



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 3. ARBITRAGE EN DE VERPLICHTING TOT ONAFHANKELIJKHEID EN ONPARTIJDIGHEID

'Judges, like Caesar's wife, should be above suspicion'¹

3.1 Inleiding

60. 'Judges, like Caesar's wife, should be above suspicion'

In 67 v. Chr. was de charmante Pompeia getrouwd met de toenmalige opperbevelhebber van het Romeinse Rijk: Julius Caesar. Als *pontifex maximus* droeg Caesar in dat jaar zorg voor de *Bona Dea*-ceremonie: een buitengewoon heilige ceremonie waarbij alleen vrouwen aanwezig mochten zijn. Toch wist één man die zich als vrouw had vermomd de ceremonie bij te wonen. Hoewel Pompeia geen blaam trof, werd haar heiligschennis aangerekend. Caesar voelde zich genoodzaakt van Pompeia te scheiden, aangezien 'ook de vrouw van Caesar' boven verdenking verheven zou moeten zijn.² Als variant op Caesars' woorden overwoog Lord Bowen bijna tweeduizend jaar later: 'Judges, like Caesar's wife, should be above suspicion'.

Vandaag de dag is het een universeel uitgangspunt dat overheidsrechters onafhankelijk en onpartijdig dienen te zijn en geen verdenking van het tegendeel op zich mogen laden.³ Door de geschiedenis heen kunnen aanknopingspunten worden gevonden waaruit blijkt dat de verplichting tot onafhankelijkheid en onpartijdigheid

1 Lord Bowen in 1889 (*Leeson/General Council of Medical Education, etc.*), [1889] 43 Ch.D. 366, waarnaar wordt verwezen in High Court Punjab-Haryana 5 september 2005 (*V.P. Gupta/Union Of India c.s.*), [2006] 142 PLR 101. Vgl. de 'journalistieke verbastering' door de tijd heen, bijv. 'Shouldn't Pinarayi be like Caesar's wife? CPI (M) cadres upset with their leader', *The News Minutes* 16 juli 2016; 'Like Caesar's wife, Mr Richard Byles must be above suspicion', *Jamaica Observer* 24 december 2015; A. Subramani, 'Be Caesar's wife, publish marks to rule out suspicion: Madras high court tells TNPSC', *The Times of India* 12 maart 2014; M. Mathiu, 'Like Caesar's Wife, Top Graft-Busters Must At All Times Be Above Suspicion', *Daily Nation* 25 augustus 2011; D. McDonald, 'Why our judges must be like Caesar's wife', *The Irish Independent* 20 oktober 2007.

2 Plutarchus, *Βίοι Παράλληλοι* (*Caesar*), vertaling: B. Perrin, *Plutarch's Lives* (Vol. VII. Loeb Classical Library), Londen: William Heinemann Ltd. 1919, p. 467: '(...) and the prosecutor therefore asked, "Why, then, didst thou divorce thy wife?". "Because," said Caesar, "I thought my wife ought not even to be under suspicion"' (originele tekst: 'ὥς δὲ τοῦ λόγου παραδόξου φανέντος ὁ κατηγορὸς ἠρώτησε, "πῶς οὖν ἀπεπέμψω τὴν γυναῖκα;" 'ὅτι, 'ἔφη, "τὴν ἐμὴν ἥξιον μὴδὲ ὑπονοηθῆναι"') (bron van de Griekse tekst en de vertaling: via: www.perseus.tufts.edu, zie ook: resources.warburg.sas.ac.uk/pdf/hkh185b2477820v7.pdf). Vgl. Kerala High Court (India) 9 november 2015, r.o. 39 (vindplaats: indiankanoon.org/doc/118593701).

3 Zie o.a. de Burgh House Principles on the Independence of the International Judiciary 2004, de Bangalore Principles of Judicial Conduct 2002, de Basic Principles on the Independence of the Judiciary 1985 (zie nader par. 4.2.5).

ook voor arbiters geldt.⁴ Zo zou een 'arbitrer' in het Oude Griekenland ook wel 'κοινός' zijn genoemd, welk woord als 'onpartijdige' zou kunnen worden vertaald.⁵ Daarnaast zou op arbiters, zowel in het Oude Griekenland,⁶ als ten tijde van de heerschappij van Justinianus in de zesde eeuw na Chr.,⁷ de plicht hebben gerust om een eed af te leggen dat zij het geschil eerlijk en zonder vooringenomenheid zouden beslissen. Deze voorbeelden van 'arbitrage' uit de Antieke Oudheid zijn evenwel niet te vergelijken met arbitrage in de 21^e eeuw.

61. Arbitrage in opkomst

Zoals in de inleiding al naar voren kwam, heeft arbitrage zich door de eeuwen heen verder ontwikkeld.⁸ Tot in de negentiende eeuw zou arbitrage door overheidsrechters in Europa en Amerika worden gezien als een 'bastard remedy, incapable of being integrated into the self-respecting family of adjudication', en arbiters als 'caricatures of their judicial siblings'.⁹ Het begin van de twintigste eeuw vormde een ommekeer. Na eeuwen van vijandigheid veranderde de houding van overheidsrechters ten opzichte van arbitrage. Aarzelend werd de arbitraliteit van bepaalde geschillen aanvaard en was er sprake van terughoudendheid om een geschil te beslechten in afwijking van een door partijen overeengekomen arbitrage.¹⁰ Onder druk van de internationale handel, kort na de Tweede Wereldoorlog, brak vervolgens een 'Gouden Eeuw' voor arbitrage aan.¹¹ In de hoop een graantje mee te kunnen pikken, haastten veel nationale wetgevers zich om arbitragewetgeving op te stellen en/of aan te passen.¹² Ook het (sluiten van het) Verdrag van New York uit 1958 vormde een belangrijke stap voor de erkenning van arbitrage als wijze van bindende geschilbeslechting.¹³

4 Vgl. Meira Moser & Muñoz 2012, p. 157; Cobos 1983, p. 79.

5 Roebuck 2001, p. 349.

6 Roebuck 2001 p. 205-206. Vgl. id. p. 352.

7 Deze arbiters dienden een eed af te leggen dat zij zouden beslissen in overeenstemming met de waarheid ('cum omni veritate liti libramenta imponat'); Codex 2.55.4.3 (onderdeel van 2.55.0 - 'De receptis') behandelt de benoeming van arbiters (bron van de geciteerde Latijnse tekst: droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/Corpus/CJ2.htm).

8 Zie ook: Ribbers 2018, p. 145 e.v.

9 Carbonneau 1995, p. 1947, vgl. p. 1949: 'Such systemic hostility toward arbitration illustrated that legislatures and courts were jealous of their jurisdiction, their authority, and their roles in society'.

10 Vgl. de (Amerikaanse) roep om een 'Arbitration Fairness Act' door Senator Franken (2017): '[t]his bill prohibits a predispute arbitration agreement from being valid or enforceable if it requires arbitration of an employment, consumer, antitrust, or civil rights dispute' (vindplaats: www.congress.gov/bill/115th-congress/senate-bill/537).

11 Zie o.a. Born 2021a, p. 66; Hobér 2005, p. 272-273; Bernardini 1999, p. 15.

12 Bernardini 1999, p. 16. Vgl. Schinazi 2021, p. 90.

13 In plaats van contractenrecht als remedie tegen niet-nakoming van arbitrale uitspraken, vgl. Park 2015, p. 11-12. Het lijkt de afsluiting van een periode waarin geschillen werden beslecht door 'grand old men' (Dezalay & Garth 1996, p. 34) of 'The Club' (Aksen 2016, p. 6). Vgl. Mustill & Boyd 1989, p. 219: 'Traditionally, an appointment as arbitrator was regarded as having an honorary character: not so much that the arbitrator was expected to fulfil his duties without remuneration (although that was once the case) but that his appointment and agreement to act were at the same time a recognition of his standing and probity, and a recognition of the responsibilities owed by such persons to others engaged in the same trade'. Illustratief is dat in de ICC Rules van 1922 stond dat partijen 'are in honour bound to carry out the award of the arbitrators' (art. XX sub a). In geval van niet-nakoming stond het een partij vrij om zich bij 'the National Committee or the Organization Member of the International Chamber of Commerce' te

Het succes van arbitrage heeft tot een flinke toename in de 'pool' van arbiters geleid, alsmede tot een 'commensurate diversification of the cultural and legal traditions among them and among parties',¹⁴ of - in de woorden van een auteur: '[t]hese new arbitrators brought new assumptions about what constitutes proper conduct and created new pressures on historically informal social controls'.¹⁵ In het kielzog van voornoemde ontwikkelingen veranderde, al dan niet op vrijwillige basis, de arbitrageprocedure.¹⁶ Vanuit de praktijk werd onder meer aangedrongen op maatregelen om de procedure transparant en meer voorspelbaar te maken.¹⁷ In het verlengde hiervan vestigde een toename in het aantal wrakingsverzoeken de aandacht 'on the standards used to evaluate arbitrator conduct'.¹⁸ De roep om (het waarborgen van) onafhankelijke en onpartijdige arbiters en ook de weerzin tegen het gebruik van wrakings- en vernietigingsprocedures als 'guerilla tactic' heeft, kort samengevat, geleid tot een (wild)groei aan wet- en regelgeving op het gebied van de arbitrale onafhankelijkheid en onpartijdigheid. Anders gezegd, arbitrage als wijze van geschilbeslechting 'by those who bear its consequences because of their special trust in chosen decision-makers',¹⁹ lijkt meer en meer te (zijn) verworpen tot een 'technocratic mechanism of dispute settlement'.²⁰

62. Opbouw

Dit hoofdstuk beoogt enig inzicht te geven in de begrippen 'onafhankelijkheid' en 'onpartijdigheid'.²¹ Hiertoe zal enerzijds worden besproken wat de ratio van de ver-

melden en te verzoeken 'to apply such disciplinary measures as it may think fit and proper under the circumstances' (art. XX sub b) (bron: library.iccwbo.org/content/dr/RULES/RULE_1922_Concil-Arb_SectionB.htm). Opmerkelijk is dat in het Verdrag van New York 1958 - ook wel gekwalificeerd als 'the document that establishes the modern international arbitration system' (Rogers 2005, p. 60) - de verplichting tot onafhankelijkheid en onpartijdigheid niet naar voren komt.

14 Rogers 2008, p. 621. Vgl. Merkin & Flannery 2014, p. 87.

15 Rogers 2005, p. 62-63, onder verwijzing naar literatuur. Vgl. Supreme Court 27 november 2020 (*Halliburton Company/Chubb Bermuda Insurance Ltd*), [2020] UKSC 48, r.o. 60.

16 Dit verschijnsel is in de literatuur ook wel 'creeping legalism' genoemd, zie bijv. Park 2015, p. 77.

17 Rogers 2002, p. 353.

18 Rogers 2008, p. 622.

19 Paulsson 2013, p. 1. Vgl. Paulsson 1985, 'Extract': '(...), it has become a matter of serious concern for great numbers of professionals determined to master a process because it is essential to their business. They labour, but not for love'. Zie ook bijv. Aksen 1982.

20 Shalakany 2000, p. 430.

21 Vgl. de etymologische herkomst van het woord 'afhankelijk' (Philippa e.a. 2018, zoekterm: 'afhankelijk'); het woord stamt af van de Franse woorden 'dépendant' en 'dépendre'. Het woord duikt in de veertiende eeuw op en is ontleend aan het Latijnse werkwoord 'dependēre'. In de tweede helft van de negentiende eeuw krijgt het woord zijn huidige betekenis in de Nederlandse taal; eerder werd alleen de (letterlijke) betekenis 'naar beneden hangen' gebruikt. Ook het Engelse 'dependent' ontleent zijn betekenis aan de Franse woorden 'dépendant' en 'dépendre'. Pas later (vanaf de zestiende eeuw) wordt (de herkomst van) het woord 'dependent' ook expliciet in verband gebracht met het Latijnse woord 'dependēre', zie: OED (online), zoekterm: 'dependent'. Ook het woord 'onpartijdig' stamt etymologisch af van de Franse taal (Philippa e.a. 2018, zoekterm: 'partij'). Het Engelse 'impartial' is ontleend aan het (Middel)Franse 'partial' of 'partiel'. Daarnaast wordt het ook in verband gebracht met het (post-klassieke) Latijnse woord 'partialis' uit de zesde eeuw. Vanaf de dertiende eeuw zijn bronnen bekend waarin de term de betekenis van 'biased' had, zie: OED (online), zoekterm: 'partial'. Vanaf de achttiende eeuw was sprake van een tweedeling in de Franse taal: het woord 'partial' kreeg de betekenis 'biased', het woord 'partiel' werd gereserveerd voor andere betekenissen.

plichting tot onafhankelijkheid en/of onpartijdigheid in de context van arbitrage is (par. 3.3), anderzijds zullen de verschillende wijzen waarop invulling aan de verplichting is gegeven aan bod komen (par. 3.4). Tot slot zal aandacht worden besteed aan de verhouding van de begrippen ten opzichte van elkaar en ten opzichte van de begrippen 'neutraliteit' en 'objectiviteit' (par. 3.5).

Dit hoofdstuk begint met een afbakening van het voorwerp van onderzoek (de arbiter) ten opzichte van het scheidsgerecht in zijn geheel en ten opzichte van het (eind)oordeel (par. 3.2). Zoals eerder naar voren kwam (nr. 6), staat in dit onderzoek de verplichting tot onafhankelijkheid en onpartijdigheid voor arbiters centraal. De begrippen 'onafhankelijkheid' en 'onpartijdigheid' zijn echter niet alleen voor 'de' arbiter gereserveerd: in arbitrale wet- en regelgeving, (scheids)rechtelijke uitspraken en in de literatuur wordt ook gesproken over de verplichting tot onafhankelijkheid en/of onpartijdigheid voor het scheidsgerecht als geheel (par. 3.2.1) en over (de verplichting tot) een onafhankelijk en/of onpartijdig oordeel (par. 3.2.2). In de eerste paragraaf van dit hoofdstuk zal kort bij deze terminologie worden stilgestaan, daar enige kennis van deze terminologie van belang kan zijn om inzicht te krijgen in (de reikwijdte van) de verplichting tot arbitrale onafhankelijkheid en onpartijdigheid.

3.2 Verkenning en afbakening

3.2.1 Horizontaal: een onafhankelijk en/of onpartijdig scheidsgerecht

63. Algemeen

Hoewel de verplichting tot arbitrale onafhankelijkheid en/of onpartijdigheid zoals (indirect) naar voren komt in de bestudeerde arbitrale wet- en regelgeving zich tot de afzonderlijke leden van het scheidsgerecht richt,²² is in de Engelse Arbitragewet voor een bredere invalshoek gekozen. Zo opent de Arbitration Act 1996 met de volgende doelstelling van arbitrage: '(...) to obtain the fair resolution of disputes by an impartial tribunal (...).'²³ De aanduiding 'impartial tribunal' is ruimer dan de aanduiding 'arbiter' en is in lijn met hetgeen in de Universele Verklaring van de Rechten van de Mens uit 1948 naar voren komt: 'Everyone is entitled in full equality to a fair and public hearing by an independent and impartial tribunal (...).'²⁴ Een vergelijkbare omschrijving komt in artikel 6 lid 1 EVRM naar voren: 'everyone is entitled to a fair and public hearing within a reasonable time by an independent and impartial tribunal established by law'.²⁵ De Arbitration Act 1996 stelt voorop

²² Zie nader hoofdstuk 4, met name par. 4.4 en par. 4.5.

²³ Art. 1 sub a Arbitration Act 1996. Vgl. Court of Appeal (Civil Division) 17 maart 2005 (*Amec Civil Engineering Ltd/Secretary of State for Transport*), [2005] EWCA Civ 291, r.o. 73: 'Impartiality is the watchword of all tribunals, including arbitrators. (...)'.
²⁴ Zie ook bijv. art. 14 International Covenant on Civil and Political Rights 1966.

²⁵ Evenals in andere 'regionale' Mensenrechtenverdragen, zie bijv. art. 8 lid 1 American Convention on Human Rights 1969; art. 7 lid 1 African Charter of Human and Peoples' Rights 1986. Het woord 'tribunal' wordt door het EHRM geïnterpreteerd 'in the substantive sense of the term by its judicial function', waarbij het Hof aangeeft dat een 'tribunal' ook dient te voldoen aan 'a series of further requirements - independence, (...) impartiality (...)', zie bijv. EHRM 10 mei 2001, nr. 25781/94 (*Cyprus/Turkije*), r.o. 233;

dat een scheidsgerecht dat tot bindende geschilbeslechting bevoegd is in ieder geval onpartijdig dient te zijn. In een rapport van het 'Departmental Advisory Committee on Arbitration Law' dat werd opgesteld in het kader van de totstandkoming van de Arbitragewet van 1996, werd onderstreept dat 'onpartijdigheid' een onderdeel is van 'justice'.²⁶ Ook in de ICC Rules 2021 als in de LCIA Rules 2020 komt naar voren dat een scheidsgerecht 'fairly and impartially' dient te handelen.²⁷ Het is niet opmerkelijk dat op het scheidsgerecht een algemene verplichting wordt gelegd om onpartijdig te zijn. Zo draagt een scheidsgerecht in beginsel immers zorg voor de integriteit van de arbitrale procedure.²⁸ Naast de eis van een 'onpartijdig scheidsgerecht' komt ook de aanduiding van (een) 'onafhankelijk scheidsgerecht' voor, maar dan met name in het kader van de samenstelling van een scheidsgerecht en/of de band met een overkoepelend arbitrage-instituut. In dit verband kan bijvoorbeeld het Court of Arbitration for Sport (CAS) worden genoemd en de twijfels die over de onafhankelijkheid van zijn tribunalen zijn geuit.²⁹

64. Onderscheid?

Op het eerste oog lijkt het maken van een onderscheid tussen een 'onafhankelijk scheidsgerecht' en een 'onpartijdig scheidsgerecht' (te) willekeurig. Zo haalde het Cour d'appel van Parijs in september 1998 de beide eisen aan,³⁰ terwijl het District Court van het Western District van Texas in december 2009 en het Supreme Court van India in augustus 2003 spraken over een onpartijdig scheidsgerecht.³¹ Het Engelse Court of Appeal sprak daarentegen eind juni 2003 over een 'onafhankelijk scheidsgerecht'.³² Dit diffuse karakter wordt versterkt door de literatuur: hoewel een aantal auteurs de beide aanduidingen gebruikt,³³ verwijzen andere

EHMR 27 augustus 1991, nr. 13057/87 (*Demicoli/Malta*), r.o. 39, en Council of Europe/European Court of Human Rights, Guide on Article 6 of the European Convention on Human Rights, Right to a fair trial (civil limb), 31 december 2021, par. 170.

26 Departmental Advisory Committee on Arbitration Law, 1996 Report of the Arbitration Bill, februari 1996, par. 18 (bron: *Arbitration International* 1997, afl. 3, p. 279). Vgl. id. par. 18: '(...) all requirements of a dispute resolution system based on obtaining a binding decision from a third party on the matters at issue. (...)'.
27 Art. 22 lid 4 ICC Rules 2021; art. 14.1 (i) LCIA Rules 2020.

28 Zie bijv. ICSID 6 mei 2008, nr. ARB/05/24 (*Hrvatska Elektroprivreda, d.d. v. The Republic of Slovenia*), 'Order Concerning the Participation of a Counsel', par. 30.

29 Gelet op de al dan niet aanwezige invloed van het Internationaal Olympisch Comité (TAS), zie bijv. Tribunal fédéral 13 februari 2012, nr. 4A_428/2011, r.o. 2; Tribunal fédéral 3 oktober 2011, nr. 4A_530/2011, r.o. 3.1. Daarnaast is op nationaal niveau kritiek geuit op (vermeende) partijdigheid van de (sectorspecifieke) RvA, zie o.a. Van Bladel 2002. Vgl. *Kamerstukken II* 2002/03, 28244, nr. 6, 'Eindrapport Parlementaire Enquêtecommissie Bouwnijverheid', p. 64, 279.

30 CA Parijs 15 september 1998, *Revue de l'Arbitrage* 1999, afl. 1, p. 111 (*société Cubic Defense Systems Inc./Chambre de commerce internationale*).

31 U.S. District Court for the Western District of Texas 3 december 2009 (*China National Building Material Investment Co. Ltd. (PR China)/BNK International LLC (US)*), nr. A-09-CA-488-SS; Supreme Court of India 21 augustus 2003 (*Bihar State Mineral Dev Corporation c.s./Encon Builders (I) Pvt. Ltd.*).

32 Court of Appeal (Civil Division) 30 juni 2003 (*BLCT Ltd/J Sainsbury PLC*), [2003] EWCA Civ 884, r.o. 36: 'The hearing was before an independent tribunal. (...)'.
33 Zie o.a. Born 2021a, p. 1764; Timmer 2016, vn. 30 (p. 53); Stone 2015, p. 66; Scherer 2013a, p. 97.

auteurs alleen naar 'impartial tribunal'³⁴ of juist alleen naar 'independent tribunal'.³⁵

Terzijde kan worden gewezen op een onderscheid dat in de jurisprudentie van het EHRM naar voren komt.³⁶ Waar in het kader van de beoordeling van de onafhankelijkheid onder meer wordt gekeken naar 'the manner of appointment of its members and their term of office, the existence of safeguards against outside pressures and the question whether it presents an appearance of independence',³⁷ legt het EHRM in het kader van de beoordeling van de onpartijdigheid een dubbele toets aan. Enerzijds wordt op basis van de 'personal convictions and conduct of a particular judge' bekeken of de rechter 'showed any personal prejudice or partiality in a given case' (curs. PR) (de zgn. 'subjective test').³⁸ Anderzijds wordt bekeken 'whether the court offered, in particular through its composition, guarantees sufficient to exclude any legitimate doubt about his impartiality' (curs. PR) (de zgn. 'objective test').³⁹ Waar in het kader van de 'subjective test' dient te worden uitgegaan van de 'personal impartiality' van een rechter 'until there is proof to the contrary', speelt in het kader van de 'objective test' de vraag of sprake is van 'ascertainable facts' die aanleiding geven tot twijfels aan de onpartijdigheid.⁴⁰ De 'objective test' is door het EHRM aangeduid als 'functional': onder meer 'professional, financial or personal links between a judge and a party to a case' kunnen aanleiding geven tot het oordeel dat niet sprake is van een onpartijdig gerecht.⁴¹ Interessant is de overweging van het EHRM dat 'the concepts of independence and objective impartiality are closely linked and, depending on the circumstances, may require joint examination'.⁴² Onder meer in de zaak *Beg S.p.a. v. Italië* vond het Hof het 'appropriate to examine the issues of independence and impartiality together'.⁴³

34 Zie o.a. Sakr & Keyrouz 2015, p. 72; Pendell & Huard-Bourgeois 2013, nrs. 17.38-17.39.

35 Berger 2015a, nr. 16.135; Schill 2015, p. 811.

36 Zie ook bijv. Tribunal fédéral 29 oktober 2010, nr. 4A_234/2010, r.o. 3.2.1: '(...) L'impartialité subjective - qui est présumée jusqu'à preuve du contraire - assure à chacun que sa cause sera jugée sans acception de personne (...). L'impartialité objective tend notamment à empêcher la participation du même magistrat à des titres divers dans une même cause (...) et à garantir l'indépendance du juge à l'égard de chacun des plaideurs (...)'.
37 EHRM 20 mei 2021, nr. 5312/11 (*Beg S.p.a./Italië*), r.o. 128. Zie ook: Council of Europe/European Court of Human Rights, Guide on Article 6 of the European Convention on Human Rights, Right to a fair trial (civil limb), 31 december 2021, par. 253, 265. Niet alleen wordt (de) onafhankelijkheid gezien 'vis-à-vis the other powers (the executive and the Parliament)' maar ook 'vis-à-vis the parties' (id. par. 253).

38 EHRM 20 mei 2021, nr. 5312/11, r.o. 129. Zie ook: Council of Europe/European Court of Human Rights, Guide on Article 6 of the European Convention on Human Rights, Right to a fair trial (civil limb), 31 december 2021, par. 275.
39 EHRM 20 mei 2021, nr. 5312/11, r.o. 129. Zie ook: Council of Europe/European Court of Human Rights, Guide on Article 6 of the European Convention on Human Rights, Right to a fair trial (civil limb), 31 december 2021, par. 275.

40 EHRM 20 mei 2021, nr. 5312/11, r.o. 130. Zie ook: Council of Europe/European Court of Human Rights, Guide on Article 6 of the European Convention on Human Rights, Right to a fair trial (civil limb), 31 december 2021, par. 275.

41 EHRM 20 mei 2021, nr. 5312/11, r.o. 131.

42 EHRM 20 mei 2021, nr. 5312/11, r.o. 133; EHRM 28 januari 2020, nrs. 30226/10, 17880/11, 17887/11, 17891/11 & 5506/16 (*Ali Riza c.s./Turkije*), r.o. 200; EHRM 2 oktober 2018, nrs. 40575/10 & 67474/10 (*Mutu en Pechstein/Zwitserland*), r.o. 144.

43 EHRM 20 mei 2021, nr. 5312/11, r.o. 134.

3.2.2 Verticaal: een onafhankelijk en/of onpartijdig (eind)oordeel**65. De ICSID Convention 2006 en de verplichting 'to exercise independent judgment'**

Naast de aanduiding van een onafhankelijk en/of onpartijdig scheidsgerecht wordt ook gesproken over de verplichting tot een onafhankelijk en/of onpartijdig (eind)oordeel. Een bijzondere invalshoek houdt de ICSID Convention 2006 er op na: arbiters wordt de verplichting opgelegd 'to exercise independent judgment'.⁴⁴ De ratio en reikwijdte van het opnemen van deze verplichting is in de literatuur als volgt verwoord: '(...) that the independence of judgment of the Panel members was decisive for the effectiveness of the ICSID machinery (...) It was emphasised that this independence related to not only general independence of judgment, but additionally the ability to act with complete impartiality on a dispute by dispute basis (...)'.⁴⁵ Hoewel de tekst van de bepaling uitgaat van een algemene verplichting die een ICSID-scheidsgerecht wordt opgelegd, vraagt de beoordeling om een (af)weging van de omstandigheden van de voorliggende zaak, of: '[a] person may be relied upon to exercise independent judgment generally but there may be a conflict of interest in respect of a specific dispute'.⁴⁶ De eis van een weging van de omstandigheden van het geval vindt bevestiging in een uitspraak van twee niet-gewraakte ICSID-arbiters uit juni 1982: '[t]he requirement to exercise independent judgment is not to be interpreted as being just an aspect or a consequence of the high moral character previously required. The phrase designates a specific situation (...)'.⁴⁷ Daarnaast wijst ook de disclosure-verplichting, in het kader waarvan ICSID-arbiters zaken naar voren dienen te brengen hetgeen 'might cause my reliability for independent judgment to be questioned by a party',⁴⁸ in de richting van een dergelijke toets.

Hoewel buiten de methodologische reikwijdte van dit onderzoek kan de verplichting om tot een onafhankelijk oordeel te komen ook in de AAA/ABA Code of Ethics for Arbitrators in Commercial Disputes 2004 worden teruggevonden. In de Code wordt gesproken van 'exercising independent judgment'.⁴⁹ Daarnaast komt de terminologie zo nu en dan voor in de Amerikaanse jurisprudentie. Zo overwoog het Court of Appeals for the Sixth Circuit in november 1982: '[b]y agreement, the parties invoked the arbitrators' independent judgment and discretion'.⁵⁰ Het Supreme Court van Connecticut overwoog in maart 1999: 'the arbitrator should bring his or her own independent judgment to bear on the issue to be decided (...)'.⁵¹

⁴⁴ Art. 14 lid 1 ICSID Convention 2006.

⁴⁵ Kalderimis e.a. 2015, p. 60, onder verwijzing naar bronnen.

⁴⁶ Schreuer e.a. 2010, p. 511.

⁴⁷ ICSID 24 juni 1982, nr. ARB/81/1 (*Amco Asia Corporation c.s. v. Republic of Indonesia*), 'Decision on Proposal to Disqualify an Arbitrator' (niet gepubliceerd) (bron van de uitspraak en het citaat: Daele 2012, nr. 2.051).

⁴⁸ Rule 6 lid 2 ICSID Arbitration Rules 2006.

⁴⁹ Canon V (B) AAA/ABA Code of Ethics for Arbitrators in Commercial Disputes 2004.

⁵⁰ U.S. Court of Appeals for the Sixth Circuit 2 november 1982 (*Corey/New York Stock Exchange*), 691 F.2d 1205.

⁵¹ Supreme Court of Connecticut 23 maart 1999 (*Town of Stratford/International Association of Firefighters*), 728 A.2d 1063. Deze overweging is overgenomen in: Superior Court of Connecticut 16 september 2013 (*New England Health Care Employees Union, District 1199 (NP-6) (Ida Johnson D-Snap Grievance)/State of*

66. Een 'impartial judgment'

Sommige arbitrage-instituten verplichten arbiters om tot een 'impartial judgment' te komen.⁵² Interessant is dat de Spaanse versie van artikel 14 lid 1 van de ICSID Convention 2006 voorop stelt dat een arbiter naar 'plena confianza en su imparcialidad de juicio' dient te streven ('inspirar').⁵³ Toch komt in ICSID-uitspraken een dubbele verplichting naar voren: 'a person who may not be relied upon to exercise independent and impartial judgment'.⁵⁴ Illustratief is ook hetgeen twee niet-gewraakte arbiters in oktober 2007 overwogen: aangezien de ICSID Convention 'makes both language versions equally authentic, we will apply the two standards of independence and impartiality in making our decisions'.⁵⁵ De arbiters onderbouwden hun keuze als volgt: '[s]uch an approach accords with that found in many arbitration rules which require arbitrators to be both independent and impartial'.⁵⁶

67. Onderscheid?

Hoewel een onderscheid tussen een onafhankelijke uitspraak en een onpartijdige uitspraak op het eerste oog wellicht wat theoretisch overkomt, is het de vraag of niet toch duidelijk(er) een onderscheid dient te worden gemaakt. Zonder in een semantische discussie te willen vervallen, vraag ik mij af in hoeverre de verplichting om tot een onafhankelijke uitspraak te komen, overeenkomt met de verplichting om tot een onpartijdige uitspraak te komen. Zo speelt het begrip 'onafhankelijk oordeel' mijns inziens allereerst een rol in het kader van het arbitrale besluitvormingsproces en het belang van het zonder externe druk tot een oordeel (kunnen) komen. Zoals in paragraaf 2.4.2 naar voren kwam, speelt het geheim van arbitrale raadkamer in dit verband een belangrijke rol. Daarnaast speelt het belang van een onafhankelijk oordeel

Connecticut), nr. CV136039197S. Vgl. Tribunal fédéral 27 mei 2003, nrs. 4P.267/2002, 4P.268/2002, 4P.269/2002 & 4P.270/2002, r.o. 4.2.1: '[l]'ordre public procédural garantit aux parties le droit à un jugement indépendant sur les conclusions et l'état de fait soumis au Tribunal arbitral d'une manière conforme au droit de procédure applicable; (...)', zie ook: Tribunal fédéral 3 april 2002, *ASA Bulletin* 2002, afl. 2, p. 358-372.

52 Zie bijv. Rule 2 HKIAC Code of Ethical Conduct (vindplaats: via www.hkiac.org).

53 De Franse tekst is weer anders: '(...) doivent (...) offrir toute garantie d'indépendance dans l'exercice de leurs fonctions'.

54 ICSID 12 mei 2008, nr. ARB/03/17 (*Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. and InterAgua Servicios Integrales del Agua S.A. v. The Argentine Republic*), 'Decision on a Second Proposal for the Disqualification of a Member of the Arbitral Tribunal', par. 29. Bevestigd in: ICSID 23 december 2010, nr. ARB/10/5 (*Tidewater Inc., Tidewater Investment SRL, Tidewater Caribe, C.A. c.s. v. The Bolivarian Republic of Venezuela*), 'Decision on Claimants' Proposal to Disqualify Professor Brigitte Stern, Arbitrator', par. 39; ICSID 19 maart 2010, nr. ARB/07/16 (*Alpha Projektholding GmbH v. Ukraine*), 'Decision on Respondent's Proposal to Disqualify Arbitrator Dr. Yoram Turbowicz', par. 39. In vergelijkbare zin: ICSID 20 maart 2014, nr. ARB/13/13 (*Caratube International Oil Company LLP & Mr. Devincci Salah Hourani v. Kazakhstan*), 'Decision on the Proposal for Disqualification of Mr. Bruno Boesch', par. 109.

55 ICSID 22 oktober 2007, nr. ARB/03/17 (*Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. and InterAgua Servicios Integrales del Agua S.A. v. The Argentine Republic*), 'Decision on the Proposal for the Disqualification of a Member of the Arbitral Tribunal', par. 28.

56 Onder verwijzing naar de LCIA Rules, de AAA Commercial Arbitration Rules en de UNCITRAL Arbitration Rules, ICSID 22 oktober 2007, nr. ARB/03/17, par. 28. Vgl. ICSID 12 mei 2008, nr. ARB/03/17 (*Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. and InterAgua Servicios Integrales del Agua S.A. v. The Argentine Republic*), par. 27.

een rol in het kader van de (vraag naar) immuniteit van arbiters: arbiters zouden een geschil moeten kunnen beslechten zonder dreiging van aansprakelijkstelling (vgl. par. 2.2.1). Voorts dienen arbiters tot een onafhankelijk oordeel ten opzichte van een secretaris te komen (vgl. par. 2.5.3). Tot slot speelt het begrip 'onafhankelijk oordeel' een rol in het kader van bewijsvoering: arbiters kunnen zich door een deskundige laten voor- en/of inlichten, maar dienen uiteindelijk zelf een oordeel te vormen.⁵⁷ Een vergelijkbare opmerking kan worden gemaakt met het oog op getuigen(verklaringen).⁵⁸ Kort samengevat zou kunnen worden betoogd dat het begrip 'onafhankelijk oordeel' ziet op waarborgen of 'inrichtingseisen' die niet zozeer samenhangen met het uiteindelijke oordeel van de arbiter, maar juist 'voorwaardenscheppend' zijn om tot een dergelijk oordeel te kunnen komen.⁵⁹

Waar het begrip 'onafhankelijkheid' verband houdt met een (eind)doel, zou het begrip 'onpartijdigheid' juist het te bereiken resultaat centraal stellen, of, zoals mooi in de literatuur is verwoord: '(...) onafhankelijkheid beoogt eerlijke rechtspraak, onpartijdige rechtspraak is eerlijke rechtspraak'.⁶⁰ Het begrip 'onpartijdig oordeel' ziet op de wijze waarop een oordeel tot stand is gekomen: getuigt dit oordeel van niet-vooringenomenheid ten opzichte van één van de partijen? In het verlengde hiervan zou naar voren kunnen worden gebracht dat de maatstaf voor de vraag of sprake is van een 'onpartijdig oordeel' samenhangt met de 'zuiverheid' van de oordeelsvorming.⁶¹ Ter illustratie kan worden gewezen op hetgeen naar voren komt in artikel 2 van de Basic Principles on the Independence of the Judiciary uit 1985: '[t]he judiciary shall decide matters before them *impartially*, on the basis of facts and in accordance with the law, without any restrictions, improper influences, inducements, pressures, threats or interferences, direct or indirect, from any quarter or for any reason' (curs. PR). Hoewel ook de woorden 'independent judgment' worden gebruikt, zijn mijns inziens ook de bewoordingen die afkomstig zijn twee niet-gewraakte ICSID-arbiters in augustus 2010 in dit verband illustratief: '[t]he requirement of independent and impartial judgment means that an arbitrator's previously adopted opinion, whether published or not, shall not be of such force as to prevent the arbitrator from taking full account of the facts, circumstances, and arguments presented by the parties in the particular case'.^{62,63}

57 Waincymer 2012, p. 953, 948.

58 Vgl. Canon I (B) AAA/ABA Code of Ethics for Arbitrators in Commercial Disputes 2004: 'One should accept appointment as an arbitrator only if fully satisfied: (...) (2) that he or she can serve independently from the parties, potential witnesses, and the other arbitrators; (...)'.
59 Vgl. De Waard 1987, p. 330: '(...) is de onafhankelijkheid een inrichtingseis genoemd; een voorwaardescheppende factor. Daar werd mee bedoeld, dat de eis betrekking heeft op de organisatie, op de structuur van proces en instantie en op uitwendige tekenen van hoe het ambt functioneert. Inrichtingseisen gelden alleen als zij uitdrukkelijk gesteld zijn'.

60 Smits 2008, nr. 6.1.3. Vgl. Giesen 2015, nr. 229: 'De onafhankelijkheid van de rechter is dan een middel tot een doel (eerlijke rechtspraak) waar de notie van onpartijdigheid het te bereiken doel (onpartijdige, en dus eerlijke rechtspraak) in zich draagt'.³

61 De Waard 1987, p. 330.
62 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 an Arbitrator', par. 49.

63 De discussie rondom het '(on)partijdige oordeel' speelt eveneens een rol in het kader van het zgn. *issue conflict*, zie nader: par. 6.5.

3.3 Achtergrond van de verplichting tot onafhankelijkheid en onpartijdigheid voor arbiters

68. Opbouw

In de literatuur is naar voren gebracht dat arbiters vanuit verschillende culturen op uiteenlopende wijzen invulling geven aan de verplichting tot onafhankelijkheid en onpartijdigheid.⁶⁴ Dit roept de vraag op wat deze verplichting nu eigenlijk beoogt en of, en zo ja welke - al dan niet universele - uitgangspunten kunnen worden onderscheiden die aan de verplichting ten grondslag liggen. In deze paragraaf wordt besproken wat de ratio van de verplichting tot arbitrale onafhankelijkheid en onpartijdigheid zou kunnen zijn. In dit verband zullen twee uitgangspunten worden onderscheiden (par. 3.3.1). Daarnaast wordt ingegaan op de vraag in wiens belang een onafhankelijke en/of onpartijdige arbiter is (par. 3.3.2). Tot slot wordt ingegaan op de vraag vanaf, en tot welk moment arbiters onafhankelijk en/of onpartijdig dienen te zijn (par. 3.3.3).

3.3.1 Ratio en twee uitgangspunten

69. Algemeen

De onafhankelijkheid en onpartijdigheid van overheidsrechters wordt beschouwd als een belangrijke voorwaarde voor de rechtsstaat - ofwel de 'Rule of Law'.⁶⁵ Deze visie geeft aan wat zou zijn (namelijk: de verplichting tot onafhankelijkheid en onpartijdigheid is onderdeel van een rechtsstaat), maar geeft geen antwoord op de vraag wat de verplichting beoogt. In het kader van de beantwoording van deze vraag stuit men al gauw op het overkoepelende (publiekrechtelijke) beginsel van het 'recht op een eerlijk proces' zoals onder meer in artikel 6 lid 1 EVRM naar voren komt (vgl. par. 4.3.1).⁶⁶ De 'arbitrale rechtspleging' lijkt in onderhavig verband de voorkeur te geven aan de privaatrechtelijke begrippen 'behoorlijke procedure' of 'behoorlijke rechtsbedeling',⁶⁷ in het Engels beter bekend als 'due process'.⁶⁸ Daarnaast komt in Amerikaanse jurisprudentie ook de term 'fundamental fairness' naar voren: '(...) the arbitrator is free to set his own rules of procedure so long as he stays within the bounds of fundamental fairness', zo overwoog het Court of Appeals for the First Circuit in april 2001.⁶⁹

⁶⁴ Cantoria 2014, p. 53-72.

⁶⁵ Zie bijv. The Bangalore Principles of Judicial Conduct 2002, Value 1; NVvR-rechterscode, par. 2.1. Vgl. Kuijter 2004, p. 204, zie ook: Van den Eijnden 2011, p. 26-27. Vgl. Court of Appeal of California, Second Appellate District, Division Three 17 maart 1983 (*Baer/Tigerman*), 140 Cal. App. 3d 980: 'An independent judiciary is essential to the preservation of a democracy and must be protected. (...)'.
⁶⁶ Vgl. Pfister 2019, p. 53; Cleis 2017, p. 22.

⁶⁷ Vgl. Verbist 2011, p. 134.

⁶⁸ Zie ook: Asser 2013. Evenals 'natural justice' is ook het begrip 'due process' een verzamelnaam waaronder meerdere beginselen kunnen worden geschaard, zie bijv. Kaufmann-Kohler 2003, p. 1321; Fortier 1999, p. 396-409.

⁶⁹ U.S. Court of Appeals for the First Circuit 23 april 2001 (*Keebler Co./Truck Drivers*), 247 F.3d 8. Vgl. (algemeen) U.S. Court of Appeals for the Second Circuit 21 juli 1997 (*Tempo Shain Corp./Bertek, Inc.*), 120 F.3d 16: 'Courts have interpreted section 10(a)(3) to mean that except where fundamental fairness is violated, arbitration determinations will not be opened up to evidentiary review. (...)', onder verwijzing naar onder meer U.S. Court of Appeals for the Fifth Circuit 9 juli 1984 (*Teamsters, Local Union 657/Stanley Structures, Inc.*), 735 F.2d

70. De brede noemer 'natural justice'

In tegenstelling tot het gebruik van de term 'due process' in de Verenigde Staten,⁷⁰ komt in andere *common law*-jurisdicties naar voren dat (het recht op) een behoorlijke procedure onderdeel uitmaakt van de brede(re) noemer 'natural justice'.⁷¹ In de literatuur is naar voren gebracht dat onder deze noemer twee beginselen vallen: i) het beginsel van hoor en wederhoor (*audi alteram partem*), en ii) het beginsel dat niemand rechter in eigen zaak mag zijn (*nemo iudex in sua causa*).⁷² In verschillende (scheid)srechterlijke uitspraken komt naar voren dat (deze beginselen van) 'natural justice' ook voor arbiters zou(den) opgaan. Zo overwoog het Schotse Court of Session in oktober 2015: '[t]he law of arbitration requires the arbiter to adhere to the principles of natural justice and to give both sides a fair opportunity to present their cases'.⁷³ In juli 2015 overwoog het Court of Appeal van New Zealand: '[i]n general terms the rules of natural justice require a decision-maker to act impartially and to give parties a fair hearing'.⁷⁴ In juli 2014 overwoog het Federal Court van Australië: '[t]he common expression of the fundamental structure of the rules of natural justice or procedural fairness is the so-called "bias rule" and the "hearing rule": that a person may not be a judge in his or her own cause; and that a person should be given a fair hearing'.⁷⁵ Het High Court van Kuala Lumpur zou in maart 2011 hebben overwogen: '[i]t must be noted that: (i) the requirement of impartiality is a principle of natural justice; (ii) it is a fundamental principle that an arbitrator must remain

903: 'Federal courts do not superintend arbitration proceedings. Our review is restricted to determining whether the procedure was fundamentally unfair. (...)'. Zie ook: U.S. Court of Appeals for the Second Circuit 25 april 2016 (*National Football League Management Council/National Football League Players Association*), nrs. 15-2801 (L) & 15-2805 (CON). Vgl. (erkenning) U.S. District Court for the Western District of Pennsylvania 5 mei 2006 (*Jorf Lasfar Energy Co., S.C.A./AMCI Export Cor.*), nr. 2:05-cv-00423-GLL. Zie nader: par. 3.4.2. Vgl. het (doctrinaire) idee om een 'Arbitration Fairness Index' te ontwikkelen '[to assess, PR] the fairness of arbitration programs associated with contracts for consumer goods or services or individual employment contracts' (Stipanowich 2012, p. 991). Vgl. ICSID 7 januari 2015, nr. ARB/05/1 (*Daimler Financial Services AG v. The Argentine Republic*), 'Decision on Annulment', par. 188: '(...) Annulment under the ICSID Convention is a limited remedy destined to ensure the fundamental fairness of the arbitration proceeding'.^{74*}

70 Born 2021a, p. 3821; Born 2021b, p. 468; Park 2011, vn. 8 (p. 475); Park 2010b, vn. 6 (p. 191); Shroff 2017, p. 797; Waincymer 2012, p. 16. Vgl. Nigmatullina & Vanlerberghe 2020, vn. 175 (p. 339); González de Cossío 2013, vn. 7 (p. 18). Vgl. Born 2021a, p. 3822: '(...), it is better to refer simply to requirements of procedural fairness in the international arbitral context, rather than using formulae applicable in domestic settings, such as "natural justice" and "due process." (670) (...)'.
71 Pullé 2012, p. 69. Vgl. De Waard 1987, p. 361. Vgl. Merkin & Flannery 2014, p. 124. Rond de zeventiende eeuw werd in Engeland gesproken van 'natural equity' (Groves 2009). In overheidsrechtspraak is de term ook wel omschreven als 'fair play in action', zie: Court of Appeal (Civil Division) 22 mei 2013 (*Hill, R (On the Application Of)/Institute of Chartered Accountants In England And Wales*), [2013] EWCA Civ 555, r.o. 47.

72 Zie o.a. Chung 2011, p. 167; (algemeen) Jackson 1973. Vgl. Tully 2016, p. 677. Zie voor een ruimere uitleg van de term bijv. International Law Association, Final ILA Report on Public Policy as a Bar to Enforcement of International Arbitral Awards 2003: '(...) Natural justice is said to include the right to: (a) receive proper and adequate notice; (b) a reasonable opportunity to present one's case; (c) equality between the parties; and (d) a fair hearing before an impartial tribunal' (bron: *Arbitration International* 2003, afl. 2, vn. 33 (p. 256)). Vgl. (Zuid-Afrika) Mace Lane & Lee Harding 2020, p. 19.

73 Court of Session, Outer House 15 oktober 2015 (*Leslie c.s., Re Judicial Review*), [2015] CSOH 136, r.o. 23.

74 Court of Appeal New Zealand 9 juli 2015 (*Kyburn Investments Ltd/Beca Corporate Holdings Ltd.*), CA 130-2014, r.o. 33 (bron van het citaat: S. Hunter, A contribution by the ITA Board of Reporters, via: Kluwer Arbitration).

75 Federal Court of Australia 16 juli 2014 (*TCL Air Conditioner (Zhongshan) Co Ltd./Castel Electronics Pty Ltd*), [2014] FCAFC 83, r.o. 84, onder verwijzing naar literatuur en jurisprudentie (CLOUT case 1756).

independent and impartial; (...).⁷⁶ In augustus 2010 overwoog het Supreme Court van New South Wales: '[t]he "hearing rule" (...) (or *audi alteram partem* rule), is one of the twin pillars of natural justice, the other being the bias rule (*nemo debet judex esse sua in propria causa*) (...).'⁷⁷ In maart 2010 overwoog het High Court van Singapore: '[t]here are two fundamental principles of natural justice. These are reflected in the maxims *nemo judex in causa sua* and *audi alteram partem* [sic, PR], (...).'⁷⁸ Het Engelse Court of Appeal overwoog in maart 2005: '[t]he rules of natural justice are formalised requirements of those who act judicially. Compliance with them is required of judges and arbitrators (...).'⁷⁹ In augustus 2003 overwoog het High Court van Auckland: '[a]rbitration is a process by which a dispute is determined according to enforceable standards of natural justice', en "[n]atural justice" has traditionally been taken to refer to the right to be heard (*audi alteram partem*) and the right to an impartial tribunal (freedom from bias).⁸⁰ Daarnaast komt ook in uitspraken van overheidsrechters uit Nigeria, Kenia, Hongkong en Zuid-Afrika naar voren dat ook arbiters aan (de beginselen van) 'natural justice' zijn gebonden.⁸¹

Hoewel het High Court in juli 2007 overwoog dat '[t]he underlying principle' van artikel 68 lid 2 sub a Arbitration Act 1996 'is that of fairness or, as it is sometimes described, natural justice',⁸² komt de term 'nature justice' niet in de Arbitration Act 1996

76 High Court Kuala Lumpur 23 maart 2011 (*Sundra Rajoo/Mohamed Abdul Majed e.a.*), [2011] 6 CLJ 923, HC (bron van het citaat: Baskaran 2019, p. 112).

77 Supreme Court of New South Wales 11 augustus 2010 (*Cargill International SA/Peabody Australia Mining Ltd.*), [2010] NSWSC 887, r.o. 226 (CLOUT case 1176). Zie ook bijv. Supreme Court of New South Wales 27 mei 2013 (*Shlomo Thaler/Benjamin Amzalak*), [2013] NSWSC 632, r.o. 175: 'The rules of natural justice require that an arbitrator must not only be disinterested and unbiased, but that the parties are given adequate notice and an opportunity to be heard (...)' (bron van het citaat: D. Sturzaker, A contribution by the ITA Board of Reporters, via: Kluwer Arbitration).

78 High Court Singapore 15 maart 2010 (*Front Row Investment Holdings (Singapore) Pte Ltd./Daimler South East Asia Pte Ltd.*), [2010] SGHC 80, r.o. 30. Zie ook bijv. High Court Singapore 30 oktober 2015 (AMZ/AXX), [2015] SGHC 283, r.o. 93; High Court Singapore 15 april 2014 (ADG c.s./ADI), [2014] SGHC 73, r.o. 101.

79 Court of Appeal (Civil Division) 17 maart 2005 (*Amec Civil Engineering Ltd/Secretary of State for Transport*), [2005] EWCA Civ 291, r.o. 46. Vgl. Tweeddale 2000, p. 314.

80 High Court Auckland 18 augustus 2003 (*Methanex Motunui Ltd./Spellman*), [2004] 1 NZLR 95, r.o. 50 en r.o. 138. Vgl. id. r.o. 128: '(...), arbitration is determination by an ad hoc tribunal contractually required to act judicially. To act judicially is to observe the requirements of natural justice. (...)'. Zie ook bijv. Federal Court of Australia 2 november 2012 (*Castel Electronics Pty Ltd./TCL Air Conditioner (Zhongshan) Co Ltd. (No 2)*), [2012] FCAFC 1214, r.o. 163; High Court Auckland 30 november 1998 (*Trustees of Rotoaira Forest Trust/Attorney-General*), [1999] 2 NZLR 452, r.o. 463 (CLOUT case 658).

81 Zie bijv. Federal High Court Nigeria 23 november 2015, nr. FHC/L/CS/1661/2013 (niet gepubliceerd) (bron van de uitspraak: Akereolu & Umeche 2018, vn. 23 (p. 146)); High Court Nairobi 31 maart 2017 (*Open Joint Stock Company Zarubezhstroy Technology/Gibb Africa Ltd.*), r.o. 67 (vindplaats: A.J. van den Berg (red.), *Yearbook Commercial Arbitration 2017 - Volume XLII*, ICCA & Kluwer Law International 2017, p. 421-424); Court of First Instance Hong Kong 21 september 2016 (*Sun Tian Gang/Hong Kong & China Gas (Jilin) Ltd.*), HCCT 46/2015, r.o. 4; Constitutional Court of South Africa 20 maart 2009 (*Lufuno Mphaphuli & Associates (Pty) Ltd./Andrews e.a.*), [2009] ZACC 6, r.o. 92 (vindplaats: V. Movshovich, K. Eksteen & D. Rafferty, A contribution by the ITA Board of Reporters, via: Kluwer Arbitration).

82 High Court (Technology and Construction Court) 20 juli 2007 (*London Underground Ltd./Citylink Telecommunications Ltd.*), [2007] EWHC 1749 (TCC), r.o. 37. Vgl. High Court (Commercial Court) 20 januari 1999 (*Minmetals Germany GmbH/Ferco Steel Ltd.*), [1999] 1 All ER (Comm) 315; Court of Appeal (*Interbulk Limited/Aiden Shipping Co Limited*), [1984] 2 Lloyd's Rep 66: '(...) the arbitrator is obliged, in common fairness or, as it is sometimes described, as a matter of natural justice, to put the point to them so that they have an opportunity of dealing with it' (bron van het citaat: High Court (Commercial Court) 29 juli 2004 (*Cameroon Airlines/Transnet Ltd.*), [2004] EWHC 1829 (Comm), r.o. 101); Court of Appeal 11 juli 1980 (*Modern Engineering (Bristol) Ltd/C Miskin & Son Ltd.*), [1981] 1 Lloyd's Rep. 135. Vgl. Shilston 1987, p. 60.

naar voren. Daarentegen komt de term wel naar voren in verschillende (internationale) arbitragewetten van andere *common law*-jurisdicties.⁸³ Zo heeft de Arbitration Act 1996 van Nieuw Zeeland twee bepalingen waarin staat opgenomen dat 'a breach of the rules of natural justice occurred' kan leiden tot vernietiging dan wel tot weigering tot erkenning of verlof tot tenuitvoerlegging van het arbitraal vonnis.⁸⁴ In oktober 2012 overwoog het High Court van Nieuw Zeeland dat schending van de verplichting tot arbitrale onafhankelijkheid en onpartijdigheid tot een dergelijke 'breach' zou kunnen leiden.⁸⁵ Daarnaast komt de term 'natural justice' naar voren in de arbitragewetgeving van Singapore.⁸⁶ In de International Arbitration Act 1974 van Australië komt de term naar voren in het kader van de mogelijke weigering van een verzoek tot tenuitvoerlegging van een arbitraal vonnis.⁸⁷ Tot slot komt de term naar voren in de arbitragewetten van Mauritius,⁸⁸ Maleisië,⁸⁹ en Zimbabwe.⁹⁰ De term komt slechts in enkele arbitrage-reglementen⁹¹ en scheidsrechterlijke uitspraken naar voren.⁹²

71. Twee uitgangspunten

Evenals in de overheidsrechtspraak ligt de nadruk op het woord eerlijk ('fair') en/of rechtvaardigheid ('justice').⁹³ Anders gezegd, een eerlijk en/of rechtvaardig pro-

83 De term 'natural justice' is te onderscheiden van 'substantial injustice' op grond waarvan ex artikel 24 lid 1 Arbitration Act 1996 kan worden verzocht om vervanging van een arbiter.

84 Art. 34 lid 6 sub b Arbitration Act 1996; art. 36 lid 3 sub b Arbitration Act 1996 (vindplaats: via www.legislation.govt.nz). Zie nader bijv. Williams 2020, p. 1-47; Kennedy-Grant 2008, p. 1-63.

85 High Court of New Zealand 11 oktober 2012 (*Leef c.s./Bidois c.s.*), [2012] NZHC 2631, r.o. 62.

86 Art. 24 aanhef en sub b International Arbitration Act (vindplaats: sso.agc.gov.sg/act/iaa1994); art. 48 lid 1 sub a (vii) Arbitration Act (vindplaats: sso.agc.gov.sg/Act/AA2001?ProvlDs=P19-#pr48-). Zie nader bijv. Lim 2020, p. 357-363; Choong, Mangan & Lingard 2018, nr. 2.100.

87 Art. 19 aanhef en sub b International Arbitration Act (vindplaats: www.legislation.gov.au/Details/C2018C00439). Zie nader bijv. Pryles 2020, p. 33; (algemeen) Tully 2016, p. 659-680.

88 International Arbitration Act 2008 (amended in 2013) (bron: Moollan & Jullienne 2020, p. 51).

89 Zie: Baskaran 2019, p. 160-161. Zie nader bijv. (algemeen) Abraham & Chua Wei Chuen 2020, p. 1-50.

90 Zie: 'Arbitration Act 1996 (No. 6 of 1996) [Chapter 7:15]', in: L. Bosman (red.), *ICCA International Handbook on Commercial Arbitration*, ICCA & Kluwer Law International 2020, Supplement No. 81, oktober 2014, p. 1-16. Vgl. art. 93 lid 1 Alternative Dispute Resolution Act Ghana (bron: 'Alternative Dispute Resolution Act, 2010 (Act 798)', in: L. Bosman (red.), *ICCA International Handbook on Commercial Arbitration*, ICCA & Kluwer Law International 2020, Supplement No. 102, november 2018, p. 30).

91 Zie bijv. art. 14 lid 3 BANI Arbitration Rules 2022 (vindplaats: baniarbitration.org); art. 12.5 Arbitration Rules of the European Court of Arbitration 2021 (vindplaats: cour-europe-arbitrage.org/arbitration-rules). Vgl. hetgeen tijdens de totstandkoming van de ICSID Convention naar voren kwam: 'The Chairman said that a number of suggestions had been made with respect to the drafting of Section 13. It had been suggested (...) that in Section 13(1)(c) the words "a serious departure from the principles of natural justice..." (...) should be added' (bron: History of the ICSID Convention, Volume II-1, Summary Record of Proceedings, Geneva Consultative Meetings of Legal Experts, 17-22 februari 1964, p. 423). Vgl. 'Guidance Note: Natural Justice', The Chartered Institute of Arbitrators & Adjudication Society, 2020 (vindplaats: www.ciarb.org/media/4161/natural-justice.pdf).

92 Zie bijv. ICSID 29 juni 2005, nr. ARB/02/14 (*CDC Group plc v. The Republic of Seychelles*), 'Decision on Annulment', par. 49; NAFTA 17 oktober 2001, nr. UNCT/02/1 (*United Parcel Service of America Inc. v. Government of Canada*), 'Decision of the Tribunal on Petitions for Intervention and Participation as Amici Curiae', par. 38; ICC 8 februari 1994, nr. 7071: '(...) The Tribunal is, of course, conscious of its obligations to conduct the proceedings in accordance with the rules of natural justice and due process. (...)'. (bron van het citaat: International Law Association, Report and Recommendations on Ascertaining the Contents of the Applicable Law in International Commercial Arbitration, bron: *Arbitration International* 2010, afl. 2, p. 211).

93 Vgl. art. 22 lid 4 ICC Rules 2021; art. 14.1 LCIA Rules 2020.

ces legitimeert de uitkomst ervan. De termen zijn evenwel lastig te definiëren, aangezien niet alleen onduidelijk is wat onder de open norm 'eerlijk' dient te worden verstaan, maar ook wat onder de (brede) noemer van 'rechtvaardigheid' kan worden geschaard.⁹⁴ In plaats van tot één definitie te komen, zouden dan ook twee uitgangspunten kunnen worden onderscheiden die een nadere invulling aan de termen 'fair trial' en 'natural justice' geven.⁹⁵

Het eerste uitgangspunt is de bekende gedachte dat niemand rechter in eigen zaak mag zijn, ofwel *nemo iudex in sua causa*. Dit uitgangspunt geldt niet alleen voor overheidsrechters,⁹⁶ ook in het kader van de verplichting tot arbitrale onafhankelijkheid en/of onpartijdigheid komt dit uitgangspunt naar voren.⁹⁷ Het uitgangspunt gaat tot ver in het verleden terug. Zo wordt het reeds in de Codex Justinianus uit de zesde eeuw genoemd.⁹⁸ Meer recent komt het uitgangspunt bijvoorbeeld naar voren in het kader van de IBA Guidelines 2014. In de toelichting op de 'Non-Waivable Red List' staat dat de lijst 'includes situations deriving from the overriding principle that no person can be his or her own judge'.⁹⁹ Ook door overheidsrechters is dit uitgangspunt gebruikt om arbitrale vooringenomenheid te omschrijven.¹⁰⁰ Het uitgangspunt lijkt in beginsel evenwel met name betrekking te hebben op de verplichting tot arbitrale onafhankelijkheid omdat het de afwezigheid veronderstelt van relaties met een partij of anderszins, die de beslissing van een arbiter zouden kunnen beïnvloeden.¹⁰¹ Betoogd zou kunnen worden dat dit (statische) uitgangspunt geen recht doet aan de

94 Zie voor een overzicht van 'rechtvaardigheidstheorieën' bijv. Barendrecht & Gramatikov 2010; zie (specifiek) over procedurele rechtvaardigheid bijv. Giesen 2015, nr. 68; Van Velthoven 2011; Brenninkmeijer 2009.

95 Buechel 2011, p. 243. Vgl. High Court 4 april 1978 (*McInnes/Onslow Fane c.s.*), [1978] 1 W.L.R. 1520: 'I do not think that much help is to be obtained from discussing whether "natural justice" or "fairness" is the more appropriate term. If one accepts that "natural justice" is a flexible term which imposes different requirements in different cases (...)' (bron van het citaat: via learninglink.oup.com). Vgl. Saville of Newdigate 1995, p. 162.

96 Zie bijv. Commentary on the Bangalore Principles of Judicial Conduct, 2007, p. 53 (vindplaats: www.unodc.org/documents/corruption/publications_unodc_commentary-e.pdf). Vgl. BGH 28 maart 2012, III ZB 63/10; art. 3 lid 2 van de Administrative Justice Act 2009 van Malta (vindplaats: via justiceservices.gov.mt). De gedachte zou onderdeel uitmaken van de zgn. 'constitutional justice', zie: EHRM 31 juli 2003, nr. 50389/99 (*Doran/Ierland*), r.o. 33.

97 Report of the ASIL-ICCA Joint Task Force on Issue Conflicts in Investor-State Arbitration, The ICCA Reports No. 3, 17 maart 2016, par. 3 (vindplaats: via www.arbitration-icca.org); Baker & Greenwood 2013, p. 102. Vgl. Chan 2007, p. 245.

98 C.3.5.0: 'Ne quis in sua causa iudicet vel sibi ius dicat' (bron: droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/Corpus/CJ3.htm). Dit adagium was evenwel niet absoluut van aard. Zo zijn geschillen bekend die zijn beslecht door arbiters met een eigen belang in de zaak, zie nader: Roebuck & De Loynes De Fumichon 2004, p. 57. Zie ook bijv. Luttrell 2009, p. 67.

99 IBA Guidelines 2014, Part II: Practical Application of the General Standards, par. 2. Vgl. Lalive 1986, p. 347-348.

100 Zie bijv. High Court Singapore 30 september 2014 (*PT Central Investindo/Francisco Wongso c.s.*), [2014] SGHC 190, r.o. 15; High Court (Commercial Court) 20 april 1999 (*Laker Airways Inc./FLS Aerospace Ltd e.a.*), [1999] EWHC J0420-9.

101 Dit zou 'functionele onafhankelijkheid' kunnen worden genoemd: een arbiter dient in de uitoefening van zijn adjudicatieve functie 'onafhankelijk' te zijn (Van den Eijnden 2011, p. 459, vgl. Kuijer 2004, p. 210). Vgl. ICSID 22 oktober 2007, nr. ARB/03/17 (*Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. and InterAguas Servicios Integrales del Agua S.A. v. The Argentine Republic*), 'Decision on the Proposal for the Disqualification of a Member of the Arbitral Tribunal', par. 29.

verplichting tot arbitrale onpartijdigheid die de afwezigheid van vooringenomenheid bij de arbiter *zelf* immers vooropstelt.¹⁰²

Het tweede uitgangspunt, dat verwantschap vertoont met de verplichting tot arbitrale onpartijdigheid, zou kunnen worden afgeleid uit de bekende woorden van Lord Hewart: 'justice should not only be done, but should manifestly and undoubtedly be seen to be done'.¹⁰³ In het kader van overheidsrechtspraak wordt ter illustratie vaak gewezen op de blinddoek van Vrouwe Justitia: '(...) blind not because she ignores the facts and circumstances of individual cases *but because* she shuts her eyes to all considerations extraneous to the particular case' (curs. PR), aldus het Engelse Court of Appeal in november 1999.¹⁰⁴ Dit tweede uitgangspunt vertoont daarnaast raakvlakken met het beginsel van gelijke behandeling: een voorkeur voor één van de partijen kan immers leiden tot een 'inequality of arms'.¹⁰⁵ Hoewel het beginsel van gelijke behandeling een belangrijk uitgangspunt van arbitrage is,¹⁰⁶ wordt dit beginsel in de bestudeerde arbitrale wet- en regelgeving niet met zoveel woorden genoemd. Een uitzondering vormt Frankrijk waar het beginsel met ingang van 1 mei 2011 in de Code de procédure civile is neergelegd: '[q]uelle que soit la procédure choisie, le tribunal arbitral *garantit l'égalité des parties* et respecte le principe de la contradiction' (curs. PR).¹⁰⁷ Daarnaast komt in de Nederlandse Arbitragewet naar voren dat het scheidsgerecht de partijen 'op voet van gelijkheid' behandelt.¹⁰⁸

3.3.2 Het belang van een onafhankelijke en onpartijdige arbiter

72. Pluraliteit van belangen

Op grond van hetgeen in dit hoofdstuk reeds naar voren is gekomen, zou kunnen worden gesteld dat de verplichting een 'eerlijke', 'rechtvaardige' en/of 'behoorlijke'

102 Anders gezegd, arbiters dienen niet vooringenomen te zijn en dienen partijen in gelijke mate de mogelijkheid te geven om hun zaak te presenteren. Vgl. Smits 2008 die in dit verband verwijst naar (de) 'onafhankelijkheid': 'Het recht moet voor een ieder gelijk zijn en niet afhangen van de individuele inzichten van elke afzonderlijke rechter'.¹⁹⁸ In zoverre kan men zeggen dat de onafhankelijkheid van de rechter en de gelijkheid van justitiabelen twee kanten van één medaille zijn.¹⁹⁹ (nr. 6.7.1).

103 High Court of Justice 9 november 1923 (*R/Sussex Justices Ex parte McCarthy*), [1924] 1 KB 256. Vgl. Bangalore Principles of Judicial Conduct 2002, par. 3.2: 'The behaviour and conduct of a judge must reaffirm the people's faith in the integrity of the judiciary. Justice must not merely be done but must also be seen to be done'.

104 Court of Appeal (Civil Division) 17 november 1999 (*Locabail (UK) Ltd/Bayfield Properties Ltd e.a.*), [1999] EWCA Civ 3004, r.o. 2.

105 Luttrell 2009, p. 262. Vgl. art. 14: 'The parties are equal in any proceedings before the tribunal' en het commentaar: 'Implicit in the article is the principle that the treatment of the parties during the conduct of a case before the tribunal must be fully impartial' (bron: Commentary on the Draft Convention on Arbitral Procedure Adopted by the International Law Commission at its Fifth Session, A/CN.4/92, april 1955, p. 55).

106 Redfern & Hunter 2015 rangschikken het beginsel als tweede beginsel (na het beginsel van de partijautonomie): 'it is of equal importance' (nr. 6.10).

107 Art. 1510 CPC. Vgl. CA Parijs 25 mei 1990, *Revue de l'Arbitrage* 1990, afl. 4, p. 896 (*société Fougereolle/société Procofrance*): '(...) le principe d'égalité des parties - en tant que principe général de procédure relevant de l'ordre public international - (...)'.
108 Art. 1036 lid 2 Rv.

procedure voor partijen beoogt.¹⁰⁹ Het is echter niet alleen in het belang van de procespartijen dat hun procedure eerlijk verloopt,¹¹⁰ betoogd zou kunnen worden dat een eerlijk verlopen proces ook het vertrouwen in arbitrage als wijze van geschilbeslechting versterkt.¹¹¹ Nu arbitrage vandaag de dag vaak voorkomt, zou kunnen betoogd dat dit eveneens een zekere verantwoordelijkheid ten aanzien van het waarborgen van de kwaliteit met zich brengt.¹¹² Illustratief is hetgeen in de AAA/ABA Code of Ethics for Arbitrators in Commercial Disputes 2004 naar voren komt: '[a]n arbitrator has a responsibility not only to the parties but also to the process of arbitration itself, and must observe high standards of conduct so that the integrity and fairness of the process will be preserved'.¹¹³ In de literatuur is het volgende naar voren gebracht: een systeem dat van oudsher op contractuele relaties en vertrouwen is gebouwd, zou zijn autoriteit in belangrijke mate aan 'the wisdom, efficacy and ethics of its arbitrators' ontnemen.¹¹⁴ Op het moment dat vooringenomen arbiters de overhand krijgen, kan het zijn geloofwaardigheid verliezen en, in het verlengde hiervan, zijn gebruikers.¹¹⁵

Het is niet alleen van belang om de gebruikers 'te vriend' te houden; ook staten dienen niet te worden vergeten. Zoals in paragraaf 3.1 naar voren kwam, is de erkenning van arbitrage door staten niet (altijd) vanzelfsprekend geweest. Toch hebben partijen overheidsrechters nodig wanneer zij bijvoorbeeld tot erkenning en/of tenuitvoerlegging van de arbitrale uitspraak willen overgaan. Deze 'assisterende' rol hebben staten op zich genomen,¹¹⁶ maar hiertegenover stellen zij onder meer de eis dat arbitrage aan bepaalde kwaliteitseisen voldoet, zoals geschilbeslechting door een onafhankelijk en onpartijdig gerecht.¹¹⁷ In de literatuur is in dit verband naar voren gebracht dat arbiters als 'guardians of international public policy' gehouden zijn om de onafhankelijkheid en onpartijdigheid van de arbitrale procedure te bewaken.¹¹⁸ Daarnaast kan op het recht op toegang tot de overheidsrechter worden

109 Een eerlijk en/of rechtvaardig proces legitimeert de (geloofwaardige) uitkomst ervan hetgeen invloed kan hebben op de aanvaarding van de uitspraak en, in het verlengde hiervan, bereidheid tot nakoming, vgl. Brenninkmeijer 2009.

110 Vgl. evenwel CA Parijs 18 november 2004, *Revue de l'Arbitrage* 2006, afl. 1, p. 194 (SARL STM Brudey frères/ SA Emeraude Lines): 'Considérant que l'indépendance de l'arbitre est une règle impérative, mais édictée pour la protection d'intérêts privés, il est toujours possible pour les parties d'y renoncer en connaissance de cause, sans que soit alors en jeu la violation des règles qui gouvernent le caractère équitable du procès protégé par l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme dont cette Cour a la garde; (...)' (curs. PR).

111 Markus Buechel 2011, p. 243.

112 Menon 2013, p. 14, onder verwijzing naar literatuur.

113 Canon I (A) AAA/ABA Code of Ethics for Arbitrators in Commercial Disputes 2004. Vgl. voorts bijv. ICSID 6 mei 2008, nr. ARB/05/24 (*Hrvatska Elektroprivreda, d.d. v. The Republic of Slovenia*), 'Order Concerning the Participation of Counsel', par. 15; ICSID 5 juni 2007, nr. ARB/02/7 (*Hussein Nuaman Soufraki v. United Arab Emirates*), 'Decision of the Ad Hoc Committee on the Application for Annulment of Mr. Soufraki', par. 20.

114 Rogers 2008, p. 649, zie ook bijv. Grigera Naón 1999, p. 288; Resnik 1984, p. 854. Vgl. Rajoo & Sundra 2013, p. 341; Manzanares Bastida 2007, p. 3.

115 Buechel 2011, p. 243.

116 Vgl. Snijders, Klaassen & Meijer 2017 waarin wordt gesproken over de 'servicefunctie' (nr. 391).

117 Vgl. Asser 2013.

118 Hanotiau 2003, p. 285 onder verwijzing (in vn. 92) naar U.S. District Court for the District of Connecticut 4 december 1991 (*Metropolitan Property & Cas. Ins./J.C. Penney*), 780 F. Supp. 885. Vgl. High Court (Commercial Court) 7 maart 2019 (*The Chartered Institute of Arbitrators/B c.s.*), [2019] EWHC 460 (Comm), r.o. 48: '(...) there is a general public interest in maintaining the quality of and standards of arbitrators (...)'.

gewezen. Hoewel eenieder in beginsel een ‘effective right of access to the court’ heeft,¹¹⁹ gaat een vrijwillige keuze voor arbitrage ten koste van een procedure ten overstaan van de overheidsrechter. Nadat een arbitraal vonnis is gewezen, zal in beginsel geen inhoudelijke beoordeling van het geschil meer plaatsvinden.¹²⁰ Het lijkt dan ook gerechtvaardigd dat de afstand die door partijen van hun recht op toegang tot de overheidsrechter wordt gedaan, is omgeven met bepaalde (kwaliteits)waarborgen waaronder beslechting van het geschil door onafhankelijke en onpartijdige arbiters.

Tot slot speelt het eigenbelang van arbiters een rol. Afhankelijk van de omvang van de arbitragewereld¹²¹ kan het voorkomen dat men met een onbetrouwbare reputatie niet zomaar wegblijft.¹²² Om ook in de toekomst te worden (her)benoemd, zou kunnen worden gesteld dat arbiters er (een zeker) belang bij hebben om zich behoorlijk te gedragen.¹²³ Illustratief is hetgeen in de literatuur naar voren is gebracht: ‘the arbitrator’s most valuable asset is his reputation’.¹²⁴

3.2.3 *Temporele reikwijdte van de verplichting tot arbitrale onafhankelijkheid en onpartijdigheid*

73. De verplichting tot arbitrale onafhankelijkheid en onpartijdigheid: een open einde?

In het kader van de vraag naar de verplichting tot onafhankelijkheid en onpartijdigheid voor arbiters ligt de nadruk vaak op de invulling van deze (open) verplichting. Minder aandacht gaat uit naar de vraag vanaf en tot wanneer de verplichting nu eigenlijk loopt.¹²⁵ Hoewel in de bestudeerde arbitragereglementen – in tegenstelling tot hetgeen in de Franse, Nederlandse en Zwitserse Arbitragewet naar voren komt (zie par. 4.3) – een verplichting tot arbitrale onafhankelijkheid en/of onpartijdigheid staat opgenomen, bieden de reglementen weinig concrete aanknopingspunten in het kader van de beantwoording van de vraag naar de temporele reikwijdte van de verplichting. In de ICC Rules 2021 staat dat een arbiter ‘must be and remain impartial and independent of the parties involved in the arbitration’,¹²⁶ maar het is niet

119 Zie bijv. EHRM 4 december 1995, nr. 23805/94 (*Bellet/Frankrijk*), r.o. 36; Council of Europe/European Court of Human Rights, Guide on Article 6 of the European Convention on Human Rights, Right to a fair trial (civil limb), 31 december 2021, par. 317.

120 Petrochilos 2004, nr. 4.69.

121 Bepaalde ‘werelden’ zijn weer kleiner dan andere. Vgl. IBA Arb 40 Subcommittee, The Current State and Future of International Arbitration: Regional Perspectives, september 2015 waarin de ‘Limited pool of arbitrators’ wordt genoemd als één van de ‘hurdles to future growth’ (p. 10).

122 Vgl. Rajoo & Sundra 2013, p. 332; Paulsson 1997, p. 20-21. In vergelijkbare zin: Posner 2005, p. 1260-1261. Zie ook bijv. Menon 2017, p. 359; Kapeliuk 2010, p. 90. Vgl. ‘Arbitrator Intelligence’, een online platform dat ‘promotes transparency, accountability, and diversity in arbitrator selection by increasing access to critical information about arbitrators’ (vindplaats: arbitratorintelligence.com).

123 Zie bijv. Wilske 2017, p. 420; Karton 2013, p. 100. Zie par. 6.4 voor een spanningsveld in het kader van zgn. ‘repeat appointments’.

124 Guandalini 2020, p. 6, vgl. p. 401, 402.

125 Vgl. El Chazli 2020, nr. 176: ‘Le facteur temporel peut affecter l’évaluation de l’impartialité à deux égards: l’ancienneté des liens (A) et la postériorité de la naissance des liens à la clôture de la procédure arbitrale (B)’.

126 Art. 11 lid 1 ICC Rules 2021.

duidelijk wat onder het woord 'remain' dient te worden verstaan. In de LCIA Rules 2020 staat dat arbiters 'shall be and remain at all times impartial and independent of the parties'.¹²⁷ Evenals bij de ICC Rules 2021 is ook hier niet duidelijk wat onder het woord 'all' dient te worden verstaan. In het NAI Arbitragereglement 2015 staat (slechts) opgenomen dat een arbiter 'zijn opdracht onafhankelijk, onpartijdig en naar beste weten en kunnen [zal, PR] uitvoeren'.¹²⁸ Het meest concreet zijn de Swiss Rules 2021 waarin naar voren wordt gebracht dat een SAC-arbiter 'shall be and shall remain impartial and independent throughout the proceedings'.^{129,130}

74. General Standard 1 van de IBA Guidelines on Conflicts of Interest 2014

In General Standard 1 van de IBA Guidelines 2014 komt als 'General Principle' naar voren: '[e]very arbitrator shall be impartial and independent of the parties at the time of accepting an appointment to serve and shall remain so *until* the final award has been rendered or the proceedings have otherwise finally terminated' (curs. PR).¹³¹ In de toelichting op deze General Standard staat dat de verplichting begint te lopen op het moment van aanvaarding van de opdracht om als arbiter op te treden.¹³² De verplichting tot onafhankelijkheid en onpartijdigheid loopt vervolgens gedurende de hele duur van de arbitrage 'including the time period for the correction or interpretation of a final award under the relevant rules'.¹³³ Hierbij wordt wel het volgende voorbehoud gemaakt: de periode na het wijzen van vonnis 'is known or readily ascertainable'.¹³⁴ Onbeantwoord blijft dan ook de vraag tot wanneer de verplichting precies loopt. Men zou zich bijvoorbeeld kunnen afvragen of de verplichting ook geldt tijdens de periode waarin wordt geprobeerd het arbitraal vonnis te laten vernietigen. Uit de toelichting op de IBA Guidelines 2014 kan worden afgeleid dat hiervan geen sprake is,¹³⁵ 'unless the final award may be referred back to the original Arbitral Tribunal under the relevant applicable law or relevant institutional rules'.¹³⁶ Deze uitzondering lijkt van toepassing op het moment dat sprake is van 'remission':

¹²⁷ Art. 5.3 LCIA Rules 2020.

¹²⁸ Art. 11 lid 2 NAI Arbitragereglement 2015.

¹²⁹ Art. 12 lid 1 Swiss Rules 2021. 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).

¹³⁰ Hoewel in de Arbitration Act 1996 een (algemene) verplichting tot arbitrale onafhankelijkheid en onpartijdigheid voor het scheidsrecht is opgenomen, heeft de wet geen bepaling inzake de temporele reikwijdte van de verplichting.

¹³¹ General Standard 1 IBA Guidelines 2014. In gelijke zin: Matray & Van den Berg 2003, p. 131.

¹³² Vgl. CA Parijs 2 juni 1989, *Revue de l'Arbitrage* 1991, afl. 1, p. 87 (*sociétés T.A.I., E.S.W. & I.E.C./sociétés S.I.A.P.E., Engrais de Gabès c.s.*): '(...) l'indépendance de l'arbitre est de l'essence de sa fonction juridictionnelle, en ce sens que, d'une part il accède dès sa désignation au statut de juge, exclusif par nature de tout lien de dépendance à l'égard des parties, (...)'.
¹³³ Explanation to General Standard 1 IBA Guidelines 2014, p. 4.

¹³⁴ Explanation to General Standard 1 IBA Guidelines 2014, p. 4.

¹³⁵ Zie anders bijv. art. 6 Codice Deontologico Dell'Arbitro van de Camera Arbitrale Milano: '(...) Egli deve rimanere indipendente in ogni fase del procedimento ed anche dopo il deposito del lodo, per il periodo di eventuale impugnazione dello stesso', vertaling: 'He shall remain independent during the entire arbitral proceedings as well as after the award is filed, during the period in which annulment of the award can be sought' (bron van de vertaling: via www.camera-arbitrale.it).

¹³⁶ Explanation to General Standard 1 IBA Guidelines 2014, p. 4.

onder bepaalde omstandigheden kan een overheidsrechter tijdens een vernietigings- of herroepingsprocedure een zaak terugverwijzen naar het scheidsgerecht, waarmee het scheidsgerecht in de gelegenheid wordt gesteld om bepaalde, door de overheidsrechter geconstateerde, gebreken ongedaan te maken.¹³⁷ Pas wanneer het vervolgens niet meer mogelijk is om het arbitraal vonnis aan te tasten, zijn de dienstdoende arbiters veilig. Een andere situatie waarin de uitzondering zich zou kunnen voordoen, is wanneer partijen het geschil 'in der minne' afdoen: ook in een dergelijk geval is het pleit in beginsel finaal 'beslecht'.¹³⁸ Mocht het geschil na vernietiging van het arbitraal (schikkings)vonnis bij hetzelfde scheidsgerecht terechtkomen, dan zal evenwel 'a fresh round of disclosure and review of potential conflicts of interests' uitkomst moeten bieden voor de beantwoording van de vraag of de arbiters niet vooringenomen zijn.¹³⁹

75. Een ruime(re) opvatting

Hoewel de gedachte dat de verplichting tot arbitrale onafhankelijkheid en onpartijdigheid niet (meer) geldt tijdens de periode waarin wordt geprobeerd het arbitraal vonnis te laten vernietigen in de literatuur navolging heeft gevonden,¹⁴⁰ klinken ook andere geluiden. In de literatuur is voorgesteld om het volgende onderscheid te maken: de verplichting tot arbitrale onafhankelijkheid 'lasts for the entire proceeding, and (at least arguably) into the period immediately after it' terwijl de verplichting van onpartijdigheid juist (meer) gelimiteerd in tijdsduur zou moeten zijn: 'it must end if an award is to be rendered'.¹⁴¹ Door een andere auteur is naar voren gebracht: '[i]n my view, the arbitrator's obligation to remain independent and impartial continues after the termination of the proceedings'.¹⁴² Deze gedachte lijkt aan te sluiten bij hetgeen in de ICC Rules 2021 naar voren komt. Het eerste lid van artikel 11 geeft aan dat een arbiter 'must be and remain impartial and independent of the parties involved in the arbitration'. Zoals zojuist naar voren werd gebracht, is het de vraag wat onder het woord 'remain' dient te worden verstaan. Interessant is hetgeen het Tribunal fédéral overwoog in mei 1992: '[c]ette indépendance est ainsi garantie non seulement au moment de la nomination des arbitres mais pour toute la

137 Zie bijv. art. 34 lid 4 UNCITRAL Model Law 2006; art. 1065a Rv; art. 68 lid 3 sub a Arbitration Act 1996. Vgl. Message concernant la modification de la loi fédérale sur le droit international privé (Chapitre 12: Arbitrage international) du 24 octobre 2018, p. 7183: 'Conformément au nouvel al. 6, les arbitres doivent révéler sans retard l'existence de faits qui pourraient éveiller des doutes légitimes sur leur indépendance ou leur impartialité. Cette obligation vaut pour toute la procédure: elle commence au moment où le mandat d'arbitre est proposé et dure jusqu'au terme de la procédure (moment où la sentence ou la nouvelle sentence suite à un recours est rendue)' (vindplaats: www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2018/2548/fr).

138 Vgl. Explanation to General Standard 1 IBA Guidelines 2014: '(...) or the arbitrator otherwise no longer has jurisdiction' (p. 5).

139 Explanation to General Standard 1 IBA Guidelines 2014, p. 5.

140 Gaillard & Savage 1999, nr. 1040.

141 Luttrell 2009, p. 21-22. Vgl. art. 11 TAI Code of Ethics and Conduct for Arbitrators: 'Unless otherwise provided herein, the ethical duty of arbitrators begins when appointed and remains through every step of proceedings until the copy of the final arbitral award has been delivered to the parties' (vindplaats: tai.coj.go.th/en/content/page/index/id/18870).

142 Mullerat 2012, p. 65.

durée de la procédure arbitrale, c'est-à-dire jusqu'au moment où la sentence finale est rendue'.¹⁴³

Een ruime(re) opvatting - die niet tot een strikte interpretatie van de woorden 'la sentence finale' is beperkt - lijkt wenselijk. Ter illustratie kan worden gewezen op hetgeen in de AAA/ABA Code of Ethics for Arbitrators in Commercial Disputes 2004 is opgenomen: '[f]or a reasonable period of time after the decision of a case, persons who have served as arbitrators should avoid entering into any such relationship, or acquiring any such interest, in circumstances which might reasonably create the appearance that they had been influenced in the arbitration by the anticipation or expectation of the relationship or interest'.¹⁴⁴ Ook in de literatuur is gepleit voor het gebruik van de (normatieve) woorden 'a reasonable period'.¹⁴⁵

Interessant, tot slot, is een zaak die zich ten overstaan van het Cour d'appel van Parijs afspeelde. De dag na het wijzen van het arbitraal vonnis ('le lendemain du prononcé de la sentence') was de voorzitter van het scheidsrecht in dienst getreden bij de partij die in het arbitraal vonnis in het gelijk was gesteld. In juli 1992 overwoog het hof dat deze omstandigheid bij de wederpartij niets anders dan 'un doute raisonnable sur l'indépendance d'esprit de cet arbitre [zou oproepen, PR], et à tout le moins justifier une demande de récusation'.¹⁴⁶ Nu de arbitrage na het eerste arbitrale vonnis was doorgestaan, overwoog het hof dat deze 'défaut d'indépendance' noodzakelijkerwijs zijn negatieve weerslag zou hebben op 'l'ensemble de la procédure arbitrale', en vernietigde het hof de beide arbitrale uitspraken.¹⁴⁷ Of altijd tot een dergelijke 'sanctie' zal worden overgegaan, lijkt afhankelijk te zijn van de omstandigheden van het geval. Zo overwoog het Cour d'appel van Parijs begin december 1995: '[l]e fait qu'un arbitre soit devenu le conseil d'une partie plus de deux ans après la sentence critiquée ne démontre nullement que des liens aient pu exister à l'époque du premier arbitrage, ou auparavant, entre cette partie et cet arbitre, de nature à mettre en cause l'indépendance et l'impartialité de celui-ci'.¹⁴⁸ Vrij vertaald: de omstandigheid dat een arbiter meer dan twee jaar na de arbitrale uitspraak advocaat van een partij is geworden, toont op geen enkele wijze aan dat er op het moment van de eerste arbitrage, of daarvoor, sprake was van banden tussen de partij en de arbiter die zijn onafhankelijkheid en onpartijdigheid in twijfel kunnen trekken.

143 Tribunal fédéral 11 mei 1992, *ASA Bulletin* 1992, afl. 3, p. 390. Vgl. art. 8 lid 1 CIARB Dispute Board Rules, augustus 2014: 'Every DB Member shall be impartial and independent of the Parties at the time of accepting an appointment to serve and must remain so until his or her appointment is terminated' (vindplaats: via www.ciarb.org).

144 Canon I (C) AAA/ABA Code of Ethics for Arbitrators in Commercial Disputes 2004.

145 Fernández Rozas 2010, p. 416.

146 CA Parijs 2 juli 1992, *Revue de l'Arbitrage* 1996, afl. 3, p. 410 (*société Raoul Duval/société Merkuria Sucden*). Ook advocaten die partijen in de arbitrage bijstaan kunnen de (negatieve) aandacht op zich vestigen door nog tijdens de arbitrage van kantoor te wisselen en te gaan werken voor bijvoorbeeld het kantoor dat de wederpartij in de arbitrage bijstaat, zie nader: Perry 2021.

147 Vgl. in andere zin: Högsta domstolen 9 juni 2010, nr. T 156-09 (*Korsnäs Aktiebolag/AB Fortum Värme*), r.o. 13: 'The provision in Section 34 first paragraph 5 of the Arbitration Act leaves no room to consider an arbitrator's conduct after the award has been rendered as a reason for setting aside an award' (bron van de vertaling: via www.arbitration.sccinstitute.com).

148 CA Parijs 1 december 1995, *Revue de l'Arbitrage* 1996, afl. 3, p. 527-528 (samenvatting) (*Epoux Lafond/société Sofides*). Zie ook: Clay 2001, p. 315; Fouchard 1996, p. 345.

3.4 Invulling van de verplichting tot onafhankelijkheid en onpartijdigheid voor arbiters

76. Opbouw

In de vorige paragraaf kwam naar voren dat de verplichting tot arbitrale onafhankelijkheid en onpartijdigheid een eerlijke procedure beoogt. In deze paragraaf zal worden stilgestaan bij de verschillende wijzen waarop invulling aan de verplichting is gegeven. In dit verband worden de volgende vier categorieën onderscheiden: i) invulling aan de hand van wet- en regelgeving voor overheidsrechters (par. 3.4.1), ii) invulling aan de hand van het openbare orde-begrip (par. 3.4.2), iii) invulling aan de hand van hetgeen partijen zijn overeengekomen (par. 3.4.3), en iv) invulling door de arbiter zelf (par. 3.4.4).

3.4.1 Invulling aan de hand van wet- en regelgeving voor overheidsrechters

77. Algemeen

Overheidsrechters worden uit hoofde van hun rechtsprekende functie geacht onafhankelijk en onpartijdig te zijn. In paragraaf 2.2.1 is naar voren gebracht dat arbiters niet op één lijn met overheidsrechters kunnen worden gesteld. In het verlengde hiervan zou kunnen worden betoogd dat een arbiter slechts voor zijn adjudicatieve werkzaamheden onafhankelijkheid en onpartijdigheid past.¹⁴⁹ Illustratief is hetgeen het Duitse Bundesgerichtshof in maart 1985 overwoog: '[s]eine Beachtung gehört zu den unverzichtbaren Grundsätzen jedes justizförmigen Verfahrens, die auch von den Schiedsgerichten zu befolgen sind'.¹⁵⁰ Vergelijkbare bewoordingen zijn afkomstig van het Cour de cassation in april 1972: '(...) l'indépendance d'esprit est indispensable à l'exercice d'un pouvoir juridictionnel, quelle qu'en soit la source, qu'elle est l'une des qualités essentielles des arbitres (...)'.¹⁵¹ Interessant is ook hetgeen het Engelse Supreme Court in juli 2011 overwoog: '[h]is functions and duties require him to rise above the partisan interests of the parties (...)'.¹⁵² Het EHRM heeft artikel 6 lid 1 EVRM en het in dit artikellid neergelegde recht op (toegang tot) 'an independent and impartial tribunal' van overeenkomstige toepassing verklaard op zgn. verplichte arbitrage. In dit licht zou voorzichtig kunnen worden betoogd dat het toepassingsgebied

149 Vgl. Court of Appeal (Civil Division) 17 maart 2005 (*Amec Civil Engineering Ltd/Secretary of State for Transport*), [2005] EWCA Civ 291, r.o. 46: '(...) The rules of natural justice are formalized requirements of those who act judicially. Compliance with them is required of judges and arbitrators and those in equivalent positions, (...)'. Vgl. Clay 2001, p. 201.

150 BGH 7 maart 1985, III ZR 169/83.

151 Cour de cassation (chambre civile 2) 13 april 1972, nr. 70-12.774 (*Consorts Ury/Galerie Lafayette*). Vgl. TGI Parijs 28 oktober 1988, *Revue de l'Arbitrage* 1990, afl. 2, p. 497 (*société Drexel Burnham Lambert Limited c.s./société Philipp Brothers c.s.*): 'Attendu que dans l'exercice de leur fonction de juger, les arbitres doivent être indépendants et impartiaux, pour assurer à chaque partie un traitement égal au cours d'un procès équitable; (...)'.¹⁵²

152 Supreme Court 27 juli 2011 (*Jivraj/Hashwani*), [2011] UKSC 40, r.o. 41. Id. r.o. 41: '(...) He is in effect a "quasi-judicial adjudicator": (...)'.¹⁵²

van het artikellid ruimer kan worden opgevat dan alleen toepasselijkheid voor overheidsrechters (vgl. par. 4.3.1).¹⁵³

78. Congruente maatstaven?

Op het moment dat wordt aangenomen dat een arbiter uit hoofde van zijn adjudicatieve functie wordt verondersteld onafhankelijk en onpartijdig te zijn, rijst de vraag in hoeverre voor de invulling van deze begrippen aansluiting zou kunnen worden gezocht bij de maatstaven die voor overheidsrechters gelden. Zowel in Engeland als in Nederland is aansluiting gezocht bij maatstaven die voor overheidsrechters gelden.¹⁵⁴ Onder het oude Nederlandse arbitragerecht (art. 626 lid 3 Rv), dat voor de inwerkingtreding van de Arbitragewet van 1986 gold, werd voor de wrakingsgronden van arbiters zelfs expliciet (door)verwezen naar de gronden die voor overheidsrechters ex artikel 30 (oud) Rv golden.¹⁵⁵ Ook in Zwitserland is aansluiting gezocht bij de constitutionele beginselen die voor overheidsrechters gelden ('il faut se référer aux principes constitutionnels développés au sujet des tribunaux étatiques'), zij het dat hierbij door het Tribunal fédéral in oktober 2010 de volgende kanttekening werd geplaatst: '[i]l convient, toutefois, de tenir compte des spécificités de l'arbitrage, et singulièrement de l'arbitrage international, lors de l'examen des circonstances du cas concret'.¹⁵⁶ Vrij vertaald: tijdens de bestudering van de omstandigheden van het geval dient rekening te worden gehouden met de specifieke kenmerken van arbitrage, en in het bijzonder die van internationale arbitrage. Tot slot werd in Frankrijk aanvankelijk via artikel 341 CPC aansluiting gevonden bij de wrakingsgronden voor overheidsrechters.¹⁵⁷ Deze koers wijzigde nadat het Cour de cassation in april 1998 overwoog: 'qu'en se déterminant par ces motifs alors que l'article 341 précité, qui prévoit limitativement huit cas de récusation, n'épuise pas nécessairement l'exigence

153 Zie nader par. 4.3.1. Vgl. bijv. ECRM 12 december 1983, nrs. 8588/79 & 8589/79 (*Bramelid en Malmström/Zweden*). Vgl. Tribunal fédéral 30 april 1991, 117 Ia 166, r.o. 5.a): 'Die sich aus Art. 58 BV und Art. 6 EMRK ergebenden Garantien beziehen sich nicht bloss auf staatliche Gerichte, sondern auch auf private Schiedsgerichte, (...)'. Het is onduidelijk in hoeverre van een tekst als de Grondwet eveneens een reflexwerking op arbitrage kan uitgaan, vgl. U.S. Court of Appeals for the Seventh Circuit 17 januari 1986 (*Elmore/Chicago & Illinois Midland Railway Co.*), 782 F.2d 94: '(...) since constitutional rights are in general rights against government officials and agencies rather than against private individuals and organizations, the fact that a private arbitrator denies the procedural safeguards that are encompassed by the term "due process of law" cannot give rise to a constitutional complaint'. Vgl. Born 2021a, p. 1927; Constitutional Court of South Africa 20 maart 2009 (*Lufuno Mphaphuli & Associates (Pty) Ltd./Andrews e.a.*), [2009] ZACC 6, r.o. 73.

154 House of Lords 20 mei 1993 (*Regina/Gough*), [1993] 2 All ER 724: 'I think it possible, and desirable, that the same test should be applicable in all cases of apparent bias, whether concerned with justices or members of other inferior tribunals, or with jurors, or with arbitrators'; Rb. 's-Gravenhage (wrakingskamer) 20 april 2009, ECLI:NL:RBSGR:2009:BL4455, r.o. 6.3: 'Een verder uitgangspunt is dat in beginsel voor Nederlandse arbiters, die in Nederland optreden, dezelfde maatstaf dient te gelden als voor Nederlandse rechters. (...)'.
155 Vgl. art. 12 lid 1 European Convention Providing a Uniform Law on Arbitration 1966: 'Arbitrators may be challenged on the same grounds as judges' (vindplaats: rm.coe.int/168006ff61).

156 Tribunal fédéral 29 oktober 2010, nr. 4A_234/2010, r.o. 3.2.1. In vergelijkbare zin: Tribunal fédéral 6 januari 2010, nr. 4A_348/2009, r.o. 3.2.

157 Cour de cassation (chambre civile 2) 14 november 1990, nr. 89-13.355. Artikel 341 CPC verwijst naar artikel L. 111-6 Code de l'organisation judiciaire waarin de wrakingsgronden voor overheidsrechters zijn neergelegd.

d'impartialité requise de toute juridiction' (curs. PR).¹⁵⁸ Vrij vertaald: de opsomming van de wrakingsgronden voor overheidsrechters in artikel 341 CPC is niet-limitatief.

Juist omdat arbiters niet op één lijn met overheidsrechters kunnen worden gesteld, kunnen vraagtekens worden gezet bij het één op één toepassen van de maatstaven en/of wrakingsgronden die (ooit) voor overheidsrechters zijn bedacht.¹⁵⁹ Dit behoeft in zoverre nuancering dat aansluiting kan worden gezocht, maar dat in het kader van de invulling wel rekening zou moeten worden gehouden met de specifieke context van de arbitrage. Interessant is hetgeen het Supreme Court van Canada in oktober 2003 overwoog: '[t]he contextual nature of the content of the duty of impartiality (...) like that of all of the rules of procedural fairness, may vary in order to reflect the context of a decision-maker's activities and the nature of its functions'.¹⁶⁰

3.4.2 Invulling aan de hand van het openbare orde-begrip

79. Algemeen

In de literatuur is naar voren gebracht dat '[t]here appears to be consensus in the international community that certain due process requirements have the status of a truly *international public policy*, and that these are relevant in arbitration' (curs. PR).¹⁶¹ Ook door diverse overheidsrechters is overwogen dat de verplichting tot arbitrale onpartijdigheid onder de noemer 'public policy' kan worden geschaard.¹⁶² Daarnaast is de term 'natural justice', waaronder de verplichting eveneens wordt geschaard (nr. 70), met de openbare orde in verband gebracht. Ter illustratie kan worden gewezen op hetgeen het High Court of Auckland in augustus 2003 overwoog: '[i]n most countries public policy requires observance of at least the rudiments of natural justice'.¹⁶³ In verschil-

158 Cour de cassation (chambre civile 1) 28 april 1998, nr. 96-11.637. Ook in de Verenigde Staten is sprake van een diffuus beeld: zo zijn uitspraken bekend waarin aansluiting is gezocht bij de maatstaven voor overheidsrechters, maar er zijn ook uitspraken bekend die hogere of juist lagere maatstaven aanleggen, zie nader: Luttrell 2009, p. 142-143.

159 In vergelijkbare zin: Luttrell 2009, p. 263 e.v., p. 266. Vgl. Born 2021a, p. 1925: '(...), there is a fundamental analytical flaw in equating the impartiality standards applicable to national court judges and international arbitrators. The error is that the former standards are designed for, and applied in, defined and comprehensively-regulated domestic contexts, while the latter apply in an international context which is defined principally by the parties' agreement and expectations in particular cases'. Vgl. BGH 3 juli 1975, III ZR 78/73: '(...) hat das Erfordernis der Unabhängigkeit und Unparteilichkeit der zur Streitentscheidung berufenen Personen im Schiedsgerichtsverfahren nicht ganz dieselbe Bedeutung wie im Verfahren vor den staatlichen Gerichten. Denn es dient nur dem Schutz der Parteien, nicht auch - wie in der staatlichen Gerichtsbarkeit - dem öffentlichen Interesse (...)'.
160 Supreme Court of Canada 30 oktober 2003 (*Imperial Oil Ltd./Quebec (Minister for Environment)*), [2003] 2 SCR 624, r.o. 31 (bestuursrecht) (vindplaats van de uitspraak: scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/2092/index.do).

161 Petrochilos 2004, nr. 4.127. Vgl. Gaillard & Savage 1999, nr. 1655.

162 Zie: IBA Subcommittee on Recognition and Enforcement of Arbitral Awards, Report on the Public Policy Exception in the New York Convention, oktober 2015, p. 15. Zie voor een overzicht van rechterlijke uitspraken: www.newyorkconvention.org/topic/lack-of-impartiality-of-arbitrator. Vgl. Conclusie A-G De Bock d.d. 11 december 2020, ECLI:NL:PHR:2020:1176, sub 4.7: 'De *processuele openbare orde* is in het geding indien de wijze waarop een arbitraal vonnis tot stand is gekomen in strijd is met fundamentele beginselen van procesrecht,³⁹ zoals het beginsel van hoor en wederhoor⁴⁰ of het beginsel van onpartijdigheid en onafhankelijkheid.⁴¹'

163 High Court Auckland 18 augustus 2003 (*Methanex Motunui Ltd./Spellman*), [2004] 1 NZLR 95, r.o. 45, vgl. r.o. 136. Vgl. High Court (Commercial Court) 19 februari 2015 (*Malicorp Ltd/Government of the Arab Republic of Egypt c.s.*), [2015] EWHC 361 (Comm), r.o. 22.

lende arbitragewetten levert het handelen in strijd met de verplichting tot arbitrale onafhankelijkheid en/of onpartijdigheid daarnaast een grond op die kan leiden tot vernietiging van een arbitraal vonnis wegens schending van de nationale openbare orde. Ook kan het handelen in strijd met de verplichting leiden tot een weigering om over te gaan tot erkenning en/of tenuitvoerlegging van een arbitraal vonnis wegens strijd met openbare orde. Illustratief in dit verband is hetgeen naar voren komt in het 'Report on Public Policy as a Bar to Enforcement of International Arbitral Awards' uit 2002 van de International Law Association: '[a]n example of procedural public policy is the requirement that tribunals be impartial'.¹⁶⁴

80. Arbitragewetgeving van de vier jurisdicties van onderzoek

De term 'openbare orde' komt eveneens in de arbitragewetgeving van de vier jurisdicties van onderzoek naar voren. Een schending van de verplichting tot arbitrale onafhankelijkheid en onpartijdigheid kan niettemin alleen op grond van de Nederlandse Arbitragewet aanleiding geven tot vernietiging van een arbitraal vonnis wegens strijd met de openbare orde. Op grond van artikel 1065 lid 1 aanhef en sub e Rv kan vernietiging plaatsvinden indien het vonnis, of de wijze waarop dit tot stand kwam, in strijd is met de openbare orde. In februari 1994 overwoog de Hoge Raad dat voor vernietiging van een arbitraal vonnis op deze grond 'dan alleen' plaats is wanneer:

'feiten en omstandigheden aan het licht zijn gekomen op grond waarvan moet worden aangenomen dat hetzij een arbiter bij het geven van de arbitrale beslissing in feite niet onpartijdig dan wel niet onafhankelijk was, hetzij omtrent diens toenmalige onpartijdigheid of onafhankelijkheid in zo ernstige mate twijfel mogelijk is dat het, de overige omstandigheden van het geval mede in aanmerking genomen, onaanvaardbaar zou zijn van de partij die in de arbitrage in het ongelijk is gesteld, te vergen dat zij zich bij de uitspraak neerlegt'.¹⁶⁵

Hoewel de term ook in de Arbitration Act 1996, de CPC en in de LDIP naar voren komt,¹⁶⁶ wordt schending van de verplichting tot arbitrale onafhankelijkheid en onpartijdigheid door overheidsrechters uit deze jurisdicties in beginsel onder een andere vernietigingsgrond geschaard (zie nader par. 4.3). Omdat de vier jurisdicties van onderzoek bij het Verdrag van New York 1958 zijn aangesloten, kan door overheidsrechters uit de jurisdicties in geval van toepasselijkheid van het Verdrag wel een exequatur worden onthouden aan een niet-nationaal arbitraal vonnis wegens strijd met de internationale openbare orde ex artikel V (2) (b) van het Verdrag indien sprake is van een arbitraal vonnis dat door (een) vooringenomen arbiter(s) is geweest (vgl. par. 4.2.2). Ten aanzien van overheidsrechters overwoog het Cour de cassation in april 1996: '(...) l'impartialité du juge est une exigence de l'ordre public

¹⁶⁴ International Law Association, Final ILA Report on Public Policy as a Bar to Enforcement of International Arbitral Awards, 2002 (bron: *Arbitration International* 2003, afl. 2, p. 256, onder verwijzing (in voetnoot 31) naar het Interim Report on Public Policy as a Bar to Enforcement of International Arbitral Awards van de International Law Association).

¹⁶⁵ HR 18 februari 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1266, NJ 1994/765 (*Nordström c.s./Van Nievelt Goudriaan & Co*), r.o. 3.8.

¹⁶⁶ Art. 1520 CPC; art. 68 lid 2 Arbitration Act 1996; art. 190 lid 2 sub e LDIP.

international'.¹⁶⁷ In het kader van arbitrage zouden Franse overheidsrechters evenwel terughoudend zijn met het aannemen van strijd met 'l'ordre public international' nu sprake dient te zijn van 'une violation flagrante, effective et concrète de l'ordre public international', aldus bijvoorbeeld het Cour de cassation in juni 2011.¹⁶⁸ Ook overheidsrechters in Engeland, Nederland en Zwitserland zijn van een restrictieve uitleg uitgegaan.¹⁶⁹ Daarnaast komt de term naar voren in wetsartikelen die van toepassing (kunnen) zijn indien het Verdrag van New York 1958 niet van toepassing is.¹⁷⁰

3.4.3 Invulling op basis van hetgeen partijen zijn overeengekomen

81. Contractuele invulling van de verplichting tot arbitrale onafhankelijkheid en onpartijdigheid

De twee wijzen van invulling van de verplichting tot arbitrale onafhankelijkheid en onpartijdigheid die hierboven zijn besproken, zouden als publiekrechtelijk kunnen worden gekwalificeerd: zowel in het kader van invulling aan de hand van maatstaven die voor overheidsrechters gelden, als in het kader van invulling aan de hand van de openbare orde, wordt een beroep op staten gedaan. Naast de publiekrechtelijke invulling kan ook een 'private' invulling worden onderscheiden: onder verwijzing naar hetgeen in paragraaf 2.2.2 naar voren kwam over de contract-theorie, en met een beroep op het beginsel van de partijautonomie, zou kunnen worden betoogd dat het partijen vrij staat om contractueel afspraken te maken over de invulling van de verplichting tot arbitrale onafhankelijkheid en/of onpartijdigheid.¹⁷¹ Deze gedachte vindt bevestiging in de volgende bewoordingen van het Amerikaanse Supreme Court

¹⁶⁷ Cour de cassation (chambre civile 1) 3 december 1996, nr. 94-20.986.

¹⁶⁸ Cour de cassation (chambre civile 1) 29 juni 2011, nr. 10-16.680. In gelijke bewoordingen: Cour de cassation (chambre civile 1) 11 maart 2009, nr. 08-12.149; Cour de cassation (chambre civile 1) 6 oktober 2010, nr. 09-10.530; Cour de cassation (chambre civile 1) 4 juni 2008, nr. 06-15.320; CA Parijs 18 november 2004, *Revue de l'Arbitrage* 2005, afl. 3, p. 758 (SA Thalès Air Défense/GIE Euromissile). In de literatuur is deze (terughoudende) toets als 'approche minimaliste' aangeduid, zie bijv. Radicati Di Brozolo 2005. Vgl. voorts bijv. Cour de cassation (chambre civile 1) 20 maart 2013, nr. 12-18.238: '(...), que l'omission de révélation par l'arbitre avait porté atteinte aux droits de la défense protégés par l'ordre public procédural, (...)'. Vgl. CA Parijs 10 april 2008, *Revue de l'Arbitrage* 2008, afl. 2, p. 342-343 (SAS C22/société John K. King & Sons Limited Frontier Agriculture Limited); CA Parijs 20 december 1984, *Revue de l'Arbitrage* 1987, afl. 1, p. 55-58 (Secrétariat du Comité général aux communications et transport maritime (G.P.L.A.)/The Canal Harbour Works Co).

¹⁶⁹ Engeland: zie bijv. Court of Appeal (Civil Division) 23 april 2018 (RBRG Trading (UK) Ltd/Sinocore International Co Ltd.), [2018] EWCA Civ 838, r.o. 25; Nederland: zie bijv. Hof Amsterdam 9 oktober 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:3755, r.o. 3.14; Rb. Rotterdam (vzr.) 28 februari 2011, ECLI:NL:RBROT:2011:BP6101, r.o. 4.16, vgl. Hof Amsterdam 29 januari 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:192, r.o. 3.4; Rb. Dordrecht (vzr.) 30 juni 2010, ECLI:NL:RBDOR:2010:BM9975, r.o. 5.11; Rb. Noord-Nederland (vzr.) 27 november 2017, ECLI:NL:RBNNE:2017:4536, r.o. 4.12; *Kamerstukken II* 1983/84, 18464, nr. 3, p. 36; Snijders 2018, p. 669; Meijer 2022, art. 1076 Rv, nr. 2 sub h: 'De zogenaamde internationale openbare orde vormt een enger begrip dan de interne openbare orde'. Vgl. HR 15 juni 2018, ECLI:NL:HR:2018:918, NJ 2019/224 (*Diag Human SE/Republiek Tsjechië*), r.o. 3.6.2; Hof Amsterdam 28 april 2009, ECLI:NL:GHAMS:2009:BI2451, r.o. 3.5. Voor Zwitserland: zie bijv. Tribunal fédéral 27 mei 2020, nr. 5A_1046/2019, r.o. 4.4.2; Tribunal fédéral 26 februari 2015, nr. 4A_374/2014, r.o. 4.2.2; Tribunal fédéral 28 juli 2010, nr. 4A_233/2010, r.o. 3.2.1; Tribunal fédéral 8 december 2003, nr. 4P.173/2003, r.o. 4.1; Tribunal fédéral 19 december 1990, 116 II 625, r.o. 4.a). Vgl. voorts bijv. Tribunal fédéral 10 oktober 2011, nr. 5A_427/2011, r.o. 7.1; Tribunal fédéral 12 december 1975, 101 Ia 521, r.o. 4.a).

¹⁷⁰ Art. 1076 lid 1 Rv; art. 1514 CPC. Vgl. art. 194 LDIP; art. 66 Arbitration Act 1996.

¹⁷¹ Vgl. Hevia 2009, p. 291.

uit november 1968: '[t]he judiciary should minimize its role in arbitration as judge of the arbitrator's impartiality. That role is best consigned to the parties, who are the architects of their own arbitration process and are far better informed of the prevailing ethical standards and reputations within their business' (curs. PR).¹⁷²

Ook in de literatuur is naar voren gebracht dat partijen de verplichting tot arbitrale onafhankelijkheid en/of onpartijdigheid contractueel zouden kunnen vastleggen, bijvoorbeeld in het arbiter-contract (vgl. par. 2.2.2).^{173,174} Schending van deze verplichting zou niet alleen tot wraking kunnen leiden, maar ook tot wanprestatie en mogelijk zelfs tot (contractuele) aansprakelijkheid van een arbiter.¹⁷⁵ Onder meer bij Franse overheidsrechtters heeft deze wijze van invulling van de verplichting tot arbitrale onafhankelijkheid en onpartijdigheid bevestiging gevonden. Zo overwoog het Cour de cassation in april 1972: '(...) l'indépendance d'esprit (...) est l'une des qualités essentielles des arbitres (...) l'ignorance par l'une des parties d'une circonstance de nature à porter atteinte à cette qualité vicie le consentement donné par elle à la convention d'arbitrage et entraîne la nullité (...)'.¹⁷⁶ Vrij vertaald: de onafhankelijkheid van geest is één van de belangrijkste kwaliteiten van arbiters. Onwetendheid bij één van de partijen van een omstandigheid die deze kwaliteit kan aantasten, maakt de door deze partij verleende toestemming voor de arbitrageovereenkomst ongeldig en leidt tot nietigheid. Anders gezegd, het ontbreken van 'l'indépendance d'esprit' van een arbiter kan een gerechtvaardigde grond zijn voor nietigheid van een arbitrageovereenkomst. Deze overweging werd door het Cour de cassation in februari 1974 herhaald.¹⁷⁷ Het Cour de cassation zou daarnaast diverse malen hebben overwogen dat een arbitragebeding is 'susceptible d'être annulé' op het moment dat één van de partijen 'a cru faussement à l'impartialité de l'arbitre désigné dans l'acte'.¹⁷⁸ Het Cour de cassation zou de arbiter in dergelijke gevallen beschouwen als een derde partij bij de arbitrageovereenkomst:

172 U.S. Supreme Court 18 november 1968 (*Commonwealth Coatings Corp./Continental Cas. Co.*), 393 U.S. 145. In andere zin: Supreme Court of New Jersey 28 mei 1981 (*Barcon Associates/Tri-County Asphalt Corp.*), 86 N.J. 179: 'The parties may agree to any form of dispute resolution that they wish, but they may not seek the backing of the courts for private actions that, while substituting for the judicial function, are fraught with the appearance of bias'.

173 Zie nader: Born 2021a, p. 2133, 2164. Vgl. Rau 1998, p. 154: '(...) as part of a process of private government and self-determination, arbitration should be understood primarily through the lenses of contract rather than of adjudication. (...)'. Vgl. art. 942 (oud) Code de procédure civile 1999 (Québec): 'Outre pour les motifs mentionnés aux articles 234 et 235, un arbitre peut être récusé s'il ne possède pas les qualifications convenues par les parties' (vindplaats: via www.legisquebec.gouv.qc.ca).

174 In het verlengde hiervan zou de vraag kunnen worden gesteld in hoeverre het voor partijen mogelijk is om afstand te doen van het recht op (een) onafhankelijke en onpartijdige arbiter(s). Ik kom hierop terug in hoofdstuk 4.

175 Zelfs zou men kunnen denken aan strafrechtelijke vervolging. In Kuala Lumpur werd een Britse arbiter wegens corruptie vervolgd vanwege het overleggen van een valse verklaring van onafhankelijkheid bij het Kuala Lumpur Regional Centre for Arbitration, zie nader: Shagar 2013.

176 Cour de cassation (chambre civile 2) 13 april 1972, nr. 70-12774 (*Consorts Ury/Galleries Lafayette*).

177 Cour de cassation (chambre civile 2) 20 februari 1974, nr. 72-11.221 (*FACO*). In gelijke zin: CA Parijs 9 april 1992, *Revue de l'Arbitrage* 1996, afl. 3, p. 475 e.v. (*société Annahold BV & D. Frydman/L'Oréal c.s.*): '(...), il apparaît que le consentement donné par M. Frydman à la convention d'arbitrage, dans l'ignorance de ces éléments révélés au cours de l'instance arbitrale, n'a pas été exprimé librement, en pleine connaissance d'une cause éventuelle de récusation existant en la personne de l'arbitre, de sorte que la convention d'arbitrage est nulle, au sens de l'article 1502, 1°, du nouveau Code de procédure civile; (...)', vgl. TGI Parijs 15 januari 1988, *Revue de l'Arbitrage* 1988, afl. 2, p. 318 (*société des Equipements industriels Stolz S.A./société Ets Letierce e.a.*): '(...), le grief tiré d'une erreur substantielle sur les qualités personnelles de l'arbitre n'est pas fondé sur ce point; (...)'.
 178 Zie nader: Castres Saint-Martin 2016, nr. 583, onder verwijzing naar literatuur.

‘(...) le consentement d’un contractant peut être vicié par une méprise sur un tiers au contrat’.¹⁷⁹ Tot slot is in de literatuur verdedigd dat het contractenrecht ook in het kader van de tenuitvoerlegging van een arbitraal vonnis een rol zou kunnen spelen. Ingevolge deze gedachtegang – in het kader waarvan een arbitraal vonnis als een ‘quasi-contractual document’ is gekwalificeerd – zouden kleine inbreuken de nakoming van het vonnis niet kunnen frustreren: ‘*de minimis* breaches of the contract (such as non-serious departures from procedural fairness) should not frustrate its performance’.¹⁸⁰

82. Reikwijdte van de contractuele partijautonomie

Een op het eerste oog opmerkelijke uitwerking van de hiervoor geschetste contractuele partijautonomie komt naar voren in een uitspraak van het Supreme Court van Texas uit juni 2014.¹⁸¹ In deze zaak stond, kort samengevat, de vraag centraal of de contractueel overeengekomen verplichting op grond waarvan de partij-arbiters onafhankelijk dienden te zijn óók zou inhouden dat zij onpartijdig dienden te zijn nu de AAA (onder wier administratieve vleugels de arbitrage plaatsvond) de partij-arbiter van één van de partijen niet had geaccepteerd wegens partijdigheid. Het gerecht onderstreepte dat de arbiters dienden te worden geselecteerd op de wijze zoals door partijen was overeengekomen.¹⁸² Nu de arbitrageovereenkomst alleen aangaf dat de partij-arbiters onafhankelijk dienden te zijn en niets over een verplichting tot arbitrale onpartijdigheid stond opgenomen, stond het de AAA niet vrij om de partij-arbiter wegens partijdigheid uit te sluiten van deelname aan het scheidsgerecht, aldus het gerecht. Het gerecht kwam tot het oordeel dat het scheidsgerecht in strijd met de bepalingen in de arbitrageovereenkomst was samengesteld, en dan ook niet was bevoegd om het geschil te beslechten.

3.4.4 Arbitrale zelfregulering

83. Een intrinsieke overtuiging

Op basis van hetgeen tot nu toe naar voren is gekomen, zou kunnen worden gezegd dat de nadruk in het kader van de invulling van de verplichting tot arbitrale onafhankelijkheid en onpartijdigheid op externe regulering ligt: op grond van (arbitrale) wet- en/of regelgeving dan wel vanuit partijen wordt arbiters de verplichting opgelegd om onafhankelijk en/of onpartijdig te zijn. Arbiters kunnen ook zichzelf vanuit een intrinsieke overtuiging de verplichting opleggen om onafhankelijk en onpartij-

179 Castres Saint-Martin 2016, nr. 583, onder verwijzing naar literatuur. Vgl. (dwaling en het benoemende arbitrage-instituut): CA Parijs 6 april 1990, *Revue de l'Arbitrage* 1990, afl. 4, p. 880-886 (*société Philipp Brothers/société Icco c.s.*).

180 Luttrell 2009, p. 272-273.

181 Supreme Court of Texas 20 juni 2014 (*Americo Life, Inc. c.s./R.L. Myer & Strider Marketing Group, Inc.*), nr. 12-0739. Overigens waren vier rechters het niet met dit oordeel eens ('dissented').

182 Supreme Court of Texas 20 juni 2014, nr. 12-0739: 'Arbitrators derive their power from the parties' agreement to submit to arbitration. (...) They have no independent source of jurisdiction apart from the parties' consent. (...). Accordingly, arbitrators must be selected pursuant to the method specified in the parties' agreement. (...). An arbitration panel selected contrary to the contract-specified method lacks jurisdiction over the dispute. (...)'.

dig te zijn. Het zou gaan om 'un attitude déterminée non pas tant par le respect de règles du droit, que par la conscience de certains devoirs d'essence éthique'.¹⁸³ Verschillende beweegredenen kunnen aan een dergelijke houding ('attitude') ten grondslag liggen. Zo zou een arbiter zich op grond van een bepaalde geloofsovertuiging verplicht kunnen voelen om niet-vooringenomen te zijn. Daarnaast kan een arbiter zich moreel verplicht voelen om onafhankelijk en onpartijdig te zijn ('noblesse oblige'). In de literatuur is in dit verband naar voren gebracht dat de moraal van een arbiter bepalend zou zijn voor het gedrag van een arbiter: '[c]ette morale lui assigne des règles de conduite qui constituent la déontologie de l'arbitre dont le principal élément est le devoir d'indépendance de l'arbitre'.¹⁸⁴ Sommige partijen zouden arbiters voorts benoemen (juist) vanwege hun morele kwaliteiten.¹⁸⁵

84. Het opleggen van 'wenselijk' gedrag

Interessant is een uitspraak van het Audiencia Provincial van Madrid uit juni 2007 waarin het gerecht overwoog dat de verplichting tot onpartijdigheid 'una actitud del árbitro necesariamente subjetiva' is, en begrepen zou moeten worden 'como un deber ético esencial del árbitro'.¹⁸⁶ Waar de ethiek van een arbiter eerder als leidraad voor zijn gedrag werd gezien,¹⁸⁷ wordt ethiek vandaag de dag steeds vaker in arbitrale regelgeving en/of gedragscodes 'opgelegd'.¹⁸⁸ Een recente loot aan de gedragscodes-stam, zij het in het kader van investeringsarbitrage, is de 'Code of Conduct for Adjudicators in Investor-State Dispute Settlement', een gezamenlijk product van UNCITRAL en het ICSID.¹⁸⁹ Niet alleen kan men zich afvragen wat de status van deze regels is,¹⁹⁰ maar ook of het op deze wijze 'afdwingen' van gewenst gedrag wenselijk is. Daarnaast kan men zich de vraag stellen of de verantwoordelijkheid in dit

183 Henry 2001, nr. 274, onder verwijzing naar literatuur. Vgl. Dupeyré 2017, p. 49.

184 Henry 2001, nr. 284, vgl. (investeringsarbitrage) Ziadé 2012.

185 Hanotiau 2003, p. 285.

186 Audiencia Provincial Madrid 13 juni 2007 (bron van de uitspraak: Fernández Rozas 2010, p. 414; bron van de geciteerde rechtsoverweging: J.C. Fernández Rozas, 'Contenido Ético del Oficio de Árbitro', *Congreso Arbitraje La Habana* 2010 (vindplaats: www.ohadac.com/telechargement/bibliographie/21/0/contenido-etico-del-acceso-a-la-actividad-arbitr.fernandez-rozas-jose-carlos.pdf)).

187 Rogers 2008, p. 621. Vgl. Mustill & Boyd 1989, p. 224: '(...), the arbitrator can be regarded as undertaking three principal duties - namely to take care, to proceed diligently, and to act impartially. The existence of a moral obligation to perform these duties is undeniable'.

188 Zie bijv. AAA/ABA Code of Ethics for Arbitrators in Commercial Disputes 2004; IBA Code of Ethics for Arbitrators 1987; CI Arb Code of Professional and Ethical Conduct for Members, oktober 2009; Charte éthique de l'arbitrage du Conseil National des Barreaux (vindplaats: via www.cnb.avocat.fr). Zie ook (algemeen): Dobiáš 2017.

189 Op 19 april 2021 is de tweede versie van de code gepubliceerd, zie nader: icsid.worldbank.org/resources/code-of-conduct; uncitral.un.org/en/codeofconduct. In september 2021 is de derde versie gepubliceerd: icsid.worldbank.org/sites/default/files/documents/Code_of_Conduct_V3.pdf. Vgl. voor de totstandkoming (naar een voorstel van de regering van Algerije) bijv. UNCITRAL, A/CN.9/855, 27 mei 2015, p. 3; Note by the Secretariat, Settlement of commercial disputes: Possible future work on ethics in international arbitration, A/CN.9/880, 29 april 2016; UNCITRAL, Report of Working Group II (Dispute Settlement) on the work of its sixty-sixth session, A/CN.9/901, 16 februari 2017, p. 2.

190 Vgl. Dal & Leroy 2003, p. 182.

verband wel op de schouders van de arbitragesector zou moeten rusten. Een andere belangrijke vraag is hoe en door wie deze regels dienen te worden uitgelegd.¹⁹¹

3.5 Andere begrippen

85. Opbouw

Op basis van hetgeen in de voorgaande paragrafen naar voren is gekomen, kan naar voren worden gebracht dat de verplichting tot arbitrale onafhankelijkheid en de verplichting tot arbitrale onpartijdigheid complementair zijn in hetgeen zij beogen: een 'eerlijke', 'rechtvaardige' en/of 'behoorlijke' procedure. Niet betwist is dat arbiters ook andere verplichtingen kunnen worden opgelegd dan alleen de verplichting tot onafhankelijkheid en/of onpartijdigheid. In de laatste paragraaf van dit hoofdstuk wordt aandacht besteed aan drie andere begrippen die eveneens in verband worden gebracht met het streven naar een 'eerlijke', 'rechtvaardige' en/of 'behoorlijke' procedure: i) neutraliteit (par. 3.5.1), ii) objectiviteit (par. 3.5.2), en iii) integriteit (par. 3.5.3). In dit kader wordt onder meer de vraag besproken in hoeverre deze begrippen complementair (kunnen) zijn aan de verplichting tot arbitrale onafhankelijkheid en onpartijdigheid.

3.5.1 Neutraliteit

86. Etymologie

Het begrip 'neutraliteit' kan etymologisch worden teruggeleid tot zowel het Latijn als het Middelfrans.¹⁹² Het Latijnse woord 'neutrālis' (vertaling: van onzijdig geslacht) zou van het Latijnse woord 'neuter' zijn afgeleid (vertaling: onzijdig; goed noch slecht), dat op zijn beurt is samengesteld uit de woorden 'ne' (vertaling: niet) en 'uter' (vertaling: een van beiden).¹⁹³ Het Middelfrans kende het woord 'neutral' (vertaling: onzijdig; goed noch slecht¹⁹⁴); in het 'Frans' van vandaag de dag wordt het woord 'neutre' (vertaling: onzijdig) gebruikt.¹⁹⁵ Vanaf de tweede helft van de vijftiende eeuw zou het Nederlandse woord 'neutrael' worden gebruikt in de zin van

191 Vgl. art. 15 DIS-Schiedsgerichtsordnung 1998: '[e]r hat sein Amt nach bestem Wissen und Gewissen auszuüben und ist dabei an keine Weisungen gebunden' (vindplaats: via www.disarb.org), zie over deze bepaling: Berger 2015b, nr. 9: 'The second sentence of Section 15 DIS Rules has no counterpart in other arbitration rules'. Dit zou een verklaring kunnen zijn dat deze formuleringswijze niet meer terugkomt in de DIS-Schiedsgerichtsordnung 2018 die in werking is getreden m.i.v. 1 maart 2018. Vgl. art. 4 lid 1 Arbitragewet van Vietnam: 'Arbitrators must respect the agreement of the parties if it does not breach prohibitions and is not contrary to social morals' (bron: 'Law on Commercial Arbitration No. 54/2010/QH12', in: L. Bosman (red.), *ICCA International Handbook on Commercial Arbitration*, ICCA & Kluwer Law International 2020, Supplement No. 70, augustus 2012, p. 2).

192 Philippa e.a. 2018, zoekterm: 'neutraal'. Ook het Engelse woord 'neutral' kan als Frans en/of Latijns leenwoord worden gekwalificeerd, zie: OED (online), zoekterm: 'neutral'.

193 Philippa e.a. 2018, zoekterm: 'neutraal'.

194 Vgl. OED (online), zoekterm: 'neutral': 'neutral not taking part in a war (1536), not taking sides in a dispute (c1600)'.

195 Philippa e.a. 2018, zoekterm: 'neutraal'.

‘geen partij kiezend, tot geen van beide partijen behorend’.¹⁹⁶ In de huidige juridische context komt het begrip ‘neutraliteit’ met name in het volkerenrecht voor.¹⁹⁷

87. Betekenis in het kader van (handels)arbitrage: een neutrale nationaliteit

Ook in de context van (handels)arbitrage is het begrip ‘neutraliteit’ niet onbekend.¹⁹⁸ Hoewel het begrip niet eenvoudig te definiëren is,¹⁹⁹ kan worden gesteld dat de neutraliteit van arbiters vaak tegen iets of iemand anders wordt afgezet. Anders gezegd, een arbiter is neutraal ten opzichte van iets of iemand. Zo wordt bijvoorbeeld gesproken van neutraliteit ten opzichte van een bepaalde staat, maar ook van neutraliteit ten opzichte van een politiek systeem en/of cultuur.²⁰⁰ Meer abstract kan worden gesproken van neutraliteit ten opzichte van een juridisch systeem en/of ten opzichte van bepaalde juridische leerstukken.²⁰¹ Voor arbiters in het kader van handelsarbitrage wordt het begrip vaak in verband gebracht met het begrip ‘nationaliteit’ (vgl. par. 5.4).²⁰² Ondanks hetgeen het Gerechtshof Tunis in maart 2012 zou hebben overwogen - ‘(...) belonging to a particular nationality is not a reason to deny the independence or impartiality of the arbitrator as this is said to encourage tribalism, which is an obsolete and out dated concept’²⁰³ - en het Oberlandesgericht Karlsruhe in september 2007 - ‘In der bloßen Tatsache, dass die Nationalität aller drei Schiedsrichter mit der Nationalität einer Partei übereinstimmt, liegt *noch kein* Neutralitätsverstoß, der den Ordre public-Einwand (Art. V Abs. 2 b UNÜ) begründen könnte’ (curs. PR)²⁰⁴ - wordt met de nationaliteit van de arbiter rekening gehouden. De ‘usual practice in international arbitration’ zou zijn dat in ieder geval de voorzitter van het scheidsgerecht en/of unus-arbiter een andere nationaliteit heeft dan de partijen in de arbitrage.²⁰⁵

196 Philippa e.a. 2018, zoekterm: ‘neutraal’. Vgl. Van Dale (online), zoekterm: ‘neutraal’: ‘1451-1475 (neutraal)’; id. zoekterm: ‘neutraliteit’: ‘1542, Frans *neutralité*’.

197 De OED (online) verklaart de etymologische herkomst van het woord ‘neutrality’ als volgt: aan het einde van de veertiende eeuw werd het Franse woord ‘neutralité’ gebruikt in de betekenis van ‘the state of not being on any side’. Rond 1500 verschoof de betekenis naar ‘the attitude of a political power which does not participate in hostilities between two other powers’.

198 Zie bijv. IBA Arb 40 Subcommittee, The Current State and Future of International Arbitration: Regional Perspectives, september 2015 waarin neutraliteit één van de ‘keys to growth’ wordt genoemd (p. 9).

199 Zie voor een definiëringssporing bijv. Lee 2008, p. 607; Henry 2001, nr. 246; Bernini 1989, p. 40.

200 Scott Donahey 1992, p. 31-32.

201 Lee 2008, p. 607; Lalive 1984, p. 27-28. Lalive spreekt over de zgn. ‘international outlook’. Met een dergelijke ‘outlook’ zal een arbiter ‘really be neutral in relation to the legal systems and methods, whether procedural or substantive, of both parties (...)’. Vgl. (algemeen) Goodman Everard 1991.

202 Lee 2008, p. 609; Lalive 1984, p. 24. Zie ook bijv. LCIA 30 september 1998, nr. 8086, ‘Summary’. Vgl. Redfern & Hunter 2015, nr. 4.64; Scott Donahey 1992, p. 40-41. Ook buiten de context van arbiters wordt bijv. gesproken over een ‘neutrale’ wet of zetel (zie bijv. Lalive 1984, p. 28 waarin wordt gesproken over de neutraliteit ‘of the place of arbitration’) of ‘neutraliteit’ van internationale commerciële arbitrage in het algemeen (Jaksic 2007, p. 168).

203 Court of Appeal Tunis 13 maart 2012, nr. 25825 (bron van de uitspraak: *International Journal of Arab Arbitration* 2015, afl. 1, p. 64). Vgl. Tribunal fédéral 27 mei 2003, nrs. 4P.267/2002, 4P.268/2002, 4P.269/2002 & 4P.270/2002, r.o. 3.3.3.2; Supreme Court of India 31 maart 2014 (*Reliance Industries Ltd. c.s/U.O.I.*), r.o. 68.

204 OLG Karlsruhe 14 september 2007, nr. 9 Sch 02/07, r.o. 3.c) (vindplaats: via newyorkconvention1958.org).

205 Redfern & Hunter 2015, nr. 4.61, in vergelijkbare zin: Bishop & Reed 1998, p. 401 (‘the prevailing practice in international arbitration’), vgl. Born 2021a, p. 1858.

De arbitrale regelgeving van de bestudeerde arbitrage-instituten, het ICSID en UNCITRAL is op dit punt niet uniform (zie nader par. 5.4.2). De ICSID Arbitration Rules 2006 zijn streng: '[t]he majority of the arbitrators *shall be* nationals of States other than the State party to the dispute and of the State whose national is a party to the dispute' (curs. PR).²⁰⁶ De ICC Rules 2021 geven wat meer ruimte: het ICC Court 'shall consider the prospective arbitrator's nationality'.²⁰⁷ Ook de UNCITRAL Model Law 2006 laat enige ruimte: de benoemende instantie 'shall take into account as well the advisability of appointing an arbitrator of a nationality other than those of the parties'.²⁰⁸ Ook op grond van het NAI Arbitragereglement 2015 is in beginsel 'geen persoon om reden van zijn nationaliteit van benoeming uitgesloten'.²⁰⁹ Wel kunnen partijen 'verlangen dat de voorzitter niet de nationaliteit van een van de partijen bezit'.²¹⁰ Voorts komt in zowel de ICC Rules 2021 als in de LCIA Rules 2020 een bepaling naar voren die op de nationaliteit van de voorzitter of de unus-arbiter ziet: in beginsel 'shall' deze arbiter een andere nationaliteit dan partijen hebben, zij het dat partijen onder omstandigheden kunnen instemmen om tot benoeming van een arbiter met een bepaalde nationaliteit over te gaan.²¹¹ In de Swiss Rules 2021 is geen aandacht aan de nationaliteit van arbiters besteed. Ook in de IBA Guidelines 2014 wordt niet nader op de nationaliteit van arbiters ingegaan.

88. Neutraliteit en partij-arbitrage

De term 'neutraal' komt eveneens naar voren in de (specifieke) context van partij-arbitrage. In regelgeving die van de AAA afkomstig is, kunnen verschillende aanwijzingen worden gevonden. Zo komt in de inleiding van de AAA/ABA Code of Ethics for Arbitrators in Commercial Disputes 2004 naar voren dat 'it is preferable for all arbitrators including any party-appointed arbitrators to be neutral, that is, independent and impartial, and to comply with the same ethical standards'. Door de AAA Commercial Arbitration Rules 2013 worden vergelijkbare woorden gehanteerd.²¹² Interessant is dat in deze regelgeving neutraliteit de verplichting tot onpartijdigheid omvat.²¹³ Het is de vraag of dit gelukkig is; betoogd zou kunnen worden dat (de betekenis van) het begrip 'onpartijdigheid' in die zin beperkter is nu het begrip ziet op vooringenomenheid ten opzichte van een (bepaalde) partij.²¹⁴ Daarentegen zou het

206 Rule 1 lid 3 ICSID Arbitration Rules 2006, zij het met het volgende voorbehoud: '(...) unless the sole arbitrator or each individual member of the Tribunal is appointed by agreement of the parties'.

207 Art. 13 lid 1 ICC Rules 2021.

208 Art. 11 lid 5 UNCITRAL Model Law 2006. Zie ook: art. 6 lid 7 UNCITRAL Arbitration Rules 2013: '(...) shall take into account the advisability of appointing an arbitrator of a nationality other than the nationalities of the parties'.

209 Art. 11 lid 1 NAI Arbitragereglement 2015.

210 Art. 13 lid 4 NAI Arbitragereglement 2015. In vergelijkbare zin: art. 14 lid 4 NAI Arbitragereglement 2015.

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

212 R-13 sub b AAA Commercial Arbitration Rules 2013.

213 Hetgeen ook in de literatuur naar voren is gekomen: '(...) a symbol of impartiality, the national neutrality of an arbitrator': Born 2021a, p. 1868-1869, onder verwijzing naar literatuur; Lalive 1984, p. 25. Vgl. Verbruggen 2010: '(...) a duty to remain neutral outside of the arbitral proceeding, which may be considered a part of his general duty of impartiality and independence, or a parallel, distinct duty of discretion ("devoir de réserve"). (...)'.
 214 Vgl. Lee 2007, p. 609.

begrip 'neutraliteit' in zekere zin kunnen worden geobjectiveerd nu de neutraliteit van een arbiter wordt afgezet tegen hetgeen ten opzichte waarvan men 'neutraal' dient te zijn.²¹⁵ Anders gezegd: een arbiter kan te goeder trouw 'niet-neutraal' zijn, maar op het moment dat een arbiter niet onpartijdig is, zou dit het resultaat zijn van 'bad faith, i.e. malicious intent (*dolus*), or a lack of diligence or care regarding the arbitrator's most elementary duties (*culpa*)'.²¹⁶ In dit licht zou dan ook kunnen worden betoogd dat het begrip neutraliteit tekort wordt gedaan op het moment dat het als complementair aan de verplichting tot arbitrale onafhankelijkheid en onpartijdigheid wordt gezien.²¹⁷

3.5.2 Objectiviteit

89. Etymologie

Naast neutraliteit komt de eis van objectiviteit voor. De etymologische herkomst van het woord 'objectief' zou tot het Middelfranse woord 'objective' kunnen worden teruggeleid.²¹⁸ Het Oudfranse woord 'object' (onder meer vertaald als: 'al het waarneembare voor de zintuigen, in het bijzonder voor de ogen') zou tot het Middel-eeuws-Latijnse woord 'obiectum' kunnen worden teruggeleid dat de betekenis zou dragen van: 'wat op zichzelf bestaat, onafhankelijk van het denkend subject'.²¹⁹ In de juridische context is objectiviteit omschreven als 'independence of mind'²²⁰: een geschillenbeslechter zal zich in beginsel slechts dienen te laten leiden door de feiten die aan hem zijn gepresenteerd.²²¹ In de context van de alternatieve geschilbeslechting is het begrip voor mediators niet onbekend.²²²

90. Betekenis in het kader van (handels)arbitrage

In het kader van (handels)arbitrage is het begrip lastiger te duiden: de term 'objectief' wordt eerder in verband gebracht met de toets die wordt aangelegd om te

215 Bernini 1991 maakt onderscheid tussen neutraliteit: 'likelihood for the arbitrator to be, and remain, wholly equidistant in thought and action throughout the arbitral proceedings', en onpartijdigheid: 'status to be actually tested in the context of the concrete relations existing between the arbitrator(s) and each individual party'. Vgl. Scott Donahey 1992, p. 32.

216 Bernini 1989, p. 39-40.

217 Vgl. Feehily 2019, p. 114; Lalive 1984, p. 26. Vgl. TGI Parijs 28 januari 1987, *Revue de l'Arbitrage* 1987, afl. 3, p. 371 (*République de Guinée/Chambre Arbitrale de Paris c.s.*): '(...) des conditions qui assurent à chacun une égalité de traitement, au cours d'une procédure conduite de façon normale et raisonnable, respectant les principes essentiels de la neutralité et l'objectivité, propres à toute instance juridictionnelle; (...)'. Vgl. Fernández Rozas 2010, p. 414; Park 2015, p. 4; Papayannis 2016.

218 OED (online), zoekterm: 'objective'. Vgl. Instituut voor de Nederlandse taal, zoekterm: 'objectief' (vindplaats: via ivdnt.org).

219 Philippa e.a. 2018, zoekterm: 'object'; OED (online), zoekterm: 'objective'.

220 Vgl. art. IV Code of Professional Conduct van de California Society of Certified Public Accountants: '(...) Objectivity is a state of mind, a quality that lends value to a member's services (...) The principle of objectivity imposes the obligation to be impartial, intellectually honest, and free of conflicts of interest. (...)'. (vindplaats: via www.calcpa.org).

221 Vgl. Draye 2016, nr. 16.

222 Zie bijv. art. 4 SME Rules for Mediation 2016 (vindplaats: many.org/mediation-rules.html); art. 7 lid 2 UNCITRAL Conciliation Rules 1980.

beoordelen of een arbiter wel of niet onpartijdig is.²²³ Hoewel in de literatuur²²⁴ en in de overheidsrechtspraak²²⁵ over het belang van 'objectieve' arbiters wordt gesproken, komt het begrip in de bestudeerde arbitragewetgeving niet voor. Ook in veel andere arbitragewetten komt het begrip niet naar voren. Een uitzondering hierop is de Arbitragewet van Letland ('Šķīrējtiesu likums') van 2014. Niet alleen zou door deze wet voorop worden gesteld dat een arbiter tijdens de besluitvorming objectief en onafhankelijk dient te zijn,²²⁶ een arbiter kan daarnaast worden gewraakt op grond van omstandigheden die 'raise justifiable doubts as to his or her objectivity and impartiality'.²²⁷ Ook de Arbitragewet van Vietnam ('Luật Trọng tài thương mại') van 2010 zou als algemeen uitgangspunt hanteren dat arbiters 'objectief' dienen te zijn.²²⁸ Partijen kunnen daarnaast om vervanging van een arbiter vragen onder meer op het moment dat '[t]here are clear grounds demonstrating that the arbitrator is not impartial or objective'.²²⁹ In de 'Codigo Procesal Civil' van Costa Rica komt als 'causale de impedimento' naar voren: '[I]a existencia de circunstancias que den lugar a dudas justificadas respecto de su imparcialidad u objetividad'.²³⁰ Daarnaast kan worden gewezen op artikel 35 lid 2 van de ASEAN Comprehensive Investment Agreement 2009 waarin naar voren komt dat een arbiter zal worden gekozen 'on the basis of objectivity, reliability, sound judgment and independence'.²³¹

223 Vgl. Explanation to General Standard 2 IBA Guidelines 2014, p. 6: 'In order for standards to be applied as consistently as possible, the test for disqualification is an objective one. (...)'. Vgl. Giesen 2015, nr. 236.

224 Henry 2001, nrs. 247-248.

225 Zie bijv. OLG München 3 januari 2014, nr. 34 SchH 7/13: 'Der Schiedsrichter ist dementsprechend verpflichtet, die für jeden Richter geltenden Gebote, insbesondere der Neutralität, Objektivität und der Wahrung der Ausübung der Parteirechte, zu beachten. (...) Dafür genügen Umstände, die geeignet sind, der Partei Anlass zu begründeten Zweifeln zu geben, weil es darum geht, bereits den bösen Schein einer fehlenden Unvoreingenommenheit oder Objektivität zu vermeiden (...)'. (vindplaats van de uitspraak: DIS Datenbank). Hoewel artikel 8 van de Zweedse Arbitragewet alleen aangeeft dat een arbiter onpartijdig en onafhankelijk dient te zijn, verwees de Zweedse Hoge Raad in het kader van een vernietigingsvordering wegens schending van een arbitrale disclosure-verplichting expliciet naar 'objectiviteit': '(...) a high standard must be set for the requirement of objectivity and impartiality when it comes to arbitrators, (...)'; zie: Högsta domstolen 9 juni 2010, nr. T 156-09 (*Korsnäs Aktiebolag/AB Fortum Värme*), r.o. 4 (bron van de vertaling: via www.arbitration.sccinstitute.com).

226 Art. 22 Šķīrējtiesu likums: 'An arbitrator shall be objective and independent in his or her operations and decision-making' (bron van de vertaling: L. Bosman (red.), *ICCA International Handbook on Commercial Arbitration*, ICCA & Kluwer Law International 2020, Supplement No. 92, december 2016, p. 9).

227 Art. 17 lid 1 sub 4 Šķīrējtiesu likums (bron van de vertaling: L. Bosman (red.), *ICCA International Handbook on Commercial Arbitration*, ICCA & Kluwer Law International 2020, Supplement No. 92, december 2016, p. 7, zie ook: vvc.gov.lv/image/catalog/dokumenti/Arbitration_Law.pdf).

228 Art. 4 lid 2 Luật Trọng tài thương mại: 'Arbitrators must be independent, objective and impartial, and must comply with provisions of law' (bron van de vertaling: L. Bosman (red.), *ICCA International Handbook on Commercial Arbitration*, ICCA & Kluwer Law International 2019, Supplement No. 70, augustus 2012, p. 2).

229 Art. 42 sub c Luật Trọng tài thương mại (bron van de vertaling: L. Bosman (red.), *ICCA International Handbook on Commercial Arbitration*, ICCA & Kluwer Law International 2019, Supplement No. 70, augustus 2012, p. 14). Interessant is ook dat een arbitraal vonnis kan worden vernietigd op grond van onder meer de omstandigheid dat 'an arbitrator received money, assets or some other material benefit from one of the parties in dispute which affected the objectivity and impartiality of the arbitral award' (art. 68 lid 2 sub d Luật Trọng tài thương mại, bron van de vertaling: id. p. 24).

230 Art. 12 lid 16 Codigo Procesal Civil (vindplaats: via www.pgrweb.go.cr). Vertaling: 'Causes of impediment are: (...) The existence of circumstances that give rise to justified doubts regarding his impartiality or objectivity' (bron van de vertaling: L. Bosman (red.), *ICCA International Handbook on Commercial Arbitration*, ICCA & Kluwer Law International 2019, Supplement No. 101, oktober 2018, p. 2).

231 Vindplaats: via investasean.asean.org. Vgl. art. 2009 lid 2 sub a NAFTA (bron: via jusmundi.com). Vgl. Gillis Wetter 1985 waarin een koppeling met het vraagstuk van de 'bevoegdheid' wordt gemaakt:

Ook door een aantal arbitrage-instituten is aandacht aan het begrip 'objectiviteit' besteed. Zo dienen CAS-arbiters te verklaren dat zij 'exercise their functions personally with total objectivity, independence and impartiality'.²³² Zowel in de FINRA 'Code of Arbitration Procedure for Customer Disputes' 2007 als in de FINRA 'Code of Arbitration Procedure for Industry Disputes' 2007 komt het begrip in het kader van de disclosure-verplichting terug: 'Each potential arbitrator (...) must disclose to the Director, any circumstances which might preclude the arbitrator from rendering an objective and impartial determination in the proceeding, (...)'.²³³ In de 'Code de déontologie' van het Centre canadien d'arbitrage commercial komt in de afdeling 'qualification générales' naar voren dat een arbiter zich 'd'une façon impartiale et objective' dient te gedragen.²³⁴ In de Rules of Arbitration 2017 van het Vietnam International Arbitration Centre komt naar voren dat een geselecteerde arbiter 'must decline to act' onder meer wanneer '[t]here are clear grounds demonstrating that the prospective arbitrator is not impartial or objective'.²³⁵ Interessant, tot slot, is dat arbiters eveneens onder de Rules of Arbitration and Conciliation 2006 van het VIAC hun 'acceptance of the mandate and his (its) objectivity' dienden te bevestigen.²³⁶ In de literatuur werd dit vereiste van objectiviteit bekritiseerd, omdat de Vienna Rules hiermee uit de pas zouden lopen met de Oostenrijkse Arbitragewet waarin alleen naar onpartijdigheid en onafhankelijkheid werd verwezen (art. 588 ZPO).²³⁷ In de Vienna Rules 2013 en 2018 komt het begrip 'objectiviteit' niet meer terug.

3.5.3 Integriteit

91. Etymologie

Naast de begrippen 'neutraliteit' en 'objectiviteit' komt in sommige arbitrale regelgeving ook het begrip 'integriteit' naar voren. De etymologische herkomst van het woord 'integer' zou tot het Latijnse woord 'integer' kunnen worden teruggeleid dat 'ongerept'

'Competence includes objectivity, sound judgment and other attributes of the dispensation of justice' (p. 35).

232 S18 CAS Code of Sports-related Arbitration (m.i.v. 1 juli 2020).

233 Rule 12405 (a) FINRA Code of Arbitration Procedure for Customer Disputes (m.i.v. 16 april 2007); Rule 13408 (a) van de FINRA Code of Arbitration Procedure for Industry Disputes (m.i.v. 16 april 2007). Vgl. art. 9 SMA Arbitration Rules 2018.

234 Art. 3 Code de déontologie, Centre canadien d'arbitrage commercial (vindplaats: ccac-adr.org/code-de-deontologie).

235 Art. 16 lid 3 sub d Rules of Arbitration ('Quy tắc tổ tụng trọng tài') (m.i.v. 1 maart 2017), Vietnam International Arbitration Centre ('Trung tâm Trọng tài Quốc tế Việt Nam') (vindplaats: www.viac.vn/en/rules-of-arbitration.html).

236 Art. 12 Vienna Rules 2006, VIAC (vindplaats: www.viac.eu/en/arbitration/content/vienna-rules-2006-online). Vgl. Rule 5 (oud) van de Maritime Arbitration Rules (m.i.v. 1 april 2004) van de Indian Council of Arbitration waarin stond dat het 'Committee shall maintain a panel of Maritime Arbitrators, who are commercial men, as defined in these Rules and should have a stature and reputation in the maritime world as knowledgeable and impartial persons of integrity and objective approach'; in de versie van 1 april 2016 (Rule 5) staan de woorden 'and objective approach' niet meer opgenomen (vindplaats: www.icaindia.co.in).

237 Schwarz & Konrad 2009, nr. 12.012, onder verwijzing naar literatuur.

als betekenis zou hebben.²³⁸ Vandaag de dag is de term integriteit wel omschreven als 'volstrekt betrouwbaar, door en door eerlijk, m.n. niet vatbaar voor belangenverstrengeling, omkoping e.d.'.²³⁹ Het woord 'integriteit' zou etymologisch tot het Franse woord 'intégrité' kunnen worden teruggeluid dat tot het Latijnse woord 'integritas' zou kunnen worden herleid. Dit woord zou de volgende betekenissen hebben: 'wholeness, entireness, completeness, integrity, chastity, purity'.²⁴⁰ In de juridische context komt het woord 'integriteit' vandaag de dag niet alleen naar voren in het volkerenrecht, waar het betrekking heeft op de onschendbaarheid van de soevereiniteit van een staat, ook draagt het de (meer) algemene betekenissen van 'rechtschapenheid, onkreukbaarheid, onomkoopbaarheid'.²⁴¹ In de Basic Principles on the Independence of the Judiciary uit 1985 komt voorts naar voren: '[p]ersons selected for judicial office shall be individuals of integrity and ability with appropriate training or qualifications in law'.²⁴² In de Burgh House Principles on the Independence of the International Judiciary van 2004 staat dat rechters 'shall be chosen from among persons of high moral character, integrity and conscientiousness who possess the appropriate professional qualifications, competence and experience required for the court concerned'.²⁴³

92. Betekenis in het kader van (handels)arbitrage

In het kader van (handels)arbitrage(s) komt de term in de bestudeerde arbitrage wet- en regelgeving niet naar voren. Toch wordt door een aantal arbitrage-instituten wel van arbiters verlangd dat zij (ook) integer zijn.²⁴⁴ Zo worden in de 'Code de déontologie' van het Centre canadien d'arbitrage commercial onder de afdeling 'qualification générales' de volgende 'qualités essentielles' opgesomd waarover een arbiter dient te beschikken: '[l]'honnêteté, l'intégrité, l'impartialité, une connaissance générale en matière de plan de garantie et une formation en droit ou une formation professionnelle dans les matières se rapportant aux questions soulevées par l'arbitrage (...)'.²⁴⁵ In de Code of Professional Responsibility for Arbitrators of Labor-Management Disputes 2007 van de National Academy of Arbitrators, AAA en Federal Mediation and Conciliation Service staat: '[e]ssential personal qualifications of an arbitrator include honesty, integrity, impartiality and general competence in labor relations matters'.²⁴⁶ Eén van de plichten die arbiters

238 OED (online), zoekterm: 'integer', vgl. Van Dale (online), zoekterm: 'integer': '1873, Latijn [gaaf, onge-rept]'; Philippa e.a. 2008, zoekterm: 'integer'.

239 Van Dale (online), zoekterm: 'integer'. Een andere betekenis die in het woordenboek staat, is 'oprecht'. Vgl. OED (online), zoekterm: 'integer': 'Having no part taken away or wanting; whole, entire', 'Marked by moral integrity; honest, upright', en ('mathematics') 'Denoting a whole thing or number of whole things; denoted by a whole number; 'whole', not fractional'.

240 OED (online), zoekterm: 'integrity'. Zie ook: Van Dale (online), zoekterm: 'integriteit': '1649, Frans *intégrité*'.

241 Van Dale (online), zoekterm: 'integriteit'. Een andere omschrijving die in het (online) woordenboek staat, is als volgt: 'ongeschonden toestand'. Vgl. OED (online), zoekterm: 'integrity', in het kader van de categorie 'In moral sense' onder meer: 'Soundness of moral principle; the character of uncorrupted virtue, esp. in relation to truth and fair dealing; uprightness, honesty, sincerity'.

242 Basic Principles on the Independence of the Judiciary 1985, par. 10.

243 Burgh House Principles on the Independence of the International Judiciary 2004, par. 2.1.

244 Ook in de literatuur wordt het belang van de eis benadrukt, zie bijv. Fach Gómez 2018, p. 123-159; Park 2010b, p. 191. Zie (algemeen) bijv. Sundra Rajoo 2013; Park 2010a, p. 100; Rau 1998; Abrams 1977, p. 231-264.

245 Art. 2 Code de déontologie, Centre canadien d'arbitrage commercial.

246 A (1) Code of Professional Responsibility for Arbitrators of Labor-Management Disputes of the National Academy of Arbitrators, American Arbitration Association & Federal Mediation and Conciliation Service, september 2007 (vindplaats: via www.adr.org).

door de Code of Conduct van de Indian Council of Arbitration wordt opgelegd, is '[t]o act with honesty, integrity, diligence and dignity'.²⁴⁷ Ook de Code of ethics ('Kodeks etyki arbitra') van het Court of Arbitration van de Poolse 'Chamber of Commerce' te Warschau ('Sąd Arbitrażowy przy Krajowej Izbie Gospodarczej w Warszawie'), dat de titel 'integrity' draagt, legt de arbiter op 'to perform his functions in person, pursuant to the provisions of law in force, with the utmost diligence, integrity and according to his best knowledge and will'.²⁴⁸ Opvallend is dat waar in artikel 7 lid 1 van de eerste versie van de Code of Conduct for Adjudicators in Investor-State Dispute Settlement, een gezamenlijk product van het ICSID en UNCITRAL uit mei 2020, stond dat '[a]djudicators shall have the *highest* standards of integrity and fairness' (curs. PR),²⁴⁹ deze bepaling in de tweede en derde versie van de Code niet meer is opgenomen. Wel staat in artikel 6 lid 1 sub a: '[a]djudicators shall: (a) display high standards of integrity, fairness, and competence; (...)'.²⁵⁰ Interessant, tot slot, is dat één van de randvoorwaarden ('requisitos mínimos') die het 'Centro de Mediación y Arbitraje Comercial de la Cámara Argentina de Comercio y Servicios' in zijn 'Reglamento de Arbitraje' heeft opgenomen om op de 'Lista de árbitros' van het arbitrage-instituut te kunnen worden geplaatst, is dat de arbiter over een 'reconocida actuación profesional y solvencia moral' beschikt die 'por los sectores empresariales o la comunidad' worden onderscheiden en worden erkend.²⁵¹

Niet alleen komt de eis van integriteit als een directe verplichting - in de zin van: een arbiter wordt opgelegd om integer te zijn en/of te handelen - naar voren, ook kan een indirecte verplichting worden onderscheiden. Anders gezegd: een arbiter kan de verplichting worden opgelegd om zich zo te gedragen dat recht wordt gedaan aan de integriteit van de procedure, de integriteit van de arbitrale beslissing zelf,²⁵² of aan arbitrage in het algemeen.²⁵³ Illustratief is onder meer hetgeen in de Canon 1 van de AAA/ABA Code of Ethics for Arbitrators in Commercial Disputes 2004 staat opgeno-

247 Art. 2.2.1) Code of Conduct, 1 april 2016, Indian Council of Arbitration (vindplaats: icaindia.co.in/domestic.pdf).

248 Art. 1 Kodeks etyki arbitra (vindplaats: via.sakig.pl).

249 Art. 7 lid 1 Draft Code of Conduct for Adjudicators in Investor-State Dispute Settlement, versie 1 (mei 2020).

250 Art. 6 lid 1 sub a Draft Code of Conduct for Adjudicators in International Investment Disputes, versie 2 (19 april 2021) en versie 3 (september 2021).

251 Art. 50 lid 1 sub d Reglamento de Arbitraje 2017 (vindplaats: [via www.cac.com.ar](http://via.www.cac.com.ar)). Vgl. § 6 lid 1 Schiedsgerichtsordnung (m.i.v. 14 december 2016) Deutsches Medienschiedsgericht (vindplaats: [via www.deutsches-medienschiedsgericht.de](http://via.www.deutsches-medienschiedsgericht.de)).

252 U.S. Court of Appeals for the Ninth Circuit 5 april 1994 (*Schmitz/Zilveti*), 20 F.3d 1043: '(...) in an actual bias determination, the integrity of the arbitrators' decision is directly at issue', zie ook bijv. U.S. Court of Appeals for the Fifth Circuit 11 januari 2006 (*Positive Software Solutions, Inc./New Century Mortgage Corp. c.s.*), 436 F.3d 495; District Court for the Northern District of Texas 1 september 2006 (*Weber/Merrill Lynch Pierce Fenner & Smith, Inc.*), 455 F. Supp. 2d 545.

253 Vgl. art. 7 Code of Ethics for Arbitrators van de Chinese Arbitration Association (vindplaats: via.en.arbitration.org.tw). Vgl. ICC, Note to Parties and Arbitral Tribunals on the Conduct of the Arbitration, 1 januari 2021, par. 65; art. 2 lid 1 Bijlage III (Gedragscode voor arbiters), Besluit Nr. 1/2020 EPO-Comité, 28 april 2020 (vindplaats: eur-lex.europa.eu/legal-content/NL/TXT/?uri=CELEX%3A2020D0670). Vgl. U.S. District Court for the Southern District of New York 28 juni 2006 (*Applied Industrial Materials Corp./Ovalar Makine Ticaret Ve Sanayi A.S. c.s.*), nr. 05 CV 10540: 'It is important that courts enforce rules of ethics for arbitrators in order to encourage businesses to have confidence in the integrity of the arbitration process, secure in the knowledge that arbitrators will adhere to these standards. (...) (bron: [via www.trans-lex.org](http://via.www.trans-lex.org)).

men: '[a]n arbitrator should uphold the integrity and fairness of the arbitration'.²⁵⁴ Ook in Guideline I van de Arbitrator Ethics Guidelines van JAMS komt naar voren dat '[a]n Arbitrator should uphold the dignity and integrity of the office of the arbitration process'.²⁵⁵ Daarnaast komt in de CIARB Code of Professional and Ethical Conduct for Members 2009 als Rule 2 naar voren: '[a] member shall maintain the integrity and fairness of the dispute resolution process (...)'.²⁵⁶ In de Code of Ethics van het ADR Institute of Canada staat: '[a] Member shall uphold the integrity and fairness of the arbitration and mediation processes'.²⁵⁷ Een vergelijkbare verplichting wordt arbiters opgelegd door de Ethics Standards for Neutral Arbitrators in Contractual Arbitration die onderdeel vormen van de California Rules of Court.²⁵⁸

Het is de vraag of een directe verplichting tot integriteit wel gelukkig is. Zo is het de vraag of integriteit objectief te meten is. In het verlengde hiervan kan men zich afvragen of het niet veeleer een 'deugd' is, en/of een al dan niet statische karaktereigenschap die men heeft (of niet).²⁵⁹ In dit licht zou dan ook de wijze waarop het begrip als indirecte verplichting naar voren komt geschikter kunnen zijn: in plaats van het als (eind)doel vooropstellen van een integere arbiter, zou het de voorkeur (kunnen) verdienen om de nadruk te leggen op het te bereiken (eind)doel: een integere beslissing, een integere procedure en/of de integriteit van arbitrage als geschillenbeslechtsingsmechanisme. In deze opvatting kan het begrip worden gezien als één van de doelen die door de verplichting van arbitrale onafhankelijkheid en onpartijdigheid wordt nagestreefd.²⁶⁰

3.6 Samenvatting

93. Overzicht van bevindingen

In dit hoofdstuk is enig inzicht gegeven in de begrippen 'onafhankelijkheid' en 'onpartijdigheid'. De twee begrippen zijn niet alleen voor arbiters gereserveerd: in arbitrale

254 Vgl. Canon I (A) AAA/ABA Code of Ethics for Arbitrators in Commercial Disputes 2004: 'An arbitrator (...), and must observe high standards of conduct so that the integrity and fairness of the process will be preserved. (...)'. Vgl. Canon VII AAA/ABA Code of Ethics for Arbitrators in Commercial Disputes 2004: 'An arbitrator should adhere to standards of integrity and fairness when making arrangements for compensation and reimbursement of expenses'.

255 Guideline I Arbitrators Ethics Guidelines, JAMS (vindplaats: www.jamsadr.com/arbitrators-ethics).

256 Rule 2 CIARB Code of Professional and Ethical Conduct for Members, oktober 2009 (vindplaats: via www.ciarb.org).

257 Code of Ethics, par. 3, ADR Institute of Canada (vindplaats: adric.ca/rules-codes/code-of-ethics).

258 Standard 5 van de Ethics Standards for Neutral Arbitrators in Contractual Arbitration, California Rules of Court, 1 januari 2022 (vindplaats: via www.courts.ca.gov/26582.htm). Vgl. Comment to Standard 5 van de Ethics Standards for Neutral Arbitrators in Contractual Arbitration, California Rules of Court, 1 januari 2022: '(...) Maintaining impartiality toward all participants during all stages of the arbitration is central to upholding the integrity and fairness of the arbitration. (...)'.²⁵⁹

259 Vgl. The Stanford Encyclopedia of Philosophy (online), zoekterm: 'Integrity' waarin het begrip nader wordt onderverdeeld in twee 'fundamental intuitions': '(...) first, that integrity is primarily a formal relation one has to oneself, or between parts or aspects of one's self; and second, that integrity is connected in an important way to acting morally, in other words, there are some substantive or normative constraints on what it is to act with integrity. (...)'. (vindplaats: plato.stanford.edu/entries/integrity).

260 Interessant is dat in de literatuur is betoogd dat integriteit de verplichting tot arbitrale onafhankelijkheid en onpartijdigheid zou omvatten (Paulsson 2013, p. 149).

wet- en regelgeving en (scheids)rechterlijke uitspraken wordt ook gesproken over (de eis van) een onafhankelijk en/of onpartijdig scheidsgerecht en over (de verplichting tot) een onafhankelijk en/of onpartijdig oordeel. In de tweede paragraaf van dit hoofdstuk is enige aandacht aan deze terminologie besteed. Naar voren kwam dat in de Arbitration Act 1996 de eis van een onpartijdig scheidsgerecht staat opgenomen. Waar in de ICSID Convention 2006 en in de AAA/ABA Code of Ethics for Arbitrators in Commercial Disputes 2004 de eis naar voren komt dat arbiters tot een onafhankelijk oordeel moeten komen, worden arbiters door andere arbitrage-instituten juist verplicht om tot een onpartijdig oordeel te komen. Naar voren is gebracht dat het begrip 'onafhankelijk oordeel' zou zien op waarborgen die niet zozeer samenhangen met het uiteindelijke inhoudelijke oordeel van de arbiter(s), maar op waarborgen die 'voorwaardenscheppend' zijn om tot een dergelijk oordeel te kunnen komen. Anders gezegd, het begrip 'onafhankelijkheid' houdt verband met het einddoel, terwijl het begrip 'onpartijdigheid' juist het te bereiken resultaat centraal stelt.

In de derde paragraaf van dit hoofdstuk is stilgestaan bij de vraag wat de verplichting tot arbitrale onafhankelijkheid en onpartijdigheid beoogt. Waar de verplichting tot onafhankelijkheid en onpartijdigheid voor overheidsrechters als onderdeel van het publiekrechtelijke 'recht op een eerlijk proces' wordt gezien, lijkt de 'arbitrale rechtspleging' in dit verband de voorkeur aan de privaatrechtelijke notie van 'behoorlijke procedure' of 'due process' te geven. In *common law*-jurisdicties wordt de term 'natural justice' gebruikt: een term die de beginselen *audi alteram partem* en *nemo iudex in sua causa* omvat. Evenals in rechtspraak die op overheidsrechters van toepassing is, kwam naar voren dat de nadruk op de woorden eerlijk ('fair') en rechtvaardigheid ('justice') wordt gelegd. Niettemin bleek een definitie van deze twee (open) normen lastig. In plaats van tot één definitie te komen, zijn twee uitgangspunten onderscheiden: i) niemand mag rechter in eigen zaak zijn ('*nemo iudex in sua causa*'), en ii) 'justice should not only be done, but should manifestly and undoubtedly be seen to be done'. Het eerste uitgangspunt omvat de verplichting tot arbitrale onafhankelijkheid en het tweede uitgangspunt de verplichting tot arbitrale onpartijdigheid. In het kader van de beantwoording van de vraag in wiens belang een onafhankelijke en onpartijdige arbiter is, werd naar voren gebracht dat het niet alleen in het belang van partijen is dat hun arbitrage eerlijk verloopt: een eerlijk verlopen procedure is ook van belang om het vertrouwen in arbitrage als wijze van geschilbeslechting te versterken. Daarnaast werd naar voren gebracht dat aandacht dient te zijn voor staten die een 'assisterende' rol op zich hebben genomen, maar in ruil daarvoor bepaalde (kwaliteits)eisen stellen. Tot slot werd naar voren gebracht dat (de verplichting tot) onafhankelijkheid en onpartijdigheid ook in het (eigen)belang van arbiters is. Ter afsluiting van de derde paragraaf is gekeken naar het temporeel toepassingsgebied van de verplichting tot arbitrale onafhankelijkheid en onpartijdigheid. Anders gezegd, de vraag vanaf en tot wanneer een arbiter onafhankelijk en onpartijdig dient te zijn. Opvallend was dat de bestudeerde arbitrale wet- en regelgeving een concreet antwoord op deze vraag in het midden liet. Een open vraag was onder meer de vraag of de verplichting tot onafhankelijkheid en onpartijdigheid ook geldt tijdens de periode waarin wordt geprobeerd een arbitraal vonnis te (laten) vernietigen.

In de vierde paragraaf van dit hoofdstuk is besproken op welke wijze invulling aan de verplichting tot arbitrale onafhankelijkheid en onpartijdigheid is gegeven. Vier categorieën zijn onderscheiden. In het kader van de eerste categorie vindt invulling plaats aan de hand van de maatstaven die voor overheidsrechters gelden daar arbiters uit hoofde van hun rechtsprekende functie onafhankelijk en onpartijdig dienen te zijn (vgl. par. 2.2.1). In het kader van de tweede categorie vindt invulling plaats aan de hand van het openbare orde-begrip. In het kader van de derde categorie vindt invulling plaats op basis van hetgeen partijen zijn overeengekomen. Deze categorie borduurt voort op de contract-theorie (vgl. par. 2.2.2) en stelt voorop dat het partijen vrijstaat om contractueel afspraken te maken over de invulling van de verplichting. In het kader van de vierde categorie wordt de invulling aan de arbiter(s) zelf overgelaten.

In de laatste paragraaf van dit hoofdstuk is kort stilgestaan bij drie andere begrippen die eveneens in verband worden gebracht met het streven naar een 'eerlijke', 'rechtvaardige' en/of 'behoorlijke' procedure: i) neutraliteit, ii) objectiviteit, en iii) integriteit. Naar voren kwam dat de term 'neutraliteit' in het kader van (handels)-arbitrage vaak in verband wordt gebracht met het begrip 'nationaliteit'. Opvallend was dat in de arbitragereglementen van de vier arbitrage-instituten van onderzoek verschillende bepalingen met betrekking tot de nationaliteit van de (te benoemen) arbiter stonden opgenomen. Daarnaast kwam naar voren dat de term 'neutraal' naar voren komt in de context van partij-arbitrage. Hoewel het begrip 'objectiviteit' in de bestudeerde arbitrale wet- en regelgeving niet naar voren kwam, kwam de term wel naar voren in de ICSID Convention 2006 en in andere arbitragereglementen. Eenzelfde observatie gold voor het begrip 'integriteit'. Niet alleen kwam de eis als een directe verplichting (in de zin van: een arbiter is verplicht om integer te zijn en/of te handelen) naar voren, ook een indirecte verplichting werd onderscheiden: een arbiter kan de verplichting worden opgelegd om zich zo te gedragen dat recht wordt gedaan aan de integriteit van de procedure, de integriteit van de arbitrale beslissing zelf, of aan arbitrage in het algemeen. Naar voren werd gebracht dat een indirecte verplichting in dit verband de voorkeur verdient nu het de vraag is in hoeverre integriteit objectief kan worden gemeten.

