



Arbitrage of overheidsrechter?

Arbitragebedingen

Case Management Arbitrage

prof. mr. Rieme-Jan Tjittes

Geschilbeslechting

- Waar en door wie een geschil wordt beslist is van groot belang
- Probleem: geschilbeslechting is sluitpost in drafting proces

“I’ve copied the arbitration clause into this email below. Can you check if it works? But don’t change anything because we’re signing in an hour.”

- Geschilbeslechtingsclausule is resultante van:
 - belang partijen (bijv. wie meer gedaagde is [principaal, verkoper aandelen] heeft minder haast: drie arbiters, langere termijnen e.d.)
 - bargaining power
 - drafting ability

Geschilbeslechting



Geschilbeslechting

- a) Interne escalatieniveau's (informeel/formeel): 57% geschillen geschikt (QMU 2013)
- b) Mediation
- c) Bindend advies (o.a. expert determination; DRB)
- d) Procedure bij de overheidsrechter (47%)
- e) Arbitrage (47%)

Overheidsrechter (1)

- niet-neutraal bij internationale zaken

- indien een contract enige connectie heeft met de VS: uitsluiten 'jury trial':

“[EACH PARTY] WAIVES ANY RIGHT IT MAY HAVE TO A JURY TRIAL OF ANY CLAIM OR CAUSE OF ACTION IN CONNECTION WITH [THIS AGREEMENT] OR ANY TRANSACTION CONTEMPLATED BY [THIS AGREEMENT]. [THIS AGREEMENT] MAY BE FILED AS A WRITTEN CONSENT TO TRIAL BY, COURT.”

- procedureregels veelal niet ter vrije bepaling partijen (Rv.)
- geen specifieke deskundigheid
- openbaar (probleem: bedrijfsgeheimen; reputatie)

Overheidsrechter (2)

- erkenning en tenuitvoerlegging in ander land:
 - regel: procedure moet als regel over (NL: art. 431 lid 1 Rv)
 - uitzondering: erkennings- en tenuitvoerleggingsverdrag (zoals EEX-Vo; NL bijv. geen erkennings- en tenuitvoerleggingsverdrag met VS en China)
 - Relativering: HR RvdW 2014/1059 (Gazprombank/Bensadon):
in beginsel erkenning buitenlandse uitspraak indien (i) rechter bevoegd op internationaal erkende bevoegdheidsgrond, (ii) eisen behoorlijke rechtspleging in acht genomen, (iii) geen strijd met Nederlandse openbare orde en (iv) geen onverenigbaarheid met andere uitspraak tussen partijen met zelfde onderwerp en oorzaak

Arbitrage (1)

- neutraliteit bij internationale arbitrage: keuze seat (34%)
- flexibiliteit: procedureregels ter vrije bepaling partijen (reglementen veel vrijheid)
- deskundigheid:
 - 76% wil eigen arbiter benoemen (86% vindt het OK vooraf contact op te nemen met arbiter)

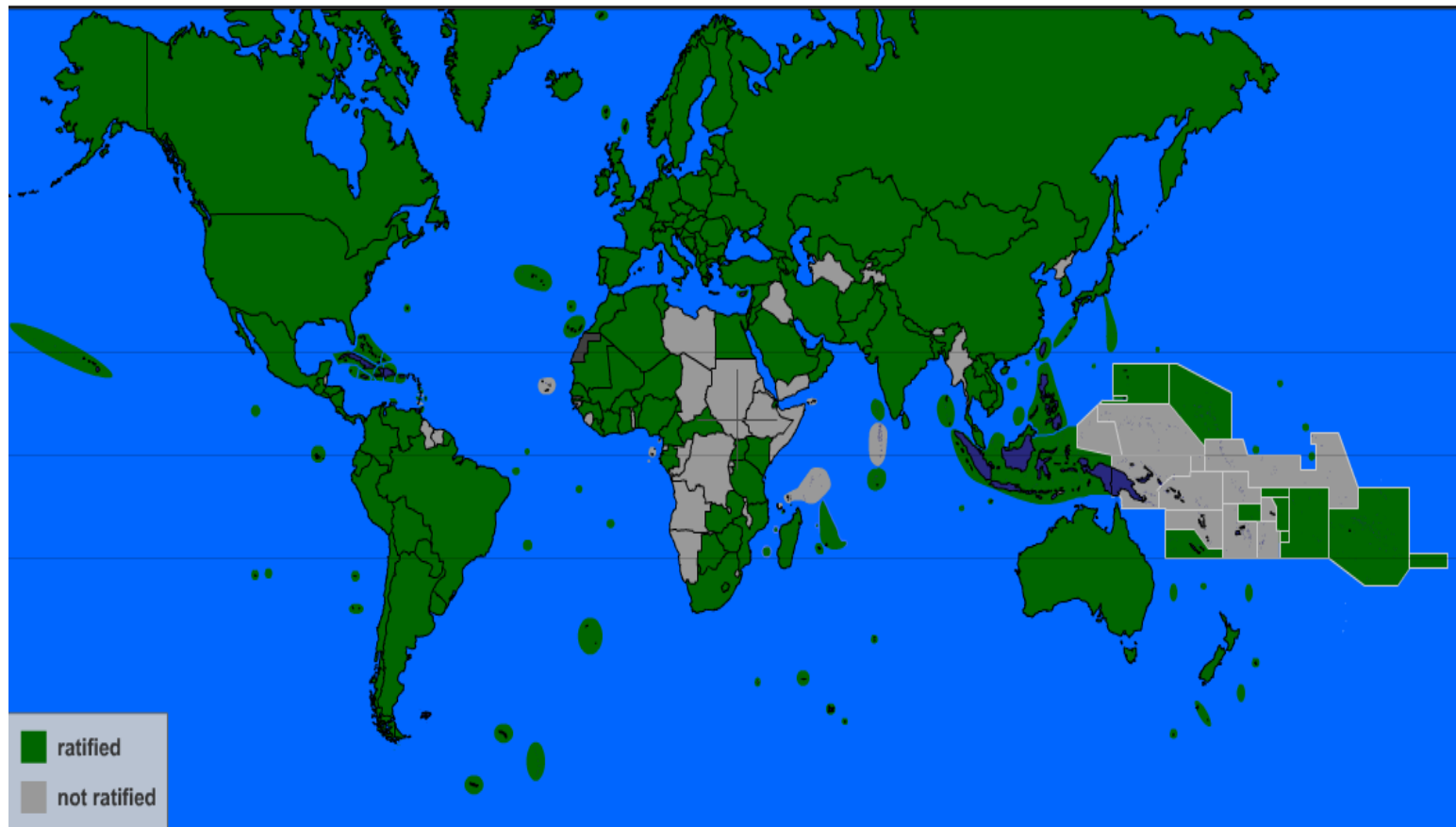
Arbitrage (2)

- Vertrouwelijkheid:
 - geen regel (o.a. Frankrijk: wel nationale arbitrage, maar niet internationale arbitrage; Engeland implied term)
 - in reglement arbitrageinstituut (art. 6 NAI Reglement 2015)
 - d.m.v. procedurele order arbiters (art. 22 (3) ICC Rules of Arbitration)
 - maar: openbare procedure bij overheidsrechter na arbitrage (vernietiging, exequatur) en jaarrekening

Arbitrage (3)

- tenuitvoerlegging ander land:
 - Verdrag van New York 1958 (149 landen o.a. Rusland, China, VAE, en VS)
 - Verdrag NY: 57% erkenning en tenuitvoerlegging binnen 1 jaar, 14% binnen half jaar
 - 84% vrijwillig; 11% procedure
- grote klanttevredenheid (73%)
- Kool en geit sparen (bemiddelend vonnis)? 17% partijen, 5% arbiters

Partijen Verdrag van NY 1958 (149)



Arbitrage – Voor- en nadelen (1)

Bedrijfsjuristen (onderzoek Queen Mary University)

Voordelen:

- tenuitvoerlegging vonnis
- flexibiliteit procedure
- keuze arbiters

Nadelen:

- hoge kosten
- lange duur

Arbitrage - kosten

	NAI	ICC	Swiss
USD 250.000	E 3.500	USD 8.940	E 4.286
(1 arbiter)	E 200 x 1 x 60 uur = E. 12.000	USD 6.440 - 26.898 [gem. 16.668] Tot US 25.608	E 8.857 - 26.571 [gem E 17.714]
	Tot 15.500	Tot 23.691	Tot 22.000
USD 1 miljoen	E 9.000	USD 21.715 USD 14.627 –	E 4.286
(3 arbiters)	E 250 x 3 x 60 u = E 45.000	64.130 [gem. 39.378] (x3) Tot US 139.850	E 54.643- 190.000 [gem 122.321]
	Tot 54.000	Tot 129.381	Tot 126.607
USD 10 miljoen	E 18.000	USD 57.515	E 5.714
(3 arbiters)	E 325 x 3 x 60 u = E 58.500	USD 39.167 – 187.400 [gem 113.284 (x3) Tot US 397.366	E 137.476- 546.429 [gem 341.952]
	Tot 76.500	Tot 367.619	Tot 347.666

Arbitrage – Voor- en nadelen (2)

- Focus op efficiency:
 - Arbitrageinstituten (NAI 2015; en ICC 2012)
 - Nieuwe arbitragewet NL 1-1-2015 (Frankrijk 2011)

Nieuw NL arbitragerecht 1-1-2015 (1)

1. Toepasselijk recht op de materiele geldigheid arbitrageovereenkomst (ruim: aanbod en aanvaarding, wilsgebreken): (i) rechtskeuze arbitrageovereenkomst, (ii) recht seat, of (iii) indien geen rechtskeuze is gemaakt (en geen seat hebben aangewezen) door het op de rechtsbetrekking (hoofdovereenkomst of od) toepasselijke recht (art. 10:166 BW). Arbitrageovereenkomst geldig indien zij materieel geldig is naar een van genoemde rechtsstelsels (begunstigingsbeginsel)
2. Arbitraal beding in algemene voorwaarden B2C is per definitie vernietigbaar (art. 6:236 sub n BW: zwarte lijst). Oplossing:
 - Aparte arbitrageovereenkomst
 - Termijnstelling van min. 1 maand om te kiezen voor overheidsrechter i.p.v. arbitrage

Nieuw NL arbitragerecht 1-1-2015 (2)

3. Institutionele wraking (onafhankelijke derde) ipv door overheidsrechter (art. 1035 lid 7 Rv.)
4. Verzoeken tot nemen maatregelen tot bewaring recht, voorlopige voorzieningen en voorlopige bewijsmaatregelen: arbiters bevoegd, tenzij de gevraagde beslissing niet (o.a. verlof beslag) of niet tijdig in arbitrage te verkrijgen (art. 1022b Rv.) in welk geval de overheidsrechter bevoegd blijft

Nieuw NL arbitragerecht 1-1-2015 (3)

5. Te laat klagen over proceduregebrek: verwerking recht beroep in arbitrage of bij de overheidsrechter (art. 1048a Rv.)
6. Verplichte deponering afgeschaft (art. 1058 lid 2 Rv.)
7. Vernietiging: Hof (ressort seat) + HR (uitsluiting HR mogelijk in B2B)(art. 1064a Rv.)
8. Verruiming partiele vernietigbaarheid (art. 1065 lid 5 Rv.)
9. Terugverwijzing door Hof naar arbitrage onder schorsing vernietigingsprocedure voor herstel (art. 1065a Rv.)(‘remission’)(tenzij ogv schending openbare orde of als arbitrageovereenkomst ontbreekt)

Nieuw NAI Reglement 1-1-2015

1. arbitrageaanvraag, kort antwoord, stukkenuitwisseling e.d. als regel per e-mail (art. 3 lid 2 NAI Reglement)
2. Samenstelling scheidsgerecht: iedere partij stelt 1 arbiter voor, gezamenlijk voorzitter, tenzij anders overeengekomen (o.a. lijstprocedure)(art. 13 en 14 NAI Reglement)
3. Wraking bij Comite NAI (art. 19 NAI Reglement)
4. Beslissingsmaatstaf: regelen des rechts, tenzij anders (goede personen naar billijkheid) overeengekomen (art. 42 leden 1 en 3 NAI Reglement)

Nieuw NAI Reglement 1-1-2015 (2)

5. Tijdig bezwaar tegen benadeling door arbiter, anders verval recht in arbitrage of bij overheidsrechter (art. 58 NAI Reglement)
6. Procedure in geval van terugverwijzing tijdens vernietigingsprocedure (remission) (art. 49 NAI Reglement)

Checklist arbitragebeding (1)

1. Bindende en duidelijke keuze arbitrage
2. Geschillenbeslechting voor, naast of ipv arbitrage
3. Omvang arbitrage
4. Geheimhouding
5. Institutionele of ad hoc arbitrage
6. Meer partijen, meer contracten
7. Benoeming arbiters

Checklist arbitragebeding (2)

8. Zetel ('seat')
9. Toepasselijk recht op de arbitrage (materieel)
10. Taal van de arbitrage
11. Bewijs en procedure
12. Spoedprocedures
13. Beslissingsmaatstaf
14. Kosten arbitrage
15. Hoger beroep en finaliteit

(1) Bindende en duidelijke keuze arbitrage

Fout: *“Any dispute of whatever nature arising out of or in any way relating to the Agreement or to its construction or fulfilments **may be referred to arbitration**. Such arbitration shall take place in USA and shall proceed in accordance with the Rules of Conciliation and Arbitration of the International Chamber of Commerce”.*

Fout: *“All disputes shall be settled by arbitration according to the Rules of Conciliation and Arbitration of the ICC, and for disputes which may be resolved by conciliation, the parties would proceed first with such conciliation”.*

(1) Bindende en duidelijke keuze arbitrage (2)

Goed: *“Any dispute arising out of or in connection with this contract, shall be referred to and **finally and binding resolved** by **arbitration** under the [...] Rules.”*

Fout: *“In case of dispute, the parties undertake to submit to arbitration, but in case of litigation the Tribunal de la Seine shall have exclusive jurisdiction.”*

Fout: *“Alle geschillen tussen partijen die verband houden met deze overeenkomst zullen worden voorgelegd aan het NAI.”*

Fout: *“Alle geschillen tussen partijen worden beslecht door drie arbiters die als bindend adviseurs zullen beslissen op grond van het arbitragereglement van het NAI”*

(2) Geschilbeslechting voor, naast of in plaats van arbitrage?

(i) Multi tiered clause: ADR voor arbitrage

Let op begin/eind diverse stadia

Fout: *“Disputes shall be submitted to arbitration according to the Rules of Conciliation and Arbitration of the ICC...; disputes which may be resolved by conciliation shall be submitted first to conciliation”.*

Fout: *“The parties shall mediate so long as one party believes settlement through mediation is possible, after which the parties shall submit the dispute to binding arbitration”.*

(2) Geschilbeslechting voor, naast of in plaats van arbitrage?(2)

Fout: “Prior to any judicial proceeding, [parties] shall submit [their disputes] to an *arbitral tribunal* of three members, of which each party appoints the arbitrator of its choice within a eight-days period from the request made by the most diligent party. In the event arbitrators do not agree about the choice of a third arbitrator, the latter shall be appointed by the President of the Commercial Tribunal of Versailles. If *any conciliation is possible* on the *enforcement* of this contract, only the *Commercial Tribunal of Versailles* shall be competent”.

(2) Geschilbeslechting voor, naast of in plaats van arbitrage?(3)

(ii) 'optional clauses', 'split clauses': keuze arbitrage of overheidsrechter (1 partij, beide partijen; voorkeur).

Voorbeeld in distributieovereenkomst: *"The Parties hereby agree that any dispute, controversy or claim arising out of or related to this Agreement, whether based on contract law or negligence, shall be finally settled by arbitration in accordance with the Rules of the Netherlands Arbitration Institute ("Nederlands Arbitrage Instituut"). (...) This clause [xx] is for the benefit of [manufacturer] only, accordingly, [manufacturer] may bring legal action relating to this Agreement in any court in any country or territory in which any property (including intangible property) of Distributor is then situated or in any other competent court."*

Let op: niet overal geldig (o.a. niet: China, Japan, Polen, onduidelijk: NY, Rusland, India VAE, Zweden, Tsjechie)

(3) Omvang arbitrage

Goed: *“all disputes arising out of or in connection with this agreement shall be referred to and finally resolved by arbitration”*

Eventueel verduidelijken:

- “on whatever legal ground”
- ook in geval van vrijwaring claims derden (bijv. fabrikant-distributeur ivm claims koper)

Fout: *“All disputes arising out of the performance of the contract, and during the term of this contract, shall be submitted to an arbitral tribunal”.*

let op: arbitrabiliteit (NL o.a. niet vernietiging besluit rechtspersoon)

(4) Geheimhouding

Elementen:

- aanhangigheid arbitrage
- stukken
- partijen, Scheidsgerecht en arbitraal instituut en/of
- arbitraal (tussen)vonnis

(4) Geheimhouding (2)

Geen vertrouwelijkheid:

“Save to the extent required by any applicable law, the parties shall have no obligation to keep confidential the existence of the arbitration or any information or document relating thereto.”

(4) Geheimhouding (3)

Wel vertrouwelijkheid:

- [A] The parties, any arbitrator, and their agents, shall keep confidential and not disclose to any non party the existence of the arbitration, all non-public materials and information provided in the arbitration by another party, and orders or awards made in the arbitration (together, the ‘Confidential Information’).
- [B] If a party wishes to involve in the arbitration a non-party – including a fact or expert witness, stenographer, translator or any other person – the party shall make reasonable efforts to secure the non-party’s advance agreement to preserve the confidentiality of the Confidential Information.
- [C] Notwithstanding the foregoing, a party may disclose Confidential Information to the extent necessary to:
1. prosecute or defend the arbitration or proceedings related to it (including enforcement or annulment proceedings), or to pursue a legal right;
 2. respond to legitimate subpoena, governmental request for information or other compulsory process;

(4) Geheimhouding (4)

3. make disclosure required by law or rules of a securities exchange;
 4. seek legal, accounting or other professional services, or satisfy information requests of potential acquirers, investors or lenders, provided that in each case that the recipient agrees in advance to preserve the confidentiality of the Confidential Information. The arbitral tribunal may permit further disclosure of Confidential Information where there is a demonstrated need to disclose that outweighs any party's legitimate interest in preserving confidentiality.
- [D] This confidentiality provision survives termination of the contract and of any arbitration brought pursuant to the contract.

This confidentiality provision may be enforced by an arbitral tribunal or any court of competent jurisdiction and an application to a court to enforce this provision shall not waive or in any way derogate from the agreement to arbitrate.

(5) Institutionele of Ad hoc arbitrage

Institutioneel

- duidelijk en bestaand instituut
- voorbeelden: NAI, ICC, LCIA, AAA/ICDR, China International Economic and Trade Arbitration Commission (CIETAC)

Fout: *“All disputes or disagreements arising out of the present agreement which cannot be resolved amicably, will be submitted for arbitration before the Chamber of Commerce of Bucharest or the Arbitration Commission of the ICC in Paris.”*

Fout: *‘International Chamber of Commerce in Geneva’*

- model clausule arbitrage instituut vaak te eenvoudig
- let op welke versie van het Reglement (meestal: rules op moment begin arbitrage), alternatieven ‘then in force’ of ‘as modified or amended from time to time’
- check of additionele bedingen nodig zijn c.q. afwijken van Reglement arbitrageinstituut

(5) Institutionele of Ad hoc arbitrage (2)

Ad hoc

- handig: van toepassing verklaren UNCITRAL Arbitration Rules (2010)
- ‘appointing authority’ arbiter(s) aanwijzen, anders naar overheidsrechter daarvoor
- scheelt administratiekosten, maar extra kosten maken eigen regels
- overheidsrechter zal mogelijk eerder ingrijpen, mogelijk minder eenvoudig erkennen (n.b. in China is alleen institutionele arbitrage mogelijk; ad hoc arbitraal vonnis van buiten China wordt wel erkend – SPC 30-12-2009, no. 415 ‘Notice of Relevant Issues on the Enforcement of Hong Kong Arbitral Awards in the Mainland’)
- alleen voor ‘sophisticated’ partijen

(6) Meer partijen, meer contracten

- meer partijen: benoeming arbiter? Art. 15 (1) NAI: gezamenlijk 1 en als dat niet lukt lijstprocedure
- meer partijen: voeging of tussenkomst (joinder)(art. 1045 Rv en art. 37 NAI en art. 7 ICC Rules)
- meer contracten: zaaksvoeging (consolidation)(art. 10 ICC Rules en art. 39 NAI)
- paraplu arbitrage overeenkomst t.b.v. meerdere contracten

(7) Benoeming arbiters

- aantal arbiters (oneven; wat bij meer partijen als 'de banken'?)
- benoeming voorzitter
- kwalificatie arbiters (deskundigheid, nationaliteit)
- niet te specieus (teveel kwalificaties, specifieke persoon)
- methode van benoeming (institutionele arbitrage v ad hoc en default mechanisms)

(7) Benoeming arbiters (2)

Fout: *“Parties shall appoint a Chinese speaking Arbitrator with a French law degree and a familiarity with Mid-East construction contracts”.*

Fout: *Article 30.1 of the Specific Conditions provides: “All disputes resulting from the interpretation, validity, performance and especially but not only from subcontractor’s rights of payment and termination of the contract (...) shall be submitted to an arbitration proceeding, according to the provisions of this article and articles 1442 and following of the New Code of Civil Procedure.*

The sole Arbitrator as Arbitral Tribunal is appointed in the Particular Conditions”.

*In de Particular Conditions staat: “According to article 30 of the Specific Conditions, **claimant** to arbitration shall submit the dispute, to **one of the Arbitrators** hereunder appointed:*

Mr A. or Mr B. or Mr C. or Mr D.”

(8) Zetel ('seat')

- Formele plaats arbitrage, niet te verwarren met plaats mondelinge behandeling
- belang:
 - toepasselijk procesrecht op de arbitrage (NL als seat in NL, art. 1073 lid 1 Rv)
 - assistentie overheidsrechter (o.a. voorlopige voorzieningen, voorlopig getuigenverhoor e.d. voordat tribunaal is benoemd, horen weigerachtige getuige, vernietigingsmogelijkheden)
 - erkenning en tenuitvoerlegging (seat in Staat die partij is bij Verdrag van NY 1958)
- waarschijnlijke claims arbitrabel
- niet meer dan 1 seat (!)
- Neutraliteit
- Praktische aspecten (o.a. bereikbaarheid, kosten)

(9) Toepasselijk recht op de arbitrage

Separabiliteit: geldigheid arbitrageovereenkomst los van geldigheid hoofdovereenkomst (vernietiging, ontbinding, opzegging e.d.)

- (I) Materiele geldigheid arbitraal beding (art. 10:166 BW: alternatieve opsomming)
 - a. Overeenkomen (rechtskeuze) arbitraal beding: in praktijk zelden

Goed: *“This [Agreement] (including Clause [2] (Dispute Resolution) [and any non-contractual obligations arising out of or in connection with it] shall be governed by [...] law.”*

- b. Gewone regels IPR: recht land waarmee arbitrageovereenkomst nauwst verbonden is:
 - (i) Recht plaats arbitrage, of
 - (ii) Recht van toepassing op de rechtsbetrekking (overeenkomst, onrechtmatige daad)

(9) Toepasselijk recht op de arbitrage (2)

(II) Procesrecht (arbitragerecht)

- Recht van de seat (o.a. resttaak overheidsrechter, vernietiging e.d.)
- Rechtskeuze procesrecht anders dan seat? OK, mits niet in strijd met dwingend arbitragerecht seat

Fout: *“Disputes hereunder shall be referred to arbitration, to be carried out by arbitrators named by the **International Chamber of Commerce in Geneva** in accordance with the **arbitration procedure set forth in the Civil Code of Venezuela and in the Civil Code of France**, with due regard for the law of the place of arbitration.”*

(10) Taal van de arbitrage

- Welke taal spreken partijen, getuigen, deskundigen?
- In welke taal zijn de documenten opgemaakt?
- Kosten vertaling

(11) Bewijs en procedure

- IBA Rules on Taking Evidence in International arbitration (2010): mix common law en civil law
- Andere onderwerpen (o.a. disclosure, cross-examination)
- Vermijd onredelijke korte termijnen

Fout: “The award shall be issued in a period of time of three months from the date of the arbitration agreement. This period can be extended four times if both parties agree to.”

(12) Spoedprocedures

- Spoedprocedure
- Voorlopige voorzieningen
- Kort geding

(art. 35 en 36 NAI Reglement; art. 28 and 29 ICC Rules)

(13) Beslissingsmaatstaf

- Regelen des rechts, tenzij goede personen naar billijkheid (amiable compositeur, ex aequo et bono) overeengekomen (art. 42 lid 3 NAI; art. 21 (2) ICC Rules)
- Toepasselijk recht overeenkomen of IPR (maar arbiters niet verplicht IPR toe te passen: art. 42 lid 2 NAI; art. 21 lid 1 ICC)

(14) Kosten arbitrage

- a) administratiekosten arbitrageinstituut,
 - b) honorarium en kosten arbiter(s)
 - c) honorarium en kosten getuigen/deskundigen
 - d) honorarium en kosten advocaat
-
- arbitragereglement: veroordeling in het ongelijk gestelde partij (art. 57 lid 2 NAI)

 - evt. overeenkomen in arbitragebeding indien vrijheid arbiter(s)(art. 37 lid 4 en 5 ICC) of indien in beginsel advocaatkosten niet worden toegewezen (AAA Commercial Arbitration Rules: ieder eigen kosten)

(15) Hoger beroep en finaliteit

- i. Hoger beroep overeenkomen (art. 1061b Rv)
 - Arbitragereglement (o.a. RvABouw)
 - Separaat arbitraal beding

- ii. Uitsluiten/beperken vernietiging
 - Mogelijk?
 - Onmogelijk? Strijd met de openbare orde
 - Rechtsverwerking (estoppel) of (impliciete) afstand van recht (waiver) in arbitrage en bij gewone rechter (vernietiging) bij niet tijdig klagen gebreken in arbitrageprocedure (art. 1048a Rv, art. 58 NAI; art. 39 ICC)

- iii. Na vernietiging (behalve indien vernietiging wegens ontbreken geldige arbitrageovereenkomst): overeenkomst tot arbitrage blijft van kracht (arbiters bevoegd ivm remission), tenzij anders overeengekomen (dan overheidsrechter bevoegd)(art. 1067 Rv.)

Beoordeling bevoegdheid arbiters door de overheidsrechter:

1. Wanneer een zaak bij de rechter wordt aangebracht: exceptie van onbevoegdheid (art. 1022 NL-Rv). Arbitrageovereenkomst belet niet bevoegdheid gewone rechter inzake bewarende en voorlopige maatregelen (art.1022a en b NL-Rv.), tenzij beslissing (tijdig) in arbitrage kan worden verkregen (art. 1022c NL-Rv.)
2. Wanneer om een exequatur wordt verzocht (art. 1063 NL-Rv)
3. Wanneer een vordering tot vernietiging wordt ingesteld (art. 1065 NL-Rv.)

Vernietiging - Uitgangspunten

Zie HR NJ 2010/171 en HR NJ 1998/207:

- De vernietigingsprocedure is geen verkapt arbitraal hoger beroep;
- Overheidsrechter mag slechts in sprekende gevallen ingrijpen ogv belang bij een effectief functionerende arbitrale rechtspleging
- Niet ieder schending van een procedureregels leidt tot vernietiging
- Geen terughoudende toetsing bij schending hoor en wederhoor
- Gedeeltelijke vernietiging alleen als geen onverbreekelijk verband (HR NJ 2006/77)
- Uitsluiten vernietiging (op voorhand) bij overeenkomst geoorloofd (zelfs in geval van schending art. 6 EVRM), tenzij zwaarwegend openbaar belang (HR ECLI:NL:HR:2015:1194, Cukurove/Sonera, rov. 3.3.6)

Vernietigingsgronden (1)

- a. Geldige overeenkomst tot arbitrage ontbreekt (art. 1065 lid 1 sub a NL-Rv):
- Buiten grenzen arbitrageovereenkomst (art. 527 sub 1 Rv.)
 - Nietige of vernietigde arbitrageovereenkomst (art. 527 sub 2 Rv.)
 - Niet-arbitrabel

Vernietigingsgronden (2)

- b. Onbevoegde arbiters (art. 1065 lid 1 sub b NL-Rv)
 - Onregelmatige samenstelling: (i) wet (niet even), (ii) kwalificaties in overeenkomst (o.a. Reglement)

- c. Schending van de opdracht door arbiters (art. 1065 lid 1 sub c NL-Rv)
 - (i) Formeel:

procedureregels o.a. in Arbitragereglement of PO

Vernietigingsgronden (3)

c. Schending van de opdracht door arbiters (vervolg)

(ii) Materieel:

- meer of anders toegewezen dan gevorderd, zoals rente of proceskosten (art. 1065 lid 5 NL-Rv: partiële vernietiging vzw mogelijk),
- nagelaten te beslissen (daaronder valt ook ongemotiveerd passeren essentieel verweer: HR NJ 2005/190)(art. 1065 lid 6 Rv: eerst na aanvullend vonnis/afwijzing daarvan),
- toetsingsmaatstaf (HR NJ 2010/169: in dictum goede mannen, terwijl regelen des rechts overeengekomen)

Vernietigingsgronden (4)

d. Motivering (art. 1065 lid 1 sub d NL-Rv):

- niet ondertekend of niet met redenen omkleed
- alleen als motivering ontbreekt, niet: ondeugdelijke motivering (HR 2000/508)
- met het ontbreken van een motivering wordt gelijkgesteld als enige steekhoudende verklaring voor de beslissing ontbreekt (HR NJ 2005, 190)
- indien het arbitrale vonnis zo gebrekkig is gemotiveerd dat het met het ontbreken van een motivering moet worden gelijkgesteld (HR NJ 2008/4)

Vernietigingsgronden (5)

- e. Strijd met openbare orde (art. 1065 lid 1 sub e NL-Rv)
 - Inhoud vonnis: dwingend recht van fundamenteel karakter
 - Totstandkoming vonnis: hoor en wederhoor; onafhankelijkheid/onpartijdigheid

Beperking vernietiging

- a. algemeen: rechtsverwerking indien geen tijdig beroep op gebrek (art. 1048a NL-Rv)
- b. ontbreken geldige arbitrageovereenkomst: voor alle weren in arbitrage beroep op gedaan (art. 1065 lid 2 jo 1052 lid 2 NL-Rv)
- c. scheidsgerecht niet volgens regels samengesteld: voor alle weren in arbitrage beroep op doen (art. 1065 lid 3 jo 1052 lid 2 NL-Rv)
- d. scheidsgerecht heeft zich niet aan zijn opdracht gehouden: geen vernietiging indien (i) niet van ernstige aard, en (ii) geen beroep op gedaan in arbitrage zodra bekend (art. 1065 lid 4 NL-Rv)
- e. scheidsgerecht nagelaten te beslissen: eerst aanvullend vonnis vragen (art. 1065 lid 6 NL-Rv.)
- f. partiële vernietiging staat voorop (art. 1065 lid 6 NL-Rv)
- g. terugverwijzing (art. 1065a NL-Rv.); arbitrageovereenkomst blijft als regel van kracht (tenzij anders overeengekomen)(art. 1067NL- Rv.)

Efficiënte case management

1. Bewustheid stijlverschillen: common law v civil law
 - arbiters lijdelijk v. arbiters actief
 - ruime disclosure v. beperkte disclosure
 - (cross) examination getuigen/deskundigen door partijen v. getuigenverhoor e.d. door arbiters
 - internationaal: mix
2. Onderwerpen niet in arbitragebeding, dan later overeenkomen: case management conference (art. 22 lid 2 ICC)(voor PO#1), pre-hearing conference

Checklist Case management (1)

- UNCITRAL Notes on Organizing Arbitral Proceedings (1996)
 - ICC techniques for Controlling Time and Costs in Arbitration (versie 2, 2012)
1. Set of arbitration rules

If the parties have not agreed on a set of arbitration rules, would they wish to do so
 2. Language of proceedings
 - a) Possible need for translation of documents in full or in part
 - b) Possible need for interpretation of oral presentation
 - c) Cost of translation and interpretation

Checklist Case management (2)

3. Place of arbitration
 - a. Determination of the place of arbitration, if not already agreed upon by the parties
 - b. Possibility of meetings outside the place of arbitration
4. Administrative services that may be needed for the arbitral tribunal to carry out its functions
5. Deposits in respect of costs
 - a) Amount to be deposited
 - b) Management of deposits
 - c) Supplementary deposits

Checklist Case management (3)

6. Confidentiality of information relating to the arbitration; possible agreement thereon
7. Routing of written communications among the parties and the arbitrators
8. Electronic means of sending documents

Checklist Case management (4)

9. Arrangements for the exchange of written submissions
 - a) Scheduling of written submissions
 - b) Consecutive or simultaneous submissions

10. Practical details concerning written submissions and evidence (e.g. method of submission, copies, numbering, references)

11. Defining points at issue; order of deciding issues; defining relief or remedy sought
 - a) Should a list of points at issue be prepared
 - b) In which order should the points at issue be decided
 - c) Is there a need to define more precisely the relief or remedy sought
 - d) Bifurcation: merit/quantum

Checklist Case management (5)

12. Possible settlement negotiations and their effect on scheduling proceedings
13. Documentary evidence
 - a) Time-limits for submission of documentary evidence intended to be submitted by the parties; consequences of late submission
 - b) Whether the arbitral tribunal intends to require a party to produce documentary evidence
 - c) Should assertions about the origin and receipt of documents and about the correctness of photocopies be assumed as accurate
 - d) Are the parties willing to submit jointly a single set of documentary evidence
 - e) Should voluminous and complicated documentary evidence be presented through summaries, tabulations, charts, extracts or samples

Checklist Case management (6)

14. Physical evidence other than documents
 - a) What arrangements should be made if physical evidence will be submitted
 - b) What arrangements should be made if an on-site inspection is necessary

15. Witnesses
 - a) Advance notice about a witness whom a party intends to present
 - b) Manner of taking oral evidence of witnesses
 - c) Order in which questions will be asked and the manner in which the hearing of witnesses will be conducted
 - d) Whether oral testimony will be given under oath or affirmation and, if so, in what form an oath or affirmation should be made
 - e) May witnesses be in the hearing room when they are not testifying

Checklist Case management (7)

- f) The order in which the witnesses will be called
 - g) Interviewing witnesses prior to their appearance at a hearing
 - h) Hearing representatives of a party
16. Experts and expert witnesses
- a) Expert appointed by the arbitral tribunal
 - (i) The expert's terms of reference
 - (ii) The opportunity of the parties to comment on the expert's report, including by presenting expert testimony
 - b) Expert opinion presented by a party (expert witness)

Checklist Case management (7)

17. Hearings

- a) Decision whether to hold hearings
- b) Whether one period of hearings should be held or separate periods of hearings
- c) Setting dates for hearings
- d) Whether there should be a limit on the aggregate amount of time each party will have for oral arguments and questioning witnesses
- e) The order in which the parties will present their arguments and evidence
- f) Length of hearings
- g) Arrangements for a record of the hearings
- h) Whether and when the parties are permitted to submit notes summarizing their oral arguments

Checklist Case management (8)

18. Multi-party arbitration

19. Possible requirements concerning filing or delivering the award

Who should take steps to fulfil any requirement?

Contactgegevens

prof. mr. Rieme-Jan Tjittes

Arbiter | Commerciële contracten | Cassatie

BarentsKrans N.V.

Lange Voorhout 3

2514 EA te Den Haag

riemejan.tjittes@barentskrans.nl

+31 (0)70 376 0789