L. STORME "De bindende derdenbeslissing of het bindend advies ter voorkoming van geschillen", *TPR* 1984, 1264 = *Rev. dr. int. dr. comp.* 1985, 285; M.L. STORME, "Contractuele mogelijkheden om geschillen alternatief op te lossen", in *De overeenkomst vandaag en morgen, XVI^o Postuniversitaire cyclus Willy Delva*, Kluwer 1990, p. 566 v.; B. DE TEMMERMAN, "De minnelijke medische expertise: een bindende derdenbeslissing. Maar wat is een bindende derdenbeslissing?" (noot onder Brussel, 29 november 1994 en Gent, 11 oktober 1994), *AJT* 1994-95, 238; O. CAPRASSE, "De la tierce décision obligatoire", *JT* 1999, 565; K. VANDERSCHOT, "De bindende derdenbeslissing en de partijbeslissing in België en Nederland", in J. Smits en S. Stijns (ed.), *Inhoudbepaling en uitwerking van contracten tussen partijen en derden*, Antwerpen/Groningen, Intersentia/Metro, 2005, 425 v. Behalve de elders in deze bijdrage geciteerde rechtspraak ook o.m. Rb. Namen 19 oktober 1989, *RGAR* 1992 nr. 11.949; Vred. Malmédy 17 augustus 2006, *JLMB* 2007, 840.

²⁵ Literatuur, zie mijn bijdrage "De bepaling van het voorwerp van een verbintenis bij partijbeslissing", *TPR* 1988, 1259 v., ook op <http://www.storme.be/partijbeslissing.pdf>; K. VANDERSCHOT, in *Inhoudbepaling en uitwerking van contracten tussen partijen en derden*, Antwerpen/Groningen, Intersentia/Metro, 2005, 425 v.

²⁶ Vgl. M.L. STORME & M.E. STORME, *TPR* 1985, (713) nr. 5.

B. Typologie

We onderscheiden:

- de overeenkomsten waar het gaat om een jurisdictionele bevoegdheid – arbitrageovereenkomsten en bevoegdheidsovereenkomsten - en
- die waar het gaat om een louter conventionele bevoegdheid – vnl. overeenkomsten tot bindende derdenbeslissing en bedingen van partijbeslissing.

Bij een overeenkomst tot bindende derdenbeslissing komen partijen overeen dat een reeds gerezen en/of toekomstig geschil tussen hen - of een onzekerheid of onbepaaldheid in de rechtsverhouding tussen hen - op onherroepelijke wijze zal worden beslist door een derde die door hen gezamenlijk of op een door hen overeengekomen wijze zal worden aangesteld. Partijen worden als het ware door die derde vertegenwoordigd in zijn beslissing, die dan ook aan hen wordt toegerekend zoals de beslissing van een lasthebber, tenzij de ene partij jegens de andere rechtsmisbruik zou plegen door de andere aan die beslissing te houden (gezien de wijze van totstandkoming *in concreto* of de inhoud van de derdenbeslissing).

Toepassingen zijn te vinden in de meest uiteenlopende overeenkomsten: vennootschappen (geschillenregeling), verkoop van aandelen, verkoop tegen lijfrente²⁷, reglementen van mede-eigendom (al dan niet appartementsmede-eigendom), huurovereenkomsten (bepaling huurprijs of huurschade), uitlegging van testament, schaderegelingsovereenkomsten en verzekeringsovereenkomsten, e.d.m.

§ 2. Totstandkoming en geldigheid van de bevoegdheidsverlenende overeenkomst

A. Algemeen

De geldigheid van dergelijke bedingen beding moet afzonderlijk worden beoordeeld (doctrine of *separability*). Voor arbitrale bedingen vinden we de regel in art. 1697 II Ger.W.: “De vaststelling, dat het contract nietig is, brengt niet van rechtswege mede dat ook de overeenkomst tot arbitrage die daarvan deel uitmaakt nietig is”. Maar de regel geldt meer algemeen, en zo dus ook voor een beding tot bindende derdenbeslissing²⁸ e.d.m.

B. Bekwaamheid

Volle handelingsbekwaamheid is vereist, zoals voor zgn. daden van beschikking. De vereiste bekwaamheid voor een arbitrageovereenkomst is dezelfde als voor een dading.

²⁷ Bv. Rb. Brugge 28 september 1988, *RW* 1988-89, 1035.

²⁸ M.L. STORME, in *De overeenkomst vandaag en morgen*, p. (566) 582.

Naargelang het voorwerp van de te nemen beslissing kunnen ook de regels van het huwelijksstelsel een rol spelen, die bepalen welke handelingen een echtgenoot geldig alleen kan stellen en welke niet (zie met name art. 215 en 224 B.W.).

C. Vrije beschikbaarheid van het voorwerp (bij arbitrage arbitrabiliteit)

Zoals voor een dading moet voor een delegatie van beslissingsbevoegdheid het voorwerp ervan ter vrije beschikking staan van partijen (binnen de partijautonomie vallen). Bij arbitrage spreekt men van arbitrabiliteit. Alle zaken die voor dading vatbaar zijn, d.i. tot de partijautonomie behoren (hoger besproken), zijn arbitabel (art. 1676 Ger.W.); daarbuiten zijn bij publiekrechtelijke personen ingevolge art. 1676 II Ger.W. alle geschillen arbitabel die de totstandkoming of de uitvoering van een overeenkomst betreffen en verder alle materies waarin dit bij wet of KB wordt toegestaan.

Waar de geldigheid van de arbitrageovereenkomst bepaald wordt op grond van het op die overeenkomst afzonderlijk gezien toepasselijke recht (dat ook gekozen recht kan zijn), wordt de arbitrabiliteit in beginsel bepaald door het op de grond van de zaak toepasselijke recht (wat veronderstelt dat dat recht toepasselijk is ingevolge de conflictregel van de arbitrale *lex fori*). Maar als bij afwezigheid van arbitrageovereenkomst de Belgische rechter bevoegd zou zijn, is bovendien arbitrabiliteit volgens de Belgische *lex fori* vereist (cassatie 16 november 2006)²⁹.

D. Vormvereisten

1. Verlenen van jurisdictionele bevoegdheid

Voor de totstandkoming van een overeenkomst die een jurisdictionele bevoegdheid verleent gelden er vormvereisten, althans voor overeenkomsten die inzake bevoegdheid willen afwijken van de Europese bevoegdheidsverordening (zie art. 23 Vo. 44/2001) en voor arbitrageovereenkomsten, waarvoor het geschriftvereiste geldt zoals het soepel wordt verwoord in art. 1677 Ger.W.: “Een overeenkomst tot arbitrage behoort te zijn vervat in een door partijen ondertekend geschrift, of in andere hen bindende stukken, waarin zij blijk hebben gegeven van hun wil om het geschil aan arbitrage te onderwerpen”. Daarbuiten (bv. zuiver interne bevoegdheidsovereenkomsten) geldt het gemeen recht.

2. Verlenen van conventionele bevoegdheid

Voor een beding van derdenbeslissing als dusdanig gelden in beginsel geen nadere vormvereisten, maar deze kunnen wel voortvloeien uit de aard van de rechtsverhouding of te nemen beslissing.

²⁹ Cass. 16 november 2006, C.02.0445.F, http://jure.juridat.just.fgov.be/pdfapp/download_blob?idpdf=N-20061116-7, TBH 2007, 889 n. L. MERTENS “Arbitrabilité des litiges concernant la résiliation des concessions de vente exclusive soumies à la loi belge du 27 juillet 1991: la bouteille à encre est-elle enfin épuisée?”.

Naargelang de ratio van de vormvereiste zal deze gelden voor de overeenkomst tot bindende derdenbeslissing dan wel voor de beslissing zelf. Gelden er vormvereisten voor de rechtshandeling die de derde desgevallend voor rekening van partijen zou stellen, dan moet ook de volmacht vanwege de partijen aan de derde aan dezelfde vormvereisten voldoen (vorm-parallellisme).

E. Stilzwijgende totstandkoming

Een bevoegdheid tot partijbeslissing is soms suppletief aanwezig zonder dat dit moet bedongen zijn (en dit tenzij ze uitgesloten is door de overeenkomst). Traditionele voorbeelden hiervan zijn de begroting van het ereloon van de advocaat³⁰ en sommige andere gevallen van dienstencontracten waarin geen prijs is afgesproken³¹. Is er een gebruikelijk tarief voor diensten van dezelfde aard, dan geldt de afwezigheid van een tarief daarentegen als een verwijzing naar dat tarief.

In de meeste andere overeenkomsten wordt het stilzwijgen van partijen over de prijs eveneens beschouwd als een verwijzing naar de normale prijs³², net zoals het stilzwijgen over de kwaliteit beschouwd wordt als een verwijzing naar de normale kwaliteit (ar. 1246 B.W.).

F. Kwalificatie als wederkerige overeenkomst

Behalve in het geval bedoeld in art. 1678 I Ger.W. geldt de overeenkomst als een wederkerige overeenkomst onder bezwarende titel. Ze geldt dus niet als een overeenkomst om niet, noch als inbetalinggeving, voor de toepassing van de regels betreffende de verdachte periode voor faillissement, voor de actio pauliana en voor de toepassing van de regels inzake de erfrechtelijke reserve.

G. Regels van dwingend recht voor overeenkomsten gesloten voor het rijzen van het geschil

1. Wat betreft arbitrale bedingen en bevoegdheidsbedingen:

Bevoegdheidsbedingen in verbruikersovereenkomsten staan op de zwarte lijst onder art. 32, 20° WHPC: onrechtmatig zijn met name bedingen die de handelaar toestaan zijn eis in te leiden voor een andere rechter dan deze aangewezen door art. 624, 1°, 2° of 4° Ger.W. Ingevolge de rechtspraak van het HJEG over de Europese Richtlijn inzake onrechtmatige bedingen in consumentenovereenkomsten (Richtlijn 93/13) is er

³⁰ Zie uitvoeriger B. VAN DORPE, "De juridische aard van het ereloon naar Belgisch recht", in *Advocatenerelonen. Verslagboek IIIe Advocatendag "Hoeveel advocaat voor je geld" (En hoeveel geld voor je advocaat ?)*, red. J. Stevens, Die Keure 2006, p. (3) 10 v.

³¹ Zie nader mijn genoemde bijdrage "De bepaling van het voorwerp van een verbintenis bij partijbeslissing", *TPR* 1988, nr. 29.

³² *Idem* *TPR* 1988, nr. 27

bovendien een vermoeden van onrechtmatigheid bij elk bevoegdheidsbeding dat de toegang tot de rechter voor de consument bemoeilijkt³³.

Binnen het toepassingsgebied van de reeds genoemde E.Ex.-verordening hebben de regels van die Verordening voorrang, maar zij sluiten niet uit dat een bevoegdheidsbeding onrechtmatig kan zijn, zodat er geen conflict is met de genoemde regels.

Deze nietigheid geldt niet voor arbitragebedingen³⁴, al volgt uit de richtlijn wel dat een beding dat een consument verplicht zich tot een niet onder een wettelijke regeling ressorterend scheidsgerecht te wenden, vermoed worden onrechtmatig te zijn (Bijlage 1 q van Richtlijn 93/13 inzake onrechtmatige bedingen); de Belgische rechtspraak beschouwt een arbitrage krachtens een overeenkomst die aan alle regels van het Ger.W. voldoet immers als een “onder een wettelijke regeling ressorterend scheidsgerecht”.

Wel gelden er bijzondere beperkingen voor arbitragebedingen in sommige materies.

In arbeidszaken is volgens art. 1678 II Ger.W., onder voorbehoud van de bij de wet bepaalde uitzonderingen, iedere overeenkomst tot arbitrage, afgesloten vóór het ontstaan van een geschil, waarvan de arbeidsrechtbank kennis moet nemen krachtens de artikelen 578 tot 583 Ger.W., van rechtswege nietig. Na het rijzen van het geschil kan een arbitrageovereenkomst worden gesloten.

In overeenkomsten betreffende exclusieve verkoopsconcessies op Belgisch grondgebied zijn bedingen die de bepalingen van de Belgische Concessiewet van 27 juli 1961 buiten toepassing stellen nietig (dit wordt afgeleid uit art. 3 van die wet). De rechtspraak leidt uit die bepaling ook af dat een arbitraal beding eveneens nietig is, tenzij de arbiter de Belgische concessiewet moet toepassen³⁵. De Belgische bevoegdheidsregel wordt geprimeerd door strijdige bepalingen uit het gemeenschapsrecht (inzake bevoegdheidsovereenkomsten, waarop deze regel dus in EG-verband niet kan worden toegepast) of internationale verdragen (zoals de Conventie van New York inzake arbitrage). Deze laatste sluit evenwel niet uit dat de arbitrabiliteit van het geschil nog steeds kan beperkt worden door de Belgische concessiewet, voor zover zonder de arbitrageovereenkomst de Belgische rechter bevoegd zou zijn (zie hoger). Ook hier gelden de beperkingen niet meer voor overeenkomsten gesloten na de beëindiging van de overeenkomst en het rijzen van het geschil.

2. Bedingen tot bindende derdenbeslissing

³³ HJEG nr 240/98 d.d. 27 juni 2000 iz. *Oceano Grupo*, o.m. besproken door J. STUYCK, *CMLR* 2001, 719 v. = *ERPL* 2002, 160

³⁴ R. STEENNOT, “Overzicht Consumentenbescherming”, *TPR* 2004 (1721) nr. 198 met verw.

³⁵ Cass. 28 juni 1979, *Audi-NSU*, *Pas.* 1979 I 1, zij het dat dit arrest enkel handelde over de vraag die rijst bij erkenning en tenuitvoerlegging, en niet rechtstreeks de vraag van de bevoegdheid betrof. Die vraag werd impliciet in dezelfde zin beantwoord door het reeds besproken arrest cassatie 16 november 2006.

De voor arbitragebedingen aangegeven nietigheden gelden niet voor een beding van bindende derdenbeslissing, aangezien zo'n beslissing geen gezag van gewijsde heeft en steeds ter (marginale) toetsing aan de rechter kan worden voorgelegd.

Wel zal een derde-beslisser aan wie bevoegdheid werd verleend vooraleer het geschil is gerezen, de regels van dwingend recht evenmin buiten toepassing kunnen laten. Indien de derde in een geschil dat door de concessiewet geregeld wordt, dan niet is uitgegaan van de regels van die wet, kan de beslissing op vordering van de concessiehouder onverbindend worden verklaard.

3. Bedingen van partijbeslissing

Een beding van partijbeslissing is in het algemeen geldig, wel is de draagwijdte ervan door dwingende regels ingeperkt (zie de bespreking verder).

In verbruikersovereenkomsten geldt er een uitzondering voor bepaalde soorten bedingen van partijbeslissing, opgesomd in art. 32, 2° tot 5 van de WHPC:

- “bedingen die ertoe strekken de prijs te doen schommelen op basis van elementen die enkel afhangen van de wil van de verkoper” (art. 32, 2° WHPC). Dus enkel een “gebonden” partijbeslissing is hier mogelijk.
- “bedingen die de verkoper het recht verlenen om de kenmerken van het te leveren product of te verlenen dienst eenzijdig te wijzigen indien de kenmerken wezenlijk zijn voor de consument of voor het gebruik waartoe hij het product of de dienst bestemt, althans voor zover dit gebruik aan de verkoper was medegedeeld en door hem aanvaard of voor zover, bij gebrek aan dergelijke specificatie, dit gebruik redelijkerwijze te voorzien” (art. 32, 3° WHPC)
- bedingen die toestaan een uitdrukkelijk overeengekomen uitvoeringstermijn eenzijdig te wijzigen (art. 32,4° WHPC)
- Bedingen die de conformiteit van de prestatie aan de consument eenzijdig vaststellen (art. 32,5° WHPC).

H. Andere specifieke nietigheden

Art. 1678 I Ger.W. Bepaalt dat “Een overeenkomst tot arbitrage is niet geldig indien daarin aan een van de partijen een bevoorrechte positie bij de aanwijzing van de (arbiter) of de (arbiters) is toegekend”. Ook moet het aantal arbiters steeds oneven zijn.

Ook een overeenkomst waarbij een derde-beslisser wordt aangeduid die afhankelijk is ten aanzien van een der partijen (bv. een werknemer van een partij) is ongeldig als overeenkomst tot derdenbeslissing³⁶ (al kan het een geldig beding van partijbeslissing vormen indien dit de bedoeling is van partijen).

³⁶ Cass. 21 januari 1999, *Arr.* 1999, 69 = *RW* 2001-2002, 561 = *TBBR* 2002, 38 n. S. ZEGERS “Het beding tot bindende 'derden' beslissing (in de verzekeringspolis)”.

§ 3. Inhoud en draagwijdte

A. Mogelijk voorwerp

Een arbitrageovereenkomst heeft in beginsel enkel betrekking op “geschillen” (art. 1676 Ger.W.). Nu wordt dit meestal wel ruim gedefinieerd³⁷.

Maar die beperking bestaat niet voor bindende derdenbeslissingsprocedures die zowel het beslechten van geschillen kunnen betreffen als het aanvullen van lacunes in een rechtsverhouding (*gap-filling*). Zij kunnen ook betrekking hebben op bv. de bepaling van de prijs³⁸, of de aanpassing van een overeenkomst aan gewijzigde omstandigheden, of de vaststelling van de kwaliteit van bepaalde goederen of prestaties, of loutere verklaringen voor recht in gevallen waar dit niet van een rechter kan gevorderd worden.

Hetzelfde geldt in beginsel voor de partijbeslissing.

B. Uitleg

De regel van art. 2049 B.W. (“Dadingen regelen slechts de geschillen die daarin zijn begrepen, hetzij partijen hun bedoeling in bijzondere of in algemene bewoordingen hebben uitgedrukt, hetzij die bedoeling als een noodzakelijk gevolg wordt afgeleid van hetgeen is uitgedrukt”) geldt naar analogie voor de overeenkomst tot derdenbeslissing en a fortiori voor het beding van partijbeslissing: de omvang van de verleende bevoegdheid wordt beperkend uitgelegd.

C. Wederkerigheid

In beginsel is een beding waarbij de bevoegdheid wordt verleend aan een derde bindend voor alle partijen en houdt het niet slechts een optie in voor de partij die het bedongen heeft. Zo bv. bindt een bevoegdheidsbeding in algemene voorwaarden ook de bedinger, tenzij uitdrukkelijk bedongen is dat de bedinger nog altijd kan opteren voor de anders bevoegde rechtbank³⁹.

³⁷ Zie reeds M. HUYS & G. KEUTGEN, *L'arbitrage en droit belge et international*, Brussel 1981, nr. 83 p. 82.

³⁸ Zie reeds art. 1592 B.W. bij de koop. Wanneer de overeenkomst niet de criteria bevat voor de bepaling van de prijs door de derde, is er volgens Cass. 5 juni 1953, *Pas.* I 769 geen koop zolang de derde de prijs niet heeft bepaald. Dit betekent natuurlijk niet dat er geen bindende overeenkomst is tussen partijen; in die zaak ging het zelfs mee bepaald over de vraag op welk tijdstip de eigendom was overgegaan op de koper.

³⁹ zie bv. J. LAENENS, *De bevoegdheidsovereenkomsten naar Belgisch recht*, nr. 390 v. en in *TPR* 1993, p. 1499; kh. Gent 2 februari 2007, *RW* 2007-2008 n. S. VOET “De territoriale bevoegdheid en bevoegdheidsovereenkomsten revisited”; kh. Tongeren 19 december 2006, *P&B* 2008, 65 n. S. VOET “Over de bindende bevoegdheidsovereenkomst”.

D. Regels inzake de aanwijzing van de derde en het starten van de beslissingsprocedure

Voor arbitrage is dit uitvoerig wettelijk geregeld. Niettemin is er nog een onderscheid tussen de arbitrage waarin partijen een rol toekennen aan een arbitrage-instelling (institutionele arbitrage⁴⁰) en de *ad hoc* arbitrage buiten elke instelling om.

Dit onderscheid vinden we ook bij de bindende derdenbeslissing, mechanisme dat immers ook gebruikt wordt bij door instellingen opgerichte geschillencommissies (sommige andere commissies daarentegen zijn arbitrale colleges). Voor een procedure van derdenbeslissing bestaat er geen wettelijke regeling om op terug te vallen en gelden er dus ook geen vormvereisten. Maar indien de derde niet *nominatim* is aangewezen in de overeenkomst en er ook niet verwezen wordt naar een bestaande geschillencommissie of andere instelling ter aanduiding van de derde, zal er wel een aanwijzing moeten gebeuren. Indien de aanwijzing niet minnelijk kan gebeuren kan dit, zoals bij arbitrage, gevraagd worden aan de Voorzitter van de Rechtbank van eerste aanleg dan wel aan de rechtbank zelf⁴¹.

Ook zal, zoals bij arbitrage, de derde die opdracht moeten aanvaarden, tenzij dit eveneens reeds vooraf is gebeurd.

Voor het aanvatten en in staat stellen van de procedure kan de overeenkomst nadere vormen bepalen (bv. voor het aanbrengen van de te beslechten geschilpunten).

E. Regels inzake de te volgen beslissingsprocedure en daarbij toe te passen materiële regels:

Zie verder.

§ 4. Effect op verjaring

Is er een jurisdictionele bevoegdheid verleend, dan zal het aanvatten van de procedure en meer precies het instellen van de eis door de formele kennisgeving van het beroep op arbitrage ook stuiting van de verjaring meebrengen⁴². Wordt er na het rijzen van een geschil een arbitrageovereenkomst gesloten, dan stuit die overeenkomst zelf de verjaring.

Het aanvatten van een procedure van bindende derdenbeslissing is geen instellen van een eis in rechte, zodat de verjaring niet op die grond wordt gestuit. Partijen kunnen

⁴⁰ Met als variante de sectorale arbitrage georganiseerd door een bedrijfssector. Zie daarover het recente boek van Maud PIERS, *Sectorale arbitrage*, Intersentia Antwerpen 2007.

⁴¹ Zie M. STORME, in *De overeenkomst vandaag en morgen*, p. (566) 583; Hof Brussel 29 november 1994, *AJT* 1994-95, 234 n. B. DE TEMMERMAN.

⁴² W. WILMS, *Dagvaarding en verjaring*, Maklu Antwerpen - Apeldoorn 1990, nr. 3; E. BREWAEYS en I. BAELE, *Verjaring in het verzekeringsrecht*, Antwerpen, Kluwer, 2000, nr. 55; M. STORME en B. DEMEULENAERE, *International commercial arbitration in Belgium*, Deventer, Kluwer, 1989, nr. 32

evenwel ook op voorhand bijkomende stuitingsgronden overeenkomen. De vraag is dus enkel hoe een overeenkomst die een procedure van derdenbeslissing bepaalt op dit punt moet worden uitgelegd. In ieder geval moet daaruit worden afgeleid dat de verjaring minstens geschorst is tijdens de procedure⁴³. Is er na de beslissing een geschil over die beslissing zelf, dan loopt er ongetwijfeld een nieuwe verjaringstermijn vanaf de beslissing. Minder duidelijk is wat er gebeurt met de verjaring van aanspraken van een partij die stelt dat er aan de derde geen bevoegdheid werd verleend of dit althans niet geldig gebeurde. Volgens art. 3:316 N.B.W. is de verjaring gestuit, mits de handeling tot een derdenbeslissing leidt; is dat niet het geval, dan is de verjaring maar gestuit indien binnen de 6 maanden na het einde van die procedure een eis wordt ingesteld in rechte.

§ 5. Nader over de rechtsverhoudingen tussen de betrokken partijen en over de onherroepelijkheid in de interne verhouding.

Door de aanwijzing van en aanvaarding door de derde ontstaat er een driepartijenverhouding. Soms zal die nader geconcretiseerd worden in een nieuwe driepartijenovereenkomst. Zo is het bij arbitrage gebruikelijk dat er bij het begin van de procedure door de arbiter(s) en partijen samen een opdrachtakte (*acte de mission*) wordt opgemaakt. Bij sommige vormen van bindende derdenbeslissing gebeurt dat ook.

Dat het om een driepartijenverhouding gaat, mag ons evenwel niet doen vergeten dat de drie partijen niet in dezelfde zin partijen zijn en dat de rechtsverhouding tussen de partijen die de procedure overeengekomen zijn, onderling en die tussen die partijen en de derde-beslisser van een heel andere aard is. Voor de oplossing van concrete vragen moet men duidelijk onderscheid maken tussen enerzijds de interne verhouding tussen de geschilpartijen en anderzijds de verhouding tussen die partijen en de derde-beslisser (arbiter of andere)⁴⁴.

De arbiter of derde-beslisser heeft daarbij een specifieke vorm van het zgn. “mandaat van gemeenschappelijk belang” (d.i. in het gemeenschappelijk belang uit te oefenen mandaat)⁴⁵. De opdracht aan de derde bestaat erin een beslissing te nemen voor rekening van beide partijen. De overeenkomst met de derde is dus wel degelijk een lastgeving⁴⁶.

⁴³ Zo bv. Hof Brussel 29 november 1994, *AJT* 1994-95, 234 n. B. DE TEMMERMAN.

⁴⁴ Zie reeds in vergelijkbare zin O. CAPRASSE, “De la tierce décision obligatoire”, *JT* 1999, (565) 574 nr. 45.

⁴⁵ Zie hierover uitvoeriger mijn syllabus op <http://www.storme/ZCR-lastgeving.pdf>, nadere uitwerking van mijn bijdrage “Hoever reikt de regel van de onherroepelijkheid van een lastgeving van gemeenschappelijk belang in het bijzonder bij enkele toepassingen in de notariële praktijk?”, *T. Not.* 1996, 7 v.

⁴⁶ Dit is terecht de heersende mening - waarmee ik de stelling corrigeer die eerder werd ingenomen in M.L. STORME & M.E. STORME, *TPR* 1985, p. 739. In die zin o.m. ook W. VAN GERVEN, “Langdurige overeenkomsten. Prijsbepaling, aanpassing wegens onvoorziene omstandigheden, conflictregeling”, *Hulde René Dekkers*, Bruylant Brussel 1982, p. 400; S. STIJNS, D. VAN GERVEN, P. WERY, “Chronique de jurisprudence – les obligations”, *JT* 1996, p. 713 nr. 68.

Contra, om andere redenen dan toen door ons aangevoerd, L. CORNELIS, “Het mijnenveld rond de

A. De lastgevingsovereenkomst

De lastgevingsovereenkomst is te vinden in de overeenkomst tussen de partijen in geschil en de derde (en niet de overeenkomst tussen partijen onderling). De “gemeenschappelijke lasthebber” *in spe* die de derde is heeft daarbij een zekere informatieplicht jegens partijen: op zijn minst heeft deze betrekking op mogelijke belangenconflicten of elementen die de onafhankelijkheid of onpartijdigheid van de derde in het gedrang kunnen brengen.

Is er een belangenconflict dat niet door de opdrachtgevers wordt aanvaard (wat veronderstelt dat deze geïnformeerd is), dan is de overeenkomst op die grond nietig⁴⁷.

Houdt de overeenkomst tussen partijen onderling een aanwijzing van een derde in, dan zal ook deze aanwijzing nietig zijn indien een van de partijen in de onwetendheid verkeerde over een belangenconflict.

B. Onherroepelijkheid mandaat ? Ja en neen

Het mandaat is in beginsel onherroepelijk in de verhouding tussen de lastgevers, niet jegens de lasthebber. Het zijn de lastgevers die zich jegens elkaar verbonden hebben tot het delegeren van de bevoegdheid aan een nader te bepalen of reeds bepaalde derde. Dit moet onderscheiden worden van de rechtsverhouding met die derde zelf.

1. Duur en beëindiging van het mandaat van de derde

a. Ontslag door de lasthebber

De gemeenschappelijke lasthebber zelf kan ontslag nemen volgens de gewone regels van de lastgevingsovereenkomst. Het ontslag geldt noodzakelijkerwijze t.a.v. alle lastgevers tegelijk.

Een bijzondere regel geldt evenwel voor arbiters: “Een (arbiter) die zijn opdracht eenmaal heeft aanvaard, kan zich daaraan niet meer onttrekken, tenzij de rechtbank van eerste aanleg hem op zijn daartoe strekkend verzoek verlof heeft gegeven” (art. 1689 Ger.W.).

b. Onmogelijkheid van nakoming door de lasthebber

De opdracht van een arbiter eindigt ook “indien een (arbiter) overlijdt, rechtens of in feite verhinderd is zijn opdracht te vervullen” (art. 1687 I Ger.W.), behoudens andersluidende overeenkomst tussen de partijen bij de arbitrage. Hetzelfde geldt voor bindende derdenbeslissing.

bindende derden- of partijbeslissing”, *TPR* 2004, p. (69) 76 nr. 6.

⁴⁷ Vgl. L. SIMONT, “Contribution à l’étude de l’article 1592 du Code civil”, in *Mélanges offerts à Pierre Van Ommeslaghe*, Bruylant Brussel 2000, p. (261) 273 nr. 11.

c. Verstrijken van de termijn

Eindigt het mandaat door het verstrijken van de voor uitvoering verleende termijn ? Bij arbitrage vinden we een bepaling in die zin in art. 1698 III Ger.W.: De opdracht van de (arbiters) eindigt indien de (arbitrale uitspraak) niet binnen de gestelde termijn is gedaan, tenzij deze termijn bij onderling goedvinden van partijen mocht zijn verlengd). Dezelfde regel geldt in beginsel ook voor de (aanstelling van een) derde-beslisser.

d. Ontslag door de lasthebbers

De lasthebber kan op elk ogenblik ontslagen worden bij onderling akkoord van de lastgevers. Ook wanneer het gaat om een derde die door een van de partijen is aangewezen, zoals bv. in de arbitrage waar elke partij één arbiter aanwijst, kan na de aanwijzing slechts bij onderling akkoord herroepen worden (art. 1687 Ger.W. En *a contrario* ex art. 1683 IV Ger.W.).

Aan het mandaat van de derde mag eenzijdig door één van de lastgevers een einde worden gemaakt overeenkomstig de bepalingen van de onderlinge overeenkomst tussen de lastgevers.

Kan dat ook bij ernstige tekortkoming van de lasthebber, en zo ja, kan dat dan eenzijdig door een van de lastgevers alleen ? Onrechtstreeks: dit verplicht de medelastgever tot medewerking die in beginsel het ontslaan van de lasthebber zal inhouden. Zo ook zou, zo er geen termijn is bepaald voor de uitvoering van de opdracht, elke partij wel een redelijke termijn kunnen stellen, na het verstrijken waarvan zij niet meer gebonden is door de aanwijzing van de derde en er in beginsel een andere derde moet worden aangewezen (zie de bespreking verderop in afdeling 5.).

2. De onherroepelijkheid tussen de lastgevers onderling

De principiële onherroepelijkheid van het mandaat (ook indien niet uitdrukkelijk bedongen) geldt als verbintenis tussen de lastgevers onderling uit de aard zelf van dit soort lastgeving.

De onderlinge overeenkomst tussen de lastgevers (houdende delegatie aan een derde) kan natuurlijk beëindigd worden bij onderling akkoord, ook zonder de instemming van de derde. Ze kan verder ook eenzijdig worden beëindigd overeenkomstig de uitdrukkelijke bepalingen van die onderlinge overeenkomst. Ontbinding van de onderliggende overeenkomst wegens wanprestatie is in beginsel eveneens mogelijk. De onderlinge overeenkomst tussen partijen kan eenzijdig opgezegd worden indien ze noch voor bepaalde duur is gesloten noch beperkt is tot een bepaald voorwerp - bv.

een beding voor alle geschillen tussen partijen zonder beperking tot een bepaalde overeenkomst.

De aard van de lastgeving en van de overeenkomst tussen partijen maakt ook dat het overlijden van een partij geen invloed heeft op de onherroepelijkheid (voor arbitrageovereenkomsten: art. 1688 Ger.W. “Het overlijden van een partij doet noch de overeenkomst tot arbitrage, noch de opdracht van (arbiters) eindigen, tenzij partijen anders zijn overeengekomen”). Hetzelfde geldt voor een faillietverklaring.

Bij een ontbinding of andere beëindiging van de onderlinge overeenkomst zal als gevolg daarvan ook het mandaat van de derde vervallen (zie *infra*)

Omgekeerd maakt de beëindiging van het mandaat van de derde, hierboven besproken, op zichzelf geen einde aan de onderlinge overeenkomst tussen de lastgevers. Er moet in beginsel een andere arbiter of derde-beslisser worden aangesteld.

Zo bv. geldt dat wanneer de derde ontslagen wordt, het mandaat van de derde misschien wel vervalt, maar niet de onderlinge overeenkomst tussen partijen. Het ontslag van de lasthebber ontslaat de lastgevers niet van hun onderlinge verplichting om de bevoegdheid aan een derde toe te vertrouwen; ze zullen dus in beginsel een andere gemeenschappelijke lasthebber moeten benoemen, tenzij de derde nominatim werd aangeduid in de onderlinge overeenkomst. In beginsel moet dan een andere derde worden aangesteld om de derdenbeslissing te nemen.

§ 6. Nader over de persoon van de derde

Precies omdat de derdenbeslissing geen vonnis is, maar een contractuele rechtshandeling, waarvoor geen *exequatur* kan bekomen worden om zo over een uitvoerbare akte te beschikken, hebben sommigen voorgesteld om de derdenbeslissing desgewenst aan een notaris toe te vertrouwen, die in opdracht van partijen de door hemzelf verwoorde beslissing zou verlijden in een uitvoerbare akte.

Dergelijke akte valt niet *a priori* buiten de omschrijving van art. 1 Notariswet, al is die bepaling duidelijk niet met het oog op dergelijke akten geschreven. Ook is dit niet *a priori* in strijd met de onpartijdigheid van de notaris: de beslisser moet precies onpartijdig zijn. De uitoefening van een dergelijke opdracht valt dus niet buiten de beroepsuitoefening van de notaris. Wel gaat het hier niet om een taak van de notaris waarvoor een verplichting bestaat zijn ambt te verlenen.

Een geval waarin deze beslissing aan een notaris werd toevertrouwd vinden we in een vonnis van de Beslagrechter te Brussel d.d. 15 maart 1994⁴⁸: de notaris kreeg de onherroepelijke opdracht spaarboekjes te vereffenen volgens bepaalde maatstaven. De beslagrechter oordeelde dat het door de notaris bepaalde bedrag kon worden verhaald

⁴⁸ RW 1994-95, 506 en noot E. DIRIX op p. 503 v.

op grond van de notariële akte waarin deze opdracht was gegeven, ook al waren de precieze cijfers daarin niet vermeld, maar enkel de berekeningswijze⁴⁹.

§ 7. Ontbinding van de overeenkomst.

Indien de onderliggende overeenkomst ontbonden wordt met terugwerkende kracht, vervalt ook de bevoegdheid tot vaststelling.

Eenmaal de arbiters zijn aangesteld, is er wel geen ontbinding meer mogelijk van de overeenkomsten krachtens dewelke de arbiters bevoegd zijn, of kan een ontbinding althans geen invloed meer hebben op de bevoegdheid van de reeds aangestelde arbiters: het jurisdictioneel aspect neemt over.

In andere gevallen kan bij toepassing van de regels van gemeen recht de onderliggende overeenkomst in beginsel ook ontbonden worden wanneer er reeds een vaststelling is gebeurd en een van de partijen weigert de daaruit voortvloeiende verbintenis uit te voeren. Dit is echter in vele gevallen onwenselijk. Daarom bepaalt art. 905 N.B.W. "Indien een ontbinding van een vaststellingsovereenkomst wegens een tekortkoming in de nakoming daarvan een reeds tot stand gekomen, aan een partij of een derde opgedragen beslissing zou treffen, kan deze ontbinding niet door een eenzijdige verklaring geschieden en kan de rechter haar afwijzen op de grond dat degene die haar vordert, voldoende middelen heeft om van de wederpartij opheffing van of vergoeding voor de tekortkoming te verkrijgen."

§ 8. Niet-nakoming van de door het beding voorgeschreven beslechtsprocedure

Ook hierbij moeten we een onderscheid maken tussen de jurisdictionele en de louter conventionele mechanismen.

A. Jurisdictionele mechanismen (bevoegdheids- of arbitrage-overeenkomst)

De gevolgen van niet-nakoming worden in deze gevallen procesrechtelijk geregeld:

- een partij kan eenzijdig de overeengekomen procedure opstarten als de wederpartij weigert om daaraan mee te werken;
- elke andere rechter zal zich onbevoegd (of correcter: zonder rechtsmacht) verklaren, kosten van de eerste procedure ten laste van de eiser;
- de gewone rechter heeft een aantal restbevoegdheden ten aanzien van procedureproblemen die kunnen rijzen bij een arbitrage (o.a. art. 1679, 1684, 1685, 1687 Ger.W.)

⁴⁹ Volgens E. DIRIX, "Notariële akten tot betaling van een geldsom", *RW* 1994-95, 503 v. is deze opvatting verdedigbaar, maar toch niet de heersende opvatting in België. Zie over deze vragen verder ook K. BROECKX, "De bindende derdenbeslissing in het notariaat", in *De notaris en de conflictbeheersing, Verslagboek notarieel congres Antwerpen 1999*, 307 v.; J.L. LEDOUX, "L'arbitrage, la tierce décision obligatoire, la commission du notaire par la justice - Aspects déontologiques", in *De notaris en de conflictbeheersing, Verslagboek notarieel congres Antwerpen 1999*, 405 v.

- de uitspraak van de arbiter is bindend en heeft gezag van gewijsde; er zijn een beperkt aantal gronden voor nietigverklaring.

B. Conventionele mechanismen

Hier zijn de gevolgen in beginsel verbintenisrechtelijk geregeld.

- Wanneer een partij naar de rechter stapt zonder de voorgeschreven procedure uit te putten (de beslissing van de derde af te wachten); is er strikt genomen geen probleem van bevoegdheid of rechtsmacht van de gewone rechter; enkel zal deze vaststellen dat de partij die de zaak voor de rechter brengt zonder de gedelegeerde beslissing af te wachten, hoewel dit bedongen is (en in de veronderstelling dat het beding geldig is), de overeenkomst niet nakomt; deze kan dan veroordeeld worden tot nakoming, d.i. eerbiediging van de contractueel bepaalde procedure.

- bij procedureproblemen kan er ook hier beroep gedaan worden op de (gewone) rechter om daaraan te verhelpen;

- de derdenbeslissing is in beginsel bindend voor de partijen, als hadden ze die beslissing zelf bij onderling akkoord genomen. De beslissing is dus contractueel bindend, maar heeft niet het gezag van een gewijsde. Aan die bindende kracht zijn er evenwel grenzen: een partij handelt in strijd met de eisen van de goede trouw (redelijkheid en billijkheid) wanneer ze nakoming eist van een beslissing die de contractuele maatstaven miskent, of, zo er enkel een maatstaf van redelijkheid en billijkheid is, kennelijk onredelijk is ("marginale toetsing"). Hoe marginaal de toetsing van de beslissing door de gewone rechter is, hangt dus af van de maatstaven die in de bevoegdheidsdelegerende overeenkomst zijn bepaald.

§ 9. Bewaargeving aan de derde als bijkomende zekerheid

De overeenkomst tot derdenbeslissing kan gepaard gaan met vormen van bewaargeving aan de derde (arbiter of derde-beslisser), in het bijzonder bewaargeving van het voorwerp van het geschil. Zo komt het voor dat de sommen in betwisting aan de beslisser in bewaring worden gegeven, en hij gemachtigd is om deze gelden na de beslissing uit te betalen overeenkomstig die beslissing. Iets dergelijks vinden we bij ereloonarbitrages via de Orde van advocaten: het geconsigneerde bedrag wordt volgens de beslissing van de arbiter uitbetaald.

Bij geld of waardepapieren zal dit voorwerp normaal op een kwaliteitsrekening (derdenrekening) worden gestort.

Afdeling V. Rechtshandelingen krachtens een gedelegeerde bevoegdheid.

Indien de bevoegdheid is gedelegeerd, geschiedt de eigenlijke “vaststelling” door de derde. De beslissingsbevoegdheid van de derde is een Gestaltungsrecht t.a.v. de rechtsverhouding tussen partijen.

In veruit de meeste gevallen berust die bevoegdheid op een overeenkomst, van het type hierboven besproken. Zijn beslissing is een rechtshandeling die aan partijen wordt toegerekend en deel gaat uitmaken van hun overeenkomst. In sommige gevallen (arbitrage) gaat het wel om meer dan dat, en staat de beslissing in beginsel gelijk met een rechterlijke beslissing.

De bevoegdheid kan ook een andere grondslag hebben, bv. een testamentair verleende bevoegdheid tot derdenbeslissing (i.h.b. verleend aan een testamentuitvoerder).

§ 1. Regels inzake de te volgen procedure en toe te passen regels:

A. Arbitrage - procedure en toe te passen regels

1. Procedureregels

De procedureregels worden in beginsel door partijen gekozen, behoudens enkele minimumnormen die gelden voor arbitrage onder de Belgische procedurewet, in art. 1694 Ger.W.

“Art. 1694. 1. Het scheidsgerecht geeft aan iedere partij de gelegenheid om voor haar rechten op te komen en haar middelen voor te dragen.

2. Het scheidsgerecht doet uitspraak na de wederzijdse mondelinge uiteenzettingen te hebben aangehoord. Partijen kunnen geldig worden opgeroepen bij aangetekende brief, tenzij zij een andere wijze van oproeping zijn overeengekomen. Partijen kunnen in persoon verschijnen.

3. Het geding wordt schriftelijk gevoerd, indien partijen zulks zijn overeengekomen of voor zover zij hebben afgezien van wederzijdse mondelinge uiteenzettingen.

4. Iedere partij heeft het recht zich te doen vertegenwoordigen door een advocaat, dan wel door een lasthebber die daartoe bijzonderlijk en schriftelijk is gemachtigd en door het scheidsgerecht is toegelaten. Iedere partij kan zich doen bijstaan door een advocaat of, mits deze door het scheidsgerecht wordt toegelaten, door een andere persoon harer keuze. Partijen mogen door zaakwaarnemers noch vertegenwoordigd, noch bijgestaan worden. »

De wet bepaalt ook enkele vormregels voor de arbitrale beslissing zelf (art. 1701 Ger.W.) en regelt de kennisgeving en neerlegging ervan (art. 1702 Ger.W.).

2. Inhoudelijk toe te passen regels

De arbiters beslissen “volgens de regels van het recht”, “tenzij de partijen anders overeengekomen zijn” (art. 1700 Ger.W.). Dit is dwingend wanneer een publiekrechtelijke rechtspersoon partij is bij de overeenkomst tot arbitrage, onverminderd de bijzondere wetten (art. 1700 II Ger.W.). In andere gevallen kunnen de partijen overeenkomen dat de arbiters zullen beslissen “als goede mannen naar billijkheid” (*amiable composition*)⁵⁰, wat hen evenwel nog niet ontslaat van de toepassing van de regels van dwingend recht⁵¹.

B. Procedures van bindende derdenbeslissing - procedure en toe te passen regels

Bedingen van bindende derdenbeslissing zijn vaak summier, te summier eigenlijk. Verwijzen zij naar een bestaande geschillencommissie, dan zullen de meeste vragen wel geregeld zijn het reglement van die commissie. Daarbuiten hebben rechtspraak en rechtsleer een grotendeels suppletieve regeling uitgewerkt betreffende de regels die moeten gevolgd worden in de beslissingsprocedure:

1. Procedureregels

Er zijn geen absolute minimumregels zoals bij arbitrage. In beginsel moet de procedure tegensprekelijk zijn, moeten de partijen gehoord worden⁵² en moet de beslissing gemotiveerd zijn⁵³, maar of in concreto vereist is hangt af van de aard van het geschil en de overeenkomst tussen partijen⁵⁴.

2. Materiële regels

Tenzij er andere maatstaven geldig zijn overeengekomen moet de beslisser beslissen “naar redelijkheid en billijkheid” (goede trouw). We bespreken dit nader verderop i.v.m. de toetsing van de genomen beslissing door de rechter.

C. Bij partijbeslissing

Hier gelden geen andere procedurevereisten dan diegene bepaald in de overeenkomst. Inhoudelijk gelden de eisen van de goede trouw (redelijkheid en billijkheid).

§ 2. Verplichtingen van partijen andere dan wegens gebondenheid aan de vaststelling

⁵⁰ Voor de wetswijziging van 19 mei 1998 kon deze bevoegdheid slechts na het rijzen van het geschil worden verleend.

⁵¹ Aangezien daarvan in het algemeen pas na het rijzen van het geschil afstand kan worden gedaan. In die zin P. TAELMAN, “De arbiters en hun bevoegdheden”, *TPR* 1999, (1709) 1734 nr. 22.

⁵² Vgl. bv. Hof Antwerpen 9 november 2005, *P&B* 2006, 163 = *TBBR* 2008.

⁵³ Bv. Vred. Oudergem 21 april 1989, *T.Vred.* 1991, 166 (vaststelling huurschade).

⁵⁴ In vergelijkbare zin O. CAPRASSE, “De la tierce décision obligatoire”, *JT* 1999, (565) 576 nr. 52-54.

Gezien de contractuele verplichting tot deelname, bestaat er geen recht op verzet in geval van verstek (zie art. 1695 Ger.W. inzake arbitrage).

§ 3. Rechtsgevolgen van de vaststelling

A. Jurisdictionele vaststelling

De arbitrale uitspraak heeft in beginsel het statuut van een vonnis:

- volgens art. 1703 Ger.W. Heeft de uitspraak “gezag van gewijsde, behoudens ingeval de uitspraak in strijd is met de openbare orde dan wel het geschil niet vatbaar was voor beslechting door arbitrage”. De gronden waarop toch vernietiging kan worden gevorderd vinden we in art. 1704 Ger.W. Deze kunnen uitgesloten worden in zuiver buitenlandse arbitrages, art. 1717 IV Ger.W.

- mits *exequatur* heeft de uitspraak ook uitvoerbare kracht, art. 1710 Ger.W (De voorzitter wijst het verzoek af indien de uitspraak of de tenuitvoerlegging ervan in strijd is met de openbare orde of indien het geschil niet vatbaar was voor beslechting door arbitrage). Tenuitvoerlegging in het buitenland op grond van daar aangevraagd *exequatur* kan rechtstreeks, d.i. zonder eerst een *exequatur* te bekomen in het land van arbitrage zelf (regels van het Verdrag van New York 1958).

De gronden voor nietigverklaring van een arbitrale uitspraak en de procedure worden nader geregeld in art. 1704 v. Ger.W.

B. Louter conventionele vaststelling:

1. Bindend karakter

De loutere derdenbeslissing heeft zoals gezegd niet het statuut van een rechterlijke uitspraak, maar (slechts) die van een contractueel bindende bepaling van de rechten of plichten van partijen; ze heeft dus ook geen gezag van gewijsde (wel kracht van overeenkomst) en is niet vatbaar voor *exequatur*. Wordt de beslissing niet vrijwillig uitgevoerd, dan moet dus de gewone rechtspleging (of het kort geding) gevolgd worden, zoals bij elke andere contractuele wanprestatie.

Hetzelfde geldt *a fortiori* bij de partijbeslissing.

2. Verbintenisrechtelijke en/of zakenrechtelijke inhoud

Indien de vaststelling strekt tot een eigendomsoverdracht aan een van partijen (of vestiging van een zakelijk recht) of de bevestiging van de eigendom of zakelijk recht van een partij, geldt de regel van art. 1138 B.W.: door de beslissing ontstaat niet alleen de verbintenis, maar wordt in beginsel (behoudens andersluidende bepaling) ook de eigendom zelf geleverd of het zakelijk recht gevestigd zonder dat daartoe nog een aparte rechtshandeling van partijen zelf nodig is. Dat geldt natuurlijk niet als nog aan bijkomende vereisten moet worden voldaan (bv. specificatie voor soortzaken).

3. Nietigheden s.s.

Men spreekt soms van nietigheid wanneer de beslissing door de rechter strijdig met de opdracht of kennelijk onredelijk wordt bevonden, zie hieronder (e.). Man kan dit een nietigheid noemen, naar analogie van het gebruik van nietigheid voor besluiten van organen van rechtspersonen, maar in strikte zin is het geen eigenlijke nietigheid van de beslissing maar een onverbindendheid ervan voor partijen.

Daarnaast rijst de vraag of de beslissing van derde kan worden nietig verklaard op grond van de gemeenrechtelijke nietigheidsregels, in het bijzonder de wilsgebreken in hoofde van de derde. Men moet hier in beginsel dezelfde regels toepassen als bij wilsgebreken in hoofde van een lasthebber die een overeenkomst sluit voor een partij. Een partij kan dan de relatieve nietigheid van de beslissing van de derde invoeren indien:

- de beslissing het gevolg is van bedrog of geweld gepleegd jegens de derde;
- de beslissing het gevolg is van een dwaling die door de wederpartij werd veroorzaakt door verkeerde informatie of het in strijd met de goede trouw of een informatieplicht achterhouden van informatie⁵⁵;
- de beslissing het gevolg is van een feitelijke dwaling die door de beslisser zelf wordt ingeroepen (geen rechtsdwaling indien de beslissing van de derde beoogt een geschil te beslechten).

Deze regels gelden evenwel slechts voor zover uit de nadere regeling van de opdracht aan de derde en de beslissingsprocedure niets anders voortvloeit.

Hetzelfde geldt *mutatis mutandis* ook voor de partijbeslissing.

4. Uitvoerbare kracht

De vaststelling kan geen uitvoerbare kracht verkrijgen behalve indien ze verleden is voor een openbaar ambtenaar (wat veronderstelt dat ook het mandaat aan de derde-beslisser authentiek is verleden).

De mogelijkheid van vaststelling door een notaris werd hoger reeds besproken. Het alternatief is dat beide partijen een derde (authentieke) volmacht te geven om voor hun rekening te beslissen en zijn beslissing notarieel te laten verlijden.

De uitvoering van de beslissing kan ook veilig gesteld worden indien het voorwerp van de betwisting in bewaring is gegeven aan de derde-beslisser met de bevoegdheid het af te geven of uit te betalen in overeenstemming met zijn beslissing (vgl. eveneens hoger).

⁵⁵ Betwist is of dit enkel geldt bij bedrog door de andere partij, dan wel ruimer is. Vlg. L. SIMONT, in *Mélanges offerts à Pierre Van Ommeslaghe*, Bruylant Brussel 2000, p. (261) 276 nr. 14 geldt het enkel bij bedrog, en kan de dwaling enkel door de derde zelf worden ingeroepen.

5. Toetsing door de rechter.

a. Toetsing van de beslissingsbevoegdheid

Op de eerste plaats kan de rechter toetsen of de beslissingsbevoegdheid geldig aan de derde c.q. partij werd gedelegeerd, d.i. of het om een materie gaat waarover partijen konden beschikken en of er een geldige overeenkomst tot bevoegdheidsverlening was.

b. Inhoudelijke toetsing van de beslissing (inbegrepen de beslissingsprocedure)

Vervolgens kan de rechter toetsen of de beslisser de regels voor de uitoefening van zijn bevoegdheid heeft nageleefd, zowel wat betreft de procedure voor het nemen van de beslissing als wat betreft de maatstaven aan de hand waarvan diende te worden beslist. Zijn die niet nageleefd, dan is de beslissing niet bindend voor partijen⁵⁶.

De bepaling van de regels die gelden voor de uitoefening van de beslissingsbevoegdheid is dus op de eerste plaats een vraag van uitleg van de bevoegdheidsverlenende rechtshandeling. De rechter zal dus (volledig) toetsen aan de door partijen bepaalde regels. Voor zover partijen geen nadere regels en maatstaven hebben bepaald, zal de rechter kunnen toetsen of de beslissing niet kennelijk onredelijk is⁵⁷; hier spreekt men traditioneel van marginale toetsing⁵⁸. Een marginale toetsing is evenwel pas op zijn plaats voor zover de maatstaf aan de hand waarvan de derde c.q. partij diende te beslissen precies niet nader bepaald was, en de derde dus in de uitoefening van zijn bevoegdheid enkel beperkt was door de grenzen van redelijkheid en billijkheid (eisen van de goede trouw).

Meer concreet kan de rechter verklaren voor recht dat een partij niet aan de beslissing is gebonden indien:

- a) de derde de opdracht te buiten is gegaan of aanwijzingen of maatstaven uit zijn opdracht niet heeft gevolgd⁵⁹;
- b) door de partijen bedongen procedureregels heeft miskend⁶⁰;

⁵⁶ Vgl. art. 7:904 I NB.W., volgens hetwelk partijen niet gebonden zijn aan de beslissing van een derde of een partijbeslissing van de wederpartij "indien gebondenheid aan een beslissing van een partij of van een derde in verband met inhoud of wijze van totstandkoming daarvan in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn".

⁵⁷ In vergelijkbare zin O. CAPRASSE, "De la tierce décision obligatoire", *JT* 1999, (565) 575 nr. 47; K. BROECKX, in *De notaris en de conflictbeheersing, Verslagboek notarieel congres Antwerpen 1999*, (307) 317 nr. 26-29; K. VANDERSCHOT, in *Inhoudbepaling en uitwerking van contracten tussen partijen en derden*, p. (425) 439 nr. 16; Hof Antwerpen 1 maart 1994, *RW* 1994-95, 232; Hof Antwerpen 14 november 2001, *RW* 2003- 2004, 908; Hof Antwerpen 23 februari 2005, *RW* 2007-2008, 31; Hof Antwerpen 9 november 2005, *P&B* 2006, 163 = *TBBR* 2008, 117.

⁵⁸ Sinds de seminale tekst van J. RONSE, "Marginale toetsing in het privaatrecht", *TPR* 1977, 207 v. Zo bv. Ook Kh. Leuven 9 juli 1991, *RW* 1993-94, 336 n. M.L. STORME.

⁵⁹ Vb. Hof Brussel 20 februari 1991, *JT* 1993, 106; Hof Antwerpen 25 april 2005, *P&B* 2005, 238 = *RW* 2006-2007, 726: het beding verwees uitdrukkelijk naar "de regels van het boekhoudrecht", die *in casu* werden miskend; L. SIMONT, in *Mélanges offerts à Pierre Van Ommeslaghe*, Bruylant Brussel 2000, p. (261) 274 nr. 12.

⁶⁰ Vb. Hof Antwerpen 9 november 2005, *P&B* 2006, 163 = *TBBR* 2008, 117: er was een medisch

c) ook niet uitdrukkelijk bedongen fundamentele processuele waarborgen heeft miskend, tenzij partijen daarvan afstand hebben gedaan (zie de bespreking hoger van de na te leven procedureregels);

d) door de partijen overeengekomen bewijsregels heeft miskend⁶¹, of

d) de beslissing kennelijk onredelijk is. Het betreft hier de zgn. “marginale toetsing”, d.w.z. de rechter gaat niet na wat hij zelf zou beslissen in plaats van de derde, maar wel of deze de grenzen is te buiten gegaan waarbinnen redelijke personen in de uitvoering van dezelfde opdracht van mening kunnen verschillen (voor een wettelijke verwijzing naar de maatstaf van de kennelijke onredelijkheid, zie bv. art. 31 Wb.Venn. (vroeger 1854 B.W.) inzake maatschap en vennootschap). Onder meer de grove dwaling of vergissing hoort daar in beginsel ook onder⁶².

Dat de onredelijkheid “kennelijk” (Fr. *manifest*) moet zijn verwijst niet zozeer naar de ernst van de onredelijkheid als wel naar de zekerheid van de onredelijkheid.

Mutatis mutandis geldt hetzelfde voor de partijbeslissing, met dien verstande dat de hoedanigheid van partij een omstandigheid is die de toetsing zal kleuren (die daardoor iets minder marginaal zal zijn). Voor bepaalde soorten partijbeslissing gelden er bijzondere regels, zo bv. voor de controle op de erloonbepaling door de advocaat⁶³.

§ 4. Gevolgen van de onverbindendheid van de vaststelling:

A. Partijbeslissing

Indien het gaat om een onverbindend verklaarde partijbeslissing, komt het in beginsel aan de rechter toe om de beslissing te nemen. Hij zal de beslissing onverbindend verklaren dan wel matiging tot een redelijke beslissing⁶⁴.

B. Arbitrale uitspraak

Indien een arbitrale uitspraak (geheel of gedeeltelijk) wordt nietig verklaard, dient de arbitrale procedure in beginsel te worden herbegonnen voor een nieuwe arbiter of arbiters⁶⁵.

C. Derdenbeslissing

college van 3 aangesteld, en het rapport werd slechts door één expert ondertekend en afgeleverd.

⁶¹ Hof Antwerpen 18 oktober 2006, *RW* 2007-2008, 829.

⁶² Bv. Hof Gent 11 oktober 1994, *AJT* 1994-95, 237 n. B. DE TEMMERMAN; Rb. Verviers 28 februari 2007, *JT* 2007, 383. Vgl. L. SIMONT, in *Mélanges offerts à Pierre Van Ommeslaghe*, Bruylant Brussel 2000, p. (261) 274 nr. 13, die evenwel nuanceert en stelt dat het uiteindelijk toch gaat om de beoordeling van de onredelijkheid van het resultaat.

⁶³ Zie art. 459 Ger.W. en nader B. VAN DORPE, a.w., p. 13 v.

⁶⁴ Zie w.b. die matiging K. VANDERSCHOT, *Inhoudbepaling en uitwerking van contracten tussen partijen en derden*, p. (425) 447 nr. 30.

⁶⁵ J. LINSMEAU, *L'arbitrage volontaire en droit privé belge*, Bruylant 1991, p. 166 nr. 361; H. VERBIST, “De vernietiging van de arbitrale uitspraak na de hervorming van het Belgisch arbitragerecht door de wet van 19 mei 1998”, *TPR* 1999, (1755) 1775 nr. 36.

Indien de beslissing onverbindend wordt verklaard, en er evenmin een akkoord is tussen partijen, zijn er twee oplossingen denkbaar: ofwel dient de beslissing door de overheidsrechter zelf te worden genomen, ofwel dient de procedure van derdenbeslissing te worden overgedaan.

Het gaat natuurlijk om een vraag van uitleg van de overeenkomst tussen partijen die aan de beslissing ten grondslag ligt; maar wat is de regel bij stilzwijgen van die overeenkomst? Art. 7:904 II N.B.W. bepaalt dat de rechter dan in beginsel zelf beslist⁶⁶. M.i. geldt in beginsel de omgekeerde oplossing naar Belgisch recht. Was de derde echter *nominatim* aangewezen in de overeenkomst, dan kan men daaruit naar omstandigheden afleiden dat er geen andere derde dient te worden aangewezen⁶⁷. Maar in beginsel zal, net als bij arbitrage, de rechter een andere derde-beslisser aanwijzen (of laten aanwijzen indien er in de overeenkomst een aanwijzingsprocedure was bepaald)⁶⁸. Een voorbeeld hiervan vinden we in een arrest van het Hof van beroep te Antwerpen, in een zaak waarin een revisor was aangeduid voor de bepaling van de waarde van aandelen als element van een prijs⁶⁹ en en dit is ook het standpunt dat het Hof van cassatie recent heeft ingenomen in een arrest van 31 oktober 2008⁷⁰.

§ 5. Gevolgen bij gebrek of onvolledigheid van de beslissing

A. Derdenbeslissing

De derde die de opdracht heeft aanvaard is in beginsel ook verplicht om binnen de overeengekomen termijn, en bij gebreke daarvan binnen een redelijke termijn, de beslissing te nemen en ter kennis te brengen van partijen. Is er een bindende termijn bepaald, dan vervalt de opdracht bij het verstrijken van de termijn. Is er geen termijn bepaald, dan dient de derde eerst in gebreke te worden gesteld om na te komen. Bij gebreke van nakoming binnen die aanvullende termijn kan de meeste gerede partij de procedure opstarten voor de aanwijzing van een andere derde⁷¹, behalve in het geval uit de overeenkomst tussen partijen volgt dat er geen andere derde dient te worden aangeduid maar de beslissing in dat geval aan de rechter toekomt (vgl. hierboven).

B. Partijbeslissing

⁶⁶ Min of meer in dezelfde zin § 319 I BGB, althans bij “Leistungsbestimmung” (gap-filling).

⁶⁷ In Rb. Verviers 28 februari 2007, *JT* 2007, 383, stelde de rechter een expert aan om na te gaan of de derde-beslisser een grove vergissing had begaan; wanneer daartoe een deskundig onderzoek nodig is, is het wellicht weinig zinvol om nadien, mocht er een vernietiging komen van de derdenbeslissing, nogmaals een nieuwe derde aan te stellen.

⁶⁸ Zo ook eerder M.L. STORME & M.E. STORME, *TPR* 1985, nr. 16.

⁶⁹ Hof Antwerpen 25 april 2005, *P&B* 2005, 238 = *RW* 2006-2007, 726: de bedrijfsrevisor werd vervangen door een andere bedrijfsrevisor.

⁷⁰ Cass. 31 oktober 2008 nr. C.07.0201.N, http://jure.juridat.just.fgov.be/pdfapp/download_blob?idpdf=N-20081031-2, verbreking Hof Antwerpen 30 november 2006.

⁷¹ Dit is ook de oplossing van terwijl art. 6:106 I PECL (*Principles of European contract law*) en art. II-9:106 DCFR (*Draft Common Frame of reference*).

Wanneer de tot partijbeslissing bevoegde partij de beslissing niet neemt binnen de daartoe bepaalde termijn of binnen een in een aanmaning gegeven redelijke termijn, dient m.i. de regel te worden toegepast die we vinden bij de alternatieve verbintenissen: de keuzebevoegdheid gaat dan over op de andere partij⁷².

§ 6. Gevolgen van nietigheid of ontbinding van de onderliggende overeenkomst.

Indien de onderliggende bevoegdheidsverlenende overeenkomst nietig is (nietigheid die zoals gezegd veelal afzonderlijk moet worden beoordeeld van de rest van de overeenkomst waarin het beding is opgenomen), dan is de vaststelling zonder bevoegdheid gebeurd en dus niet bindend. Het gemeen recht en de gemeenrechtelijke rechtsmacht van de rechter gelden terug.

De ontbinding van de onderliggende overeenkomst werd hoger reeds besproken.

Afdeling VI. Besluit.

Het opzet van deze bijdrage bestond er niet in om alle vragen die rijzen die bij alle soorten vaststellingsovereenkomsten te bespreken. Daarvoor is een heel boek nodig. Wel was het de bedoeling om enerzijds nee “gemeen recht” inzake vaststellingsovereenkomsten uit te werken en anderzijds de belangrijkste verschillpunten tussen verschillende soorten vaststellingsovereenkomsten aan te geven.

⁷² Zie mijn *De invloed van de goede trouw op de kontraktuele schuldvorderingen*, Story Brussel 1990, p. 226 nr. 232 e) met verwijzingen.