



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 2. DE ARBITER EN HET SCHEIDSGERECHT

‘The three most important considerations in real estate transactions, we are told, are: location, location, location. Similarly, one might say, the top three subjects of concern in international arbitration are: the arbitrators, the arbitrators and the arbitrators’¹

2.1 Inleiding

20. ‘Arbitration is only as good as its arbitrators’

Een bekend adagium luidt als volgt: ‘arbitration is only as good as its arbitrators’.² Zoals ook uit het bovenstaande citaat zou kunnen worden afgeleid, wordt hiermee het belang van een ‘goede’ arbiter voor de arbitrage onderstreept. De verantwoordelijkheid die een arbiter draagt, is dan ook niet gering. Wat de vier jurisdicties van onderzoek betreft, wordt evenwel alleen in de Arbitration Act 1996 aandacht aan deze verantwoordelijkheid besteed. Als eerste ‘general principle’ staat in artikel 1 dat ‘the object of arbitration is to obtain the fair resolution of disputes by an impartial tribunal without unnecessary delay or expense’.³ Niet alleen rust op arbiters een bijzondere verantwoordelijkheid, ook staan zij in een bijzondere verhouding tot partijen nu zij hun bevoegdheid om ‘recht’ te spreken in beginsel aan de overeenkomst tot arbitrage ontleen. Hoewel arbiters geen overheidsrechter zijn en derhalve geen recht ‘met overheidsgezag’ spreken, is in de literatuur naar voren gebracht dat arbitrage onderdeel zou uitmaken van de ‘rechtspleging in ruime zin’.⁴ De beslissing van het scheidsgerecht wordt immers neergelegd in een (arbitraal) vonnis dat in begin-

1 J.H. Carter, ‘The Selection of Arbitrators’, speech tijdens het Worldwide Forum on the Arbitration of Intellectual Property Disputes, 3-4 maart 1994 (bron: www.wipo.int/amc/en/events/conferences/1994/carter.html). Carter was destijds Co-Chair-man van het Corporate Counsel Committee van de American Arbitration Association. In vergelijkbare zin: Park 2002, p. 813.

2 Hacking 2011. Vgl. ‘Tant vaut l’arbitre, tant vaut l’arbitrage’ (Clay 2001, nr. 15); Von Mehren 1995, p. 129: ‘The arbitrator is the *sine qua non* of the arbitral process. The process cannot rise above the quality of the arbitrator’; Pfister 2019, p. 54. Vgl. Guandalini 2020, p. 2: ‘(...)’, this book proposes that the famous adage should be rewritten, because the arbitration will only be as good as *the function* actually performed by the arbitrator’ (curs. PR); Bond 1991b, p. 11: ‘(...) that “an arbitrator must not only be good, but should appear to be good.” (...)’.

3 Art. 1 sub a Arbitration Act 1996.

4 Asser 2013. Vgl. de woorden van de Nederlandse wetgever tijdens de voorbereidingen voor de modernisering van de Arbitragewet: arbitrage zou als ‘een volwaardig alternatief voor overheidsrechtspraak voor zowel nationale als internationale gevallen’ kunnen worden beschouwd (*Kamerstukken II* 2012/13, 33611, nr. 3, p. 1). Vgl. U.S. Supreme Court 2 juli 1985 (*Mitsubishi Motors Corp./Soler Chrysler-Plymouth, Inc.*), 473 U.S. 614: ‘By agreeing to arbitrate a statutory claim, a party does not forgo the substantive rights afforded by the statute; it only submits to their resolution in an arbitral, rather than a judicial, forum’.

sel vatbaar is voor tenuitvoerlegging.⁵ Het uitgangspunt van veel arbitragewetten en reglementen is dat ieder handelingsbekwaam persoon tot arbiter kan worden benoemd.⁶ Minder eenduidig is het antwoord op de vraag hoe de positie van een arbiter ten opzichte van partijen juridisch kan worden gekwalificeerd, op welke wijze de arbitrale besluitvorming plaatsvindt, en wat de rol is van (andere) actoren als de voorzitter van het scheidsgerecht, de partij-arbiter, en de secretaris.

21. Opbouw

In dit hoofdstuk wordt nader op bovenstaande vragen ingegaan met als doel om (enig) inzicht te krijgen in de persoon van de arbiter en meer in het algemeen het scheidsgerecht. De algemene bevindingen van dit hoofdstuk vormen een theoretisch kader om de bevindingen van hoofdstukken vijf en zes tegen af te kunnen zetten. In dit hoofdstuk wordt eerst ingegaan op de vraag naar de juridische status van de arbiter (par. 2.2). Vervolgens worden enige aspecten besproken met het oog op de inrichting van het scheidsgerecht (par. 2.3), en de arbitrale besluitvorming (par. 2.4). Tot slot zal worden stilgestaan bij drie actoren die een rol in de arbitrage kunnen spelen. Achtereenvolgens komen aan bod: de voorzitter, de partij-arbiter, en de secretaris (par. 2.5).

In de eerste paragraaf van het hoofdstuk zal worden stilgestaan bij de vraag naar de juridische status van de arbiter.⁷ Regelingen op mondiaal niveau, zoals de UNCITRAL Model Law 2006 en het Verdrag van New York 1958, en arbitrale wet- en regelgeving zwijgen over deze status. Tijdens de voorbereidingen van de Model Law werd in dit verband in maart 1985 naar voren gebracht: 'the model law does not deal with the legal responsibility of an arbitrator or other issues pertaining to the contractual party-arbitrator relationship'.⁸ Ook de 'Explanatory Note' van het UNCITRAL Secretariaat bij de Model Law van 2006 sluit een bepaling op dit punt uit.⁹ In de literatuur zijn drie theorieën onderscheiden om de figuur van de arbiter juridisch te kunnen duiden. In onderstaande paragraaf zal worden ingegaan op achtereenvolgens de status-theorie (par. 2.2.1), de contract-theorie (par. 2.2.2), en de theorie die een gulden middenweg voorstaat (par. 2.2.3).

5 Vgl. Platte 2003, p. 313: '(...), the arbitrator's duty is to "make every effort to make sure" that the award is enforceable at law'.

6 Gaillard & Savage 1999, nr. 1016. Vgl. Faures & Van den Heuvel 2003; Snijders 2003. De eis dat men 'natuurlijk persoon' is (zie bijv. art. 1450 CPC, art. 1023 Rv) zou sporadisch voorkomen: Born 2021a, p. 1875-1876.

7 En niet op (het bredere perspectief van) de verhouding van arbitrage t.o.v. het rechtssysteem. Met het oog op deze verhouding worden in de internationale literatuur vier theorieën onderscheiden: 'the jurisdictional, contractual, mixed or hybrid, and autonomous theories'. Zie onder verwijzing naar andere literatuur o.a. Born 2021a, p. 239-243; Salama 2015, p. 64-67; Michaels 2014, p. 68-72; Steingruber 2009, p. 72-86; Yu 2008; Chang 2009, p. 282-301; Lew, Mistelis & Kröll 2003, nr. 5.4.

8 UNCITRAL, Analytical commentary on draft text of a model law on international commercial arbitration, A/CN.9/264, 25 maart 1985, p. 36.

9 Explanatory Note by the UNCITRAL Secretariat on the 1985 Model Law on International Commercial Arbitration as amended in 2006, par. 17. Vgl. Explanatory Note by the UNCITRAL Secretariat on the Model Law on International Commercial Arbitration, 1985, par. 16.

2.2 De juridische status van de arbiter: drie theorieën

2.2.1 De status-theorie

22. Arbiters en hun adjudicatieve functie

Door aanhangers van de zgn. status-theorie, of (in het Frans) 'théorie juridictionnelle', wordt, kort samengevat, betoogd dat arbiters op grond van het toepasselijke arbitrage-recht een adjudicatieve functie vervullen die naar analogie vergelijkbaar is met de functie van overheidsrechters.¹⁰ Aanhangers van de theorie wijzen daarnaast op verschillende overeenkomsten tussen overheidsrechters en arbiters. Zo zouden arbiters onderworpen zijn aan 'due process'-eisen die vergelijkbaar zijn met de eisen die voor overheidsrechters gelden: naast de verplichting tot onafhankelijkheid en onpartijdigheid dienen arbiters eveneens zorg dienen te dragen voor een eerlijk verloop van de procedure en dienen zij hun vonnis binnen een redelijke termijn te wijzen.¹¹ Evenals overheidsrechters zouden arbiters verschillende mogelijkheden hebben om bewijs te vergaren,¹² en zouden zij kunnen verordonneren tot bewarende en/of provisionele maatregelen.¹³

In de literatuur is de status-theorie verdedigd door auteurs in onder meer Engeland,¹⁴ en Duitsland.¹⁵ Ook een aantal hoogste overheidsrechters heeft zich over de gelijkenissen tussen overheidsrechters en arbiters uitgesproken. Zo overwoog het Amerikaanse Supreme Court reeds in 1855: 'arbitrators are judges chosen by the parties to decide the matters submitted to them, finally and without appeal'.¹⁶ In februari 1974 overwoog het Engelse House of Lords: 'arbitrators are in much the same position as judges, in that they carry out more or less the same functions'.¹⁷ Begin mei 1986 overwoog het Duitse Bundesgerichtshof dat een scheidsgericht 'ist wie der staatliche Richter zur Entscheidung eines Rechtsstreits berufen, er hat wie dieser endgültig und bindend auszusprechen, was rechtens ist'.¹⁸ Bewoordingen met

10 Zie o.a. Redfern & Hunter 2015, nr. 5.54; Rogers 2014, nr. 9.04 e.v.; Franck 2000, p. 16. Het woord 'adjudicatieve' is de letterlijke vertaling van het in de Engelstalige literatuur gebruikte woord 'adjudicative'. Vgl. Bone 2012, p. 1388.

11 Zie nader bijv. Clay 2001, nrs. 60-236, Gaillard & Savage 1999, nrs. 1018-1100. Vgl. UNCITRAL Rules on Transparency for Treaty-based Investor-State Arbitration 2014; art. 33 lid 1 Arbitration Act 1996; Hacking 1998.

12 Vgl. de IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration, 29 mei 2010; het 'Redfern Schedule'.

13 Vgl. art. 1468 CPC; art. 183 LDIP; art. 1056 Rv. Dikwijls zullen dergelijke maatregelen worden neergelegd in zgn. 'procedural orders'; de mate van afdwingbaarheid van een dergelijke 'order' is echter onderwerp van debat.

14 Zie: Alessi 2014; Mustill & Boyd 1989, p. 220-223. Vgl. Redfern & Hunter 2015, nr. 5.54; Yu & Shore 2003.

15 Ofwel: 'Amtstheorie' die in 1989 bijval kreeg door (een publicatie van) C. Calavros ('Grundsätzliches zum Rechtsverhältnis zwischen Schiedsrichtern und Parteien', in: W.F. Lindacher, D. Pfaff, G.H. Roth, P. Schlosser & E. Wieser (red.), *Festschrift für Walther J. Habscheid*, Bielefeld: Giesecke 1989) (bron van de informatie: Lionnet 1999, p. 162).

16 *Burchell v. Marsh*, 58 U.S. 344 (1854) (bron van het citaat: supreme.justia.com/cases/federal/us/58/344/).

17 House of Lords 12 februari 1974 (*Sutcliffe/Thackrah c.s.*), [1974] A.C. 727 et seq. (bron van het citaat: via translex.uni-koeln.de). Zie evenwel ook: Supreme Court 27 november 2020 (*Halliburton Company/Chubb Bermuda Insurance Ltd*), [2020] UKSC 48, r.o. 55, vgl. r.o. 134: '(...) an arbitrator cannot be wholly equated with a judge: (...)'.
18 BGH 5 mei 1986, III ZR 233/84 (bron van het citaat: via research.wolterskluwer-online.de).

een vergelijkbare strekking zijn afkomstig van het Cour de cassation in maart 1999,¹⁹ en de Hoge Raad in december 2009.²⁰

23. Arbitrale immuniteit

Een belangrijk voorrecht voor een arbiter dat met zijn adjudicatieve functie samenhangt, is de (mogelijke) bescherming tegen (buiten)contractuele aansprakelijkheid. In februari 1974, nog voordat de Engelse Arbitration Act in een bepaling op dit punt zou voorzien, overwoog het House of Lords dat een arbiter een beroep op immuniteit toekwam indien hij kon aantonen 'that the functions in the performance of which he was negligent were sufficiently judicial in character'.²¹ In november 1982 overwoog het Amerikaanse Court of Appeals for the Sixth Circuit dat 'it is appropriate that immunity be extended to arbitrators for acts within the scope of their duties and within their jurisdiction'.²² Interessant is ook hetgeen in de IBA Rules of Ethics for International Arbitrators 1987 in de 'Introductory Note' naar voren komt: '(whatever may be the case in domestic arbitration) international arbitrators should in principle be granted immunity from suit under national laws, except in extreme cases of wilful or reckless disregard of their legal obligations'. De ICSID Convention 2006 gaat nog een stap verder door aan te geven dat arbiters immuniteit genieten 'from legal process with respect to acts performed by them in the exercise of their functions except when the Centre waives this immunity'.²³ Een gesloten aansprakelijkheidsdeur kan daarnaast worden gevonden in bijvoorbeeld de AAA Commercial Arbitration Rules 2013: '[p]arties to an arbitration under these rules shall be deemed to have consented that neither the AAA nor any arbitrator shall be liable to any party in any action for damages or injunctive relief for any act or omission in connection with any arbitration under these rules'.²⁴

Op een kiertje staat de deur bij de vier arbitrage-instituten van onderzoek.²⁵ Het NAI en de ICC limiteren de aansprakelijkheid van arbiters voor zover dwingend recht hieraan niet in de weg staat.²⁶ In de LCIA Rules 2020 staat een bepaling met een

19 Cour de cassation (chambre civile 1) 16 maart 1999, nr. 96-12.748, *Revue de l'Arbitrage* 1999, afl. 2, p. 308-309 (*Qatar/société Creighton Ltd*).

20 HR 4 december 2009, ECLI:NL:HR:2009:BJ7834, NJ 2011/131 (*ASB Greenworld*), r.o. 3.6, onder (indirecte) verwijzing naar de Conclusie van A-G Huydecoper (ECLI:NL:PHR:2009:BJ7834), sub 6.

21 House of Lords 12 februari 1974 (*Sutcliffe/Thackrah c.s.*), [1974] A.C. 727 et seq. (bron van het citaat: via translex.uni-koeln.de).

22 U.S. Court of Appeals for the Sixth Circuit 2 november 1982 (*Corey/New York Stock Exchange*), 691 F.2d 1205. Vgl. Supreme Court Massachusetts 3 juli 1984 (*Hoosac Tunnel Dock & Elevator Co./O'Brien*), 137 Mass. 424: 'An arbitrator is a quasi-judicial officer, under our laws, exercising judicial functions. There is as much reason in his case for protecting and insuring his impartiality, independence, and freedom from undue influences, as in the case of a judge or juror. The same considerations of public policy apply, and we are of opinion that the same immunity extends to him', in vergelijkbare bewoordingen: U.S. District Court for the Northern District of California 10 maart 1992 (*Cort/American Arbitration Association*), 795 F. Supp. 970.

23 Art. 21 sub a ICSID Convention 2006.

24 R-52 sub d AAA Commercial Arbitration Rules 2013.

25 Vgl. UNCITRAL, International Commercial Arbitration - Report of the Secretary-General: Possible features of a model law on international commercial arbitration, A/CN.9/207, 14 mei 1981, par. 70: '(...) In view of the fact that the liability problem is not widely regulated and remains highly controversial, it may seem doubtful whether the model law could provide a satisfactory solution. (...)'.
26 Art. 61 NAI Arbitragereglement 2015; art. 41 ICC Rules 2021.

vergelijkbare strekking opgenomen, maar wordt de mogelijkheid tot aansprakelijkheid opgerekt door toevoeging van de woorden: 'where the act or omission is shown by that party to constitute conscious and deliberate wrongdoing committed by the body or person alleged to be liable to that party'.²⁷ In de Swiss Rules 2021 wordt immuniteit vooropgesteld 'except if the act or omission is shown to constitute intentional wrongdoing or gross negligence'.²⁸

24. De Greenworld-maatstaf en het Qnow-arrest

In de literatuur is verdedigd dat immuniteit noodzakelijk is ter bescherming van een vrije en onbevangen arbitrale besluitvorming.²⁹ Illustratief is ook hetgeen de Hoge Raad naar voren bracht in een arrest uit september 2016 rondom de (persoonlijke) aansprakelijkheid van de voorzitter van een drieledig *ad hoc*-scheidsgerecht.³⁰ Het arrest ligt in het verlengde van het in december 2009 gewezen *Greenworld*-arrest. De aanleiding voor het laatstgenoemde arrest was, kort samengevat, een onterechte bevoegdverklaring door een drieledig NAI-scheidsgerecht ten aanzien van één van de (gedaagde) partijen in de arbitrage.³¹ De Hoge Raad overwoog dat het mogelijk is om arbiters persoonlijk aansprakelijk te stellen 'indien zij met betrekking tot de vernietigde beslissing opzettelijk of bewust roekeloos hebben gehandeld dan wel met kennelijk grove miskennen van hetgeen een behoorlijke taakvervulling meebrengt'.³² In het arrest van september 2016 stond, kort gezegd, de vraag naar de reikwijdte van de *Greenworld*-maatstaf centraal: geldt de maatstaf slechts voor vernietiging van een arbitraal vonnis op inhoudelijke gronden of ook voor gevallen waarin het arbitraal vonnis op andere gronden is vernietigd?

De aanleiding voor deze (rechts)vraag vormde de vernietiging van het arbitraal vonnis ex artikel 1065 lid 1 aanhef en sub d Rv, omdat dit vonnis niet was ondertekend overeenkomstig artikel 1057 lid 2 Rv. De in de arbitrage in het gelijk gestelde partij probeerde vervolgens ten overstaan van de overheidsrechter de voorzitter van het scheidsgerecht persoonlijk aansprakelijk te houden voor het niet-ondertekenen van het arbitraal vonnis. De Hoge Raad overwoog dat, '[m]ede omwille van de rechtszekerheid', alle fouten bij de uitoefening van de rechterlijke taak door arbiters naar eenzelfde maatstaf dienen te worden beoordeeld.³³ In dit verband was er 'geen grond' om een onderscheid te maken tussen enerzijds processuele fouten en anderzijds fouten bij de inhoudelijke beoordeling van een

27 Art. 31.1 LCIA Rules 2020.

28 Art. 45 lid 1 Swiss Rules 2021.

29 Rogers 2014, nr. 2.100. Immuniteit zou daarnaast bemoeilijken dat aanspraken tegen een arbiter door een ontevreden partij worden ingezet als 'substantive appeal of the award' (id. nr. 2.99). Vgl. de op het eerste oog wat vreemde eend in de bijt: Appellate Court of Illinois, Second District 21 mei 1986 (*Grane/Grane*), 493 N.E.2d 1112: 'It is undisputed that an arbitrator's immunity and authority derives from a valid arbitration agreement'.

30 HR 30 september 2016, ECLI:NL:HR:2016:2215, NJ 2017/141 (*Qnow*).

31 In een procedure ten overstaan van de overheidsrechter werd het vonnis vernietigd (door het Hof 's-Gravenhage bij arrest van 18 februari 2004); zie voor het feitenrelaas: HR 4 december 2009, ECLI:NL:HR:2009:BJ7834, NJ 2011/131 (*ASB Greenworld*), r.o. 3.1.

32 HR 4 december 2009, ECLI:NL:HR:2009:BJ7834, NJ 2011/131 (*ASB Greenworld*), r.o. 3.6.

33 HR 30 september 2016, ECLI:NL:HR:2016:2215, NJ 2017/141 (*Qnow*), r.o. 3.4.3.

zaak, aangezien ook bij de inhoudelijke beoordeling immers fouten kunnen worden gemaakt 'die geen verband houden met beoordelingsvrijheid', aldus de Hoge Raad.³⁴ Anders gezegd, de immuniteit die arbiters genieten wanneer zij 'recht spreken' houdt op daar waar arbiters niet langer handelingen verrichten die vragen om een inhoudelijke beoordeling en ook geen verband houden met hun beoordelingsvrijheid.³⁵ Het is dan ook van belang om de reikwijdte van 'handelingen die verricht zijn bij de uitoefening van de rechterlijke taak' voor ogen te hebben. In het *Greenworld*-arrest had de Hoge Raad onderstreept dat de omstandigheid dat arbiters in vrijheid en onbevangenheid over het hun voorgelegde geschil moeten kunnen oordelen ertoe noopt om een nadien vernietigd arbitraal vonnis slechts 'in uitzonderlijke gevallen' onrechtmatig te achten.³⁶ Een wettelijke regeling van tegen rechterlijke beslissingen aan te wenden rechtsmiddelen zou immers niet zijn gebaseerd op de gedachte dat slechts één uitspraak 'de juiste kan zijn'.³⁷ Ook de omstandigheid dat de regeling van de rechtsmiddelen de laatst gedane uitspraak boven de eerdere uitspraak stelt, is geen grond om de eerdere (scheids)rechterlijke uitspraak als onrechtmatig te kwalificeren, zo overwoog de Hoge Raad.³⁸

25. Kanttekeningen bij de zuivere status-theorie

Hoewel sprake is van overeenkomsten tussen overheidsrechters en arbiters, en bescherming tegen (buiten)contractuele aansprakelijkheid als een belangrijke waarborg zou kunnen worden gezien voor een vrije en onbevangen arbitrale besluitvorming, lijkt het een-op-een gelijkstellen van de beide actoren, zoals door aanhangers van de 'zuivere' status-theorie wordt verdedigd, minder trefvend.³⁹ Naast overeenkomsten zijn er immers wezenlijke verschillen. Zo worden overheidsrechters door de staat benoemd,⁴⁰ en ontvangen zij hun rechtsprekende bevoegdheden van deze publieke entiteit. Daarentegen worden arbiters door partijen in staat gesteld om 'recht' te spreken: hun adjudicatieve bevoegdheid vloeit voort uit de overeenkomst tot arbitrage. In het verlengde hiervan kan worden gewezen op het verschil dat overheidsrechters door de staat worden betaald, en arbiters door partijen. Daarnaast is het uitgangspunt dat zittingen ten overstaan van de overheidsrechter in beginsel openbaar zijn,⁴¹ terwijl de openbaarheid van

34 HR 30 september 2016, ECLI:NL:HR:2016:2215, NJ 2017/141 (*Qnow*), r.o. 3.4.3.

35 Vgl. Conclusie A-G Rank-Berenschot d.d. 3 juni 2016 (ECLI:NL:PHR:2016:472), sub 2.13 e.v. waarin de A-G een onderscheid maakt tussen 'rechtsprekende handelingen in enge zin' die een inhoudelijke beoordeling behelzen en 'andere, niet-rechtsprekende, handelingen'.

36 HR 4 december 2009, ECLI:NL:HR:2009:BJ7834, NJ 2011/131 (*ASB Greenworld*), r.o. 3.5. Vgl. Hof 's-Hertogenbosch 1 december 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:5154, r.o. 4: '(...) verklaart voor recht dat [appellanten] vanwege de kennelijk grove miskenning van wat een behoorlijke taakvervulling meebrengt tekort geschoten zijn jegens [geïntimeerde] in de uitvoering van de overeenkomst van opdracht; (...)'; Rb. Oost-Brabant 15 oktober 2014, ECLI:NL:RBOBR:2014:6276, r.o. 5.

37 HR 4 december 2009, ECLI:NL:HR:2009:BJ7834, NJ 2011/131 (*ASB Greenworld*), r.o. 3.5.

38 HR 4 december 2009, ECLI:NL:HR:2009:BJ7834, NJ 2011/131 (*ASB Greenworld*), r.o. 3.5.

39 Vgl. Gearing & Welsh 2011.

40 Art. 117 lid 1 Gw: 'bij koninklijk besluit'.

41 Art. 4 lid 1 Wet RO; art. 27 lid 1 Rv.

procedures juist een voorwerp van debat in de arbitragewereld is.⁴² Tot slot hebben arbiters, in tegenstelling tot overheidsrechters, relatief meer vrijheid in het spreken van 'recht', omdat zij minder rekening met precedentwerking hoeven te houden, en is het op grond van bepaalde arbitrale wet- en/of regelgeving ook mogelijk om een zaak *ex aequo et bono*, of als 'amiable(s) compositeur(s)' of 'goede personen naar billijkheid' te beslissen.⁴³

2.2.2 De contract-theorie

26. De contractuele relatie tussen arbiters en partijen

De tegenhanger van de status-theorie is de zgn. contract-theorie. Aanhangers van deze theorie nemen, kort gezegd, de contractuele verplichtingen van arbiters jegens partijen tot uitgangspunt.⁴⁴ Door verschillende auteurs is verdedigd dat een arbiter in een contractuele relatie met partijen treedt op het moment dat hij zijn taak aanvaardt. Deze contractuele relatie is aangeduid als '*receptum arbitri*',⁴⁵ 'arbitration contract',⁴⁶ 'contrat d'investiture',⁴⁷ en 'Schiedsrichtervertrag'.⁴⁸ Hoewel de bestudeerde arbitrale wet- en regelgeving in beginsel over het bestaan van een afzonderlijke overeenkomst tussen partijen en arbiters zwijgt, kunnen in uitspraken van Engelse,⁴⁹ Franse,⁵⁰ Nederlandse,⁵¹ en Zwitserse⁵² overheidsrechters (rechts)overwegingen worden gevonden die de contract-theorie in ieder geval gedeeltelijk lijken te bevestigen.⁵³ Ook in de literatuur is verdedigd dat op het moment dat een arbiter zijn

42 Zie nader bijv. Snijders 2014; Smeureanu 2011; Loquin 2006; Trakman 2002. Vgl. UNCITRAL Rules on Transparency for Treaty-based Investor-State Arbitration 2014.

43 Vgl. onder meer Weidemaier 2010; Kaufmann-Kohler 2007.

44 Zie nader bijv. Onyema 2010; Clay 2001, nr. 623 e.v.; Schöldström 1998. Vgl. Gaillard 2015 waarin wordt gesproken over een 'private form of justice' (p. 4).

45 Franck 2000, vn. 12 (p. 4), onder verwijzing naar literatuur. Zie ook: De Meulemeester 2007, p. 10. De terminologie van '*receptum arbitri*' zou teruggaan tot de Romeinse tijd, zie bijv. De Loynes De Fumichon & Humbert 2003, p. 291.

46 Born 2021a, p. 2112.

47 CA Parijs 13 december 2001, *Revue de l'Arbitrage* 2003, afl. 4, p. 1322 (P/X.), vgl. CA Parijs 19 december 1996, *Revue de l'Arbitrage* 1998, afl. 1, p. 123 (*société Qualiconsult c.s./Groupe Lincoln*).

48 Zie bijv. Prütting 2011, p. 234-235.

49 Supreme Court 27 juli 2011 (*Jivraj/Hashwani*), [2011] UKSC 40, r.o. 23. Vgl. U.S. Supreme Court 20 juni 1960 (*United Steelworkers of America/American Manufacturing Co.*), 363 U.S. 564: 'arbitration is a creature of contract'.

50 Zie bijv. TGI Parijs 12 mei 1993, *Revue de l'Arbitrage* 1996, afl. 3, p. 410-411 (*société Raoul Duval/V.*): 'Attendu que l'arbitre tient son pouvoir juridictionnel de la convention d'arbitrage, *contrat de prestation de service à titre onéreux* qui lui fait obligation de remplir sa mission conformément aux dispositions de l'article 1451 et suivants du nouveau Code de procédure civile (...) Attendu que le lien de nature contractuelle qui unit l'arbitre aux parties, justifie que sa responsabilité soit appréciée dans les conditions de droit commun sur le fondement de l'article 1142 du Code civil' (curs. PR).

51 Vgl. HR 29 januari 2010, ECLI:NL:HR:2010:BK2007, NJ 2011/270 (*Van Wassenaar van Catwijk/Knowsley*), r.o. 3.5.1: 'Omdat de door de arbiters aanvaarde opdracht hen dus in beginsel niet verplicht (...)'.
52 Tribunal fédéral 28 januari 2014, nr. 4A_490/2013, r.o. 3.2.1: 'Le contrat d'arbitre - *receptum arbitri* ou *arbitri* (...) - désigne la relation contractuelle qui se noue entre l'arbitre et les parties (...). Le contrat d'arbitre est souvent qualifié de mandat *sui generis*, mais les règles du mandat (art. 394 ss CO) sont largement exclues par le statut de l'arbitre, s'agissant notamment des conditions dans lesquelles ce contrat prend fin (...)'. vgl. Tribunal fédéral 10 november 2010, nrs. 4A_391/2010 & 4A_399/2010, r.o. 5.2.1. In andere zin: Berger & Kellerhals 2015, nrs. 965, 967.

53 Vgl. over 'the contractarian model': Kirgis 2006.

'mission' aanvaardt, sprake zou zijn van een zgn. 'contrat d'arbitre' of 'arbitrator's contract'.⁵⁴ Arbiters zouden op grond van een zgn. (vrij vertaald) 'arbiter-contract' gehouden zijn een geschil tussen partijen te beslechten.⁵⁵ Bij niet-nakoming van hun contractuele verplichting(en) zouden arbiters het risico lopen om hun aanspraak op honorarium te verliezen, hun opdracht beëindigd te zien,⁵⁶ of zelfs om contractueel aansprakelijk te worden gehouden.⁵⁷ Daarentegen zouden arbiters en/of partijen ook het heft in eigen handen kunnen nemen door in een dergelijke overeenkomst bepalingen op te nemen die bijvoorbeeld zien op de beloning van de arbiters of eventuele (uitsluiting van) aansprakelijkheid. Bij gebrek aan (dwingendrechtelijke) voorschriften is het onduidelijk of formele en/of materiële eisen voor dit arbiter-contract gelden. In de literatuur is in dit verband naar voren gebracht dat de overeenkomst mogelijk niet eens schriftelijk hoeft te zijn.⁵⁸ Ondanks een aanzet van de Franse Conseil national des barreaux, die met een modelovereenkomst in dit verband kwam,⁵⁹ is geen sprake van eenduidigheid.

27. Duiding van het arbiter-contract

Niet alleen rijst de vraag of, en zo ja wanneer, van een arbiter-contract kan worden gesproken, ook is het de vraag wat de verhouding van een dergelijk contract ten opzichte van de overeenkomst tot arbitrage zou zijn. Interessant is hetgeen het Cour d'appel van Parijs in december 1996 overwoog: '(...) la fixation du montant des honoraires des arbitres ne fait pas partie de l'objet du litige; que cette fixation relève du contrat d'arbitrage, *différent de celui* qui lie les parties et qui fixe l'objet du litige; (...)'.⁶⁰ Vrij vertaald: de vaststelling van de hoogte van het honorarium van arbiters valt onder het 'contrat d'arbitrage', hetgeen een ander contract is dan het contract dat partijen bindt en het onderwerp van geschil bepaalt. Een niet-geldige overeenkomst tot arbitrage zou dan ook niet automatisch betekenen dat ook het arbiter-contract ongeldig is.⁶¹ In de Engelse jurisprudentie lijkt daarentegen uit te worden gaan van een meerpartijenovereenkomst: een arbiter wordt partij bij de reeds bestaande overeenkomst tot arbitrage tussen partijen. Ter illustratie kan wor-

54 Giraud 2017, nrs. 83-84; Racine 2016, nr. 525; Onyema 2010. Vgl. Cour de cassation (chambre civile 1) 17 november 2010, *Revue de l'Arbitrage* 2011, afl. 4, p. 945 (*société CNCA-CEC & Charasse/B. e.a.*): '(...) et non de caractériser une faute dans l'exécution du contrat d'arbitre, (...)'. Nu onduidelijk is wat de (juridische) 'nature' van dit contract is, wordt ook wel gesproken over een 'contrat sui generis' (Giraud 2017, nr. 84; Racine 2016, nr. 527). In andere zin: Loquin 2015, nr. 218. Vgl. Van Zelst 2014 waarin wordt gesproken over een 'arbitragecontract', ofwel 'de rechtsverhouding tussen het scheidsrecht en de procespartijen' (p. 96); Van Zelst 2017, p. 53: 'de overeenkomst van opdracht tussen de procespartijen en de arbiters'.

55 Born 2021b, p. 177: 'resolve the parties' dispute in an adjudicatory manner'.

56 Lionnet 1999, p. 163.

57 Born 2021b, p. 177. Vgl. U.S. Court of Appeal of California, Second Appellate District, Division Three 17 maart 1983 (*Baar/Tigerman*), 140 Cal. App. 3d 980: '(...) arbitration is contractual in nature and that breach of an arbitration contract will result in a cause of action to the damaged party'.

58 Riegler & Platte 2007, p. 110.

59 Conseil national des barreaux, *Les Cahiers de l'Arbitrage 2017 - Nouveaux Domaines, Nouvelles Utilisations*, p. 114-116 (vindplaats: online, via: www.cnb.avocat.fr/fr).

60 CA Parijs 19 december 1996, *Revue de l'Arbitrage* 1998, afl. 1, p. 123 (*société Qualiconsult c.s./Groupe Lincoln*).

61 Zie bijv. Oberste Gerichtshof 28 april 1998, *Revue de l'Arbitrage* 1999, afl. 2, p. 393 (*H GmbH/HON*). In vergelijkbare zin: Scheltema 2011.

den gewezen op hetgeen het Court of Appeal overwoog in februari 1991: '[t]he arbitration agreement is a bilateral contract between the parties to the main contract. On appointment, the arbitrator becomes a third party to that arbitration agreement, which becomes a trilateral contract'.⁶² In november 2020 overwoog het Supreme Court: '[t]he contract of appointment gives rise to a contract with all the parties to the arbitration'.⁶³ Het is overigens ook mogelijk dat een arbiter-contract in het geheel niet tot stand komt, bijvoorbeeld als een partij niet aan de benoeming van de arbiter(s) heeft meegewerkt en het standpunt inneemt dat geen sprake is van een overeenkomst tot arbitrage en/of verstek laat gaan.⁶⁴

Om het arbiter-contract juridisch te duiden, is in Nederland aansluiting gezocht bij de overeenkomst van opdracht. Waar in de Arbitragewet van 1838 over 'de last der scheidsmannen' werd gesproken,⁶⁵ wordt vandaag de dag de term 'opdracht' gebruikt (art. 1029 Rv). In Nederland lijkt dan ook de heersende leer te zijn dat door de benoeming en de aanvaarding van de opdracht in beginsel een overeenkomst van opdracht in de zin van artikel 7:400 e.v. BW tussen partijen en de arbiter(s) tot stand komt.⁶⁶ Op grond van artikel 1020 lid 1 jo. lid 2 Rv kan een arbitrageprocedure niet plaatsvinden zonder een overeenkomst tot arbitrage. Uitgangspunt hierbij is dat partijen gezamenlijk de arbiters een opdracht geven. De arbiters dienen vervolgens ieder afzonderlijk deze opdracht, al dan niet schriftelijk, te aanvaarden (vgl. art. 1029 lid 1 Rv). In de literatuur is naar voren gebracht dat partijen gezamenlijk een opdracht aan de te benoemen arbiter(s) verlenen waarna als gevolg van de aanvaarding van die opdracht door de arbiter(s) een overeenkomst 'met elk van de individuele arbiters' tot stand komt.⁶⁷ Een arbiter is juridisch gezien benoemd nadat hij zijn benoeming heeft aanvaard.⁶⁸ Na de aanvaarding zou de overeenkomst van opdracht tussen partijen en de individuele arbiters tot stand komen.⁶⁹ Een opdracht zou ook gedeeltelijk in de overeenkomst tot arbitrage besloten kunnen liggen, bijvoorbeeld indien een arbitrage-instituut een rol speelt bij de benoeming van de arbiters. De opdracht van de arbiter is in beginsel volbracht op het moment van verzending van het arbitraal

62 Court of Appeal 21 februari 1991 (*K/S Norjarl A/S/Hyundai Heavy Industries Co Ltd.*), [1991] 3 All ER 211: 'Under that trilateral contract, the arbitrator undertakes his quasi-judicial functions in consideration of the parties agreeing to pay him remuneration. By accepting appointment, the arbitrator assumes the status of a quasi-judicial adjudicator, together with all the duties and disabilities inherent in that status' (bron van het citaat: Redfern & Hunter 2015, vn. 82 (nr. 5.50)).

63 Supreme Court 27 november 2020 (*Halliburton Company/Chubb Bermuda Insurance Ltd.*), [2020] UKSC 48, r.o. 167.

64 Snijders 2018, p. 231.

65 Zie onder meer art. 655, 657 Rv (oud) (bron: Wetboek van Burgerlijke Regtsvordering - Officiële Uitgave, 's-Gravenhage: Algemeene Landsdrukkerij 1838, p. 158).

66 Zie o.a. Snijders 2018, p. 232; Conclusie A-G Wesseling-Van Gent (ECLI:NL:PHR:2010:BK2007) bij HR 29 januari 2010, ECLI:NL:HR:2010:BK2007, NJ 2011/270 (*Van Wassenaar van Catwijk/Knowsley*), sub 2.8.

67 Rooijakkers & Scheltema 2019, p. 758. In geval van partij-arbitrage zou sprake zijn van twee volmachten (id. p. 758; Scheltema 2011).

68 *Kamerstukken II* 1985/86, 18464, nr. 6, p. 17.

69 Als opdrachtgevers vis-à-vis opdrachtnemer(s). De situatie compliceert wanneer sprake is van partij-arbitrage en iedere partij een arbiter benoemt waarna de twee arbiters gezamenlijk een derde arbiter aanzoeken. Verdedigd is dat in dat geval sprake is van een volmacht-verlening door partijen aan de twee arbiters, zie: Von Hombracht-Brinkman 1994, p. 8.

eindvonnis aan partijen of door nederlegging ter griffie van de rechtbank van het 'laatste' arbitraal eindvonnis (art. 1058 lid 3 Rv).⁷⁰

28. Het arbiter-contract en andere kwalificaties

De (algemene) overeenkomst van opdracht dient te worden onderscheiden van de (meer specifieke) overeenkomst van lastgeving of 'mandaat'. Hoewel in de Zwitserse literatuur in dit verband aansluiting is gezocht bij de overeenkomst van lastgeving,⁷¹ overwoog het Tribunal fédéral in januari 2014: 'les règles du mandat (art. 394 ss CO) sont largement exclues par le statut de l'arbitre, s'agissant notamment des conditions dans lesquelles ce contrat prend fin'.⁷² Vrij vertaald: de regels van het mandaat zijn grotendeels uitgesloten in het geval van arbitrage, in het bijzonder de bepalingen die zien op de beëindiging van het contract. Ook in Frankrijk is de kwalificatie van een arbitersovereenkomst als overeenkomst van lastgeving afgewezen. In maart 1992 vernietigde het Cour d'appel van Parijs een arbitrageovereenkomst nu een dergelijke kwalificatie 'est incompatible avec la notion même d'arbitrage, les arbitres, certes désignés par les parties, ne pouvant en aucun cas être constitués leurs mandataires, ce qui impliquerait, notamment, qu'ils représentent les parties et doivent rendre compte de leur mission, qualité et obligation étrangères à la fonction d'arbitre, qui est de nature juridictionnelle' (curs. PR), aldus het hof.⁷³ Vrij vertaald: een dergelijke kwalificatie is onverenigbaar met het begrip arbitrage aangezien arbiters, (en) zeker de arbiters die door een partij zijn benoemd, niet de 'mandataires' van partijen zijn. Zou dit wel geval zijn dan zouden zij de partijen vertegenwoordigen en rekenschap dienen af te leggen van hun opdracht. Dit druist in tegen de functie van een arbiter die van nature 'juridictionnelle' is. Het Cour de cassation nam begin juli 1996 een vergelijkbare positie in door te overwegen dat 'l'arbitre n'est pas lié à la partie qui l'a désigné par un contrat de mandat'.⁷⁴ Liever wordt in Frankrijk over een 'contrat d'investiture' gesproken: een contract dat 'investit l'arbitre du pouvoir de trancher le litige en le faisant accéder à la fonction de juge (...) - statut qui lui impose les devoirs d'un juge', aldus het Cour d'appel van Parijs in mei 1991.⁷⁵

Daarnaast kan worden gewezen op een uitspraak van het Engelse Supreme Court van juli 2011.⁷⁶ Hoewel het Court of Appeal aansluiting had gezocht bij het arbeids-overeenkomstenrecht en - onder verwijzing naar jurisprudentie van het Hof van Justitie van de Europese Unie uit 2004 - een arbiter als 'werknemer' kwalificeerde,⁷⁷ ver-

70 Op eigen verzoek dan wel door partijen gezamenlijk kan een arbiter tussentijds van zijn opdracht worden ontheven (art. 1029 Rv). Daarnaast kan een opdracht tussentijds worden beëindigd door partijen gezamenlijk (art. 1031 Rv).

71 Clay 2001, nr. 1029, onder verwijzing naar Zwitserse literatuur.

72 Tribunal fédéral 28 januari 2014, nr. 4A_490/2013, r.o. 3.2.1.

73 CA Parijs 24 maart 1992, *Revue de l'Arbitrage* 1993, afl. 2, p. 299 (Pelfanjan/Nurit).

74 Cour de cassation (chambre civile 2) 3 juli 1996, *Revue de l'Arbitrage* 1996, afl. 3, p. 405 (*société méridionale d'équipements sanitaires et sociaux (Somes)/de Saint-Rapt c.s.*).

75 CA Parijs 22 mei 1991, *Revue de l'Arbitrage* 1996, afl. 3, p. 476 (*Bompard/Consorts C. c.s.*). Vgl. CA Parijs 19 december 1996, *Revue de l'Arbitrage* 1998, afl. 1, p. 121-123 (*société Qualiconsult c.s./Groupe Lincoln*); CA Parijs 22 juni 2021, nr. 21/07623 (*Saad Buzwair Automotive Co/M.G.*), r.o. 22: '(...) obligations contractuelles découlant d'un contrat d'arbitre, (...)'.
76 Supreme Court 27 juli 2011 (*Jivraj/Hashwani*), [2011] UKSC 40. Zie over deze uitspraak bijv. De Korte 2011.
77 Court of Appeal (Civil Division) 22 juni 2010 (*Jivraj/Hashwani*), [2010] EWCA Civ 712.

nietigde het Supreme Court de uitspraak. In dit verband overwoog het gerecht onder meer: '(...) the role of an arbitrator is not naturally described as employment under a contract personally to do work. That is because his role is not naturally described as one of employment at all'.⁷⁸ Hoewel buiten de (methodologische) reikwijdte van dit onderzoek, tot slot, is interessant dat in Oostenrijk,⁷⁹ en Duitsland,⁸⁰ is geprobeerd om aansluiting te zoeken bij de overeenkomst tot het verrichten van 'diensten'. Op grond van een dergelijke overeenkomst zouden arbiters 'intellectuele' diensten ten gunste van partijen verrichten in ruil voor een beloning.⁸¹ Deze kwalificatie is door het Hof van Justitie echter afgewezen in september 1997.⁸² Volgens het Hof komen de 'diensten' van een arbiter niet overeen met die van bijvoorbeeld adviesbureaus of accountants, omdat geen van de diensten die gewoonlijk in het kader van voornoemde beroepen worden verricht 'de beslechting van een geschil tussen twee of meerdere partijen tot doel' hebben.⁸³

2.2.3 De derde theorie

29. Een gulden middenweg

In de twee bovenstaande paragrafen is stilgestaan bij de status-theorie en de contract-theorie. In de literatuur komt nog een derde theorie naar voren om de juridische status van de arbiter te kwalificeren. Deze theorie is een mengvorm van voornoemde twee theorieën.⁸⁴ In de literatuur is de term '*sui generis*-contract' gebruikt.⁸⁵ Ten aanzien van de derde theorie is in de literatuur onder meer naar voren gebracht: '[t]he proper analysis is therefore to regard the arbitrator's contract as a *sui generis* agreement specifying the terms on which this adjudicative function, requiring independence from the parties, is to be exercised *vis-à-vis* particular parties and on particular terms'.⁸⁶ Interessant is dat deze bewoordingen eind juli 2011 door het Supreme Court zijn overgenomen. Het gerecht overwoog, bij monde van Lord Mance, dat dit citaat 'convincingly discusses the general international legal understanding of the nature of an arbitrator's engagement'.⁸⁷ Interessant is ook hetgeen het Cour d'appel van Parijs overwoog in juni 2021: '(...), le contrat d'arbitre participe de la nature

78 Supreme Court 27 juli 2011 (*Jivraj/Hashwani*), [2011] UKSC 40, r.o. 23.

79 Riegler & Platte 2007, p. 110-111, onder verwijzing naar jurisprudentie.

80 Poudret & Besson 2002, p. 389, onder verwijzing naar literatuur. Vgl. Real 1983.

81 Gaillard & Savage 1999, vn. 228 (nr. 1119), onder verwijzing naar literatuur. In vergelijkbare zin: Karton 2013, p. 100.

82 HvJ EG 16 september 1997, C-145/96, ECLI:EU:C:1997:406 (*Von Hoffmann/Finanzamt Trier*).

83 HvJ EG 16 september 1997, C-145/96, ECLI:EU:C:1997:406, r.o. 18.

84 Court of Appeal 21 februari 1991 (*K/S Norjarl A/S/Hyundai Heavy Industries Co Ltd*), [1991] 3 All ER 211: '(...) the arbitrator's rights and duties flow from the conjunction of those two elements' (bron van de geciteerde woorden: Redfern & Hunter 2015, vn. 82 (nr. 5.50)). Vgl. Snijders 2017a; Snijders 2017b waarin de term 'adjudicatief-contractuele leer' wordt gebruikt.

85 Zie o.a. Orelli 2013, nr. 4; Gaillard & Savage 1999, nr. 1123. Vgl. Bucher 2002, p. 413-426.

86 Born 2021a, p. 2121.

87 Supreme Court 27 juli 2011 (*Jivraj/Hashwani*), [2011] UKSC 40, r.o. 77. Het citaat is afkomstig uit de eerste editie van het boek *International Commercial Arbitration* (G.B. Born, 2009).

mixte de l'arbitrage, *contractuelle* par sa source et *juridictionnelle* par son objet, et dérive de la convention d'arbitrage à laquelle il est étroitement lié' (curs. PR).⁸⁸

2.3 Het scheidsgerecht: omvang en benoeming

30. Algemeen

In tegenstelling tot de procedure ten overstaan van de overheidsrechter kunnen partijen in een arbitrale procedure (enige) invloed uitoefenen op de samenstelling van het scheidsgerecht en de wijze van benoeming van de arbiters. In de tweede paragraaf van dit hoofdstuk zal worden stilgestaan bij de volgende drie onderwerpen: i) de omvang van het scheidsgerecht (nr. 31), ii) de verschillende wijzen van benoeming (nr. 32), en iii) de (bijzondere) figuur van de zgn. bevoorrechte positie (nr. 33).

31. Een (on)even aantal arbiters

Een belangrijk beginsel in de arbitrage is het beginsel van de partijautonomie. Dit beginsel speelt onder meer een rol in het kader van de omvang van het scheidsgerecht. Ter illustratie kan worden gewezen op hetgeen in de UNCITRAL Model Law 2006 staat opgenomen: 'the parties are free to determine the number of arbitrators' (art. 10 lid 1). Op grond van deze bepaling zijn partijen aldus vrij om te kiezen voor besluitvorming met een even aantal arbiters 'even in those legal systems which at present require an uneven number', aldus de toelichting op de Model Law.⁸⁹ Ook door de Arbitration Act 1996 wordt partijautonomie vooropgesteld: '[t]he parties are free to agree on the number of arbitrators to form the tribunal' (art. 15 lid 1). Mochten partijen overwegen om een even aantal arbiters te benoemen, dan dienen zij dit met elkaar overeen te komen: '[u]nless otherwise agreed by the parties, an agreement that the number of arbitrators shall be two or any other even number shall be understood as requiring the appointment of an additional arbitrator as chairman of the tribunal', aldus artikel 15 lid 2 van de Arbitration Act. Met ingang van 1 januari 2021 heeft ook de LDIP een bepaling aan de omvang van het scheidsgerecht gewijd: '[s]auf convention contraire, les arbitres sont au nombre de trois, dont deux sont désignés par chacune des parties et le troisième est choisi à l'unanimité par les deux premiers en qualité de président' (art. 179 lid 1).⁹⁰ Reeds in maart 1995 overwoog het Tribunal fédéral: '[I]l'élément essentiel de ces dispositions est que les parties *peuvent fixer librement* le nombre des arbitres, et que ni le Concordat sur l'arbitrage ni la loi fédérale sur le droit international privé n'interdisent que leur choix se porte sur un nombre pair (...)' (curs. PR).⁹¹

88 CA Parijs 22 juni 2021, nr. 21/07623 (*Saad Buzwair Automotive Co/M.G.*), r.o. 31.

89 UNCITRAL, Analytical Commentary on Draft Text of A Model Law on International Commercial Arbitration, A/CN.9/264, 25 maart 1985, p. 26.

90 In het begeleidende 'Message concernant la modification de la loi fédérale sur le droit international privé' van 24 oktober 2018 wordt de toevoeging niet inhoudelijk toegelicht (p. 7180) (vindplaats: www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2018/2548/fr).

91 Tribunal fédéral 20 maart 1995, r.o. 2.b), *ASA Bulletin* 1995, afl. 3, p. 516.

Op het moment dat partijen niets zijn overeengekomen 'upon the number of arbitrators' is het aan het SAC Court om te bepalen of het geschil door een unus-arbiter zal worden beslecht dan wel dat drie arbiters worden benoemd, aldus artikel 9 lid 1 Swiss Rules 2021.⁹² Een bepaling met een vergelijkbare strekking kan in de ICC Rules 2021 worden gevonden. In artikel 12 lid 1 staat: '[t]he disputes shall be decided by a sole arbitrator or by three arbitrators'. Artikel 12 lid 2 luidt: 'Where the parties have not agreed upon the number of arbitrators, the Court shall appoint a sole arbitrator, save where it appears to the Court that the dispute is such as to warrant the appointment of three arbitrators. (...)'. Ook door het NAI Arbitragereglement wordt vooropgesteld dat '[h]et geding zal worden gevoerd ten overstaan van een oneven aantal arbiters'.⁹³ In artikel 12 lid 2 staat: 'Indien de partijen het aantal arbiters niet zijn overeengekomen, (...), bepaalt de administrateur het aantal op een of drie, rekening houdend met de voorkeur van de partijen, de omvang van het geschil, de ingewikkeldheid van de zaak en het belang van de partijen bij een efficiënte gedingvoering'. Interessant is het inzicht dat het NAI geeft in de factoren die een rol kunnen spelen bij het bepalen van het aantal (te benoemen) arbiters. Het beginsel van de partijautonomie komt ook naar voren in artikel 5.8 van de LCIA Rules 2020: '[a] sole arbitrator shall be appointed unless the parties have agreed in writing otherwise or the LCIA Court determines that in the circumstances a three-member tribunal is appropriate (or, exceptionally, more than three)'.

Door het Franse arbitragerecht wordt voor nationale arbitrages een oneven aantal arbiters tot uitgangspunt genomen (art. 1451 CPC).⁹⁴ Dit artikel is echter niet in internationale arbitrages van toepassing.⁹⁵ Ook in de Nederlandse Arbitragewet wordt een oneven aantal arbiters vooropgesteld (art. 1026 lid 1 Rv). Indien partijen een even aantal arbiters zijn overeengekomen, volgt benoeming door deze arbiters van 'een aanvullend arbiter' als voorzitter van het scheidsgerecht (art. 1026 lid 3 Rv). Hoewel in de literatuur kanttekeningen zijn geplaatst bij de eis van een oneven aantal arbiters,⁹⁶ heeft de inwerkingtreding van de gewijzigde Arbitragewet in januari 2015 niet tot aanpassing van artikel 1026 Rv geleid. Een arbitraal vonnis dat toch door een even aantal arbiters wordt gewezen, is in beginsel vernietigbaar op de (vernietigings)grond dat het scheidsgerecht in strijd met 'de daarvoor geldende regels' is samengesteld (art. 1065 lid 1 aanhef en sub b Rv).⁹⁷ In de Nederlandse literatuur is naar voren gebracht dat artikel 1026 lid 1 Rv van openbare orde is,⁹⁸ hetgeen tot gevolg heeft dat schending van de bepaling zou kunnen leiden tot vernietiging van

92 Vgl. art. 7 lid 1 UNCITRAL Arbitration Rules 2013; R-16 AAA Commercial Arbitration Rules 2013.

93 Art. 12 lid 1 NAI Arbitragereglement 2015.

94 Artikel 1451 CPC is van dwingend recht; een arbitraal vonnis dat is gewezen door een even aantal arbiters is vernietigbaar, zie: Cour de cassation (chambre civile 2) 21 november 2002, nr. 00-22.866 (*SA Jacqmin/GIE des dépenses communes du chantier IPE IV*). Op het moment dat partijen in hun arbitrageovereenkomst een even aantal arbiters zijn overeengekomen en zij niet gezamenlijk tot de benoeming van een extra 'oneven' arbiter komen, dan kan de 'juge d'appui' tot benoeming overgaan (art. 1451 jo. art. 1459 CPC).

95 Art. 1506 CPC (*a contrario*).

96 Van den Berg 1990, p. 6-7.

97 *Kamerstukken II* 1983/84, 18464, nr. 3, p. 9. Zie voor een (sporadisch voorkomend) voorbeeld van vernietiging op deze grond: Rb. Utrecht 8 augustus 2007, ECLI:NL:RBUTR:2007:BB1410.

98 Meijer 2022, art. 1026 Rv, nr. 1: 'De bepaling dat het aantal arbiters niet even mag zijn, is van Nederlandse interne openbare orde (zie art. 1076, aant. 2)'. Vgl. Snijders 2018, p. 209; Meijer & Ernste 2015, p. 101.

het arbitraal vonnis op de (vernietigings)grond dat de wijze van totstandkoming ervan met de openbare orde strijdt (art. 1065 lid 1 aanhef en sub e Rv). Indien sprake is van een in een 'vreemde Staat' gewezen arbitraal vonnis, dat afkomstig is van een even aantal arbiters, zal erkenning en/of tenuitvoerlegging van dit vonnis niet noodzakelijkerwijs worden geweigerd wegens strijd met de Nederlandse openbare orde: de beperking van artikel 1065 lid 1 aanhef en sub b Rv komt niet voor in artikel V lid 1 sub d van het Verdrag van New York. Deze bepaling maakt weigering mogelijk indien 'the composition of the arbitral authority or the arbitral procedure was not in accordance with the agreement of the parties'.⁹⁹

32. De benoeming van arbiters

Arbiters kunnen op verschillende wijzen worden benoemd. Benoeming kan geschieden door middel van hetgeen partijen hebben afgesproken, door middel van een lijstprocedure, door een arbitrage-instituut of (bijvoorbeeld) een handelsvereniging, door de voorzitter van een reeds samengesteld scheidsgerecht en/of door de overheidsrechter.¹⁰⁰ Indien sprake is van een meerledig scheidsgerecht is het niet ongebruikelijk dat de wijze van benoeming van de voorzitter van het scheidsgerecht afwijkt van de wijze van benoeming van de andere arbiters.¹⁰¹ Wat de benoeming van arbiters betreft, laten de arbitragewetten van de vier jurisdicties van onderzoek een eenduidig beeld zien: benoeming op de wijze die door partijen is overeengekomen, wordt vooropgesteld.¹⁰² Ter illustratie wordt verwezen naar de Nederlandse arbitragepraktijk, waar het niet ongebruikelijk zou zijn dat in een arbitraal beding wordt verwezen naar een arbitragereglement dat een (gedetailleerde) benoemingsregeling bevat.¹⁰³ Mochten partijen niets zijn overeengekomen, dan zal op de wettelijke benoemingsregels worden teruggevallen.¹⁰⁴ De Nederlandse Arbitragewet bevat een specifieke regeling voor dit geval: partijen zullen de arbiter(s) in dat geval 'gezamenlijk' dienen te benoemen (art. 1027 lid 1 Rv).¹⁰⁵ Mochten partijen hier niet uitko-

99 De 'alternatieve' weigeringsgrond van art. V lid 1 sub d ('or, failing such agreement, was not in accordance with the law of the country where the arbitration took place') is in de gegeven situatie niet relevant. Vgl. Hof Den Haag 3 mei 1963, *NJ* 1964/501: '(...) dat, nu het Engelse recht beslechting van geschillen door een even aantal arbiters in voege als in de arbitrageclausule van de Centrocon charteparty [sic, PR] voorzien, kent, daaruit volgt, dat app.en aan deze wijze van behandeling van de scheidsrechterlijke procedure gebonden zijn en van strijd met de Ned. openbare orde geen sprake is, (...)'. Vgl. *Kamerstukken II* 1983/84, 18464, nr. 3, p. 35. Ook de voorlopers van het Verdrag van New York gaven ruimte, zie artikel 1 aanhef en sub c van het Verdrag nopens de tenuitvoerlegging van in het buitenland gewezen scheidsrechterlijke uitspraken (Genève) van 26 september 1927, vgl. art. 2 Protocol betreffende arbitrageclausules (Genève) 24 september 1923.

100 Zie bijv. Born 2021a, par. 12.03; Redfern & Hunter 2015, nr. 4.33; Webster 2002.

101 Zie nader: Born 2021a, p. 1830-1832.

102 Art. 16 lid 1 Arbitration Act 1996; art. 1452 jo. 1506 sub 2 CPC; art. 1027 lid 1 Rv; art. 179 lid 1 LDIP. Vgl. Akseli 2003.

103 Snijders 2018, p. 216.

104 Vgl. art. 16 lid 2 Arbitration Act 1996; art. 179 lid 2 LDIP.

105 Snijders 2018, p. 216: 'Die arbitrageovereenkomst behoeft niet de overeenkomst tot arbitrage zelf te zijn. Partijen kunnen ook bij een nadere arbitrageovereenkomst de wijze van benoeming regelen'. Vgl. Cour de cassation (chambre civile 2) 13 april 1972, nr. 70-12.774 (*Consorts Ury/Galeries Lafayette*): '(...) cette désignation, élément substantiel de la convention d'arbitrage, procède de la volonté commune des parties (...)'.
(...).

men, kan een beroep op (benoeming door of namens) de overheidsrechter worden gedaan. Partijen zijn in dat geval wel aan termijnen gebonden. Zo dienen partijen de arbiter(s) in beginsel binnen drie maanden nadat de arbitrage aanhangig is te benoemen (art. 1027 lid 2 Rv).¹⁰⁶ Na afloop van deze termijn zal de 'ontbrekende' arbiter(s) door de voorzieningenrechter van de rechtbank worden benoemd op verzoek van 'de meest gereede partij' (art. 1027 lid 3 Rv).

De terminologie die in onderhavig verband in de bestudeerde arbitrale regelgeving naar voren komt, verschilt. Zo wordt in de ICC Rules 2021 gesproken over 'nominate (...) for confirmation'.¹⁰⁷ In de Swiss Rules 2021 wordt de term 'designate' gebruikt.¹⁰⁸ De benoeming van een NAI-arbiter zal 'door de administrateur [worden, PR] bevestigd, tenzij de arbiter naar het oordeel van de administrateur onvoldoende waarborgen biedt voor een deugdelijke arbitrage' (art. 16 lid 1 NAI Arbitragereglement 2015). In de LCIA Rules 2020 staat: '[n]o party or third person may appoint any arbitrator under the Arbitration Agreement: the LCIA Court alone is empowered to appoint arbitrators (albeit taking into account any written agreement or joint nomination by the parties or nomination by the other candidates or arbitrators)' (art. 5.7). Interessant, tot slot, is dat partijen in het kader van een NAI-arbitrage ervoor kunnen kiezen om arbiters in overeenstemming met de zgn. lijst-procedure te benoemen: bij deze procedure 'selecteert het NAI uit zijn bestand de voor een bepaalde procedure geschikte arbiters en plaatst deze namen op een aan partijen toe te zenden lijst'.¹⁰⁹ Partijen kunnen de namen van personen tegen wie 'overwegende bezwaren bestaan', doorhalen en de overblijvende namen 'in de volgorde van [hun, PR] voorkeur nummeren' (art. 14 lid 2 NAI Arbitragereglement 2015). Op het moment dat partijen geen wijze van benoeming zijn overeengekomen, zullen de arbiters in overeenstemming met de lijstprocedure worden benoemd (art. 13 lid 1 NAI Arbitragereglement 2015).¹¹⁰

33. Een bevoorrechte positie bij de benoeming

Naast het beginsel van de partijautonomie speelt het beginsel van de gelijkheid van partijen een belangrijke rol in het kader van de benoeming van de arbiter(s). Illustratief is hetgeen het Cour de cassation overwoog in het *Dutco*-arrest van januari 1992: '[l]e principe de l'égalité des parties dans la désignation des arbitres est d'ordre public; on ne peut y renoncer qu'après la naissance du litige'.¹¹¹ Wanneer een partij

¹⁰⁶ Wel staat het partijen vrij om deze termijn bij overeenkomst te verlengen of te bekorten.

¹⁰⁷ Art. 12 lid 3 en lid 4 ICC Rules 2021. Vgl. Miles 2003; Müller 2000.

¹⁰⁸ Art. 8 Swiss Rules 2021.

¹⁰⁹ Bron: www.nai-nl.org/nl/nai_arbitrage/arbiters/#Benoeming_van_arbiters. Het NAI heeft de lijstprocedure aan de AAA ontleend, zie: Sanders 1999, p. 39; vgl. R-12 AAA Commercial Arbitration Rules 2013. Vgl. Von Hombracht-Brinkman 2012, vgl. Van den Berg 1988, p. 155: 'Namen van arbiters welke op de Algemene Lijst van Arbiters voorkomen worden slechts gebruikt in het kader van de lijst-procedure in een NAI arbitrage. De Algemene Lijst van Arbiters, die onderdeel vormt van de 'know how' van het NAI, wordt derhalve niet aan derden ter inzage gegeven, tenzij het verzoek komt van een rechter, een (buitenlands) zusterinstituut of een kamer van koophandel'.

¹¹⁰ Vgl. art. 12 lid 3 en lid 4 ICC Rules 2021; art. 10 en 11 Swiss Rules 2021; art. 5.7 LCIA Rules 2020.

¹¹¹ Cour de cassation (chambre civile 1) 7 januari 1992, *Revue de l'Arbitrage* 1992, afl. 3, p. 472 (*BKMI Industrienlagen GmbH & Siemens AG/Dutco Construction*). De situatie compliceert wanneer sprake is van

de meerderheid van de arbiters of zelfs het hele scheidsgerecht mag benoemen, kan worden gezegd dat sprake is van een zekere 'bevoorrechte' positie van deze partij. Op grond van artikel 1028 lid 1 Rv kan de andere partij zich tegen een dergelijke positie verzetten.¹¹² In de memorie van toelichting bij de Arbitragewet 1986 werd door de Nederlandse wetgever naar voren gebracht dat het artikel uitdrukking wil geven aan 'het fundamentele beginsel van de gelijkheid van partijen bij de benoeming van arbiters'.¹¹³ In het kader van de totstandkoming van dit artikel in de jaren tachtig van de vorige eeuw verwees de Nederlandse wetgever naar de European Convention providing a Uniform Law on Arbitration uit 1966.¹¹⁴ Dit document had de betreffende bepaling op zijn beurt aan een UNIDROIT-bepaling ontleend.¹¹⁵ Daarnaast werd in de wetgeschiedenis van het artikellid verwezen naar artikel 1925 lid 2 van de Duitse Zivilprozessordnung waarin de betreffende bepaling sinds 1998 echter niet meer staat opgenomen.¹¹⁶ Ook in het Gerechtelijk Wetboek van België, waarin een regeling omtrent de bevoorrechte positie stond opgenomen sinds 1967,¹¹⁷ is de regeling niet meer te vinden sinds juni 2013.¹¹⁸ Met uitzondering van onder meer Argentinië,¹¹⁹ en Québec,¹²⁰ komt de figuur van de bevoorrechte positie vandaag de dag nauwelijks voor in arbitragewetten.¹²¹

Interessant is dat met de laatste wijziging van de Nederlandse Arbitragewet de reikwijdte van artikel 1028 lid 1 Rv is uitgebreid: de bepaling heeft thans niet langer alleen betrekking op een benoemingsregeling in de overeenkomst tot arbitrage, maar ook op een benoemingsregeling buiten de overeenkomst tot arbitrage ('bij overeenkomst of anderszins'). Volgens de Nederlandse wetgever bleek 'in de prak-

meerdere partijen aan één zijde en er slechts één arbiter kan worden benoemd, zie: Cour de cassation (chambre civile 2) 31 januari 2002, nr. 00-18.509.

112 Zie nader bijv. Marsman 2021, nrs. 6.051-6.067.

113 *Kamerstukken II* 1983/84, 18464, nr. 3, p. 7. Onder een dergelijke positie valt niet 'het geval dat de arbiters ingevolge de statuten van een vereniging die een vast scheidsgerecht heeft, lid van die vereniging moeten zijn, ook dan niet wanneer de arbitrage plaatsvindt tussen een lid en een niet-lid van de vereniging' (id. p. 7). Vgl. Rb. Zwolle-Lelystad (vzr.) 16 oktober 2006, ECLI:NL:RBZLY:2006:AZ0161, r.o. 4.4. Vgl. HR 23 maart 1990, ECLI:NL:HR:1990:AD1068, NJ 1991, afl. 15, nr. 214 (*Botman/Van Haaster*), r.o. 3.5.

114 Raad van Europa, European Treaty Series - Nr. 56, 'European Convention providing a Uniform Law on Arbitration', 20 januari 1966, Annex I (vindplaats: via rm.coe.int). Vgl. het 'Explanatory Report' (vindplaats: www.worldlii.org/int/other/treaties/COETSER/1966/2.html).

115 In het 'Explanatory Report' (Uniform Law (Annex I)) staat: 'It reproduces the text of Article 6 of the draft uniform law prepared by UNIDROIT'. Het is onduidelijk op welke 'draft' wordt bedoeld, bijv. de 'Preliminary draft of a uniform law on arbitration in respect of international relations of private law' (Rome, 1940), zie voor dit document: www.unidroit.org/english/documents/1940/study03/s-03-draft1-e.pdf.

116 Deze bepaling staat sinds 1998 niet langer opgenomen in de ZPO, zie: BGH 7 juni 2016, KZR 6/15.

117 Wet 10 oktober 1967 houdende het Gerechtelijk Wetboek, art. 1678. Deze regeling 'herhaalt' artikel 3 van de 'eenvormige wet', aldus de Memorie van Toelichting van 19 mei 1971, 988, nr. 1, p. 11 (bron: www.dekamer.be/digidoc/OCR/K2010/K20100565/K20100565.PDF).

118 Zie nader: Keutgen & Dal 2015, nr. 272. De Arbitragewet van België heeft m.i.v. 2013 het predikaat 'legislation based on the text of the UNCITRAL Model Law', zie: uncitral.un.org/en/texts/arbitration/modellaw/commercial_arbitration/status.

119 Art. 1661 Código Civil y Comercial de la Nación (m.i.v. van 1 augustus 2015): 'Es nula la cláusula que confiere a una parte una situación privilegiada en cuanto a la designación de los árbitros' (bron: Hermida 2015, p. 781).

120 Art. 2641 Code civil du Québec: 'Est nulle la stipulation qui confère à une partie une situation privilégiée quant à la désignation des arbitres' (vindplaats: via www.legisquebec.gouv.qc.ca/fr).

121 Wel zou kunnen worden verdedigd dat bij schending van de 'equality of arms' in het kader van de benoeming van arbiters het arbitrale vonnis vernietigbaar is op de grond dat de wijze van totstandkoming ervan strijdt met de openbare orde.

tijk' dat benoemingsregelingen ook buiten de overeenkomst tot arbitrage werden overeengekomen.¹²² Indien sprake is van een bevoorrechte positie kan iedere partij de voorzieningenrechter van de rechtbank verzoeken een arbiter (of arbiters) te benoemen.¹²³ Binnen drie maanden nadat de zaak aanhangig is, zal de partij een dergelijk verzoek moeten indienen 'op straffe van verval van recht' om zich later te kunnen beroepen op de bevoorrechte positie bij de benoeming van de arbiter of arbiters 'in het arbitraal geding of bij de gewone rechter' (art. 1028 lid 2 Rv).¹²⁴

In artikel 1028 Rv komt niet naar voren wanneer sprake is van een bevoorrechte positie. De Nederlandse wetgever bracht in de memorie van toelichting slechts naar voren dat een overeenkomst tot arbitrage ongeldig zou zijn 'indien een der partijen meer arbiters zou mogen aanwijzen dan de andere of indien het recht, de enige arbiter dan wel het arbitraal college te benoemen, aan een der partijen bij de arbitrage zou zijn voorbehouden'.¹²⁵ In april 2011 overwoog de voorzieningenrechter van de Rechtbank 's-Hertogenbosch dat met artikel 1028 Rv 'niet de deskundigheid of de partijdigheid van de benoemde arbiters ter discussie [kan, PR] worden gesteld'.¹²⁶ Anders gezegd, de bepaling 'regardeert de benoemde arbiters dus niet persoonlijk'.¹²⁷ Dit ligt anders ten aanzien van het scheidsgerecht. Ter illustratie kan worden gewezen op hetgeen de voorzieningenrechter van de Rechtbank Zwolle-Lelystad in oktober 2006 overwoog: '(...) van een dergelijke bevoorrechte positie [is, PR] sprake indien (de wijze) van benoeming leidt tot een samenstelling van het scheidsgerecht waarvan de onpartijdigheid op goede gronden in twijfel kan worden getrokken'.¹²⁸ In november 1987 had ook de Rechtbank Zwolle-Lelystad overwogen dat voor de toepasselijkheid van artikel 1028 lid 1 Rv het 'geenszins nodig [is, PR] dat van die positie misbruik of zelfs maar gebruik is gemaakt en al helemaal niet dat zulks tot de benoeming van partijdige arbiters heeft geleid'.¹²⁹

2.4 Het arbitrale besluitvormingsproces

34. Algemeen

Hoewel in de literatuur naar voren is gebracht dat 'the procedural integrity of the decision-making process is of utmost importance for the legitimacy of individual decisions',¹³⁰ zwijgen de bestudeerde arbitragewetten en reglementen over de wijze

122 *Kamerstukken II* 2012/13, 33611, nr. 3, p. 12. Vgl. Rb. Den Haag (pres.) 23 februari 1987, *TvA* 1987, afl. 3, p. 92. Vgl. Hof Den Haag 23 mei 1989, *TvA* 1989, afl. 5, p. 125.

123 Zie voor enige jurisprudentiële voorbeelden: Sanders 2001, p. 64-65.

124 *Kamerstukken II* 2012/13, 33611, nr. 3, p. 12: 'De termijn strekt ertoe de gelijkheid van partijen bij de benoeming van de arbiters te waarborgen'. Wel staat het partijen vrij om deze termijn bij overeenkomst te verlengen (zie art. 1028 lid 2 Rv).

125 *Kamerstukken II* 1983/84, 18464, nr. 3, p. 7. Vgl. Rb. Zwolle-Lelystad (vzr.) 16 oktober 2006, ECLI:NL:RBZLY:2006:AZ0161, r.o. 4.2: '(...) Daarvan kan sprake zijn indien één der partijen een overwegende invloed heeft (gehad) op de totstandkoming van de lijst van mogelijk te benoemen arbiters of op de benoeming van de arbiter(s) in de aanhangige arbitrage', zie ook bijv. Snijders 2018, p. 228.

126 Rb. 's-Hertogenbosch (vzr.) 8 april 2011, ECLI:NL:RBSHE:2011:BQ1617, r.o. 3.2.

127 Rb. 's-Hertogenbosch (vzr.) 8 april 2011, ECLI:NL:RBSHE:2011:BQ1617, r.o. 3.2.

128 Rb. Zwolle-Lelystad (vzr.) 16 oktober 2006, ECLI:NL:RBZLY:2006:AZ0161, r.o. 4.2.

129 Rb. Zwolle (pres.) 10 november 1987, *TvA* 1989, afl. 2, p. 63.

130 Cleis 2017, p. 27, onder verwijzing naar literatuur. Vgl. Franck e.a. 2017, p. 1128.

waarop het arbitrale besluitvormingsproces zou moeten plaatsvinden.¹³¹¹³² Afgezien van formele voorschriften¹³³ die zien op kwesties als de stemverhouding, vormvereisten waaraan het arbitraal vonnis dient te voldoen en bepalingen die arbiters gebieden om vertraging van de procedure (zoveel mogelijk) te voorkomen,¹³⁴ heeft een scheidsgerecht dan ook relatief veel vrijheid in de wijze waarop het tot een oordeel komt.¹³⁵ Illustratief is hetgeen het Cour de cassation in januari 1981 overwoog in het kader van de arbitrale beraadslagingen: 'aucune forme particulière n'est imposée pour le délibéré des arbitres'.¹³⁶ Toch is deze vrijheid niet onbegrensd: iedere arbiter dient de verplichting tot arbitrale onafhankelijkheid en onpartijdigheid voor ogen te (blijven) houden. Ter illustratie kan worden gewezen op artikel 14 lid 1 van de Engelse versie van de ICSID Convention 2006 waarin naar voren komt dat '[p]ersons designated to serve on the Panels shall be persons (...) who may be relied upon to exercise independent judgment'.¹³⁷ Om enig inzicht te krijgen in de wijze waarop de verplichting tot arbitrale onafhankelijkheid en onpartijdigheid samenhangt met de arbitrale besluitvorming, zal in deze paragraaf worden stilgestaan bij drie facetten die verband houden met het arbitrale besluitvormingsproces: een voorlopig oordeel (par. 2.4.1), het geheim van arbitrale raadkamer (par. 2.4.2) en de *dissenting opinion* (par. 2.4.3).

Hoewel de 'strongest predictors' van een arbitrale beslissing door het aanwezige bewijs en het toepasselijk recht zouden worden gevormd,¹³⁸ komt in de literatuur (ook) naar voren dat arbiters - al dan niet onbewust - door andere, psychologische factoren kunnen worden beïnvloed. Bij wijze van (algemene) inleiding zal hieronder dan ook eerst worden stilgestaan bij enkele verschijningsvormen van onbewuste (arbitrale) beïnvloeding.

131 Gaillard & Savage 1999, nr. 1372: 'Most modern laws contain no requirements as to the form of the deliberations'.

132 Onder de term 'arbitraal besluitvormingsproces' wordt in het kader van deze paragraaf verstaan: de wijze waarop een arbiter, al dan niet in de hoedanigheid van unus-arbiter, voorzitter, of partij-arbiter, zich opstelt vanaf het moment van benoeming tot en met het moment van het 'wijzen' van het arbitraal vonnis. Naast de term 'arbitraal besluitvormingsproces' wordt de term 'arbitrale besluitvorming' gebruikt.

133 Vrij uitvoerig en gedetailleerd zijn de ICSID Arbitration Rules 2006 op dit punt: in artikel 47 worden diverse vereisten opgesomd waaraan een 'Award' dient te voldoen, vgl. Redfern & Hunter 2015, nr. 9.144.

134 Zie bijv. art. 22 lid 1 ICC Rules 2021; art. 5.4 LCIA Rules 2020; art. 21 lid 3 NAI Arbitragereglement 2015. Vgl. art. 15 lid 2 ICC Rules 2021; art. 17 lid 5 NAI Arbitragereglement 2015.

135 ICSID 12 augustus 2010, nr. ARB/07/26 (*Urbaser S.A. and Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa v. The Argentine Republic*), 'Decision on Claimants' Proposal to Disqualify Professor Campbell McLachlan, Arbitrator', par. 49: '(...), the principle remains that each Tribunal is sovereign in its decision making (...)'.
 136 Cour de cassation (chambre civile 2) 28 januari 1981, nr. 79-12.317. Er dient 'pour justifier de la régularité du délibéré' slechts te worden gezien of de arbiter 'avait eu la possibilité de formuler toutes remarques utiles, (...)'. Vgl. Tribunal fédéral 23 oktober 1985, r.o. 3.a), *ASA Bulletin* 1986, afl. 2, 'Note', p. 80-81. Vgl. art. 823 Codice di procedura civile (Italië) (vindplaats: www.gazzettaufficiale.it/dettaglio/codici/proceduraCivile/806_1_1).

137 Uit de woorden 'to exercise independent judgment' zou een verplichting voor arbiters tot onafhankelijkheid en onpartijdigheid kunnen worden afgeleid, zie nader: Broches 1993, nr. 20; ICSID Secretariat, *Possible Improvements of the Framework for ICSID Arbitration*, Discussion Paper, 22 oktober 2004, par. 16.
 138 Diamond 2003, p. 336.

35. Onbewuste beïnvloeding tijdens het besluitvormingsproces

Waar van overheidsrechters al langer wordt aangenomen dat zij vatbaar (kunnen) zijn voor onbewuste beïnvloeding tijdens het besluitvormingsproces,¹³⁹ komt ook in de arbitrageliteratuur naar voren dat arbiters niet aan (enige vorm van) intuïtieve beïnvloeding zouden ontkomen.¹⁴⁰ Hoewel betoogd is dat enige intuïtie – als tegenhanger van het ‘bewuste’ deductieve denkproces – ‘a necessary cognitive process’ is,¹⁴¹ is het zaak om ook bewust te zijn van de schaduwzijde ervan.¹⁴² Zo kan intuïtie doorschieten in ‘heuristics’; in de literatuur omschreven als een ‘mental shortcut’ die het menselijk brein automatisch zou maken zodra een ingewikkelde beslissing dient te worden genomen en zorgt voor omzetting in een eenvoudiger vraag.¹⁴³ Hoewel een dergelijk ‘schakelen’ van het brein voorkomt dat over iedere beslissing eindeloos wordt gedubd, kan het ook leiden tot vooringenomenheden (‘cognitive biases’) die een negatieve weerslag hebben op de arbitrale besluitvorming.¹⁴⁴ In de arbitrageliteratuur komen verschillende ‘heuristics’ naar voren die op het arbitrale besluitvormingsproces van invloed zouden kunnen zijn. Ik stip vijf verschijningsvormen aan die relatief vaak naar voren komen.^{145*146}

139 Zie over dit onderwerp bijv. Harris & Sen 2019; Wistrich & Rachlinski 2017; Levinson, Bennett & Hio-ki 2017; Peer & Gamliel 2013. Zie ook (algemeen): Kahneman, Slovic & Tversky 1982. Vgl. Scalia 2008, p. xxiii: ‘But while computers function solely on logic, human beings do not. All sorts of extraneous factors – emotions, biases, preferences – can intervene, most of which you can do absolutely nothing about (...)’.

140 Zie bijv. Franck e.a 2017, p. 1173; Sussman 2017, p. 73; Diamond 2003, p. 336. Vgl. Drahozal 2004, p. 123. Vgl. House of Lords 20 mei 1993 (*Regina/Gough*), [1993] UKHL 1: ‘(...) bias is such an insidious thing that, even though a period may in good faith believe that he was acting impartially, his mind may unconsciously be affected by bias (...)’; Court of Appeal (Civil Division) 21 december 2000 (*Director General Of Fair Trading/Proprietary Association Of Great Britain c.s.*), [2000] EWCA Civ 350, r.o. 37.

141 Freda 2013, p. 50; vgl. Reed 2013, p. 87.

142 Zie bijv. Freda 2013, p. 50; Brekoulakis 2013, p. 562. In de niet-arbitrageliteratuur is in dit verband gesproken over ‘Dual-Process Models of Judgment’: rechters zouden twee ‘cognitive systems’ hebben ‘for making judgments’: i) ‘the intuitive’ (‘System 1’), en ii) ‘the deliberative’ (‘System 2’), zie bijv. Guthrie, Rachlinski & Wistrich 2007. Zie ook bijv. D. Kahneman, *Thinking Fast and Slow*, New York: Farrar, Straus & Giroux 2011 (deze bron wordt genoemd in onder meer Diamond 2015, p. 197; Sussman 2014b, p. 79; Bishop 2012, p. 802-804).

143 Reed 2013, p. 87, onder verwijzing naar literatuur. Vgl. Sussman 2014b, p. 85; Figaredo 2018, p. 74.

144 Reed 2013, p. 87-88, onder verwijzing naar literatuur. In vergelijkbare zin: Sussman 2014b, p. 85.

145 In de literatuur worden de eerste drie vormen onder de zgn. ‘cognitive blinders’ geschaard, die te onderscheiden zijn van de zgn. ‘informational blinders’ en ‘attitudinal blinders’, zie Guthrie 2007, p. 428; Sussman 2017, p. 53; vgl. Diamond 2015, p. 198. Onzeker is of andere factoren als (her)benoemingsprikkels en concurrentie, in de literatuur wel als ‘market forces’ aangeduid, in dit verband invloed hebben op het besluitvormingsproces van een arbiter, zie bijv. Drahozal 2004, p. 128. Vgl. Schultz & Kovacs 2016. Nu dit onderzoek zich op de individuele arbiter richt (zie par. 1.3), wordt de (eventuele) invloed van groepsdynamica en/of ‘interpersonele’ interactiviteit buiten beschouwing gelaten.

146 Gelet op de beperkte omvang en insteek van deze paragraaf zal niet worden ingegaan op zgn. ‘debiasing techniques’. Hoewel naar dergelijke technieken (nog) weinig onderzoek is gedaan, kunnen enige handreikingen worden gevonden in: Sussman 2017, p. 67-68; Sussman 2014b, p. 97-99, zie ook bijv. Figaredo 2018, p. 83-85; Tetlock, Mitchell & Murray 2008; Jolls & Sunstein 2006; Fischhoff 1982.

36. Vijf verschijningsvormen van onbewuste beïnvloeding

Allereerst zou sprake kunnen zijn van een zgn. 'anchoring effect', ook wel 'anker-heuristisch' genoemd.¹⁴⁷ Een dergelijk effect treedt op als men in het kader van de oordeelsvorming voornamelijk afgaat op informatie die als eerste beschikbaar is.¹⁴⁸ Het effect wordt in de literatuur vaak in verband gebracht met schadebegroting door arbiters.¹⁴⁹ In de literatuur is de vrees geuit dat op het moment dat de arbiter een 'anchoring norm' gebruikt, verdere oordelen 'will be biased by the initial values, or reference points, that serve as an anchor'.¹⁵⁰ Niet alleen speelt chronologie een belangrijke rol in het kader van het 'anchoring effect' (een arbiter zou sterk worden beïnvloed door informatie die als eerste beschikbaar is); ook in het kader van de tweede verschijningsvorm - de zgn. 'hindsight bias' (vrij vertaald: 'I knew it all along'¹⁵¹) - speelt het element 'tijd' een belangrijke rol. De kennis die een (scheids)-rechter heeft op het moment dat hij zich over een zaak buigt, zou tot vooringenomenheid kunnen leiden 'because an event may seem inevitable *ex post* when it was not at all inevitable *ex ante*'.¹⁵² Omdat het (scheids)rechterlijke besluitvormingsproces zo is ingericht dat een afweging van de omstandigheden van het geval plaatsvindt nadat het geschil in kwestie is ontstaan, zouden (scheids)rechters extra vatbaar kunnen zijn voor 'hindsight bias'.¹⁵³

Een derde verschijningsvorm is de zgn. 'egocentric bias', ook wel 'self-serving bias' genoemd.¹⁵⁴ Deze vooringenomenheid uit zich, kort gezegd, in een overschatting van het eigen kunnen.¹⁵⁵ Hoewel enig zelfvertrouwen bij het nemen van beslissingen valt te verkiezen boven (eindeloos) getob, is de grens bereikt op het moment dat een arbiter nog slechts leunt op zijn eigen (voor)oordelen en 'give[s] undue weight to, or even seek[s] out evidence to support those preconceptions, rather than be fully open to the parties' arguments'.¹⁵⁶ Een vierde verschijningsvorm die, evenals het 'anchoring effect' en de 'egocentric bias',¹⁵⁷ verweven is met de oordeelsvorming

147 Zie bijv. Zimbardo, Johnson & McCann 2009, p. 202. Vgl. Drahozal 2004, p. 108 die de eerste, de tweede en de vierde verschijningsvorm aanduidt als 'cognitive illusions'.

148 Keer & Naimark 2001, p. 573-574: '(...) arbitrators focus on a reference point to begin their thinking and only make minor adjustments from their starting point as the means to arrive at a final decision'. In vergelijkbare bewoordingen: Figaredo 2018, p. 76, onder verwijzing naar literatuur. In de literatuur is het effect ook wel omschreven als 'het voordeel' van de eerste indruk, zie: Cymrot & Levine 2017, p. 197. Vgl. Figaredo 2018, p. 78: '(...) one of the reasons that might make arbitrators less vulnerable than judges to the anchoring effect: arbitration procedures are normally confidential, so arbitrators face less anchoring sources, (...)'. Vgl. McIlwrath & Savage 2010, nr. 3.055.

149 Sussman 2014b, p. 87; Astigarraga 2011, vgl. Puchkov 2018, p. 469-471.

150 Keer & Naimark 2001, p. 587. Vgl. Diamond 2015, p. 200: 'This powerful bias is very difficult to overcome; even when the potential anchor is clearly irrelevant, it still exerts influence'.

151 Inman 2016. Zie ook bijv. Puchkov 2018, p. 473; Roese & Vohs 2012; Peer & Gamliel 2013, p. 115.

152 Reed 2013, p. 90. In de literatuur wordt ook wel gesproken over 'Hindsight Blinder', zie: Sussman 2017, p. 53, vgl. Figaredo 2018, p. 79; Drahozal 2004, p. 108; Puchkov 2018, p. 473-474.

153 Sussman 2017, p. 53; Sussman 2014b, p. 85; in vergelijkbare zin: Figaredo 2018, p. 80, p. 81; Puchkov 2018, p. 475.

154 Guthrie 2007, p. 435; Diamond 2003, p. 337. Vgl. Puchkov 2018 waarin de zgn. 'overconfidence bias' wordt besproken (p. 476).

155 Freda 2013, p. 51.

156 Reed 2013, p. 91. Daarnaast zou een arbiter terughoudend zijn om terug te komen op een eerder gemaakte fout 'whether substantive or procedural' (id. p. 91-92).

157 Maar in tegenstelling tot de 'hindsight bias' waar het eerder gaat om (ver)vorming van de gedachten.

is de zgn. 'extremeness aversion'; een (on)natuurlijke neiging van een arbiter om tot een compromis te komen.¹⁵⁸ Deze vooringenomenheid zou om de hoek kunnen komen kijken op het moment dat een arbiter zich buigt over het al dan niet toewijzen van een vordering tot schadevergoeding en de hoogte van het bedrag.¹⁵⁹ In de literatuur zijn echter twijfels geuit over de vraag of deze vorm ook relevant is in het kader van het arbitrale besluitvormingsproces.¹⁶⁰ Een vijfde verschijningsvorm, tot slot, is het zgn. 'affinity effect'. Dit effect zou, kort gezegd, naar voren komen op het moment dat een arbiter een sterke neiging heeft om te kiezen voor het perspectief van 'those who come from a similar background and have had a similar set of prior experiences'.¹⁶¹ Onder meer een gezamenlijke culturele achtergrond kan aan deze vorm van beïnvloeding ten grondslag liggen.¹⁶²

2.4.1 Een voorlopig oordeel

37. De vraag naar de (on)toelaatbaarheid van een voorlopig oordeel

In het kader van het beoordelen van bewijs, zoals de beoordeling van een verzoek tot het horen van een getuige, kan een scheidsrecht alvast een oordeel geven over een punt van geschil en/of feiten die een rol spelen in het kader van de arbitrage.¹⁶³ In het licht van dit onderzoek is interessant de vraag of arbiters met het oog op de verplichting tot arbitrale onafhankelijkheid en onpartijdigheid alvast een voorlopig oordeel - of 'preliminary view'¹⁶⁴ - over een inhoudelijk (geschil)punt mogen geven.

In maart 2010 overwoog een LCIA Division dat 'the fact that an arbitrator formed and expressed preliminary views was part and parcel of the normal process of considering a case'.¹⁶⁵ Ook een aantal overheidsrechters heeft zich uitgesproken. Zo

158 Reed 2013, p. 92; vgl. Freda 2013, p. 51; Drahozal 2004, p. 112; Drahozal 2003, p. 32. In de literatuur is de vooringenomenheid ook wel omschreven als 'split the baby', zie bijv. Figaredo 2018, p. 82. Uit empirisch onderzoek komt echter naar voren komen dat een dergelijk 'splitten' wel meevalt, zie nader: Keer & Naimark 2001, p. 578; Weber e.a. 2014; AAA-ICDR Awards Do Not Split the Baby: Countering Counsel Perception in Commercial B2B Arbitration, Cases Report (bron van dit rapport: Boyle & Lewin 2019).

159 Freda 2013, p. 51.

160 Zie bijv. Drahozal 2004, p. 118.

161 Diamond 2003, p. 336.

162 Diamond 2003, p. 336. Vgl. Reed 2003, p. 92 die in dit verband spreekt over 'cultural effects' en 'cultural cognitive biases', en verwijst naar Friedman e.a. 2007. In het verrichte onderzoek dat aan dit artikel ten grondslag ligt, kwam naar voren dat 'Chinese arbitrators make higher awards for interfirm contract violations than Americans' (Friedman e.a. 2007, p. 856). Vgl. Sussman 2017, p. 63 (in gelijke zin: Sussman 2014b, p. 94-96) waarin aandacht aan de zgn. 'attitudinal blinder(s)' wordt besteed: 'Each arbitrator is uniquely influenced by his or her lifetime experiences and cultural influences and like a judge is influenced by that background' (Sussman 2017, p. 64).

163 Zie bijv. Waincymer 2012, p. 627. Zie voor enig empirisch onderzoek over dit onderwerp: Sussman 2014b. Een dergelijk 'voorlopig' oordeel wordt wel eens in een zgn. 'Procedural Order' neergelegd, zie bijv. ICC Case 1998, nr. 9302 (*Manufacturer D (Germany) v. Agent S (Colombia)*), 'Final Award': 'The arbitral tribunal has set forth its reasons for consolidating the issues of jurisdiction and merits in Procedural Order No. 1, which, in pertinent party reads as follows: "Upon reviewing the record as it now stands, the arbitrators are of the preliminary view that (...)" (bron van het citaat: A.J. van den Berg (red.), *ICCA Yearbook Commercial Arbitration 2003*, Kluwer Law International 2003, p. 66).

164 Vgl. art. 2.4 Rules on the Efficient Conduct of Proceedings in International Arbitration (Prague Rules) 2018.

165 LCIA Division 15 maart 2010, nr. 81224, par. 5.5.

overwoog het Zweedse gerechtshof ('hovrätt') in mei 2004 dat de omstandigheid dat men als (scheids)rechter een voorlopig oordeel heeft niet opmerkelijk is, aangezien dit oordeel tijdens de procedure nog vaak zal veranderen, bijvoorbeeld als bewijs wordt geleverd. Dit ligt anders als een (scheids)rechter tot een bepaald oordeel komt dat in het voordeel van één van de partijen is, zonder dat hij zich openstelt voor hetgeen tijdens de procedure naar voren komt, aldus het hof.¹⁶⁶ In januari 2004 overwoog het Tribunal fédéral: '[i]l est d'ailleurs souvent inévitable, même si cela n'est pas souhaitable, que le juge ou l'arbitre soit amené, au cours d'une audience, à prendre position sur le problème juridique formant l'objet du litige, (...) Dans la mesure où, (...), cette prise de position ne débouche pas sur un préjugement, elle n'est pas propre objectivement à éveiller des doutes quant à l'indépendance d'esprit de celui qui en assume la paternité' (curs. PR).¹⁶⁷ Vrij vertaald: een voorlopig oordeel is vaak onvermijdelijk en ook toegestaan mits dit niet tot een vooroordeel ('un préjugement') leidt.

Onder arbiters zou verschillend over de wenselijkheid van een voorlopig oordeel worden gedacht. Sommige arbiters zouden het geven van een dergelijk oordeel als 'an instrument of good arbitration management' zien, andere arbiters zouden het als prematuur betitelen, en (zelfs) als 'an indication of bias at the worst'.¹⁶⁸ Waar arbiters uit Duitsland bereid zijn om partijen in een vroegtijdig stadium van de procedure aanwijzingen te geven, hetgeen in overeenstemming is met het door Duitse overheidsrechters aanmoedigen van schikkingsonderhandelingen tussen partijen,¹⁶⁹ zouden arbiters uit *common law*-jurisdicties liever niet ingaan op inhoudelijke kwesties 'for fear that this may suggest that they have prejudged the case before hearing all of the evidence and argument'.¹⁷⁰

In de literatuur is naar voren gebracht dat het een scheidsgerecht zou moeten zijn toegestaan om een voorlopig oordeel te geven om de aandacht van partijen op 'the key matters in dispute' te concentreren,¹⁷¹ hetgeen tot besparing van kosten en tijd kan leiden.¹⁷² Anders gezegd, een voorlopig oordeel zou de procedurele efficiëntie

166 Svea hovrätt 25 mei 2004, T 1361-02 (vindplaats van een niet-officiële Engelse vertaling: via www.arbitration.sccinstitute.com, zie ook bijv. J. Kadelburger, A contribution by the ITA Board of Reporters, via: Kluwer Arbitration). Zie ook bijv. LCIA Division 15 maart 2010, nr. 81224, par. 5.8, onder verwijzing (in voetnoot 14) naar Court of Appeal (Civil Division) 15 november 2007 (*El-Faragy/El-Faragy*), [2007] EWCA Civ 1149.

167 Tribunal fédéral 7 januari 2004, nr. 4P.196/2003, r.o. 3.2.1.

168 Webster 2002. Vgl. Waincymer 2012, p. 407.

169 CEDR Commission on Settlement in International Arbitration, Final Report, november 2009, par. 2.2. Vgl. Kröll 2017, p. 218. Vgl. Bühring-Uhle 2006, p. 18-19 en het versijnsel van 'Rechtsgespräch'. Vgl. Schiedsgericht der Zürcher Handelskammer 31 mei 1996, nr. 273/95: 'This may be helpful to the parties in order to reach a settlement. If the dispute continues, it will help both parties focus on those issues on which they come to the conclusion that the Arbitral Tribunal has not yet sufficiently understood and appreciated their position, and perhaps to drop by contrast points that no longer appear worth making' (bron van het citaat: A.J. van den Berg (red.), *ICCA Yearbook Commercial Arbitration* 1998, Kluwer Law International 1998, p. 134). Vgl. BGH 3 juli 1975, III ZR 78/73: '(...) daß ein Schiedsgericht aber - anders als möglicherweise ein staatliches Gericht - nicht gehalten sei, den Parteien seine Rechtsansicht mitzuteilen und sie zur Äußerung hierzu aufzufordern (...)'.
 170 CEDR Commission on Settlement in International Arbitration, Final Report, november 2009, par. 2.3. Zie ook bijv. Fremuth-Wolf & Grill 2016, p. 191-192.

171 Waincymer 2012, p. 406, onder verwijzing naar Böckstiegel 2003, p. 366.

172 Draetta 2010, p. 373. Zie ook bijv. Waincymer 2012, p. 406-407.

van de procedure ten goede (kunnen) komen.¹⁷³ Hoewel een voorlopig oordeel dus voordelen kan hebben, is een belangrijke vraag in hoeverre arbiters nog onbevangen een geschil(punt) kunnen beoordelen nadat zij reeds een voorlopig standpunt hebben ingenomen (vgl. par. 6.5.1).¹⁷⁴ En hoe nu te denken over de volgende stelling: ‘an arbitrator who has formed a preliminary view on one issue and has communicated it to the parties is generally less inclined to change that view in light of subsequently presented evidence or arguments’?¹⁷⁵ Sommige auteurs pleiten in onderhavig verband voor een tussenweg: alleen met uitdrukkelijke, al dan niet schriftelijke, toestemming van alle partijen zou het arbiters zijn toegestaan om een voorlopig oordeel te geven.¹⁷⁶ Daarnaast dient voor alle partijen duidelijk te zijn wat de status van een dergelijk oordeel is.¹⁷⁷ Ook dient te worden vermeden dat een later oordeel als een verrassing(sbeslissing) voor partijen komt.¹⁷⁸ Omdat evenwel geen consensus over de grens van het ‘toelaatbare’ ten aanzien van het voorlopig oordeel bestaat en sprake is van een zeker spanningsveld tussen een dergelijk oordeel en de verplichting tot arbitrale onafhankelijkheid en onpartijdigheid, lijkt (meer) duidelijkheid op dit punt wenselijk.

38. Een voorlopig oordeel tijdens het beproeven van een schikking

Interessant is dat door een aantal arbitrage-instituten in een specifieke bepaling is voorzien die arbiters (enige) ruimte geeft voor een voorlopig oordeel ten aanzien van inhoudelijke (geschil)punten tijdens het beproeven van een schikking.¹⁷⁹ Ter illustratie kan worden gewezen op hetgeen naar voren komt in de Rules for the Facilitation of Settlement in International Arbitration van het Centre for Effective Dispute Resolution (CEDR). Op grond van artikel 5 hebben scheidsrechters expliciet de mogelijkheid ‘[to] provide all Parties with the Arbitral Tribunal’s preliminary views on the issues in dispute in the arbitration’.¹⁸⁰ Ook voor ICC-scheidsrechters is ‘[s]ettlement of disputes’ mogelijk op grond van zgn. ‘Case Management Techniques’ (Appendix IV ICC Rules 2021). In tegenstelling tot de concrete bepaling van de CEDR Rules worden in Appendix IV meer algemene bewoordingen gebruikt: op het moment dat partijen en het scheidsrecht overeenstemming hebben bereikt, staat het het scheidsrecht vrij ‘[to, PR] take steps to facilitate settlement of the dispute’.¹⁸¹ In de Swiss

¹⁷³ Liatowitsch & Menz 2013, p. 325-326.

¹⁷⁴ Vgl. de Med-Arb-procedure, zie nader bijv. Rosoff 2009, p. 89-100.

¹⁷⁵ Kröll 2017, p. 221. In andere zin: Sussman 2017, p. 61; Sussman 2014b, p. 93.

¹⁷⁶ Favalli & Hasenclever 2008, p. 7; Raeschke-Kessler 2005, p. 530. Vgl. Snijders 2018, p. 347: ‘Zo lang een en ander maar vrijblijvend, met instemming van partijen en onder alle voorbehoud geschiedt, komen de onafhankelijkheid en onpartijdigheid van arbiters ook niet in gevaar (...)’.

¹⁷⁷ CI Arb, International Arbitration Guidelines 2011 - Practice Guideline 7: Guidelines for Arbitrators on the use of ADR procedures, par. 4.2 (vindplaats: ciarb.org/media/4214/2011-adr-procedures-in-arbitration.pdf).

¹⁷⁸ Williams 2014, p. 159, onder verwijzing naar High Court Auckland 30 november 1998 (*Trustees of Rotoaira Forest Trust/Attorney-General*), [1999] 2 NZLR 452 (HC).

¹⁷⁹ Zie over dit onderwerp nader bijv. Berger 2018; Collins 2003, p. 333-343.

¹⁸⁰ Vindplaats: www.cedr.com/wp-content/uploads/2021/03/Rules-Settlement-Arbitration.pdf.

¹⁸¹ Appendix IV sub h (ii) ICC Rules 2021. Vgl. Voser 2011, p. 807; Beyeler & Meier 2013, p. 795. Wel dient het scheidsrecht hierbij zijn taak om een voor tenuitvoerlegging vatbaar vonnis te wijzen niet uit het oog te verliezen, aldus Appendix IV sub h (ii) ICC Rules 2021. Vgl. art. 42 ICC Rules 2021.

Rules 2021 staat een vergelijkbare bepaling opgenomen: '[w]ith the agreement of each of the parties, the arbitral tribunal may take steps to facilitate the settlement of the dispute before it' (art. 19 lid 5). Vanuit het oogpunt van de verplichting tot arbitrale onafhankelijkheid en onpartijdigheid is interessant dat de bepaling vervolgt met de woorden: '[a]ny such agreement by a party shall constitute a waiver of its right to challenge an arbitrator's impartiality based on the arbitrator's participation and knowledge acquired in taking the agreed steps'.¹⁸² Ook in de IBA Guidelines 2014 komt naar voren dat partijen uitdrukkelijk met een schikkingspoging van het scheidsrecht dienen in te stemmen. Een dergelijk 'instemmen' wordt vervolgens beschouwd als 'an effective waiver of any potential conflict of interest that may arise from the arbitrator's participation in such a process, or from information that the arbitrator may learn in the process', aldus General Standard 4 (d) van de IBA Guidelines 2014.¹⁸³

2.4.2 Het geheim van arbitrale raadkamer

39. Algemeen

Op het moment dat sprake is van een meerledig scheidsrecht speelt het beginsel van collegiale besluitvorming een belangrijke rol.¹⁸⁴ Van de arbiters die deel uitmaken van één scheidsrecht wordt immers in beginsel verwacht dat zij samen tot één oordeel komen.¹⁸⁵ Illustratief is hetgeen het Cour de cassation in juni 2011 overwoog: 'le principe de collégialité suppose que chaque arbitre ait eu la faculté de débattre de la décision avec les autres'. Het collegialiteitsbeginsel poogt het scheidsrecht daarnaast te beschermen tegen druk van buitenaf.¹⁸⁶ Ook het geheim van raadkamer beoogt arbiters tegen druk van buiten te beschermen. Hoewel het Cour de cassation in januari 1981 benadrukte dat 'aucune forme particulière n'est imposée pour le délibéré des arbitres',¹⁸⁷ wees het Duitse Bundesgerichtshof in december 2014 op het 'auch für Schiedsrichter grundsätzlich geltende Beratungsgeheimnis'.¹⁸⁸ Dit 'raadkamergeheim' zou arbiters in de gelegenheid stellen om in vrijheid en onbevangenheid tot een oordeel te komen.¹⁸⁹ Illustratief is hetgeen een *ad hoc*-scheidsrecht

182 De LCIA Rules 2020 (art. 26.9) en het NAI Arbitragereglement 2015 (art. 50) houden het op een algemene bepaling op grond waarvan (uiteindelijk) tot een 'Consent Award' kan worden gekomen dan wel een arbitraal schikkingsvonnis indien partijen tot een vergelijk zijn gekomen.

183 General Standard 4 sub (d) IBA Guidelines 2014: '(...) If the assistance by the arbitrator does not lead to the final settlement of the case, the parties remain bound by their waiver. (...)'.
184 Vgl. Snijders 2018, p. 448.

185 Met de ondertekening van het vonnis wordt beoogd zoveel mogelijk te waarborgen dat arbiters 'ook daadwerkelijk collegiaal tot een beslissing komen', aldus: HR 5 december 2008, ECLI:NL:HR:2008:BF3799, *NJ* 2009/6 (*Bursa/Güris*), r.o. 3.4.2.

186 Vgl. Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) 15 februari 2017, nr. 102-2017 (*Marcos & Obdulio/Puma S.E.*) waarin de Spaanse Hoge Raad twee van de drie arbiters aansprakelijk hield voor schending van het collegialiteitsbeginsel. Zie over deze uitspraak ook bijv. Born 2021a, p. 2161; Morel de Westgaver & Kotick 2017. Zie voor een Engelse samenvatting: A.J. van den Berg (red.), *Yearbook Commercial Arbitration 2017 - Volume XLII*, ICCA & Kluwer Law International 2017, p. 783-785; E. Barron Baratech & F. Mantilla-Serrano, A contribution by the ITA Board of Reporters, via: Kluwer Arbitration.

187 Cour de cassation (chambre civile 2) 28 januari 1981, nr. 79-12.317.

188 BGH 11 december 2014, I ZB 23/14.

189 Vgl. Waincymer 2012, p. 1297.

over deze vertrouwelijkheid overwoog in september 1999: 'confidentiality, a fundamental element of the arbitral process, is intended to ensure that each arbitrator is able to exercise his or her independent judgment in a collegial context free of any outside influence'.¹⁹⁰ Het Oberlandesgericht Frankfurt am Main wees in januari 2020 nadrukkelijk op de 'besondere Bedeutung des Beratungsgeheimnisses für den Schutz der Unabhängigkeit und Unparteilichkeit der Schiedsrichter'.¹⁹¹ Daarnaast zou het geheim van arbitrale raadkamer kunnen worden gezien als een (indirect) middel om de gelijkheid van partijen te waarborgen aangezien het kan voorkomen dat een partij-arbiter zijn benoemende partij inlicht over de visie van de andere arbiters.¹⁹²

40. De reikwijdte van het geheim van arbitrale raadkamer

Hoewel het geheim van arbitrale raadkamer aldus een waarborg voor onafhankelijke en onpartijdige besluitvorming door arbiters kan zijn, kunnen met het oog op de verplichting tot arbitrale onafhankelijkheid en onpartijdigheid ook vraagtekens bij het geheim worden gezet. Hoe kan een partij op de hoogte raken van een partijdige (partij-)arbiter waarvan zijn partijdigheid zich juist tijdens de beraadslaging voordoe?¹⁹³ Zou deze partijdigheid ooit kunnen worden bewezen? In hoeverre rust een verantwoordelijkheid op de schouders van de andere arbiters om het geheim van arbitrale raadkamer te doorbreken op het moment dat aan de onpartijdigheid van deze arbiter wordt getwijfeld? Kort gezegd, hoever reikt het geheim van arbitrale raadkamer?¹⁹⁴

Hoewel in de CPC, de ICSID Arbitration Rules 2006, de LCIA Rules 2020 en in de Swiss Rules 2021 een (algemene) bepaling is opgenomen waarin naar voren komt dat de beraadslagingen van het scheidsrecht vertrouwelijk zijn,¹⁹⁵ is door

190 *Ad hoc*-scheidsgerecht 26 september 1999/16 oktober 1999 (*Himpurna California Energy Ltd. v. Republic of Indonesia*), 'Interim Award and Final Award', arbitrage op basis van de UNCITRAL Arbitration Rules (bron van het citaat: A.J. van den Berg (red.), *ICC Yearbook Commercial Arbitration 2000*, Kluwer Law International 2000, p. 152). In vergelijkbare zin: Cour d'appel du Québec 10 december 2010 (*Rhémaume/société d'Investissements L'Excellence Inc.*), [2010] QCCA 2269, r.o. 31.

191 OLG Frankfurt am Main 16 januari 2020, nr. 26 Sch 14/18 (vindplaats: via www.rv.hessenrecht.hessen.de). Vgl. Sanderson 2020: 'The SCC board was understood to have concluded that Hobér's dissent in the *Stadtwerke* case was incompatible with the requirement for an arbitrator to be independent and impartial'.

192 Mavromati & Reeb 2015, p. 316.

193 Vgl. Goldstein 2016, p. 590: 'The most probative evidence of partisanship among ostensibly impartial arbitrators is often unobtainable by the parties because it is revealed only within the 'black box' of deliberations. (...)'. Vgl. Born 2021a, p. 2151: 'The arbitrators' obligation of confidentiality may conflict with obligations under mandatory national law, (...)'. In de literatuur is wel gesproken over de zgn. 'pathologic deliberation' (te onderscheiden van de zgn. 'harmonious deliberation'), zie: Derains 2012, p. 914-919.

194 Vgl. Goldstein 2016, p. 598.

195 Art. 1479 jo. 1506 sub 4 CPC; Rule 15 lid 1 ICSID Arbitration Rules 2006; art. 30.2 LCIA Rules 2020; art. 44 lid 2 Swiss Rules 2021. Vgl. art. 22 lid 3 ICC Rules 2021; art. 6 NAI Arbitragereglement 2015. Vgl. Canon VI (B) AAA/ABA Code of Ethics for Arbitrators in Commercial Disputes 2004: 'The arbitrator should keep confidential all matters relating to the arbitration proceedings and decision. (...)', id. sub C: '(...) In a proceeding in which there is more than one arbitrator, it is not proper at any time for an arbitrator to inform anyone about the substance of the deliberations of the arbitrators. (...)'. Vgl. de eed die CAS-arbiters dienden af te leggen: 'Je déclare solennellement en tout honneur et en toute conscience que (...), que je garderai le secret des délibérations et des votes (...)', art. 10 Statut du Tribunal Arbitral du Sport (bron: Tribunal fédéral 15 maart 1993, 119 II 271, r.o. 3.b)).

de andere bestudeerde arbitrale wet- en regelgeving niet in een dergelijke bepaling voorzien.¹⁹⁶ Een open vraag is daarnaast of een schending van het geheim tot vernietiging van een arbitraal vonnis kan leiden dan wel tot de weigering om een arbitraal vonnis te erkennen en/of ten uitvoer te (laten) leggen.¹⁹⁷ Waar het Oberlandesgericht Frankfurt am Main in januari 2020 aangaf dat 'das Beratungsgeheimnis - auch nach abschließender Beratung und Erlass des Schiedsspruchs - nicht zur Disposition der Parteien und/oder der Schiedsrichter zu stellen und als Bestandteil des verfahrensrechtlichen ordre public anzusehen' (curs. PR),¹⁹⁸ overwoog het Cour d'appel van Parijs onder meer in oktober 2008: 'le secret du délibéré qui n'est pas plus une cause d'annulation de la sentence en droit international qu'en droit interne'.¹⁹⁹ Interessant is daarnaast dat het in Duitsland niet is toegestaan om een arbiter als getuige op te roepen om te voorkomen dat een arbiter het geheim van arbitrale raadkamer schendt.²⁰⁰ Daarentegen lijken arbiters in Oostenrijk,²⁰¹ en Zweden,²⁰² niet aan oproeping te kunnen ontkomen. In Nederland is een tussenweg verdedigd: een arbiter kan als getuige worden gehoord,²⁰³ maar zou een verschoningsrecht toekomen ten aanzien van vragen die tot schending van het arbitrale 'raadkamergeheim' kunnen leiden.²⁰⁴

196 Vgl. Gaillard & Savage 1999, nr. 1374: 'Although, again, most laws do not explicitly require deliberations in international arbitration to be secret, (78) such secrecy is generally considered to be the rule. (79)', onder verwijzing naar literatuur. In Nederland werd een poging gedaan door de Commissie Van den Berg met artikel 1069A Rv dat bepaalde dat een arbitrage vertrouwelijk is en dat alle direct of indirect betrokken personen tot geheimhouding gehouden zijn, behoudens en voor zover openbaarmaking uit de wet of de overeenkomst van partijen voortvloeit (Tekst van de Voorstellen tot wijziging van het Vierde Boek (Arbitrage), artikelen 1020-1076 Rv, TvA 2005 'Special', p. 113, p. 174-175). In de literatuur is naar voren gebracht dat het geheim een 'implied term' van de overeenkomst tot arbitrage zou zijn, zie: Haas & Kahlert 2015, p. 968, onder verwijzing naar hoofdzakelijk Duitse literatuur. Vgl. Born 2021a, p. 2150, 3036; Caron & Caplan 2013, p. 699: '(...), it is a generally accepted principle of international arbitration that the deliberations of the tribunal are to be kept confidential by the tribunal, save for extreme circumstance where disclosure is compelled in the interest of justice'. Vgl. IBA Rules of Ethics for International Arbitrators 1987, par. 9: '[t]he deliberations of the arbitral tribunal, and the contents of the award itself, remain confidential in perpetuity unless the parties release the arbitrators from this obligation'.

197 Gaillard & Savage 1999, nr. 1374. Wellicht zou de arbiter wel persoonlijk aansprakelijk kunnen worden gehouden (id. nr. 1374).

198 OLG Frankfurt am Main 16 januari 2020, nr. 26 Sch 14/18.

199 CA Parijs 9 oktober 2008, *Revue de l'Arbitrage* 2009, afl. 2, p. 354 (*SAS Merial/société Klocke Verpackungs - Service GmbH*). Dit arrest werd vernietigd door het Cour de cassation (chambre civile 1) 3 februari 2010 (*Revue de l'Arbitrage* 2010, afl. 1, p. 93-94), zij het op een andere grond. Zie (na verwijzing door het Cour de cassation): CA Parijs 7 juli 2011, nr. 10/09268, *Revue de l'Arbitrage* 2011, afl. 2, p. 576 (*SAS Merial/société Klocke Verpackungs - Service GmbH*), 'Abstract': 'L'inobservation du secret du délibéré n'est pas, par lui-même, une cause d'annulation de la sentence sauf si elle a pour effet de violer l'ordre public international'. Vgl. Waincymer 2012, p. 1297: 'Improper disclosure of the nature of the deliberations could be a basis for a challenge as to independence', onder verwijzing naar een 'Decision of the Appointing Authority' van het Iran-United States Claims Tribunal van 7 mei 2001.

200 Von Schlabrendorff & Sessler 2015, p. 321-322; Haas & Kahlert 2015, onder verwijzing naar jurisprudentie.

201 Stippl & Öhlberger 2008, p. 396-397, onder verwijzing naar jurisprudentie.

202 Lew 2011, p. 119, onder verwijzing naar jurisprudentie.

203 Conclusie A-G Wesseling-van Gent (ECLI:NL:PHR:2010:BK2007) bij HR 29 januari 2010, ECLI:NL:HR:2010:BK2007, NJ 2011/270 (*Van Wassenaer van Catwijck/Knowsley*), vn. 32 (sub 2.25): 'naar analogie van HR 7 juni 2002, NJ 2002, 394'. Zie ook bijv. Hof Arnhem 16 augustus 2005, ECLI:NL:GHARN:2005:AU1588, r.o. 2.3.

204 Conclusie A-G Wesseling-van Gent (ECLI:NL:PHR:2010:BK2007), vn. 32 (sub 2.25). Zie ook: Van Baren 2016, p. 80-82.

Niet alleen de juridische grondslag van het geheim van arbitrale raadkamer is niet overal even duidelijk, het is ook de vraag wat onder de reikwijdte van de noemer 'vertrouwelijkheid van de beraadslagingen' valt. Waar het Cour de cassation reeds in 1945 zou hebben overwogen dat de vermelding dat het vonnis met meerderheid van stemmen was aangenomen, een schending van het raadkamergeheim opleverde,²⁰⁵ is het de vraag in hoeverre vandaag de dag strikt de hand wordt gehouden aan dit zgn. 'Abstimmungsgeheimnis'.²⁰⁶ Het uit de school klappen over het uiteindelijke oordeel - zelfs voordat dit is neergelegd in het arbitrale vonnis - is door het Tribunal fédéral in november 1991 niet als schending van het arbitrale raadkamergeheim gekwalificeerd.²⁰⁷ Daarnaast zouden ook de (juridische) notities van een secretaris, die een rol in het kader van de arbitrale beraadslagingen spelen, onder de reikwijdte van het geheim van arbitrale raadkamer kunnen vallen. Ter illustratie kan worden gewezen op een ICC-arbitrage uit 2010 waarin partij X juridische notities opvroeg die de secretaris in opdracht van het scheidsgerecht had gemaakt.²⁰⁸ De voorzitter van het scheidsgerecht weigerde de notities te overleggen en deed een beroep op het geheim van arbitrale raadkamer.²⁰⁹ X probeerde vervolgens het vonnis door het Commercial Court te laten vernietigen op de grond dat het scheidsgerecht zijn opdracht schond door de secretaris deel te laten nemen aan de beraadslagingen. Begin april 2014 wees het gerecht de vordering tot vernietiging af, omdat de voorzitter van het ICC-scheidsgerecht 'was not saying that [de secretaris, PR] had participated in the tribunal's deliberations, just that the notes formed part of the tribunal's deliberations, which are secret'.²¹⁰

In het verlengde van het voorgaande kan de vraag wordt gesteld of partijen aantekeningen die tijdens een mondelinge zitting door een arbiters en/of een secretaris

205 Bron van de uitspraak: Lécuyer 2004, p. 198-199.

206 Vgl. art. 37 lid 3 van de Spaanse Arbitragewet (Ley 11/2011, 20 mayo, de reforma de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje y de regulación del arbitraje institucional en la Administración General del Estado): 'Todo laudo deberá constar por escrito y ser firmado por los árbitros, quienes podrán dejar constancia de su voto a favor o en contra. (...)' (bron: www.boe.es/eli/es/l/2011/05/20/11).

207 Tribunal fédéral 12 november 1991, r.o. 1.b),bb), ASA Bulletin 1992, afl. 2, p. 265-266. In gelijke zin: Tribunal fédéral 10 november 2005, nr. 4P.154/2005, r.o. 6.2.

208 De 'opdracht' was als volgt verwoord: 'The status of the Administrative Secretary will only consist in assisting the Tribunal and its Chairman in the administrative tasks for the proceedings, the organization of the hearings and the preparation of documents that may be useful for the decision. In no way the Administrative Secretary will have the right to participate in the decision', zie: High Court (Commercial Court) 2 april 2014 (Sonatrach/Statoil), [2014] EWHC 875 (Comm), r.o. 47.

209 Vgl. Rb. Rotterdam (vzr.) 6 juli 2021, ECLI:NL:RBROT:2021:8128 waarin (gedaagde) NAI onder meer naar voren bracht dat 'de urenspecificaties raken aan het geheim van de raadkamer, aangezien daarmee kan worden achterhaald welke werkzaamheden de arbiters precies hebben verricht' (r.o. 4.4). Vgl. id. r.o. 4.7: '(...) De urenspecificaties dienen voor de vaststelling van het honorarium'.

210 High Court (Commercial Court) 2 april 2014 (Sonatrach/Statoil), [2014] EWHC 875 (Comm), r.o. 49. Ook de urenspecificatie van de secretaris wees hier niet op, hetgeen eiser niet tegensprak (id. r.o. 50). Vgl. Tribunal fédéral 21 mei 2015, nr. 4A_709/2014, r.o. 3.2.2: '(...) [Les tâches du secrétaire juridique, PR] n'excluent pas une certaine assistance dans la rédaction de la sentence, sous le contrôle et conformément aux directives du tribunal arbitral ou, s'il n'est pas unanime, des arbitres majoritaires, ce qui suppose que le secrétaire assiste aux audiences et aux délibérations du tribunal arbitral. (...)' (curs. PR). Vgl. High Court (Commercial Court) 3 februari 2017 (P/Q c.s.), [2017] EWHC 148 (Comm), r.o. 72: '(...) All communications for the purposes of the process of deliberation, or documents which are brought into existence for such purpose, form part of the deliberations. (...)'.

zijn gemaakt, kunnen opvragen.²¹¹ Hiermee zou op een indirecte wijze het geheim van arbitrale raadkamer in het geding kunnen komen nu deze aantekeningen tijdens de beraadslagingen van het scheidsrecht kunnen worden gebruikt. Ter illustratie kan worden gewezen op hetgeen naar voren kwam in een procedure die zich afspeelde ten overstaan van de Hoge Raad.²¹² Partij X probeerde om een afschrift te krijgen van de aantekeningen die de secretaris tijdens een arbitrale zitting had gemaakt. In dit verband deed X enerzijds een beroep op de met de arbiters gesloten overeenkomst van opdracht, en anderzijds een beroep op de exhibitieplicht (ex art. 843a Rv). In januari 2010 overwoog de Hoge Raad dat een door de arbiters aanvaarde opdracht hen 'in beginsel niet verplicht' een schriftelijk verslag aan partijen ter beschikking te stellen noch de aantekeningen die de secretaris tijdens de mondelinge behandeling heeft gemaakt.²¹³ Wel zou 'uit de aard van de door de arbiters aanvaarde opdracht' volgen dat zij gehouden zijn op verzoek van (één van) de partijen die beslissingen, afspraken of erkenningen alsnog vast te leggen in een schriftelijk verslag, zelfs indien dit niet uitdrukkelijk tussen de procespartijen en de arbiters is overeengekomen, aldus de Hoge Raad.²¹⁴ Ten aanzien van het beroep op de exhibitieplicht overwoog de Hoge Raad dat - binnen de grenzen van de daarbij in acht te nemen bepalingen van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering en het eventueel tussen partijen overeengekomen arbitragereglement - 'het in beginsel aan het beleid van de arbiters [is, PR] overgelaten de procesvoering te bepalen'.²¹⁵ Dit gold ook ten aanzien van de beantwoording van de vraag of, en zo ja op welke wijze, een verslag van de mondelinge behandeling wordt opgemaakt en aan partijen ter beschikking gesteld en of de tijdens deze behandeling door de secretaris gemaakte aantekeningen aan partijen ter beschikking worden gesteld.²¹⁶

41. Open (vraag)punten

Naar voren kwam dat verschillende kwesties ten aanzien van het geheim van arbitrale raadkamer in de bestudeerde arbitrale wet- en regelgeving onbeantwoord zijn. Hoewel het geheim een belangrijke waarborg voor de onafhankelijke en onpartijdige besluitvorming door arbiters kan zijn, kunnen vanuit het oogpunt van de ver-

211 De meeste arbitragereglementen voorzien niet in een verplichting tot het opmaken van een verslag van de zitting. Een uitzondering hierop vormde artikel 25 lid 3 UNCITRAL Arbitration Rules 1976.

212 HR 29 januari 2010, ECLI:NL:HR:2010:BK2007, NJ 2011/270 (*Van Wassenaar van Catwijck/Know-sley*). Interessant is dat het hof de inzage wel had toegewezen, zie: Hof Amsterdam 2 december 2008, ECLI:NL:GHAMS:2008:BG9050.

213 HR 29 januari 2010, ECLI:NL:HR:2010:BK2007, NJ 2011/270, r.o. 3.5.1. Vgl. Rb. Rotterdam (vzr.) 6 juli 2021, ECLI:NL:RBROT:2021:8128 waarin, kort samengevat, de vraag naar voren kwam of het NAI en/of de arbiters aan een partij, die hierom verzoekt, specificaties moeten verschaffen van de door hen gewerkte uren. Onder verwijzing naar voornoemd arrest overwoog de voorzieningenrechter: '(...) dat op de arbiters bij de voldoening aan hun opdracht op grond van deze bepaling geen andere informatie- en verantwoordingsplichten rusten dan om partijen te informeren over de procedure die de arbiters zich voorstellen te volgen, en om tijdens de behandeling van het geschil genomen beslissingen - al naar gelang de aard daarvan - te motiveren, evenals de uitspraak zelf' (r.o. 4.2).

214 HR 29 januari 2010, ECLI:NL:HR:2010:BK2007, NJ 2011/270, r.o. 3.5.2.

215 HR 29 januari 2010, ECLI:NL:HR:2010:BK2007, NJ 2011/270, r.o. 3.6.2.

216 HR 29 januari 2010, ECLI:NL:HR:2010:BK2007, NJ 2011/270, r.o. 3.6.2. Ook een beroep op het algemeen geformuleerde, en niet specifiek op het arbitrale geding toegesneden, artikel 843a Rv kon de 'beleidsvrijheid' van arbiters niet doorkruisen (id. r.o. 3.6.3).

plichting tot arbitrale onafhankelijkheid en onpartijdigheid ook vraagtekens bij het geheim worden gezet. Evenals in het kader van de bespreking van het voorlopig oordeel naar voren kwam (par. 2.4.1), komt (meer) duidelijkheid in onderhavig verband mij wenselijk voor. Meer duidelijkheid is wenselijk ten aanzien van de juridische grondslag van het geheim, de concrete invulling ervan, en de vraag hoe met een (al dan niet gedwongen) schending van het geheim door (mede-)arbiters dient te worden omgegaan. Tot slot kan hierbij ook de vraag rijzen in hoeverre het een partij vrij zou (moeten kunnen) staan om afstand van het geheim van arbitrale raadkamer te doen.²¹⁷

2.4.3 De dissenting opinion

42. Algemeen

Naar het voorbeeld van overheidsrechtspraak in met name *common law*-jurisdicties,²¹⁸ en interstatelijke geschillenbeslechting,²¹⁹ is de zgn. *dissenting opinion* geen onbekende in de wereld van arbitrage(recht).²²⁰ Hoewel in de bestudeerde arbitragewetten en reglementen, met uitzondering van het NAI Arbitragereglement 2015 en de ICSID Convention 2006,²²¹ geen regelingen ter zake van een dergelijke 'afwijkende opinie' zijn opgenomen, kan het gebruik ervan wel (al dan niet impliciet) zijn toegestaan. Zo overwoog de Nederlandse wetgever in het kader van de totstandkoming van de Arbitragewet 1986: '[o]verigens zij er op gewezen dat artikel 1057 het

217 Vgl. Schrader & Schmidt 2020: 'The traditional view among German scholars and practitioners - in line with the legislature's position - has been that parties can waive the secrecy of deliberations (...)'.
218 Boudin 2012, p. 881; Kirby 2007, p. 379-400. Vgl. art. 45 lid 2 EVRM.

219 Born 2021a, p. 3305, onder verwijzing naar onder meer de Convention for the Pacific Settlement of International Disputes van 1899, art. 52: '(...) Those members who are in the minority may record their dissent when signing'. Vgl. art. 57 Statute of the International Court of Justice. Zie ook bijv. Anand 1965.

220 Zie nader bijv. Escher 2018, p. 219-226; Westermann 2009, p. 102-109; Peltzer 2000. Zie voor een overzicht van de mogelijkheid van *dissenting opinions* in het kader van (hoogste) overheidsrechtspraak bijv. Dissenting opinions in the Supreme Courts of the Member States, European Parliament 2012 (vindplaats: [www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document/IPOL-JURI_ET\(2012\)462470](http://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document/IPOL-JURI_ET(2012)462470)).

221 Art. 43 lid 4 NAI Arbitragereglement 2015; art. 48 lid 4 ICSID Convention 2006; Rule 47 lid 3 ICSID Arbitration Rules 2006. Interessant is dat in het NAI Arbitragereglement 2015 de woorden 'In een internationale arbitrage' die in art. 48 lid 4 NAI Arbitragereglement 2010 naar voren kwamen, niet meer terugkomen. Vgl. art. 49 lid 5 CIETAC Arbitration Rules 2015; art. 945 (oud) Code de procédure civile van Québec: 'Les arbitres sont tenus de garder le secret du délibéré. Chacun d'eux peut cependant, dans la sentence, faire part de ses conclusions et de ses motifs' (vindplaats: www.legisquebec.gouv.qc.ca/fr/document/lc/C-25). Een commissie van de ICC heeft zich ruim dertig jaar geleden over de reguleringsvraag gebogen, zie: Final Report on Dissenting and Separate Opinion of the ICC Commission on International Arbitration, ICC International Court of Arbitration Bulletin 1991, afl. 1 (vindplaats: library.iccwbo.org/content/dr/COMMISSION_REPORTS/CR_0003.htm?l1=bul), vgl. Verbist, Schäfer & Imhoos 2015, p. 178, 179. Zie voor een overzicht van staten en arbitrage-instituten die (uitdrukkelijk) een voorziening hebben getroffen: Arroyo 2008, p. 440-446. Zie voorts bijv. CIARB, Guidelines for Arbitrators on the Formalities for Drafting an Arbitral Award 2011, Practice Guideline 18, par. 3.2 (vindplaats: [via www.ciarb.org](http://www.ciarb.org)). Vgl. art. 52 lid 3 Arbitration Act 1996; art. 26.2 LCIA Rules 2020. Vgl. art. 1513 CPC; art. 32 lid 1 ICC Rules 2021. Vgl. R46 CAS Code of Sports-related Arbitration, Procedural Rules 2020: '(...) Dissenting opinions are not recognized by the CAS and are not notified. (...) (vindplaats: www.tas-cas.org/en/arbitration/code-procedural-rules.html).

geven van een «dissenting opinion» niet verbiedt'.²²² Illustratief is daarnaast hetgeen het Tribunal fédéral overwoog in mei 1992: 'La notification de l'opinion dissidente dépend alors des règles de procédure adoptées dans chaque affaire et du droit national applicable, tant du pays où a lieu l'arbitrage que de celui où la sentence doit être exécutée (...)' (curs. PR).²²³ Met name in investeringsarbitrages is het gebruik van 'dissenting opinions' niet onbekend.²²⁴ Nu lang niet altijd sprake is van een (uitdrukkelijke) regeling, is onzeker of een dergelijke opinie dient te voldoen aan de formele eisen die voor arbitrale uitspraken gelden. Daarnaast is de vraag gesteld of een dergelijke 'opinion' deel uitmaakt van de arbitrale uitspraak.²²⁵

43. De (on)verenigbaarheid van een *dissenting opinion* met de verplichting tot arbitrale onafhankelijkheid en onpartijdigheid

Hoewel in de investeringsarbitrageliteratuur naar voren is gebracht dat '[c]hallenges based on dissenting opinions occur only very rarely',²²⁶ is in het licht van dit onderzoek een interessante vraag in hoeverre een *dissenting opinion* verenigbaar is met de verplichting tot arbitrale onafhankelijkheid en onpartijdigheid.²²⁷ In dit verband kan niet alleen worden gewezen op een mogelijk spanningsveld met het collegialiteitsbeginsel,²²⁸ ook zijn de meningen verdeeld over de vraag of een dergelijke opinie inbreuk kan maken op het geheim van arbitrale raadkamer.²²⁹ Interessant in laatstgenoemd verband is hetgeen het Oberlandesgericht Frankfurt am Main overwoog in januari 2020: 'Es spricht allerdings nach Würdigung des Senats vieles

222 *Kamerstukken II* 1985/86, 18464, nr. 6, p. 31. Interessant is dat ten tijde van het opstellen van (artikel 31 van) de UNCITRAL Model Law de delegatie van Noorwegen zich hard maakte voor de mogelijkheid van een *dissenting opinion* waarbij de delegatie ook een bepaling ('3 bis') voorstelde (Analytical Compilation of Comments by Governments and International Organizations on the Draft Text of a Model Law on International Commercial Arbitration: Report of the Secretary-General, 19 maart 1985, A/CN.9/263). Daarentegen was de delegatie van Sudan juist geen voorstander van de mogelijkheid van een *dissenting opinion* (Analytical Commentary on Draft of a Model Law on International Commercial Arbitration: Report of the Secretary-General, A/CN.9/264, 25 maart 1985, p. 66). Zie nader bijv. Holtzmann & Neuhaus 1989, p. 837.

223 Tribunal fédéral 11 mei 1992, r.o. 2.b), *ASA Bulletin* 1992, afl. 3, p. 387. Zie over de uitspraak ook bijv. Girsberger & Voser 2016, nr. 1495.

224 Breeze 2012.

225 Rees & Rohn 2009, p. 339. De vraag is door overheidsrechters in Zwitserland, Nederland en Engeland ontkennend beantwoord, zie: Tribunal fédéral 7 januari 2004, nr. 4P.196/2003, r.o. 1.2; HR 5 december 2008, ECLI:NL:HR:2008:BF3799, *NJ* 2009/6 (*Bursa/Güris*), r.o. 3.3; High Court (Commercial Court) 1 juli 2010 (*B/A*), [2010] EWHC 1626 (Comm), r.o. 21. Zie nader bijv. Born 2021a, p. 3304-3305; Redfern & Hunter 2015, nr. 9.130; Gaillard & Savage 1999, nr. 1404. Vgl. De Brabandere 2020, p. 35.

226 De Brabandere 2020, p. 35. Vgl. LCIA Division 16 juni 2008, nrs. 81007, 81008, 81024 & 81025, par. 4.17: 'The Division concluded by finding that, in light of section 39 of the 1996 Act and article 25 of the LCIA Rules, the dissenting opinion by Claimant's nominated arbitrator did not support a finding of apparent bias'; ICSID 16 maart 2018, nr. ARB/15/23 (*Mathias Kruck c.s. v. Kingdom of Spain*), 'Decision on the Proposal to Disqualify Mr Gary B Born', par. 54.

227 Zie voor voor- en tegenargumenten ten aanzien van de vraag naar de wenselijkheid van 'dissenting opinions', bijv. Sheppard & Kapeliuk-Klinger 2017, p. 324-328; Rees & Rohn 2009, p. 335-340; Redfern 2007; Arroyo 2008, p. 457-458. In kritische zin (partij-arbiters): Van den Berg 2011, vgl. Van den Berg 2015b; Rogers 2014, nrs. 8.62-8.69. Zie voor (met name) voorargumenten: Martinez-Fraga & Samra 2012; zie voor (overwegend) tegenargumenten: Redfern & Hunter 2015, nrs. 9.136-9.138.

228 Zie bijv. Van Zelst 2015, p. 37.

229 Nee, aldus: Werner 1992, p. 25. Ja, aldus: Van Delden 1996, nr. 163. Zie ook bijv. Bartels 2014; Westermann 2009, p. 106-107.

dafür, dass die *Offenlegung einer Dissenting Opinion* auch unter Berücksichtigung der Erwägungen, (...), in inländischen Schiedsverfahren unzulässig ist und gegen das für inländische Schiedsgerichte geltende *Beratungsgeheimnis* (...) *verstößt*' (curs. PR).²³⁰ Het Cour d'appel van Parijs overwoog in oktober 2008 daarentegen: '(...) le secret du délibéré (...) ne fait d'ailleurs pas par principe obstacle à l'expression d'opinions dissidentes ou séparées'.²³¹ Daarnaast is de vrees geuit dat een partij-arbiter geneigd zou (kunnen) zijn om een *dissenting opinion* te geven uit loyaliteitsoverwegingen ten opzichte van de hem benoemende partij.²³² Tot slot zijn twijfels geuit die zien op de vraag naar de onafhankelijke en onpartijdige oordeelsvorming van een arbiter die een *dissenting opinion* heeft gegeven, op het moment dat het scheidsgerecht in staat wordt gesteld een vernietigingsgrond ongedaan te maken.²³³

Hoewel de mogelijkheid van het geven van een *dissenting opinion* in de literatuur als een belangrijk onderdeel van 'perceived legitimacy' van arbitrage is aangeduid,²³⁴ rijzen tegelijkertijd verschillende vragen die met de verplichting tot arbitrale onafhankelijkheid en onpartijdigheid verband houden.²³⁵ Onder verwijzing naar hetgeen naar voren is gekomen, lijkt meer duidelijkheid wenselijk (vgl. par. 2.4.2, 2.4.3).

2.5 Uitgelichte actoren

44. Opbouw

In de laatste paragraaf van dit hoofdstuk wordt aandacht besteed aan drie actoren die een rol in de arbitrageprocedure kunnen spelen. In deze paragraaf zal allereerst de figuur van de voorzitter van het scheidsgerecht worden besproken (par. 2.5.1). In dit kader wordt stilgestaan bij de rol van de voorzitter ten aanzien van het nemen van beslissingen en ten opzichte van de mede-arbiters. Vervolgens zal nader worden ingegaan op de figuur van de partij-arbiter; een figuur die vanuit het oogpunt van de verplichting tot arbitrale onafhankelijkheid en onpartijdigheid niet onbesproken is (par. 2.5.2). Met het oog op de discussie ten aanzien van zijn rol binnen het scheidsgerecht zal tot slot aandacht aan de (rol van de) secretaris worden besteed (par. 2.5.3).

230 OLG Frankfurt am Main 16 januari 2020, nr. 26 Sch 14/18. De overweging ziet evenwel op 'inländische' scheidsgerichten. Zie over de uitspraak bijv. Magnarelli, Pettazzi & Parise Kuhnle 2021; Schrader & Schmidt 2020; Bert 2020. Vgl. Dasser 2021, p. 2.

231 CA Parijs 9 oktober 2008, *Revue de l'Arbitrage* 2009, afl. 2, p. 354 (*SAS société Merial/société Klocke Verpackungs - Service GmbH*); zie ook (na vernietiging en terugverwijzing door het Cour de cassation): CA Parijs 7 juli 2011, nr. 10/09268, *Revue de l'Arbitrage* 2011, afl. 2, p. 575-576 (*SAS Merial/société Klocke Verpackungs - Service GmbH*).

232 Born 2021a, p. 1942 (vn. 1019); Redfern 2007, nr. 18.82, vgl. Arroyo 2008, p. 458; Gaillard & Savage 1999, nr. 1400. Vgl. voort: Stippl & Öhlberger 2008, p. 390; Werner 1992, p. 26. Vgl. Paulsson 2010, p. 348: 'Two recent studies of international commercial arbitrations have revealed that dissenting opinions were almost invariably (in more than 95% of the cases) written by the arbitrator nominated by the losing party', onder verwijzing naar Redfern 2004.

233 Meijer 2015, p. 80, onder verwijzing naar paragraaf 3.5.2 van de IBA Guidelines 2014 ('Orange List'): 'The arbitrator has publicly advocated a position on the case, whether in a published paper, or speech, or otherwise'.

234 Brower & Rosenberg 2013, p. 8 - naast 'the significant and timeless right of the parties to choose the arbitrators'. In vergelijkbare zin: Dimitropoulos 2018, p. 561; Schwarz & Konrad 2009, nr. 26.026.

235 Vgl. Redfern 2005, p. 204.

2.5.1 De voorzitter van een scheidsgerecht

45. Algemeen

Wanneer een scheidsgerecht meerdere arbiters heeft, zal één arbiter de functie van voorzitter vervullen. Allereerst is het van belang om de voorzitter van het scheidsgerecht, in het Engels bekend als 'president', 'presiding arbitrator', 'chairperson' of 'chair(man)', in juridisch opzicht te onderscheiden van de figuur van de 'umpire'. Een 'umpire' verschijnt in beginsel ten tonele wanneer twee arbiters niet tot een beslissing kunnen komen waarna de 'umpire' de knoop doorhakt.²³⁶ De voorzitter van een scheidsgerecht is vanaf het moment van benoeming verantwoordelijk voor de (procedurele) gang van zaken tijdens de procedure en na afloop van de procedure voor de beraadslagingen van het scheidsgerecht en de totstandkoming van het arbitrale vonnis.²³⁷ In de bestudeerde arbitrale wet- en regelgeving zijn geen specifieke kwaliteitseisen voor de voorzitter neergelegd.²³⁸ Wel speelt in het kader van de benoeming het gelijkheidsbeginsel een belangrijke rol.²³⁹ Zo is een eenzijdige benoeming van de voorzitter in beginsel uitgesloten door bijvoorbeeld de LCIA Rules 2020.²⁴⁰ Daarnaast leidde het niet tijdig inlichten van (beide) partijen over de benoeming van de voorzitter tot vernietiging van het arbitraal vonnis door het Oberlandesgericht Hamburg in november 2001.²⁴¹

46. De nationaliteit van de voorzitter

Hoewel geen specifieke kwaliteitseisen aan een voorzitter zijn gesteld, kan wel met de nationaliteit van de voorzitter rekening moeten worden gehouden (vgl. par. 3.5.1, par. 5.4). Onder verwijzing naar het beginsel van gelijkheid van partijen is verdedigd dat sprake dient te zijn van 'national neutrality' om een schijn van partijdigheid bij de voorzitter te vermijden.²⁴² Ook in de ICC Rules 2021 en de LCIA Rules 2020 staan bepalingen opgenomen waarin wordt aangegeven dat de voorzitter van het scheidsgerecht een andere nationaliteit dient te hebben dan partijen in arbitrages waarin partijen niet dezelfde nationaliteit hebben.²⁴³ Door de UNCITRAL Model Law 2006 wordt een gematigde(r) koers gevaren: bij de benoeming van de voorzitter wordt

²³⁶ Zie o.a. art. 21 Arbitration Act 1996; art. 9 London Maritime Arbitrators Association Terms 2012. Zie nader bijv. Sheppard 2015; Swangard 2013.

²³⁷ Redfern & Hunter 2015, nr. 4.190; Born 2021a, p. 2390; Lévy 2012.

²³⁸ Een bijzondere uitzondering op deze regel kan worden gevonden in artikel 14 van de Arbitragewet van Saoedi-Arabië: 'The arbitrator shall satisfy the following conditions: (...) (3) He shall at least be a holder of a university degree in Shari'a or legal sciences; however, if the arbitral tribunal consists of more than one arbitrator, it would be sufficient if the chairman of such tribunal satisfies this condition' (bron: L. Bosman (red.), *ICCA International Handbook on Commercial Arbitration*, ICCA & Kluwer Law International 2020, Supplement No. 104, februari 2019, p. 4).

²³⁹ Vgl. U.S. Court of Appeals for the Second Circuit 31 maart 2005 (*Encyclopaedia Universalis S.A./Encyclopaedia Britannica, Inc.*), 403 F.3d 85: 'We agree, (...), that "the Tribunal's premature appointment of Decker irremediably spoiled the arbitration process". (...)'.²⁴⁰

²⁴⁰ Art. 7.3 LCIA Rules 2020.

²⁴¹ OLG Hamburg 8 november 2001, nr. 6 Sch 04/01 (vindplaats: DIS Datenbank, via: www.disarb-db.org).

²⁴² Lalive 1984, p. 24-25.

²⁴³ Art. 13 lid 5 ICC Rules 2021; art. 6.1 LCIA Rules 2020.

in overweging genomen 'the advisability of appointing an arbitrator of a nationality other than those of the parties' (art. 11 lid 5). Het NAI Arbitragereglement 2015 laat het aan partijen over om een verzoek in te dienen dat de voorzitter niet de nationaliteit van één van de partijen in de arbitrage heeft.²⁴⁴

47. Takenpakket

Door de toepasselijke regels wordt in beginsel bepaald welke taken de voorzitter heeft. Niettemin kunnen enige algemene bevoegdheden worden onderscheiden. Zo heeft in beginsel alleen de voorzitter, vanuit het oogpunt van doelmatigheid en efficiëntie,²⁴⁵ de bevoegdheid om een beslissing te geven ten aanzien van procedurele kwesties (al dan niet met instemming van partijen en/of de mede-arbiters). Ter illustratie kan worden gewezen op artikel 29 van de UNCITRAL Model Law 2006, waarin staat dat 'questions of procedure may be decided by a presiding arbitrator, if so authorized by the parties or all members of the arbitral tribunal'.²⁴⁶ Het is de vraag wat onder de woorden 'questions of procedure' kan worden verstaan. In de literatuur is naar voren gebracht dat de invulling van deze woorden afhankelijk is per zaak en niet afhankelijk zou mogen zijn van 'the way different legal systems classify issues as either procedural or substantive'.²⁴⁷ Voorbeelden van dergelijke kwesties zouden variëren van het huren van zaalruimte en inhuren van vertalers tot het bepalen van termijnen en het aantal 'submissions' van partijen.²⁴⁸ Inhoudelijke zaken als de (juridische) vaststelling van de rechten en verplichtingen van partijen vallen hier in beginsel buiten.²⁴⁹ In het verlengde hiervan is verdedigd dat ook de beslissing over een wrakingsverzoek buiten de reikwijdte van de woorden valt.²⁵⁰ Minder 'zuiver' procedurele vragen, die ook niet zuiver inhoudelijk van aard zijn, zouden verband kunnen houden met het bepalen van de plaats van de arbitrage, het aanhouden van de procedure dan wel met het oproepen van experts. Het blijft echter lastig om te bepalen waar de grens precies ligt; bij twijfel is het dan ook verstandig voor een voorzitter om hierover in overleg te treden met zijn mede-arbiters.²⁵¹

244 Art. 13 lid 4; art. 14 lid 4 NAI Arbitragereglement 2015. De Swiss Rules 2021 bevatten geen bepalingen op dit punt.

245 Brekoulakis, Ribeiro & Shore 2015, p. 894.

246 Zie ook bijv. ICC Commission Report, 'Controlling Time and Costs in International Arbitration', 2018 (online), p. 9. Vgl. art. 14.7 LCIA Rules 2020: 'In the case of an Arbitral Tribunal other than a sole arbitrator, the presiding arbitrator, with the prior agreement of its other members and all parties, may make *procedural decisions* alone'; art. 14.6 LCIA Rules 2014: 'In the case of an Arbitral Tribunal other than a sole arbitrator, the presiding arbitrator, with the prior agreement of its other members and all parties, may make *procedural orders* alone' (curs. PR).

247 Waincymer 2012, p. 439. In de praktijk zouden 'procedurele zaken van ondergeschikt belang op basis van een delegatie door het scheidsgerecht als geheel vaak worden beslist door een arbiter-penvoerder', aldus: Snijders 2012.

248 Waincymer 2012, p. 439.

249 Vgl. Castello 2015b, p. 248.

250 UNCITRAL, Report of the Working Group on International Contract Practices on the work of its seventh session, A/CN.9/246, 6 maart 1984, par. 38: '(...) that the decision was entrusted to all members of the tribunal'.

251 Hoewel in de IBA Guidelines 2014 wordt aangegeven dat ieder lid van het scheidsgerecht onafhankelijk en onpartijdig dient te zijn (Explanation to General Standard 5 (a)), is in onderhavig verband ook betoogd dat de voorzitter - gelet op zijn centrale rol in de arbitrage - 'particular diligence' zou moeten uitoefenen

48. Een doorslaggevende stem?

Op het moment dat eenstemmigheid in het kader van de arbitrale oordeelsvorming ontbreekt, is het de vraag op welke wijze toch tot een eindvonnis kan worden gekomen.²⁵² Op basis van hetgeen in de bestudeerde arbitrale wet- en regelgeving naar voren komt, kunnen twee mogelijke oplossingen worden onderscheiden.

Allereerst komt in de UNCITRAL Model Law 2006 en UNCITRAL Arbitration Rules 2013 naar voren dat in een dergelijke situatie door 'a majority of the arbitrators' dient te worden besloten.²⁵³ Ook in het NAI Arbitragereglement 2015 komt naar voren dat op dat moment 'bij meerderheid van stemmen' dient te worden besloten (art. 43 lid 1). Interessant is hetgeen staat opgenomen in artikel 1057 lid 1 Rv: '[h]et scheidsrecht beslist, indien het uit meer arbiters bestaat, bij meerderheid van stemmen, *tenzij de partijen anders zijn overeengekomen*' (curs. PR). Een bepaling met een vergelijkbare strekking komt naar voren in de CPC (art. 1513). Daarnaast komt naar voren dat de voorzitter in dergelijke gevallen juist het voortouw mag nemen en de doorslaggevende stem heeft. Zo wordt door de ICC Rules 2021 bepaald: '[i]f there is no majority, the award shall be made by the president of the arbitral tribunal alone' (art. 32 lid 1). In de Swiss Rules 2021 en de LDIP staat een bepaling met een vergelijkbare strekking opgenomen.²⁵⁴ In de Arbitration Act 1996 komt naar voren: '[d]ecisions, orders and awards shall be made by all or a majority of the arbitrators (including the chairman)' (art. 20 lid 3). Interessant is de ruime formulering in de LCIA Rules 2020: '[f]ailing a majority decision on *any* issue, the presiding arbitrator shall decide that issue' (curs. PR) (art. 26.5). Tijdens de herziening van de UNCITRAL Arbitration Rules is voor het opnemen van een vergelijkbare 'voortouw-regel' gepleit. Bij de herziening werd door een 'substantial number of drafters' voorgesteld om artikel 31 in die zin te wijzigen dat de voorzitter voortaan een beslissing zou kunnen nemen in situaties waarin geen meerderheid werd bereikt. De voorstanders van een dergelijke wijziging onderbouwden het voorstel door onder meer naar voren te brengen dat een voorzitter anders 'could be forced to compromise his or her views to join with the least unreasonable of the co-arbitrators in order to form a majority'.²⁵⁵ Daarnaast zou een dergelijke regel een voorzitter (kunnen) beschermen tegen het maken van een keuze die slechts door de wens zou zijn ingegeven om tot een meerderheid te komen.²⁵⁶ Tegenstanders van het voorstel spraken onder meer de vrees uit dat 'an award made solely by the presiding arbitrator would be less acceptable to the parties' en dat een dergelijke regel 'would change the internal dynamics of an

in het vermijden van een *issue conflict*, zie bijv. Report of the ASIL-ICCA Joint Task Force on Issue Conflicts in Investor-State Arbitration, The ICCA Reports No. 3, 17 maart 2016, par. 35.

252 Deze situatie wordt ook wel omschreven als 'deadlock', zie o.a. Born 2021a, p. 2390; Molina 2018, nr. 20; UNCITRAL, Report of the Working Group on Arbitration and Conciliation on the work of its forty-seventh session, A/CN.9/641, 25 september 2007, par. 69.

253 Art. 29 UNCITRAL Model Law 2006; art. 33 lid 1 UNCITRAL Arbitration Rules 2013. Vgl. R-44 sub a AAA Commercial Arbitration Rules 2013.

254 Art. 33 lid 1 Swiss Rules 2021; art. 189 lid 2 LDIP.

255 UNCITRAL, Report of the Working Group on Arbitration and Conciliation on the work of its forty-fifth session, A/CN.9/614, 5 oktober 2006, par. 109.

256 Molina 2018, nr. 20.

arbitral tribunal's deliberation'.²⁵⁷ Een gebrek aan consensus op dit punt lijkt er toe te hebben geleid dat niets met het voorstel is gedaan.

Ongeacht het gewicht dat zijn stem in de schaal legt, zou kunnen worden gesteld dat het een (algemene) taak voor de voorzitter is om voor een harmonieuze en professionele werkwijze binnen het scheidsgerecht zorg te dragen. Ter illustratie kan worden gewezen op hetgeen het Tribunal fédéral in mei 2015 overwoog: '[l]e président doit conserver la maîtrise intellectuelle de l'issue du litige et le coarbitre contribuer au processus décisionnel'.²⁵⁸ Voorkomen dient te worden dat een arbiter zich ten opzichte van een mede-arbiter achtergesteld voelt door de wijze van omgang van de voorzitter met de andere arbiter(s).²⁵⁹ Van de voorzitter wordt dan ook verwacht dat hij niet alleen een bemiddelende rol speelt tussen de partijen, maar ook tussen de mede-arbiters.²⁶⁰ Anders gezegd: de voorzitter zou in de gaten moeten houden dat de andere (partij-)arbiters niet naar een partijstandpunt neigen, maar dient hun visie ook niet te negeren.²⁶¹

49. 'Gouverner, c'est prévoir'

In het verlengde hiervan kan worden gewezen op de zgn. obstructieve arbiter. Een dergelijke arbiter trekt de (negatieve) aandacht doordat hij bijvoorbeeld een bepaald standpunt probeert door te drukken en/of zich aan de arbitrale beraadslagingen onttrekt. Hoewel dergelijk gedrag aanleiding zou kunnen geven tot twijfels aan de arbitrale onafhankelijkheid en/of onpartijdigheid is het maar de vraag of vervanging van deze arbiter de oplossing is. Het is niet alleen onzeker of vervanging mogelijk is op grond van de toepasselijke regels, ook is het onzeker of vervanging opweegt tegen de kosten en vertraging die het proces van vervanging met zich mee (kunnen) brengen.²⁶² Onder bepaalde omstandigheden zou de besluitvorming door de andere arbiters kunnen worden overgenomen.²⁶³ Interessant is hetgeen in artikel

257 UNCITRAL, Report of the Working Group on Arbitration and Conciliation on the work of its forty-seventh session, A/CN.9/641, 25 september 2007, par. 70. Ook zou het de 'dynamics' van de besluitvorming aantasten nu de mede-arbiters juist op zoek zouden gaan naar overeenstemming om te voorkomen dat de voorzitter de knoop alleen doorhakt (Molina 2018, vn. 44 (nr. 20), onder verwijzing naar literatuur).

258 Tribunal fédéral 21 mei 2015, nr. 4A_709/2014, r.o. 3.2.2.

259 Waincymer 2012, p. 440.

260 Peters 2011, p. 140. Een opmerkelijk voorbeeld komt men tegen in U.S. Court of Appeals for the Second Circuit 3 april 1979 (*National Bulk Carriers, Inc./Princess Management Co. Ltd.*), 597 F.2d 819 waar de door de AAA benoemde 'impartial arbitrator' had aangegeven dat hij 'would sign an award for any sum between \$1.5 million and \$2 million, the amount to be chosen by whichever of Summit and Weicholz would first agree to an award in that range'.

261 Bishop & Reed 1998, p. 405-406. Vgl. Peters 2011, p. 140.

262 Berger 2013, p. 253. Vgl. Waincymer 2012, p. 441-442. Vgl. 'Working Group I - Preventing Delay and Disruption of Arbitration - III Conduct by a Party-Appointed Arbitrator during the Arbitral Proceedings - Topic 9: Remedies against arbitrators who obstruct the arbitral proceedings', in: A.J. van den Berg (red.), *Preventing Delay and Disruption of Arbitration / Effective Proceedings in Construction Cases*, Kluwer Law International 1991, p. 300.

263 In de literatuur is in dit verband wel gesproken over een zgn. 'truncated tribunal', zie bijv. Born 2021a, p. 2097-2103; Selim & Ghali 2017; Lew, Kröll & Mistelis 2003, nrs. 13.67-13.82. Interessant is artikel 12.1 LCIA Rules 2020: op het moment dat een arbiter 'without good cause refuses or persistently fails to participate in the deliberations' van het scheidsgerecht mogen de andere arbiters gezamenlijk 'give written notice of such refusal or failure to the LCIA Court, the parties and the absent arbitrator'. In 'exceptional circumstances' mogen de andere arbiters 'decide to continue the arbitration (including the making of

1057 lid 3 Rv en in artikel 43 lid 3 van het NAI Arbitragereglement 2015 naar voren komt: op het moment dat 'een minderheid van de arbiters' weigert te ondertekenen, wordt hiervan door de andere arbiters in het door hen ondertekende vonnis 'melding' gemaakt. Een bepaling met een vergelijkbare strekking staat in de Swiss Rules 2021 opgenomen.²⁶⁴ In de LCIA Rules 2020 komt naar voren dat het arbitraal vonnis 'shall be signed by the Arbitral Tribunal or those of its members assenting to it' (art. 26.2). Op het moment dat een arbiter 'refuses or fails to sign an award' zijn de handtekeningen van de meerderheid van het scheidsgerecht of - 'failing a majority'- van de voorzitter voldoende 'provided that the reason for any omitted signature is stated in the award by the majority or by the presiding arbitrator' (art. 26.6). Ook in de CPC komt naar voren: '[e]n cas de refus de signature des autres arbitres, le président en fait mention dans la sentence qu'il signe alors seul' (curs. PR) (art. 1513). In bepaalde gevallen rest de voorzitter niets anders dan het arbitraal eindvonnis te ondertekenen zonder de handtekening van alle arbiters. Een complicerende factor is dat deze handelwijze zou kunnen leiden tot strijdigheid met de eisen die door (andere) arbitragewetgeving aan arbitrale vonnissen worden gesteld op het moment dat niet in een bepaling is voorzien die ruimte laat voor een toelichting waarom niet door alle arbiters is ondertekend.²⁶⁵ Om voornoemde zoveel mogelijk voor te zijn, is de voorzitter in de literatuur dan ook de opdracht gegeven om reeds vanaf het begin van de arbitrage op (mogelijk) obstructieve arbiters bedacht te zijn en na te denken over de vraag hoe dergelijke arbiters 'could be kept at it as long and as effectively as possible', dit alles onder het mom van 'gouverner, c'est prévoir'.²⁶⁶ Specifiek voor de minder ervaren voorzitter kan het niettemin lastig zijn om een evenwicht te vinden tussen het komen tot 'the most appropriate outcome' en het zich ervan vergewissen dat zijn co-arbiters aan onafhankelijke en onpartijdige oordeelsvorming doen.²⁶⁷

2.5.2 De partij-arbiter

50. Partij-arbitrage

Eén van de kenmerken die arbitrage als (alternatieve) wijze van geschilbeslechting bijzonder maakt, is dat partijen overeen kunnen komen dat ieder een 'eigen' arbiter

any award) notwithstanding the absence of that other arbitrator, subject to the written approval of the LCIA Court'. De andere arbiters dienen hierbij een aantal omstandigheden in overweging te nemen, zie art. 12.2 LCIA Rules 2020.

²⁶⁴ Art. 34 lid 4 Swiss Rules 2021. Vgl. art. 35 lid 1 ICC Rules 2021.

²⁶⁵ In Zwitserland volstaat de handtekening van de voorzitter zonder dat een toelichting dient te worden gegeven (art. 189 lid 2 LDIP). Ook in Zweden kunnen partijen afspreken dat de handtekening van de voorzitter volstaat (art. 31 Lag (1999:116) om skiljeförfarande t.o.m. SFS 2018:1954). Zie voor een overzicht van arbitrale wet- en regelgeving in dit kader bijv. Lew, Mistelis & Kröll 2003, nrs. 24.56-24.60. Interessant is dat ook de voorzitter een *dissenting opinion* zou kunnen geven, zie bijv. ICSID 29 april 2004, nr. ARB/02/18 (*Tokios Tokelés v. Ukraine*), 'Dissenting Opinion (Chairman Prosper Weil)'. Zie over de 'Weil Dissent' nader bijv. Van den Berg 2015a, p. 585-592.

²⁶⁶ Berger 2013, p. 254, onder verwijzing naar literatuur, en over het voorkomen van 'pathological deliberations'.

²⁶⁷ Waincymer 2012, p. 441.

aandraagt,²⁶⁸ waarna deze twee arbiters een derde arbiter (de voorzitter) benoemen. De arbiter die door een partij is voorgedragen, wordt ook wel 'partij-arbiter', 'party-appointed arbitrator' of 'party-arbitrator' genoemd.²⁶⁹ Hoewel de figuur van de partij-arbiter reeds in de Antieke Oudheid bekend zou zijn geweest,²⁷⁰ zou partij-arbitrage pas vanaf de Middeleeuwen meer in gebruik zijn geraakt.²⁷¹ Vandaag de dag lijkt de mogelijkheid van de benoeming van een partij-arbiter niet meer weg te denken. In de literatuur is naar voren gebracht dat bij een partij-arbiter wellicht nog meer de nadruk op de verplichting tot arbitrale onafhankelijkheid en onpartijdigheid ligt, aangezien zijn onafhankelijkheid en onpartijdigheid 'niet op voorhand boven alle twijfel verheven' is.²⁷² Waar vandaag de dag in veel arbitrale wet- en regelgeving naar voren komt dat de verplichting tot onafhankelijkheid en onpartijdigheid voor alle arbiters geldt,²⁷³ is dit uitgangspunt niet altijd vanzelfsprekend geweest.

51. De partij-arbiter in de Verenigde Staten

Hoewel buiten de methodologische reikwijdte van dit onderzoek is de wijze waarop in de Verenigde Staten tegen partij-arbiters werd en wordt aangekeken interessant. Zo was een andere maatstaf ter beoordeling van de onafhankelijkheid en onpartijdigheid van partij-arbiters lange tijd niet ongebruikelijk.²⁷⁴ Illustratief is de AAA Code of Ethics for Arbitrators in Commercial Disputes 1977 waarin een aparte Canon aan 'ethical considerations relating to arbitrators appointed by one party' was gewijd (Canon VII). In arbitrages met een driedig scheidsgerecht stond het partijen vrij om 'non-neutral arbitrators' te benoemen voor wie een andere maatstaf dan de maatstaf die voor de niet-partij-arbiter(s) gold.²⁷⁵ Om meer in de pas van de praktijk in de internationale arbitragewereld te (gaan) lopen, is de mogelijkheid om een niet-neutrale arbiter te benoemen uit versie van 1997 gehaald.²⁷⁶ Interessant is daarnaast hetgeen in de inleiding van de AAA/ABA Code of Ethics for Arbitrators in Commercial Disputes 2004 staat: 'it is preferable for all arbitrators including any party-appointed

268 Zie voor de situatie waarin sprake is van meerdere partijen aan de zijde van eiser of gedaagde bijv. Leboulanger 1996.

269 Vgl. U.S. District Court for the District of Columbia 8 juni 2016 (*The Belize Bank Ltd./Government of Belize*), nr. 14-cv-659 (APM) waarin de partij-arbiter 'wing arbitrator' wordt genoemd.

270 Roebuck 2001, p. 349.

271 Gómez-Acebo 2016, nrs. 2.13-2.20.

272 Snijders 2018, p. 259.

273 Zie bijv. Born 2021a, p. 1932; Refern & Hunter 2015, nr. 4.75; Lew, Mistelis & Kröll 2003, nr. 11.47.

274 Vgl. Werner 1990 waarin wordt gesproken over een 'civilian approach' en een 'common-law approach' (p. 5). Vgl. een schets van de Uniform Law on Arbitration in Respect of International Relations of Private Law van UNIDROIT uit 1954 waarin de mogelijkheid tot wraking van een partij-arbiters werd uitgesloten 'if any circumstances exist capable of casting doubt on his impartiality or independence', zie nader: Gómez-Acebo 2016, nr. 4.41. Vgl. McLaren 2003, p. 236; 'Another complication may arise from a practice common in the United States wherein party-appointed arbitrators are paid directly by the appointing party. Such a practice could be perceived as compromising the neutrality or even independence of the arbitrator'.

275 'Introductory note' bij Canon VII van de AAA Code of Ethics for Arbitrators in Commercial Disputes 1977: 'For the purposes of this code, an arbitrator appointed by one party who is not expected to observe all of the same standards as the third arbitrator is called a "nonneutral arbitrator"' (bron: P. Sanders (red.), *Yearbook Commercial Arbitration 1985 - Volume X, Yearbook Commercial Arbitration*, ICCA & Kluwer Law International 1985, p. 138).

276 Vgl. Gaillard & Savage 1999, nr. 1044.

arbitrators to be neutral, that is, independent and impartial, and to comply with the same ethical standards'. Hoewel de partij-arbiter ook in deze versie nog steeds een 'eigen' Canon heeft, is de presumptie van een 'neutrale' partij-arbiter wel het uitgangspunt.²⁷⁷ De AAA Commercial Arbitration Rules 2013 hebben een vergelijkbare ontwikkeling doorgemaakt. Waar de versie van 1999 impliciet van niet-neutrale arbiters uitging door de mogelijkheid van wraking van partij-arbiters uit te sluiten 'unless the parties agree otherwise',²⁷⁸ kwam in de AAA Commercial Arbitration Rules 2003 naar voren dat 'any arbitrator' onafhankelijk en onpartijdig diende te zijn.²⁷⁹ Deze bepaling staat ook in de AAA Commercial Arbitration Rules 2013, zij het dat partijen nog wel kunnen afspreken 'that the party-appointed arbitrators are to be non-neutral and need not meet those standards'.²⁸⁰

Ook door de arbitragewetten van sommige Amerikaanse Staten wordt vandaag de dag nog steeds een onderscheid gemaakt tussen niet-neutrale partij-arbiters en niet-partij-arbiters. Zo is het op grond van de Civil Practice Law and Rules van de Staat New York mogelijk om een arbitraal vonnis te vernietigen wanneer de rechten van een partij in het geding zijn gekomen door 'partiality of an arbitrator appointed as a neutral'.²⁸¹ In sommige sectoren is het eveneens niet ongebruikelijk dat partijen het gebruik van een niet-neutrale arbiter overeenkomen.²⁸² Wat de toelaatbaarheid hiervan betreft, lijken Amerikaanse overheidsrechters op twee gedachten te hinken. Zo overwoog het Supreme Court van Texas in juni 2014: '[i]n a tripartite arbitration, each party-appointed arbitrator ordinarily advocates for the appointing party, and only the third arbitrator is considered neutral'.²⁸³ Het Court of Appeals for the Eleventh Circuit had in december 1993 reeds overwogen: '(...) a party-appointed arbitrator is permitted, and should be expected, to be predisposed toward the nominating party's case'.²⁸⁴ Daarentegenover staat bijvoorbeeld hetgeen het Court of Appeals of the State of New York in april 1953 overwoog: '[t]he view that an arbitra-

277 Vgl. Sheppard 2005, p. 91-98.

278 R-12 sub b AAA Commercial Arbitration Rules 1999 (bron: A.J. van den Berg (red.), *Yearbook Commercial Arbitration 1999 - Volume XXIVa*, ICCA & Kluwer Law International 1999, p. 361-388). Het Supreme Court of Texas overwoog in juni 2014 over deze regel: 'Accordingly, the AAA rules presumed party-appointed arbitrators were non-neutral, and the parties would have to "agree otherwise" to rebut this presumption', Supreme Court Texas 20 juni 2014 (*Americo Life, Inc. c.s./R.L. Myer & Strider Marketing Group, Inc.*), nr. 12-0739.

279 R-17 sub a AAA Commercial Arbitration Rules 2003 (vindplaats: via www.adr.org/ArchiveRules).

280 R-13 sub b AAA Commercial Arbitration Rules 2013, onder verwijzing naar R-18 sub b: partijen kunnen afspreken dat de partij-arbiter 'shall be non-neutral, in which case such arbitrators need not be impartial or independent and shall not be subject to disqualification for partiality or lack of independence'.

281 Section 7511 (b) 1. (ii) (vindplaats: www.nysenate.gov/legislation/laws/CVP/7511), zie ook: Bishop & Reed 1998, p. 402-403.

282 Holtzmann & Bernini 1987, vn. 4 (p. 32).

283 Supreme Court of Texas 20 juni 2014 (*Americo Life, Inc. c.s./R.L. Myer & Strider Marketing Group, Inc.*), nr. 12-0739, onder verwijzing naar andere jurisprudentie. Vgl. U.S. Court of Appeals for the Sixth Circuit 29 november 2005 (*Nationwide Mutual Ins. Co./Home Ins. Co.*), 429 F3d 640: 'Given the arbitration format voluntarily chosen by the parties in this case, to permit vacatur based upon the mere "appearance of bias" of a party-appointed arbitrator "would be to render this efficient means of dispute resolution ineffective in many commercial settings".'

284 U.S. Court of Appeals for the Eleventh Circuit 30 december 1993 (*Sunkist Soft Drinks, Inc., Del Monte Corp., Nabisco Brands, Inc./Sunkist Growers, Inc.*), 10 F.3d 753.

tor chosen by a party is merely that party's agent and will act in a partial manner, as suggested by respondent, may not be accepted'.²⁸⁵

52. Een andere maatstaf ter beoordeling van de onafhankelijkheid en onpartijdigheid?

Ook in Zwitserland werd lange tijd een andere maatstaf aangelegd ter beoordeling van de onafhankelijkheid en onpartijdigheid van partij-arbiters (vgl. par. 4.4.4). Zo overwoog het Tribunal fédéral in juni 1994 'dass nach dem Willen des Gesetzgebers an die Integrität der von den Parteien ernannten Schiedsrichter nicht der gleich strenge Massstab anzulegen ist wie an jene des Vorsitzenden des Schiedsgerichts'.²⁸⁶ Begin juni 2007 gaf het Tribunal fédéral expliciet aan: '[a]n die Unparteilichkeit der von den Parteien ernannten Schiedsrichter können daher nicht die gleich strengen Anforderungen gestellt werden wie an andere Richter'.²⁸⁷ In oktober 2010 wijzigde het Tribunal fédéral van koers door te overwegen: '[f]orce est, dès lors, d'admettre que l'indépendance et l'impartialité requises des membres d'un tribunal arbitral s'imposent aussi bien aux arbitres désignés par les parties qu'au président du tribunal arbitral' (curs. PR).²⁸⁸

Ook in uitspraken van Engelse, Franse en Nederlandse overheidsrechters kunnen aanwijzingen worden gevonden dat sprake is van één maatstaf.²⁸⁹ Hoewel de IBA Rules of Ethics 1987 zich op 'international arbitrators' richten,²⁹⁰ wordt door de IBA Guidelines 2004 uitdrukkelijk aangegeven dat '[t]hese Guidelines do not apply to nonneutral arbitrators, who do not have an to be independent and impartial, as may be permitted by some arbitration rules or national laws'.²⁹¹ In de IBA Guidelines 2014

285 Court of Appeals of the State of New York 17 april 1952 (*Lipschutz c.s./Albert Gutwirth*), 304 N.Y. 58. Vgl. Court of Appeals of the State of New York 15 juli 1925 (*American Eagle Fire Insurance Co./New Jersey Insurance Co.*), 240 N.Y. 398: '(...), the practice of arbitrators of conducting themselves as champions of their nominators is to be condemned as contrary to the purpose of arbitrations and as calculated to bring the system of enforced arbitrations into disrepute (...) He is not an advocate whose function is to convince the umpire or third arbitrator'. Vgl. U.S. District Court for the Eastern District of North Carolina 6 september 1977 (*Standard Tankers (Bahamas) Co./Motor Tank Vessel, AKTI*), 438 F. Supp. 153: '(...) the evident partiality test should apply to every member of the panel'.

286 Tribunal fédéral 30 juni 1994, r.o. 4, *ASA Bulletin* 1997, afl. 1, p. 104.

287 Tribunal fédéral 4 juni 2007, nr. 9C_149/2007, r.o. 4.2. Vgl. id. r.o. 5.3.

288 Tribunal fédéral 29 oktober 2010, nr. 4A_234/2010, r.o. 3.3.1. In deze rechtsoverweging wordt ook een overzicht van de (verdeelde) Zwitserse literatuur op dit punt weergegeven.

289 Court of Appeal (Civil Division) 15 mei 2000 (*AT&T Corporation e.a./Saudi Cable Company*), [2000] EWCA Civ 154, r.o. 40; Cour de cassation (chambre civile 2) 13 april 1972, nr. 70-12.774 (*Consorts Ury/Galerie Lafayette*): '(...) la désignation de chaque arbitre n'est pas un acte unilatéral (...) cette désignation, élément substantiel de la convention d'arbitrage, procède de la volonté commune des parties, lesquelles prennent en considération les qualités de personnes qu'elles appellent à juger leur litige'; Hof Amsterdam 13 januari 1994, *NJ* 1996/8, ECLI:NL:GHAMS:1994:AC2854, r.o. 4.10: '(...) dat ook de door een partij benoemde arbiter zijn taak in onafhankelijkheid en onpartijdigheid behoort te vervullen en niet kan worden beschouwd als de vertegenwoordiger van de partij die hem heeft benoemd'.

290 De invalshoek verschilt: waar de AAA/ABA Code of Ethics for Arbitrators in Commercial Disputes 2004 partijen de vrije hand laat, wordt door de IBA Rules of Ethics for International Arbitrators 1987 de verantwoordelijkheid bij de partij-arbiters gelegd om neutraal op te treden, zie nader bijv. Coulson 1987, p. 103-110.

291 Vgl. PCA 11 januari 1995 (*Country X v. Company Q*), 'Challenge Decision': 'The criteria mandated by the UNCITRAL Arbitration Rules apply equally to all arbitrators. There is no lesser standard for party nominated arbitrators than for a neutral arbitrator' (bron van de geciteerde overweging: A.J. van den Berg (red.),

komt evenwel naar voren dat 'every arbitrator' onafhankelijk en onpartijdig dient te zijn,²⁹² en dat de Guidelines 'equally' van toepassing zijn op de voorzitter, de unus-arbiter, en op partij-arbiters.²⁹³ In de ICC Rules 2021 en de Swiss Rules 2021 komen woorden met een vergelijkbare strekking naar voren.²⁹⁴ In de LCIA Rules 2020 staat in stevige(r) bewoordingen: '(...) none shall act in the arbitration as advocate for or representative of any party'.²⁹⁵

53. Voor- en tegenstanders van partij-arbitrage

In de literatuur is sprake van een tweedeling tussen voor- en tegenstanders van partij-arbitrage. Voorstanders van de figuur van de partij-arbiter wijzen dikwijls op (het beginsel van) de partijautonomie.²⁹⁶ Partij-arbiters 'are an essential means of ensuring the expert, efficient and internationally-neutral arbitral procedure, which is a central object of the parties' agreement to arbitrate'.²⁹⁷ Partij-arbiters zouden daarnaast de culturele, economische en politieke omgeving waarin de benoemende partij heeft gehandeld beter begrijpen en op de andere arbiters kunnen overbrengen.²⁹⁸ Ook zou de mogelijkheid van het benoemen van een 'eigen' partij-arbiter bevorderlijk werken voor het vertrouwen van partijen in de procedure, omdat partijen zich dankzij hun partij-arbiter gehoord zouden voelen,²⁹⁹ en (een gevoel van) controle op de arbitrage hebben.³⁰⁰ In dit verband is ook gewezen op de rol die partij-arbiters in het kader van de aanvaarding en de (vrijwillige) nakoming van het arbitraal vonnis zouden kunnen spelen.³⁰¹ Tot slot is opgemerkt dat de invloed die een partij-arbiter kan uitoefenen klein zou zijn en zelfs averechts zou kunnen werken op het moment

ICC Yearbook Commercial Arbitration 1997, Kluwer Law International 1997, p. 230), in vergelijkbare zin: UNCITRAL 15 april 1993 (*Contractor v. State Agency*), 'Challenge Decision' (bron: A.J. van den Berg (red.), ICC Yearbook Commercial Arbitration 1997, Kluwer Law International 1997, p. 224). In ICSID-arbitrages lijkt een 'slightly lower standaard' voor partij-arbiters te worden toegestaan, aldus: Luttrell 2009, p. 138, onder verwijzing naar ICSID 24 juni 1982, nr. ARB/81/1 (*Amco Asia v. Indonesia*), deze zaak is evenwel 'unreported'.

292 General Standard 1 IBA Guidelines 2014.

293 General Standard 5 (a) IBA Guidelines 2014.

294 Art. 11 lid 1 ICC Rules 2021: 'Every arbitrator must be and remain impartial and independent of the parties involved in the arbitration'; art. 12 lid 1 Swiss Rules 2021: 'Any arbitrator conducting an arbitration under these Rules shall be and shall remain impartial and independent throughout the proceedings', vgl. art. 9 lid 1 Swiss Rules 2012: 'Any arbitrator conducting an arbitration under these Rules shall be and shall remain at all times impartial and independent of the parties' (curs. PR).

295 Art. 5.3 LCIA Rules 2020. Het NAI Arbitragereglement 2015 spreekt van een '[e]en arbiter' (art. 11 lid 2: 'Een arbiter zal zijn opdracht onafhankelijk, onpartijdig en naar beste weten en kunnen uitvoeren').

296 'Survey: Arbitral Institutions Can Do More to Foster Legitimacy. True or False?', in: A.J. van den Berg (red.), *Legitimacy: Myths, Realities, Challenges*, ICCA Congress Series, Kluwer Law International 2015, p. 716. Vgl. Rogers 2014 waarin over 'the ultimate form of forum shopping' wordt gesproken (nrs. 2.25, 8.40).

297 Born 2021a, p. 1942. Vgl. U.S. Court of Appeals of the State of New York 29 maart 1962 (*Astoria Medical Group c.s./Health Insurance Plan*), 11 N.Y.2d 128: 'In fact, the very reason each of the parties contracts for the choice of his own arbitrator is to make certain that his "side" will, in a sense, be represented on the tribunal. And, it was with that thought in mind that this court held the choice of an arbitrator to be a "valuable" contractual right not lightly to be disregarded. (...)'.
298 Draetta 2016, vn. 27 (p. 132); Scott Donahey 1992, p. 39. Vgl. Lew, Mistelis & Kröll 2003 waarin wordt gesproken over 'cultural interpreter' (nr. 11.48).

299 Lowenfeld 1995, p. 65. Vgl. Redfern & Hunter 2015, nr. 9.115; Cole 2010; Mourre 2010.
300 Carreteiro 2016, p. 203.

301 Lew, Mistelis & Kröll 2003, nr. 11.47.

een voorzitter lucht van (een) beïnvloeding(spoging) krijgt.³⁰² Dit zou de geloofwaardigheid, en mogelijk zelfs het aanzien van de partij-arbiter ten opzichte van zijn mede-arbiters, geen goed doen.³⁰³

Een prominent tegenstander van de figuur van de partij-arbiter is Paulsson. De 'legitimacy of arbitration repose on the parties' confidence in arbitrators, and there is no reason to believe that any party is willing to have its case decided by its opponent's chosen arbitrator', aldus Paulsson.³⁰⁴ De auteur is dan ook voorstander van een systeem waarin arbiters 'should be chosen jointly or selected by a neutral body'.³⁰⁵ Slechts indien een arbiter door een neutrale (derde) partij, zoals een arbitrage-instituut, wordt benoemd, zou een arbiter daadwerkelijk vrij zijn om onbevangen tot een oordeel te komen, aldus Paulsson. Ook zou deze wijze van benoeming bevorderlijk zijn voor het vertrouwen van alle partijen in de arbitrage. Door andere auteurs is daarnaast naar voren gebracht dat partij-arbiters het besluitvormingsproces (kunnen) frustreren. Zo zou een partijdige partij-arbiter druk op de voorzitter kunnen uitoefenen, hetgeen een oneerlijk(e) besluit(vorming) in de hand kan werken.³⁰⁶ In het verlengde hiervan is naar voren gebracht dat een partij-arbiter het wijzen van een rechtsgeldig arbitraal vonnis, dat voor erkenning en tenuitvoerlegging vatbaar is, kan frustreren door zich te onttrekken aan de besluitvorming,³⁰⁷ dan wel door zich voortijdig terug te trekken. Tot slot zou de afwezigheid van eenzijdige benoemingen tot meer collegialiteit binnen het scheidsgerecht kunnen leiden, hetgeen de kwaliteit van en steun voor het arbitraal vonnis ten goede kan komen.³⁰⁸

54. Ter afsluiting

Hoe nu te denken over 'de' partij-arbiter? Zijn dergelijke arbiters niet meer dan 'business people in search of appointments'?³⁰⁹ En hoe te denken over hetgeen het Court of Appeals of the State of New York eind maart 1962 over partij-arbiters overwoog: '[p]artisan he may be, but not dishonest'?³¹⁰ Is het realistisch om te verwachten dat

302 Dunmore 2015, p. 27-33; Böckstiegel 2003, p. 371.

303 Sussman 2014b, p. 94; Waincymer 2012, p. 281; McIlwrath & Savage 2010, nr. 5.072; Koch 2003, p. 334.

304 Paulsson 2013, p. 156. Vgl. Smit 2010, p. 1: '(...) party-appointed arbitrators should be banned unless their role as advocates for the party that appointed them is fully disclosed and accepted'.

305 Paulsson 2010, p. 352. Vgl. Brower & Rosenberg 2013.

306 Waincymer 2012, vn. 169 (p. 444), onder verwijzing naar literatuur. Vgl. Branson 2010, p. 369.

307 Zie ter illustratie: Schwebel 1995, p. 5, onder verwijzing naar ICC Partial Award nr. 5017 van 8 november 1987 (*Ivan Milutinovic PIM v. Deutsche Babcock AG*) waar de weigering van een partij-arbiter tot medewerking zou hebben geleid tot een arbitraal vonnis dat gewezen werd door een 'truncated tribunal', welk vonnis werd vernietigd door Zwitserse rechters en een nieuwe arbitrageprocedure diende te worden begonnen (id. p. 12).

308 Vgl. Draetta 2016, p. 108.

309 Menon 2013, p. 16.

310 U.S. Court of Appeals of the State of New York 29 maart 1962 (*Astoria Medical Group c.s./Health Insurance Plan*), 11 N.Y.2d 128. Vgl. Supreme Court of New Jersey 28 mei 1981 (*Barcon Associates/Tri-County Asphalt Corp.*), 86 N.J. 179: 'While a party-designated arbitrator may approach the arbitration proceedings with some sympathy for the position of the party designating him, such an arbitrator must remain faithful to the obligation which rests upon him to maintain "broad public confidence in the integrity and fairness of the [arbitration] process."' Vgl. Hunter 1986: de auteur geeft aan op zoek te gaan naar 'someone with the maximum predisposition towards my client, but with the minimum appearance of bias' (p. 189).

iemand tegelijkertijd als ‘an amalgam of judge and advocate’ kan optreden?³¹¹ In het licht van het voorgaande, maar zonder mijzelf uit te spreken over de wenselijkheid van de partij-arbiter(s), lijkt een spanningsveld tussen de positie van een partij-arbiter ten opzichte van de benoemende partij en de verplichting tot arbitrale onafhankelijkheid en onpartijdigheid onvermijdelijk.³¹²

2.5.3 De secretaris

55. Algemeen

Hoewel arbiters verantwoordelijk zijn voor het wijzen van een arbitraal (eind)vonnis kunnen zij zich door een secretaris laten ‘bijstaan’.³¹³ Het is de vraag hoever dit bijstaan mag gaan. Anders gezegd, niet duidelijk is welke taken aan een secretaris mogen worden overgelaten.³¹⁴ Van oudsher was de rol van de secretaris organisatorisch van aard: hij/zij was aangesteld ter ondersteuning van het scheidsgerecht en diende zich slechts met administratieve werkzaamheden bezig te houden.³¹⁵ Vanaf het begin van de 21^e eeuw is de vraag opgekomen of een secretaris ook enige (rele) inhoudelijke rol binnen een scheidsgerecht mag vervullen.³¹⁶ Niet duidelijk is of en zo ja, in welke vorm, een secretaris bijstand mag verlenen in het kader van de arbitrale besluitvorming.³¹⁷ Aangezien inhoudelijke inmenging de onafhankelijke en onpartij-

311 U.S. District Court for the Southern District of New York 4 juni 1973 (*Cia De Navegacion Omsil, SA/Hugo Neu Corp.*), 359 F. Supp. 898. Vgl. U.S. District Court for the Southern District of New York 2 februari 1949 (*Petrol Corp./Groupement D'Achat des Carburants*), 84 F. Supp. 446: ‘(...), no reason appears why the parties could not mutually agree to let one arbitrator decide the issue, thus treating him as an umpire and the other arbitrators as advocates and agents of the parties designating them. (...)’.

312 Vgl. Whitesell 2001, p. 63: ‘It is very important to strike a balance between the parties’ fundamental right to name an arbitrator and the need to ensure that such arbitrator is independent’.

313 Vgl. art. 1035a Rv. Zie over dit onderwerp nader Ole Jensen 2019 waar in hoofdstuk vijf bij de ‘Permissible Tasks’ van een secretaris wordt stilgestaan. Zie daarnaast bijv. Lespérance 2018, p. 315-322; Von Dewall 2017; Partasides e.a. 2013; Partasides 2012; Clay 2005; Onyema 2005. Zie ook De Ly 2017, p. 19-46. Zie voor enig empirisch onderzoek in dit kader: Partasides e.a. 2013.

314 Een secretaris wordt in de regel door het scheidsgerecht of arbitrage-instituut benoemd, zie nader (algemeen): Partasides e.a. 2013. De omvang van de bevoegdheden van een secretaris wordt mede bepaald door de omstandigheden van het geval en het aantal arbiters (Kurkela & Turunen 2010, p. 130).

315 UNCITRAL Notes on Organizing Arbitral Proceedings, 1996, par. 27. Vgl. Redfern & Hunter 2015, nr. 4.195.

316 Vgl. Adekoya 2019, p. 744-755; Partasides 2012, p. 85 e.v. Vgl. Guandalini 2020 waarin wordt gesproken over ‘Outsourcing in the Market for Arbitrators’ (p. 105-109).

317 Ook voor de secretaris geldt de verplichting tot onafhankelijkheid en onpartijdigheid, zie bijv. art. 20 jo. art. 11 lid 2 NAI Arbitragereglement; art. 16 lid 3 jo. art. 12 lid 1 Swiss Rules 2021. Vgl. General Standard 5 (b) IBA Guidelines 2014: ‘Arbitral or administrative secretaries and assistants, (...), are bound by the same duty of independence and impartiality as arbitrators, (...)’. Daarnaast heeft de secretaris steeds vaker een (doorlopende) disclosure-verplichting, zie bijv. art. 16 lid 3 jo. art. 12 lid 2 en lid 3 Swiss Rules 2021. Ook kan de ondertekening van een verklaring van onafhankelijkheid en onpartijdigheid verplicht zijn, zie bijv. art. 20 jo. art. 11 lid 4 NAI Arbitragereglement 2015; ICC, Note to Parties and Arbitral Tribunals on the Conduct of the Arbitration, 1 januari 2021, par. 220, zie ook bijv. art. 21 lid 3 jo. art. 14 lid 2 Arbitration Rules 2013 van het Nordic Arbitration Centre of the Iceland Chamber of Commerce (vindplaats: www.chamber.is/nac-rules). Vgl. voor enige empirische onderbouwing ‘vanuit het veld’ ten faveure van een dergelijke verklaring: ICCA, Young ICCA Guide on Arbitral Secretaries, The ICCA Reports No. 1, 2014, p. 3, 9 (vindplaats: www.arbitration-icca.org/icca-reports-no-1-young-icca-guide-arbitral-secretaries). Zou wraking van een secretaris ook mogelijk moeten zijn? Nee, aldus Lespérance 2018, p. 315-322, zie echter bijv. art. 1035a jo. 1033 lid 1 Rv. Vgl. *Kamerstukken II* 1985/86, 18464, nr. 6, p. 18: ‘In de praktijk blijkt dat de aan het scheidsgerecht toegevoegde secretaris een belangrijke rol in de arbitrale procedure en bij de

dige besluitvorming door de arbiter(s) in gevaar kan brengen,³¹⁸ zal hieronder worden stilgestaan bij de vraag naar de rol van de secretaris binnen het scheidsgerecht.

56. UNCITRAL en arbitrage-instituten over de rol van de secretaris

In de UNCITRAL 'Notes on Organizing Arbitral Proceedings' van 1996 komt naar voren dat 'views or expectations may differ especially where a task of the secretary is similar to professional functions of the arbitrators', zij het dat ook naar voren komt dat 'it is typically recognized that *it is important to ensure* that the secretary *does not* perform any decision-making function of the arbitral tribunal' (curs. PR).³¹⁹ De UNCITRAL Notes van 2016 zijn in onderhavig verband steller: '(...) it is recognized that secretaries are not involved and do not participate in the decision-making of the arbitral tribunal, except in certain rare, specialized types of arbitration (...)'.³²⁰ Uit de *travaux préparatoires* van de Notes van 2016 kan worden afgeleid dat de Werkgroep met de(z) wijze van formuleren heeft geworsteld. Zo is uiteindelijk niet gekozen voor de strikte bewoordingen van '[i]n any event, secretaries would not exercise the decision-making function of the arbitral tribunal', maar ook niet voor de (enigszins vage) woorden: '[h]owever, it is recognized that secretaries do not typically perform any decision-making function of the arbitral tribunal'.³²¹

Interessant is daarnaast hetgeen in enkele ICC-publicaties naar voren komt. Waar in een publicatie uit 1995 wordt aangegeven dat de taken van een secretaris 'must be strictly limited to administrative tasks',³²² komt in de 'Note on the Appointment, Duties and Remuneration of Administrative Secretaries' uit 2012 naar voren: 'Under no circumstances may the Arbitral Tribunal delegate decision-making functions to an Administrative Secretary. Nor should the Arbitral Tribunal rely on the Administrative Secretary to perform any essential duties of an arbitrator'.³²³ Een vrijwel gelijkkluidende formulering kan in de ICC 'Note to Parties and Arbitral Tribunals on the Conduct of the Arbitration' 2021 worden gevonden.³²⁴ Een vergelijkbare (strikte)

totstandkoming van het vonnis kan spelen. Bij de vervulling van deze werkzaamheden zijn onpartijdigheid en onafhankelijkheid zeker van belang. Er is mitsdien behoefte aan de in de artikelen 1033 tot en met 1035 voor de secretaris voorziene wrakingsregeling'.

318 Vgl. Rooijakkers & Scheltema 2019, p. 767. Zie nader bijv. Hughes 2017, p. 161-168.

319 UNCITRAL Notes on Organizing Arbitral Proceedings, 1996, par. 27 (vindplaats: via uncitral.un.org/en/texts/arbitration).

320 UNCITRAL Notes on Organizing Arbitral Proceedings, 2016, par. 36 (vindplaats: via uncitral.un.org/en/texts/arbitration).

321 UNCITRAL, Sixty-fourth session, Settlement of commercial disputes: Revision of the UNCITRAL Notes on Organizing Arbitral Proceedings, A/CN.9/WG.II/WP.194, 2 november 2015, p. 12.

322 Bron: Schwarz & Konrad 2009, nr. 7.153. In 1988 zou het ICC Court formeel de rol van een secretaris in ICC arbitrages hebben erkend, zie: Born 2021a, p. 2195, onder verwijzing naar literatuur.

323 ICC, Note on the Appointment, Duties and Remuneration of Administrative Secretaries, 1 augustus 2012, par. 2. Deze notitie laat wel ruimte voor de secretaris om op bescheiden schaal juridische bijstand te verlenen, bijvoorbeeld door middel van het verzamelen van jurisprudentie en literatuur, samenvatten van partijstandpunten en -documenten dan wel het nalezen van het vonnis. Opmerkelijk is dat deze bijstand valt onder (het kopje) 'organizational and administrative tasks' (id. par. 2). Zie nader bijv. Menz & George 2013; Newman & Zaslawsky 2012.

324 ICC, Note to Parties and Arbitral Tribunals on the Conduct of the Arbitration, 1 januari 2021, par. 223. Vgl. id. par. 224 voor een opsomming van 'organisational and administrative tasks'; hieronder valt onder meer 'preparing for the arbitral tribunal's review drafts of procedural orders as well as factual portions of an

taakopvatting hield het voormalige SCAI erop na: '[t]he arbitral tribunal is prohibited from delegating any decision-making functions to the secretary, or from relying on a secretary to perform any essential duties of the arbitral tribunal'.³²⁵ In de SAC Guidelines for Arbitrators 2021 is opgenomen dat '[t]he arbitral tribunal must not delegate any decision-making functions to the secretary, or rely on a secretary to perform any essential duties of the arbitral tribunal'.³²⁶ Interessant zijn de LCIA Rules 2020 waar sinds de laatste versie van het reglement een afzonderlijk artikel aan de 'Tribunal Secretary' is gewijd.³²⁷ Benadrukt wordt dat '[u]nder no circumstances may an Arbitral Tribunal delegate its decision-making function to a tribunal secretary', en dat '[a]ll tasks carried out by a tribunal secretary shall be carried out on behalf of, and under the supervision of, the Arbitral Tribunal which shall retain its responsibility'.³²⁸ Een scheidsgerecht 'may only obtain assistance' van een secretaris onder meer indien 'the parties have agreed the tasks that may be carried out by the tribunal secretary'.³²⁹ Op het moment dat 'additional tasks' ten opzichte van het afgesproken takenpakket door de secretaris zullen worden verricht, dient het scheidsgerecht 'prior agreement from all parties' te verkrijgen.³³⁰ Tot slot kan worden gewezen op de gang van zaken bij het ICSID waar in iedere arbitrage een secretaris wordt benoemd die niet alleen 'the channel' tussen de partijen en het scheidsgerecht zal zijn, maar ook 'other functions with respect to the proceeding' op verzoek van het scheidsgerecht kan verrichten.³³¹

Hoewel buiten de methodologische reikwijdte van dit onderzoek is mijns inziens de zienswijze van het Hong Kong International Arbitration Centre (HKIAC) interessant. Op grond van de HKIAC 'Guidelines on the Use of a Secretary to the Arbitral Tribunal' uit 2014 mag een secretaris 'non-substantive parts of the tribunal's orders, decisions and awards' voorbereiden.³³² Een vergelijkbare bepaling komt in de Young

award, (...)', 'attending (...) deliberations', en 'conducting legal or similar research'. Vgl. (algemeen) Di Pietro 2017, p. 101-109.

325 SCAI, Guidelines for Arbitrators, 1 januari 2020, par. 7.

326 SAC Guidelines for Arbitrators 2021, art. 1 lid 7.

327 Article 14A (Tribunal Secretary), zie: art. 14.8-14.15 LCIA Rules 2020. Vgl. LCIA, Notes for Arbitrators, 26 oktober 2017, par. 68: '(...), in no circumstances may an Arbitral Tribunal delegate its fundamental decision-making function'. Zie ook: 'LCIA implements changes to tribunal secretary processes', 26 oktober 2017: 'The fundamental theme underlying all of these changes is communication and consent, ensuring that parties are given the opportunity to have their say. By requiring consent in relation to individual aspects of the tribunal secretary role, arbitrators are better able to see which elements (if any) the parties have concerns about, and respond accordingly' (vindplaats: via www.lcia.org).

328 Art. 14.8 LCIA Rules 2020.

329 Art. 14.10 aanhef en sub (i) LCIA Rules 2020. Vgl. art. 14.12 LCIA Rules 2020.

330 Art. 14.11 LCIA Rules 2020. Vgl. de (beperkte) toelichting op de website van het NAI: 'Welke werkzaamheden dat zijn hangt af van de taakverdeling tussen arbiters en de secretaris. De taakverdeling wordt door arbiters bepaald' (vindplaats: www.nai-nl.org/nl/nai_arbitrage/secretaris).

331 Regulation 25 (b) en (d) ICSID Administrative and Financial Regulations 2006. Vgl. ICSID 10 augustus 2010 (*Compañía de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal S.A. v. The Argentine Republic*), nr. ARB/97/3, 'Additional Opinion of Professor JH Dalhuisen under Article 48(4) of the ICSID Convention', par. 8: 'During cross-examination it was asked why and questioned how some arbitrators could do so many cases. One way is to farm out the drafting to others, in the case of ICSID to the Secretariat. There appears to be much appreciation for this by busy arbitrators but it is improper'. Vgl. id. par. 18: 'The Secretariat should (...) respect the authority and independence of the Arbitral Tribunals and ad hoc Committees which must find the law on the basis of the facts as they present themselves to them. (...)'.
 332 HKIAC, Guidelines on the Use of a Secretary to the Arbitral Tribunal, 2014, par. 3.4 (f): '(...) such as procedural histories and chronologies of events' (bron: 'Appendix 8. HKIAC Guidelines on the Use of a Secre-

ICCA 'Guide on Arbitral Secretaries' uit 2014 naar voren.³³³ Interessant is dat in de omschrijving van de 'Role' van de arbitrale secretaris wordt aangegeven dat '[w]ith appropriate direction and supervision by the arbitral tribunal, an arbitral secretary's role may legitimately go beyond the purely administrative'.³³⁴ De (begeleidings)verantwoordelijkheid die op de arbiters rust, dient er niet alleen toe 'to minimize the risk of diluting the arbitrators' personal mandate', maar ook om te voorkomen dat schade aan 'the institution of arbitral secretaries' wordt berokkend, aldus de toelichting op de bepaling.³³⁵

57. Overheidsrecht over de rol van de secretaris

Hoewel in de LCIA Rules 2020 naar voren komt dat bijstand door een secretaris het scheidsrecht niet van zijn 'responsibility to ensure that all tasks are performed to the standard required by the LCIA Rules' ontslaat,³³⁶ lijkt de (jurisprudentiële) praktijk weerbarstiger. Zo overwoog Mr Justice Popplewell in februari 2017: '[s]oliciting or receiving any views of any kind from a tribunal secretary on the substance of decisions does not of itself demonstrate a failure to discharge the arbitrator's personal duty to perform the decision-making function and responsibility himself'.³³⁷ Het Tribunal fédéral overwoog in mei 2015 dat de taken van een secretaris 'n'excluent pas une certaine assistance dans la rédaction de la sentence, sous le contrôle et conformément aux directives du tribunal arbitral ou, s'il n'est pas unanime, des arbitres majoritaires, ce qui suppose que le secrétaire assiste aux audiences et aux délibérations du tribunal arbitral'.³³⁸ Hoewel het gerecht expliciet aangaf dat het de secretaris

tary to the Arbitral Tribunal 2014', in: M.J. Moser & C. Bao, *A Guide to the HKIAC Arbitration Rules*, Oxford University Press 2017, p. 336-339). Vgl. 'Note on the Use of a Secretary' van het Arbitration Institute of the Finland Chamber of Commerce ('Keskuskaupparen välimieslautakunta'), par. 3.1: '(...) An arbitrator may under no circumstance rely on a secretary to perform any essential duties of an arbitrator' (vindplaats: [via arbitration.fi/arbitration/guidelines-and-instructions](http://via.arbitration.fi/arbitration/guidelines-and-instructions)).

333 Art. 3 lid 2 Young ICCA Guide on Arbitral Secretaris, The ICCA Reports No. 1, 2014, vgl. de toelichting (p. 11-15).

334 Art. 3 lid 1 Young ICCA Guide on Arbitral Secretaris, The ICCA Reports No. 1, 2014, vgl. de toelichting op dit artikel waarin onder meer staat: 'to ensure that the maximum benefit is derived from the appointment of an arbitral secretary, the responsibilities (...) must go beyond the purely administrative' (p. 11).

335 Toelichting op art. 3 lid 1 Young ICCA Guide on Arbitral Secretaris, The ICCA Reports No. 1, 2014, p. 11-12. Vgl. Tribunal fédéral 21 mei 2015, nr. 4A_709/2014, r.o. 3.2.2: '(...) le contrat d'arbitre est conclu *intuitu personae*. (...)'.
 336 Art. 14.8 LCIA Rules 2020, zie ook: LCIA, Notes for Arbitrators, 26 oktober 2017, par. 69. Deze paragraaf is nieuw t.o.v. de (vorige) Notes for Arbitrators van 29 juni 2015. Interessant is ook dat in de versie van 2015 wordt aangegeven dat een scheidsrecht een secretaris mag benoemen 'to assist it with the internal management of the case' (par. 68), terwijl de versie van 2017 het op algemene woorden houdt: '(...), an Arbitral Tribunal may obtain assistance from a tribunal secretary in relation to an arbitration (...)' (par. 68). Vgl. art. 1 lid 4 Young ICCA Guide on Arbitral Secretaris, The ICCA Reports No. 1, 2014: 'It shall be the responsibility of each arbitrator not to delegate any part of his or her personal mandate to any other person, including an arbitral secretary'.

337 High Court (Commercial Court) 9 februari 2017 (*P/Q c.s.*), [2017] EWHC 194 (Comm), r.o. 69.

338 Tribunal fédéral 21 mei 2015, nr. 4A_709/2014, r.o. 3.2.2. Het gerecht overwoog dat 'les tâches du secrétaire juridique sont comparables à celles d'un greffier en procédure étatique'. Vgl. Court of Appeal Lagos 22 januari 2001 (*Clement C. Ebokan/Ekwenive & Sons Trading Co.*), [2001] 2 NWLR 32 waarin het gerecht zou hebben overwogen dat, niettegenstaande het feit dat de arbitrageovereenkomst slechts in een unus-arbiter voorzag, de deelname van een 'administrative secretary' in de procedure 'did not lead to an improperly constituted tribunal, provided his/her tasks were limited to administrative matters including

verboden was om 'sauf convention contraire des parties, d'exercer des fonctions de nature judiciaire, lesquelles doivent demeurer l'apanage des seuls arbitres',³³⁹ is naar aanleiding van deze uitspraak in de literatuur naar voren gebracht dat een secretaris zou kunnen worden gevraagd om een arbitraal concept-vonnis te schrijven.³⁴⁰

Een andere zaak waarin de rol van de secretaris onder de rechterlijke loop werd genomen, komt naar voren in een procedure waarin Rusland probeerde tegen de staat gewezen PCA-vonnissen te laten vernietigen op grond van onder meer de omstandigheid dat het driedelige scheidsgerecht een secretaris had ingezet die invloed op de arbitrale besluitvorming zou hebben gehad. Rusland stelde, kort samengevat, dat het scheidsgerecht zich niet aan zijn opdracht had gehouden nu het niet persoonlijk tot een oordeel zou zijn gekomen, maar (mede) onder invloed van de secretaris. Ter onderbouwing van haar standpunt wees de staat op de uren-specificatie van de secretaris. Uit de specificatie zou kunnen worden opgemaakt dat de secretaris relatief (veel) meer uren arbeid in de arbitrage had gestoken dan de individuele arbiters, aldus de staat.³⁴¹ Hoewel de Rechtbank Den Haag in haar vonnis van 20 april 2016 aan dit punt niet toekwam, omdat zij het arbitraal vonnis op een andere grond vernietigde,³⁴² boog het Hof Den Haag zich wel over dit punt.³⁴³ Het hof overwoog onder meer dat - hoewel de secretaris 'grote' bijdragen aan het concipiëren van hoofdstukken van het eindvonnis had geleverd (hetgeen het hof 'veronderstellenderwijs' aannam) omdat hij (concept)teksten had aangeleverd die de arbiters geheel of gedeeltelijk in de arbitrale vonnissen hadden verwerkt - uit door

the recording of the taking of evidence' (bron van de uitspraak: Born 2021a, vn. 592 (p. 2198); bron van de informatie en het citaat: UNCITRAL 2012, Digest of Case Law on the Model Law on International Commercial Arbitration, p. 154, vindplaats: via www.uncitral.org).

339 Tribunal fédéral 21 mei 2015, nr. 4A_709/2014, r.o. 3.2.2. Interessant zijn ook de woorden: '(...), le président doit conserver la maîtrise intellectuelle de l'issue du litige et le coarbitre contribuer au processus décisionnel (...)' (id. r.o. 3.2.2). Vgl. Corte di Cassazione 7 juni 1989 (*Sacheri/Robotto*), nr. 2765: 'Under Italian procedural law it does not seem possible to allow the former to delegate a third period to assess the legal issues which are relevant for the decision-making process' (bron van de geciteerde overweging: A.J. van den Berg (red.), *ICC Yearbook Commercial Arbitration* 1991, Kluwer Law International 1991, p. 157); Supreme Court of Victoria 23 februari 2004 (*Mond & Mond/Berger*), [2004] VSC 45, r.o. 337: 'It is well established that the delegation of the arbitrator's decision-making power constitutes misconduct (...)' (vindplaats: via www.austlii.edu.au).

340 Feit & Terrapon Chassot 2015, p. 908. Zie over de uitspraak ook bijv. Timlin 2016, p. 280-294; Menz & George 2016. Ook in de Nederlandse literatuur is verdedigd dat de secretaris een voorzet tot een vonnis mag geven dat in lijn is met het raadkameroverleg hetgeen 'zorgvuldig en expliciet door het scheidsgerecht wordt beoordeeld, gecorrigeerd en aangevuld' (Smakman 2007). Vgl. Sanders 2007.

341 De secretaris declareerde 2.625 uren, tegenover de voorzitter (1.592 uren) en de andere twee arbiters (1.540 resp. 1.852,6 uren), aldus de Russische 'writ of summons' van 10 november 2014, par. 496 (p. 189) (bron: www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw4158_0.pdf). Vgl. High Court (Commercial Court) 2 april 2014 (*Sonatrach/Statoil*), [2014] EWHC 875 (Comm), r.o. 50: '(...) As Mr Landau points out, Sonatrach does not allege, having seen her invoices, that she has charged any time for participating in deliberations (...)' Vgl. LCIA Division 4 augustus 2016, nr. 142683, par. 273: '(...) The number of hours spent by the Chair and the other members of the arbitral tribunal, and the description of the Tribunal Secretary's work, do not lead us to the conclusion that [the Tribunal Secretary] fulfilled the Tribunal's decision making function'. Vgl. High Court (Commercial Court) 9 februari 2017 (*P/Q c.s.*), [2017] EWHC 194 (Comm), r.o. 36, 70.

342 Rb. Den Haag 20 april 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:4229. Zie daarnaast bijv. Maynard 2018; Singh e.a. 2016; Newman & Zaslowsky 2015; Galagan & Živković 2015, alsmede bijv. Menz 2015, p. 211-212. Zie voor een andere zaak: Yong 2018.

343 Hof Den Haag 18 februari 2020, ECLI:NL:GHDHA:2020:234, met name: r.o. 6.6: '(iv) De rol van assistent Valasek'.

de Russische Federatie overgelegd bewijs niet volgde dat de secretaris had deelgenomen 'aan de besluitvorming die tot het domein van de arbiters behoort of dat hij anderszins taken heeft overgenomen die tot hun domein behoren'.³⁴⁴ In december 2020 overwoog de Hoge Raad dat het oordeel van het hof dat niet vaststaat dat de arbiters de besluitvorming aan de secretaris hadden overgelaten 'op voorhand niet onbegrijpelijk' was.³⁴⁵

Enerzijds schoof het hof het beroep van de Russische Federatie op de (vernietigings)grond dat het scheidsgerecht in strijd met de voor deze arbitrale procedure geldende regels was samengesteld (art. 1065 lid 1 aanhef en onder b Rv) terzijde: niet alleen was niet komen vast te staan dat het scheidsgerecht was samengesteld in strijd met de daarvoor geldende regels, ook de omstandigheid dat de secretaris 'onderdelen van de arbitrale uitspraken' had geschreven, kon 'niet tot de conclusie leiden dat bij de samenstelling van het Scheidsgerecht wettelijke regels of tussen partijen overeengekomen regels zijn veronachtzaamd'.³⁴⁶ Anderzijds schoof het hof ook het beroep van de Russische Federatie op de (vernietigings)grond dat het scheidsgerecht zich niet aan zijn opdracht had gehouden (art. 1065 lid 1 aanhef en onder c Rv) terzijde. Het hof overwoog dat 'geen ongeschreven regel' bestond die inhield 'dat het een secretaris of assistent niet is toegestaan delen van de uitspraak te schrijven': zolang 'hierover geen concrete partijafspraken zijn gemaakt en de (inhoudelijke) beslissingen door de arbiters zelf worden genomen zonder invloed van derden' was het aan 'de discretie' van het scheidsgerecht overgelaten in hoeverre het voor het concipiëren van het arbitraal vonnis van een secretaris gebruik wilde maken.³⁴⁷ Sprake is van een 'terughoudende toetsing' bij artikel 1065 lid 1 aanhef en onder c Rv, aangezien hiervan pas kan worden gesproken indien aan de secretaris 'het nemen van de voor de arbitrale vonnissen relevante inhoudelijke beslissingen' zou zijn gedelegeerd of wanneer de secretaris 'de eindverantwoordelijk[heid, PR] voor (bepaalde onderdelen) van die vonnissen zou hebben gehad', aldus het hof.³⁴⁸ In een dergelijk geval kon immers geen sprake zijn van het persoonlijk vervullen door de arbiters van 'de kerntaken van hun opdracht'.³⁴⁹ Het hof weigerde over te gaan tot vernietiging van het arbitraal vonnis: het aanleveren van conceptteksten door de secretaris die 'onder de verantwoordelijkheid van de arbiters zijn geschreven en door hen zijn geaccepteerd, rechtvaardigt niet de conclusie dat het Scheidsgerecht zijn opdracht (op ernstige wijze) heeft geschonden'.³⁵⁰ Hoewel de Russische Federatie suggereerde dat de secretaris (mede) inhoudelijke beslissingen heeft genomen, was haar stelling 'onvoldoende' onderbouwd: '[d]e enkele omstandigheid' dat de

344 Hof Den Haag 18 februari 2020, ECLI:NL:GHDHA:2020:234, r.o. 6.6.5 en r.o. 6.6.6.

345 HR 4 december 2020, ECLI:NL:HR:2020:1952, NJ 2022/101 (*Russische Federatie/HVY*), r.o. 3.14.2. Vgl. Conclusie A-G Vlas d.d. 23 april 2021, ECLI:NL:PHR:2021:425, sub 3.192-3.201.

346 Hof Den Haag 18 februari 2020, ECLI:NL:GHDHA:2020:234, r.o. 6.6.13. Vgl. id. r.o. 6.6.4: '(...) de stelling dat het Scheidsgerecht als gevolg van de betrokkenheid en werkzaamheden van Valasek niet op juiste wijze is samengesteld'.

347 Hof Den Haag 18 februari 2020, ECLI:NL:GHDHA:2020:234, r.o. 6.6.14.1, onder verwijzing (in voetnoot 178) naar Born 2014, p. 1999 en 2000.

348 Hof Den Haag 18 februari 2020, ECLI:NL:GHDHA:2020:234, r.o. 6.6.14.1.

349 Hof Den Haag 18 februari 2020, ECLI:NL:GHDHA:2020:234, r.o. 6.6.14.1.

350 Hof Den Haag 18 februari 2020, ECLI:NL:GHDHA:2020:234, r.o. 6.6.14.1.

secretaris 'onderdelen van de Yukos Awards heeft geconcipteerd en in de arbitrageprocedure veel uren heeft gedeclareerd, is daarvoor niet toereikend'.³⁵¹

Ook in een procedure ten overstaan van het Hof 's-Hertogenbosch werd geprobeerd om een arbitraal vonnis te laten vernietigen, zij het dat de secretaris in de onderhavige arbitrage niet 'officieel' als griffier/secretaris was aangesteld.³⁵² Het hof overwoog dat 'ondanks het relatief grote aantal uren' dat de secretaris aan de zaak - 'en in het bijzonder aan het concipiëren van het tussenvonniss' had besteed - 'nergens' uit bleek dat hij ook beslissingen had genomen of dat aan hem enige (eind) verantwoordelijkheid was toebedeeld.³⁵³ Daarnaast bleek ook niet dat arbiters hun opdracht niet persoonlijk hadden vervuld en niet persoonlijk aan het beslissingsproces hadden deelgenomen, aldus het hof.³⁵⁴ Aangezien zowel het tussenvonniss als het eindvonnis door arbiters waren ondertekend en niet (mede) door de secretaris, was het voor het hof duidelijk (genoeg) dat de 'arbiters hun verantwoordelijkheid voor de inhoud van die vonnissen [bevestigden, PR]'.³⁵⁵ De conclusie luidde dan ook dat niet gebleken was dat sprake was geweest 'van een vierde arbiter of van het niet persoonlijk vervullen van hun opdracht door arbiters'.³⁵⁶

Een interessante zaak speelde zich af ten overstaan van een Wrakingsdivisie van het LCIA.³⁵⁷ De aanleiding voor het ingediende wrakingsverzoek door partij X was een 'misdirected e-mail' die de voorzitter van een drieledig LCIA-scheidsgerecht aan een 'paralegal' van de advocaten van gedaagde had gestuurd, terwijl het bericht voor de secretaris was bedoeld. In het bericht werd niet alleen op een e-mail van X gereageerd waarin zij om uitstel had gevraagd, maar had de voorzitter de secretaris ook de volgende vraag gesteld: 'Your reaction to this latest from [X, PR]?'.³⁵⁸ Eén van de wrakingsgronden die door X naar voren werd gebracht, was dat het scheidsgerecht had 'improperly delegated its role to the Secretary of the Tribunal by systematically entrusting the Secretary with a number of tasks beyond what is permissible under the LCIA Rules and the LCIA policy on the use of arbitral secretaries'.³⁵⁹ De betreffende divisie ging hierin niet mee. Het scheidsgerecht zou de secretaris geen taken hebben toebedeeld die verder gingen dan 'what is permissible under the LCIA Rules and the LCIA policy on the use of arbitral secretaries', aldus de divisie.³⁶⁰ Hoewel één van de taken van de secretaris 'Work on the Decision' betrof - hetgeen 'in the overall context' ook op 'drafting work' betrekking zou hebben - zag de divisie geen bewijs voor de stelling dat de secretaris 'was deciding the matters under consideration in

351 Hof Den Haag 18 februari 2020, ECLI:NL:GHDHA:2020:234, r.o. 6.6.14.1.

352 Hof 's-Hertogenbosch 21 januari 2020, ECLI:NL:GHSHE:2020:172, r.o. 4.4.1.

353 Hof 's-Hertogenbosch 21 januari 2020, ECLI:NL:GHSHE:2020:172, r.o. 4.4.2.

354 Hof 's-Hertogenbosch 21 januari 2020, ECLI:NL:GHSHE:2020:172, r.o. 4.4.2. Vgl. id. r.o. 4.4.2: '(...) Alleen uit de overgelegde declaraties, waaruit de omvang van de tijdsbesteding door arbiters en door mr. Vielvoye, hun respectieve honoraria en de data van hun tijdsbesteding blijken, kan dit niet worden afgeleid. (...)'.
355 Hof 's-Hertogenbosch 21 januari 2020, ECLI:NL:GHSHE:2020:172, r.o. 4.4.2.

356 Hof 's-Hertogenbosch 21 januari 2020, ECLI:NL:GHSHE:2020:172, r.o. 4.4.2.

357 De arbitrageprocedure was geëntameerd nadat een geschil was gerezen 'out of a joint venture framework agreement and a shareholders' agreement', LCIA Division 4 augustus 2016, nr. 142683, par. 1.1.

358 High Court (Commercial Court) 9 februari 2017 (P/Q c.s.), [2017] EWHC 194 (Comm), r.o. 10, zie ook: LCIA Division 4 augustus 2016, nr. 142683, par. 1.10.

359 LCIA Division 4 augustus 2016, nr. 142683, par. 237.

360 LCIA Division 4 augustus 2016, nr. 142683, par. 262.

the Decision himself', en ook niet voor de stelling dat de secretaris 'was drafting without supervision from the Chair'.³⁶¹

Na (gedeeltelijk) bij de divisie achter het net te hebben gevestigd,³⁶² richtte X zich tot het High Court waar X met een beroep op onder meer artikel 24 lid 1 sub d (i) Arbitration Act 1996 probeerde de twee co-arbiters te laten vervangen.³⁶³ Het gerecht overwoog onder meer dat de 'only basis' die door X naar voren was gebracht 'reliance on the time spent by them' was.³⁶⁴ Gelet op 'the nature of the Decisions' was het echter 'apparent' dat de tijd die de twee arbiters in de uitspraken hadden gestoken 'clearly sufficient' was 'to have discharged their functions appropriately', aldus het gerecht.³⁶⁵ Ook het gedrag van de voorzitter werd niet als 'failure properly to conduct proceedings' bestempeld onder meer nu partijen 'have conferred upon the tribunal, (...), the widest possible discretion as to how to go about discharging their core decision-making responsibilities with the assistance of a tribunal secretary', en 'a failure to follow the best practice is not synonymous with failing properly to conduct proceedings'.³⁶⁶ In dit verband benadrukte het gerecht dat een secretaris die 'submissions and draft procedural orders' analyseerde geen 'improper delegation of decision making functions' inhield, dat ook de 'misdirected email' geen aanwijzing was van 'improper delegation', en dat het aantal door de voorzitter gewerkte uren 'strongly corroborate his statement that he did not improperly delegate his decision-making functions'.³⁶⁷

Tot slot kan worden gewezen op een recente - en in het licht van voornoemde uitspraken - op het eerste oog opmerkelijke uitspraak van de Rechtbank van eerste aanleg van Brussel uit juni 2021. Deze rechtbank zou hebben geweigerd om over te gaan tot vernietiging van een ICC-vonnis op grond van de omstandigheid dat de secretaris het arbitraal deelvonnis gedeeltelijk zou hebben geschreven.³⁶⁸ De rechtbank zou hebben overwogen dat het geheel of gedeeltelijk schrijven van een arbitraal vonnis op zichzelf beschouwd geen bewijs opleverde dat sprake was van delegatie door

³⁶¹ LCIA Division 4 augustus 2016, nr. 142683, par. 264.

³⁶² Van de vijf (wrakings)gronden slaagde de vierde grond die zag op gerechtvaardigde twijfels aan de onpartijdigheid van de voorzitter, zie: LCIA Division 4 augustus 2016, nr. 142683, par. 342 jo. par. 289-324.

³⁶³ High Court (Commercial Court) 9 februari 2017 (*P/Q c.s.*), [2017] EWHC 194 (Comm), r.o. 25. De tekst van artikel 24 lid 1 sub d (i) Arbitration Act 1996 luidt als volgt: 'A party to arbitral proceedings may (upon notice to the other parties, to the arbitrator concerned and to any other arbitrator) apply to the court to remove an arbitrator or any of the following grounds - (...) (d) that he has refused or failed - (i) properly to conduct the proceedings, or (...)'. Het gerecht maakte onderscheid tussen onder meer het 'Adjudicative Function Argument' (r.o. 24) en het 'Secretary Tasks Delegation Argument' (r.o. 29).

³⁶⁴ High Court (Commercial Court) 9 februari 2017, r.o. 36.

³⁶⁵ High Court (Commercial Court) 9 februari 2017, r.o. 36. Interessant is ook het gewicht dat de rechter toekent aan de omstandigheid dat de LCIA Division zich reeds over het verzoek had gebogen: id. r.o. 41: 'This Court should be very slow to differ from the view of the LCIA Division. (...)'.
³⁶⁶ High Court (Commercial Court) 9 februari 2017, r.o. 66 en 69. Het gerecht wees erop dat '[a] number of sources indicate a divergence of views amongst practitioners and commentators as to the appropriate use of tribunal secretaries (id. r.o. 51).

³⁶⁷ High Court (Commercial Court) 9 februari 2017, r.o. 70.

³⁶⁸ Rechtbank van eerste aanleg 17 juni 2021 (*European Commission/Emek İnşaat Şti en WTE Wassertechnik*) (bron van de uitspraak en de informatie: Sanderson 2021a; via juportal.be heb ik de uitspraak niet kunnen vinden).

de arbiters van hun geschilbeslechtsingsbevoegdheden mits sprake zou zijn van een proces van 'review and revision' door het scheidsgerecht.³⁶⁹

58. Slotsom

Uit het voorgaande volgt dat nog het nodige onduidelijk is over de rol van de secretaris.³⁷⁰ Niettemin lijkt het uitgangspunt te zijn dat arbiters moeten voorkomen dat een secretaris een inhoudelijke bijdrage aan de arbitrale besluitvorming levert, dan wel dat een secretaris via een andere wijze invloed op de inhoudelijke beslissing(en) van het scheidsgerecht kan uitoefenen.³⁷¹ Onder meer omdat de bewijslat voor een partij van dergelijke secretariële inmenging hoog ligt,³⁷² is het van belang dat het scheidsgerecht dit uitgangspunt ter harte neemt. Ter illustratie kan worden gewezen op hetgeen Mr Justice Popplewell in februari 2017 overwoog: '[c]are must be taken to ensure that the decision-making is indeed that of the tribunal members alone. The safest way to ensure that that is the case is for the secretary not to be tasked with anything which involves expressing a view on the substantive merits of an application or issue'.³⁷³ In het verlengde hiervan verdient het mijns inziens aanbeveling dat een scheidsgerecht - op het moment dat een secretaris wordt benoemd - zich uitdrukkelijk (schriftelijk) uitspreekt over de taken die het aan de secretaris zal toevertrouwen,³⁷⁴ zodat het voor zowel het scheidsgerecht als partijen op voorhand

369 Bron van de informatie en het citaat: Sanderson 2021a. Daarnaast zou de rechtbank hebben overwogen dat het een secretaris ook is toegestaan om concept-vragen voor te bereiden die de arbiters zouden kunnen stellen tijdens 'hearings'.

370 Zie ook: Conclusie A-G Vlas d.d. 23 april 2021, ECLI:NL:PHR:2021:425, sub 3.185: 'Er is geen sprake van een algemeen aanvaarde regel of praktijk die inhoudt dat het in alle gevallen onacceptabel is als het concipiëren van inhoudelijke delen van een arbitraal vonnis aan een secretaris wordt opgedragen.²¹⁵ (...)'.
 371 Zie bijv. High Court (Commercial Court) 9 februari 2017 (*P/Q c.s.*), [2017] EWHC 194 (Comm), r.o. 65: '(...) the use of a tribunal secretary must not involve any member of the tribunal abrogating or impairing his non-delegable and personal decision-making function. (...)'. In vergelijkbare zin: Born 2021a, p. 2145; Redfern & Hunter 2015, nr. 4.195; Berger 2015a, nr. 27.19. Zie ook bijv. Tercier 2014; Partisades 2002, p. 157-158; Delvolvé 1991, p. 104.

372 Zie nader bijv. Ole Jensen 2019, p. 372-391.
 373 High Court (Commercial Court) 9 februari 2017 (*P/Q c.s.*), [2017] EWHC 194 (Comm), r.o. 68. Ook in onderhavig verband is voor regulering gepleit, zie bijv. Adekoya 2019; Dinkela 2019; Polkinghorne & Rosenberg 2014, p. 128. Vgl. Queen Mary, International Arbitration Survey, Improvements and Innovations in International Arbitration, 2015, p. 3: 'A clear majority of respondents think that tribunal secretaries (68%) and third party funding (71%) are areas which require regulation'; Queen Mary, International Arbitration Survey: The Evolution of International Arbitration, 2018, p. 35: 'A similar trend was apparent in the 2015 survey as well: 70% of respondents believed arbitration is adequately regulated⁵⁵ but at the same time, a large majority also called for further regulation of specific actors (e.g. tribunal secretaries and third party funding)'. Vgl. Loviscek 2020, p. 57-64.

374 Vgl. art. 14.10 LCIA Rules 2020; art. 1 lid 4 SAC Guidelines for Arbitrators 2021: 'When proposing the appointment of a secretary, the arbitral tribunal shall also inform the parties of the proposed tasks to be carried out by the secretary'. Vgl. LCIA Division 4 augustus 2016, nr. 142683, par. 265. Vgl. id. par. 265: '(...), even if only by reference to a particular set of guidelines'. Vgl. High Court (Commercial Court) 9 februari 2017 (*P/Q c.s.*) [2017] EWHC 194 (Comm), r.o. 68. Zie daarnaast bijv. Hirst 2017. Vgl. Sanderson 2021a: 'The only way to avoid controversy is "complete transparency" from the start on what their role will be'; Hughes 2017. Vgl. Hof Den Haag 18 februari 2020, ECLI:NL:GHDHA:2020:234, r.o. 6.6.14.2: '(...) Als veronderstellenderwijs wordt uitgegaan van de juistheid van de stelling van de Russische Federatie dat Valasek enkel als assistent en contactpersoon is geïntroduceerd, dan kan worden geconstateerd dat het Scheidsgerecht heeft verzuimd partijen op dit punt volledig in te lichten over de aard van de werk-

duidelijk is dat geen sprake is van een 'fourth arbitrator',³⁷⁵ en dat op de onafhankelijke besluitvorming door de beslissingsbevoegde arbiters kan worden vertrouwd.³⁷⁶

2.6 Samenvatting

59. Overzicht van bevindingen

In dit hoofdstuk werd allereerst aandacht besteed aan de actor van onderzoek: de arbiter. In de tweede paragraaf van dit hoofdstuk is stilgestaan bij de vraag naar de juridische status van de arbiter. Drie theorieën zijn besproken die kunnen worden gebruikt om de figuur van arbiter juridisch te duiden. De eerste theorie was de zgn. status-theorie. Door aanhangers van de theorie wordt, kort samengevat, betoogd dat arbiters een adjudicatieve functie vervullen die naar analogie vergelijkbaar is met de functie van overheidsrechters. Arbiters zouden dan ook een bepaalde immuniteit (behoren te) genieten. Naar voren kwam dat de aansprakelijkheidsdeur bij de vier arbitrage-instituten van onderzoek op een kiertje staat. De tweede theorie die werd besproken, was de zgn. contract-theorie. Door aanhangers van deze theorie wordt, kort samengevat, naar voren gebracht dat arbiters in een contractuele relatie tot partijen staan; de contractuele verplichtingen van arbiters jegens partijen worden tot uitgangspunt genomen. In dit verband is gewezen op literatuur en jurisprudentie waarin (rechts)overwegingen zijn gevonden die de theorie gedeeltelijk bevestigen. Ten aanzien van de vier jurisdicties van onderzoek was niet alleen onduidelijk of, en zo ja wanneer, van een afzonderlijk arbiter-contract zou kunnen worden gesproken, ook rees de vraag wat de verhouding van een dergelijk contract ten opzichte van de overeenkomst tot arbitrage is. Tot slot is gewezen op de middenweg van het zgn. *sui generis*-contract waarin elementen van de status- en contract-theorie worden verenigd.

In de derde paragraaf van dit hoofdstuk is stilgestaan bij het scheidsgerecht. In dit verband is allereerst gekeken naar de omvang van het scheidsgerecht in het kader waarvan naar voren kwam dat partijautonomie een belangrijke rol speelt. Eenzelfde observatie kwam naar voren ten aanzien van de wijze van benoeming van arbiters. In het verlengde hiervan werd aandacht besteed aan de figuur van de zgn. bevoorrechte positie ex artikel 1028 lid 1 Rv. Waar deze figuur vandaag de dag nauwelijks in arbitragewetten naar voren komt, is de reikwijdte van het artikellid met de laatste wijziging van de Nederlandse Arbitragewet juist verder uitgebreid. Door Nederlandse overheidsrechters is onder meer overwogen dat met een beroep op artikel 1028 lid 1 Rv niet de partijdigheid van de benoemde arbiters ter discussie kan worden gesteld.

zaamheden van Valasek. Dit levert in de gegeven omstandigheden echter geen zodanig ernstige schending van de opdracht op dat dit moet leiden tot vernietiging van de arbitrale vonnissen'.

375 Partasides 2002, p. 148. Ook wel aangeduid als de 'quatrième arbitre' (Tercier 2016, p. 1062) of 'vierde arbiter': Hof 's-Hertogenbosch 21 januari 2020, ECLI:NL:GHSHE:2020:172, r.o. 4.4.2. Zie ook bijv. Rooijakkers & Scheltema 2019, p. 765; Von Hombracht-Brinkman 2008; Sanders 2007; Smakman 2007. Vgl. art. 24 lid 2 SCC Arbitration Rules 2017: 'The Arbitral Tribunal shall consult the parties regarding the tasks of the administrative secretary. (...) (vindplaats: [via sccinstitute.com/our-services/rules](https://www.sccinstitute.com/our-services/rules)).

376 Vgl. Conclusie A-G Vlas d.d. 23 april 2021, ECLI:NL:PHR:2021:425, sub 3.185, 3.186, 3.200.

De vierde paragraaf van dit hoofdstuk was aan de arbitrale besluitvorming gewijd. Opvallend was dat de bestudeerde arbitragewetten en reglementen zwijgen over de wijze waarop het arbitrale besluitvormingsproces zou moeten plaatsvinden. Een scheidsgerecht heeft dan ook relatief veel vrijheid in de wijze waarop het tot een (eind)oordeel komt. In de paragraaf is stilgestaan bij de vraag op welke wijze de verplichting tot arbitrale onafhankelijkheid en/of onpartijdigheid met de arbitrale besluitvorming samenhangt. Allereerst werd kort gewezen op de mogelijkheid van intuïtieve beïnvloeding. In dit kader zijn vijf - in de arbitrageliteratuur relatief veel besproken - verschijningsvormen uitgelicht: i) het 'anchoring effect' (ankerheuristiek), ii) 'hindsight bias', iii) 'egocentric bias' (of 'self-serving bias'), iv) de 'extremeness aversion', en v) het zgn. 'affinity effect'. Vervolgens is gekeken naar het verschijnsel van het voorlopige oordeel. Hoewel een dergelijk oordeel door overheidsrechters niet per definitie ontoelaatbaar is geacht, zouden de meningen onder arbiters over de wenselijkheid ervan verdeeld zijn. In het kader van een schikkingspoging lijkt meer ruimte voor een scheidsgerecht te zijn om tot een voorlopig oordeel te kunnen komen. Omdat de grens van het 'toelaatbare' ten aanzien van het voorlopige oordeel in de bestudeerde arbitrale wet- en regelgeving niet overal even duidelijk was, is voor meer duidelijkheid gepleit. Ook meer duidelijkheid ten aanzien van het geheim van arbitrale raadkamer zou wenselijk zijn. Hoewel het geheim een belangrijke waarborg voor de onafhankelijke en onpartijdige besluitvorming door arbiters kan zijn, kunnen vanuit het oogpunt van de verplichting tot arbitrale onafhankelijkheid en onpartijdigheid ook vraagtekens bij het geheim worden gezet. Onduidelijkheden in onderhavig verband zagen op de juridische grondslag van het geheim, de reikwijdte van de invulling ervan, en op de vraag hoe met een (al dan niet gedwongen) schending van het geheim door (mede-)arbiters dient te worden omgegaan. Ook was onduidelijk de vraag in hoeverre het partij vrij zou (moeten kunnen) staan om afstand van het geheim te doen. Ter afsluiting van deze paragraaf is enige aandacht aan de *dissenting opinion* besteed. Nu verschillende vragen kunnen rijzen die met de verplichting tot arbitrale onafhankelijkheid en onpartijdigheid verband houden, is ervoor gepleit om niet (te) snel aan de (vraag naar de) toelaatbaarheid van dergelijke opinies voorbij te gaan.

In de vijfde paragraaf van dit hoofdstuk is nader stilgestaan bij drie actoren die een rol in de arbitrage kunnen spelen. Allereerst is gekeken naar de voorzitter van het scheidsgerecht. Hoewel in de bestudeerde wet- en regelgeving geen specifieke kwaliteitseisen voor de voorzitter naar voren komen, dient op grond van de ICC Rules 2021 en de LCIA Rules 2020 wel rekening te worden gehouden met zijn/haar nationaliteit. In de bestudeerde wet- en regelgeving kwamen twee oplossingen naar voren op het moment dat eenstemmigheid in het kader van de arbitrale (eind)oordeelsvorming ontbreekt: enerzijds kan besluitvorming plaatsvinden bij meerderheid van stemmen, anderzijds kan de voorzitter in dergelijke gevallen bevoegd zijn om het voortouw te nemen en een doorslaggevende stem hebben. Daarnaast werd naar voren gebracht dat de voorzitter zorg dient te dragen voor een harmonieuze en professionele werkrelatie binnen het scheidsgerecht zodat 'obstructieve' arbiters geen kans wordt gegeven. Hierna werd stilgestaan bij de figuur van de partij-arbiter. Hoewel het uitgangspunt in veel arbitrale wet- en regelgeving vandaag de dag is dat de verplichting tot onafhankelijkheid en onpartijdigheid voor alle arbiters geldt, is dit

niet altijd vanzelfsprekend geweest. Ter illustratie werd gewezen op de mogelijkheid van het benoemen van niet-neutrale partij-arbiters in de Verenigde Staten en op de wijze waarop lange(re) tijd in Zwitserland naar partij-arbiters werd gekeken. Vervolgens is gewezen op een tweedeling in de literatuur van voor- en tegenstanders van partij-arbiters. Afgesloten werd met de observatie dat een spanningsveld tussen de positie van een partij-arbiter ten opzichte van de hem benoemende partij en de verplichting tot arbitrale onafhankelijkheid en onpartijdigheid onvermijdelijk lijkt.

Tot slot werd gekeken naar de figuur van de secretaris. Waar zijn/haar rol van oudsher louter organisatorisch van aard was, kwam vanaf het begin van de 21^e eeuw de vraag op of een secretaris ook enige(rlei) inhoudelijke rol binnen een scheids-gerecht zou mogen vervullen. Aan de hand van arbitrale regelgeving en rechterlijke uitspraken is geprobeerd om enig inzicht te geven in de rolverdeling tussen het scheidsgerecht en de secretaris. Aangezien inhoudelijke inmenging de onafhanke-lijke en onpartijdige besluitvorming door de arbiter(s) zelf in gevaar kan brengen, werd naar voren gebracht dat het van belang is dat arbiters dienen te voorkomen dat een secretaris een inhoudelijke bijdrage aan de arbitrale besluitvorming levert, dan wel dat een secretaris anderszins invloed op de inhoudelijke beslissingen van het scheidsgerecht kan uitoefenen. Daarnaast werd naar voren gebracht dat het aan-beveling verdient dat een scheidsgerecht op het moment dat een secretaris wordt benoemd zich (schriftelijk) uitspreekt over de taken die aan de secretaris het zal toe-vertrouwen zodat het voor zowel het scheidsgerecht als partijen op voorhand duide-lijk is dat geen sprake is van een 'vierde' arbiter en op de onafhankelijke besluitvor-ming door de arbiters kan worden vertrouwd.

