



Universiteit
Leiden
The Netherlands

De bevoor(oor)deelde arbiter: een onderzoek naar de verplichting tot arbitrale onafhankelijkheid en onpartijdigheid

Ribbers, P.L.F.

Citation

Ribbers, P. L. F. (2022, November 30). *De bevoor(oor)deelde arbiter: een onderzoek naar de verplichting tot arbitrale onafhankelijkheid en onpartijdigheid*. *Burgerlijk Proces & Praktijk*. Wolters Kluwer, Deventer. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/3492217>

Version: Publisher's Version

License: [Licence agreement concerning inclusion of doctoral thesis in the Institutional Repository of the University of Leiden](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/3492217>

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

HOOFDSTUK 1. INLEIDING

ἄλλοι δ' εἰν ἀγορῇ ἔσαν ἀθρόοι· ἐνθα δὲ νεῖκος
ὥρώρει, δὺο δ' ἄνδρες ἐνείκεον εἵνεκα ποινηῆς
ἄνδρὸς ἀποφθιμένον· ὃ μὲν εὖχετο πάντ' ἀποδοῦναι
δῆμῳ πιφαύσκων, ὃ δ' ἀναίνετο μηδὲν ἐλέσθαι·
ἄμφω δ' ἰέσθην ἐπὶ ἵστορι πεῖραρ ἐλέσθαι.¹

1.1 Inleiding

1. Introductie

Arbitrage als vorm van geschillenbeslechting lijkt (minstens) zo oud te zijn als de weg naar Rome. In de literatuur is verwezen naar bronnen die melding maken van arbitrage in onder meer het oude Egypte, het oude Rome en in de Bijbel.² Het bovenstaande citaat dat afkomstig is uit Boek XVIII van Homerus' *Ilias* (achtste eeuw v. Chr.) zou de gang van zaken bij een publieke arbitrage in het oude Griekenland illustreren.³ Publieke arbitrage waarbij een beroep op burger-arbiters werd gedaan, was bij de oude Grieken vanaf het begin van de vijfde eeuw voor Christus verplicht gesteld voor civiele zaken die het financiële belang van 10 drachmen overstegen.⁴ De arbiters werden door de staat gekozen uit Griekse mannen die tijdens hun zestigste levensjaar konden worden opgeroepen om als 'publieke arbiter' dienst te doen.⁵ Deze vorm van (gedwongen) arbitrage is door de eeuwen heen op de achtergrond geraakt. Vrijwillige arbitrage - in de zin van: niet door de staat opgelegde arbitrage - heeft zich daarentegen gestaag (door)ontwikkeld en een plaats in het juridisch staatsbestel van veel staten verworven. Hoewel een vrijwillige keuze voor arbitrage in beginsel ten koste gaat van een procedure ten overstaan van de overheidsrechter zijn partijen niet per definitie verstoten van (het recht op) een eerlijk proces. Ook in het arbitragerecht is het waarborgen van een eerlijke procedure een belangrijk uitgangspunt.⁶ Aan dit

1 *Ilias* XVIII, regels 497-501 (bron van het citaat: via www.perseus.tufts.edu). Vertaling: 'De markt was vol mannen, want er was tussen twee burgers een twist gerezen over het zoengeld voor een man, die gedood was. De één beweerde, dat hij alles betaald, de ander echter, dat hij niets gekregen had. En nu verlangden beiden, dat een onpartijdige tussen hen zou beslissen' (bron van de vertaling: Van Oldenburg Ermke 1959, p. 325). Het woord ἵστορι (ev. ἵστορ) is hier vertaald als 'onpartijdige' (vgl. Mehler 1972, p. 447). Andere woorden die kunnen worden gebruikt, zijn: 'κοινός' of 'διατητής' (Roebuck 2001).

2 Born 2021a, p. 8; De Meulemeester 2007, p. 8; Delbrouck 1973, nr. 3. Het begrip 'arbiter' zou uit het 'oude' Rome komen, zie o.a. De Meulemeester 2007, p. 9-10; Delbrouck 1973, nr. 6. Zie voor een literatuuroverzicht: Roebuck 1998, p. 237-343.

3 Roebuck 2001, p. 58-61. Vgl. Born 2021a, p. 24-25; Hammond 1985; Bonner & Smith 1938; Harrell 1936.

4 Delbrouck 1973, nr. 4. De 'vrijwillige' (commerciële) arbitrage kon men 'gedurende gans de Griekse beschaving aantreffen' (id. nr. 4). De private arbiter werd aangeduid als 'διατητής' (mv. 'διατηταί'), zie bijv. Scafuro 2012.

5 Spivey & Squire 2004, p. 13; Roebuck 2001, p. 175, 187; Sallares 1991, p. 178.

6 Vgl. Petrochilos 2004, nrs. 4.50-4.84; Gaillard & Savage 1999, nr. 1021: 'The principle that arbitrators must be independent and impartial is now universally accepted in international arbitration'.

uitgangspunt ligt onder meer de gedachte ten grondslag dat, zoals ook in het bovenstaande citaat naar voren komt, sprake is van geschilbeslechting door een onpartijdig (ἰσότης) persoon.⁷ Veel staten hebben hun arbitragewetgeving in de loop van tijd steeds meer aangepast met het oog op het waarborgen, en indien nodig afdwingen, van de onafhankelijkheid en onpartijdigheid van arbiters. Wetgevers hebben voorzieningen getroffen voor het geval dat arbiters niet onafhankelijk en/of onpartijdig zijn. Ook door veel arbitrage-instituten is in dit verband in regelgeving voorzien.⁸ Daarnaast heeft een aantal instituten gedragscodes voor arbiters opgesteld,⁹ en kunnen arbiters gehouden zijn tot het ondertekenen van een verklaring van onafhankelijkheid en/of onpartijdigheid.¹⁰

1.2 Onderzoeksvraag en doel van het onderzoek

2. Onderzoeksvraag

Het uitgangspunt is aldus eenduidig: een arbiter dient onafhankelijk en onpartijdig te zijn. Minder eenduidig is het antwoord op de vraag wat deze verplichting tot arbitrale onafhankelijkheid en onpartijdigheid nu eigenlijk inhoudt. Anders gezegd, waaraan dient een arbiter te voldoen om als onafhankelijk en onpartijdig te kunnen worden aangemerkt? Dit roept nieuwe vragen op. Zo is onduidelijk wat de betekenis is van de begrippen 'onafhankelijk' en 'onpartijdig'. In veel arbitrale wet- en regelgeving zijn deze begrippen gedefinieerd noch toegelicht.¹¹ Niet alleen de invulling van de verplichting roept vragen op, ook de reikwijdte van de verplichting is niet op alle punten eenduidig. Zo bestaan uiteenlopende opvattingen over onder meer de verhouding tussen de beide begrippen, de vraag op wie de verplichting precies rust,

7 Vgl. de 'Introductory Note' van de IBA Rules of Ethics for International Arbitrators 1987: 'International arbitrators should be impartial, independent, competent, diligent and discreet' (bron: via www.translex.org); HR 29 juni 2007, ECLI:NL:HR:2007:AV7405, NJ 2008/177 (N/Aegon), r.o. 3.3.2: '(...) de ook in een arbitrageprocedure geldende fundamentele beginselen van een behoorlijke procesorde dat arbiters onpartijdig en onafhankelijk moeten zijn (...)'; Luttrell 2009, p. 1-2; Lew, Mistelis & Kröll 2003, nr. 5.68. Laatstgenoemde auteurs spreken van de 'magna carta of arbitration' die de volgende twee 'main principles' zou hebben: i) 'due process and fair hearing', en ii) 'independence and impartiality of arbitrators'. Vgl. ICSID 11 juni 2020, nr. ARB/13/36 (*Eiser Infrastructure Limited and Energía Solar Luxembourg S.à r.l. v. Kingdom of Spain*), 'Decision on annulment', par. 239: 'In the Committee's view, independence and impartiality of an arbitrator is a fundamental rule of procedure. (...) There can be no right to a fair trial or a right of fair defense without an independent and impartial tribunal'; ICSID 5 februari 2016, nr. ARB/03/23 (*EDF International S.A., SAUR International S.A. and León Participaciones Argentinas S.A. v. The Argentine Republic*), 'Decision on Annulment', par. 123: '(...) It is difficult to imagine a rule of procedure more fundamental than the rule that a case must be heard by an independent and impartial tribunal. (...)'.
 8 Lew, Mistelis & Kröll 2003, nr. 5.71: 'The fundamental principle of independence and impartiality of arbitrators is recognised in international commercial arbitration and is regulated by all major arbitration institution rules and laws'.

9 Zie bijv. de Code of Ethics for an Arbitrator (2015) van het Singapore International Arbitration Centre; de AAA/ABA Code of Ethics for Arbitrators in Commercial Disputes (2004); de Code of Ethics of Arbitrators van de Milanese Chamber of Commerce. Vgl. voorts bijv. Ethics Standards for Neutral Arbitrators in Contractual Arbitration, California Rules of Court, 1 januari 2022.

10 Zie bijv. art. 11 lid 2 ICC Rules 2021; art. 5.4 LCIA Rules 2020; art. 11 lid 4 NAI Arbitragereglement 2015.

11 Een uitzondering vormt bijvoorbeeld de Zweedse Arbitragewet waarin een lijst is opgenomen met omstandigheden die het vertrouwen in de onafhankelijkheid en onpartijdigheid van de arbiter verminderen (art. 8 Lag (1999:116) om skiljeförfarande t.o.m. SFS 2018:1954).

op welke wijze de verplichting in (arbitrale) wet- en regelgeving naar voren komt, wat de verplichting beoogt, de vraag vanaf en tot wanneer arbiters onafhankelijk en onpartijdig dienen te zijn, en over de vraag of partijen afstand kunnen doen van het recht op een onafhankelijke en onpartijdige arbiter. In dit proefschrift wordt beoogd licht te werpen op voornoemde vragen aan de hand van de volgende (algemene) onderzoeksvraag: wat houdt de verplichting tot onafhankelijkheid en onpartijdigheid voor arbiters in?

3. Doel van het onderzoek

Het doel van dit onderzoek is tweeledig. Enerzijds wordt beoogd om inzicht te krijgen in de wijze waarop de verplichting tot arbitrale onafhankelijkheid en onpartijdigheid juridisch is ingevuld. Het woord 'juridisch' leg ik in onderhavig verband ruim uit: bekeken wordt hoe de verplichting is ingevuld in arbitrale wet- en regelgeving en (scheids)rechterlijke uitspraken, zij het met de kanttekening dat het de vraag is of arbitrale regelgeving en scheidsrechterlijke uitspraken 'recht' vormen (zie verder nr. 7). Nader inzicht in de invulling van de verplichting kan nuttig zijn voor partijen die voor arbitrage hebben gekozen, alsmede voor arbiters, arbitrage-instituten en overheidsrechters. Een dergelijk inzicht kan voorts de efficiëntie van arbitrages ten goede komen, omdat bij voorbaat kansloze beroepen op arbitrale vooringenomenheid snel(ler) van tafel kunnen worden geschoven.¹² Nu de verplichting tot arbitrale onafhankelijkheid en onpartijdigheid niet op zichzelf staat, maar ook vragen oproept over bijvoorbeeld het formele en/of temporele toepassingsgebied van de verplichting, wordt met dit onderzoek anderzijds beoogd om licht te werpen op een aantal (open) vraagstukken die verband houden met de reikwijdte van de verplichting. In dit verband wordt onder meer bekeken op wie de verplichting precies rust, op welke wijze de verplichting in arbitrale wet- en regelgeving naar voren komt, wat de verplichting beoogt, de vraag vanaf en tot wanneer arbiters onafhankelijk en onpartijdig dienen te zijn, en of partijen afstand kunnen doen van het recht op een onafhankelijke en onpartijdige arbiter.

Ten aanzien van het eerste doel - inzicht krijgen in de wijze waarop de verplichting tot arbitrale onafhankelijkheid en onpartijdigheid juridisch is ingevuld - merk ik nog het volgende op. Inzicht in dit verband is reeds verschaft door twee publicaties die afkomstig zijn van de International Bar Association (IBA).¹³ Ik wijs op de IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration, die in mei 2004 zijn aangenomen, en in 2014 zijn herzien. Hoewel de Guidelines voor de praktijk

12 Vgl. Snijders 2008: 'Niet alleen bij overheidsrechters maar ook bij scheidsrechters wordt de wraking helaas veelvuldig beproefd met als enkel doel de procedure te doen verzanden'. Zie ook bijv. Cremades 2017, p. 208. Vgl. Redfern & Hunter 2015, nrs. 4.89-4.90; Rogers & Tumer 2015; Greenwood & Baker 2012; Daele 2012. In de literatuur wordt in onderhavig verband wel gesproken over (een) 'guerilla tactic', zie bijv. Horvath e.a. 2013, p. 10-11.

13 De vereniging is opgericht in 1947. De vereniging werd opgericht vanuit de gedachte dat een bundeling van nationale balies 'could contribute to global stability and peace through the administration of justice'. Vandaag de dag zijn zo'n 190 (nationale) balies en juridische verenigingen en 80.000 individuele advocaten bij de vereniging aangesloten. De vereniging omschrijft haar ambitie(s)/verdiens ten als volgt: '(...) through its global membership it influences the development of international law reform and shapes the future of the legal profession throughout the world'. Zie nader: www.ibanet.org.

en ook voor dit onderzoek een waardevolle bron van inspiratie zijn,¹⁴ vormen deze geen dwingend recht. In de Guidelines 2014 wordt in dit verband ook naar voren gebracht dat zij 'do not override any applicable national law or arbitral rules chosen by the parties'.¹⁵ Daarnaast is het doel van onderhavig onderzoek niet om de 'best current international practice' weer te geven¹⁶; juist wordt geprobeerd om inzicht te krijgen in de wijze waarop door wetgevers, (scheids)rechters en arbitrage-instituten invulling aan de verplichting tot arbitrale onafhankelijkheid en onpartijdigheid is gegeven.

1.3 Methodologie

4. Wijze van onderzoek

Aan de hand van de bestudering van de volgende vijf soorten bronnen wordt getracht uitvoering te geven aan het tweeledige doel van dit onderzoek: i) arbitrale wet- en regelgeving, ii) documentatie inzake de totstandkoming van deze wet- en regelgeving (*travaux préparatoires*), iii) 'soft law', iv) (scheids)rechterlijke uitspraken, en v) literatuur.¹⁷ Het onderzoek heeft een rechtsvergelijkende insteek. De aandacht gaat in beginsel uit naar vier jurisdicties: Engeland, Frankrijk, Nederland en Zwitserland (vgl. par. 1.4.1). De keuze voor Nederland ligt voor de hand gelet op de bekendheid met het 'eigen' systeem, en ook omdat mij nauwelijks onderzoek bekend is waarin op een vergelijkbare wijze is stilgestaan bij de uitwerking en invulling van de verplichting tot onafhankelijkheid en onpartijdigheid voor arbiters in Nederland. De keuze voor Engeland, Frankrijk en Zwitserland houdt verband met het belang dat aan deze jurisdicties in de (internationale) arbitragewereld wordt toegekend.¹⁸ Engeland is in vergelijking

14 Vgl. IBA Guidelines 2014, Introduction, par. 3: '(...), the Guidelines list specific situations indicating whether they warrant disclosure or disqualification of an arbitrator'; IBA Guidelines 2014, Part II: Practical Application of the General Standards, par. 1: '(...) which situations do or do not constitute conflicts of interest, or should or should not be disclosed'; id. par. 2: 'These lists are non-exhaustive and detail specific situations that, depending on the facts of a given case, give rise to justifiable doubts as to the arbitrator's impartiality and independence'.

15 IBA Guidelines 2014, Introduction, par. 6. Vgl. IBA Rules of Ethics for International Arbitrators 1987, Introductory Note.

16 IBA Guidelines 2014, Introduction, par. 4.

17 In zoverre zou dit onderzoek 'juridisch dogmatisch' kunnen worden genoemd, vgl. Vranken 2014, nr. 8: 'Juridische dogmatiek heeft als object van onderzoek het geldende positieve recht, zoals dat is neergelegd in geschreven en ongeschreven nationale, Europese of internationale regels', beginselen, begrippen, leerstukken en rechterlijke uitspraken, en van commentaar is voorzien in de literatuur'; deze omschrijving komt ook naar voren in Vranken 2010.

18 Vgl. Born 2021a, p. 152: 'England is a *significant* center for international commercial arbitration. (1088) The continuing spread of English as the language of international business, and the development of London as an international financial and business center, augur for continued growth in England's importance as an arbitral center'; id. p. 146-147: 'France is one of the *leading* centers for international commercial arbitration in Europe and, indeed, the world. More international arbitrations are reportedly seated in France than any other European jurisdiction, (1044) and French arbitration legislation and judicial decisions have exceptional international importance. (1045)'; id. p. 150-151: 'Like France, Switzerland is one of Europe's, and the world's, *leading* centers for international commercial arbitration. (1069) Its arbitration legislation, and academic community, have also been at the forefront of developments in the field of international arbitration over the past century. (1070)' (curs. PR). Vgl. Queen Mary, International Arbitration Survey: The Evolution of International Arbitration, 2018, p. 2, p. 9: 'Once again, the five most preferred seats of arbitration are London, Paris, Singapore, Hong Kong and Geneva'; Gaillard & Savage

met de andere drie jurisdicties ook interessant omdat het een *common law*-jurisdictie is.¹⁹ Frankrijk en Zwitserland zijn interessant omdat deze jurisdicties aparte wetgeving voor internationale arbitrages hebben. Daarnaast is ervoor gekozen om regelgeving en scheidsrechterlijke uitspraken van vier arbitrage-instituten te belichten gelet op het belang van institutionele arbitrage voor de praktijk. De keuze voor deze instituten hangt samen met de keuze van de vier jurisdicties van onderzoek: gekozen is om per jurisdictie het belangrijkste - in de zin van: omvang en status - arbitrage-instituut te bespreken. De volgende vier arbitrage-instituten zijn onderwerp van onderzoek: het London Court of International Arbitration (Engeland), de International Chamber of Commerce (Frankrijk), het Nederlands Arbitrage Instituut (Nederland), en het Swiss Arbitration Centre (Zwitserland) (vgl. par. 1.4.2). De bestudeerde 'soft law' zal met name afkomstig zijn van de IBA: de Code of Ethics for International Arbitrators 1987 en de Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration 2004 en 2014. Daarnaast kan bijvoorbeeld worden gewezen op de Draft Code of Conduct for Adjudicators in International Investment Disputes van ICSID/UNCITRAL.²⁰ In dit onderzoek zal, bij wijze van functionele rechtsvergelijking,²¹ worden gekeken naar de UNCITRAL Arbitration Rules 2013 en de UNCITRAL Model Law 2006, en hierop geënte (scheids)rechterlijke uitspraken.²² Eveneens wordt aandacht besteed aan de ICSID Convention 2006 en hierop geënte scheidsrechterlijke uitspraken.²³ Een beknopte inleiding op voornoemde drie documenten volgt in hoofdstuk vier (par. 4.2.1, 4.2.4). Op bescheiden schaal zal aandacht worden besteed aan (trans)nationale bronnen inzake de onafhankelijkheid en onpartijdigheid van overheidsrechters. Bij wijze van functionele rechtsvergelijking worden, tot slot, in een aantal paragrafen uitstapjes gemaakt naar het (arbitrage)recht van andere jurisdicties en arbitrage-instituten.²⁴

1999, nrs. 131-135: 'French law is considered by many to be, if not a model, then at least an essential point of reference'.

19 Strikt genomen dient te worden gesproken over Engeland, Wales en Noord-Ierland (vgl. art. 2 lid 1 Arbitration Act 1996); in dit proefschrift wordt alleen naar Engeland gekeken.

20 In dit onderzoek is met name gekeken naar de tweede versie die op 19 april 2021 is gepubliceerd, zie: icsid.worldbank.org/sites/default/files/draft_code_of_conduct_v2_en_final.pdf. In september 2021 is een derde versie gepubliceerd; de eerste versie dateert van mei 2020, zie voor de(ze) versies: icsid.worldbank.org/resources/code-of-conduct.

21 Onder 'functionele rechtsvergelijking' versta ik: de vergelijking van rechtsregels uit verschillende rechtstelsels die eenzelfde functie vervullen, vgl. Siems 2018, p. 31-35; Samuel 2014, p. 65-68; Zweigert & Kötz 1992, p. 31.

22 Met name in het kader van de beantwoording van de vraag op welke wijze uitwerking aan de verplichting is gegeven in arbitrale wet- en regelgeving (hoofdstuk vier), en hoe de verplichting juridisch is ingevuld (hoofdstukken vijf en zes).

23 Met ingang van 1 juli 2022 is nieuwe ICSID-regelgeving in werking getreden. De voor onderhavig onderzoek belangrijke bepalingen - artikel 14 en artikel 57 ICSID Convention (par. 4.2.4) - zijn inhoudelijk niet gewijzigd. Wel zijn de ICSID Arbitration Rules en de ICSID Arbitration (Additional Facility) Rules op relevante punten gewijzigd: zo zijn Rule 6 ('Constitution of the Tribunal') van de ICSID Arbitration Rules 2006 en artikel 13 (Constitution of the Tribunal) van de ICSID Arbitration (Additional Facility) Rules 2006 niet meer in de ICSID-regelgeving van 2022 te vinden. Een interessante nieuwe 'Rule' die aan de ICSID Arbitration Rules 2022 is toegevoegd, is Rule 14 ('Notice of Third-Party Funding').

24 In dit onderzoek komt daarnaast (zijdelings) naar voren arbitrale wetgeving en/of rechterlijke uitspraken uit onder meer: Australië, België, Brazilië, Canada, Colombia, Cyprus, Duitsland, Italië, Japan, Kenia, Letland, Libanon, Nigeria, Oostenrijk, Rusland, Schotland, Singapore, Spanje, Tunesië, de Verenigde Staten, Vietnam, Zuid-Afrika, en Zweden, alsmede arbitrale regelgeving en scheidsrechterlijke uitspraken van onder meer: de AAA, het CEPANI, het DIA, het DIS, het Iran-United States Claims Tribunal, het PCA, de SCC, het Singapore International Arbitration Centre en het Thai Arbitration Institute.

5. Opbouw van het onderzoek en toelichting

Dit proefschrift valt in vier delen uiteen. Het eerste deel, dat door de hoofdstukken twee en drie wordt gevormd, is overwegend theoretisch van aard. In hoofdstuk twee staat allereerst de actor van onderzoek centraal: de arbiter. Het hoofdstuk beoogt inzicht te geven in de persoon van de arbiter en meer in het algemeen in het scheids-gerecht. In het hoofdstuk wordt ingegaan op de vraag naar de (juridische) status van de arbiter (par. 2.2), worden enige aspecten besproken met het oog op de inrichting (par. 2.3), en de besluitvorming van het scheidsrecht (par. 2.4), en wordt stilge- staan bij de (rol van de) voorzitter, partij-arbiter en secretaris (par. 2.5). De bespro- ken bronnen voor dit hoofdstuk richten zich primair op de stand van zaken in de vier jurisdicties van onderzoek: Engeland, Frankrijk, Nederland en Zwitserland. Hoofd- stuk drie beoogt inzicht te geven in de begrippen 'onafhankelijkheid' en 'onpartij- digheid'. In het hoofdstuk zal aandacht zijn voor het formele toepassingsgebied van de verplichting tot arbitrale onafhankelijkheid en onpartijdigheid (par. 3.2), de ratio van de verplichting (par. 3.3), en de verschillende wijzen waarop de verplichting is uitgewerkt (par. 3.4). Ook worden de begrippen tegen elkaar afgezet en wordt geke- ken naar andere begrippen (par. 3.5). De bronnen voor dit hoofdstuk zijn afkomstig van de vier jurisdicties van onderzoek. Ook vindt enige functionele rechtsvergelij- king plaats.

Het tweede deel wordt gevormd door hoofdstuk vier in het kader waarvan een verkenning volgt van de verschillende bronnen waarin een verplichting tot arbitrale onafhankelijkheid en/of onpartijdigheid is neergelegd of waaruit deze kan worden afgeleid. Het hoofdstuk kan worden gezien als brug tussen de (meer) theoretische hoofdstukken twee en drie en hoofdstukken vijf en zes waarin de praktische invulling van de verplichting naar voren komt. In hoofdstuk vier wordt gekeken naar regelingen waarin de verplichting tot onafhankelijkheid en/of onpar- tijdigheid voor (scheids)rechters naar voren komt op mondiaal niveau (par. 4.2), regionaal niveau (par. 4.3), nationaal niveau (par. 4.4), en op institutioneel niveau (par. 4.5). De bronnen in dit hoofdstuk zijn afkomstig van de vier jurisdicties en de vier arbitrage-instituten van onderzoek, alsmede van UNCITRAL, het ICSID en de IBA. Ook wordt gekeken naar het EVRM, het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie en de American Convention on Human Rights. Tot slot wordt in dit hoofdstuk stilgestaan bij de vraag of, en zo ja op welke wijze, het mogelijk is om afstand te doen van het recht op een onafhankelijke en onpartijdige arbiter (par. 4.6). Ook in deze paragraaf ligt de nadruk op de stand van zaken in de vier jurisdicties van onderzoek.

Het derde deel wordt gevormd door de hoofdstukken vijf en zes. Deze twee hoofdstukken beogen inzicht te geven in de wijze waarop de verplichting tot arbi- trale onafhankelijkheid en onpartijdigheid is ingevuld in arbitrale wet- en regelge- ving en (scheids)rechterlijke uitspraken (vgl. par. 1.2). De invulling geschiedt aan de hand van de bespreking van tien factoren. De factoren zijn geselecteerd op basis van hetgeen naar voren is gekomen in arbitrale wet- en regelgeving, (scheids)rechter- lijke uitspraken, 'soft law', en de literatuur. De factoren zijn onderverdeeld in twee categorieën: de zgn. endogene factoren (die betrekking hebben op de persoon van

de arbiter),²⁵ en de zgn. exogene factoren (die buiten de persoon van de arbiter bestaan).²⁶ In hoofdstuk vijf worden de volgende vijf endogene factoren besproken: gender (par. 5.3), nationaliteit (par. 5.4), de familiale band (par. 5.5), de geloofsovertuiging (par. 5.6), en de politieke overtuiging (par. 5.7). In hoofdstuk zes worden de volgende vijf exogene factoren besproken: het financieel belang (par. 6.3), de herbenoeming (par. 6.4), het 'issue conflict' (par. 6.5), de nauwe persoonlijke band (par. 6.6), en de institutionele band (par. 6.7). Per factor zal worden gekeken op welke wijze deze naar voren komt in arbitrale wet- en regelgeving en (scheids)rechterlijke uitspraken. De bronnen in hoofdstukken vijf en zes zijn afkomstig van de vier jurisdicties en de vier arbitrage-instituten van onderzoek, alsmede van UNCITRAL, het ICSID, de IBA en het EHRM. Ook wordt gebruik gemaakt van functionele rechtsvergelijking. Met de bespreking van (scheids)rechterlijke uitspraken wordt beoogd een beeld te geven van de wijze waarop invulling aan de factoren is gegeven door verschillende (scheids)gerechten.²⁷ Bij de bespreking zal in beginsel geen onderscheid worden gemaakt tussen de verschillende soorten procedures waarin de verplichting een rol speelt,²⁸ noch tussen de verschillende maatstaven - inhoud en zwaarte - die door (scheids)rechters en arbitrage-instituten zijn aangelegd om te beoordelen of sprake is van arbitrale vooringenomenheid. Wel zullen relevante feiten en omstandigheden die aan de besproken uitspraken ten grondslag liggen, worden genoemd.

In hoofdstuk zeven, tot slot, wordt onder meer de onderzoeksvraag beantwoord en wordt een beknopte samenvatting gegeven van de bevindingen die in hoofdstukken vijf en zes naar voren zijn gekomen.²⁹ Ook volgen enkele algemene aanbevelingen.

6. Afbakening

In dit onderzoek staat de verplichting tot onafhankelijkheid en onpartijdigheid voor arbiters centraal. Het onderzoek richt zich op 'de' arbiter zonder aanzien des persoons. Anders gezegd, in beginsel wordt geen onderscheid gemaakt tussen partij-

25 Deze factoren zijn onlosmakelijk verbonden met de persoon van de arbiter; de factor komt van 'binnen' (vgl. het Griekse woord *ἐνδόν*, zie: OED (online), zoekterm: 'endogen').

26 Deze factoren bestaan in beginsel buiten de arbiter (vgl. het Latijnse woord *exōgena, exōgenus*, zie: OED (online), zoekterm: 'exogen').

27 Dit (deel van het) onderzoek probeert veelomvattend te zijn, maar is niet uitputtend, vgl. IBA Guidelines 2014, Introduction, par. 7: de drie 'Application Lists' vormen een niet-limitatieve opsomming: '(...) they do not purport to be exhaustive, nor could they be'.

28 Wraking, vernietiging, erkenning en/of tenuitvoerlegging, maar ook wordt (de) disclosure(-verplichting) meegenomen.

29 Hoe is een promotieonderzoek met een vergelijkbare algemene onderzoeksvraag door andere auteurs afgesloten? In het kader van de voorbereiding van dit hoofdstuk is gekeken naar de zes proefschriften die in nr. 10 worden besproken. Opvallend is dat in slechts één van de zes proefschriften vooruit wordt gekeken (Wilke 2006 - 'Fazit, Thesen und Ausblick'). De drie Franse proefschriften sluiten af met een beknopte 'Conclusion générale' (El Chazli 2020; Castres Saint-Martin 2016; Henry 2001). Ook de twee Duitse proefschriften sluiten af met een beknopt overzicht van de belangrijkste bevindingen (Froitzheim 2016, 'Fazit'; Bisschof 2013, 'Zusammenfassung der Untersuchung'). Vgl. Beimel 2021, p. 287-289 ('practical guidance'); Angoura 2022, p. 218: 'This thesis concludes that all procedural stages of controlling arbitrator impartiality (disclosure, challenge, annulment, recognition and enforcement) adhere to a single and uniform purpose that reflects their teleological coherence - the defence of private autonomy and the free circulation and enforcement of the arbitral award'.

arbiters, arbiters die zijn benoemd door een arbitrage-instituut of overheidsrechter, co-arbiters, unus-arbiters of voorzitters.³⁰ Nu het onderzoek zich op de arbiter als individu richt, valt een bespreking van de verplichting tot de onafhankelijkheid en onpartijdigheid van het scheidsgerecht als 'instituut' buiten het onderzoeksgebied.³¹ Daarnaast wordt slechts in beperkte mate aandacht besteed aan 'afgeleide' relaties die bijvoorbeeld het advocatenkantoor van de arbiter met één van de partijen in de arbitrage onderhoudt.³² Meer specifiek richt dit onderzoek zich op arbiters die actief zijn in internationale, commerciële arbitrages. Onder een commerciële arbitrage wordt in het kader van dit onderzoek aangesloten bij de volgende definitie: 'a means by which international business disputes can be definitively resolved, pursuant to the parties' agreement, by independent, non-governmental decision-makers, selected by or for the parties, applying neutral adjudicative procedures that provide the parties an opportunity to be heard'.³³ In plaats van de term 'commerciële arbitrage(s)' wordt ook de term 'handelsarbitrage(s)' gebruikt. Commerciële arbitrages kunnen zowel nationaal als internationaal van aard zijn. Dit onderzoek richt zich in beginsel op internationale arbitrages. Het begrip 'internationaal' leg ik in het kader van dit onderzoek ruim uit: een arbitrage is internationaal indien sprake is van grensoverstijgende aspecten. Dit kan verband houden met het onderwerp van de arbitrage, maar ook met de woon- of vestigingsplaats van partijen, of met de plaats van arbitrage.³⁴ Commerciële arbitrages dienen te worden onderscheiden van investeringsarbitrage(s) in het kader waarvan sprake is van geschillenbeslechting tussen staten onderling en/of tussen een staat en een private partij.³⁵ Bij wijze van functionele (rechts)vergelijking wordt in hoofdstukken vier, vijf en zes eveneens gekeken naar de gang van zaken in investeringsarbitrages, en dan met name in het kader van ICSID-arbitrages.

Zoals gezegd wordt met dit onderzoek geprobeerd om inzicht te krijgen in de verplichting tot arbitrale onafhankelijkheid en onpartijdigheid. Aan de hand van de bestudering van een vijftal soorten bronnen wordt getracht hieraan uitvoering te

30 De vier jurisdicties en vier arbitrage-instituten van onderzoek maken ook geen onderscheid (meer), zie nader hoofdstuk 4 (par. 4.4, 4.5). Dit laat niettemin onverlet de vraag of (het maken van) onderscheid wenselijk zou zijn. Zie nr. 51 over de partij-arbiter in de Verenigde Staten.

31 Zie in dit verband bijv. EHRM 2 oktober 2018 (*Mutu en Pechstein/Zwitserland*), nrs. 40575/10 & 67474/10, vgl. par. 6.7.1.

32 Vgl. par. 6.3.6.

33 Born 2021a, p. 67. Deze vorm van arbitrage dient te worden onderscheiden van investeringsarbitrage, maar ook bijvoorbeeld van zgn. 'customary arbitration' (zie bijv. art. 89-113 *Alternative Dispute Resolution Act, 2010 (Act 798)* van Ghana, zie: L. Bosman (red.), *ICCA International Handbook on Commercial Arbitration*, ICCA & Kluwer Law International 2020, Supplement No. 102, november 2018, p. 1-66). In dit proefschrift zal niet nader worden ingegaan op de theorie(vorming) achter arbitrage. Zie hierover bijv. Paulsson 2013; Gaillard 2010a; Gaillard 2010b; Oppetit 1998, alsmede bijv. Kidane 2017, p. 63-89; Onyema 2010, p. 32-59.

34 Zo valt hieronder niet alleen het criterium dat in het Franse arbitragerecht naar voren komt om te bepalen of sprake is van een internationale arbitrage: '(...) met en cause des intérêts du commerce international' (art. 1504 CPC), maar ook het Zwitserse criterium - '(...) le siège du tribunal arbitral se trouve en Suisse et si au moins l'une des parties à la convention d'arbitrage n'avait, au moment de la conclusion de celle-ci, ni son domicile, ni sa résidence habituelle, ni son siège en Suisse' (art. 176 lid 1 LDIP) - en het UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration-criterium (art. 1 lid 3 UNCITRAL Model Law 2006). Vgl. Fung Fen Chung 2004, p. 4; Guandalini 2020, p. 20.

35 Zie nader bijv. De Brabandere 2014.

geven waarbij de nadruk ligt op arbitrale wet- en regelgeving, en (scheids)rechterlijke uitspraken uit vier jurisdicties en vier arbitrage-instituten. De nadruk ligt op een bespreking van de stand van zaken naar huidig recht; slechts zijdelings wordt aandacht besteed aan de stand van zaken naar oud(er) recht. Het onderzoek is positiefrechtelijk van aard: de stand van het (arbitrage)recht zal worden besproken en niet zozeer (de vraag naar) het wenselijk recht.³⁶ Tot slot wordt de verplichting tot arbitrale onafhankelijkheid en onpartijdigheid bekeken vanuit een juridisch perspectief; inzichten uit andere disciplines als de filosofie of psychologie worden in beginsel niet nader belicht.³⁷ Het onderzoek is afgesloten op 15 juli 2021. Met latere ontwikkelingen is beperkt rekening gehouden.

7. Bronnen

De wereld van arbitrage(recht) zou als een 'meerlagige rechtsorde' kunnen worden aangeduid,³⁸ ofwel een bonte mix van wet- en regelgeving op diverse niveaus en afkomstig van diverse actoren.³⁹ Niet alleen speelt wetgeving van staten een belangrijke rol, partijen kunnen ook kiezen voor de toepasselijkheid van regels die afkomstig zijn van een arbitrage-instituut of bijvoorbeeld van UNCITRAL. Daarnaast kan 'soft law' (enig) gewicht in de schaal leggen. Gelet op deze gelaagde, en daardoor mogelijk complexe, structuur is het noodzakelijk om helder voor ogen te hebben welke bronnen in dit onderzoek zullen worden bestudeerd.⁴⁰ Zoals hierboven naar voren kwam (nr. 4), ligt in dit onderzoek de nadruk op het arbitragerecht dat afkomstig is van vier jurisdicties en vier arbitrage-instituten. Het 'arbitragerecht' wordt in het kader van dit onderzoek dus gevormd door arbitrale wet- en regelgeving en (scheids)rechterlijke uitspraken.

Met het oog op het doel en de afbakening van dit onderzoek zal in beginsel primair worden gekeken naar wetgeving die vandaag de dag geldend (arbitrage)-recht is. Deze wetgeving komt naar voren in de Arbitration Act 1996 (Engeland), de Code de procédure civile (Frankrijk), het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (Nederland) en de Loi fédérale sur le droit international privé (Zwitserland).⁴¹ In dit

36 Vgl. Klante 2014, p. 6: 'Die Arbeit setzt sich primär zum Ziel, herauszuarbeiten was die Garantie der Unabhängigkeit und Unparteilichkeit in der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit *de lege lata* beinhaltet'.

37 Vgl. par. 2.4.1 waarin kort wordt ingegaan op de onbewuste vooringenomenheid van de arbiter(s).

38 Vgl. Breedveld-de Voogd e.a. 2013, p. VII: 'De jurist opereert in een meerlagige rechtsorde. Op één rechtsvraag zijn vaak meerdere rechtsregels van toepassing en soms zijn deze regels afkomstig van verschillende rechtssystemen'. Vgl. Fung Fen Chung 2004 waarin wordt gesproken over 'de gelaagde structuur van het arbitragerecht' (p. 5). Vgl. Racine 2016, p. 50: 'la myriade de sources potentielles'; Loquin 2015, nr. 41: 'la pluralité de ses sources'.

39 Omwille van de leesbaarheid van de tekst heb ik ervoor gekozen om niet-Nederlandse woorden/tekst niet te cursiveren, maar tussen aanhalingstekens te plaatsen. De arbitrale wet- en regelgeving van de vier jurisdicties en vier arbitrage-instituten alsmede van het ICSID, UNCITRAL en de AAA zijn in beginsel zonder aanhalingstekens weergegeven.

40 Vgl. Strong 2009a waarin (de volgende) 'eight categories of legal authority in international commercial arbitration' worden onderscheiden: i) 'international conventions and treaties', ii) 'national laws', iii) 'arbitral rules', iv) 'law of the dispute (procedural orders and agreements between the parties)', v) 'arbitral awards', vi) 'case law', vii) 'treatises and monographs', en viii) 'legal articles' (nrs. 2.06-2.59). Vgl. Strong 2009b, p. 131-156. Zie (meer algemeen) ook: Schultz 2016; Gerbay 2016b.

41 De huidige arbitragewetten van de jurisdicties kunnen worden geraadpleegd via: www.legislation.gov.uk (Engeland); www.legifrance.gouv.fr/liste/code (Frankrijk); wetten.overheid.nl/zoeken (Nederland); www.fedlex.admin.ch/fr (Zwitserland).

onderzoek zal ook worden gekeken naar documentatie inzake de totstandkoming van deze wetgeving.⁴² Wat de jurisprudentie betreft, zal in beginsel primair worden gekeken naar jurisprudentie waarin wordt ingegaan op het recht dat naar voren komt in de arbitragewetgeving van de vier jurisdicties. Jurisprudentie zal zoveel mogelijk afkomstig zijn van de hoogste rechtsorganen van deze jurisdicties: het Supreme Court (Engeland, tot 1 oktober 2009 het House of Lords), het Cour de cassation (Frankrijk), de Hoge Raad (Nederland), en het Tribunal fédéral (Zwitserland).⁴³ Waar geen jurisprudentie van deze rechtsorganen beschikbaar is en/of andere (lagere) rechtspraak interessant is, zal ook aandacht worden besteed aan uitspraken van (deze) andere rechtsorganen. In dit verband kan met name worden gewezen op diverse uitspraken die afkomstig zijn van het Court of Appeal (Civil Division) (Engeland) en het Cour d'appel (Frankrijk). Voorts komt een aantal uitspraken naar voren dat afkomstig is van Nederlandse rechtbanken. In beginsel zal zoveel mogelijk worden geprobeerd om primaire bronnen te bespreken en/of citeren.⁴⁴ Waar dit niet mogelijk is, zal in een voetnoot naar voren worden gebracht dat de informatie en/of geciteerde (rechts)overweging afkomstig is van een secundaire bron (veelal een handboek of tijdschriftartikel). Daarnaast is niet alle jurisprudentie gepubliceerd.⁴⁵ De rechtsoverwegingen zullen zoveel mogelijk één op één worden overgenomen om recht te kunnen doen aan de primaire bron.⁴⁶ Voor een beter begrip van een niet-Nederlandse tekst zal op een aantal plaatsen de geciteerde (rechts)overweging (vrij) worden vertaald.

Wat de vier arbitrage-instituten betreft, zal met het oog op de afbakening van dit onderzoek worden gekeken naar de laatste versie van de reglementen van de instituten. Aandacht zal worden besteed aan de ICC Rules 2021, de LCIA Rules 2020, het NAI

42 In dit verband zal worden gekeken naar hetgeen het Engelse Departmental Advisory Committee on Arbitration Law naar voren heeft gebracht in zijn Report of the Arbitration Bill, februari 1996 (bron: *Arbitration International* 1997, afl. 3), de Nederlandse wetgever in het kader van de modernisering van het Nederlandse arbitragerecht van 1986 (*Kamerstukken II* 2012/2013, 33611, bron: zoek.officielebekendmakingen.nl/dossier/33611) en de Zwitserse wetgever in het kader van de wijziging van de LDIP ('Message concernant la modification de la loi fédérale sur le droit international privé (Chapitre 12: Arbitrage international)', 24 oktober 2018, FF 2018 7153, bron: www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2018/2548/fr).

43 Vgl. art. 191 LDIP: 'L'unique instance de recours et de révision est le Tribunal fédéral. (...)'.
44

Engelse jurisprudentie zal hoofdzakelijk zijn geraadpleegd via www.bailii.org/databases.html of via uk.westlaw.com (database); Franse jurisprudentie zal hoofdzakelijk zijn geraadpleegd via www.legifrance.gouv.fr, www.dalloz.fr (database), of via het tijdschrift *Revue de l'Arbitrage* (online, via: Kluwer Arbitration; jaargang 1986-heden); Nederlandse jurisprudentie zal hoofdzakelijk zijn geraadpleegd via www.rechtspraak.nl, of via het *Tijdschrift voor Arbitrage* (online, via: Kluwer Navigator, jaargang 1980-heden); Zwitserse jurisprudentie zal hoofdzakelijk zijn geraadpleegd via www.bger.ch/fr/index.htm, of via het tijdschrift *ASA Bulletin* (online, via: Kluwer Arbitration; jaargang 1983-heden). Daarnaast zal gebruik worden gemaakt van de ICCA Yearbook Commercial Arbitration-reeks (online, via: Kluwer Arbitration; jaargang 1976-heden), CLOUT (een database met uitspraken rondom UNCITRAL-regelingen, zie: www.uncitral.org/clout), en de uitspraken-verzameling van newyorkconvention1958.org.

45 Zie bijv. Besluit selectiecriteria uitsprakendatabank Rechtspraak.nl, 26 maart 2012 (vindplaats: via www.rechtspraak.nl).

46 Door het citeren van (rechts)overwegingen uit (scheids)rechterlijke uitspraken die zich achter een betaalmuur bevinden, wordt deze informatie ontsloten en daarmee voor een breder publiek toegankelijk. Een vergelijkbare overweging speelt een rol bij het op sommige plaatsen (relatief) uitvoerig weergeven van hetgeen in de literatuur naar voren komt. Daarnaast is bij niet-Nederlandse wet- en regelgeving en (scheids)rechtspraak zoveel mogelijk de digitale vindplaats in een voetnoot vermeld.

Arbitragereglement 2015,⁴⁷ en aan de Swiss Rules 2021. De besproken scheidsrechterlijke uitspraken zullen, voor zover beschikbaar, in beginsel zien op wrakingsbeslissingen. Per besproken (scheids)rechterlijke uitspraak zal - voor zover deze informatie mij bekend is - informatie worden verstrekt over de vraag om wat voor arbitrage het gaat: *ad hoc*, institutioneel of reglementair. Daarnaast zal - eveneens voor zover deze informatie mij bekend is - worden aangegeven in welke verhouding de arbiter tot partijen staat: is er sprake van een partij-arbiter, een arbiter die benoemd is door een arbitrage-instituut of overheidsrechter, een co-arbiter, een unus-arbiter of een voorzitter? In beginsel zal zoveel mogelijk worden geprobeerd om primaire bronnen te bespreken en/of citeren.⁴⁸ Waar dit niet mogelijk is, zal in een voetnoot naar voren worden gebracht dat de informatie en/of geciteerde overweging afkomstig is van een secundaire bron (veelal een handboek of tijdschriftartikel). De overwegingen zullen, evenals de rechtsoverwegingen van rechterlijke uitspraken, zoveel mogelijk één op één worden overgenomen. Voor een beter begrip van een niet-Nederlandse tekst zal op een aantal plaatsen de geciteerde (rechts)overweging (vrij) worden vertaald.

Naast primaire (rechts)bronnen zal voor dit onderzoek gebruik worden gemaakt van secundaire bronnen in de vorm van (hand)boeken, tijdschriftartikelen en ander (promotie)onderzoek (zie nr. 10). Belangrijke databases voor dit onderzoek zijn Kluwer Arbitration (alle jurisdicties), Dalloz (Frankrijk), Legal Intelligence (Nederland),⁴⁹ SwissLEX (Zwitserland), en de website Global Arbitration Review (alle jurisdicties).

8. Kanttekening brongebruik

Hoewel veel bronnen beschikbaar zijn om onderhavig onderzoek te kunnen verrichten, is er sprake van een belangrijke begrenzing die verband houdt met een gebrek aan inzicht in de wijze waarop de verplichting tot onafhankelijkheid en onpartijdigheid door de vier arbitrage-instituten van onderzoek is ingevuld in zowel hun arbitragereglement als in wrakingsbeslissingen die afkomstig zijn van hun wrakingscomité(s),⁵⁰ en de gedachten van de instituten hierachter.⁵¹ Zowel door het NAI als door het SAC is tot op heden afgezien van enige (vorm van) publicatie van wrakingsbeslissingen. Hoewel de ICC in oktober 2015 naar voren bracht dat het voortaan de 'reasons' zou (prijs)geven die aan de wrakingsbeslissingen van het ICC Court ten

47 Tijdens de afronding van dit onderzoek kwam naar voren dat (ook) het NAI Arbitragereglement 2015 wordt gewijzigd.

48 De bronnen van de besproken wrakingsbeslissingen van het LCIA zullen in beginsel zijn: de (digitale) Challenge Decision Database (bron: www.lcia.org/challenge-decision-database.aspx) of het tijdschrift *Arbitration International* (jaargang 1985-heden); de besproken wrakingsbeslissingen van de ICC en het SAC zullen hoofdzakelijk afkomstig zijn uit secundaire literatuur; de wrakingsbeslissingen van het NAI zijn (nog) niet openbaar en in beginsel dan ook niet raadpleegbaar (vgl. par. 7.3).

49 En het Juridisch Archief (online, via: Kluwer Navigator) om jaargangen 1980-2006 van het *Tijdschrift voor Arbitrage* te kunnen raadplegen.

50 Vgl. Cleis 2017, p. 9: 'A significant constraint on the research for Chapters 2 and 3 is the scarcity of published decisions on arbitrator disqualifications'; Guandalini 2020, p. 19.

51 Daarnaast is onder meer sprake van een gebrek aan primaire bronnen in het kader van de totstandkoming van en toelichting op de IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration 2004 en 2014, zij het dat door De Witt Wijnen, Voser & Rao 2004 enig inzicht wordt gegeven in de totstandkoming(sgeschiedenis) van de IBA Guidelines 2004. Ook zijn verschillende ICSID-uitspraken met beslissingen over wrakingsverzoeken niet gepubliceerd.

grondslag liggen,⁵² bleek deze transparantie met name voor de partijen in de arbitrage te zijn bedoeld.⁵³ Het tijdschrift *ICC Dispute Resolution Bulletin* waarin zo nu en dan aandacht aan wrakingsbeslissingen wordt geschonken, is alleen toegankelijk met een abonnement.^{54,55} Hoewel het LCIA op het eerste oog het meest transparant op dit punt lijkt te zijn – het instituut heeft sinds 2010 een zgn. ‘Challenge Decision Database’ op zijn website – kunnen vraagtekens worden gezet bij de methodologie van de gepubliceerde beslissingen.⁵⁶ Ook zijn tot op heden alleen wrakingsbeslissingen gepubliceerd over de periode 28 oktober 2010 t/m 21 juli 2017.⁵⁷ Tot slot heb ik geen informatie van de vier arbitrage-instituten over terugtrekking door kandidaat-arbiters in de (belangrijke) fase voorafgaande aan de benoeming – in de literatuur (ook) wel aangeduid als ‘informal challenge’.⁵⁸

9. Terminologie

In dit onderzoek staat de verplichting tot onafhankelijkheid en onpartijdigheid van arbiters centraal. Er is voor gekozen om de twee begrippen onder één verplichting te scharen nu zowel naar de onafhankelijkheid van arbiters als naar de onpartijdigheid van arbiters wordt gekeken.⁵⁹ In dit proefschrift worden de begrippen ‘onafhankelijkheid’ en ‘onpartijdigheid’ samen of los van elkaar gebruikt. Op het moment dat de begrippen samen worden gebruikt om een afhankelijke en/of partijdige arbiter aan te duiden, kan ook worden gesproken over ‘arbitrale vooringenomenheid’.⁶⁰ De ter-

52 ICC, ‘ICC Court to communicate reasons as a new service to users’, 8 oktober 2015 (vindplaats: via iccwbo.org). Vgl. ICC, *Dispute Resolution 2020 Statistics*, p. 16: ‘To date, (...) the ICC Court has communicated reasons for 52 decisions, including 38 decisions on arbitrator challenges’.

53 Vgl. iccwbo.org/dispute-resolution-services/arbitration/publication-of-icc-arbitral-awards-with-jus-mundi.

54 Tot 2015: *ICC International Court of Arbitration Bulletin*.

55 Ook veel (andere) informatie bevindt zich achter betaalmuren. Hoewel ik toegang had tot de voor onderzoek belangrijke en rijkge vulde database Kluwer Arbitration, was de database in die zin beperkt dat deze weinig toegang biedt tot (meer) specialistische en oude(re) literatuur.

56 Zo is niet duidelijk wie de beslissingen bewerkt, op welke wijze de anonimisering van de beslissingen plaatsvindt, en in hoeverre de(ze) beslissing afwijkt van de beslissing die door de partijen in de arbitrage wordt ontvangen.

57 Zie daarnaast: ‘Challenge Digests’, *Arbitration International* 2011, afl. 3, p. 315-474 voor (wrakings)beslissingen in de periode 29 mei 1996 – 21 mei 2010. Vgl. LCIA Division 28 augustus 2009, nr. 81160, par. 7.1: ‘In light of the above, the Division upheld the appointment of the third and presiding arbitrator by the LCIA Court’; LCIA Division 27 januari 2000, nr. 9147, par. 5.1: ‘In light of the above, the Division declined to appoint the Respondent’s nominee as an arbitrator in these proceedings’. Zie (algemeen) bijv. Van Haersolte-van Hof, Greenway & Cho 2019.

58 Vgl. Cleis 2017, p. 10: ‘Since no decision is rendered, resignations (and their reasons) are impossible to grasp’.

59 Hoewel de beide begrippen vaak samen worden gebruikt, wordt in sommige arbitrale wet- en/of regelgeving slechts één van beide begrippen genoemd. Ook in de literatuur bestaan verschillende opvattingen over de vraag of onderscheid tussen de beide begrippen dient te worden gemaakt. In dit onderzoek is ervoor gekozen om de twee begrippen onder één verplichting te scharen. Vgl. EHRM 20 mei 2021, nr. 5312/11 (*Beg S.p.a./Italië*), r.o. 133: ‘(...) the concepts of independence and objective impartiality are closely linked and, depending on the circumstances, may require joint examination (...)’; EHRM 28 januari 2020, nrs. 30226/10, 17880/11, 17887/11, 17891/11 & 5506/16 (*Ali Riza c.s./Turkije*), r.o. 200, vgl. EHRM 2 oktober 2018, nrs. 40575/10 & 67474/10 (*Mutu en Pechstein/Zwitserland*), r.o. 144: ‘(...) the concepts of independence and objective impartiality are closely linked and, depending on the circumstances, the Court may consider both issues together (...)’. Vgl. Turner & Mohtashami 2009, nr. 4.11; Fry, Greenberg & Mazza 2012, nr. 3.371.

60 Zie ook Froitzheim 2016, nr. 16.

men 'arbiter(s)' en 'scheidsgerecht' zullen afwisselend van elkaar worden gebruikt.⁶¹ Gekozen is voor het gebruik van de term 'overheidsrechter' in plaats van de term 'rechter' om te benadrukken dat het gaat om een door de staat benoemde rechter. Hoewel strikt genomen geen sprake is van uitspraken die afkomstig zijn van een rechterlijk orgaan, maar deze in het kader van dit onderzoek wel als onderdeel van 'het' arbitragerecht worden gezien (vgl. nr. 7), wordt gesproken over 'scheidsrechtelijke uitspraak' en 'ICSID-uitspraak'.⁶² Daarnaast wordt gebruik gemaakt van de term '(wrakings)beslissing',⁶³ en de term 'wrakingsverzoek'.⁶⁴ Onder de term 'partij-arbiter' wordt in onderhavig verband verstaan: een door één van de partijen benoemde arbiter of arbiter die op verzoek van één van de partijen is benoemd.⁶⁵ Met het oog op de privacy worden arbiters in beginsel niet bij naam genoemd.⁶⁶ Wat de ICSID-uitspraken betreft, zal worden aangegeven of sprake is van een wrakingsbeslissing door de niet-gewraakte arbiters of van een beslissing door de voorzitter van de ICSID Administrative Council.⁶⁷ De term 'counsel' die in ICSID-uitspraken naar voren komt, zal in beginsel worden vertaald als 'advocaat/advocaten'. De term 'verweerder/verweester' zal worden gebruikt om een wederpartij aan te duiden in het kader van een wrakingsprocedure of erkennings- en/of tenuitvoerleggingsprocedure; de term 'gedaagde' zal worden gebruikt om een wederpartij aan te duiden in het kader van een vernietigingsprocedure en arbitrages waarin iets wordt gevorderd, dan wel in het kader van wrakingsprocedures waar in de wrakingsbeslissing wordt verwezen naar de partijverhouding in de onderliggende arbitrage.⁶⁸ Het gebruik van de term 'arbitrage' heeft in het kader van dit proefschrift betrekking op de periode vanaf de benoeming van de arbiter(s) tot en met het wijzen van het arbitraal (eind)vonnis, tenzij anders aangegeven.⁶⁹ Onder de term 'kandidaat-arbiter' wordt verstaan: een arbiter die door partijen of door een arbitrage-instituut voor benoeming is of wordt

61 Ook wanneer sprake is van een scheidsgerecht waarin slechts één arbiter zitting neemt (en dus sprake is van een unus-arbiter).

62 In dit verband zij opgemerkt dat de term 'uitspraak' in andere jurisdicties eveneens wordt gebruikt om beslissingen aan te duiden die van arbiters afkomstig zijn, ter illustratie kan op het (Franse) woord 'jugement' worden gewezen.

63 Vgl. de Challenge Decision Database van het LCIA jo. art. 3.1 LCIA Rules 2020; Rb. Utrecht (wrakingskamer) 12 januari 2012, ECLI:NL:RBUTR:2012:BV0635: 'Deze beslissing is gegeven door (...)'. De term 'beslissing' zal eveneens worden gebruikt voor uitspraken die afkomstig zijn van andere arbitrage-instituten, zoals bijvoorbeeld de SCC en het DIA.

64 Een dergelijk verzoek wordt toe- of afgewezen. Vgl. Rb. Midden-Nederland (wrakingskamer) 2 mei 2017, ECLI:NL:RBMNE:2017:2222, r.o. 4: 'De wrakingskamer: 4.1. verklaart het verzoek tot wraking ongegrond', zie ook: Rb. Amsterdam (vzr.) 8 november 2012, ECLI:NL:RBAMS:2012:BY8266, r.o. 6; Rb. Utrecht (wrakingskamer) 12 januari 2012, ECLI:NL:RBUTR:2012:BV0635, r.o. 5.1 en 5.2; Rb. Leeuwarden (vzr.) 16 februari 2010, ECLI:NL:RBLER:2010:BL4460, r.o. 7; Rb. Rotterdam (vzr.) 21 april 2005, ECLI:NL:RBROT:2005:AU7659, r.o. 4.

65 Vgl. Froitzheim 2016, nr. 17.

66 Zij het met de kanttekening dat in geval van ICSID-uitspraken aan het noemen van namen niet kan worden ontkomen nu de (gewraakte) arbiters in deze uitspraken in beginsel met naam en toenaam worden genoemd.

67 Art. 58 ICISD Convention 2006.

68 Vgl. art. 1035 lid 8 Rv: 'Een partij die redenen heeft een arbiter te wraken, legt deze redenen aan een verzoek tot wraking (...)'; art. 1062 lid 1 Rv: 'De tenuitvoerlegging (...) kan eerst plaatsvinden nadat (...) op verzoek van een der partijen verlof heeft verleend'; art. 1064a Rv: 'De vordering tot vernietiging wordt ingesteld bij (...) (curs. PR).

69 Vgl. art. 1058 lid 3 Rv: '(...) eindigt de opdracht van het scheidsgerecht door verzending van het laatste eindvonnis aan partijen of (...), door nederlegging ter griffie van de rechtbank van het laatste eindvonnis'.

voorgedragen. Bij gebrek aan een andere term die de lading mijns inziens voldoende dekt, is ervoor gekozen om de term 'disclosure-verplichting' niet te vertalen. Onder deze term wordt in het kader van dit proefschrift verstaan: de verplichting voor een arbiter die uit arbitrale wet- en regelgeving of jurisprudentie voortvloeit om voorafgaande en/of tijdens de arbitrage mededeling te doen van bepaalde omstandigheden.⁷⁰ Tot slot wordt op het moment dat de term 'literatuur' wordt gebruikt, gedoeld op literatuur die betrekking heeft op een arbitrage(rechtelijk)onderwerp, tenzij anders aangegeven.

10. Ander (promotie)onderzoek

In de literatuur is naar voren gebracht dat zowel de verplichting tot onafhankelijkheid als de verplichting tot onpartijdigheid 'are indispensable safeguards of the proper discharge of the judicial function in all developed legal systems'.⁷¹ Weinig verrassend is dan ook de aanzienlijke hoeveelheid verschenen literatuur waarin wordt geprobeerd enig licht te laten schijnen op het onderwerp van de onafhankelijkheid en/of onpartijdigheid van arbiters.⁷² Met name vanaf het eind van de twintigste eeuw (vgl. nr. 61) is ook het nodige promotieonderzoek verricht. Ter illustratie licht ik hieronder, in chronologische volgorde, zes proefschriften uit die enige overlap met onderhavig proefschrift vertonen. Naast een beknopte uiteenzetting van de inhoud en opbouw van het onderzoek wordt aandacht besteed aan eventuele overeenkomsten (waarbij verwijzing in een voetnoot plaatsvindt naar de relevante paragrafen in het betreffende proefschrift) en verschillen. Op voorhand is duidelijk dat het onderwerp van onderhavig proefschrift niet nieuw is, maar op een aantal punten wel onderscheidend is ten opzichte van eerder verschenen proefschriften wat betreft de gekozen invalshoek en uitwerking. Proefschriften waarin niet het (algemene) onderwerp van de onafhankelijkheid en/of onpartijdigheid van arbiters centraal staat, maar waarin bijvoorbeeld nader wordt gegaan op wraking,⁷³ de ver-

70 De precieze inhoud en reikwijdte van de disclosure-verplichting is onduidelijk en wisselt per (rechts) bron (vgl. par. 7.3).

71 Petrochilos 2004, nr. 4.53. Vgl. Pfister 2019, p. 53: 'Die Geltung des Gebots der Unabhängigkeit und Unparteilichkeit für Schiedsrichter ist international allgemein anerkannt.'⁷⁷; Racine 2016, nr. 486: 'C'est un devoir fondamental'; Redfern & Hunter 2015, nr. 4.75: 'It is a fundamental principle in international arbitration that every arbitrator must be, and must remain, independent and impartial of the parties and the dispute.'⁷⁶; Chung 2014, p. 2: 'Impartiality and independence are the cornerstones in ensuring fairness in arbitration'; Tercier 2012, p. 31: 'Le devoir d'indépendance est la condition première de l'activité de l'arbitre; elle ne rend évidemment pas compte de tous les devoirs'; Lew, Mistelis & Kröll 2003, nr. 5.68: 'The *magna carta* of arbitration has two main principles: - due process and fair hearing; and - independence and impartiality of arbitrators'; Gaillard & Savage 1999, nr. 1020: 'The most important requirements imposed on arbitrators are of a general nature: an arbitrator must be independent and impartial vis-à-vis the parties'.

72 Vgl. Racine 2016, nr. 491: 'L'indépendance et l'impartialité de l'arbitre sont l'une des questions les plus débattues à l'heure actuelle (...)'. Vgl. Born 2021a, p. 1891: '(...) fundamental to the arbitral process and warrant detailed consideration'.

73 In dit verband kan allereerst worden gewezen op het proefschrift van Luttrell (2009) waarin de auteur aan de hand van de uitkomsten van een omvangrijk rechtsvergelijkend onderzoek (de auteur kijkt naar jurisdicties in Europa, de Verenigde Staten, Azië en Australië, alsmede naar investeringsarbitrages) op zoek gaat naar een andere wrakingsmaatstaf die kan worden aangelegd dan de veelvuldig gehanteerde 'reasonable apprehension'-maatstaf. Laatstgenoemde maatstaf zou 'the Black Art of tactical challenge' te eenvoudig maken. Het proefschrift is 'intended to be a mixed theoretical and practical response to

houding tussen arbiters en advocaten,⁷⁴ of waarin het thema juist wordt belicht ten aanzien van investeringsarbitrage(s),⁷⁵ laat ik voor nu buiten beschouwing, zij het dat in dit proefschrift wel verwijzingen naar deze studies worden opgenomen.⁷⁶

Allereerst kan worden gewezen op het proefschrift van El Chazli (2020) waarin de onpartijdigheid van de arbiter centraal staat. Het doel van de studie wordt als volgt verwoord: 'fournir à l'organe chargé d'évaluer l'impartialité de l'arbitre des directives lui permettant d'accomplir sa mission de manière plus rationnelle et moins intuitive'.⁷⁷ Het proefschrift valt in twee delen uiteen. In het eerste deel ('les manifestations de l'exigence d'impartialité') gaat de auteur in op de invulling van de verplichting tot onpartijdigheid. In dit verband worden drie categorieën onder-

the procedural problem of tactical bias challenges in international commercial arbitration' (p. xi). In dit proefschrift zal worden verwezen naar de handelseditie van het proefschrift van Luttrell (te raadplegen via Kluwer Arbitration), zie voor de originele tekst van het manuscript: researchrepository.murdoch.edu.au/id/eprint/698/2/02Whole.pdf. Daarnaast kan worden gewezen op het proefschrift van Pfister (2019) dat zich toespit op (een analyse van) het wrakingsmechanisme in het algemeen. In dit verband wordt aandacht besteed aan de reglementen van verschillende arbitrage-instituten. Vgl. voorts de dissertatie van Sachs (2008) over 'Verhaltensstandards für Schiedsrichter'.

74 In dit verband kan worden gewezen op het proefschrift van Horst (2017) waarin de 'Spannungsverhältnis' tussen arbiters en advocaten in internationale arbitrages centraal staat. De studie beoogt 'einen umfassenden Überblick darüber bieten, ob und wann die Beziehung eines Schiedsrichters zu einem Parteivertreter als problematisch zu werten ist und sogar die Ablehnung des Schiedsrichters begründen kann' (p. 2). Voor onderhavig onderzoek is met name het tweede deel van het proefschrift van Horst interessant. In dit deel wordt wraking op grond van 'Verbindung zum Parteivertreter' besproken (p. 91-161). De auteur onderscheidt acht categorieën: i) 'Kommunikation zwischen Schiedsrichter und Parteivertreter ohne Beisein der Gegenseite', ii) 'Freundschaft und familiäre Beziehungen zwischen Schiedsrichter und Parteivertreter' (vgl. par. 6.6, par. 5.4), iii) 'Spannungen zwischen Schiedsrichter und Parteivertreter', iv) 'Professionelle Beziehungen von Schiedsrichter und Parteivertreter' (vgl. par. 6.3), v) 'Sozietätszugehörigkeit von Schiedsrichter und Parteivertreter', vi) 'Zugehörigkeit zu derselben *barristers' chambers*', vii) 'Mehrfachbenennung des Schiedsrichters durch den Parteivertreter' (vgl. par. 6.4), en viii) 'Verbindungen von Schiedsrichter und Parteivertreter in *social media*' (vgl. par. 6.6). Invulling vindt plaats aan de hand van de bespreking van de Duitse Arbitragewet (ZPO), jurisprudentie, en van literatuur, zij het dat (op bescheiden schaal) ook aandacht is voor andere bronnen (waaronder de IBA Guidelines 2014, Amerikaanse en Engelse jurisprudentie en ICSID-uitspraken).

75 In dit verband kan worden gewezen op het proefschrift van Cleis (2017) waarin de nadruk op de ICSID-arbiter(s) ligt. Daarnaast kan worden gewezen op het proefschrift van Klatte (2014) waarin wordt gekeken naar de onafhankelijkheid en onpartijdigheid van arbiters 'in zwischenstaatlichen und gemischten Verfahren'. De auteur verwoordt het doel van haar onderzoek als volgt: 'Die Arbeit setzt sich primär zum Ziel, herauszuarbeiten was die Garantie der Unabhängigkeit und Unparteilichkeit in der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit *de lege lata* beinhaltet' (p. 6).

76 In dit onderzoek zal voorts worden verwezen naar Gómez-Acebo (2016) waarin uitvoerig wordt stilgestaan bij de onafhankelijkheid en onpartijdigheid van partij-arbiters (p. 69-174). Daarnaast zal worden verwezen naar Clay (2001) waarin de nodige aandacht wordt besteed aan 'l'indépendance' (p. 231-374), als één van de 'qualités nécessaires de l'arbitre', en Bernheim-Van de Castele (2012). Vgl. Fach Gómez (2019) waarin nader wordt ingegaan op het onderwerp van 'the Duty of Disclosure and Conflicts of Interest' met het oog op de 'Investment International Arbitrators' (p. 25-121). Zie ook: C.E.S. Elias, *Imparcialidade dos árbitros*, São Paulo: Almedina 2021; C. Spaccapelo, *L'imparzialità dell'arbitro*, Milaan: Giuffrè Editore 2009. Deze proefschriften zijn niet bekeken nu ik de Portugese noch de Italiaanse taal machtig ben. Zie ook twee (meer) recent verschenen proefschriften: Beimel 2021, p. 1: '(...), this book will analyse the state of play of independence and impartiality in international commercial arbitration. (...), it will provide an overview of the current status of independence and impartiality applied in international commercial arbitration, focusing on case law from France, Germany, Switzerland, the United Kingdom and the United States'; Angoura 2022, p. 24: 'This thesis will conduct a comparative study of the concept of impartiality and independence of the arbitrator among these legal systems [Duitsland, Zwitserland, Griekenland, Frankrijk, Engeland en de Verenigde Staten, PR] to reveal a convergence of solutions and procedures that contest the issue of arbitrator bias'.⁶

77 El Chazli 2020, achterflaptekst.

scheiden van mogelijke arbitrale onpartijdigheid: i) de 'actes' van de arbiter, ii) 'ses liens', en iii) 'ses opinions préalables'. De invulling geschiedt aan de hand van de bespreking van arbitrale wet- en regelgeving, (scheids)rechterlijke uitspraken en literatuur uit met name Frankrijk, zij het dat ook bronnen uit onder meer Zwitserland, de Verenigde Staten en van het ICSID naar voren komen. In het tweede deel ('les limites de l'exigence d'impartialité') staat enerzijds de partij-arbiter centraal, en anderzijds het doen van afstand ('la renonciation à se prévaloir du risque de partialité'). Hoewel het doel van de studie van El Chazli en de wijze waarop de invulling van de verplichting tot onpartijdigheid wordt uitgewerkt overeenkomsten vertonen met onderhavig onderzoek,⁷⁸ is de reikwijdte van dit onderzoek ruimer omdat ook wordt ingegaan op de verplichting tot arbitrale onafhankelijkheid en andere (verschijnings)vormen van arbitrale partijdigheid worden besproken. In vergelijking met dit onderzoek besteedt El Chazli relatief veel aandacht aan de partij-arbiter, en 'afstand van recht', en minder aandacht aan de invulling van de verplichting. Tot slot richt dit onderzoek zich nadrukkelijk(er) op andere jurisdicties dan alleen Frankrijk.

In het proefschrift van Froitzheim (2016) staat de wraking van arbiters wegens vooringenomenheid centraal. De auteur vat het doel van zijn studie als volgt samen: 'diesen Bereich der Schiedsgerichtsbarkeit transparenter werden zu lassen'.⁷⁹ Het proefschrift bestaat uit drie delen. Allereerst vindt een bespreking en vergelijking van diverse 'Rechtsquellen zur Ablehnung' plaats. De bronnen zijn afkomstig van het arbitragerecht van Zwitserland, Engeland, Zweden, de Verenigde Staten, en de Model Law-jurisdicties, van arbitragereglementen van onder meer het LCIA, het DIS, de AAA en het ICSID, en van de IBA Rules of Ethics 1987 en de IBA Guidelines 2014. In het tweede deel worden uit (scheids)rechterlijke uitspraken en regels 'allgemeine Grundregeln' geëxtraheerd ten aanzien van 'mangelnde Unbefangenheit' en de 'Offenbarungspflicht'.⁸⁰ Tot slot worden in het derde deel 'allgemeinen Grundsätze anhand von diversen speziellen Fallgestaltungen auf ihre Tauglichkeit hin getestet',⁸¹ in het kader waarvan de meeste aandacht uitgaat naar de band tussen de arbiter en een partij of zijn/haar advocaat.⁸² De reikwijdte van de studie van Froitzheim is in vergelijking met onderhavig onderzoek beperkter nu de nadruk op wraking ligt. In het verlengde hiervan wijken de doel(stelling)en van de beide onderzoeken af. Hoewel ook door Froitzheim aandacht aan de invulling van de onafhankelijkheid en onpartijdigheid van arbiters wordt besteed, verschilt de wijze van uitwerking: gekozen is voor een andere invalshoek en de uitwerking is op een aantal punten beknopt(er).

78 Vgl. par. 1.2, en de invulling van de (tien) factoren in hoofdstukken vijf en zes.

79 Froitzheim 2016, nr. 10. De auteur legt ook de nadruk op de band van de arbiter met andere actoren.

80 § 2 Grundsätzliche Fragen (»Allgemeiner Teil«) (nrs. 86-435).

81 Froitzheim 2016, nr. 15, zie: § 3 Internationale Kasuistik (»Besonderer Teil«) (nrs. 436-722).

82 De auteur onderscheidt negen categorieën: i) 'Schiedsrichter ist eine Partei', ii) 'Freundschaft oder Konflikte', iii) 'Gemeinsame Vereinsmitgliedschaft', iv) 'Herkunft', v) 'Betätigung für eine Partei oder Parteivertreter', vi) 'Betätigung gegen eine Partei oder einen Parteivertreter', vii) 'Einseitige Kommunikation', viii) 'Eine für die Partei ungünstige Entscheidung des Schiedsrichters', en ix) 'Berufliche Zusammenarbeit mit Parteivertreter' (nrs. 438-657). Daarnaast wordt aandacht besteed aan de banden: 'Schiedsrichter-Sachverhalt, ähnliche Sachverhalte oder Rechtsfragen' (nrs. 658-717), 'Schiedsrichter - Mitschiedsrichter' (nrs. 718-720), en 'Schiedsrichter - Zeuge bzw. Sachverständiger' (nrs. 721-722).

Het proefschrift van Castres Saint-Martin (2016) is aan 'les conflits d'intérêts en arbitrage commercial international' gewijd. Het proefschrift valt in twee delen uiteen. In het eerste deel ('la pathologie') worden verschillende (verschijnings)vormen van belangenverstrengeling belicht. Interessant is onder meer de aandacht die naar 'les conflits d'intérêts affectant les institutions d'arbitrages' uitgaat. Uit de afzonderlijke bevindingen worden vervolgens een aantal overeenkomsten afgeleid waarna een definitie van het begrip 'conflit d'intérêts' wordt voorgesteld.⁸³ In het tweede deel ('un traitement') wordt ingegaan op maatregelen die belangenverstrengeling zouden kunnen sanctioneren. In het kader hiervan wordt een onderverdeling tussen 'mesures préventives' en 'mesures curatives' gemaakt en wordt aandacht besteed aan de (juridische) grondslag van de maatregelen. Hoewel de wijze waarop de invulling van 'les conflits d'intérêts' op diverse punten overeenkomsten met onderhavig onderzoek vertoont,⁸⁴ is het proefschrift van Castres Saint-Martin duidelijk(er) een betoog: zo werkt zij nadrukkelijk naar een definitie van 'les conflits d'intérêts' toe,⁸⁵ wordt gepleit voor erkenning van het (nieuwe) 'principe de confiance',⁸⁶ en wordt de Franse wetgever opgeroepen tot codificatie van 'un régime juridiques des conflits d'intérêts en arbitrage commercial international'.⁸⁷ Ook de reikwijdte van beide onderzoeken verschilt, omdat Castres Saint-Martin zich in beginsel op Frankrijk richt.

Bischoff (2013) heeft onderzoek gedaan naar de onafhankelijkheid en onpartijdigheid van arbiters onder Duits en Engels recht, en naar de wijze waarop de verplichting in de IBA Guidelines 2004 is uitgewerkt. Het doel van zijn studie is om 'die Gemeinsamkeiten und Unterschiede dieser Vorschriften' uit te werken.⁸⁸ Een vergelijking van de verschillende regels 'soll ein weitergehendes Verständnis darüber ermöglichen, inwieweit die von den jeweiligen Gesetzgebern und der IBA geschaffenen Regelwerke das Umfeld für die internationale Schiedsgerichtsbarkeit positiv oder negativ beeinflussen', aldus de auteur.⁸⁹ Het proefschrift bestaat uit vier delen. Allereerst wordt gekeken naar 'Unabhängigkeitsprobleme' in Duitsland; in het tweede deel worden 'Interessenkonflikte bei Schiedsrichtern in Groß-

83 Castres Saint-Martin onderscheidt zowel 'conditions objectives' als 'conditions subjectives' van belangenverstrengeling.

84 Castres Saint-Martin maakt onderscheid tussen 'les conflits d'intérêts en la personne de l'arbitre' en 'les conflits d'intérêts affectant les institutions d'arbitrage'. In het kader van de eerste categorie maakt zij onderscheid tussen 'les conflits d'intérêts en raison des parties à l'arbitrage' en 'les conflits d'intérêts en raison de l'objet de l'instance arbitrale ou *issue conflicts*'. De eerstgenoemde categorie wordt nader onderverdeeld in 'les conflits d'intérêts patrimoniaux', waaronder worden geschaard: i) 'le courant d'affaires', ii) 'le lien de subordination', en iii) 'les relations d'affaires' - en 'les conflits d'intérêts extrapatrimoniaux', waaronder worden geschaard: i) 'la nationalité de l'arbitre' (vgl. par. 5.4), en ii) 'les liens affectifs entretenus par l'arbitre' (vgl. par. 6.6). In het kader van de tweede categorie - 'les conflits d'intérêts en raison de l'objet de l'instance arbitrale ou *issue conflicts*' - maakt zij onderscheid tussen 'les opinions scientifiques de l'arbitre' (vgl. par. 6.5.5) en 'les opinions politiques et religieuses de l'arbitre' (vgl. par. 5.7, par. 5.6).

85 Castres Saint-Martin 2016, nr. 214: 'Un conflit d'intérêts est la contradiction directe et actuelle au sein d'une seule et même personne entre un intérêt personnel et un intérêt tiers dont elle a la charge, la plaçant en situation de faire prévaloir le premier au détriment du second'.

86 Castres Saint-Martin 2016, nr. 742 e.v.

87 Castres Saint-Martin 2016, nr. 784: '(...), il est nécessaire que le législateur impose une définition et un régime juridiques des conflits d'intérêts en arbitrage commercial international. (...)'.
88 Bischoff 2013, p. 27.

89 Bischoff 2013, p. 27.

britannien' belicht. Vervolgens worden de IBA Guidelines 2004 besproken en volgt, in het vierde deel, een 'Zusammenfassung der Untersuchung'. In vergelijking met onderhavig onderzoek is de reikwijdte van het onderzoek van Bischoff beperkter omdat de nadruk ligt op een (rechts)vergelijking, terwijl in dit onderzoek ook naar andere vragen wordt gekeken die verband houden met het onderwerp van de onafhankelijkheid en onpartijdigheid van arbiters. Daarnaast verschilt de wijze van uitwerking: niet alleen is sprake van een benadering per instrument (disclosure, wraking, vernietiging), ook de invulling die wordt gegeven, is beknopt(er) omdat naar relatief weinig (scheids)rechterlijke uitspraken wordt verwezen. Tot slot wordt naar twee jurisdicties gekeken, en worden arbitrage-instituten buiten beschouwing gelaten.

Het proefschrift van Wilke (2006) draagt de titel: 'Interessenkonflikte in der Internationalen Schiedsgerichtsbarkeit: Unparteilichkeit, Unabhängigkeit und Offenlegungspflichten'.⁹⁰ Het proefschrift heeft vijf delen en zal 'aufzeigen, wie sehr die internationale (Wirtschafts-)Schiedsgerichtsbarkeit auf eine vernunftbezogene Verfahrensgestaltung durch die Schiedsparteien, ihre Interessenvertreter und die Schiedsrichter angewiesen ist und dass die IBA Guidelines 2004 einem bislang eher konturlosen Ethos dieser Beteiligten erstmals Leben einhauchen können'.⁹¹ In het eerste deel wordt stilgestaan bij 'schiedsrichterlicher Interessenverflechtungen' in de Verenigde Staten, Zwitserland, Frankrijk, Engeland, Zweden, Australië, Nieuw-Zeeland en Duitsland, in het kader waarvan ook naar de UNCITRAL Model Law 1985 wordt gekeken.⁹² In het tweede deel wordt gekeken naar onder meer de 'Ursprung eines jeden Interessenkonflikts' waarbij de nadruk ligt op de wisselwerking tussen 'Parteiautonomie' en 'Fairness'. Op basis van deze 'Grundsätze' wordt in het derde deel 'ein schiedsverfahrensrechtliches Ethos' ontwikkeld dat 'jedes grenzüberschreitende Schiedsverfahren durchdringen muss'. In dit deel wordt ook nader ingegaan op een aantal 'General Standards' van de IBA Guidelines 2004. In het vierde deel worden de 'Rechtsnatur und Rang' van de IBA Guidelines besproken, en de 'Wirkungsweise' ervan. Het vijfde deel sluit af met een 'Ausblick auf die zukünftige Behandlung schiedsrichterlicher Interessenverflechtungen' waarbij gebruikt wordt gemaakt van bevindingen die in de eerdere delen naar voren zijn gekomen. Interessant is de aandacht die aan de totstandkoming van de verschillende bepalingen van de IBA Guidelines 2004 wordt besteed en de weergave van de overwegingen van de werkgroep, zij het dat geen verwijzing volgt naar primaire bronnen zodat ik deze informatie niet zelf kon raadplegen.⁹³ Hoewel het onderwerp van het onderzoek van Wilke met het onderwerp van onderhavig onderzoek overeenkomt, verschillen de beide onderzoeken ten aanzien van onder meer invalshoek, structuur, uitwerking en uitkomst.

⁹⁰ Zie voor het manuscript van het proefschrift: www.gbv.de/dms/buls/512003556.pdf.

⁹¹ Wilke 2006, p. 5.

⁹² Wilke 2006, p. 4: 'Obgleich die Untersuchung ihren Schwerpunkt auf die Behandlung von Interessenkonflikten im internationalen Kontext legt, werden nationale Schiedsverfahrensnormen de lege lata zwin-gend berücksichtigt werden müssen: (...)'.
⁹³ Via internet heb ik geprobeerd de contactgegevens van de auteur van het proefschrift te achterhalen zodat ik hem zou kunnen benaderen met de vraag naar zijn (primaire) bronnen; dergelijke gegevens heb ik niet kunnen vinden.

Tot slot kan worden gewezen op het proefschrift van Henry (2001) dat aan de onafhankelijkheid van de arbiter is gewijd. Het proefschrift heeft twee delen: enerzijds wordt gekeken naar vragen die verband houden met de aard van de verplichting ('nature du devoir d'indépendance de l'arbitre') in het kader waarvan ook naar het onderscheid van de verplichting ten opzichte van andere begrippen als neutraliteit en objectiviteit wordt gekeken. Anderzijds wordt gekeken naar de reikwijdte van de verplichting. Interessant is het pleidooi van de auteur om de onafhankelijkheid van de arbiter als 'un devoir' te (gaan) beschouwen waaronder niet alleen de verplichting tot onpartijdigheid wordt geschaard, maar ook neutraliteit en objectiviteit. Hoewel de auteur een rechtsvergelijkend overzicht geeft van met name Franse arbitrale wet- en regelgeving en jurisprudentie waarin de verplichting tot onafhankelijkheid naar voren komt, wordt niet nader ingegaan op de concrete invulling ervan. Daarnaast is een gedeelte van de bronnen inmiddels verouderd, gelet op de verschijningsdatum van het werk.

1.4 Jurisdicties en arbitrage-instituten van onderzoek

11. Opbouw

Bij wijze van (algemene) inleiding op en kennismaking met de jurisdicties en arbitrage-instituten van onderzoek volgt in de laatste paragraaf van dit hoofdstuk een beknopte geschiedenis van de ontwikkeling van (handels)arbitrage(s) in de vier jurisdicties van onderzoek: Engeland, Frankrijk, Nederland en Zwitserland (par. 1.4.1). Daarnaast worden de vier arbitrage-instituten van onderzoek kort geïntroduceerd: het LCIA, de ICC, het NAI en het SAC (par. 1.4.2).

1.4.1 Jurisdicties van onderzoek

12. Engeland

Engeland kent een lange traditie van arbitrage. In de literatuur is hiervoor 'its importance as a trading nation' als verklaring aangedragen: kooplui en gildes zouden arbitrage verkiezen boven de gang naar de overheidsrechter omdat overheidsrechters slecht op de beslechting van handelsgeschillen waren toegerust.⁹⁴ In de literatuur is arbitrage ten tijde van de Middeleeuwen aangeduid als een informeel 'conciliatory process'.⁹⁵ Het Engelse arbitragerecht zou zijn beïnvloed door diverse bronnen, waaronder Bijbelse vertellingen en Romeins recht.⁹⁶ In de loop van de tijd werd de procedure formeler van aard en werd een begin gemaakt met het opstellen van pro-

⁹⁴ Lew & Holm 2013, nr. 1.1.

⁹⁵ Yarn 1995, p. 68. De auteur verwijst naar de zgn. 'loveday arbitrations'. Op dergelijke dagen konden partijen hun geschillen voorleggen aan 'arbiters' die door middel van bemiddeling tot een oplossing van het geschil probeerden te komen: '(...) Such arbitrations were essentially forms of mediation'. Zie ook: Baker 2006.

⁹⁶ Luttrell 2009, p. 30. Vgl. Powell 1983.

cedureregels.⁹⁷ Opmerkelijk is de relatief late codificatie van het Engelse arbitragerecht: tot 1698 zou het arbitragerecht alleen in rechtspraak te vinden zijn.⁹⁸ In de (eerste) Arbitration Act van 1698 kwam onder meer naar voren dat de partij die een arbitraal vonnis niet nakomt, 'shall be subject to all the penalties of contemning a rule of court'.⁹⁹ Ruim honderddertig jaar later werd de wet aangevuld met de Civil Procedure Act van 1833 waarin onder meer de onherroepelijke bevoegdheid van de arbiter - 'except by leave of the court' - naar voren kwam en de mogelijkheid voor arbiters om een eed af te leggen.¹⁰⁰ De Common Law Procedure Act van 1854, in de literatuur aangeduid als 'the first major codification of arbitration law in England',¹⁰¹ bracht een aantal belangrijke bepalingen met zich mee.¹⁰² Zo werd het voor een arbiter mogelijk om een kwestie aan de overheidsrechter voor te leggen (art. V), werd de mogelijkheid om een procedure aan te houden geïntroduceerd (art. XI), en kreeg de overheidsrechter de bevoegdheid om een arbiter te benoemen op het moment dat partijen hier niet uitkwamen (art. XII).

De wet van 1854 werd opgevolgd door de Arbitration Act van 1889 die eveneens belangrijk was voor de ontwikkeling van het Engelse arbitragerecht.¹⁰³ In de wet kwamen onder meer 'default terms' naar voren die één op één in een arbitrage-overeenkomst konden worden overgenomen, werd de wijze van tenuitvoerlegging van arbitrale uitspraken gelijkgesteld met de wijze waarop gerechtelijke uitspraken konden worden tenuitvoergelegd, en kregen overheidsrechters de bevoegdheid om een arbiter wegens 'misconduct' te verwijderen.¹⁰⁴ Deze wet werd geamendeerd door achtereenvolgens de Arbitration Clauses (Protocol) Act 1924, de Arbitration (Foreign Awards) Act 1930, en de Arbitration Act 1934.¹⁰⁵ Met de Arbitration Act van 1950 werden voornoemde wetten geconsolideerd.¹⁰⁶ De wet van 1950 bestond uit drie delen: 'General Provisions as to Arbitration' (art. 1-34), 'Enforcement of certain Foreign Awards' (art. 35-43), en 'General' (art. 44). De wet werd opgevolgd door de Arbitration Act van 1975 (na toetreding van Engeland tot het Verdrag van New York 1958),¹⁰⁷ en door de Arbitration Act van 1979.¹⁰⁸ Met de laatstgenoemde wet zou de

97 Yarn 1995, p. 68: 'An increasingly adjudicative society was reshaping arbitration - a conciliatory process - to suit its needs. Potential abuses of the process and changing notions of community, competition and individualism undermined the legitimacy of loveday arbitration'. Zie voor een overzicht van (de ontwikkeling van) de arbitrale wetgeving ook bijv. Mohmeded 2016.

98 Lew & Holm 2013, nr. 1.2; Sayre 1928, p. 605.

99 9 William III. Voluit: Statutes made in the Parliament - Begun to be Holden at Westminster, the Twenty-second Day of November, In the Seventh Year of the Reign of King William the Third; And from thence, by several Prorogations, continued to the Fifth Day of July One thousand six hundred and ninety-eight (bron van de tekst: The Statutes: Revised Edition, Volume 2, Londen: George Edward Eyre and William Spottiswoode 1871, p. 71 (online)). De regels zouden (mede) van de hand van John Locke zijn, zie nader: Horwitz & Oldham 1993. Uiteindelijk transformeerden voornoemde regels tot de Common Law Procedure Act van 1854.

100 Ellenbogen 1952, p. 658.

101 Lew & Holm 2013, nr. 1.7.

102 Zie voor de tekst van de wet: www.legislation.gov.uk/ukpga/Vict/17-18/125/enacted.

103 Ellenbogen 1952, p. 658: 'Until recently, the Arbitration Act, 1889, remained "the principal Act."'.¹⁰⁴

104 Lew & Holm 2013, nr. 1.12. Zie voor de tekst van de wet: Outram Crewe 1890.

105 Lew & Holm 2013, nr. 1.12; Ellenbogen 1952, p. 658, vgl. Nordon 1935.

106 Vindplaats: www.legislation.gov.uk/ukpga/Geo6/14/27/enacted.

107 'An Act to give effect to the New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards', zie voor de tekst van de wet: www.legislation.gov.uk/ukpga/1975/3/enacted.

108 Vindplaats: www.legislation.gov.uk/ukpga/1979/42/enacted.

Engelse wetgever hebben geprobeerd tegemoet te komen aan kritiek die zag op de (beweerdelijke) onnodige en tijdrovende inmenging door overheidsrechters in arbitrageprocedures.¹⁰⁹ In 1989 werden verschillende aanbevelingen door een Departmental Advisory Committee naar voren gebracht die verder werden uitgewerkt in concept-wetten in de beginjaren negentig van de twintigste eeuw. Een opvallende aanbeveling was om niet de UNCITRAL Model Law over te nemen.¹¹⁰ In december 1995 werd door het Comité de laatste hand gelegd aan de versie - de Arbitration Act 1996 - die vandaag de dag nog steeds geldend recht is.¹¹¹ De wet is op 31 januari 1997 in werking getreden voor Engeland en Wales, en - met uitzondering van enkele artikelen (zie art. 108) - voor Noord-Ierland.¹¹² De wet opent met drie 'General principles' waarop de bepalingen van het eerste deel van de wet (art. 1-84) zijn gegrond: i) het doel van arbitrage ('to obtain the fair resolution of disputes by an impartial tribunal without unnecessary delay or expense'), ii) het beginsel van de partijautonomie ('the parties should be free to agree how their disputes are resolved, subject only to such safeguards as are necessary in the public interest'), en iii) begrenzing van gerechtelijke inmenging ('the court should not intervene except as provided by' het eerste deel van de wet). De Arbitration Act 1996 heeft vier delen.¹¹³ Interessant is dat de wetgever tijdens de voorbereiding overwoog om het systeem dualistisch te maken. Uiteindelijk is een dergelijke tweedeling niet doorgevoerd.¹¹⁴

Bijzondere aandacht, tot slot, verdient de verhouding tussen arbitrage en Engelse overheidsrechters. Hoewel arbitrage populariteit genoot onder kooplui en gildes, kon het in de zeventiende en achttiende eeuw ook rekenen op jaloezie en wantrouwen van de kant van overheidsrechters.¹¹⁵ Zij stelden zich in beginsel terughoudend op ten aanzien van de mogelijkheid om (toekomstige) geschillen door middel van arbitrage te laten beslechten, en deinsden er niet voor terug om te interveniëren in arbitrages of arbitrale uitspraken (inhoudelijk) te herzien.¹¹⁶ Illustratief in dit verband zijn onder meer de woorden van de King's Bench uit 1746 in reactie op het

109 Lew & Holm 2013, nr. 1.21.

110 Departmental Advisory Committee on Arbitration Law, 1996 Report of the Arbitration Bill, februari 1996, par. 1 (bron: *Arbitration International* 1997, afl. 3, p. 276).

111 Flannery 2013, nr. 11.2. Niettemin gaan stemmen op om de Arbitration Act 1996 te herzien, zie voor een oproep hiertoe door de Law Commission of England and Wales in 2021: www.lawcom.gov.uk/14th-programme-kite-flying-document/#Arbitration: 'This potential project would review the 1996 Act, and, if necessary, suggest possible amendments. The aim would be to maintain the attractiveness of England and Wales as a "destination" for dispute resolution and the pre-eminence of English Law as a choice of law'.

112 Voluit: Arbitration Act 1996 (Commencement No. 1) Order 1996, SI 1996/3146.

113 'Arbitration pursuant to an arbitration agreement' (art. 1-84), 'Other provisions relating to arbitration' (art. 85-98), 'Recognition and enforcement of certain foreign awards' (art. 99-104), en 'General provisions' (art. 105-110).

114 Departmental Advisory Committee on Arbitration Law, 1997 Supplementary Report on the Arbitration Act 1996, par. 47-50 (bron: *Arbitration International* 1997, afl. 3, p. 326).

115 *Scott v. Avery* (House of Lords, 1856), Lord Campbell: 'They had great jealousy of arbitrations, whereby Westminster Hall was robbed of those cases which came neither into the Queen's Bench, nor the Common Pleas, nor the Exchequer. Therefore, they said that the courts ought not to be ousted of their jurisdiction, and that it was contrary to the policy of the law' (bron van de geciteerde rechtsoverweging: Tweeddale & Tweeddale 2011, p. 424). Zie over de ontwikkeling van 'Judicial control' in het algemeen ook: Mustill & Boyd 1989, p. 431-458.

116 Carbonneau 2009, p. 1348: 'English courts have long perceived arbitration as an inferior remedy - a murky and shallow reflection of judicial justice'. Arbitrage was onder de Arbitration Act van 1950 'far from being a respected and trustworthy co-equal of judicial litigation' (id. p. 1351); de Arbitragewetten van

beroep van een partij op een arbitragebeding: '(...) the agreement of the parties cannot oust this court'.¹¹⁷ Deze houding veranderde tegen het einde van de achttiende eeuw: langzamerhand kreeg arbitrage meer waardering als (alternatieve) wijze van geschillenbeslechting, hetgeen ook in de verschillende Arbitration Acts tot uitdrukking komt. Vandaag de dag vormen uitspraken van Engelse overheidsrechters een belangrijke bron van het Engelse arbitragerecht (vgl. par. 4.4.1).

13. Frankrijk

Evenals Engeland kent ook Frankrijk een lange traditie van arbitrage.¹¹⁸ Vanaf de twaalfde eeuw tot de vijftiende eeuw zou arbitrage geliefd zijn onder met name kooplieden.¹¹⁹ In de vijftiende eeuw werden de eerste wettelijke regels opgesteld door middel van 'ordonnances'.¹²⁰ Vanaf 1560 kreeg arbitrage de wind in de zeilen toen Koning François II een Decreet vervaardigde waarin arbitrage verplicht werd gesteld voor de beslechting van geschillen tussen kooplieden.¹²¹ Daarnaast verklaarde het Decreet arbitrageovereenkomsten geldig.¹²² Evenals Engelse overheidsrechters stelden ook Franse overheidsrechters zich in het begin terughoudend op ten aanzien van arbitrage. In de literatuur komt naar voren dat Frankrijk in de zeventiende en achttiende eeuw het toneel zou vormen van een machtsstrijd tussen de wetgevende macht (vertegenwoordigd door de Koning) en de rechtsprekende macht ('les juges d'Ancien Régime'). Waar de wetgevende macht het gebruik van arbitrage probeerde te bevorderen, zou de rechtsprekende macht zich juist hebben verzet tegen een opmars van deze vreemde (arbitrale) eend in de bijt.¹²³ Tegen het eind van de achttiende eeuw kwam hierin verandering en voltrok zich een wonderlijk proces. Zo werd arbitrage ten tijde van de Franse Revolutie in 1789 omschreven als 'droit naturel': in een Decreet uit augustus 1790 werd arbitrage 'le moyen le plus raisonnable de terminer les contestations entre les citoyens' genoemd.¹²⁴ Arbitrage kreeg zelfs - zij het tijdelijk - een constitutionele status: in de 'Acte Constitutionnel' behorende bij de Grondwet van 24 juni 1793 stond opgenomen: '[i]l ne peut être porté aucune atteinte au droit qu'ont les citoyens de faire prononcer sur leurs différends par des arbitres de leur choix' (art. 86).¹²⁵ Vrij vertaald: geen afbreuk zal worden gedaan aan het recht van burgers om hun geschil voor te leggen aan arbiters naar hun keuze. Daarnaast stond uitdrukkelijk opgenomen: '[l]a décision de ces arbitres est définitive, si les citoyens ne se sont pas réservé le droit de réclamer' (art. 87). In

1979 en 1996 'represent a radical departure from the policy of wide-ranging English judicial supervision of arbitral awards' (id. p. 1351). Zie ook bijv. Neuberger 2015a, p. 428.

117 *Kill v. Hollister* (King's Bench, 1746) (bron van het citaat: Born 2021a, p. 36).

118 Zie voor een beknopt overzicht bijv. Racine 2016, p. 20-22; Rouche, Pinton & Delvolvé 2009, nrs. 7-17.

119 Met name in Bourgondië en Champagne, zie: Jeanclous 1999, p. 419.

120 Hilaire 2000, p. 192-196.

121 Born 2021a, p. 31, onder verwijzing naar literatuur (vn. 206); Redfern & Hunter 2015, vn. 13 (nr. 1.16).

122 Born 2021a, p. 31, onder verwijzing naar literatuur (vn. 206).

123 Zie nader bijv. Jallamion 2005.

124 Art. 1 van het Décret sur l'organisation judiciaire, du 16 août 1790, sanctionné par lettres patentes du 24 du même mois, zie voor de tekst van het decreet: Archives Parlementaires de la Révolution Française Année 1884, p. 104 (vindplaats: via www.persee.fr). Zie ook bijv. (meer in het algemeen) De Loynes De Fumichon 2014; De Meulemeester 2007, p. 13.

125 Zie voor de tekst van deze Grondwet: www.elysee.fr/la-presidence/la-constitution-du-24-juin-1793.

de Grondwet van 22 augustus 1795 kwamen twee andere, inhoudelijk vergelijkbare, bepalingen naar voren: '[i]l ne petit être porté atteinte au droit de faire prononcer sur les différends par des arbitres du choix des parties' (art. 210), en '[l]a décision de ces arbitres est sans appel, et sans recours en cassation, si les parties ne l'ont expressément réservé' (art. 211).¹²⁶

Het arbitragerecht werd verder geformaliseerd met de inwerkingtreding van de Code de procédure civile in 1806. In dit wetboek, dat op 1 januari 1807 in werking trad, was het derde boek van het tweede deel aan arbitrage gewijd (art. 1003-1028).¹²⁷ De bepalingen zagen met name op procedurele kwesties: er waren geen bepalingen opgenomen over het scheidsgerecht of (de invulling van) het arbitraal geding. Opmerkelijk was dat van de positieve houding ten opzichte van arbitrage tijdens het einde van de achttiende eeuw weinig over leek te zijn.¹²⁸ Illustratief was onder meer hetgeen in artikel 1006 stond opgenomen: '[l]e compromis désignera les objets en litige et les noms des arbitres, à peine de nullité'. Vrij vertaald: op straffe van nietigheid dient het arbitragebeding zowel het geschil weer te geven als de namen van de arbiters. Dit uitgangspunt werd in juli 1843 door het Cour de cassation bevestigd ten aanzien van een arbitragebeding waarin de benoeming van de arbiters niet naar voren kwam. Onder verwijzing naar onder meer het doel van de verplichting - 'd'éviter les incidents et les procès sur la composition d'un tribunal arbitral, et principalement de mettre les citoyens en garde contre leur propre irréflexion' - werd het arbitragebeding nietig verklaard.¹²⁹ Deze houding ten aanzien van het nationale arbitragerecht zou tot 1925 de boventoon blijven voeren.¹³⁰ In dat jaar verruimde de Franse wetgever de wet met de mogelijkheid om geschillen aan arbitrage te onderwerpen aanzienlijk en werd het mogelijk om arbitrage af te spreken voor bepaalde toekomstige handelsgeschillen.¹³¹ De beslechting van niet-commerciële geschillen had nog wel de nodige voeten in aarde, omdat het niet was toegestaan om dergelijke geschillen door middel van arbitrage te laten beslechten.¹³²

Interessant was dat vervolgens juist de gerechten het voortouw namen bij de ontwikkeling van het internationale arbitragerecht.¹³³ De glorieuze jaren voor (met

¹²⁶ Voluit: Constitution du 5 fructidor an III (22 août 1795), zie voor de tekst: www.elysee.fr/la-presidence/la-constitution-du-5-fructidor-an-iii-22-aout-1795.

¹²⁷ Zie voor de tekst: gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k5772912j/f7.item. Daarnaast werd enige aandacht aan arbitrage besteed in de Code civil van 1804, zie voor de tekst van deze wet: gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k1061517/f3.item.

¹²⁸ Vgl. Born 2021a, p. 39; Jallamion 2005, p. 61-62.

¹²⁹ Cour de cassation 10 juli 1843, *Revue de l'Arbitrage* 1992, afl. 2, p. 404 (*Compagnie L'Alliance/Prunier*). Zie over deze uitspraak bijv. Born 2021a, p. 39-40; Jallamion 2005, p. 56-58; Von Mehren 1986, p. 1046-1047.

¹³⁰ De Boissésou & De Juglart 1983, p. 6; Seppala 1982, p. 754. Zie ook (meer in het algemeen): Jallamion 2015a; Jallamion 2015b. Zie ook: Rouche, Pointon & Delvolvé 2009, nr. 9: 'As a result of this hostility, arbitration did not develop properly in France until the early twentieth century when, after the First World War, as a result of pressure from the business community, interest in it began to grow'; Born 2021a, p. 40.

¹³¹ Loi du 31 décembre 1925, zie nader: Palewski 1926; Seppala 1982, p. 754. Vgl. de ratificatie van het Geneva Protocol on Arbitration Clauses van 1923 door Frankrijk in juni 1928, zij het onder voorbehoud van (onder meer) het recht 'to limit the obligation mentioned in paragraph 2 of Article 1 to contracts which are considered as commercial under its national law' (bron: treaties.un.org/pages/LONViewDetails.aspx?src=LON&id=550-&chapter=30&clang=_en).

¹³² Rouche, Pointon & Delvolvé 2009, nr. 10.

¹³³ Von Mehren 1986, p. 1048.

name) het internationale arbitragerecht - na de Tweede Wereldoorlog - vestigden ook in Frankrijk de aandacht op arbitrage. Frankrijk trad toe tot het Verdrag van New York 1958 en de ICSID Convention.¹³⁴ Het heeft niettemin tot 1980 geduurd totdat het Franse arbitragerecht grondig werd herzien.¹³⁵ In 1981 werd aandacht besteed aan het arbitragerecht dat betrekking had op internationale arbitrages.¹³⁶ Mede op initiatief van het Comité de l'Arbitrage kwam een herziening van het arbitragerecht op gang die leidde tot de inwerkingtreding van een gewijzigde wet in 2011.¹³⁷ Vandaag de dag is het Franse arbitragerecht grotendeels opgenomen in Boek IV van de Code de procédure civile (CPC).¹³⁸ Evenals het Zwitserse arbitragerecht is ook het Franse arbitragerecht dualistisch van aard: onderscheid wordt gemaakt tussen regels die gelden voor nationale arbitrages en regels die gelden voor internationale arbitrages. De structuur van de CPC illustreert het dualistische karakter: onderscheid wordt gemaakt tussen '[I]'arbitrage interne' (art. 1442-1503) en '[I]'arbitrage international' (art. 1504-1527).¹³⁹ Evenals Engeland heeft ook Frankrijk de UNCITRAL Model Law niet geïmplementeerd. Naast het geschreven arbitragerecht spelen de gerechten een andere belangrijke bron in de uitleg en ontwikkeling van het Franse arbitragerecht.¹⁴⁰ In dit verband verdienen niet alleen de uitspraken die afkomstig zijn van het Cour de cassation aandacht; ook uitspraken van het Cour d'appel van met name Parijs spelen een belangrijke rol.¹⁴¹ Interessant, tot slot, is de houding van Franse overheidsrechters ten aanzien van internationale arbitrage(s) in het kader waarvan sprake zou zijn van een autonome, juridische orde. Ter illustratie van deze gedachte kan onder meer worden gewezen op hetgeen het Cour de cassation in juni 2007 overwoog: 'la sentence internationale, qui n'est rattachée à aucun ordre juridique étatique, est une décision de justice internationale (...)'.¹⁴²

14. Nederland

In tegenstelling tot de hoeveelheid informatie die beschikbaar is over de ontwikkeling van het arbitragerecht in Engeland en Frankrijk, zijn mij weinig tot geen bronnen

¹³⁴ Zie: www.newyorkconvention.org/countries; icsid.worldbank.org/sites/default/files/ICSID-3.pdf.

¹³⁵ Voluit: Décret n°80-354 du 14 mai 1980 relatif à l'arbitrage et destiné à s'intégrer dans le nouveau code de procédure civile (vindplaats: www.legifrance.gouv.fr/loda/id/JORFTEXT000000518652). Vgl. Carbonneau 1984, p. 740: '(...), le Décret de 1980 représente un changement radical, rompant avantageusement avec la précédente législation, et illustre une totale refonte de la conception législative de l'arbitrage'; Rouche, Pointon & Delvolvé 2009, nr. 15.

¹³⁶ Voluit: Décret n°81-500 du 12 mai 1981 Instituant les dispositions des Livres III et IV du Nouveau Code de Procédure Civile et modifiant certaines dispositions de ce Code.

¹³⁷ Voluit: Décret n° 2011-48 du 13 janvier 2011 portant réforme de l'arbitrage.

¹³⁸ Art. 1442-1527 CPC, in combinatie met hetgeen staat opgenomen in art. 2059-2061 Code civil.

¹³⁹ De bepalingen die van toepassing zijn in geval van een nationale arbitrage zijn opgedeeld in zes hoofdstukken: i) 'La convention d'arbitrage', ii) 'Le tribunal arbitral', iii) 'L'instance arbitrale', iv) 'La sentence arbitrale', v) 'L'exequatur', en vi) 'Les voies de recours'. De bepalingen die van toepassing zijn in geval van een internationale arbitrage zijn opgedeeld in vier hoofdstukken: i) 'La convention d'arbitrage internationale', ii) 'L'instance et la sentence arbitrales', iii) 'La reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales rendues à l'étranger ou en matière d'arbitrage international', en iv) 'Les voies de recours'.

¹⁴⁰ Zie (algemeen) bijv. Fadlallah & Hascher 2019.

¹⁴¹ Rouche, Pointon & Delvolvé 2009, nr. 19.

¹⁴² Cour de cassation (chambre civile 1) 29 juni 2007, nr. 05-18.053 (*société PT Putrabali Adyamulia/société Rena Holding & Société Moguntia Est Epices*). Zie ook bijv. Cour de cassation (chambre civile 1) 23 maart 1994, nr. 92-15.137 (*société Hilmarton Ltd./société Omnium de traitement et de valorisation*).

in dit verband over Nederland bekend.¹⁴³ Hieronder volgt dan ook een schets van de ontwikkeling van het Nederlandse arbitragerecht op hoofdlijnen. Op 1 oktober 1838 hadden de 'wettelijke arbitragevoorzieningen' in Nederland 'formele gelding' gekregen.¹⁴⁴ Deze voorzieningen stonden opgenomen in artikelen 620-657 van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering.¹⁴⁵ De wetsartikelen zouden - op een enkele wijziging na - bijna 150 jaar geldend recht blijven.¹⁴⁶ Hierin kwam verandering met de indiening van het wetsontwerp 'Hernieuwde vaststelling van regels omtrent arbitrage in het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering' in juli 1984.¹⁴⁷ Het wetsontwerp zou 'een vrucht van gezamenlijke inspanning van theorie en praktijk' zijn: in 1982 stelde het Ministerie van Justitie een voorontwerp op dat onderwerp (van discussie) was op een door het Tijdschrift voor Arbitrage en het NAI georganiseerd symposium, waarna het ontwerp '[a]an de hand van de uitkomsten van dit symposium' zou zijn aangepast en het uiteindelijk 'in zijn huidige vorm aan den volke' werd gepresenteerd.¹⁴⁸ In de literatuur is naar voren gebracht dat het wetsontwerp van 'een moderne, praktijkgerichte aanpak' getuigde.¹⁴⁹ In de Memorie van Toelichting onderbouwde de wetgever de noodzaak tot 'hernieuwde vaststelling' als volgt: '[e]nerzijds zijn enkele bepalingen uit de tijd en anderzijds zijn er leemten die opvulling behoeven'.¹⁵⁰ In dit verband wees de wetgever ook op de modernisering van arbitragewetgeving door andere Europese landen.¹⁵¹ Nederland 'behoort' niet achter te blijven en het arbitragerecht diende dan ook te worden aangepast aan 'de eisen van de huidige arbitragepraktijk', aldus de wetgever. Interessant is dat de wetgever naar voren bracht dat het Nederlandse arbitragerecht 'niet zonder meer te kennen' was uit de wettekst aangezien bestudering van de jurisprudentie hiervoor 'mede noodzakelijk' was.¹⁵² In het kader van de totstandkoming van de Arbitragewet zou de wetgever zich hebben laten inspireren door de 'European Convention providing a Uniform Law on Arbitration' (Straatsburg, 20 januari 1966), het Verdrag van New York 1958, de UNCITRAL Arbitration Rules 1976, en door de UNCITRAL Model Law 1985.¹⁵³

143 Vgl. (internationaal publiekrecht) Van Boetelaer 1929.

144 Aldus de Nederlandse wetgever in het kader van de herziening van de Arbitragewet tijdens het begin van de jaren tachtig van de twintigste eeuw, zie: *Kamerstukken II* 1983/84, 18464, nr. 3, p. 1.

145 Derde Boek (Van regtspleging van onderscheiden aard), Eerste Titel (Van de uitspraken van scheidsmannen) (bron van de tekst van de wet: Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering: officiële uitgave, 's-Gravenhage: Algemeene Landsdrukkerij 1838 (online)). Zie voor (enige) parlementaire geschiedenis bijv. J. Van den Honert, *Handboek voor de Burgerlijke Rechtsvordering in het Koninkrijk der Nederlanden*, Amsterdam: L. Van der Vinne 1838/1839 (online).

146 Vgl. Sanders 1981, p. 60.

147 Het wetsvoorstel dateert van 11 juli 1984 (*Kamerstukken II* 1983/84, 18464, nr. 1); op 4 oktober 1983 heeft de wetgever een wetsontwerp met memorie van toelichting tot hernieuwde vaststelling van de regels omtrent arbitrage in het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering bij de Raad van State 'ter overweging aanhangig gemaakt' (*Kamerstukken II* 1983/84, 18464, B).

148 Voorwoord, "Aan de Balie van het Scheidsgerecht" - De Nieuwe Arbitragewet, *TvA* 1984, afl. 6, p. 1, zie ook: Sanders 1996, p. 122. Vgl. Snijders 2018, p. 59-61; Sanders 1986, p. 200.

149 Van den Berg 1984, p. 173. Vgl. Voorwoord, "Aan de Balie van het Scheidsgerecht" - De Nieuwe Arbitragewet, *TvA* 1984, afl. 6, p. 169: '(...), in essentie is dit wetsontwerp een verbetering en modernisering van de oude wetgeving alsmede een gedeeltelijke codificatie van de rechtspraak'.

150 *Kamerstukken II* 1983/84, 18464, nr. 3, p. 1.

151 '(...) in de afgelopen vijftien jaren', *Kamerstukken II* 1983/84, 18464, nr. 3, p. 1. Gewezen wordt op Zwitserland in 1969, België in 1972, het Verenigd Koninkrijk in 1979, en op Frankrijk in 1980 en 1981.

152 *Kamerstukken II* 1983/84, 18464, nr. 3, p. 1.

153 *Kamerstukken II* 1983/84, 18464, nr. 3, p. 2.

Daarnaast kunnen in de Parlementaire Geschiedenis verschillende verwijzingen worden gevonden naar de arbitragewetten van onder meer Frankrijk en Zwitserland. Naar '[h]et voorbeeld van Frankrijk' werd ervoor gekozen om de herziene regeling van het arbitragerecht op te nemen in een apart (Vierde) Boek.¹⁵⁴ Daarentegen werd er niet voor gekozen om, in lijn met Frankrijk en Zwitserland, onderscheid te maken tussen nationale en internationale arbitrages.¹⁵⁵ De nieuwe wet trad in werking op 1 december 1986.¹⁵⁶

De Arbitragewet 1986 was, in vergelijking met de regeling van 1838, een minder lang leven beschoren. In 2005 werd vanuit de praktijk een voorontwerp tot wijziging van de Arbitragewet met bijbehorende toelichting gepresenteerd.¹⁵⁷ In de toelichting werden drie redenen tot wijziging aangevoerd: i) de tekst en het systeem van de Arbitragewet 1986 zouden een aantal tekortkomingen bevatten die aan het licht waren gekomen 'gedurende de ruim achttien jaar praktijkervaring met de wet', ii) de rechtsontwikkeling in de omringende landen had (ook) niet stilgestaan (in het kader waarvan onder meer werd gewezen op nieuwe arbitragewetten van Engeland, Duitsland, Zwitserland, Zweden en België), en iii) een aantal 'belangrijke' arbitragereglementen was 'recentelijk' grondig herzien (gewezen werd op de reglementen van de ICC, het LCIA en het NAI).¹⁵⁸ In de Innovatieagenda rechtsbestel van eind oktober 2011 werd vanuit het Directoraat-Generaal Rechtspleging en Rechtshandhaving van het Ministerie van Veiligheid en Justitie aangekondigd dat wetgeving werd voorbereid 'om arbitrage te moderniseren'.¹⁵⁹ Op 15 april 2013 werd het wetsvoorstel 'Wijziging van Boek 6 en Boek 10 van het Burgerlijk Wetboek en het vierde Boek van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering in verband met de modernisering van het Arbitragerecht' ingediend.¹⁶⁰ Na vijfentwintig jaar was het 'tijd' om de Arbitragewet 1986 aan te passen 'aan de nationale en internationale ontwikkelingen op het terrein van arbitrage', aldus de wetgever. Opvallend is de nadruk die de wetgever legt op de UNCITRAL Model Law: de Nederlandse arbitrageregels zouden 'nog meer dan nu het geval is' worden 'geschoeid op de internationale leest van de modelwet'.¹⁶¹ De zes 'belangrijkste' wijzigingen zagen op: i) modernisering van het Nederlandse arbitragerecht, ii) codificatie van 'best practices' uit de bestaande arbitragepraktijk, zij het 'zonder een (onnodig gedetailleerd) keurslijf op te dringen', iii) lastenvermindering

154 *Kamerstukken II* 1983/84, 18464, nr. 3, p. 2.

155 *Kamerstukken II* 1983/84, 18464, nr. 3, p. 1. Vgl. Van den Berg 1987; Hardenberg 1993.

156 Wet van 2 juli 1986 tot hernieuwde vaststelling van de regelen omtrent de arbitrage in het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (*Stb.* 1986, 372). Zie daarnaast bijv. Schultsz 1988; Duintjer Tebbens 1987; Sanders 1984. Vgl. Sanders 1986, p. 200: 'Dit alles heeft naar mijn mening ons een arbitragerecht opgeleverd, dat tot de meest moderne in de wereld behoort'.

157 Zie nader: 'Tekst van de Voorstellen tot wijziging van het Vierde Boek (Arbitrage), artikelen 1020-1076 Rv', *TvA* 2005, nr. 36, Special - Voorstellen Herziening Arbitragerecht, p. 65-121; 'Toelichting op voorstel tot wijziging van de Arbitragewet', *TvA* 2005, nr. 37, Special - Voorstellen Herziening Arbitragerecht, p. 126-180. Zie ook bijv. Snijders 2018, p. 61-62.

158 'Toelichting op voorstel tot wijziging van de Arbitragewet', *TvA* 2005, nr. 37, p. 126.

159 *Kamerstukken II* 2011/12, 33071, nr. 5, bijlage - brief d.d. 31 oktober 2011, p. 11.

160 *Kamerstukken II* 2012/13, 33611, nr. 2, p. 1-25. Vgl. ook het conceptwetsvoorstel 'herziening arbitragerecht' en de bijbehorende conceptmemorie van toelichting die op 13 maart 2012 online werden gepubliceerd: www.internetconsultatie.nl/herzieningarbitragerecht/details. De einddatum van de consultatie was 1 juni 2012.

161 *Kamerstukken II* 2012/13, 33611, nr. 3, p. 2.

voor partijen, iv) beperking van de procedures voor vernietiging tot één feitelijke instantie, v) het 'interessanter' maken van Nederland voor internationale arbitrages, en vi) het vergroten van het 'vertrouwen' van consumenten in arbitrages.¹⁶² Op 1 januari 2015 is de gemoderniseerde arbitragewet in werking getreden.¹⁶³ Hoewel Nederland geen dualistisch systeem heeft, zou men op het verkeerde been kunnen worden gezet door de tweedeling die in Boek IV is aangebracht: de Eerste titel luidt 'Arbitrage in Nederland' (art. 1020-1073 Rv), de Tweede titel luidt 'Arbitrage buiten Nederland' (art. 1074-1077 Rv). Nu feitelijk geen onderscheid tussen nationale en internationale arbitrages wordt gemaakt, is sprake van een monistisch systeem (vgl. art. 1073 lid 1 Rv).

15. Zwitserland

Evenals Engeland en Frankrijk kent ook Zwitserland een traditie van arbitrage die terug zou gaan tot (in ieder geval) de Middeleeuwen.¹⁶⁴ Vanaf de dertiende eeuw zou arbitrage aan een opmars zijn begonnen die niet alleen het gevolg zou zijn van het verbrekken van de 'pouvoir impérial', maar ook van de ontwikkeling van steden en, in het verlengde hiervan, een toename van het aantal ambachtslieden. Evenals in Engeland zouden ambachtslieden zich in gilden hebben verenigd waarbinnen geschillen door middel van arbitrage werden beslecht; deze ontwikkeling ging ten koste van 'l'autorité judiciaire'.¹⁶⁵ Arbitrage zou zich verder hebben ontwikkeld door niet alleen lokale (handels)gebruiken, maar ook door middel van het canonieke recht.¹⁶⁶ Arbitrage in Zwitserland zou verworden tot een wijze van geschillenbeslechting die niet zozeer was gericht op beslechting volgens de regels van het (geldend) recht, maar eerder tot een wijze van geschillenbeslechting waarbij economische overwegingen de boventoon voerden.¹⁶⁷

¹⁶² *Kamerstukken II* 2012/13, 33611, nr. 3, p. 4-5.

¹⁶³ Wet van 2 juni 2014 tot wijziging van Boek 3, Boek 6 en Boek 10 van het Burgerlijk Wetboek en het Vierde Boek van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering in verband met de modernisering van het Arbitragerecht (*Stb.* 2014, 200).

¹⁶⁴ Born 2021a, p. 29, p. 31; id. p. 32: 'Research in southern Germany, Switzerland and Austria also reveals thousands of "arbitration deeds" ("*Schiedsurkunde*") evidencing a rich and varied arbitral practice in these regions during the Middle Ages', onder verwijzing naar literatuur. Vgl. Schlochauer 1962, p. 4-5. Interessant is dat de Conseil fédéral in het kader van de totstandkoming van de LDIP in 1982 arbitrage een 'oude Zwitserse traditie' ('*vieille tradition*') noemt: '[n]otre pays est intéressé au premier chef à ces développements et au succès de l'arbitrage international ainsi qu'à sa codification, et pas seulement parce qu'il dépend largement de son commerce extérieur. L'arbitrage, aussi bien interétatique que «privé», correspond à une vieille tradition suisse et notre pays est fidèle à sa vocation en accueillant depuis fort longtemps sur son sol des arbitrages de tout genre, dont l'objet n'a souvent aucune ou peu de relations avec la Suisse ou ses habitants' (curs. PR) (Message concernant une loi fédérale sur le droit international privé (loi de DIP) du 10 novembre 1982, p. 443, vindplaats: www.amtsdruckschriften.bar.admin.ch). Vgl. Message concernant la modification de la loi fédérale sur le droit international privé (Chapitre 12: Arbitrage international) du 24 octobre 2018, p. 7183, p. 7158: 'Même si la doctrine fait état d'arbitrages ayant eu lieu au Moyen Âge, (...)' (vindplaats: www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2018/2548/fr).

¹⁶⁵ Senn 2021.

¹⁶⁶ Senn 2021. Vgl. Born 2021a, p. 31: 'On the one hand, local traditions of arbitration were integrated into the feudal system; on the other, the Catholic Church offered arbitral mechanisms and practices which developed under canonical law. (209)'.

¹⁶⁷ Senn 2021.

Als gevolg van het federale systeem was het arbitragerecht in Zwitserland lange tijd afzonderlijk per kanton geregeld.¹⁶⁸ Hierin kwam verandering toen een aantal kantons besloot om de eigen regels door een uniforme regeling te vervangen. Begin jaren zestig van de twintigste eeuw werd hiertoe het Concordat sur l'arbitrage international ontworpen op initiatief van een (voormalig) rechter van het Tribunal fédéral (André Panchaud).¹⁶⁹ Eind maart 1969 werd het Concordat door de 'Conférence des directeurs cantonaux de la justice' aangenomen, waarna het in augustus 1969 door de Conseil fédéral werd goedgekeurd.¹⁷⁰ Het doel van het Concordat was om tot één uniforme regeling te komen.¹⁷¹ Het zou niettemin tot 1995 duren voordat alle (26) kantons zich bij het Concordat aansloten.¹⁷² De geharmoniseerde arbitrage-regels waren geen lang leven beschoren: met de inwerkingtreding van de Loi fédérale sur le droit international privé (LDIP) in 1989 nam het toepassingsgebied van het Concordat aanzienlijk af. Hoewel het Concordat 'a pris dans une certaine mesure en considération l'évolution de l'arbitrage et a simplifié la procédure dans certains domaines', vond de Conseil fédéral het tijd om tot één federale wet ten aanzien van internationale arbitrage(s) te komen.¹⁷³ In dit verband werd onder meer overwogen dat het Concordat 'ne dit rien au sujet de questions importantes de l'arbitrage commercial international comme celles du droit applicable à la validité de la convention d'arbitrage'.¹⁷⁴ Het belang van dit (rechts)gebied ('l'importance de ce domaine') had de Conseil fédéral ertoe bewogen 'à fixer certains principes dans le corps du présent projet de DIP'.¹⁷⁵ Ter onderbouwing van de (eigen) bevoegdheid om tot een federale wet te komen, werd naar voren gebracht dat internationale arbitrage zowel elementen kende van federaal-privaatrechtelijke als van internationaalrechtelijke aard ('relations de la Suisse avec l'étranger'): '[l]a Confédération pourrait en effet régler l'arbitrage international au moins dans la mesure où cela serait nécessaire pour mettre en œuvre le droit privé fédéral (art. 64 est.) ou si une telle réglementation s'imposait au titre du maintien de relations de la Suisse avec l'étranger (art. 8 est.)', aldus de Conseil fédéral.¹⁷⁶ Het doel van de wet was in de eerste plaats 'd'assurer et de consolider dans les dispositions sur l'arbitrage international les principes fondamentaux que la pratique récente des tribunaux et des traités a développés'. De

168 Hofbauer 2018, nr. 4 (vn. 7).

169 Lalive 1988, p. 3. Interessant is dat Zwitserland op 1 juni 1965 het Verdrag van New York ratificeerde, vgl. art. 194 LDIP.

170 Concordat intercantonal sur l'arbitrage du 27 mars 1969.

171 Reymond 1977, p. 87. Vgl. art. 1 lid 1 Concordat: 'Le présent concordat s'applique à toute procédure par devant un tribunal arbitral dont le siège se trouve sur le territoire de l'un des cantons concordataires' (vindplaats: www.amtsdruckschriften.bar.admin.ch/detailView.do?id=30003929#resultlist).

172 Hofbauer 2018, vn. 7 (nr. 4).

173 Message concernant une loi fédérale sur le droit international privé (loi de DIP) du 10 novembre 1982, p. 279. De voorbereidingen waren reeds in 1973 aanvang begonnen, zie id. p. 256.

174 Message du 10 novembre 1982, p. 279. Vgl. id. p. 443: 'Les lois cantonales, de même que le concordat, concernent surtout l'arbitrage interne et ne répondent souvent pas aux besoins de l'arbitrage international moderne'.

175 Message du 10 novembre 1982, p. 279. Interessant is dat in het 'Message' wordt verwezen naar ontwikkelingen in Frankrijk, het Verenigd Koninkrijk, Zweden en Oostenrijk '[qui, PR] ont déjà adapté leurs législations dans ce domaine aux nécessités modernes de l'arbitrage commercial international (...)'. (id. p. 278, vgl. id. p. 444). In het verlengde hiervan wees de Conseil fédéral op het (economische) belang van internationale arbitrages voor Zwitserland (id. p. 279).

176 Message du 10 novembre 1982, p. 286. Zie ook id. p. 443, p. 455-456.

Conseil fédéral omschreef 'la préoccupation essentielle' als volgt: '(...) fixer la limite entre l'autonomie des parties, une des particularités de l'arbitrage international, et les exigences légales minimales, peu nombreuses mais indispensables'.¹⁷⁷ Tegelijkertijd werd geprobeerd om 'la coopération nécessaire' tussen scheidsrechters en overheidsrechters 'dans toutes les phases de la procédure' te verzekeren waarbij werd opgemerkt dat '[l]influence de la juridiction étatique demeure ainsi limitée à l'indispensable'.¹⁷⁸ De Conseil fédéral benadrukte: '[l]es quelques règles décisives que contient le projet sont de nature à faciliter l'accès à l'arbitrage international en Suisse'.¹⁷⁹ Op 1 januari 1989 trad de LDIP in werking.¹⁸⁰

In januari 2017 werd de tekst van een 'Avant-projet' gepubliceerd met het oog op het wijzigen van het internationale arbitragerecht. In het begeleidende 'Rapport explicatif' kwam naar voren dat de Conseil fédéral wilde 'moderniser ce chapitre pour renforcer l'attrait de la place arbitrale suisse sur le plan international'.¹⁸¹ Tot eind mei 2017 was het voor het publiek mogelijk om commentaar te leveren op het concept-wetsvoorstel. Deze reacties werden gebundeld in een rapport dat begin augustus 2018 werd gepubliceerd.¹⁸² Op 24 oktober 2018 verscheen het wetsvoorstel.¹⁸³ De voorgestelde wijzigingen ('dispositif proposé') werden als volgt onderverdeeld: i) '[i]nscription de la jurisprudence dans la loi et clarification de points ambigus', ii) '[r]enforcement de l'autonomie des parties', en iii) '[a]mélioration du texte de loi dans l'intérêt des utilisateurs'.¹⁸⁴ Na de parlementaire behandeling tussen december 2019 en juni 2020 werd het wetsvoorstel gewijzigd, waarna het voorstel op 19 juni 2020 door zowel de Conseil des États als de Conseil national werd aange-

177 Message du 10 novembre 1982, p. 444.

178 Message du 10 novembre 1982, p. 444, p. 445.

179 Message du 10 novembre 1982, p. 445.

180 Loi fédérale sur le droit international privé (LDIP) du 18 décembre 1987 (RO 1988 1776). Zie voor een overzicht van de parlementaire behandeling: www.amtsdruckschriften.bar.admin.ch, vervolgens het tabje 'Recherche de lists selon la date' aanklikken, gevolgd door het aanklikken van de tabjes (achtereenvolgens) 'Résumé des délibérations (1891-1995)'; '1987-1991'; '1987'; 'Session d'hiver 1987', waarna een PDF-bestand kan worden geopend (eveneens met de naam 'Session d'hiver 1987'), zie p. 24.

181 Rapport explicatif concernant la modification de la loi fédérale sur le droit international privé (arbitrage international) du 11 janvier 2017, p. 2. Zie voor de documenten: www.fedlex.admin.ch/fr/consultation-procedures/ended/2017#DFJP. Zie in dit verband ook: Motion 12.3012 de la CAJ-N du 3 février 2012 (vindplaats: www.parlament.ch/fr/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaefte?AffairId=20123012).

182 Rapport sur les résultats de la procédure de consultation, 8 augustus 2018 (vindplaats: via www.fedlex.admin.ch/fr/consultation-procedures/ended/2017#DFJP).

183 Message concernant la modification de la loi fédérale sur le droit international privé (Chapitre 12: Arbitrage international) du 24 octobre 2018 (vindplaats: www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2018/2548/fr).

184 Message du 24 octobre 2018, p. 7161-7162. In de toelichting op het wetsvoorstel komt naar voren dat de gewijzigde LDIP 'des éléments essentiels de la jurisprudence du Tribunal fédéral' zal opnemen, 'certaines questions ouvertes en matière d'application' zal verduidelijken, en zal 'rendre la loi plus facile à appliquer et à consolider l'autonomie des parties de manière à suivre les développements observés dans la réglementation d'autres places' (id. p. 7154). Deze doelstellingen komen overeen met hetgeen in het 'Avant-projet' naar voren kwam, zij het dat in het conceptwetsvoorstel ook naar voren werd gebracht: het verbeteren van 'les points forts du droit actuel', en het uit laten gaan van '[u]ne attention particulière' naar 'la relation' tussen de overheidsrechter en het scheidsrecht (Rapport explicatif du 11 janvier 2017, p. 2).

nomen.¹⁸⁵ De gewijzigde wet is op 1 januari 2021 in werking getreden.¹⁸⁶ De regels voor internationale arbitrage zijn nog steeds in 'Chapitre 12 Arbitrage international' (art. 176 t/m 194 LDIP) neergelegd. Met de LDIP heeft Zwitserland, evenals Frankrijk, een dualistisch stelsel. Het volgende criterium wordt aangelegd om te bepalen of sprake is van een internationale arbitrage: '(...) si le siège du tribunal arbitral se trouve en Suisse et si au moins l'une des parties à la convention d'arbitrage n'avait, au moment de la conclusion de celle-ci, ni son domicile, ni sa résidence habituelle, ni son siège en Suisse' (art. 176 lid 1 LDIP). Met het neerleggen van regels voor nationale arbitrage in de Code de procédure civile (CPC), die op 1 januari 2011 in werking trad, kwam een einde aan de werking van het Concordat.¹⁸⁷ De regels voor nationale arbitrage zijn thans neergelegd in 'Partie 3 - Arbitrage' (art. 353 t/m 399 CPC).¹⁸⁸ In dit onderzoek zal, wat het Zwitserse arbitragerecht betreft, in beginsel alleen aandacht zijn voor de LDIP.

1.4.2 Arbitrage-instituten van onderzoek

16. LCIA

Het London Court of International Arbitration (LCIA) is in november 1892 opgericht en is één van 's werelds oudste internationale arbitrage-instituten.¹⁸⁹ De gedachte achter het instituut was als volgt: '[t]his Chamber is to have all the virtues which the law lacks. It is to be expeditious where the law is slow, cheap where the law is costly, simple where the law is technical, a peacemaker instead of a stirrer-up of strife'.¹⁹⁰ Bij zijn oprichting luisterde het instituut nog naar de naam 'The City of London Chamber of Arbitration'. In 1903 werd de naam gewijzigd in het London Court of Arbitration; in 1985 werd het London Court of International Arbitration opgericht.¹⁹¹ In dit proefschrift zal worden gekeken naar de LCIA Arbitration Rules 2020 (hierna: LCIA Rules 2020) die op 1 oktober 2020 in werking zijn getreden.¹⁹²

185 Modification du 19 juin 2020, FF 2020 5481. Zie voor de voorgestelde wijzigingen door de Conseil des États en de Conseil national: www.parlament.ch/fr/ratsbetrieb/suche-curia-vista/ratsunterlagen?AffairId=20180076&k=PdAffairId:20180076.

186 RO 2020 4179. Zie voor een overzicht van de (belangrijkste) wijzigingen bijv. Dasser 2020; Johnson 2020; Nessi 2020, zie voorts bijv. Dos Santos 2019; Habegger 2020. Voorts zijn enkele bepalingen gewijzigd van de 'Loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral' en de 'Code de procédure civile'.

187 Code de procédure civile du 19 décembre 2008, RS 272; Message du 24 octobre 2018, p. 7159.

188 Dit deel heeft de volgende zeven titels: i) 'Dispositions générales', ii) 'Convention et clause d'arbitrage', iii) 'Constitution du tribunal arbitral', iv) 'Récusation, révocation et remplacement des arbitres', v) 'Procédure arbitrale', vi) 'Sentence', vii) 'Recours contre la sentence'.

189 Nesbitt & Darowski 2015, nr. 1, vgl. Turner & Mohtashami 2009, nr. 1.01: 'The London Court of International Arbitration is probably the oldest continuously established international arbitration institution in the world. (1)'.

190 Het citaat is afkomstig van *The Law Quarterly Review* (1893) IX LQR 86 (bron: www.lcia.org/LCIA/history.aspx).

191 Nesbitt & Darowski 2015, nr. 1; Turner & Mohtashami 2009, nrs. 1.03, 1.12, zie ook bijv. Beale 2009.

192 Voor zover relevant zullen in dit onderzoek ook de LCIA Rules van 2014 en 1998 worden besproken. Ook in de besproken LCIA-wrakingsbeslissingen wordt naar eerdere versies van de LCIA Rules verwezen.

17. ICC

In 1919 werd de International Chamber of Commerce, of (in het Frans) 'Chambre de Commerce internationale', opgericht. Om 'financiers, manufacturers and business men of all countries' de mogelijkheid te bieden hun commerciële geschillen te laten beslechten 'without recourse to formal legal procedure', volgde in 1923 de oprichting van het International Court of Arbitration.¹⁹³ Vandaag de dag is Parijs nog steeds de uitvalsbasis van het instituut, zij het dat in meerdere landen 'ICC-filialen' zijn gevestigd. In dit proefschrift zal worden gekeken naar de ICC Rules of Arbitration 2021 (hierna: ICC Rules 2021) die op 1 januari 2021 in werking zijn getreden.¹⁹⁴

18. NAI

Het Nederlands Arbitrage Instituut (NAI) is in 1949 opgericht. Vóór de oprichting van het instituut bestonden diverse gespecialiseerde scheidsgerichten met eigen reglementen.¹⁹⁵ Het idee was om één arbitrage-instituut op te richten dat zou kunnen fungeren als administrator van geschillen tussen bedrijven in Nederland en andere landen; in de eerste maanden na oprichting was de doelstelling alleen gericht op Nederlands-Amerikaanse handelsgeschillen.¹⁹⁶ In juli 1949 werd de Stichting voor Nederlands-Amerikaanse handelsarbitrage opgericht.¹⁹⁷ Op 23 december van hetzelfde jaar werd de doelstelling algemeen,¹⁹⁸ en werd de naam veranderd in NAI. Vandaag de dag heeft het NAI zich ten doel gesteld 'het bevorderen van een aantal verschillende vormen van alternatieve geschillenbeslechting en oplossing: arbitrage, bindend advies en mediation, met name door het bedrijfsleven een goed geregelde arbitrage-, bindend advies- en mediationprocedure te bieden'.¹⁹⁹ In dit proefschrift

193 Derains & Schwartz 2005, p. 1. Zie ook bijv. Craig, Park & Paulsson 2000, p. 1-20; Glossner 1984, p. 399-404.

194 Vanaf 1922 zijn de Rules verschillende keren gewijzigd, zie nader bijv. Verbist, Schäfer & Imhoos 2015, p. 14; Derains & Schwartz 2005, p. 1. Voor zover relevant zullen in dit onderzoek ook de ICC Rules van 1998, 2012 en 2017 worden besproken.

195 Te denken valt aan de bouw (de Raad van Arbitrage in bouwgeschillen (RvA) beslecht sinds 1907 geschillen op het gebied van de bouw, zie: www.raadvanarbitrage.nl), maar ook bijv. de handel in granen (het Comité van Graanhandelaren is opgericht in 1872 en heeft als missie 'het faciliteren van onbelemmerende handel, aanvoer en logistiek van agrarische grondstoffen (granen, zaden en peulvruchten) voor voedsel, diervoeder en energie', zie: www.graan.com).

196 Sanders 1989, p. 143, zie ook: Marsman 2021, nr. 21.002; Van der Bend, Leijten & Ynzonides 2009, p. 3. Vgl. Sanders 1999, p. 39: 'Wat ik op die eerste reis naar New York, kort na de oorlog, van de AAA leerde heeft in feite de aanleiding gegeven tot de oprichting in Nederland van het NAI'.

197 Sanders 1989, p. 144.

198 Sanders 1989, p. 143. Vgl. id. p. 144: 'Gestuwd door vooral de denkbeelden van Mr P. Sanders stelde de stichting zich reeds op 23 December 1949 een ruimer doel: 'te beoordelen, dat geschillen, welke tussen de betrokken partijen ontstaan uit of naar aanleiding van overeenkomsten op het gebied van de koop-handel in de ruimste zin, tot oplossing worden gebracht door arbitrage, door inrichting en werkwijze waarborgen biedende voor een juiste berechting', (...)'.

199 Bron: www.nai-nl.org/nl/info.asp?id=609&name=Het_NAI/Doelstelling, vgl. p. 6 bij het NAI Arbitragereglement 2010 (vindplaats: via www.nai-nl.org). Vgl. Sillevius Smitt 1999, p. 45: 'Naast de directe dienstverlening door middel van het administreren van arbitrages, tracht het NAI ook langs andere wegen arbitrage te bevorderen en daarvoor aandacht te vragen'.

zal worden gekeken naar het NAI Arbitragereglement 2015 dat op 1 januari 2015 in werking is getreden.²⁰⁰

19. SAC

In 2004 werd het Swiss Chambers' Arbitration Institution (SCAI) opgericht door zes Zwitserse 'Chambers of Commerce and Industry'.²⁰¹ De Chambers besloten met het oog op de harmonisatie van hun afzonderlijke arbitrageregels één reglement op te stellen: de Swiss Rules of International Arbitration 2004.²⁰² Deze regels waren gedeeltelijk op de UNCITRAL Arbitration Rules gebaseerd.²⁰³ Het SCAI richtte vervolgens zijn eigen *Arbitration Court* op. In mei 2021 is het instituut opgegaan in het Swiss Arbitration Centre Ltd. (SAC).²⁰⁴ In deze vennootschap houdt de Swiss Arbitration Association, of (in het Frans) 'Association Suisse de l'Arbitrage' (ASA), de meerderheid van de aandelen. De ASA werkt nauw samen met de Zwitserse 'Chambers of Commerce'. In dit proefschrift zal worden gekeken naar de Swiss Rules of International Arbitration 2021 (hierna: Swiss Rules 2021) die op 1 juni 2021 in werking zijn getreden. Dit reglement is de vervanger van de Swiss Rules of International Arbitration 2012 die afkomstig waren van het SCAI.²⁰⁵

200 Het NAI Arbitragereglement is verschillende keren gewijzigd, zie bijv. Meijer & Van der Baan 2015, p. 59. Voor zover relevant zal in dit onderzoek ook naar het NAI Arbitragereglement 2010 worden gekeken.

201 Het gaat om de 'Chambers of Commerce and Industry' van Basel, Bern, Genève, Lugano (Ticino), Lausanne (Vaud) en Zürich, zie de 'Introduction' bij de Swiss Rules of International Arbitration 2004. Vgl. Swiss Rules of International Arbitration 2012, Introduction, sub a: 'In order to harmonise their rules of arbitration the Chambers of Commerce and Industry of Basel, Bern, Geneva, Neuchâtel, Ticino, Vaud and Zurich in 2004 replaced their former rules by the Swiss Rules of International Arbitration (...)' (curs. PR).

202 Vindplaats: www.swissarbitration.org/centre/arbitration/arbitration-rules.

203 Swiss Rules of International Arbitration 2004, Introduction, sub b.

204 Ross 2021: '(...), the Swiss Chambers' Arbitration Institution is to be transformed into the Swiss Arbitration Centre, with ASA as majority shareholder and updated rules of arbitration'.

205 Voor zover relevant zullen in dit onderzoek ook de Swiss Rules of International Arbitration 2012 worden besproken. Daarnaast wordt in de besproken wrakingsbeslissingen van het (voormalige) SCAI Court naar eerdere versies van de Swiss Rules verwezen. Vgl. Nater-Bass 2021; Müller 2014; Habegger 2012. Zie in het algemeen bijv. Karrer 2013; Zuberbühler, Müller & Habegger 2013. In dit onderzoek zal enige aandacht worden besteed aan een ander in Zwitserland gevestigd arbitrage-instituut: het Court of Arbitration for Sport (CAS) te Lausanne.