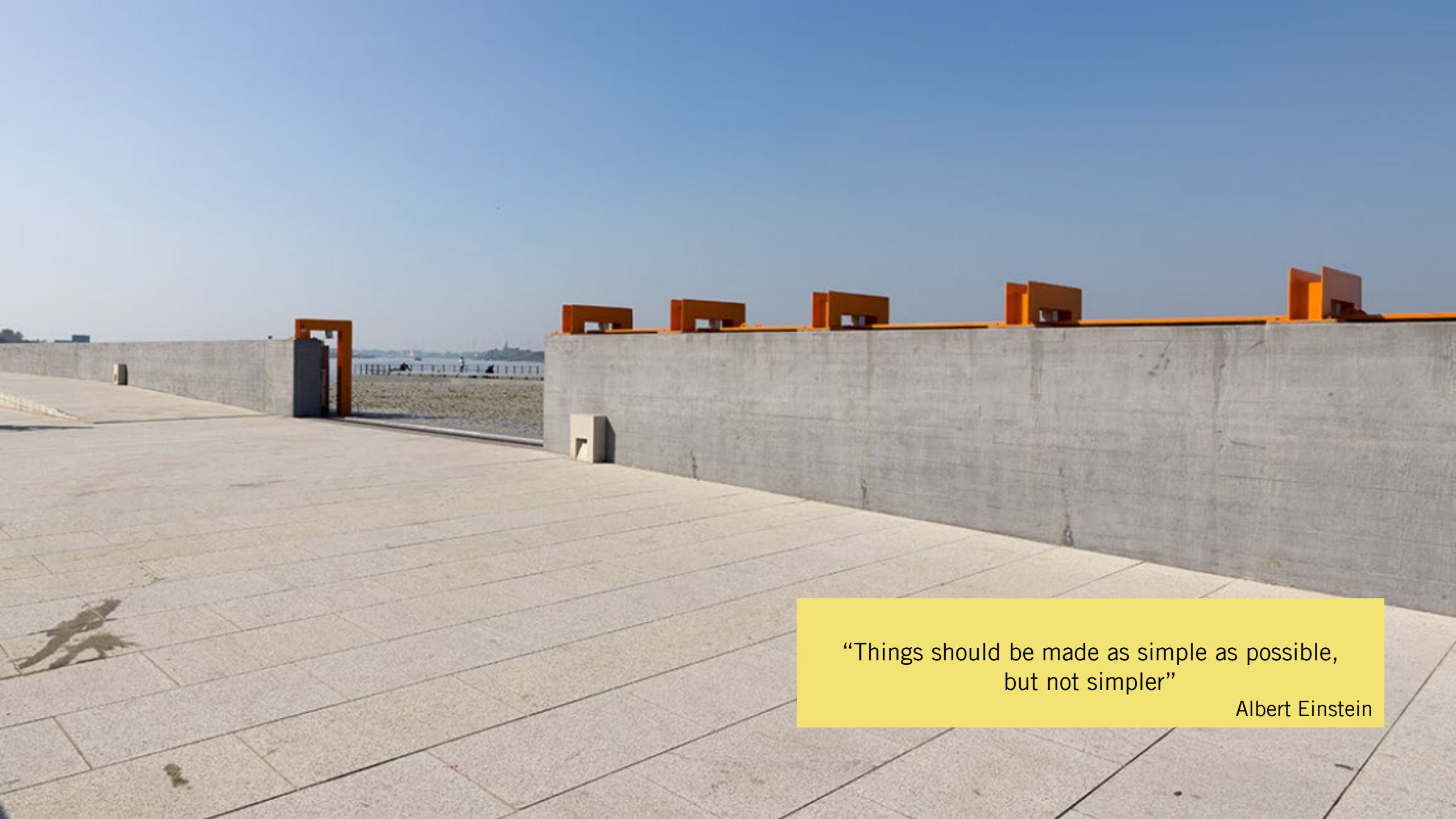


"Things should be made as simple as possible,
but not simpler"

Albert Einstein

Arbitrage in bouwzaken

25 maart 2021

Geert De Buyzer

SCHOUPS

Inhoudstafel

1. Het hoge risico op geschillen in bouwzaken
2. Geschillenvermijding/ -oplossing vóór litige of arbitrage
3. Arbitrage vs litige
4. Bewijsvoering in arbitrage
5. Wat bij insolventie?
6. Inspiratie uit het buitenland
7. Conclusie

1. Het hoge risico op geschillen in bouwzaken



2. Geschillenvermijding / -oplossing vóór litige of arbitrage

1. Early warning verplichtingen
2. Verplichtingen tot voorafgaand overleg
3. Hulp van een derde bij overleg (bemiddeling, verzoening, …)
4. Advies van een derde: bindend of niet
5. Bindende beslissing (dispute boards, …)

3. Arbitrage VS litige

1. Nationale litige vs internationale arbitrage?
2. Neutraliteit
3. Kosten
4. Snelheid
5. Kwaliteit
6. Flexibiliteit
7. Vertrouwelijkheid
8. Uitvoerbaarheid

3.1 Nationale litige vs internationale arbitrage?



- In een internationale context is arbitrage de meest voorkomende manier om bouwgeschillen te beslechten
  - *international arbitration survey 2019*

- In een Belgische context is arbitrage van bouwgeschillen relatief zeldzaam

- Objectieve reden, of (te) snel terugvallen op gewoontes?

- Terzijde: B2B-wet 4 april 2019
  - *Art. VI.91/4. Zijn onrechtmatig, de bedingen die ertoe strekken :*

    3° in geval van betwisting, de andere partij te doen afzien van elk middel van verhaal tegen de onderneming;

    (Parlementaire voorbereiding: *"De verboden bedingen op de zwarte lijst zijn strikt te interpreteren. Het gaat er hier om dat clausules die elk middel van verhaal uitsluiten verboden zijn, met andere woorden "eigenrichtingclausules" die de toegang tot de rechter uitsluiten. Het jus agendi' is van openbare orde. Er kan bijvoorbeeld gedacht worden aan clausules waarbij de andere partij tot arbitrage verplicht wordt (...)")*

3.2 Neutraliteit

- Vermijden van nationale rechtbanken / rechtsstelsels
  - Kan ook in kader van litige
  - Ook in het kader van arbitrage kunnen de rechtbanken van de plaats van arbitrage een rol spelen
- Taal
- Vermijden van regionale rechtbanken?

3.3 Kosten

- Arbitrage is alleszins in eerste instantie duurder
  - Arbiters (aantal?)
  - Instituut
  - Logistiek
  - Meer in de diepte
  - “Cost calculators”

- Op het tweede gezicht:
  - In principe geen hoger beroep
  - In principe geen registratierechten
  - Wat kan worden gerecupereerd en hoe?

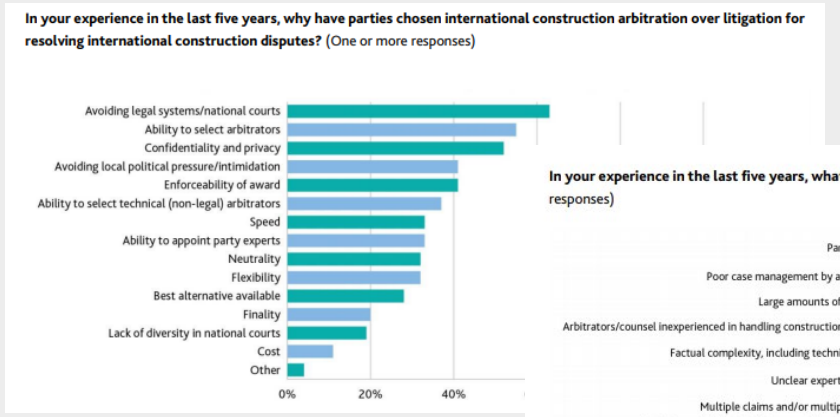
3.4 Snelheid

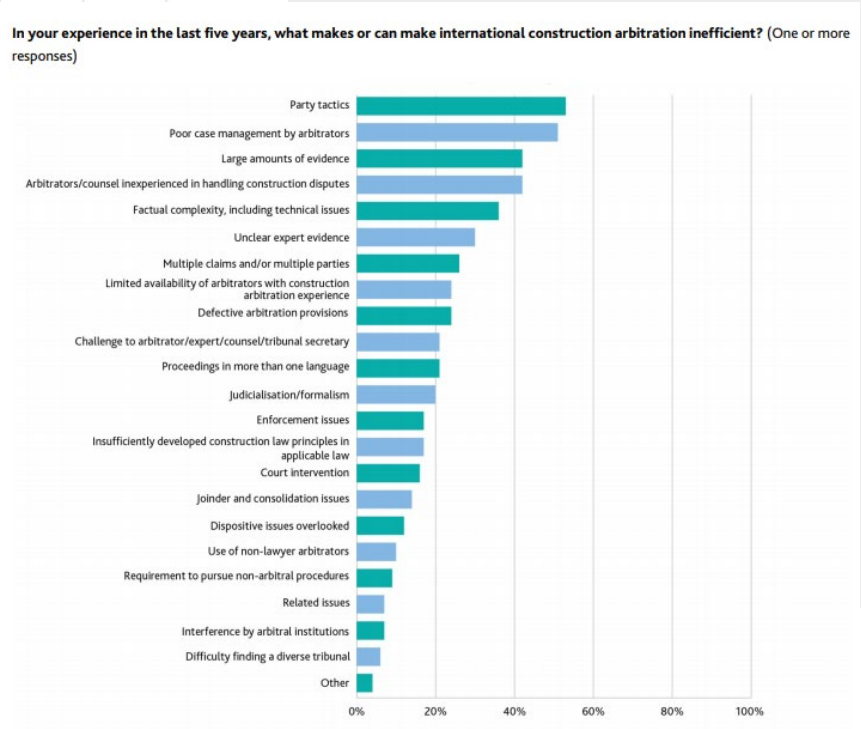
- Arbitrage is in de regel sneller
  - Nog snellere (en goedkopere) opties voor “kleine” geschillen
    - Vb. Expedited Procedure Rules ICC. Voor arbitrageovereenkomsten vanaf 1 januari 2021 in principe van toepassing geschillen met een waarde < 3.000.000,00 USD (voorheen <2.000.000,00 USD)
  - Opgelet met de interactie rechtbanken (nietigheid van de arbitrale beslissing,…)

- Maar minder snel uit de startblokken?
  - Vb. Emergency Arbitrator Rules ICC
  - Gerechtelijke vordering inzake voorlopige of bewarende maatregelen vormt geen inbreuk op of geen afstand van de arbitrageovereenkomst (art. 1683 Ger.W.)

3.5 KWALITEIT

- Mogelijkheid om de eigen “rechters” te kiezen in arbitrage
  - Kennis van bouwprojecten en de relevante regels
  - Mix juridische/technische kennis
  - Goede case manager
- Maar:
  - Wie is beschikbaar?
  - Met grote macht komt grote verantwoordelijkheid
- Een kwestie van tijd eerder dan van kennis





3.6 Flexibiliteit

- Mogelijkheid om de procedureregels in arbitrage aan te passen in functie van de concrete omstandigheden

- Maar dit veronderstelt goede wil en kennis van die omstandigheden
  - Flexibiliteit die doorschiet naar rechtsonzekerheid?
  - Ad hoc arbitrage

3.7 Vertrouwelijkheid

- Litige is openbaar
- Arbitrage is niet publiek en soms ook vertrouwelijk
  - Vb.: artikel 26 CEPANI-reglement: "*Tenzij de partijen anders overeenkomen, is de arbitrageprocedure vertrouwelijk, met inbegrip van de Arbitrale Uitspraken die verleend zijn in de procedure, samen met alle documenten opgesteld ten behoeve van de arbitrage en alle andere stukken meegedeeld door een andere partij in de procedure die niet publiek bekend zijn, behalve indien vereist wegens een wettelijke verplichting of om een wettelijk beschermd recht te beschermen of na te streven, of om de uitvoering dan wel vernietiging van een Arbitrale Uitspraak te bekomen in een procedure voor een overheidsrechtbank of eender welke juridische autoriteit.*"
- Een tendens naar meer transparantie in arbitrage
  - Vb. Note to Parties and Arbitral Tribunals on the Conduct of the Arbitration under the ICC Rules of Arbitration van 1 januari 2021: "*The Court endeavours to make the arbitration process more transparent without compromising the parties' expectations, if any, of confidentiality*."

3.8 Uitvoerbaarheid

- Een belangrijk voordeel van arbitrage in een internationale context: het verdrag van New York
  - https://www.newyorkconvention.org/
  - 168 Contracting States
- Geen dergelijk omvattend verdrag voor gerechtelijke procedures
- Registratierechten ingeval van gedwongen uitvoering

3.9 Betrekken van relevante partijen / centraliseren geding

- Tussenkomst en samenvoeging

- Soms strijdige belangen
  - Een bouwheer die enkel de hoofdaannemer kent ⇔ een aannemer die niet tussen twee stoelen wil vallen

- Risico parallelle procedures
  - Rechtstreekse vordering onderaannemer (1798 oud BW)
  - Verschillende contractuele relaties met verschillende geschillenbeslechtingsclausules

3.9 Betrekken van relevante partijen / centraliseren geding

- Hoe arbitrage doen werken in een bouwcontext
  - Instemming van alle partijen
    - Kaderovereenkomst?
    - Kettingbeding
  - Aandachtspunten:
    - Compatibel (plaats, instelling, aantal arbiters, taal, samenstelling college)
    - Mogelijkheid tussenkomst en voeging voorzien
    - Duidelijkheid over wat naar arbitrage kan worden verwezen (vb. “Dispute” in FIDIC contracten)
    - Rekening houden met eventuele voorafgaandelijke stappen
    - In hoeverre moet geschilpunten verband houden?
    - Limieten?

3.9 Betrekken van relevante partijen / centraliseren geding

› Verbeteringen ICC Rules 2021

- Voor joinder na aanstelling arbitraal college enkel toestemming tussenkomende partij en arbitraal college vereist, niet langer de reeds betrokken partijen

- Consolidation ook mogelijk als de claims worden gesteld “under the same arbitration agreement or agreements” (back-to-back contracten)

4. Bewijsvoering in bouwgeschillen

1. Algemene regels
2. Documenten
3. Getuigen
4. Experten

4.1 Algemene regels

- Wilsautonomie, met respect gelijkheid en tegenspraak
  - Afspraken mogelijk omtrent toegelaten bewijsmiddelen en onderzoeksmaatregelen, bewijslastverdeling, bewijswaarde,…
  - IBA Rules on taking evidence
    - Verzoenen van common law en civil law
    - Vaak toegepast
    - Nieuwe versie sinds 17 december 2020
- Arbitraal college kan regels vastleggen bij gebreke aan overeenkomst
- Arbitraal college kan onderzoeksmaatregelen stellen
- Arbitraal college kan dwangsom opleggen

4.1 Algemene regels

- Interactie rechtbank:
  - een partij kan, met instemming van het arbitraal college, de voorzitter van de rechtbank van eerste aanleg, zetelend zoals in kort geding, vragen alle maatregelen te bevelen die nodig zijn voor de bewijsverkrijging
    - Inzamelen bewijs (rechtstreeks) of mogelijk maken bewijsvoering (onrechtstreeks)
    - Verplichte medewerking derden aan expertise in arbitrage? Te verregaand?

  - voorlopige of bewarende maatregel in verband met een arbitrageprocedure voor de kortgedingrechter

4.2 Documenten

- Belangrijkste bewijsmiddel
  - Precontractueel (specificaties, tekeningen, bodeminformatie, verduidelijkingen aanbestedingsdocumenten, berekeningen, interne documenten, …)
  - Contractueel (contract met annexes, variation orders, …)
  - Planning (met updates)
  - Correspondentie
  - Notulen, werfverslagen, rapporteringen
  - Facturen, leverbewijzen
- Geen fishing expeditions

4.3 Getuigen

- Een veel belangrijkere rol in arbitrage dan in gerechtelijke procedures
- Arbitraal college kan iedere getuige horen, zonder eedaflegging

4.4 Experten

- Expert witnesses
- Door partijen aangesteld (⇔ technische adviseurs), of door arbitraal college
  - Tenzij de partijen anders zijn overeengekomen, kan het arbitraal college een of meer deskundigen aanstellen met als opdracht om verslag uit te brengen over de punten die het nauwkeurig bepaalt;
  - aan een partij opleggen om de deskundige alle gepaste inlichtingen te bezorgen of om hem alle stukken of goederen of andere relevante voorwerpen over te leggen of ze aan hem toegankelijk te maken voor zijn onderzoek
- Verschillende mogelijkheden
  - Verhoor tijdens zitting
  - Expert witness conferencing (“hot-tubbing”)
  - Joint expert meetings/conclaves => joint report

5. Wat bij insolventie?

- Gefailleerde als verweerder
  - Indienen schuldvordering;
  - Art. 574 Ger.W.: exclusieve bevoegdheid ondernemingsrechtbank voor vorderingen en geschillen rechtstreeks ontstaan uit een insolventieprocedure bedoeld in boek XX van het Wetboek van economisch recht, waarvan de gegevens voor de oplossing zich bevinden in het bijzonder recht dat van toepassing is op het stelsel van de insolventie.
  - Als reeds hangend geding: curator kan hervatten bij betwisting
  - Als nog geen hangend geding: regels XX.161 WER e.v. (?)

- Gefailleerde als eiser
  - Curator gebonden door abitrage(beding) aangegaan voor faillissement
  - Ook tijdens verdachte periode?

- Belangenafweging bij wanverhouding kostprijs procedure en boedelactief ?
  - Recht op toegang tot de rechter?
  - Rechtsmisbruik?
  - Cass. 7 november 2019

6. Inspiratie uit het buitenland

- Raad van Arbitrage voor de Bouw
  - 604 zaken in 2019
  - Bodemprocedure
  - Spoedbodemprocedure
  - Kort geding
  - Spoedplaatsopneming
    - Proces-verbaal
  - Advies Raad / Raad van Deskundigen (= dispute board)
  - Fast Track Bindend Advies procedure
    - Voorwaardelijk bindend advies
    - Twee schriftelijke rondes (met stukken van gelimiteerde omvang), een zitting en een schriftelijke uitspraak, Vaste tarieven : € 9.500,00 bij 1 bindend adviseur en € 15.000,00 bij 3 bindend adviseurs (excl. btw)
- Standard form contracts

7. Conclusie


GOOD
More expensive
Will take time to deliver
They're dreaming
FAST
Not the best quality
CHEAP

VRAGEN?



CONTACT

Geert De Buyzer

- geert.de.buyzer@schoups.be
- +32 3 260 98 60
  +32 496 435 633

WWW.SCHOUPS.BE