



**Universiteit
Leiden**
The Netherlands

ECRM, 27 november 1996, Nordström tegen Nederland
Lawson, R.A.

Citation

Lawson, R. A. (1997). ECRM, 27 november 1996, Nordström tegen Nederland. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/3162>

Version: Not Applicable (or Unknown)

License: [Leiden University Non-exclusive license](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/3162>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

OVERHEIDS- RECHTSPRAAK

26
TVA
97/1

Europese Commissie voor de Rechten van de Mens,
27 november 1996, application No. 28101/95, in n 1
Drs R A Lawson, z. Prof Mr H J Snijders
L M Nordstrom-Janzon, A M Nordstrom Lehtinen
ca de Staat der Nederlanden
()

B Relevant domestic law and practice

In the present case the applicants requested the Regional Court to quash the arbitral award on 2 October 1986. This means that the rules on arbitration which were in force until 1 December 1986 are applicable in the present case.

Section 649 (old) of the Code of Civil Procedure (Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering) states the grounds on which an arbitral award may be quashed. Although in this Section public order interests are not explicitly mentioned as such a ground, it followed from established case-law of the national courts that it was accepted as such (see e.g. HR 8 November 1963, NJ 1964, 139). At present, this ground has been enacted in Section 1065 para 1 (e) of the Code of Civil Procedure.

Pursuant to Section 626 para 3 (old) of the Code of Civil Procedure the reasons for challenging an arbitrator are the same as those which apply to the challenge of a judge. At present, Section 1033 para 1 of the Code of Civil Procedure provides that in order successfully to challenge an arbitrator there has to be a legitimate doubt as to his independence and impartiality.

Complaints

The applicants complain that their right to a fair trial as guaranteed by Article 6 para 1 of the Convention was violated since the national courts upheld an arbitral award which had been given by three arbitrators, one of whom allegedly lacked independence and impartiality.

The law

1 The applicants complain of a violation of Article 6 para 1 of the Convention in that one of the arbitrators

in the arbitration proceedings at issue had lacked independence and impartiality.

2 Article 6 para 1 reads insofar as relevant, as follows:

In the determination of his civil rights and obligations everyone is entitled to a fair hearing by an independent and impartial tribunal.

3 The Commission notes in the first place that the proceedings of which the applicants complain are arbitration proceedings.

4 In the present case the arbitration was based on a joint-venture agreement and a subsequent Deed of Settlement concluded between the parties concerned. The arbitration was thus based on 'a voluntary agreement according to which disputes between the parties should not be settled by the ordinary courts but under a special arbitration system. Consequently, there was a renunciation by the parties of a procedure before the ordinary courts satisfying all the guarantees of Article 6 of the Convention.

5 The Commission furthermore recalls that in the Deweer case, the Court, considering that an applicant 'waived his right to have his case dealt with by the tribunal' noted that

In the Contracting States domestic legal systems a waiver is frequently encountered in civil matters notably in the shape of arbitration clauses in contracts. The waiver which has undeniable advantages for the individual concerned as well as for the administration of justice does not in principle offend against the Convention (Eur. Court HR Deweer v Belgium judgment of 27 February 1980 Series A no 35 pp 25-26 para 49).

6 The Court nevertheless specified that in such a case, the absence of constraint is one of the conditions to be satisfied (*ibid*).

7 The Commission notes that in the present case it has not been alleged that the arbitration agreement was concluded under duress.

8 However, the Commission considers that account must be taken not only of the arbitration agreement between the parties and the nature of the private arbitration proceedings, but also of the legislative framework providing for such proceedings in order to determine whether the domestic courts retained some

measure of control of the arbitration proceedings and whether this control has been properly exercised in the concrete case (cf No 10881/84, Dec 4 3 87, D R 51, p 83)

The Commission notes in particular that Dutch law contains rules which permit the courts to quash arbitral awards on specific grounds

9 The Commission observes that the grounds on which arbitral awards may be challenged before national courts differ among the Contracting States and considers that it cannot be required under the Convention that national courts must ensure that arbitral proceedings have been in conformity with Article 6 of the Convention. In some respects – in particular as regards publicity – it is clear that arbitral proceedings are often not even intended to be in conformity with Article 6, and the arbitration agreement entails a renunciation of the full application of that Article. The Commission therefore considers that an arbitral award does not necessarily have to be quashed because the parties have not enjoyed, all the guarantees of Article 6, but each Contracting State may in principle decide itself on which grounds an arbitral award should be quashed

10 Under Dutch law an arbitral award may be quashed on, inter alia, grounds of public order interests. In the present case the applicants have challenged the arbitral award on these grounds before the Dutch courts, stating that there were ascertainable facts which showed that one of the arbitrators gave the appearance of lacking independence and impartiality

11 The Supreme Court, however, decided that an arbitral award could only be quashed as being contrary to public order interests if either facts and circumstances had been revealed on the ground of which it had to be assumed that the arbitrator had in fact not been independent or impartial, or the doubts as regards his independence or impartiality were so grave that the disadvantaged party could not be required to accept the arbitral award. Since the circumstances were not such in the present case, the Supreme Court rejected the applicant's appeal in cassation

12 In view of this interpretation by the Supreme Court of what could be considered to be contrary to public order interests, the Commission observes that the applicant's argument that the mere appearance of a lack of independence or impartiality should lead to a quashing of the arbitral award has no basis in Dutch law

It considers that Article 6 para 1 of the Convention does not require the Dutch courts to apply a different criterion in determining whether or not to quash an arbitral award

It finds it reasonable that in this respect Dutch law requires strong reasons for quashing an already rendered award, since the quashing will often mean that a long and costly arbitral procedure will become useless and that considerable work and expense must be invested in new proceedings

13 The Commission furthermore notes that in the proceedings before the national courts themselves the applicants were provided with ample opportunity to

state their case and to challenge the arguments of the adverse party

In these circumstances, the Commission finds no indication of a violation of Article 6 para 1 of the Convention

14 It follows that the application is manifestly ill founded within the meaning of Article 27 para 2 of the Convention

15 For these reasons, the Commission, unanimously, Declares the application inadmissible

Noot 1 van Drs R A Lawson

1 De onderhavige uitspraak van de Europese Commissie voor de Rechten van de Mens vormt het sluitstuk van een langdurige procedure tussen de partijen Nordstrom en Van Nievelt, die in 1986 begon met een arbitraal vonnis en vervolgens werd voortgezet voor de Nederlandse rechter. De uitspraak van de Hoge Raad werd eerder geannoteerd door Sanders in dit tijdschrift (TVA 1994, pp 187-189) en door Snijders in NJ 1994, 765

2 Kern van het geschil is de vraag welke gevolgen de overheidsrechter moet verbinden aan aanwijzingen dat een arbiter niet aan alle eisen van onpartijdigheid of onafhankelijkheid voldoet, indien deze aanwijzingen eerst na de arbitrage aan het licht komen. Naar het oordeel van de Hoge Raad

moet mede gelet op het algemeen belang bij een effectief functionerende arbitrale rechtspleging bij de beantwoording van de vraag of het arbitraal vonnis vernietigbaar is wegens strijd met de openbare orde een strengere maatstaf worden aangelegd dan wanneer het gaat om wraking of verschonning. Voor vernietiging van het vonnis wegens strijd met de openbare orde in verband met een beroep op het niet partijdig of onafhankelijk zijn van een arbiter is dan alleen plaats wanneer feiten en omstandigheden aan het licht zijn gekomen op grond waarvan moet worden aangenomen dat hetzij een arbiter bij het geven van een arbitrale beslissing in feite niet onpartijdig dan wel niet onafhankelijk was. Hetzij omtrent diens toenmalige onpartijdigheid of onafhankelijkheid in zo ernstige mate twijfel mogelijk is dat het de overige omstandigheden van het geval mede in aanmerking genomen onaanvaardbaar zou zijn van de partij die in de arbitrage in het ongelijk is gesteld te vergen dat zij zich bij de uitspraak neerlegt (Nordstrom – Van Nievelt 1038)

Aan de hand van deze maatstaf oordeelde de Hoge Raad dat de bezwaren die Nordstrom had aangevoerd tegen de arbiter W niet zwaar genoeg wogen om tot vernietiging van het arbitrale vonnis over te gaan. Naar nu blijkt kan de Straatsburgse Commissie zich volledig vinden in het standpunt van de Hoge Raad. Artikel 6 EVRM verplicht de nationale rechter niet een ander criterium te hanteren voor de vernietiging van een arbitraal vonnis. De overweging dat zulk een vernietiging met zich mee zou brengen dat een langdurige en kostbare arbitrageprocedure van haar betekenis wordt beroofd, rechtvaardigt voor de Commissie de toepassing van strenge maatstaven.

3 Opmerkelijk is dat de Commissie het daarbij laat. Terwijl de Straatsburgse organen zich naar vaste juris-

27
TVA
97/1

prudentie richten op een beoordeling *in concreto* van de hen voorgelegde gevallen en zich zelden tot algemene uitspraken laten verleiden, doet de Commissie in *Nordstrom* juist het omgekeerde. Zij gaat niet zelfstandig na of de gronden die *Nordstrom* aanvoerde tegen de arbiter W daadwerkelijk sterk genoeg waren om de vernietiging van het arbitrale vonnis te rechtvaardigen. Integendeel, de Commissie stelt zich tevreden met de enkele constatering dat de Hoge Raad een redelijk criterium heeft ontwikkeld en dat de bezwaren van *Nordstrom* naar het oordeel van diezelfde Hoge Raad niet aan dat criterium voldeden.

5 Maar er is meer aan de hand. De Commissie doet ook enkele algemene uitspraken over de betekenis van artikel 6 EVRM voor arbitrage-procedures, en het zijn juist deze uitspraken die maken dat *Nordstrom* wel eens een *leading case* op het gebied van arbitrage zou kunnen worden. In r o 9 constateert de Commissie (a) dat in de staten die partij zijn bij het EVRM uiteenlopende vernietigingsgronden voor arbitrale uitspraken bestaan, (b) dat het EVRM niet vereist dat overheidsrechters verzekeren dat arbitrageprocedures in alle opzichten aan het EVRM voldoen, en (c) dat een arbitrale uitspraak niet noodzakelijkerwijze hoeft te worden vernietigd indien de betrokken partijen niet alle rechten van artikel 6 EVRM hebben genoten. Daaruit trekt de Commissie vervolgens de conclusie dat 'each Contracting State may in principle decide itself on which grounds an arbitral award should be quashed'.

De Commissie laat de Verdragspartijen aldus de vrije teugel. Er zij aan herinnerd dat het niet mogelijk is een klacht in Straatsburg aanhangig te maken over het optreden van arbiters slechts over het optreden van de overheidsrechter naar aanleiding van een arbitrale procedure kan worden geklaagd. Nu deze overheidsrechter, voorzover het althans het EVRM betreft, in wezen wordt ontslagen van de verplichting om klachten over de schending van artikel 6 EVRM in arbitrageprocedures te beoordelen, wordt de vrijwillige arbitrage in essentie buiten de reikwijdte van artikel 6 EVRM geplaatst. Als ik het goed zie kan daarmee van een effectief Straatsburgs toezicht op vrijwillige arbitragezaken geen sprake meer zijn, de Commissie heeft zichzelf buitenspel gezet.

6 Afgezien van de vraag of de klacht van *Nordstrom* gehoor had moeten vinden, meen ik dat juist de algemene stellingname van de Commissie een ongelukkige is. Het praktisch belang van arbitrage is dermate groot, dat het niet strookt met het regelmatig beleden uitgangspunt van een effectieve bescherming van het recht op een eerlijk proces om iedere Straatsburgse controle op arbitrageprocedures op voorhand uit te sluiten. De betreffende passage is des te opmerkelijker als men beseft dat zij in wezen *obiter dictum* is en dus ook wel achterwege had kunnen blijven om tot een beslissing te komen.

Het lijkt me evident dat de gevolgde redenering vragen oproept. Uit de genoemde drie premissen volgt niet noodzakelijkerwijze dat de Verdragspartijen moeten worden vrijgelaten bij het vaststellen van criteria voor de vernietiging van arbitrale uitspraken.

Toegegeven, het feit dat in Europa uiteenlopende vernietigingsgronden voor arbitrale uitspraken bestaan kan de Commissie inderdaad inspireren tot terughoudendheid. Aan de andere kant toont de Straatsburgse jurisprudentie op tal van andere terreinen aan dat een dergelijke diversiteit niet in de weg hoeft te staan aan gemeenschappelijke minimumnormen. Men denke aan het gebruik van anonieme getuigen in het strafprocesrecht. Ook de andere twee argumenten overtuigen niet. Het is redelijk om aan te nemen dat het EVRM niet van overheidsrechters verlangt dat zij verzekeren dat arbitrageprocedures *in alle opzichten* aan het EVRM voldoen, een arbitrale uitspraak behoeft evenmin *noodzakelijkerwijze* te worden vernietigd indien de betrokken partijen niet *alle* rechten van artikel 6 EVRM hebben genoten. Maar daarmee is natuurlijk nog niet gezegd dat de vaststelling van vernietigingsgronden moet worden gezien als een nationale aangelegenheid. Het is immers goed denkbaar dat de overheidsrechter op grond van het EVRM gehouden is om arbitrale procedures te toetsen op enkele kernelementen van artikel 6 EVRM, waartoe ik in ieder geval eisen van onpartijdigheid en onafhankelijkheid alsmede het 'equality of arms'-beginsel zou willen rekenen. Anderen komen wellicht tot andere elementen, maar het stelt teleur dat de Europese Commissie voor de Rechten van de Mens zich in r o 9 beperkt tot de wat makkelijke constatering dat de arbitrage-overeenkomst 'entails a renunciation of the full application of that Article'.

7 Met die laatste opmerking keren we terug bij *Nordstrom*. Voor de goede orde zij opgemerkt dat deze zaak een geval van vrijwillig overeengekomen arbitrage betrof. Arbitrageprocedures die dwingend van overheidswege aan particulieren zijn opgelegd, dienen onverkort aan de eisen van artikel 6 lid 1 EVRM te voldoen (zie ECRM, 12-12-1983, *Bramelid & Malmstrom - Zweden*, kort beschreven in TvA 1996/4, p 158, n 5), aan dat gegeven doet de onderhavige zaak geen afbreuk.

Het is vaste jurisprudentie dat afstand van rechten – waarvan bij vrijwillige arbitrage sprake kan zijn – in volle vrijheid dient plaats te vinden. In de onderhavige zaak begint de Commissie haar analyse dan ook met de nadrukkelijke constatering dat de arbitrage-overeenkomst 'voluntary' en niet 'under duress' is gesloten (r o 4, 7). In zijn algemeenheid is dat natuurlijk juist, maar ik vraag me af of de Commissie hiermee niet langs de klacht van *Nordstrom* heen gaat. Overeengekomen was dat de arbitrage zou verlopen volgens de regels van het Nederlands Arbitrage Instituut (NAI). Volgens artikel 10 van het Reglement (in de versie van 1993) behoort de arbiter 'onpartijdig en onafhankelijk' te zijn. Zie in gelijke zin artikel 19 van dit Reglement en artikel 1033 Rv, alsmede artikel 12 lid 2 van het NAI-reglement van 1979. Indien het al denkbaar is dat een partij vrijwillig afstand kan doen van het recht op een onpartijdige rechter, kan *Nordstroms* instemming met arbitrage niet als zodanig worden geconstrueerd.

8 De Commissie gaat daaraan echter voorbij. Zij lijkt zich op het standpunt te stellen dat degene die voor

arbitrage kiest, alle waarborgen van artikel 6 EVRM achter zich laat. Als dat inderdaad het nieuwe Straatsburgse standpunt is – ik kom daar onder 10 nog kort op terug – dan lijkt mij dat een simplificatie die geen rekening houdt met de verwachtingen van een partij die zich bijvoorbeeld verbindt tot arbitrage conform de regels van het NAI. Maar het treft ook dat de Commissie kennelijk heeft aanvaard dat een burger vrijuit afstand kan doen van al zijn rechten onder artikel 6 EVRM. Immers, bestond artikel 6 althans ten dele uit regels van openbare orde die niet ter vrije beschikking van partijen staan, dan zou men van de overheidsrechter mogen verwachten dat hij ze onverkort handhaaft.

Het thans door de Commissie gehanteerde uitgangspunt was bij mijn weten in Straatsburg nog geen gemeengoed. Zo liet het Spaanse lid van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens, Morenilla, onlangs nog nadrukkelijk weten dat het wat hem betreft uitgesloten is dat een burger afstand doet van het recht op een onpartijdige rechter (EHRM, 22 februari 1996, *Bulut – Oostenrijk*, n n g). Weliswaar maakte hij die opmerking in een strafrechtelijke zaak, maar zij illustreert dat het vraagstuk van het afstand doen van rechten tot nu toe terughoudend is benaderd in de Straatsburgse jurisprudentie. Zie mijn artikel 'Arbitrage en artikel 6 EVRM', in *TvA* 1996/4, pp 157–166, voor een overzicht. Zie ook de daarin niet genoemde beslissing van 2 december 1991 waarin de plenaire Commissie nadrukkelijk de mogelijkheid openliet dat een beslissing van de overheidsrechter tot het verlenen van exequatur aan een arbitraal vonnis wel degelijk artikel 6 EVRM kan schenden (*Boss - BRD*, Appl No 18479/91, niet gepubl.). Blijkbaar heeft de Tweede Kamer van de Commissie gemeend er goed aan te doen om deze nuances nu, voor wat betreft de vrijwillige arbitrage, overboord te zetten.

Al met al een wonderlijke beslissing: de Commissie neemt zonder duidelijke grond aan dat een partij afstand heeft gedaan van fundamentele rechten. Zij formuleert vervolgens in algemene bewoordingen een obiter dictum dat geen recht doet aan het belang van artikel 6 EVRM en dat stoelt op een wankel redenering. Het resultaat valt niet goed te rijmen met eerdere jurisprudentie. Niettemin doet de stellige formulering van de Nordstrom-uitspraak vermoeden dat het roer niet snel om zal gaan.

Wellicht is een relativering hier op z'n plaats. In de kernpassage van haar beslissing (r o 9) maakt de Commissie enkele voorbehouden ('not necessarily', 'in principle') die er op zouden kunnen duiden dat de Verdragspartijen op dit terrein toch geen onbeperkte vrijheid hebben. In r o 12 constateert de Commissie met zoveel woorden dat de Hoge Raad een 'redelijk' criterium heeft gehanteerd – en die constatering suggereert dat er wel degelijk een inhoudelijke toets heeft plaatsgevonden. Zodoende resteert de vraag of de Commissie in r o 9 slechts enkele emgszins obligate voorbehouden heeft gemaakt, of dat zij toch nog een Straatsburgse rol ziet op het terrein van de arbitrage. De Nordstrom-uitspraak is geweest door de Tweede Kamer van de Commissie, kennelijk werd de zaak niet

van voldoende belang geacht om haar voor te leggen aan de plenaire Commissie. Met het oordeel dat de klacht van Nordstrom 'kennelijk ongegrond' ('manifestly ill founded') is, is nu een definitief einde gekomen aan de Straatsburgse procedure.

Of men het nu inhoudelijk met de uitkomst eens is of niet, het valt te betreuren dat deze zaak niet aan het Europees Hof voor de Rechten van de Mens is voorgelegd. Een sterker gemotiveerde uitspraak van het Hof had op overtuigender wijze duidelijkheid kunnen brengen over de betekenis van artikel 6 EVRM voor het arbitragerecht. De arbitrage past daarmee in een rijtje vraagstukken – zo kan men denken aan de toepasselijkheid van artikel 6 EVRM op belastingzaken – waarover het Hof eenvoudig niet de gelegenheid krijgt zich uit te spreken als gevolg van een te terughoudend ontvankelijkheidsbeleid van de Commissie. Uit het feit dat de Tweede Kamer van de Commissie unaniem tot haar oordeel kwam, mag worden afgeleid dat de kans nihil is dat een vergelijkbare arbitragezaak op korte termijn aan het Hof wordt voorgelegd.

Noot 2 van Prof. Mr. H.J. Snijders

- 1 Primair moge voor een commentaar op deze belangrijke uitspraak verwezen worden naar bovenstaande noot van Drs. R. Lawson, die na zijn beschouwingen over de verhouding tussen arbitrage en artikel 6 EVRM in de jubileumspecial *TvA* 1996/4 uiteraard als eerste in de gelegenheid moest worden gesteld dit novum te becommentarieren. Gezien het belang van de uitspraak zou ik nog enkele aanvullende aantekeningen willen maken.
- 2 R o 12 duidt er gelukkig op dat de Commissie arbitrage in relatie tot artikel 6 EVRM niet geheel vogelvrij verklaart. Weliswaar overweegt de commissie dat artikel 6, lid 1 de Nederlandse rechter niet een ander criterium voor vernietiging van arbitrale vonnissen wegens schending van het beginsel van de onafhankelijkheid of onpartijdigheid oplegt dan het criterium dat de Hoge Raad in zijn uitspraak heeft toegepast, maar daar volstaat de Commissie niet mee. De Commissie 'finds it reasonable that in this respect Dutch law requires strong reasons for quashing an already rendered award, since the quashing will often mean that a long and costly arbitral procedure will become useless and that considerable work and expense must be invested in new proceedings' (r o 12). De woorden 'in this respect' slaan kennelijk op het criterium dat de Hoge Raad voor de toets aan de eisen van onafhankelijkheid en onpartijdigheid gebruikt. Dat de Hoge Raad strenge eisen terzake stelt vindt de Commissie 'reasonable'. De motivering daarvan moge niet dadelijk toereikend zijn – het door de Commissie aangevoerde argument valt ook tegen wel aanvaarde vernietigingsgronden aan te voeren – maar in ieder geval pleegt de Commissie nog een redelijkheidstoets (zie ook r o 13-14).
- 3 Duidelijk is niettemin dat de nationale rechter het buitengewoon bont moet maken wil hij nog door Straatsburg terzake van de controle van arbitrale vonnissen op de vingers getikt kunnen worden. Men kan