

Arbitr(i)age

Freek Haasjes

Waarom kiezen voor arbitrage (of waarom juist niet)?

Arbitrage is een populaire wijze van geschilbeslechting. In samenwerkingen waar een internationale component bij komt kijken, is arbitrage veelal de standaard. Ook in de praktijk zien wij dat veel investeringsgeschillen door middel van arbitrage worden beslecht. Een geschil over de nakoming van een concurrentiebeding in een aandeelhoudersovereenkomst, over de uitvoering van een optieovereenkomst voor nieuw uit te geven aandelen of tussen een vennootschap en een aandeelhouder over verschillende informatierechten; het zijn zomaar een aantal voorbeelden van onderwerpen waar wij recent in arbitrageprocedures mee te maken hebben gehad.

Zeker in de huidige crisis kan het zo zijn dat afspraken in een ander daglicht zijn komen te staan of dat er nieuwe afspraken moeten worden gemaakt om de crisis het hoofd te bieden. Dat is een goed moment om te beoordelen of arbitrage een geschikt middel is om (eventuele) geschillen te beslechten. Arbitr(i)age dus.

In deze bijdrage wordt ingegaan op een aantal eigenschappen van de arbitrageprocedure. Aan de hand daarvan kunt u een eerste beoordeling maken of arbitrage ook in uw situatie nuttig kan zijn.

Wat is arbitrage?

Bij arbitrage kiezen partijen ervoor om een (eventueel) geschil buiten de overheidsrechter om te laten beslechten door (zelf gekozen) arbiters. Net zoals dat bij gewone rechtspraak het geval is, betreft het een bindende vorm van geschilbeslechting. Dat betekent dat nakoming van een arbitraal vonnis kan worden afgedwongen.

Partijen moeten arbitrage schriftelijk overeenkomen. Dat kan bijvoorbeeld via een arbitrageclausule in statuten, reglementen of algemene voorwaarden. Is arbitrage geldig overeengekomen, dan is een gang naar de overheidsrechter



Freek Haasjes

veelal afgesloten. Een arbitrageclausule is vrij eenvoudig en snel opgesteld, maar moet wel voldoen aan specifieke juridische vereisten. Aan het slot van dit artikel vindt u hierover nog een aantal tips.

Flexibiliteit

Een arbitrageprocedure is flexibeler dan een procedure bij de overheidsrechter. De laatstgenoemde procedure heeft in grote lijnen een vaststaand verloop. In arbitrageprocedures bestaat meer ruimte om de procedure af te stemmen op de wensen van partijen en de specifieke eisen van het betreffende geschil. Indien partijen veel waarde hechten aan snelheid van de procedure, kan de procedure daarop worden afgestemd.

Bovendien kan een arbitrageprocedure worden gevoerd in een door de partijen gewenste (en overeengekomen) taal. Met name bij ondernemingsrechtelijke geschillen biedt dat grote voordelen. Bij veel ondernemingen zijn immers buitenlandse aandeelhouders betrokken. Een procedure in (bijvoorbeeld) het Engels is dan efficiënter en scheelt tolk- en vertaalkosten. Een procedure bij een overheidsrechter wordt in principe in het Nederlands gevoerd. Dat is slechts anders als partijen overeenkomen dat zij het geschil zullen

voorleggen aan de Netherlands Commercial Court. Zie daarover Marjon Lok: <https://avrlegalflix.nl/netherlands-commercial-court-corporate-geschillen/>. Bovendien kunnen partijen bijvoorbeeld afspraken maken over de wijze van benoeming van de arbiters, het aantal arbiters en de plaats van de arbitrage.¹

Deskundigheid

Daarnaast is een belangrijk voordeel van arbitrageprocedures gelegen in de specifieke deskundigheid van arbiters. Een belangrijk voordeel is dat een arbiter geen jurist hoeft te zijn, maar juist een expert kan zijn op het specifieke gebied waar het geschil betrekking op heeft. De Raad van Arbitrage voor de Bouw en de Stichting Geschillenoplossing Automatisering werken bijvoorbeeld met arbitrale colleges die zowel uit juristen als bouw- respectievelijk ICT-deskundigen bestaan. De specifiek op het geschil toegesneden kennis van arbiters komt de kwaliteit en de snelheid van de procedure ten goede.

¹ Het land waarin de plaats van arbitrage is gelegen bepaalt bijvoorbeeld het toepasselijk arbitragerecht. Houd daar rekening mee bij deze keuze voor de plaats van arbitrage.

Vertrouwelijkheid

Een belangrijke reden om voor arbitrage te kiezen, is de vertrouwelijkheid van de procedure. Gerechtelijke vonnissen en procedures zijn in beginsel openbaar. Dat is bij arbitrage veelal niet het geval. Het arbitrale vonnis wordt niet openbaar en, anders dan bijvoorbeeld bij de Ondernemingskamer van het Gerechtshof Amsterdam, wordt ook de agenda van zittingen niet geopenbaard. Het bestaan van een arbitrageprocedure blijft voor de buitenwereld dus onbekend. Negatieve publiciteit kan daarmee voor een groot deel worden voorkomen.

Dat is met het oog op de persoonlijke consequenties van negatieve publiciteit voor de betrokken bestuurders en commissarissen een voordeel van arbitrage. Ook kan de vertrouwelijkheid van gevoelige informatie in arbitrageprocedure beter worden gewaarborgd. Zeker in ondernemingsrechtelijke geschillen is dat nuttig. In dat soort procedures komt vaak gevoelige financiële en strategische informatie aan de orde. Het moet zoveel mogelijk worden voorkomen dat dit soort informatie in de publiciteit komt. Dat veroorzaakt mogelijk onrust bij werknemers en handelsrelaties en kan de onderneming schaden.

Tip: Het is aan te bevelen om de vertrouwelijkheid expliciet overeen te komen. Dat kan al door in de arbitrageclausule te verwijzen naar een reglement van een arbitrage-instituut waarin vertrouwelijkheid is opgenomen. Zie in dat kader bijvoorbeeld (artikel 6 van) het arbitragereglement van het Nederlands Arbitrage Instituut (hierna: “NAI”) waarin is bepaald dat een procedure bij dat instituut vertrouwelijk is.

Overigens bestaat de kans dat een partij na afloop van de arbitrageprocedure het arbitrale vonnis bij de overheidsrechter probeert te vernietigen (waarover verderop in dit artikel meer). In dat geval bestaat de kans dat (een deel van) het dossier alsnog in de openbaarheid komt. De vertrouwelijkheid is dus niet in alle gevallen met absolute zekerheid te waarborgen.

Afdwingbaarheid

Een arbitraal vonnis is wereldwijd relatief eenvoudig af te dwingen. Bij een vonnis van de overheidsrechter is dat lang niet altijd het geval. Buiten de EU heeft Nederland maar met enkele landen afspraken gemaakt over de uitvoering van gerechtelijke vonnissen. Belangrijke handelspartners zoals de Verenigde Staten en China vallen daar niet onder. Dat betekent veelal dat om tot executie van een gerechtelijk



vonnis te komen in dergelijke landen, de procedure aldaar moet worden overgedaan.

Arbitrale vonnissen daarentegen zijn via het Verdrag van New York in maar liefst 163 landen (waaronder ook China en de Verenigde Staten) ten uitvoer te leggen. Indien u zaken doet met partijen van buiten de EU kan arbitrage om deze reden dus een efficiënte wijze van geschilbeslechting zijn.

Snelheid

In de regel is een arbitrageprocedure sneller dan een procedure bij de overheidsrechter. Rechtbanken kampten de afgelopen jaren met achterstanden. Die achterstanden zijn tijdens de coronacrisis verder opgelopen en het zal naar verwachting nog geruime tijd duren voordat een en ander is ingehaald. Een procedure bij een rechtbank duurt al snel anderhalf jaar. In veel gevallen wensen partijen eerder duidelijkheid. Arbitrage is dan een goed alternatief.

Tip: Een kort geding in arbitrage is mogelijk maar alleen als dat is overeengekomen. Spreek die mogelijkheid dus af en verwijs in de arbitrageclausule naar een arbitragereglement en -tribunaal dat de mogelijkheid van een kort gedingprocedure kent. Het arbitragereglement van het NAI voorziet hier bijvoorbeeld in.

Kosten

In vergelijking tot overheidsrechtspraak is arbitrage relatief duur. Anders dan bij overheidsrechtspraak het geval is, wordt er in arbitrageprocedures niet gewerkt met een standaard griffierecht dat maar een beperkt deel van de daadwerkelijke kosten dekt. In plaats daarvan rekenen arbiters een honorarium op basis van gewerkte uren en dient er bijvoorbeeld een vergoeding aan het arbitrage-instituut te worden voldaan. Dat kan aardig in de papieren lopen. De kosten zijn afhankelijk van (het belang van) de zaak en verschillen ook per instituut. Een procedure bij het NAI bijvoorbeeld is in zijn algemeenheid aanmerkelijk goedkoper dan een procedure bij het ICC International Court of Arbitration.

De andere kant van de medaille is wel dat in arbitrage de 'loser pays rule' vaak wordt toegepast: de verliezer

betaalt in beginsel de daadwerkelijke kosten van de arbitrageprocedure, waaronder de kosten van de wederpartij. Bij de overheidsrechter wordt de verliezende partij meestal enkel veroordeeld tot betaling van de proceskosten. Dat betreft een gering deel van de daadwerkelijk gemaakte kosten.

Het kostenaspect en de mogelijkheid dat de verliezende partij wordt veroordeeld tot betaling van de daadwerkelijke kosten, is ook vanuit strategisch oogpunt iets om rekening mee te houden bij de keuze voor arbitrage. Als gevolg hiervan zal een partij met mindere proceskansen bijvoorbeeld minder snel geneigd zijn om een procedure te starten en wellicht eerder bereid zijn om een regeling te treffen.

Geen herkansing

Hoger beroep tegen een arbitraal vonnis is alleen mogelijk als partijen dat zijn overeengekomen. Dat is in de praktijk een uitzondering. Veel arbitragereglementen voorzien daar niet in. Uiteraard komt dit de snelheid van het gehele proces ten goede en dat is onmiskenbaar een voordeel. Partijen dienen zich hier wel bewust van te zijn; een herkansing is in arbitrage in principe niet mogelijk. Wel is er nog een kleine ontsnappingsroute. De overheidsrechter heeft beperkte

mogelijkheden om een arbitraal vonnis te vernietigen. Dat kan bijvoorbeeld als er grote bezwaren aan de wijze van totstandkoming van het arbitrale vonnis kleven of als er ten onrechte is geoordeeld dat partijen zijn overeengekomen om dit geschil door middel van arbitrage te laten beslechten. Van deze mogelijkheid moet op voorhand niet te veel worden verwacht.

Tip: Wenst u de mogelijkheid van hoger beroep in arbitrage open te houden? Spreek dat dan expliciet af met uw contractspartij. Veel arbitragereglementen voorzien hier niet standaard in.

Niet elk geschil is geschikt voor arbitrage

Niet elk geschil mag door middel van arbitrage worden beslecht. Dit betreft de zogenaamde ‘arbitrabiliteit’. Een arbitrageovereenkomst mag niet tot de vaststelling van rechtsgevolgen leiden die niet ter vrije bepaling van partijen staan. Denk hierbij bijvoorbeeld aan zaken die leiden tot uitspraken die ook gevolgen hebben voor anderen dan partijen bij de procedure.

In het vennootschapsrecht kan dit voor problemen zorgen. Geschillen over bijvoorbeeld de aantasting van besluiten en

het enquêterecht zijn in principe niet vatbaar voor arbitrage. Wel kan een arbiter in kort geding een bestuurder schorsen of verbieden een bepaald besluit te nemen.

Voor geschillen tussen aandeelhouders onderling bestaat er veel meer ruimte. Daarnaast zijn veel problemen over de arbitrabiliteit met enige creativiteit op te lossen. Zo kan een besluit in arbitrage niet worden vernietigd maar zou een partij wel kunnen worden verplicht om mee te werken aan de intrekking van een besluit.

De arbitrageclausule

Arbitrage moet schriftelijk worden overeengekomen. Dat kan voorafgaand aan het geschil of – hoewel minder waarschijnlijk gelet op de verharde verhoudingen – nadat een geschil is ontstaan. Indien arbitrage uw voorkeur heeft, is het van belang om een goede arbitrageclausule overeen te komen.

Zorg in dat kader in de eerste plaats voor een duidelijke en voldoende gespecificeerde arbitrageclausule. Onduidelijkheid over de vraag of een geschil onder de arbitrageclausule valt, moet zoveel mogelijk worden voorkomen. Sluit u in het kader van een samenwerking meerdere overeenkomsten met dezelfde partij(en)? Zorg ervoor dat in al die overeenkomsten

dezelfde arbitrageclausule staat opgenomen. Anders bestaat het risico dat over verschillende onderwerpen van hetzelfde geschil in verschillende fora moet worden geprocedeerd.

Verder verdient het in beginsel de voorkeur om te kiezen voor institutionele arbitrage. Dit betekent dat de procedure verloopt volgens het reglement van de betreffende instelling, bijvoorbeeld het NAI. Dat geeft duidelijkheid en heeft een kleinere kans op vertraging dan de zogenaamde ad hoc arbitrage. Veel arbitrage-instituten bieden op hun website een standaard arbitrageclausule aan.² Dat biedt een goede basis.

Daarnaast kunt u in de arbitrageclausule over tal van aanvullende punten afspraken maken. Bijvoorbeeld over de vraag of er een verplichte onderhandelingsperiode voorafgaand aan arbitrage van toepassing is, uit hoeveel arbiters het college bestaat, hoe de arbiters worden benoemd en of er specifieke afspraken gelden op het punt van het bewijsrecht.

Tot slot

Arbitrage biedt bij ondernemingsrechtelijke geschillen de

² Zie als voorbeeld het NAI: https://www.nai-nl.org/nl/documenten/arbitragebeding_nederlands/

nodige voordelen ten opzichte van overheidsrechtspraak. Zo is de procedure veelal sneller, kan er een keuze worden gemaakt voor de taal waarin de procedure wordt gevoerd en is het vonnis wereldwijd beter uitvoerbaar. Verder is een arbitrageprocedure vertrouwelijk en biedt de deskundigheid van arbiters vaak grote voordelen.

Bent u benieuwd naar de mogelijkheden van arbitrage in uw situatie? Of heeft u bijstand nodig bij een (eventuele) arbitrageprocedure? Wij helpen u hier graag bij verder.

Neem contact op met **Freek Haasjes** :
haasjes@dvdw.nl

De sectie Corporate Litigation & Dispute Resolution kent diverse specialisten op dit gebied. Kijk op de **website** voor meer informatie.