



CEPANI NEWSLETTER 66

BELGIAN CENTRE FOR ARBITRATION AND MEDIATION • NPO

RESPONSIBLE EDITOR : MICHEL FLAMÉE

JUNE 2012

Agenda

19 June 2012

CEPANI General Assembly followed by a presentation by Mr. Andrea Carlevaris "The pre-arbitral procedures in the rules of arbitration institutions". (held in English and French)

22 June 2012

CEPANI / ICC Belgium / Managing Intellectual Property : Seminar on the topic of "Uitdagingen in het uitgebreide internet: hoe uw belangen verzekeren en de competitie beantwoorden in de nieuwe gTLDs?" (held in Dutch and French)

6 September 2012

Colloquium on the topic of "10 years' existence of the Rules for Domain Name Dispute Resolution - Time for renewal" (held in Dutch and French)

For more information on our upcoming activities, please consult www.cepani.be.

Comité de rédaction / Redactiecomité

G. Keutgen, V. Foncke

P. Callens, O. Caprasse, G. Coppens, M. Dal, L. Demeyere, C. Price, H. Verbist, C. Verbruggen, P. Wautelet

The CEPANI Newsletter always appreciates receiving interesting case law and legal doctrine concerning arbitration and alternative dispute resolution. Any relevant articles, awards, events and other announcements can be sent to newsletter@cepina-cepani.be. CEPANI may publish and/or edit contributions at its discretion.

News

Belgium

- P.2** Assemblée Générale du CEPANI suivi d'un exposé de M. Andrea Carlevaris / Algemene Vergadering CEPINA gevolgd door een uiteenzetting door dhr. Andrea Carlevaris
- P.3** Concours International d'Arbitrage de Montpellier 2012 (by *Frédéric Henry*)

International

- P.3** Appointment of Mr. Andrea Carlevaris as the new Secretary General of the ICC International Court of Arbitration
- P.4** The World Bank launches the Global Forum on Law, Justice and Development

Articles

- P.4** Report on the CEPANI40 lunch debate with Prof. Eric De Brabandere on "The public/private divide in international investment arbitration and the role of the arbitrator" (by *Govert Coppens*)
- P.6** Compte-rendu du déjeuner débat du CEPANI40 avec Prof. Bernard Hanotiau sur "Quo Vadis Arbitration?" (by *Rafaël Jafferli*)

Legislation, Doctrine & Jurisprudence

- P.8** The revised Swiss Rules of International Arbitration (by *Alexandre Mazuranić*)
- P.10** References

Varia

- P.10** 2012 Cologne Academies on International Dispute Resolution (2-6 September 2012, Cologne)
- P.10** VIAC/YAAP/ArbAut Joint Conference (21 September 2012, Vienna)



News

BELGIUM

Assemblée Générale du CEPANI – Algemene Vergadering CEPINA Exposé par M. A. Carlevaris – Uiteenzetting door dhr. A. Carlevaris

A l'issue de l'Assemblée générale du CEPANI, le mardi 19 juin 2012 à 17h00, M. Andrea Carlevaris prendra la parole sur le thème "Les procédures 'pré-arbitrales' dans les règlements des institutions d'arbitrage".

M. Carlevaris fut conseiller à la Cour internationale d'arbitrage de la CCI entre 1999 et 2003 et membre de la Cour pour l'Italie entre 2008 et 2012. A présent M. Carlevaris est avocat à Rome chez Bonelli Erede Pappalardo Studio Legale et dès le 1 septembre 2012 il succèdera M. Jason Fry comme secrétaire général de la Cour internationale d'arbitrage de la CCI.



Andrea Carlevaris

L'exposé de M. Carlevaris débutera à 18h00 et sera suivi d'un cocktail à 19h00.

Toute personne même non membre du CEPANI intéressée par la problématique est la bienvenue. Vous trouverez de amples informations à propos de l'exposé de M. Carlevaris et le cocktail sur notre site web: www.cepani.be.

Ter gelegenheid van de Algemene Vergadering van CEPINA op dinsdag 19 juni 2012 om 17u, zal dhr. Andrea Carlevaris een uiteenzetting geven met als onderwerp "De 'prearbitrale' procedures in de reglementen van de arbitrage-instellingen".

Dhr. Carlevaris was counsel bij het Internationaal Arbitragehof van het ICC van 1999 tot 2003 en lid van het Arbitragehof voor Italië tussen 2008 en 2012. Dhr. Carlevaris is thans advocaat te Rome bij het kantoor Bonelli Erede Pappalardo Studio Legale en zal vanaf 1 september 2012 dhr. Jason Fry als secretaris-generaal van het Internationaal Arbitragehof van het ICC opvolgen.

De uiteenzetting van dhr. Carlevaris begint om 18u en zal om 19u door een receptie worden gevolgd.

Alle sympathisanten van CEPINA zijn van harte welkom. Meer informatie m.b.t. de uiteenzetting van dhr. Carlevaris en navolgende receptie, vindt u op onze website: www.cepina.be.



Concours International d'Arbitrage de Montpellier 2012

Par Frédéric HENRY, *Avocat et Assistant à l'ULg*

Deux équipes de quatre étudiants du cours de droit de l'arbitrage du Doyen Olivier Caprasse, donné en deuxième année de master à la Faculté de Droit de l'ULg, ont participé au *Concours International d'Arbitrage Francophone de Montpellier (CIAM)* en 2012, auquel j'ai également eu l'honneur d'être convié en tant que membre du jury.

Ces équipes ont ainsi eu l'occasion d'appréhender un arbitrage multipartite complexe s'inscrivant dans le contexte de la Convention de Vienne sur la Vente Internationale de Marchandises.

Le concours a véritablement débuté par la révélation du sujet et des pièces de procédure au début du mois de janvier 2012. Pendant trois mois, des échanges de mémoires entre les équipes ont ensuite eu lieu. Chaque équipe a

rédigé deux mémoires afin d'exposer ses arguments. Les équipes se sont ensuite déplacées à Montpellier du 21 au 25 mai pour l'épreuve des plaidoiries.



Liège team

Les deux équipes liégeoises ont brillé puisqu'après avoir passé sans encombre le cap des éliminatoires, auxquels participaient 18 équipes, la première a rendu les armes en quart de finales, tandis que la seconde triomphait en finale et remportait le prix de la meilleure

plaidoirie.

L'accueil réservé par l'équipe organisatrice de Montpellier à la délégation liégeoise s'est comme toujours révélé exceptionnel et l'expérience s'est avérée extrêmement positive pour les étudiants, tant au niveau de leur formation qu'au niveau de l'expérience humaine qu'ils ont vécue.

INTERNATIONAL

Appointment of Mr. Andrea Carlevaris as the new Secretary General of the ICC International Court of Arbitration

The ICC is appointing Mr. Andrea Carlevaris as Secretary General of the ICC International Court of Arbitration, in replacement of Mr. Jason Fry who will leave the organization on 20 July 2012. Mr. Jose Ricardo Feris, Deputy Secretary General of the Court, will assume

the responsibilities of Secretary General until Mr. Carlevaris officially takes up his position on 1 September 2012. The full press release by the ICC can be read on: <http://www.iccwbo.org/index.html?id=48312>.



The World Bank launches the Global Forum on Law, Justice and Development

In January 2012 the World Bank has launched the Global Forum on Law, Justice and Development ("GFLJD").

The GFLJD is envisioned to provide an innovative and dynamic permanent forum for knowledge exchange on legal issues, connecting countries, think-tanks, regional and international organizations, development agencies and civil society organizations. It

plans to make available relevant research and practices as a public good to improve development outcomes through innovation in the field of law and justice.

Further information can be retrieved at <http://bbi.syr.edu/gfljd>

Articles

Report on the CEPANI40 lunch debate on the topic of "The public/private divide in international investment arbitration and the role of the arbitrator"

By Govert COPPENS, PhD Researcher at the Institute for International Trade Law K.U. Leuven

On 3 May 2012 Prof. Eric De Brabandere of Leiden University presented some of his findings on one of the most fundamental issues in investment protection law: the balancing of public and private interests in international investment arbitration.



Govert Coppens

During his presentation, he set out several reasons for this tension. Firstly, there are different 'layers' to each dispute. On one

side, there can be a contractual relationship between the investor and the host State whereas, on the other side, there are the treaty obligations between the host State and the home State of the investor.

Secondly, there is the conflict between the private interests of the investor and the public interests of the host State. Since a sovereign State can face a claim for an allegedly unlawful use of its sovereign powers, the dispute undeniably has a public character.

Prof. De Brabandere contrasted the public aspects with the traditional role of arbitration as



a mechanism based on private law principles. Despite this background, in recent years the public function of investment arbitration proceedings has been increasingly acknowledged. Some examples are the improved transparency, for example by public or broadcasted hearings, and the possibility of submissions by *amicus curiae*.

He continued to set out several distinctive characteristics of arbitrations under the ICSID Convention, such as the applicable law, the way in which the parties give their consent, and the type of obligations. Importantly, ICSID arbitration is detached from national law: there is neither a traditional seat of arbitration, nor a role for national courts. Any requests for annulment can only be brought through the procedure in the ICSID Convention.



Eric De Brabandere

As to the role of the arbitrator, while there is a basis of similarity with commercial arbitration, some procedural provisions resemble more the statutes of standing international tribunals

than those of commercial arbitration rules. In addition, since the disputes go beyond the settlement of a mere commercial dispute, an extensive and lucid motivation by the arbitrators is essential to maintain broad support for the tribunal's legitimacy.

Prof. De Brabandere pointed out that the specific character of the disputes entails an additional potential for conflicts. The majority of cases turn

on an interpretation of a limited number of principles with little guidance but case law. As several prominent investment law practitioners work both as counsel and arbitrator, this can give rise to situations where a counsel cites a ruling in which he/she was involved as arbitrator. Moreover, repeat appointments for arbitrators who are known to have a consistent record of upholding 'pro investor' or 'pro host State' views at the least raise question. Although up to date there have been no successful challenges of arbitrators due to this practice, it is nonetheless flagged as an 'orange' situation by the IBA Guidelines on Conflict of Interests.

The involvement of a State in an arbitration further also influences questions of party autonomy and fact-finding. There is again common ground with commercial arbitration but the applicability of public international law adds significant differences. Prof. De Brabandere highlighted the generally flexible approach of tribunals to the *iura novit curia* principle and certain particularities in the fact-finding stage of proceedings when the opposing party is a sovereign State, such as possible restrictions for reasons of confidentiality or national security.



Prof. De Brabandere concluded that while the arbitration procedure in investment disputes may seem familiar to the commercial arbitration practitioner, its public character makes it best not to take any resemblance for granted.

Compte-rendu du déjeuner débat du CEPANI40 avec le Prof. Bernard Hanotiau sur “Quo Vadis Arbitration?”

**By Rafaël Jafferli, Avocat au barreau de Bruxelles,
Assistant à l'Université Libre Bruxelles,**

Le déjeuner débat proposé par le CEPANI40 ce 29 mai 2012 dans les locaux de la FEB sortait de l'ordinaire.

D'une part, parce qu'il s'agissait du dernier événement organisé sous la



Rafaël Jafferli

houlette du Prof. Maud PIERS et de Me Marc DAL. Non sans humour, les deux présidents du CEPANI40 ont en effet expliqué que le temps était venu pour eux, après quatre années, de « *prendre leur retraite* » et de céder la place à un autre duo dynamique, en la personne du Prof. Benoît KOHL et de M. Kristof COX, lesquels ont accepté avec enthousiasme de relever ce défi.

D'autre part, l'événement a réuni un nombre significatifs de participants, attirés par la personnalité de l'orateur invité, à savoir le Prof. Bernard HANOTIAU. Le thème de son discours était ambitieux, puisqu'il se proposait de dresser un état des lieux de l'arbitrage international, tout en s'interrogeant sur ses perspectives d'avenir. Sans pouvoir rapporter ici l'ensemble de son exposé, on en retiendra quelques lignes de force.

Le constat dressé du succès rencontré par l'arbitrage international et de l'évolution spectaculaire qu'il a connu au cours des trente dernières années ne surprendra pas le praticien. Le Prof. Hanotiau insista cependant sur la conjugaison des facteurs ayant permis une telle ascension, parmi lesquels: l'élaboration et l'adoption par les Etats d'un corps de règles législatives, souvent basées sur la loi-modèle UNCITRAL, garantissant à l'arbitrage son autonomie et son efficacité; l'érosion progressive du lien entre le siège de l'arbitrage et les règles applicables à son déroulement; et, surtout, les efforts constants des institutions d'arbitrage, des arbitres eux-mêmes, des cours et tribunaux et de la doctrine qui, ensemble, ont progressive ment fait émerger une culture globale de l'arbitrage, à mi-chemin des



Bernard Hanotiau

traditions de *common law* et des pays de droit civil. Dépassant les frontières étroites du vieux continent, l'arbitrage international est ainsi devenu une réalité quotidienne, y compris en Amérique du Nord, en Amérique du Sud et en Asie.



Ce portrait flatteur d'un monde qu'il connaît bien n'a pas empêché le Prof. Hanotiau, dans le second temps de son exposé, de souligner, avec un esprit à la fois lucide et critique, les difficultés que l'arbitrage international aura à résoudre, s'il veut pouvoir continuer à se prétendre un mode de résolution des litiges à la fois rapide, flexible et avantageux quant aux coûts. Au premier rang de celles-ci figure le processus de « judiciarisation » de l'arbitrage international. On désigne par là une influence grandissante de la conception nord-américaine du procès, avec son cortège d'auditions de témoins et de procédures de *discovery*, qui ralentissent et alourdissent sensiblement le cours de l'arbitrage. Parmi les responsables de la perte d'efficacité de la procédure arbitrale, le Prof. Hanotiau a également pointé les conseils des parties, accusés de confisquer une partie du rôle des arbitres (notamment la rédaction de l'acte de mission) et de ne plus « jouer le jeu » en allongeant indument la durée de la procédure arbitrale par la sollicitation de délais excessifs –au demeurant pas toujours respectés– pour la rédaction des mémoires, ou de remises systématiques de l'audience de plaidoiries; les institutions d'arbitrage, qui accroissent la complexité de la procédure par la multiplicité des règles, recommandations et lignes de conduite qu'elles secrètent régulièrement; ou encore les Etats, dont les appareils judiciaires tentent, notamment par la technique de l'*anti-suit injunction*, de se réappropriier les litiges soumis à l'arbitrage.

Loin de s'en tenir à ce constat pessimiste, le Prof. Hanotiau a toutefois tenu à conclure son exposé en esquisant quelques pistes de solutions. Outre une réduction de l'activité réglementaire des institutions d'arbitrage, le redressement de la situation passe surtout selon lui par une redéfinition du rôle du tribunal arbitral. Celui-ci devrait en effet être plus étroitement associé aux décisions souvent prises directement entre les conseils des parties et ce, à tous les stades de la procédure arbitrale. Il devrait également adopter une attitude plus proactive, notamment en s'opposant à la mise en œuvre de mesures d'instruction qui n'apparaissent pas utiles à la solution du litige, en se réunissant avant l'audience pour préparer son déroulement, ou encore en promouvant activement le règlement amiable des différends. Enfin, une attention particulière devrait être accordée à la simplification du fonctionnement des institutions d'arbitrage et à l'organisation au sein des universités de formations familiarisant les étudiants à la culture et à l'éthique de l'arbitrage.



L'intervention s'est clôturée par une séance de questions-réponses au cours de laquelle le Prof. Hanotiau a pu illustrer, en puisant dans sa vaste expérience professionnelle, les idées qu'il avait développées.



Legislation, Doctrine & Jurisprudence

The revised Swiss Rules of International Arbitration

By **Alexandre MAZURANIC**, *Lawyer at Schellenberg Wittmer (Geneva, Switzerland)*

In 2004, the Swiss Rules of International Arbitration ("Swiss Rules") entered into force as a result of the harmonization of the arbitration rules of six Swiss chambers of commerce (joined in 2008 by a seventh one). After seven years of experience and over 600 cases, the chambers decided to revise the Swiss Rules in order to take into account the expectations of the business users and to increase the efficiency and flexibility of the proceedings conducted under said rules. The revised Swiss Rules entered into force on 1 June 2012 and shall apply to all arbitral proceedings in which the Notice of Arbitration is submitted on or after that date. The revision, qualified as light, is the confirmation that the first version of the Swiss Rules already constituted a modern and efficient dispute resolution mechanism. In this brief presentation, we will point out certain topic modifications, which in our view deserve to be highlighted as in point with the business users' trend or in advance to what most systems know.

New names: the Swiss Chambers' Arbitration Institution and the Arbitration Court

The revision of the Swiss Rules is accompanied by new names for the arbitration institution (Swiss Chambers' Arbitration Institution) and its administrating body (the Arbitration Court). The Arbitration Court (the "Court") has all powers to

supervise the proceedings (Article 1.4) which notably include the power to revoke arbitrators in case of joinder (Article 4.1), the power to shorten or extend the time limits (Article 2.3), or the power to approve the arbitration costs in the award (Article 40).

The parties and the arbitral tribunal remain in control of the procedure

The revised Swiss Rules have reinforced the underlying principle according to which the parties and the arbitral tribunal are best placed to determine how they want to organise their proceedings. The arbitral tribunal may conduct the hearing as it wishes, provided that it ensures equal treatment of the parties and their right to be heard (Article 15.1). In order to ensure that the Swiss Rules remain an efficient dispute resolution mechanism, the revision has specified that "*all participants in the proceedings shall act in good faith, and make every effort to contribute to the efficient conduct of the proceedings and to avoid unnecessary costs and delays*" (Article 15.7). The Swiss Rules also provide that time periods for the submissions of written statements should not exceed 45 days (Article 23), although the parties and the arbitral tribunal remain free to decide otherwise. The procedure regarding the challenge of arbitrators is now also due to run fast with time periods of 15 days to send



the notice of challenge (Article 11.1) and for the other parties to (dis)agree and/or for the arbitrator to withdraw (Article 11.2).

The emergency arbitrator

Among the additions or modifications brought to the Swiss Rules in order to take into account the business users' expectations, one finds the emergency arbitrator (Article 43). The solution retained by the Swiss Rules is an opt-out system: unless the parties agree otherwise, they will be allowed to request an emergency relief prior to the constitution of the arbitral tribunal. Once in possession of the file, which will occur after the applicant has paid the deposit and an advance of costs, the appointed emergency arbitrator will have 15 days to render its decision. The decision can at any time thereafter be modified, suspended or terminated by the emergency arbitrator or by the arbitral tribunal once constituted. More importantly, the parties remain free to seek the assistance of state courts at the same time (Articles 26.5 and 43.1).

Ex parte interim measures

Another interesting modification brought by the revision is the possibility for the arbitral tribunal to order ex parte interim measures (Article 26.3). In exceptional circumstances, an arbitral tribunal may rule on a request for interim measures, before the application has been communicated to the other party, by way of a preliminary order. In such a case, the arbitral tribunal shall notify the request to the other parties latest with the preliminary order, and the other party shall immediately

be granted an opportunity to be heard. It will be interesting to observe how the arbitrators will make use of this new feature of the Swiss Rules.

Immediate payment of an advance for expedited procedure

The expedited procedure (Article 42), applicable if agreed upon by the parties or if the amount in dispute does not exceed CHF 1 million, has encountered great success since the enactment of the Swiss Rules in 2004. More than 36% of the cases under the Swiss Rules were submitted to this fast track procedure pursuant to which the award shall be rendered within six months from the communication of the file to the arbitrator (cf. Swiss Chambers' Arbitration Institution Newsletter – 2/2012 and the Statistics 2011). The revised Swiss Rules provide that the Claimant will be immediately invited by the Court to pay a provisional deposit of CHF 5'000 that will allow the arbitrator to immediately start working upon receipt of the file (Article 1.4 of Annex B).

Conclusion

The revised Swiss Rules provide the users with an efficient dispute resolution mechanism that corresponds to the current trend and hopefully to the business users' expectations.

The revised Swiss Rules can be found on the Swiss Chambers' Arbitration Institution's website: www.swissarbitration.org.



References

Legislation / Rules

- Revised Swiss International Arbitration Rules, available on www.swissarbitration.org

Doctrine

- E. CASTINEIRA, "The emergency arbitrator in the 2012 ICC Rules of Arbitration", *Paris Journal of International Arbitration* 2012/1, p. 65-98
- E. CASTINEIRA, "Colloque de Francarbi sur l'éthique dans l'arbitrage", *Revue de l'arbitrage* 2012/1, p. 225-232
- T. HALKET, *Arbitration of International Intellectual Property Disputes*, New York, Juris, May 2012, 652p.
- S. NAPPERT, *Commentary on the UNCITRAL Arbitration Rules 2010: a practitioner's guide*, New York, Juris, June 2012, 200p.
- B. SHEPPARD, S. HUBER, T. BREWER and A. RAU, *AAA Yearbook on arbitration and the law*, New York, Juris, July 2012, 480p.

Varia

- 2012 Cologne Academies on International Dispute Resolution (2-6 September 2012, Cologne).

From Sunday 2 September to Thursday 6 September, the 2012 Cologne Academies on International Commercial Arbitration and on Business Negotiation and Mediation will be held at the Center for Transnational Law at Cologne University. Further details can be found at the Academy website at <http://www.cologne-academies.com>.

- VIAC / YAAP / ArbAut Joint Conference (21 September 2012, Vienna).

On 21 September 2012 VIAC, YAAP and ArbAut are hosting a joint conference covering topics such as third party claims in arbitration, appointment of arbitrators in multi-party arbitrations in the aftermath of Dutco, third party funding and collective arbitration proceedings. More information is available on http://news.wko.at/Media/9240a453-6945-44e3-ab00-a41fcf3354ac/programmeviacyaaparbaut21092012_2.pdf.