

“The CEPANI - NAI approach towards topical trends in arbitration”

Verslag van het joint colloquium van CEPANI en het NAI op 22 april 2022

TVA 2022/70

1. Introductie

1.1 Op 22 april 2022 organiseerden CEPANI en het NAI in de het Depot Boijmans Van Beuningen hun vierde joint colloquium met als thema “Topical Trends in Arbitration”.^{2,3} Gerard Meijer, voorzitter van het NAI, verzorgde de aftrap en introduceerde het thema bij de aanwezigen.

2. Nieuwe arbitragereglementen

2.1 De eerste sessie was gewijd aan de arbitragereglementen van de beide instituten. CEPANI heeft in januari 2020 – ter gelegenheid van het 15-jarig bestaan van het instituut – een nieuw reglement vastgesteld. Bij het NAI wordt gewerkt aan de afronding van een nieuw arbitragereglement; de definitieve tekst wordt naar verwachting binnenkort vastgesteld. Emma van Campenhoudt, secretary general van CEPANI, en Camilla Perera-de Wit, secretary general van het NAI, introduceerden de belangrijkste *highlights* van de beide reglementen.

2.2 Bij CEPANI is sprake van een evolutie van het reglement; niet van een revolutie. Doel was om ervoor te zorgen dat het 2020 CEPANI Arbitragereglement weer volledig in lijn was met de meest recente ontwikkelingen in de praktijk, zodat disputen snel en efficiënt kunnen worden behandeld. Ook is de kans aangegrepen om in het 2020 Arbitragereglement zaken te verduidelijken, waaronder de reikwijdte van de bepaling inzake vertrouwelijkheid. Het 2020 CEPANI Arbitragereglement kent niet langer twee secties, naar gelang het financieel belang van de zaak. Dit onderscheid is komen te vervallen. Wel kent het 2020 CEPANI Arbitragereglement een speciale, versnelde procedure voor geringere vorderingen.⁴ Andere belangrijke wijzigingen bij het 2020 CEPANI Arbitragereglement zijn het versnellen van de termijn waarbinnen de *Terms of Reference* worden vastgesteld en de *scrutiny* van de arbitrale vonnissen door het secretariaat.

2.3 In het nieuwe NAI Arbitragereglement zullen wijzigingen worden aangebracht in de interne wrakingsprocedure en zal worden voorzien in een lichte vorm van *scrutiny*. Het reglement moet daarnaast een snellere benoeming van arbiters mogelijk maken. Het NAI Arbitragereglement biedt al langer de mogelijkheid aan partijen om de procedure te versnellen als zij dat wensen. Ook kent het reglement de mogelijkheid van een arbitraal kort geding, van voorlopige voorzieningen nadat de hoofdzaak aanhangig is gemaakt en biedt het de mogelijkheid van een snelle en vereenvoudigde procedure voor kleinere vorderingen (*Traject Geringere Vorderingen* of TGV)⁵ Het nieuwe NAI Arbitragereglement zet hierin een volgende stap en introduceert bepalingen voor *expedited proceedings*, waarover later meer in de bijdrage van Rogier Schellaars. Een andere, belangrijke wijziging is de introductie van de *NAI Court*, een nieuw orgaan binnen het NAI:⁶ “*the body of the NAI dedicated to the administration of arbitrations as defined in these Rules and as further described in Annex {X} of the rules. The composition and operation of the NAI Court are described in Annex [X] of the Rules.*”⁷ De rol van de *NAI Court* is niet gelegen in het oplossen van geschillen; de *NAI Court* zal opereren tussen de Administrateur en het NAI Secretariaat en zal zowel uit interne als externe leden bestaan.⁸

2.4 Het 2020 CEPANI Arbitragereglement en het nieuwe NAI Arbitragereglement hebben gemeen dat er nog meer aandacht is voor digitaal procederen en het houden van online zittingen. Het NAI Arbitragereglement introduceert ook bepalingen over privacy in arbitrage.

3. Expedited proceedings

3.1 Rogier Schellaars lichtte de nieuwe bepalingen in het NAI Arbitragereglement over *expedited proceedings* toe. Andere instituten kennen vergelijkbare procedures.⁹

3.2 De nieuwe regeling geldt in beginsel alleen (en automatisch) voor arbitrage-overeenkomsten (of arbitrale bedingen) die na de inwerkingtreding van het nieuwe reglement zijn gesloten. Voor eerder afgesloten arbitrage-overeenkomst geldt dat partijen een opt-in mogelijkheid hebben. De drempel ligt bij geschillen met een belang van

1 Dorine ten Brink is advocaat/partner bij Ploum en is redactiesecretaris van dit blad.

2 Diverse auteurs onder redactie van Gerard Meijer, “*The CEPANI & NAI approach towards Topical Trends in Arbitration, Reports from the Fourth joint CEPANI – NAI Colloquium held on 22 April 2022*”, Wolters Kluwer 2022.

3 Niet te verwarren met “Tropical Trends in Arbitration”.

4 Van in totaal minder dan € 100.000; dit was voorheen € 25.000.

5 Met een belang van minder dan € 100.000 (inclusief BTW).

6 ICC en LCIA kennen een vergelijkbaar orgaan.

7 Het betreft hier een vertaling van de voorlopige tekst van het nieuwe reglement, dat nog definitief moet worden vastgesteld.

8 De Administrateur zal zitting nemen in de *NAI Court*; beoogde externe leden zijn hoogleraren arbitragerecht.

9 Waaronder HKLAC, SIAC, ICC en SCC. Ook UNICTRAL voorziet hierin.

in totaal maximaal € 2 miljoen;¹⁰ voor zaken met een hoger financieel belang geldt wederom een opt-in. De bepalingen gelden niet wanneer een verklaring voor recht wordt gevraagd en in zaken waarbij de omvang van de schade nog niet vaststaat.

3.3 Een belangrijke rol is weggelegd voor de Administrateur, die onder meer vaststelt of een zaak een belang heeft van meer of minder dan € 2 miljoen. Als het geschil in aanmerking komt voor *expedited proceedings* zal de Administrateur overgaan tot de benoeming van het scheidsrecht.

3.4 Het scheidsrecht, eenmaal benoemd, heeft ook tot taak om gaande de procedure te bekijken of deze nog steeds geschikt is om volgens de regels van de *expedited proceedings* af te doen. Komt het scheidsrecht tot de conclusie dat dit niet langer het geval is, bespreekt het dit met partijen, waarna het scheidsrecht besluit hoe het verder moet, met als mogelijke uitkomst dat de *expedited proceedings* worden verlaten en volgens de regels voor *non-expedited proceedings* verder wordt geprocedeerd.

3.5 Case management neemt een belangrijke plaats in binnen de *expedited proceedings*; alleen op die manier kan de ambitie om snel en efficiënt te procederen worden verwezenlijkt. Een online zitting is het uitgangspunt bij de *expedited proceedings*. Streven is om binnen 5 maanden na de regiezitting en in ieder geval binnen 6 maanden na aanmelding van de arbitrage tot een arbitraal eindvonnis te komen.

4. CEPANI Rules 2020 and NAI Rules 2022 – What you see is what you get?

4.1 In de eerste sessie na de lunch evalueerden Werner Eyskens en Gerard Meijer de arbitragereglementen van CEPANI en het NAI aan de hand van vier onderwerpen: 1) online zittingen; 2) early determination; 3) secretarissen van het scheidsrecht; en 4) third party funding. Hierna zal op ieder van deze onderwerpen worden ingegaan.

Online zittingen

4.2 Mede door de COVID-19 pandemie is de arbitrage wereld vertrouwd geraakt met online zittingen en ziet iedereen daar ook de voordelen van.¹¹ De online zitting is een blijvertje, zowel voor de regiezitting als voor de inhoudelijke behandeling van de zaak. Zowel CEPANI als het NAI hebben protocollen en checklists opgesteld om online zittingen in goede banen te leiden.

4.3 Het Belgische Wetboek van Rechtsvordering bevat geen expliciete bepaling over online zittingen, maar bevat evenmin een bepaling die partijen recht geeft op een fysieke hoorzitting. Het CEPANI Arbitragereglement bevat geen concrete bepalingen over het houden van online zittingen, behalve artikel 24.3 waarin is bepaald: "Op vraag van de partijen, één van hen, of ambtshalve, nodigt het Scheidsrecht

de partijen, met inachtneming van een redelijke termijn, uit om te verschijnen op de dag en de plaats die het vaststelt. Na raadpleging van de partijen beslist het Scheidsrecht of deze zitting fysiek plaatsvindt, middels videoconferentie, teleconferentie, enig ander geschikt communicatiemiddel of een combinatie van voorgaande methoden."¹² De toestemming van partijen voor een digitale zitting is dus niet vereist, al moeten zij wel vooraf door arbiters worden gehoord over het voornemen een online zitting te houden. Eyskens besprak ook de risico's dat een arbitraal vonnis dat is gewezen nadat alleen een online zitting en geen fysieke zitting heeft plaatsgevonden door de overheidsrechter wordt vernietigd. Hij constateerde dat het enkele feit dat een zitting niet fysiek, maar online heeft plaatsgevonden niet betekent dat partijen onvoldoende gelegenheid hebben gehad hun zaak aan het scheidsrecht te presenteren.¹³

4.4 Het Nederlandse recht wijkt op het punt van de online zitting enigszins af van het Belgische recht: de Nederlandse arbitragewet is een van de weinige nationale wetten waarin een specifieke bepaling is opgenomen over online zittingen (zie art. 1072b lid 4 Rv.). De bepaling is in 2015 aan de arbitragewet toegevoegd, juist met het oog op internationale arbitrages (kostenbesparing). Het artikel geeft het scheidsrecht de bevoegdheid om een online zitting te houden, ook indien partijen daarmee niet instemmen. Het scheidsrecht is tegelijkertijd bevoegd om van een online zitting af te zien en de persoonlijke verschijning van partijen of van getuigen te bevelen. Het scheidsrecht zal partijen wel moeten vragen waar de voorkeur naar uitgaat: een online zitting of een fysieke zitting, waarbij het scheidsrecht uiteraard de wensen van partijen zal meewegen bij de uiteindelijk beslissing om wel of niet een online zitting te houden. Ook zal het scheidsrecht er steeds voor moeten waken dat beide partijen ook in dit opzicht gelijk worden behandeld.

Early determination

4.5 Hiermee wordt geduid op de mogelijkheid die het scheidsrecht aan partijen biedt om het scheidsrecht te vragen zich uit te laten over vorderingen, waarvan aanstonds duidelijk is dat deze ongefundeerd zijn of buiten de jurisdictie van het scheidsrecht liggen. Hiermee wordt de efficiency van de procedure bevorderd en worden kosten bespaard. Het fenomeen is komen overwaaien uit de Anglo-Amerikaanse cultuur en is verankerd in de arbitragereglementen van diverse arbitrage-instituten gevestigd in common-law landen. Arbitrage-instituten in civil-law landen zien de mogelijkheid van *early determination* als een van de mogelijkheden om de procesorde in arbitrage te bepalen. Zowel CEPANI als het NAI hebben besloten om niet een expliciete bepaling aan *early determination* te wijden, maar aangenomen wordt dat zowel het 2020 CEPANI Arbitragereglement als het 2015 NAI Arbitragereglement wel de

10 De bepalingen zouden daarmee van toepassing zijn op het merendeel van de NAI-arbitrages.

11 Met online zittingen worden zowel zittingen bedoeld waarbij alle partijen online deelnemen, alsook de zittingen waarbij een of meerdere betrokkenen online aansluiten (hybride zitting).

12 Deze bepaling is toegevoegd in de zomer van 2020, tijdens de eerste COVID-19 lockdown.

13 Zo ook gezaghebbende auteurs over vernietigingsgronden onder het Verdrag van New York, en ook in lijn met jurisprudentie van het Europese Hof van Justitie en het Belgisch Grondwettelijk Hof.

ruimte bieden aan partijen om een scheidsgerecht te vragen hiertoe over te gaan.¹⁴

Secretarissen

4.6 Het is inmiddels meer dan 20 jaar geleden dat Constantine Partasides zijn zorgen uitte over de secretaris als vierde arbiter.¹⁵ Het onderwerp is nog steeds relevant. In 2021 heeft in België een lagere rechter zich uitgesproken over dit onderwerp, terwijl in Nederland de hoogste rechter er in het kader van een vernietigingsprocedure in de Yukos-sage over heeft geoordeeld.

4.7 CEPANI heeft in haar guidelines opgenomen dat de secretaris niet zal deelnemen aan de beraadslaging en niet zal worden belast met het opstellen van een concept arbitraal vonnis. Ook in het nieuwe NAI Arbitragereglement zal de rol en positie van de secretaris verder worden verduidelijkt: de secretaris werkt altijd onder supervisie van het scheidsgerecht en het scheidsgerecht is niet bevoegd om zijn beslissingsbevoegdheid over te dragen aan of uit te besteden aan de secretaris, in lijn met de beslissing van de Hoge Raad in de Yukos-zaak.¹⁶

Third-party funding

4.8 Third-party funders vinden inmiddels ook hun weg in België en Nederland en financieren ook in arbitrages de proceskosten, veelal van de eiser(s), maar het komt ook voor dat verweerder(s) gebruik maakt van deze vorm van financiële dienstverlening.

4.9 Met het gebruik van third-party funding rijzen vragen van gedragsrechtelijke aard en andere ethische vragen. Belgische en Nederlandse advocatenkantoren kunnen geen third-party funding aanbieden, aangezien afspraken als "no cure no pay" in strijd zijn met de gedragsregels voor advocaten. Het is wel toegestaan om een *success fee* overeen te komen. Third-party funders bemoeien zich vaak intensief met de arbitrageprocedure. Daarbij kan een spanningsveld ontstaan tussen de belangen van de third-party funder en de belangen van de cliënt, waarbij de advocaat op basis van de gedragsregels steeds de belangen van de cliënt moet behartigen.

4.10 Een veel gestelde vraag is of het scheidsgerecht en de wederpartij moeten worden geïnformeerd over het bestaan van een third-party funding arrangement. In België en Nederland wordt die vraag dikwijls gekoppeld aan de eis dat arbiters onpartijdig en onafhankelijk zijn. Indien arbiters niet op de hoogte zijn van het bestaan van een afspraak over third-party funding, zijn zij niet in staat om te

bepalen of het hun vrijstaat om de opdracht aan te nemen of om eventueel bepaalde zaken te *disclosen*.

5. Diversity and inclusion in arbitration ... Do more than the Pledge!

5.1 In de voorlaatste sessie deden Sophie Goldman en Bregje Korthals Altes een hartstochtelijk beroep op iedereen om diversiteit en inclusiviteit in arbitrage te omarmen en actief uit te dragen. Dat we als arbitrage community moeten streven naar diversiteit en inclusiviteit wordt inmiddels breed gedragen. Niet alleen op zeer sterke morele en ethische gronden, maar ook omdat het *business wise* de beste keuze is. In dat verband werden onder meer genoemd nut en noodzaak van het uitbreiden van de talentenpool van arbiters, de (bewezen) betere besluitvorming, grotere representativiteit en legitimiteit van arbitrale vonnissen en innovatie.

5.2 The Equal Representation in Arbitration (ERA) Pledge werd in 2016 gelanceerd en roept ertoe op om meer vrouwelijke arbiters te benoemen. Maar dat is niet voldoende: ook het aantal benoemingen van arbiters afkomstig uit andere groepen die zijn ondervertegenwoordigd moet stijgen en dit moet actief worden gesteund door de arbitrage community: instituten, arbiters en advocaten.

6. Greener arbitration: the role of arbitration institutes

6.1 In de laatste sessie sprak Pauline Ernste over greener arbitration, een ander *hot topic* in internationale arbitrages. Aan de hand van vijf statements checkte Ernste hoe "groen" de aanwezigen waren. Maakt u als arbiter nog gebruik van hard copies van alle processtukken? Moeten de CO₂-emissies voor vluchten naar het buitenland voor zittingen worden gecompenseerd? Zou een digitaal ondertekend arbitraal vonnis ten uitvoer moeten kunnen worden gelegd onder het Verdrag van New York? Zou een digitaal platform waarmee u documenten kunt delen, zoekopdrachten kunt uitvoeren en notities kunt toevoegen, u overhalen om documenten niet in uw eigen document management systeem te downloaden (waarmee serverruimte en dus energie kan worden bespaard)? Zouden arbitrage-instituten een belangrijke rol moeten spelen bij het verminderen van de milieueffecten van (met name) internationale arbitrages? Met deze gewetensvragen kwam er een einde aan een zeer geslaagde dag, waarna de discussie over deze en andere "topical trends" tijdens de borrel werd voortgezet.

14 Zie artikel 24.2 van het CEPANI Arbitragereglement ("Het Scheidsgerecht vat met alle geëigende middelen zo spoedig mogelijk het onderzoek van de zaak aan.") respectievelijk artikel 21.1 van het 2015 NAI Arbitragereglement ("... bepaalt het scheidsgerecht de wijze waarop en de termijnen waarbinnen het geding gevoerd zal worden met inachtneming van eventuele afspraken daarover tussen de partijen, de bepalingen van dit Reglement en gelet op de omstandigheden van de arbitrage.").

15 C. Partasides, "The Fourth Arbitrator? The role of secretaries to tribunals in international Arbitration", *Arbitration International*, Vol. 18, Issue 2, 1 June 2002, 147.

16 HR 5 november 2021, ECLI:NL:HR:2021:1879.