

De kosten(veroordeling) in arbitrage. Een overzicht aan de hand van het NAI Arbitrage Reglement¹

Mr. M. van de Hel-Koedoot²



De kosten van een arbitrage zijn voor partijen in de meeste gevallen aanzienlijk hoger dan de kosten van een procedure voor de (Nederlandse) overheidsrechter.³ Ook valt de kostenveroordeling in een arbitrage vaak hoger uit dan in een gewone procedure. Voor veel partijen zijn de kosten van de arbitrage en de mogelijkheid van een (aanzienlijke) kostenveroordeling van belang, met name bij de afweging om te kiezen voor arbitrage of voor overheidsrechtspraak. Het is echter niet eenvoudig voorafgaand aan de procedure inzicht te krijgen in de mogelijke kosten van een arbitrage en de wijze waarop arbiters in het algemeen omgaan met een kostenveroordeling. Ook de (in Nederland) gepubliceerde arbitrale vonnissen geven slechts een beperkt inzicht in de kostenveroordeling, omdat overwegingen ten aanzien van de kosten in veel gevallen slechts summier worden gemotiveerd of niet worden gepubliceerd. In dit artikel wordt eerst een overzicht gegeven van de verschillende kosten van de arbitrage die voor vergoeding in aanmerking (kunnen) komen. In het tweede deel van dit artikel zal worden ingegaan op de vraag welke partij in deze kosten van de arbitrage wordt (of kan worden) veroordeeld. Het NAI Arbitrage Reglement vormt het

uitgangspunt voor dit overzicht, waarbij tevens ter vergelijking – voor zover relevant – zal worden aangegeven hoe het onderwerp van de kosten(veroordeling) in andere reglementen (met name in de ICC Rules of Arbitration) is geregeld.⁴

1 De (vaststelling van de) kosten van de arbitrage

De kosten van de arbitrage kunnen worden onderverdeeld in drie groepen: de kosten van het arbitrage-instituut (in geval van een institutionele arbitrage), de kosten van arbiters en de kosten van partijen.⁵ Deze drie groepen worden hieronder apart besproken.

Administratiekosten van het arbitrage-instituut

De meeste arbitrage-instituten, waaronder het NAI en de ICC, brengen een bedrag in rekening voor het administreren van een arbitrage. Deze administratiekosten dienen in geval van een NAI-arbitrage in beginsel te worden betaald door de eiser.⁶ Indien een tegenvordering wordt ingesteld, is de verweerder eveneens administratiekosten verschuldigd. Het NAI kent dan ook niet een hoofdelijke aansprakelijkheid van beide partijen voor (onder

- 1 Dit artikel moet worden aangehaald als: M. van de Hel-Koedoot, 'De kosten(veroordeling) in arbitrage. Een overzicht aan de hand van het NAI Arbitrage Reglement', *TvA* 2009, 13.
- 2 Mr. M. van de Hel-Koedoot is advocaat te Rotterdam.
- 3 De kosten van een procedure voor de overheidsrechter bestaan uit het vast recht en de kosten van rechtsbijstand van partijen. Het honorarium van de rechter wordt door de staat betaald. Zie voor een vergelijking van de kosten van arbitrage en de kosten van gewone rechtspraak ook G.J. Meijer, *Overeenkomst tot arbitrage* (diss. Erasmus Universiteit Rotterdam), 2008, par. 10.4.5.2.
- 4 Deze reglementen zullen in dit artikel worden aangeduid als respectievelijk het NAI Reglement en de ICC Rules. Daarnaast zullen ook de UNCITRAL Arbitration Rules, de LCIA Rules en de Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of other States (ICSID Rules) kort worden aangehaald.
- 5 Zie art. 56 NAI Reglement. Zie ook art. 31 lid 1 ICC Rules, waarin bovendien expliciet het honorarium en de verschotten van door het scheidsgerecht benoemde deskundige(n) als kosten van de arbitrage worden genoemd. Artikel 38 van de UNCITRAL Rules geeft – anders dan voornoemde artikelen – een limitatief overzicht van de mogelijk voor vergoeding in aanmerking komende kosten. Een scheidsgerecht dat een vonnis wijst in een arbitrage waarop de UNCITRAL Rules van toepassing zijn, zal dan ook uitsluitend de in dit artikel genoemde kosten in een kostenveroordeling kunnen opnemen.
- 6 Zie art. 57 NAI Reglement.

andere) de administratiekosten tegenover het arbitrage-instituut en/of het scheidsgerecht, zoals – bijvoorbeeld – geregeld is in art. 28 lid 1 van de LCIA Rules.⁷

De hoogte van de administratiekosten van het NAI wordt bepaald aan de hand van bijlage 2 bij het NAI Reglement. De bijlage bevat twee schalen voor de hoogte van de administratiekosten: één voor bedrijven en één voor particulieren. De hoogte van de administratiekosten varieert van (minimaal) € 340 voor vorderingen van particulieren van minder dan € 50 000 tot (maximaal) € 15 000 voor vorderingen ingesteld door bedrijven van € 10 miljoen en meer.⁸ Indien de (tegen)vordering tijdens de procedure wordt verhoogd, zijn aanvullende administratiekosten verschuldigd aan het NAI (tenzij de (tegen)vordering na vermeerdering binnen dezelfde schaal valt). In geval van een ICC-arbitrage worden de administratiekosten vastgesteld door de ICC International Court of Arbitration in overeenstemming met de schaal die is opgenomen in Appendix III bij de ICC Rules (art. 4, Scale A). Deze administratiekosten variëren van USD 2500 voor een vordering tot USD 50 000 tot ruim USD 75 000 voor een vordering van meer dan USD 80 miljoen. De administratiekosten van de ICC zijn dan ook hoger dan die van andere arbitrage-instituten (waaronder het NAI), hetgeen kan worden verklaard door de unieke en – in vergelijking met andere instituten – uitgebreide taken van de ICC Court en het ICC secretariaat.⁹

Honorarium en verschotten van de arbiters

Ook het honorarium en de verschotten van de arbiters maken deel uit van de kosten van de arbitrage. Artikel 58 lid 1 van het NAI Reglement regelt de *honorering van arbiters* in een NAI-arbitrage. Deze

regeling komt erop neer dat de administrateur het honorarium – na overleg met de arbiters en op basis van een uurtarief – vaststelt aan de hand van de bestede tijd, het belang en de ingewikkeldheid van de zaak. Het uurtarief van de arbiters wordt door het NAI met de beoogde arbiters bij hun benoeming afgesproken. Het bestuur van het NAI heeft, om partijen (op voorhand) enig inzicht te geven in de kosten, richtlijnen opgesteld voor de uurtarieven die arbiters in het algemeen in nationale NAI-arbitrages mogen hanteren. Deze richtlijnen gelden voor procedures die per 1 januari 2007 aanhangig zijn gemaakt en houden rekening met de professionele achtergrond van de arbiters. Op grond van deze richtlijnen wordt voor vrije beroepsbeoefenaren in principe aansluiting gezocht bij de voor de desbetreffende beroepsgroep geldende tarieven, waarbij voor advocaten volgens de richtlijnen tarieven gelden van € 220 tot € 350 per uur, afhankelijk van de hoogte van de vordering en de eventuele tegenvordering. Voor andere vrije beroepsgroepen gelden deze tarieven voor advocaten in ieder geval als maximum. Voor niet vrije beroepsbeoefenaren gelden tarieven van € 150 tot € 280 per uur. De verschillen in uurtarieven worden door het NAI verklaard door te wijzen op de overheadkosten, die aan de werkzaamheden van vrije beroepsbeoefenaren verbonden zijn. De richtlijnen vermelden tevens dat de administrateur de bevoegdheid heeft van deze richtlijnen af te wijken, bijvoorbeeld bij arbitrages met een groot financieel belang of in kortgeding-procedures. Deze richtlijnen gelden in beginsel niet in internationale arbitrages, waarbij de uurtarieven (zeker voor niet-Nederlandse arbiters) in de meeste gevallen hoger zullen zijn dan de in de richtlijnen aangegeven uurtarieven.¹⁰

Toepassing van de richtlijnen van het NAI met betrekking tot de vaststelling van het honorarium van arbiters leidt in de meeste gevallen tot een aanzienlijk lager honorarium (gebaseerd op het aantal bestede uren) dan de bepaling van het honorarium op basis van Appendix III bij de ICC Rules (art. 4, Scale B), welke appendix – in tegenstelling tot het NAI Reglement – een minimum en een maximum bedrag noemt voor het honorarium van arbiters. De appendix bepaalt tevens dat de ICC Court bij het vaststellen van het honorarium van arbiters binnen – of in uitzonderlijke gevallen buiten¹¹ – de grenzen van de schaal, naast de bestede tijd en de ingewikkeldheid van de zaak, rekening houdt met de ‘ijver’ van de arbiter en de snelheid waarmee de procedure heeft plaatsgevonden.¹² De ICC Court heeft dan ook de mogelijkheid arbiters te belonen met een hoger honorarium indien de procedure snel en adequaat is gevoerd. Deze mogelijkheid wordt niet (expliciet) genoemd in de voornoemde richtlijnen of in het NAI Reglement.

Tot slot geldt dat (Nederlandse) arbiters over het

7 Het arbitragereglement van de London Court of International Arbitration. Artikel 28 lid 1 van de LCIA Rules bepaalt: ‘The costs of the arbitration (other than the legal or other costs incurred by the parties themselves) shall be determined by the LCIA Court in accordance with the Schedule of Costs. The parties shall be jointly and severally liable to the Arbitral Tribunal and the LCIA for such arbitration costs.’

8 Deze bedragen gelden vanaf 1 maart 2009. De bijlage is te vinden op de website van het NAI (www.nai-nl.org).

9 Zoals het nauwkeurig bekijken van conceptvonnissen door de ICC Court op grond van art. 27 van de ICC Rules. Zie ook Annet J. van Hooft, ‘The role of the ICC International Court of Arbitration and its Secretariat’, *TvA* 2006, 2.

10 Op grond van art. 1(g) van het NAI Reglement is een internationale arbitrage een arbitrage waarbij op het moment van aanhangig maken van de arbitrage ten minste een van de partijen buiten Nederland woont, gevestigd is of bij gebreke daarvan feitelijk verblijf houdt.

11 Zie art. 31 lid 2 ICC Rules.

12 Artikel 2 lid 2 van Appendix III bij de ICC Rules.

honorarium in beginsel btw zijn verschuldigd, als gevolg waarvan het honorarium 19% hoger wordt.¹³ Voor de facturering kunnen arbiters aansluiten bij de kostenveroordeling, waardoor de kostenveroordeling kan worden gesteld op het bedrag van het honorarium inclusief btw.¹⁴

Wat betreft *de verschotten* van een arbiter bepaalt art. 58 lid 2 van het NAI Reglement dat onder de verschotten van een arbiter onder meer worden begrepen redelijke reis- en verblijfskosten, kosten van secretariële bijstand, kosten van vergaderruimte voor de zitting en/of beraadslaging, porti en telefoon-, telex- en telefaxkosten. Het scheidsgerecht mag ook andere kosten in rekening brengen, zoals de kosten die verbonden zijn aan het gebruik van elektronische apparaten en de kosten voor het gebruik van internet. Wat betreft de kosten van de secretaris van het scheidsgerecht geldt dat de kosten van een secretaris die buiten het NAI om door arbiters is benoemd niet in rekening kunnen worden gebracht.¹⁵

Anders dan de ICC Rules¹⁶ noemt het NAI Reglement niet afzonderlijk de kosten van een door het scheidsgerecht ingeschakelde deskundige. Echter, zodra het scheidsgerecht een of meer deskundigen inschakelt, zullen de daaraan verbonden kosten door het scheidsgerecht als opdrachtgever dienen te worden voldaan. Ook die kosten behoren derhalve tot de kosten van de arbitrage en kunnen worden aangemerkt als verschotten van arbiters. Hetzelfde geldt voor door het scheidsgerecht ingeschakelde tolken of vertalers en eventueel gemaakte kosten van technische bijstand.¹⁷

Kosten van juridische bijstand en overige kosten van partijen

Ook de kosten van juridische bijstand en de overige kosten van partijen vormen onderdeel van de kosten van de arbitrage. Artikel 60 van het NAI Reglement geeft een regeling voor *de kosten van juridische bijstand*. Deze regeling houdt in dat het scheidsgerecht de partij die in het ongelijk is gesteld kan veroordelen tot betaling van een redelijke vergoeding voor juridische bijstand van de partij die in het gelijk is gesteld, indien en voor zover deze kosten naar het oordeel van het scheidsgerecht noodzakelijk waren. Het scheidsgerecht zal dus bij het vaststellen van de hoogte van de kostenveroordeling moeten nagaan of de gemaakte kosten noodzakelijk waren en zal bovendien moeten vaststellen wat een redelijke vergoeding voor de gemaakte kosten van juridische bijstand is.¹⁸

De vraag wat een redelijke vergoeding voor juridische bijstand is en de vraag welke kosten noodzakelijk waren om het ongelijk van de andere partij te bewijzen, staan op grond van voornoemd artikel geheel aan het scheidsgerecht ter beoordeling. Het

NAI werd geconfronteerd met het feit dat scheids-gerechten heel verschillend omgingen met deze vrijheid. Sommige scheids-gerechten kenden de volledige en daadwerkelijk gemaakte kosten van juridische bijstand van de winnende partij toe, terwijl andere scheids-gerechten zich juist baseerden op het voor de overheidsrechter in Nederland reeds bestaande puntentarief. Om dit gebrek aan voorspelbaarheid voor partijen op te lossen heeft het NAI in een handreiking voor arbiters een puntentarief opgenomen, waarbij het bij de gerechtshoven gehanteerde puntentarief voor de veroordeling in de kosten van juridische bijstand als uitgangspunt is genomen. Volgens deze handreiking zal het puntentarief een hulpmiddel kunnen zijn bij de gedachtebepaling van arbiters inzake de veroordeling tot betaling van kosten van juridische bijstand.¹⁹ Uit de praktijk blijkt dat dit puntentarief steeds meer lijkt te worden geaccepteerd. Het is echter nog te vroeg om te concluderen dat dit pun-

- 13 Artikel 2 lid 9 van Appendix III bij de ICC Rules bepaalt in dit verband: 'Amounts paid to the arbitrator do not include possible value added taxes (VAT) or other taxes or charges and imposts applicable to the arbitrator's fees. Parties have a duty to pay any such taxes or charges; however, the recovery of any such charges or taxes is a matter solely between the arbitrator and the parties.'
- 14 Zie voor een uitgebreide discussie op dit punt M.J. Pelinck, 'BTW bij arbitrage', *TvA* 2007, 28; H. van der Wiel, 'Reactie op het artikel van mr. M.J. Pelinck, 'BTW bij arbitrage'', *TvA* 2008, 3 en M.J. Pelinck, 'Naschrift bij de reactie van mr. H. van der Wiel op het artikel van mr. M.J. Pelinck, 'BTW bij arbitrage'', *TvA* 2008, 4. Zie ook H.J. Sniijders, 'Arbitrale onafhankelijkheid en onpartijdigheid, complex en actueel', *TvA* 2008, 1.
- 15 F.D. von Hombracht-Brinkman, 'Er zijn secretarissen en secretarissen! Reactie op het artikel van prof. mr. P. Sanders, 'De secretaris van het scheidsgerecht'', *TvA* 2008, 17.
- 16 Zie art. 31 lid 1 ICC Rules.
- 17 Zie art. 58 lid 2 jo. art. 59 lid 2 NAI Reglement. Zie ook *Vademecum Arbitrage*, 2002 (H.J. Sniijders), p. 98.
- 18 In het tweede deel van dit artikel zal worden ingegaan op de mogelijkheid die het scheidsgerecht op grond van art. 60 van het NAI Reglement heeft om een partij te veroordelen tot betaling van een redelijke vergoeding voor juridische bijstand van de andere partij. In dit deel van het artikel wordt ingegaan op (de bepaling van) de hoogte van een eventuele veroordeling in de kosten van juridische bijstand. In de praktijk zal eerst worden vastgesteld of een partij in de kosten van juridische bijstand van de andere partij wordt veroordeeld en zo ja, welke partij dit is. Eerst na deze vaststelling zal het scheidsgerecht bepalen wat een redelijke vergoeding is voor de gemaakte kosten van juridische bijstand (en of deze kosten noodzakelijk waren).
- 19 De handreiking (en de richtlijnen) zijn te vinden op de website van het NAI (onderdeel 'kosten'). Zie voor een toepassing NAI 12 april 1995, *TvA* 1996, 1. Overigens hanteert ook de Raad van Arbitrage voor de Bouw een puntentarief als leidraad voor de veroordeling in de kosten van juridische bijstand.

tentatief net zo strikt en consequent wordt toegepast als het geval is bij de overheidsrechtspraak. Uit het oogpunt van duidelijkheid en transparantie zou een dergelijke strikte toepassing in nationale arbitrages toe te juichen zijn, ook gezien de grote verschillen in kostenveroordelingen die zonder een dergelijke regeling kunnen ontstaan, mede in vergelijking met de overheidsrechtspraak in Nederland.

Dit puntentatief geldt eveneens voor vorderingen in reconventie. Bij reconventionele vorderingen waarvan de beoordeling in grote mate samenhangt met de beoordeling van de vorderingen in conventie wordt het aantal punten in reconventie gehalveerd. De vraag of een dergelijke samenhang tussen de vorderingen in conventie en in reconventie bestaat, zal door het scheidsgerecht dienen te worden beoordeeld.

De toepassing van het puntentatief ligt minder voor de hand in internationale arbitrages, met name omdat een dergelijk systeem onbekend is voor internationale partijen. Dat kan anders zijn in internationale arbitrages met een klein belang of internationale arbitrages met een sterke nationale inslag. Indien het puntentatief niet wordt toegepast, zal aan de hand van de omstandigheden van het geval moeten worden beoordeeld in hoeverre de kosten van juridische bijstand redelijk zijn en of deze naar het oordeel van het scheidsgerecht noodzakelijk waren. Zoals gezegd leidt deze vrijheid van arbiters tot een grote verscheidenheid in kostenveroordelingen. In dit verband wordt nog opgemerkt dat de partij die in de kosten van juridische bijstand van de andere partij wordt veroordeeld vaak een beroep doet op matiging van de door de andere partij gemaakte kosten van juridische bijstand. Het scheidsgerecht zal de omstandigheden van het geval meewegen in de beslissing of matiging van deze kosten moet plaatsvinden. De bijdrage van partijen aan (het efficiënt voeren van) de procedure, alsmede de aard van de procedure en de hoedanigheid van

een van de partijen of van beide partijen kunnen hierbij een rol spelen. Zo oordeelde het scheidsgerecht in een eindvonnis van 28 februari 2005:

‘The Tribunal rules that it considers Claimants’ request for mitigation of costs of legal representation reasonable on the basis of the fact that Claimants prepared extensive documentation filed as exhibits to their submission which reduced the scope of work for Respondents in preparing their counterclaim.’²⁰

Ook op grond van de ICC Rules geldt dat sprake moet zijn van redelijke (juridische en overige) kosten van partijen, die bovendien in verband met de arbitrage moeten zijn gemaakt.²¹ De ICC Rules bepalen – anders dan het NAI Reglement – niet dat de kosten naar het oordeel van het scheidsgerecht ook noodzakelijk moeten zijn geweest. Echter, in het oordeel dat bepaalde kosten redelijk zijn, ligt in beginsel besloten dat die kosten ook noodzakelijk waren, zodat de toevoeging aan art. 60 van het NAI Reglement strikt genomen zou kunnen komen te vervallen.

Onder de kosten van juridische bijstand vallen in ieder geval de kosten van een door een partij ingeschakelde (externe) advocaat. De vraag is of de kosten van juridische bijstand ook de kosten van het inschakelen van een bedrijfsjurist of een ‘*in-house counsel*’ omvatten. Deze kosten vormen in Nederland zelden tot nooit onderdeel van een kostenveroordeling.²² Echter, in (onder andere) ICC-arbitrages zijn dergelijke interne juridische kosten steeds vaker onderdeel van een kostenveroordeling, waarbij veelal de overweging voor toekenning van deze kosten is dat deze kosten anders voor een hoger bedrag door externe advocaten zouden zijn gemaakt.

De ICC Rules noemen – anders dan het NAI Reglement – naast de redelijkerwijs gemaakte juridische kosten van partijen ook de *overige kosten* van partijen als kosten van de arbitrage. Zoals hiervoor reeds aangegeven bepalen de ICC Rules²³ dat sprake moet zijn van redelijke overige kosten van partijen. Hierbij valt (onder meer) te denken aan de kosten van een door een partij benoemde deskundige, de kosten van getuigen en vertalers en eventuele reizen verblijfkosten in verband met een zitting. Het NAI Reglement lijkt deze overige kosten van partijen te scharen onder de overige kosten die de arbitrage naar het oordeel van het scheidsgerecht noodzakelijkerwijs met zich bracht (art. 56 NAI Reglement). Deze bepaling maakt duidelijk dat het in dit geval – net als bij de kosten van juridische bijstand – moet gaan om kosten die naar het oordeel van het scheidsgerecht noodzakelijk waren.²⁴

20 Zie NAI 31 juli 2003 en 28 februari 2005, TvA 2006, 4. Zie ook NAI 17 mei 2005 en 5 juli 2005, TvA 2006, 16. Uit deze laatste uitspraak volgt tevens dat verschillende maatstaven kunnen worden aangelegd ten aanzien van de toetsing van de redelijkheid van de gemaakte kosten van juridische bijstand.

21 Artikel 31 lid 1 ICC Rules.

22 Zie echter NAI 17 mei 2005 en 5 juli 2005, TvA 2006, 16 (voetnoot 20). Het scheidsgerecht overwoog in deze zaak: ‘The Tribunal first notes that Respondent incurred in-house legal costs since in-house counsel filed the short answer in these proceedings and was co-counsel in the arbitration. Although Respondent did not include these costs in its submission on costs, it certainly is, in the opinion of the Tribunal, an element to be taken into account when to consider mitigating costs of legal representation.’

23 Artikel 31 lid 1 ICC Rules.

24 Hoewel beide artikelen op dit punt iets anders zijn geformuleerd.

2 Welke partij wordt in de kosten veroordeeld?

Nadat het scheidsgerecht heeft vastgesteld wat de kosten van de arbitrage zijn,²⁵ dient het scheidsgerecht te bepalen welke partij de kosten dient te dragen of op welke wijze de kosten tussen partijen dienen te worden verdeeld. Met betrekking tot de verdeling van kosten in arbitrage bestaan in het algemeen drie benaderingen: i) de kosten van de arbitrage worden gelijk over partijen gedeeld, ii) de kosten van de arbitrage worden verdeeld over de partijen gebaseerd op de uitkomst van de procedure en iii) één partij (de verliezende partij) draagt alle kosten van de arbitrage (*costs follow the event*).²⁶ De behandeling van kosten in een arbitrage zal – naast de bepalingen daaromtrent in het toepasselijke arbitragereglement – sterk afhangen van de nationale achtergrond van de arbiter(s).²⁷

De hoofdregel van art. 61 lid 2 NAI Reglement

Uiteindelijk zal het scheidsgerecht bij eindvonnis bepalen welke partij belast dient te worden met de kosten van de arbitrage. Op grond van art. 61 lid 2 van het NAI Reglement wordt in beginsel de partij die in het ongelijk is gesteld veroordeeld tot betaling van de kosten van de arbitrage. Zoals hieronder nader zal worden toegelicht, ziet dit artikel (uitsluitend) op de veroordeling in de administratiekosten, het honorarium en de verschotten van arbiters en de overige kosten (van partijen).

In veel gevallen zal de vordering van de eisende partij echter niet in zijn geheel worden toegewezen of afgewezen. Het NAI Reglement bepaalt in dit verband dat indien partijen ieder voor een deel in het ongelijk zijn gesteld, het scheidsgerecht de kosten geheel of gedeeltelijk kán verdelen. Het wordt dan ook geheel aan de beoordeling van het scheidsgerecht overgelaten of en in hoeverre een gedeeltelijk ongelijk van de ene partij ook moet leiden tot een veroordeling van deze partij in (een deel van) de kosten van de arbitrage. Verschillende omstandigheden zullen bij deze beoordeling een rol spelen, zoals de vraag of het gelijk in overwegende mate bij één partij is, het geldelijk belang of de gecompliceerdheid van de punten waarop een partij of partijen over en weer in het (on)gelijk zijn gesteld. Ook de proceshouding van partijen kan bij een dergelijke beoordeling een rol spelen. Zo kan het opzettelijk vertragen van de procedure of ander ongepast gedrag reden zijn om een deels in het gelijk gestelde partij toch voor een aanzienlijk deel in de kosten van de arbitrage te veroordelen. Voornoemde omstandigheden kunnen overigens ook van belang zijn voor arbiters om af te wijken van de hoofdregel dat de in het ongelijk gestelde partij in de kosten van de arbitrage wordt veroordeeld (zie hieronder).

Uitzonderingen op de hoofdregel

Artikel 61 lid 2 NAI Reglement geeft het scheidsgerecht de bevoegdheid om in bijzondere gevallen af te wijken van de hoofdregel dat de verliezende partij in de kosten wordt veroordeeld. Het scheidsgerecht zal bij het maken van een dergelijke uitzondering duidelijk moeten maken op welke gronden wordt afgeweken van de hoofdregel. Los van de vraag naar de verdeling van de kosten indien een partij deels in het gelijk is gesteld (hetgeen immers geregeld wordt in de tweede zin van het artikel), zal met name de proceshouding en het gedrag van de winnende partij reden kunnen zijn deze winnende partij tóch (gedeeltelijk) in de proceskosten te veroordelen. Het gaat hierbij met name om (ernstige) verdragings tactieken van een partij, die aanzienlijke kosten met zich brengen.

Ook kunnen zich redenen voordoen om in bijzondere gevallen in het geheel af te zien van een (deel van de) kostenveroordeling, bijvoorbeeld in arbitrages waaraan een of meer minvermogene partijen deelnemen. In een dergelijke situatie is het denkbaar dat het arbitrage-instituut dit probleem oplost door deze partij(en) slechts een klein bedrag aan administratiekosten in rekening te brengen, arbiters te vragen af te zien van een honorarium en

-
- 25 Artikel 61 lid 1 NAI Reglement. Zie voor het rechtskarakter van de vaststelling van het honorarium van arbiters o.a. P. Sanders, *Het Nederlandse arbitragerecht* (2001), p. 80 e.v. en H.J. Sniijders, *Nederlands arbitragerecht* (2007), aant. 4 op art. 1057.
- 26 Dit uitgangspunt is bijvoorbeeld gebruikelijk in Engeland. Zie art. 61 lid 2 van de Arbitration Act 1996: 'Unless the parties otherwise agree, the tribunal shall award costs on the general principle that costs should follow the event except where it appears to the tribunal that in the circumstances this is not appropriate to the whole or part of the costs.'
- 27 Wellicht ten overvloede wijs ik op de discussie in de literatuur over de vraag of een onbevoegdverklaring door het scheidsgerecht als een arbitraal vonnis kan worden aangemerkt. Deze vraag is met name van belang in geval van een kostenveroordeling (zie onder meer P. Sanders, *Het Nederlandse arbitragerecht* (2001), p. 31 en H.J. Sniijders, *Nederlands arbitragerecht* (2007), aant. 5 op art. 1052 en de daarin opgenomen verwijzingen). Het voorstel tot wijziging van de Arbitrage-wet beantwoordt deze vraag bevestigend: de voorgestelde nieuwe tekst van art. 1052 lid 6 bepaalt dat de onbevoegdverklaring geldt als een arbitraal vonnis. Zie in dit verband ook art. 62 lid 3 van het NAI Reglement, dat bepaalt dat in geval van een verklaring van onbevoegdheid de bepalingen omtrent de kosten van de arbitrage van overeenkomstige toepassing zijn, met dien verstande dat de kosten zoals vastgesteld ten laste van de eiser worden gebracht.

als instituut zelf de verschotten van arbiters te voldoen.²⁸

De ICC Rules kennen niet een dergelijke regeling waarbij de kosten van de arbitrage in beginsel aan de winnende partij worden toegewezen, maar laten het scheidsgerecht geheel vrij in de beslissing omtrent de kostenveroordeling. De ICC Rules bepalen slechts dat het scheidsgerecht zal bepalen welke partij de kosten van de arbitrage moet dragen of in welke verhouding de kosten van de arbitrage door partijen zullen worden gedragen.²⁹ Het hangt ook in dit geval sterk af van de nationale achtergrond en voorkeur van arbiters hoe zij met een kostenveroordeling omgaan. Ondanks dat dit niet expliciet wordt bepaald, wordt toch in de meeste gevallen de verliezende partij veroordeeld in de proceskosten van de arbitrage, maar ook hier speelt – naast de uitkomst van de procedure – de proceshouding van partijen een rol. In dit verband benadrukt de *ICC Publication 843 – Techniques for Controlling Time and Costs in Arbitration* dat de toewijzing van kosten gebruikt kan worden om partijen aan te moedigen efficiënt te procederen en partijen te ontmoedigen zich in de procedure onredelijk te gedragen.³⁰ Deze publicatie vermeldt in paragraaf 85 een aantal voorbeelden van onredelijk procedureel gedrag:

‘The allocation of costs can provide a useful tool to encourage efficient behaviour and discourage unreasonable behaviour. The arbitral tribunal has discretion to award costs in such a manner as it considers appropriate. It may be helpful to specify at the outset of the proce-

dings that in exercising its discretion in allocating costs the arbitral tribunal will take into account any unreasonable behaviour by a party. Unreasonable behaviour could include:

excessive document requests, excessive legal argument, excessive cross-examination, dilatory tactics, exaggerated claims, failure to comply with procedural orders, unjustified interim applications, unjustified failure to comply with the procedural calendar, etc.’

Veroordeling in de kosten van juridische bijstand (art. 60 NAI Reglement)

Het NAI Reglement maakt wat betreft de kostenveroordeling onderscheid tussen enerzijds een veroordeling in de kosten van juridische bijstand en anderzijds een veroordeling in de andere kosten van de arbitrage. Uit (de tekst en het bestaan van) art. 60 (dat een regeling bevat voor de kosten van juridische bijstand) moet immers worden afgeleid dat de algemene regeling van art. 61 lid 2 niet geldt voor de veroordeling in de kosten van juridische bijstand. Het NAI Reglement zou – ten behoeve van de duidelijkheid – op dit punt kunnen worden aangescherpt. In de meeste gevallen wordt overigens ook in het arbitraal vonnis een aparte overweging gewijd aan de veroordeling in de redelijke kosten van juridische bijstand.

Partijen dienen in beginsel de kosten van juridische bijstand zelf te dragen. De in het ongelijk gestelde partij kan in de kosten van juridische bijstand van de winnende partij worden veroordeeld. Het scheidsgerecht heeft dan ook de vrijheid om in verband met de omstandigheden van het geval geen veroordeling in de kosten van juridische bijstand uit te spreken.³¹ De hiervoor reeds genoemde handreiking voor arbiters noemt als voorbeeld van dergelijke omstandigheden dat de raadslieden van beide partijen aan een debat over een moeilijke feitelijke of juridische kwestie beiden een wezenlijke bijdrage hebben geleverd, waarna het oordeel na wikken en wegen in het voordeel van een van de partijen uitvalt. In dat geval ligt voor de hand dat het scheidsgerecht oordeelt dat iedere partij de eigen kosten van juridische bijstand draagt. Ook de aard van de procedure en de hoedanigheid van een van de partijen of van beide partijen kunnen (wederom) een rol spelen.³² Van een veroordeling in de kosten van juridische bijstand kan – zoals hiervoor reeds besproken – eveneens worden afgezien in arbitrages waaraan een of meer minvermogene partijen deelnemen. Partijen kunnen ook afspraken maken omtrent de veroordeling in de kosten van juridische bijstand, bijvoorbeeld door af te spreken dat iedere partij de eigen kosten van juridische bijstand zal dragen. Het scheidsgerecht is in beginsel aan een dergelijke partijafpraak gebonden.

Alleen de in het ongelijk gestelde partij kan volgens art. 60 in de kosten van juridische bijstand worden veroordeeld. Anders dan art. 61 lid 2 noemt art. 60 van het NAI Reglement niet de mogelijkheid

28 Zie ook G.J. Meijer, *Overeenkomst tot arbitrage* (diss. Erasmus Universiteit Rotterdam), 2008, par. 10.4.5.2. Ook kan in een dergelijk geval worden afgezien van een veroordeling in de kosten van juridische bijstand, zoals hieronder nader wordt besproken.

29 Zie art. 31 lid 1 ICC Rules. Zie ook art. 61 lid 2 van de Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of other States (ICSID Convention): ‘In the case of arbitration proceedings the Tribunal shall, except as the parties otherwise agree, assess the expenses incurred by the parties in connection with the proceedings, and shall decide how and by whom those expenses, the fees and expenses of the members of the Tribunal and the charges for the use of the facilities of the Centre shall be paid. (...)’

30 Een publicatie van de Task Force on Reducing Time and Costs in Arbitration, die is opgericht door de ICC Commission on Arbitration en werd voorgezeten door Yves Derains en Christopher Newmark.

31 Zie voor een voorbeeld NAI 13 december 2005, TvA 2007, 16.

32 Het scheidsgerecht heeft op grond van dit artikel tevens de vrijheid een (zeer) matige kostenveroordeling uit te spreken, hetgeen reeds is behandeld in het eerste deel van dit artikel over de vaststelling van de kosten van de arbitrage, waaronder de kosten van juridische bijstand. De in deze paragraaf genoemde omstandigheden spelen eveneens een rol bij een eventuele beslissing omtrent de matiging van de kosten van juridische bijstand.

van een uitzondering op deze hoofdregel. Ook de handreiking lijkt ervan uit te gaan dat geen uitzondering kan worden gemaakt bij een veroordeling in de kosten van juridische bijstand (zie paragraaf 3b). Het lijkt dan ook, anders ook dan bijvoorbeeld in een ICC of UNCITRAL arbitrage, niet mogelijk een winnende partij te 'straffen' met een veroordeling in de kosten van juridische bijstand van de verliezende partij, bijvoorbeeld wegens onredelijk gedrag in de procedure. Dit verschil is moeilijk te verklaren. Mijs inziens zou hier geen onderscheid dienen te worden gemaakt tussen de kosten van juridische bijstand en de andere kosten van de arbitrage. Aan art. 60 zou dan ook deze uitzonderingsmogelijkheid kunnen worden toegevoegd.

Hoewel art. 60 ook niet de mogelijkheid noemt van een gehele of gedeeltelijke verdeling van de kosten indien partijen ieder voor een deel in het ongelijk zijn gesteld, geldt deze mogelijkheid – volgens de handreiking – wél in geval van een veroordeling in de kosten van juridische bijstand. Volledigheidshalve zou het de voorkeur verdienen ook deze mogelijkheid aan art. 60 toe te voegen. Door beide voornoemde toevoegingen zou deze bepaling meer in lijn komen met art. 61 lid 2 NAI Reglement. Het belangrijkste en beoogde onderscheid – de discretionaire bevoegdheid van het scheidsgerecht om een partij te veroordelen in de kosten van juridische bijstand tegenover de (in beginsel) verplichting daartoe van art. 61 voor wat betreft de andere kosten van de arbitrage – blijft in dit geval gehandhaafd.

Anders dan het NAI Reglement maken de ICC Rules geen onderscheid tussen de verschillende kostensoorten. De ICC Rules bepalen ten aanzien van alle kosten van de arbitrage – dus ook ten aanzien van de kosten van juridische bijstand – dat het scheidsgerecht zal bepalen welke partij de kosten van de arbitrage moet dragen of in welke verhouding de kosten van de arbitrage door partijen zullen worden gedragen.³³ De UNCITRAL Rules bevatten (uitsluitend) voor de veroordeling in de kosten van juridische bijstand een soortgelijke bepaling als de ICC Rules, terwijl voor de andere kosten van de arbitrage het *costs follow the event* principe als uitgangspunt wordt genomen en derhalve de verliezende partij in beginsel in deze kosten van de arbitrage wordt veroordeeld.³⁴

Vordering tot veroordeling in de kosten van de arbitrage

Op grond van art. 61 lid 4 NAI Reglement kan een veroordeling tot betaling van de kosten van de arbitrage ook geschieden zonder dat deze door een partij uitdrukkelijk is gevorderd.³⁵ Echter, in de meeste gevallen zullen partijen in de arbitrageaanvraag en het korte antwoord een vordering opnemen tot veroordeling van de andere partij in de kosten

van de arbitrage. Het scheidsgerecht zal partijen dan ook in de meeste gevallen de mogelijkheid geven (bijvoorbeeld ter zitting, in het laatste processtuk of in een – gelijktijdig in te dienen – *cost submission*) opgave te doen van de door hen gemaakte kosten. Het scheidsgerecht zal vervolgens de kosten van de arbitrage vaststellen.³⁶ Het verdient echter aanbeveling – zeker in zaken met een groot belang – het scheidsgerecht in een vroeg stadium toestemming te vragen om voor het eindvonnis een opgave van de gemaakte kosten te mogen doen. Een dergelijke opgave van gemaakte kosten dient gedetailleerd en goed onderbouwd te zijn. Wat betreft de kosten van een advocaat kan in beginsel niet worden volstaan met een enkele uitdraai van het uren- en declaratiesysteem. Dit geldt des te meer indien een partij aanspraak wenst te maken op vergoeding van de interne kosten van juridische bijstand. Anders dan bij advocaten staat het uurtarief van een interne jurist immers meestal niet vast en zal dus vaak achteraf dienen te worden vastgesteld, hetgeen tot een arbitraire uitkomst zou kunnen leiden. Wel zal vaak een lager tarief voor interne juristen worden gehanteerd.³⁷ Mochten arbiters voornemens zijn het punttarief te hanteren, verdient het ook aanbeveling dit te vermelden voordat partijen opgave doen van de door hen gemaakte kosten van juridische bijstand. Deze daadwerkelijk gemaakte kosten zijn immers bij het hanteren van het punttarief niet relevant.

Hierbij is tevens van belang dat partijen afspraken kunnen maken omtrent de kosten van juridische bijstand, bijvoorbeeld door overeen te komen dat de daadwerkelijk gemaakte kosten van juridische bijstand (voor zover redelijk) worden vergoed of dat juist het punttarief wordt toegepast. Het scheidsgerecht is aan een dergelijke afspraak van partijen in beginsel gebonden.

Conclusie

In de inleiding van dit artikel heb ik reeds aangegeven dat de kosten van de arbitrage en een eventuele kostenveroordeling voor partijen van be-

33 Artikel 31 lid 3 ICC Rules.

34 Artikel 40 lid 1 van de UNCITRAL Rules bevat de hoofdregel dat de verliezende partij in beginsel de kosten van de arbitrage draagt. Met betrekking tot de kosten van juridische bijstand bepaalt art. 40 lid 2 echter dat het scheidsgerecht vrij is te bepalen welke partij deze kosten dient te dragen.

35 Zie ook art. 31 lid 3 ICC Rules. Echter, in arbitrages waarop de UNCITRAL Rules van toepassing zijn dienen de kosten van juridische bijstand van partijen wel gevorderd te worden (art. 38 UNCITRAL Rules).

36 Artikel 61 lid 1 NAI Reglement; zie ook art. 31 lid 3 ICC Rules.

37 Zie ook M.W. Bühler en T.H. Webster, *Handbook of ICC Arbitration, Commentary, Precedents, Materials*, 2008, p. 445 en 446.

lang zijn. Het is echter lastig om voor aanvang van de procedure aan partijen een inschatting te geven van de kosten van een arbitrage. Het NAI probeert partijen zoveel als mogelijk inzicht te geven in de te verwachten kosten van een arbitrage, onder meer door het opstellen van richtlijnen voor de uurtarieven van arbiters en de bijlage bij het NAI Reglement met betrekking tot de administratiekosten. Het NAI heeft bovendien een handreiking voor arbiters opgesteld met betrekking tot de veroordeling tot betaling van kosten van juridische bijstand, waarin een puntentarief is opgenomen dat vergelijkbaar is met het door de gerechtshoven gehanteerde systeem. Arbiters zijn echter niet gebonden aan deze handreiking. Bovendien gelden zowel de handreiking als de richtlijnen met name in nationale arbitrages. Ook de ICC kent de in dit artikel besproken *Scales of Administrative Expenses and Arbitrator's Fees*, die inzicht kunnen geven in de te verwachten kosten van de arbitrage.³⁸ Ook van deze schalen kan echter worden afgeweken. Het is dan ook voor partijen slechts in beperkte mate mogelijk voorafgaand aan een procedure inzicht te krijgen in de kosten. Dit geldt des te meer voor internationale arbitrages, arbitrages met een groot geldelijk belang of anderszins complexe arbitrages. Arbiters zijn bovendien vrij in de wijze waarop zij omgaan met de veroordeling in de kosten van de arbitrage, en dan met name met de veroordeling in de kosten van juridische bijstand, hetgeen derhalve eveneens een onzekere factor is voor partijen. Partijen kunnen voorafgaand aan of tijdens de arbitrale procedure een aparte regeling treffen omtrent de kosten van juridische bijstand, bijvoorbeeld door overeen te komen dat de daadwerkelijk gemaakte kosten van juridische bijstand (voor zover redelijk) worden vergoed of dat het puntentarief wordt toegepast. Partijen kunnen ook overeenkomen dat iedere partij de eigen kosten van juridische bijstand zal dragen, ongeacht de uitkomst van de procedure. Op deze manier kan voornoemde onzekerheid over de kosten van de arbitrage en de kostenveroordeling (deels) worden voorkomen.

38 Appendix III bij de ICC Rules. Voor een schatting van de te betalen *advance on costs* kent de ICC bovendien een *costs calculator*, waarbij voornoemde schalen worden toegepast (zie de website van de ICC: www.iccwbo.org).

1 Dit artikel moet worden aangehaald als: P.A. Wackie Eysten, 'Reactie op het *Redactioneel* van prof. mr. H.J. Snijders, 'Arbitrage, bindend advies, mediatie en de Ontwerprichtlijn betreffende consumentenrechten', *TvA* 2009, 14.
2 H.J. Snijders, 'Arbitrage, bindend advies, mediatie en de Ontwerprichtlijn betreffende consumentenrechten', *TvA* 2009, 1.
3 Ook (verkort) gepubliceerd in *TvA* 2006, 48.
4 P.A. Wackie Eysten, 'Is een mediationafspraken niet verbindend?', *TvA* 2006, 40.

Reactie op het *Redactioneel* van prof. mr. H.J. Snijders, 'Arbitrage, bindend advies, mediatie en de Ontwerprichtlijn betreffende consumentenrechten'¹

Mr. P.A. Wackie Eysten

In zijn hoofdredactionele commentaar in *TvA* 2009, 1² noemt Snijders de verplichting tot mediation naar Nederlands recht 'flinterdun'. Hij baseert die mening op de beschikking van de Hoge Raad van 20 januari 2006, waarnaar hij in een voetnoot verwijst.³ In mijn bespreking van die uitspraak⁴ heb ik ervoor gewaarschuwd aan deze beschikking dergelijke (te) ver gaande conclusies te verbinden. De formulering van de Hoge Raad behelst immers twee expliciete beperkingen:

1 het geschil in kwestie betrof twee particulieren (verzoek tot vermindering van alimentatie). Het leek (en lijkt) mij 'niet gerechtvaardigd deze uitspraak zonder meer toepasselijk te achten in, bijvoorbeeld, (...) consumentenzaken.'

2 de mediationafspraken was in de loop van het geding (zelfs in een zeer laat stadium: tijdens de mondelinge behandeling in appel) mondeling gemaakt. Er was dus geen sprake van een schriftelijk (laat staan een '*carefully drafted*') mediationbeding in een (standaard)overeenkomst of in algemene voorwaarden.

De door Snijders besproken ontwerprichtlijn betreft nu juist wél consumentenzaken en schriftelijke (hopelijk *carefully drafted*) mediationbedingen in algemene voorwaarden. Juist in die context kan mijns inziens niet, althans niet op basis van de aangehaalde beschikking van de Hoge Raad, worden geconcludeerd tot een 'flinterdunne' verplichting tot nakoming van een mediationbeding.