



Editors in chief: Guillaume Croisant, Marijn De Ruysscher, Iuliana Iancu and Claire Larue

acolad.

Wolters Kluwer
When you have to be right

brussels
arbitration
hub.eu

IBJ
IJE
INSTITUUT VOOR
RECHTSGESCHIEDENIS
INSTITUT DES
DROITS D'ENTREPRISE

AGENDA

September 2021 [postponed]	Due to the current Covid-19 health measures in the UK, the royal economic mission to the UK is postponed to 2022.
30 August 2021	Save the date – CEPANI40 summer drinks (more information to follow)
20 January 2022	Save the date – joint colloquium CEPANI-NAI in the Netherlands (more information to follow)
2-4 June 2022	Co-Chairs' Circle global conference organised by CEPANI40 in Brussels (legitimacy <i>in and of</i> arbitration)

SERIES : *Stories from a Young Arbitrator*

- » **THIRD EPISODE, "IT IS ALL ABOUT EFFICIENCY, THEY SAY. ABOUT THE OPPORTUNITY TO BIFURCATE ON JURISDICTION ISSUES"** (BY NICOLAS VANDERSTAPPEN)

REPORTS

- » **REPORT ON CEPANI/VOKA WEBINAR "GESCHILLENBESLECHTING IN INTERNATIONALE HANDEL VIA ARBITRAGE"** (BY CHARLOTTE DE MUYNCK)

SERIES - STORIES FROM A YOUNG ARBITRATOR

With the April edition of the Newsletter, the Editors introduced a new series of short, topical posts written by young arbitrators. The authors will be sharing practical tips and insights from their experience as arbitrators, from dealing with defaulting parties or with non-represented parties to managing multi-language proceedings, from addressing falsified evidence and the interplay between the burden of proof and the standard of proof, to deciding jurisdictional challenges and evaluating the credibility of witnesses.

We hope you will enjoy this new series and, please, do not hesitate to reach out should you wish to participate.

EPISODE 3 - IT IS ALL ABOUT EFFICIENCY, THEY SAY. ABOUT THE OPPORTUNITY TO BIFURCATE ON JURISDICTION ISSUES



Nicolas Vanderstappen
Avocat - Advocaat
Clifford Chance LLP, Brussels

When a party to Arbitration proceedings (typically, but not necessarily the Respondent) raises an issue about the jurisdiction of the arbitral tribunal, typically by alleging that there is no valid arbitration clause or that the arbitration clause is not in a document to which that party formally agreed (general terms and conditions), or that certain party(ies) (e.g. intervening parties, non-signatories issues) are not bound by the arbitration agreement, the first question for the arbitrator is often (even absent any request in that direction by any of the parties): should I bifurcate or not? In other words, should I decide on certain specific issues on a preliminary basis, even if by doing so, I may generate additional costs and time?

As I will set out in this contribution, my recommendation as a young arbitrator is that you are often better off bifurcating an issue which appears preliminary to a determination on other aspects of the case (typically on jurisdiction issues) than starting a complex analysis as to whether that issue is meritorious enough to deserve a bifurcation and, hence, risking to prejudice the case and potentially give the impression to the party raising that issue that its position is weak before even being heard on it.

For the purpose of this contribution, I have chosen typical jurisdiction issues that may encourage an arbitral tribunal to bifurcate (validity, enforceability of the arbitration clause and third-party/non-signatories issues), notably because my experience as an arbitrator so far related to a jurisdiction issue raised by the respondent. It is also for these issues that it makes most sense to bifurcate quasi automatically. Let's recall, however, that bifurcation can happen on many instances, for instance to separate liability and the quantum of the damages. Interesting contributions have been written on the topic of bifurcation, to which we refer for substantive analysis (M. Benedettelli, "To Bifurcate or Not to Bifurcate? That is the (Ambiguous) Question", 29(3) Arb. Int'l 493 (2013) ; L. Greenwood, "Revisiting Bifurcation and Efficiency in International Arbitration Proceedings", 36 (4) Journal of International Arbitration, 421 (2019) ; L. Greenwood, "Does Bifurcation Really Promote Efficiency?", 28 (2) Journal of International Arbitration, 105 (2011)).

We read that bifurcation (when issues like objections to the jurisdiction of the arbitral tribunal arise) may be the source of efficiency "*if the earlier determination of a matter by the arbitral tribunal: (i) eliminates the need for the parties to address certain issues which become moot as a result of the earlier decision, and/or (ii) clarifies the scope of other issues which may be relevant for the subsequent deliberation on the claims and counterclaims and/or (iii) settles the entire dispute by finding in favour of a defence raised by a party on a point of procedure or on the merits*" (M. Benedettelli, "To Bifurcate or Not to Bifurcate? That is the (Ambiguous) Question", 29(3) Arb. Int'l 497 (2013)).

Authors have written that, while bifurcation should be decided on a "case-by-case" approach, "*in some cases bifurcation might be considered as an almost inevitable step (...) when issues (...) are essential for the 'foundation' of the arbitral proceedings*" such as the validity of the arbitration agreement, its enforceability or when requests have been made to extend the arbitration to parties which are not signatories of the arbitration agreement (also by way of joinders) or to consolidate separate but connected proceedings" (M. Benedettelli, "To Bifurcate or Not to Bifurcate? That is the (Ambiguous) Question", 29(3) Arb. Int'l 498 (2013)).

We agree with this statement that such issues typically require a preliminary determination. If a party comes with a request for intervention of a third-party and the question of the jurisdiction of the tribunal – if contested – is not treated beforehand, the risk exists that the parties should develop alternative arguments in their submissions and their oral arguments, and lose time for the potential filing of a claim towards that third-party before the competent domestic courts. In this specific example, another advantage of bifurcation is also to avoid that a third-party gains access to confidential information if, eventually, the tribunal considers that it has no jurisdiction towards that third-party. A preliminary decision on these issues may also "*be relevant in the context of settlement negotiations that the parties may carry in parallel to the arbitral proceedings*" (M. Benedettelli, "To Bifurcate or Not to Bifurcate? That is the (Ambiguous) Question", 29(3) Arb. Int'l 503 (2013)).

On the other side, it goes without saying that bifurcation may trigger additional costs and time, in particular where the matter is not "solved" at the outcome of the bifurcated issue (e.g. because the objection is dismissed), and the rest of the case remains to be argued. Therefore, some have written that "*arbitrators should only order bifurcation where they can be reasonably certain that the jurisdictional challenge is meritorious*" (L. Greenwood, "Revisiting Bifurcation and Efficiency in International Arbitration Proceedings", 36 (4) Journal of International Arbitration, 426 (2019)). In other words, the arbitrators should look at the likelihood of success of a challenge of the tribunal's jurisdiction before determining whether they should take the (very formal) decision to bifurcate.

This reasoning is precisely where, in my opinion, the problem rests, when facing the question of the opportunity to bifurcate: by deciding whether or not to bifurcate, the arbitrator may lift a corner of the veil on its opinion on the case, even before the parties have been heard on their arguments. If the underlying justification for a bifurcation is that the issue to be bifurcated be "reasonable", or "meritorious", a refusal to bifurcate may be seen *a contrario* as a "prejudgment" by the arbitral tribunal as to this very issue and creating the feeling on the part of a(some) party(ies) that the issue has already been dismissed.

Moreover, the fact that additional costs may be created by the bifurcation (and that these additional costs should therefore be balanced with the "reasonableness" (the vagueness of the concept of "reasonableness" or "frivolousness" makes that what is reasonable for one arbitrator will not be necessarily reasonable for another, which, therefore, makes an appreciation of such decision difficult and unpredictable) of the objection to be bifurcated) appears, in most instances, as a non-issue. Indeed, nothing prevents the arbitral tribunal from putting the additional costs generated by a bifurcation at the expense of the party at the origin of it. In its determination on the costs, the arbitral tribunal can base its decision by reference to the frivolous objections raised by that party, which led to such bifurcation.

However, we should not "put the cart before the horse": when a party comes with an objection as to the jurisdiction of the tribunal, the arbitral tribunal should as often as possible bifurcate the issue and treat it on a preliminary basis. If the objection really appears "frivolous", nothings prevent the arbitrator from encouraging the parties to deal with this issue rapidly. But one should always avoid giving the feeling to a party that its case is not treated diligently and independently, and therefore risking an annulment of the arbitral award.

As a young arbitrator, my tip would therefore be: when you are dealing with an objection of a party as to the jurisdiction of the tribunal, bifurcate. Of course, one case is not the other; you will always want to make an analysis of the circumstances of the case. In some circumstances, it may be "crystal clear" that the objection is purely frivolous. Of course, you may have the feeling that a bifurcation will lead to lengthy and costly proceedings. But letting each party an opportunity to present its case without suffering the feeling that its arguments are not taken seriously is to me of paramount importance. This justifies, as such, in most cases, to bifurcate the issues relating to the jurisdiction of the tribunal, without prejudice to sanctioning abusive attitudes when deciding on the costs.

REPORT

GESCHILLENBESLECHTING IN
INTERNATIONALE HANDEL
VIA ARBITRAGE

CEPANI EN VOKA WEBINAR

17 JUNI 2021



Charlotte De Muynck
Advocaat, Monard Law

Op 16 juni 2021 organiseerden CEPANI en VOKA een webinar over “Geschillenbeslechting in internationale handel via arbitrage”. Maarten Draye gaf een uiteenzetting, waarbij zowel de voor- en nadelen van arbitrage, de arbitrageovereenkomst en de arbitrale uitspraak werden besproken.

Arbitrage in internationale handel

Probleemstelling. Geschillenbeslechting in internationale handel heeft enkele bijzondere uitdagingen o.a. waar en hoe het geschil zal worden opgelost en hoe eventueel zal kunnen worden uitgevoerd?

Het is dan ook aangewezen om hierop te anticiperen in de overeenkomst tussen partijen. Een forumbeding of arbitragebeding is hierbij een essentieel onderdeel van de overeenkomst, waarmee zekerheid wordt geboden over hoe, waar en door wie een eventueel geschil zal worden geregeld. Partijen dienen zich bewust te zijn dat er alternatieven zijn voor de rechtbank waarbij arbitrage (eventueel in combinatie met ADR) een valabele optie is.

Pros en cons. In de afweging tussen een procedure voor een arbitraal scheidsgerecht dan wel voor de rechtbank, dienen een aantal voor- en nadelen in rekening te worden genomen. Arbitrage biedt een neutraal en vertrouwelijk forum, waarbij partijen mee de spelregels kunnen bepalen en flexibiliteit aan de dag kan worden gelegd. De arbiters kunnen bovendien door de partijen worden gekozen op grond van hun expertise. De voornaamste downside die bij arbitrage overwogen moet worden, is wellicht de kostprijs. In tegenstelling tot een procedure voor de rechtbank, dienen niet enkel de erelonen van de advocaten te worden betaald, maar eveneens deze van de arbiter(s). Zeker bij arbitrages waar een arbitraal scheidsgerecht van drie arbiters zetelt, is een kosten-batenanalyse aan de orde.

De arbitrageovereenkomst

Definitie. De nieuwe arbitragewet voert een definitie van de arbitrageovereenkomst in die geen vormvereisten bevat: “Een arbitrageovereenkomst is een overeenkomst waarin de partijen alle geschillen of sommige geschillen die tussen hen gerezen zijn of zouden kunnen rijzen met betrekking tot een bepaalde, al dan niet contractuele, rechtsverhouding aan arbitrage voorleggen.”

Er is niet langer een geschrift vereist voor de rechtsgeldigheid van de arbitrageovereenkomst, die dus ook mondeling kan zijn. Het bewijs van een mondelinge arbitrageovereenkomst kan worden geleverd met alle middelen van recht (o.a. ook getuigen).

Inhoud. Er kan geen arbitrage plaatsvinden wanneer partijen niet zijn overeengekomen om hun geschil aan arbiters voor te leggen. Dit kan zowel voor als na het ontstaan van het geschil. Partijen stellen zich hierbij akkoord om hun geschil te onttrekken aan de rechtbanken en krijgen de mogelijkheid om een “tailor made” procedure overeen te komen (o.a. keuze van plaats van

de arbitrage, toepasselijk recht, institutionele of ad hoc arbitrage, taal van de arbitrage enz.).

Modelclausule. De partijen die kiezen voor arbitrage en naar het arbitragereglement van CEPANI willen verwijzen worden aanbevolen de volgende clausule op te nemen: “Alle geschillen die uit of met betrekking tot deze overeenkomst ontstaan, zullen definitief worden beslecht volgens het Arbitragereglement van CEPANI, door één of meer arbiters die conform dit reglement zijn benoemd.” Dit typebeding kan worden aangevuld met de volgende bepalingen: “Het scheidsgerecht zal uit (een of drie) arbiters bestaan”; “De plaats van de arbitrage is (stad)”; “De taal van de arbitrage is (...)”; “De toepasselijke rechtsregels zijn (...)”.

De arbitrale uitspraak

Uitvoerbaarheid. De arbitrale uitspraak bindt partijen zoals een vonnis (gezag van gewijsde). Wanneer een partij zou nalaten om een arbitrale uitspraak vrijwillig uit te voeren, kan de andere partij een procedure tot erkenning en tenuitvoerlegging voeren voor de rechtbank teneinde een exequatur van de arbitrale uitspraak te bekomen.

Deze uitvoerbaarverklaring (exequatur) geldt als voorwaarde om tot gedwongen uitvoering van een – Belgische of buitenlandse - arbitrale uitspraak te kunnen overgaan. De erkenning en uitvoerbaarverklaring van een arbitrale uitspraak kunnen slechts op limitatieve gronden worden geweigerd.

De gedwongen uitvoering is niet beperkt tot de plaats van de arbitrage, maar kan op alle plaatsen waar tegenpartij activa heeft. Het is dan ook de plaats waar de arbitrale uitspraak zal worden ten uitvoer gelegd - en niet de plaats van arbitrage - die bepaalt welke rechtbank van eerste aanleg territoriaal bevoegd is voor de uitvoerbaarverklaring van de arbitrale uitspraak.

Vernietiging. Tegen de arbitrale uitspraak is in principe geen hoger beroep mogelijk, tenzij partijen dit contractueel zouden hebben bedongen in de arbitrageovereenkomst. Dit is zeer uitzonderlijk.

Als stok achter de deur hebben partijen wel de mogelijkheid om een vordering tot vernietiging in te stellen tegen de arbitrale uitspraak. Een vordering tot vernietiging kan enkel worden ingesteld voor de rechtbanken van de plaats van arbitrage (i.t.t. de vordering tot exequatur). De arbitrale uitspraak kan slechts worden vernietigd op grond van een beperkt aantal gronden (opgenomen in artikel 1717 Ger.W.), bijvoorbeeld indien de uitspraak in strijd is met de openbare orde of indien het scheidsgerecht niet rechtsgeldig werd samengesteld. De vordering tot vernietiging is dus geen hoger beroep waarin de gegrondheid van de arbitrale uitspraak wordt onderzocht.

Conclusie

Conclusie. Op de vraag hoe het best geschillenbeslechting te hanteren in internationale geschillen, dient met een aantal factoren rekening te worden gehouden. Arbitrage is in elk geval een te overwegen alternatief. Belangrijk daarbij is om een goede arbitrageovereenkomst te voorzien waarin wordt geanticipeerd op een efficiënte geschillenregeling. Er zijn standaardclausules beschikbaar waarin de essentiële elementen zijn opgenomen. Arbitrage biedt partijen de flexibiliteit van een “tailor made” procedure, die leidt tot een uitvoerbare titel, waartegen – behoudens afwijkende overeenkomst tussen partijen - enkel nog een vordering in vernietiging open staat die slechts op beperkte gronden kan worden ingesteld.

NEWS

» WERKGROEP "DIVERSITEIT & INCLUSIE" - GROUPE DE TRAVAIL "DIVERSITÉ & INCLUSION"

De Raad van Bestuur heeft het initiatief genomen om een werkgroep "Diversiteit en Inclusie" op te richten, onder co-voorzitterschap van Sophie Goldman en Werner Eyskens. De werkgroep stelt zich als doel om de huidige diversiteit binnen de verschillende werkingsdomeinen van CEPANI in kaart te brengen, om deze te analyseren in vergelijking met andere organisaties, en om concrete voorstellen te formuleren om de diversiteit binnen CEPANI waar nodig te verbeteren.

Le conseil d'administration a pris l'initiative de créer un groupe de travail "Diversité et Inclusion", coprésidé par Sophie Goldman et Werner Eyskens. L'objectif du groupe de travail est de dresser un état des lieux de la diversité au sein des différents domaines d'activité du CEPANI, de l'analyser en comparaison avec d'autres organisations et de formuler des propositions concrètes pour améliorer la diversité au sein du CEPANI, si nécessaire.

» B-ARBITRA 2020/2 AVAILABLE

The latest edition of the Belgian Review of Arbitration b-Arbitra is out now.

The table of contents can be consulted [here](#).

Subscriptions are available at [Wolters Kluwer](#) and the review can be consulted on Kluwer Arbitration as well.

An annual subscription is included in the membership fee of CEPANI. Click [here](#) for more information on becoming a member.



Responsible publisher: B. Kohl