

SCHOUPS

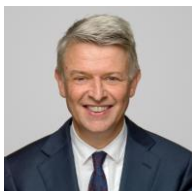
Schoups Construction & Real Estate Summer School

Dispute management

17 . 09 . 2021



Dispute management



Marco Schoups – Managing Partner

marco.schoups@schoups.be



Geert De Buyzer - Partner

geert.de.buyzer@schoups.be



Nel Van Daele - Associate

nel.van.daele@schoups.be

SCHOUPS

Antwerpen

De Burburestraat 6-8 bus 5
2000 Antwerpen

Brussel

Regentschapsstraat 58 bus 8
1000 Brussel

www.schoups.com
t. +32 3 260 98 60



Table of contents

0. Introduction

1. Arbitration vs litigation
2. Case study
3. Being dispute wise
 - 3.1 Introduction
 - 3.2 Dispute avoidance
 - 3.3 ADR
 - 3.4 Geschillenbeslechtsclausules
4. Case study





Table of contents

- 0. Introduction
- 1. **Arbitration vs litigation**
- 2. Case study
- 3. Being dispute wise
 - 3.1 Introduction
 - 3.2 Dispute avoidance
 - 3.3 ADR
 - 3.4 Geschillenbeslechtsclausules
- 4. Case study

SCHOUPS

Arbitration vs. litigation





1. Introduction ←
2. National litigation vs. international arbitration
3. Relevant differentiators
 1. Neutrality
 2. Costs
 3. Speed
 4. Quality
 5. Flexibility
 6. Confidentiality
 7. Enforceability
 8. Joinder / Consolidation
 9. Evidence
4. Not that different after all?



■ Litigation

- Dispute resolution by state courts
- By far the most used forum for dispute resolution in Belgium

■ Arbitration

- “private court”
- Institutional (CEPANI, ICC,...) or ad hoc
- Arbitration agreement required



1. Introduction
2. National litigation vs. international arbitration
3. Relevant differentiators
 1. Neutrality
 2. Costs
 3. Speed
 4. Quality
 5. Flexibility
 6. Confidentiality
 7. Enforceability
 8. Joinder / Consolidation
 9. Evidence
4. Not that different after all?





- In an **international** context, arbitration of construction disputes is the most common way to settle construction disputes
 - *international arbitration survey 2019*
- In a **Belgian** context, arbitration of construction disputes is relatively rare
- Objective reason, or do old habits die hard?





1. Introduction
2. National litigation vs. international arbitration
3. Relevant differentiators 
 1. Neutrality
 2. Costs
 3. Speed
 4. Quality
 5. Flexibility
 6. Confidentiality
 7. Enforceability
 8. Joinder / Consolidation
 9. Evidence
4. Not that different after all?



- Avoidance of national courts / legal systems
 - Can also be done within the framework of litigation
 - Courts of the place of arbitration can also play a role in the context of arbitration

- Language



- Initially, at least, arbitration is more expensive
 - Arbitrators (number?)
 - Institute
 - Logistics
 - More in depth
 - “Cost calculators”: predictability

- On second glance:
 - no appeal
 - no registration fees
 - Possibility to recover all costs (⇔ procedural lump sum indemnity before court)



- Proceedings before Belgian courts can easily take several years
- Arbitration is usually faster...
 - Even faster (and cheaper) options for “small” disputes
Eg. Expedited Procedure Rules ICC. For arbitration agreements as from 1 January 2021 in principle applicable for disputes with a value < 3.000.000,00 USD (previously <2.000.000,00 USD)
 - Beware of interaction courts (nullity of the arbitral decision,...)
- But slower out of the gate?
 - Courts: summary proceedings, ex parte proceedings, provisional measures
 - Emergency Arbitrator Rules ICC
 - Judicial claim for provisional or protective measures does not constitute a breach or waiver of the arbitration agreement (art. 1683 Judicial Code)



- Possibility to select one's own “judges” in arbitration
 - Knowledge of construction projects and relevant rules
 - Mix of legal/technical knowledge
 - Good case manager

- But:
 - Who is available?
 - With great power comes great responsibility

- A matter of available time rather than knowledge



- Possibility of adapting the procedural rules in arbitration according to the concrete circumstances
- But this presupposes good will and knowledge of these circumstances
 - Flexibility that slips into legal uncertainty?
 - Ad hoc arbitration



- Litigation is public
- Arbitration is not public and sometimes confidential

Eg.: article 26 CEPANI Rules: “Unless the parties agree otherwise, the arbitral proceedings are confidential, including all Awards in the arbitration, together with all materials in the arbitration created for the purpose of the arbitration and all other documents produced by another party in the proceedings not otherwise in the public domain, save and to the extent that disclosure may be required of a party by legal duty, to protect or pursue a legal right, or to enforce or challenge an Award in legal proceedings before a state court or other legal authority.”

- A trend toward greater transparency in arbitration

Eg. Note to Parties and Arbitral Tribunals on the Conduct of the Arbitration under the ICC Rules of Arbitration of 1 January 2021: “*The Court endeavours to make the arbitration process more transparent without compromising the parties’ expectations, if any, of confidentiality.*”



- Enforcement of an arbitral requires enforcement ruling
- An important advantage of arbitration in an international context: the New York Convention
 - <https://www.newyorkconvention.org/>
 - 168 Contracting States
- No such comprehensive convention for court proceedings
- ! Registration fees in case of enforcement ruling



- Arbitration requires a contract
- Sometimes conflicting interests
 - An employer who only knows the general contractor ⇔ a contractor who does not want to be caught between two stools
- Risk of parallel proceedings
 - Direct claim by subcontractor (1798 old Civil Code)
 - Different contractual relationships with different dispute resolution clauses
 - Key: uniform and well-thought-out dispute resolution mechanism (see infra)
- Improvements to the ICC Rules 2021



General

- Ordinary courts: fixed set of rules
- Arbitration: party autonomy
 - Agreements possible on admissible means of proof and investigative measures, burden of proof, probative value,...
 - Court intervention can sometimes be required
 - IBA Rules on taking evidence
 1. Reconciliation of common law and civil law
 2. Often applied
 3. New version since 17 December 2020



Documents

- Principal means of proof
 - Pre-contractual (specifications, drawings, soil information, clarifications of tender documents, calculations, internal documents, ...)
 - Contractual (contract with annexes, variation orders, ...)
 - Planning (with updates)
 - Correspondence
 - Minutes, site reports, reports
 - Invoices, delivery notes
- No fishing expeditions



Witnesses

- Play a much more important role in arbitration than in court proceedings
- Arbitral tribunal can hear any witness, without swearing in



Experts

- Court expertise: advice to the court
- Arbitration: expert witnesses
- Different possibilities
 - Hearing during the court session (~mini-expertise in litigation)
 - Expert witness conferencing (“hot-tubbing”)
 - Joint expert meetings/conclaves => joint report



1. Introduction
2. National litigation vs. international arbitration
3. Relevant differentiators
 1. Neutrality
 2. Costs
 3. Speed
 4. Quality
 5. Flexibility
 6. Confidentiality
 7. Enforceability
 8. Joinder / Consolidation
 9. Evidence
4. Not that different after all? 



- An imposed decision by a third party
- Win/lose
- Last resort



Table of contents

- 0. Introduction
- 1. Arbitration vs litigation
- 2. **Case study**
- 3. Being dispute wise
 - 3.1 Introduction
 - 3.2 Dispute avoidance
 - 3.3 ADR
 - 3.4 Geschillenbeslechtsclausules
- 4. Case study

SCHOUPS

Case study



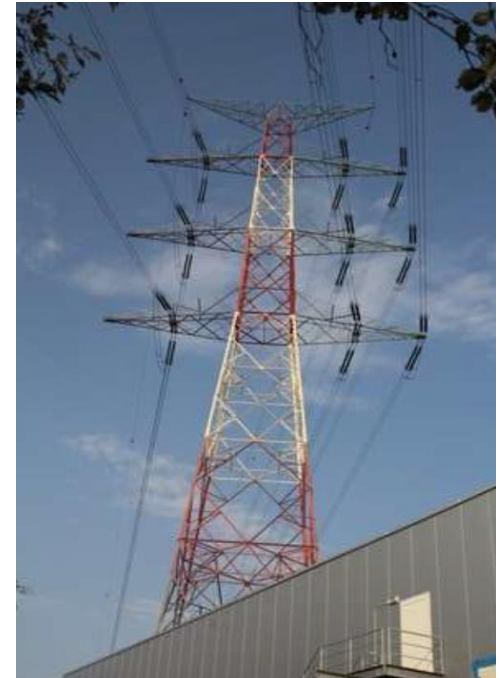


NV MS-Place is bouwheer van een nieuw op te richten winkelcentrum gelegen te Zonnedorp, Mechelsesteenweg 127. Voor de uitvoering van dit project heeft NV MS-Place een aannemingsovereenkomst gesloten met NV De Shoppingbouwer.

Om deze realisatie mogelijk te maken, werkte NV De Shoppingbouwer samen met enkele onderaannemers zoals BV 't Dakbedekkertje die de dakbedekking van het winkelcentrum plaatste. BV 't Dakbedekkertje koos op haar beurt voor NV Roofing als leverancier van de dakbedekking.



Op de site ter hoogte van de Mechelsesteenweg 127, bevindt zich een hoogspanningsmast die over het winkelcentrum in aanbouw loopt. Deze hoogspanning valt onder het beheer van NV Celectrabel. NV Celectrabel heeft aan NV De Verfkwast de opdracht gegeven om schilderwerken uit te voeren aan deze hoogspanningsmast.





- Wie is wie?

- NV MS-Place
- NV De Shoppingbouwer
- BV 't Dakbedekkertje
- NV Roofing
- NV Celectrabel
- NV De Verfkwest





Na uitvoering van de schilderwerken aan de hoogspanning stelde NV MS-Place vast dat er ingevolge deze werken aanzienlijke (verf)schade werd aangericht aan het dak van de nieuwe gebouwen, die NV De Shoppingbouwer nog niet voorlopig heeft opgeleverd.





NV Roofing komt ter plaatse om de schade te bekijken en maakt naar aanleiding van dit werfbezoek een verslag op. In dit verslag staat het volgende te lezen:

“De verf werkt in op onder meer de UltraPly TPO dakbedekking. Het vernieuwen van de dakbedekking in de aangetaste zones is noodzakelijk om de, door de bouwheer gevraagde garantie van 20 jaar, te kunnen aanhouden.”



De schade aan het dak ingevolge de schilderwerken kon op geen slechter moment vallen omdat (i) de opening van de site nadert en (ii) de huurcontracten van de betreffende winkelpanden in NV MS-Place over één maand aanvangen.

Deze schade moet daarnaast eerst worden hersteld omdat anders de HVAC-installatie niet kan worden geïnstalleerd. De situatie lijkt aldus hoogdringend.

**VRAGEN:**

- Wie kan er vorderen van elkaar?
- Op welke rechtsgrond?
- Welke verweer?
- Welke acties?
- Inschatting van de slaagkansen voor een rechtbank of een arbitraal college?



Groep 1 MS- Place	Groep 2 De Shoppingbouwer	Groep 3 t Dakbedekkertje	Groep 4 Roofing	Goep 5 Celectrabel	Groep 6 De Verfkwest
Pauline Attallas	Anthony Ceuleers	Emily Defreyne	Idil Gökgöz	Jens Tuffreau	Stéphar Coppieters
Lara Marchand	Chloë Wouters	Helena Adriaensen	Jan-Alexander Blom	Justine Borny	Arno De Stercke
Astrid Denil	Pierre Giorgi	Julie Hooft	Mariman Mohamed Adem	Stephar Paenen	Valentir Querton
Elise Van Belleghem	Caroline Vandeput	Ine Verbelen	Zara Vervaeke	Oliver Wouters	Ellen Ceulemans
Melissa Raes	Olivier Gilard	Marta Kosar			



Table of contents

- 0. Introduction
- 1. Arbitration vs litigation
- 2. Case study
- 3. Being dispute wise**
 - 3.1 Introduction
 - 3.2 Dispute avoidance
 - 3.3 ADR
 - 3.4 Geschillenbeslechtsclausules
- 4. Case study

SCHOUPS

Being dispute wise

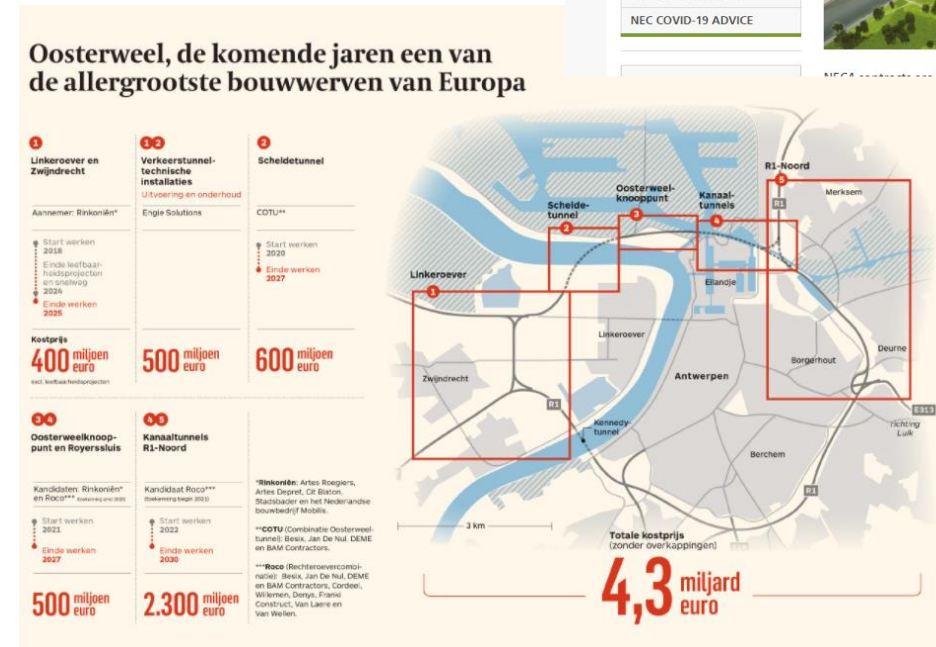
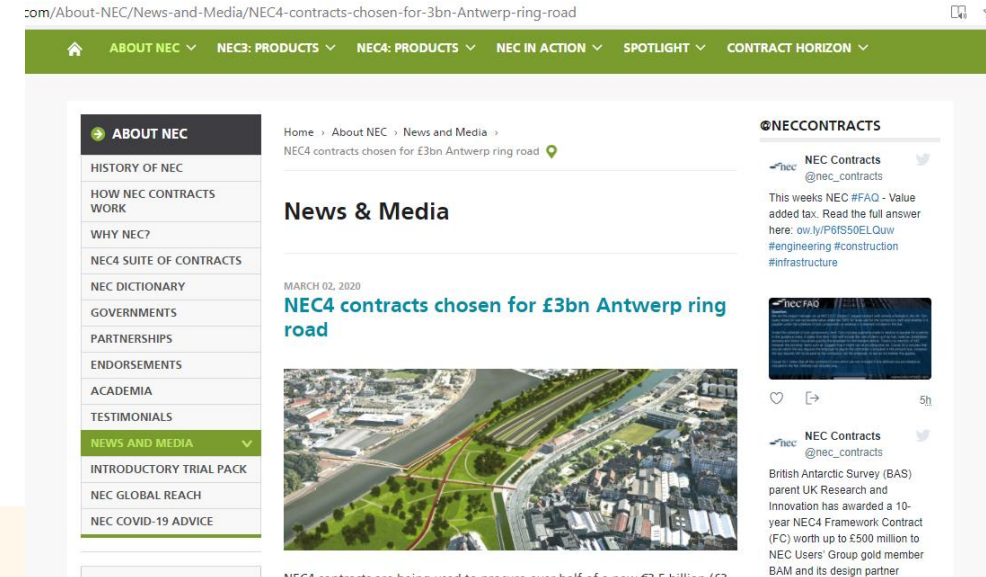




- een systematische en bedrijfsmatige benadering van geschillen en van de strategie om geschillen te beslechten
 - ⇔ een ad hoc en zuiver reactieve geschillenbeslechting
- kenmerken:
 - snelle detectie van (potentiële) geschillen, met een plan van aanpak
 - vroege evaluatie van het geschil oog voor alternatieve manieren van geschillenbeslechting
 - geen late outsourcing naar externe raadslieden, maar pro-actieve teambenadering
 - lessen trekken uit het verleden

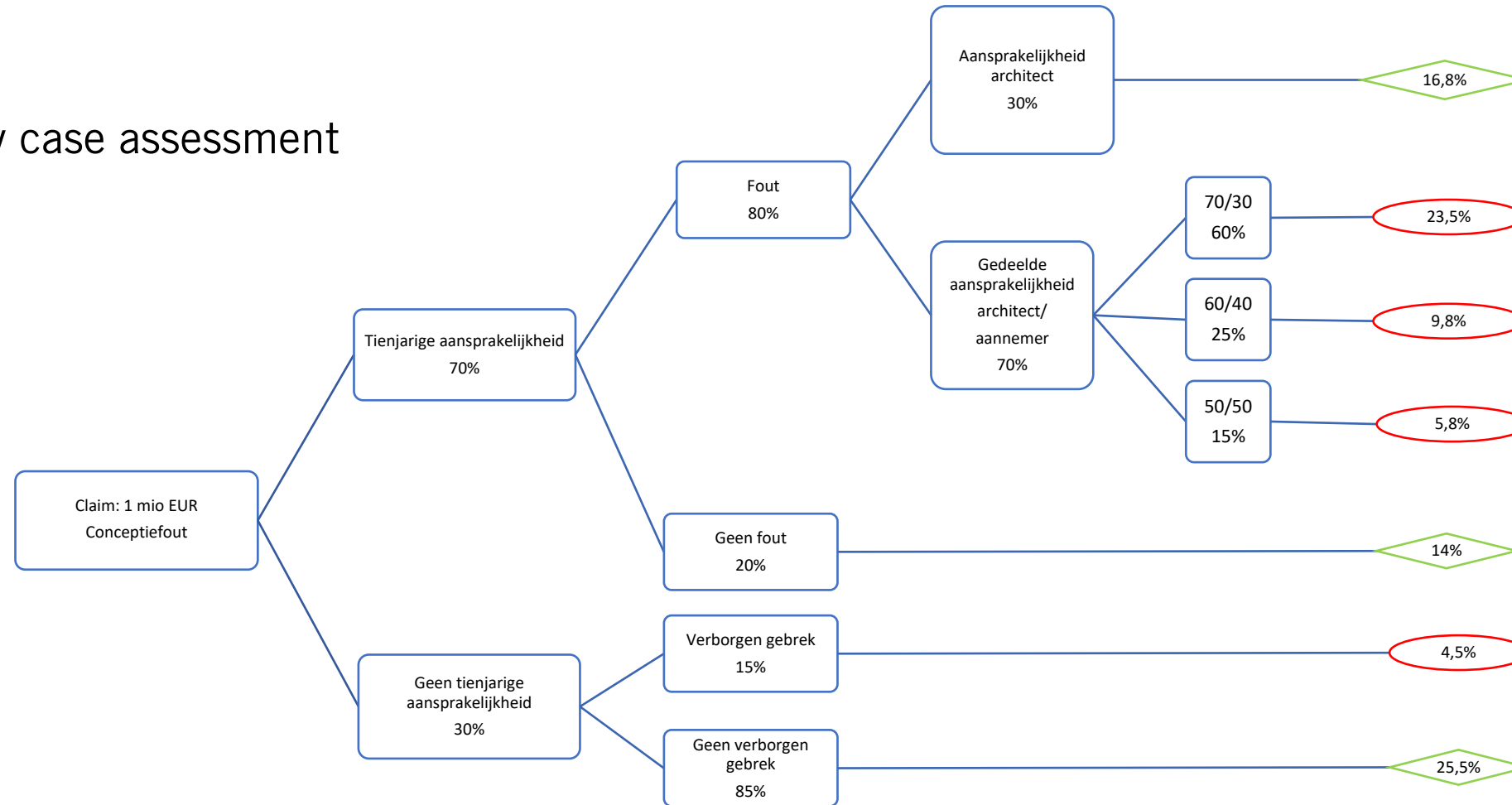


- Een goed contract!
- Early warning duties
- Cooling off period
- Collaboratieve aanpak
 - Bouwteam
 - NEC4





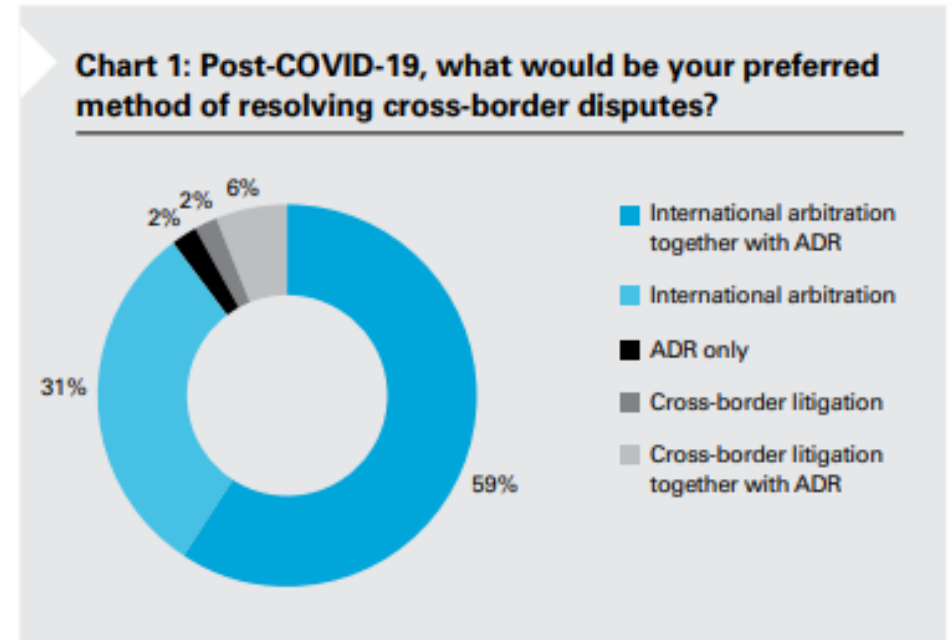
■ Early case assessment





Waarom ADR?

- Voorspelbaarheid en controle
- Sneller
- Goedkoper
- Relatie bewaren
- Op maat



© *International Arbitration Survey 2021*



- Onderhandelingen tussen partijen
- Onderhandelingen tussen partijen met de hulp van een derde
 - Collaboratief onderhandelen
 - Bemiddelen
- Niet bindend advies van een derde
 - DRB
- Bindende beslissingen van een derde
 - DAB



- Panel van experts dat grote projecten opvolgt en naar oplossingen in real time streeft
- Vaak mix juridisch-technisch
- Ad hoc (bij probleem) of standing (permanent)
- Dispute Review Board (advies) / Dispute Adjudication Board (beslissingen)
- Nadruk steeds meer op dispute avoidance: DAAB
- Beslissingen bindend, maar aanvechtbaar



- Wettelijk kader: artikel 1738 Gerechtelijk Wetboek

*“een **vrijwillige en vertrouwelijke procedure** van geschillenoplossing door onderhandeling, waarbij conflicterende partijen en hun respectieve **advocaten** betrokken zijn en laatstgenoemden optreden in het kader van een **exclusief en beperkt mandaat** van bijstand en adviesverlening teneinde een minnelijk akkoord te bewerkstelligen.”*

- Variant op rechtstreekse onderhandelingen tussen partijen
- Geen tussenkomst van een neutrale en onafhankelijke derde partij
- Bijstand door collaboratieve advocaat voor alle partijen -> bijstand juridische raadgever



- Collaboratieve advocaten die bijzondere opleiding hebben gevolgd
- Collaboratieve advocaat heeft een exclusief en geschreven mandaat, beperkt tot het bijstaan en raadgeven tijdens de collaboratieve onderhandeling
- Akkoord kan worden gehomologeerd door de rechtbank
- Na onderhandelingen: collaboratieve advocaten kunnen niet meer tussenkomen in het geschil dat voorwerp heeft uitgemaakt van de collaboratieve onderhandelingen



Wettelijke basis: art. 1723/1 Ger.W.:

*“De bemiddeling is een **vertrouwelijk en gestructureerd proces** van **vrijwillig** overleg tussen conflicterende partijen met de medewerking van een **onafhankelijke, neutrale en onpartijdige derde** die de communicatie vergemakkelijkt en poogt de **partijen** ertoe te brengen **zelf** een **oplossing** uit te werken”*



- Vertrouwelijk
 - Documenten opgemaakt en de mededelingen gedaan in de loop van en ten behoeve van de bemiddeling zijn vertrouwelijk
 - Mogelijkheid van partijen om deze vertrouwelijkheid schriftelijk te moduleren binnen de grenzen die zij zelf bepalen
- Vrijwillig: elke partij én de bemiddelaar kan er elk moment een einde aan maken
- Onpartijdige, neutrale onafhankelijke derde = bemiddelaar



= gestructureerd proces



Standpunten



Belangen



Opties



Oplossingen



Akkoord



■ Tools

- Luisteren
- Vragen stellen
- Samenvatten
- Herettikeren
- Caucus



- Gestructureerd proces
- Rol van de bemiddelaar
 - Opmaak van bemiddelingstraject: bemiddelingsprotocol (art. 1731 Ger. W.)
 - Neutrale derde die de partijen gidst het bemiddelingstraject
 - Begeleidt partijen naar een oplossing
 - Identiteit van de bemiddelaar: technisch onderlegd
 - Bewaker van het bemiddelingstraject
- Rol van partijen
 - Partijen zitten zelf aan het stuur en beslissen zelf over de uitkomst
 - Communicatie
 - Oorspronkelijk standpunt overstijgen



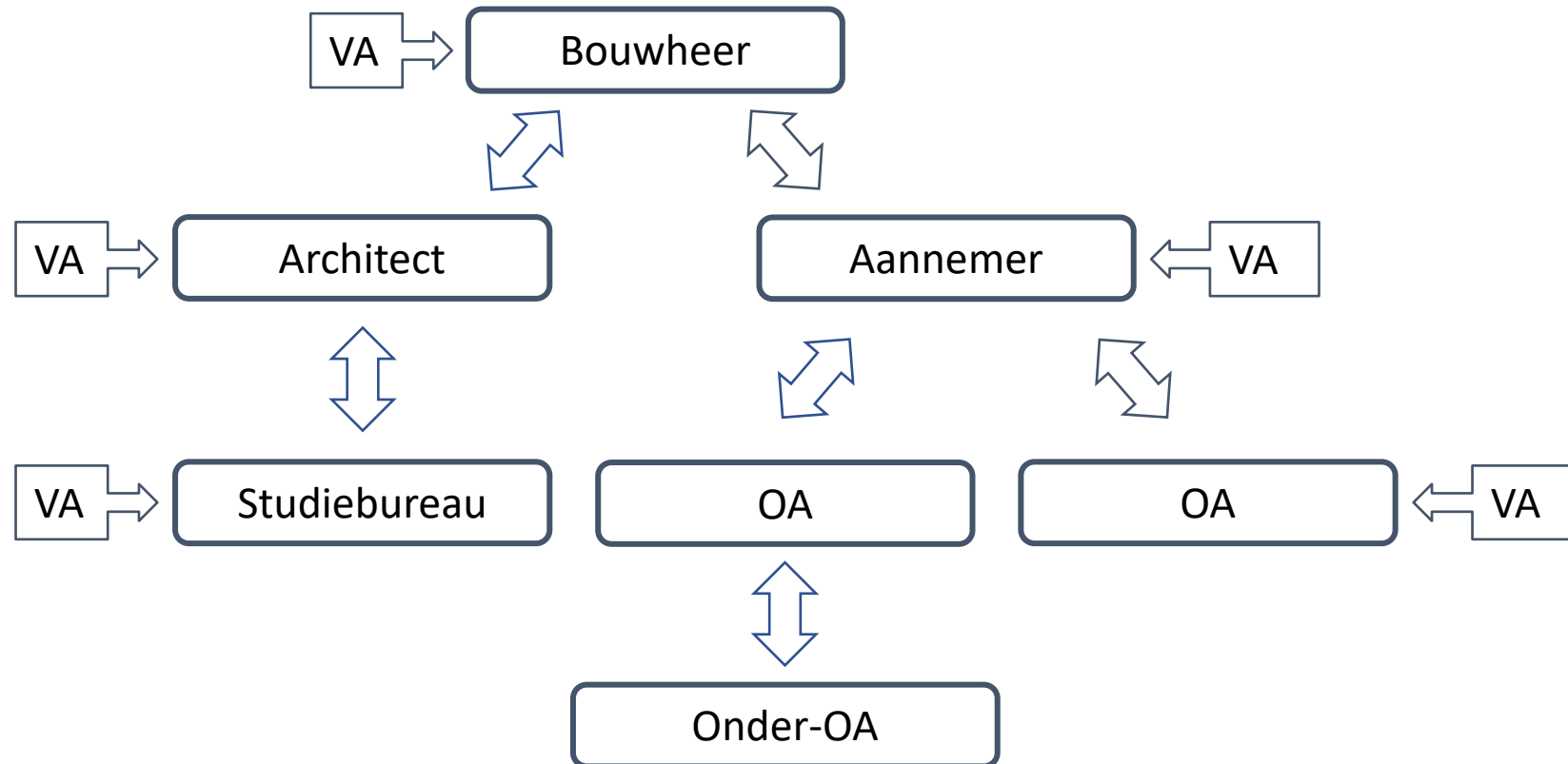
- Heldere geschillenbeslechtingsclausules = hoeksteen van een systematische en bedrijfsmatige benadering van geschillen en geschillenbeslechtings-strategieën
 - (sluimerend) conflict zo snel mogelijk in de kiem smoren
 - gericht op een zo efficiënt mogelijke aanpak van een mogelijk geschil
 - kennis en beoordeling van de verschillende opties
 - resultaat van weldoordachte keuzes
 - ⇔ “midnight clause”

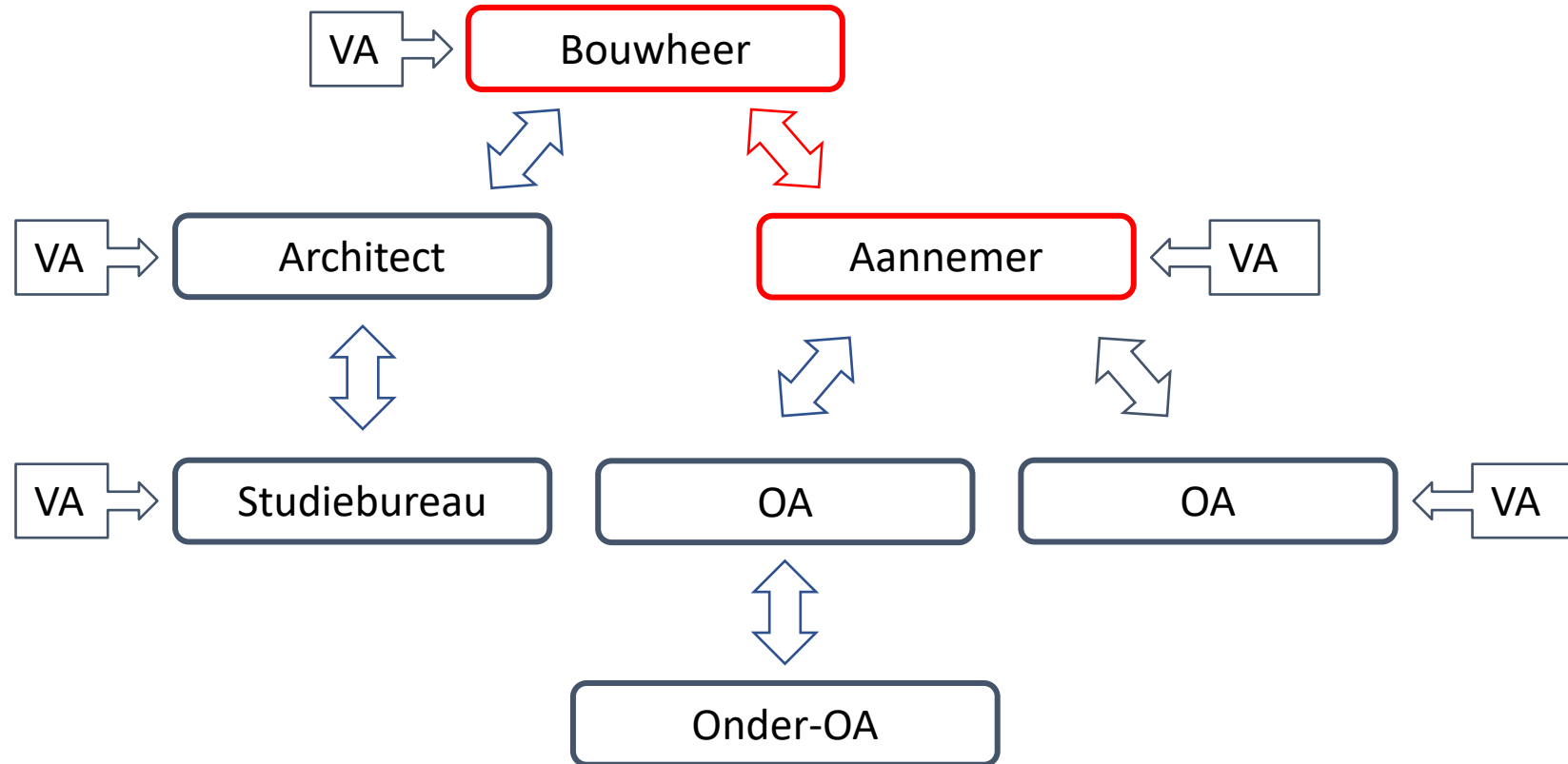


- Rechtskeuze
- Forumkeuze
- Bemiddeling
- Arbitrage
- Multi-tier: onderhandelingen => derde => beslisser



Cruciaal aandachtspunt: uniformiteit







Twee voorbeelden hoe het niet moet



In beide relaties ICC arbitrage voorzien, maar zonder verplichting tot samenvoegen of tussenkomst => twee afzonderlijke arbitrages en expertises



Enkel in relatie BH – Promotor arbitrage voorzien, maar

1) rechtstreekse vordering HA tegen BH

2) BH mee betrokken in expertise met alle andere partijen (parallel met expertise in arbitrage)



Voorbeeld hoe het wel moet:

“De Onderaannemer aanvaardt de onderstaande uitzonderingen op deze exclusieve rechtsmacht en bevoegdheid:

-De Onderaannemer erkent voor zichzelf en voor zijn onderaannemers en/of leveranciers uitdrukkelijk dat hij door het eventuele bevoegdheidsbeding van de Hoofdovereenkomst gebonden is tegenover de Opdrachtgever en aanvaardt de daarin aangewezen rechtsmacht en bevoegdheid, zodat gelijktijdig uitspraak gedaan kan worden in de zaak in tussenkomst en vrijwaring en in de hoofdzaak.

-De Onderaannemer is verplicht om op eerste verzoek van de Opdrachtgever tussen te komen in alle gerechtelijke en buitengerechtelijke procedures van, met of tegen de Opdrachtgever wanneer de aansprakelijkheid van de Onderaannemer mogelijk in het gedrang zou kunnen zijn. De Onderaannemer zal hiervoor ook vrijwillig en op eerste verzoek tussenkomen bij iedere geschiloplossende handeling buiten een gerechtelijke procedure, waaronder de vergaderingen, bijeenkomsten, vaststellingen, expertises e.d. georganiseerd door de betrokken verzekeraars.”



- Toepasselijkheid
 - Ondertekende overeenkomst?
 - Algemene voorwaarden?
 - B2B vs B2C?

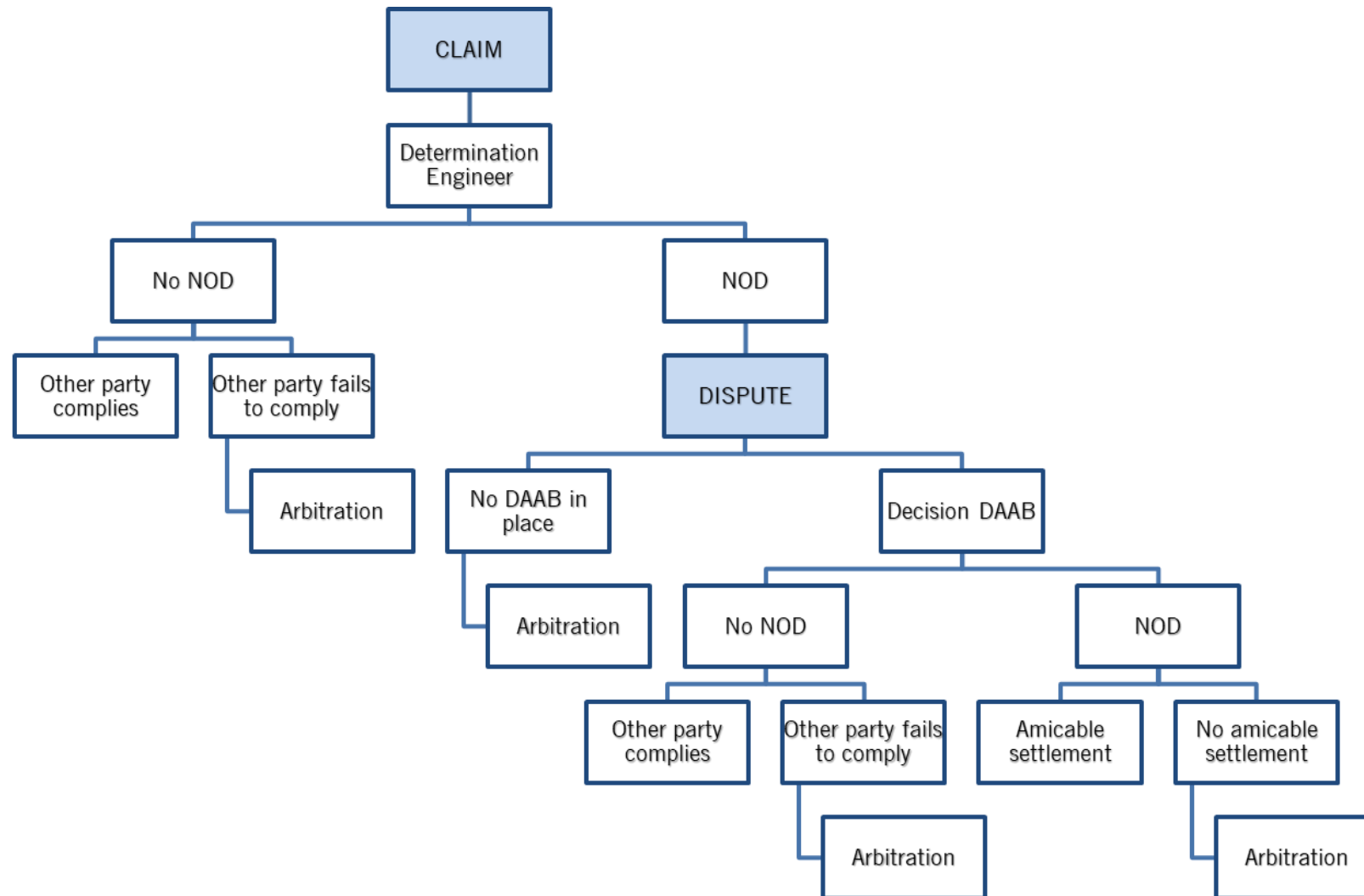




Table of contents

- 0. Introduction
- 1. Arbitration vs litigation
- 2. Case study
- 3. Being dispute wise
 - 3.1 Introduction
 - 3.2 Dispute avoidance
 - 3.3 ADR
 - 3.4 Geschillenbeslechtsclausules
- 4. **Case study**

SCHOUPS

Mediation

Praktische toepassing : casus





- Terug naar de (verf)casus: probeer tot een onderhandelde oplossing te komen
- Extra: elke partij krijgt eigen belangen mee met de opdracht deze voor zich te houden



Groep 1 MS- Place	Groep 2 De Shoppingbouwer	Groep 3 t Dakbedekkertje	Groep 4 Bemiddelaar	Goep 5 Celectrabel	Groep 6 De Verfkwest
Pauline Attallas Lara Marchand Astrid Denil Elise Van Belleghem Melissa Raes	Anthony Ceuleers Chloë Wouters Pierre Giorgi Caroline Vandeput Olivier Gilard	Emily Defreyne Helena Adriaensen Julie Hooft Ine Verbelen Marta Kosar	Idil Gökgöz Jan-Alexan Blom Mariman Mohamed Adem Zara Vervaeke	Jens Tuffreau Justine Borny Stephar Paenen Oliver Wouters	Stéphar Coppieters Arno De Stercke Valentir Querton Ellen Ceulemans



Q&A

SCHOUPS

Antwerpen

De Burburestraat 6-8 bus 5
2000 Antwerpen

Brussel

Regentschapsstraat 58 bus 8
1000 Brussel

www.schoups.com
t. +32 3 260 98 60

seminaries /
webinars



www.schoups.be/nl/events

SCHOUPS

Antwerpen

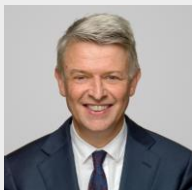
De Burburestraat 6-8 bus 5
2000 Antwerpen

Brussel

Regentschapsstraat 58 bus 8
1000 Brussel

www.schoups.com
t. +32 3 260 98 60

Bedankt voor uw aandacht



Marco Schoups – Managing Partner

marco.schoups@schoups.be



Geert De Buyzer - Partner

geert.de.buyzer@schoups.be



Nel Van Daele - Associate

nel.van.daele@schoups.be

SCHOUPS

Antwerpen

De Burburestraat 6-8 bus 5
2000 Antwerpen

Brussel

Regentschapsstraat 58 bus 8
1000 Brussel

www.schoups.com
t. +32 3 260 98 60