



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 4. DE VERPLICHTING TOT ONAFHANKELIJKHEID EN ONPARTIJDIGHEID VOOR ARBITERS

'Arbitration's rule book should not become an ever-expanding spider's web in which the parties are eventually eaten alive in a leisurely arachno-fest'¹

4.1 Inleiding

94. Ariadne's draad

Lang geleden werd het eiland Kreta in de greep gehouden door de Minotaurus. Dit afschrikwekkende schepsel hield zich schuil in een donker labyrint onder het paleis van Koning Minos. Wie het labyrint inging, zou niet meer zelfstandig de weg naar buiten kunnen vinden. Om de Minotaurus rustig te houden, diende hij ieder jaar met zeven jongens en zeven meisjes te worden gevoed. Onder dreiging van oorlog met het machtige Kreta had Koning Minos de buurlanden van Kreta verordonneerd om bij toerbeurt veertien kinderen te sturen. Na acht jaar was het de beurt aan Athene om veertien van haar kinderen te selecteren. Ondanks smeebeden van zijn vader wierp Theseus, de jonge en enige zoon van de koning van Athene, zich op als één van de zeven jongens. Vastberaden om de Minotaurus te doden, stapte Theseus met dertien ongelukkigen op de boot naar Kreta. Aangekomen in het paleis van Koning Minos werd dochter Ariadne door de moeder van Theseus gegrepen. Op de dag dat Theseus naar het labyrint afdaalde, gaf Ariadne hem het zwaard van haar vader en een kluwen draad. Theseus doodde de Minotaurus met het zwaard van Koning Minos en vond de uitgang van het labyrint dankzij Ariadne's draad.² In paragraaf 3.1 kwam naar voren dat de hoeveelheid arbitrale wet- en regelgeving waarin regels zijn neergelegd die zien op de onafhankelijkheid en/of onpartijdigheid van arbiters flink is toegenomen vanaf halverwege de twintigste eeuw. Verwordt arbitrage hiermee, zoals in het citaat naar voren komt, niet tot 'an ever-expanding spider's web'; een labyrint waarin arbiters de weg niet (meer) kunnen vinden zonder draad van Ariadne?

1 N. Andrews, 'The Roebuck Lecture 2017 - Improving Arbitration: Responsibilities and Rights', *Arbitration: The International Journal of Arbitration, Mediation and Dispute Management* 2017, afl. 3, p. 352 (vindplaats: www.ciarb.org/media/1380/august-2017.pdf).

2 Ovidius, *Metamorfosen*, Boek VIII, 169-173: 'Nadat die stiermens met zijn dubbele gedaante daar was opgesloten, werd hij tweemaal, om de negen jaar, gevoed met Attisch mensenbloed. De derde maal sloeg Theseus hem dood; met Ariadne's hulp en 'n afgerolde draad, vond hij de doolhofuitgang, wat zijn lotgenoten vóór hem niet was gelukt' (bron van de vertaling: M. d'Hane-Scheltema, *Ovidius - Metamorfosen*, Amsterdam: Polak & Van Gennep 2008, p. 196). Het labyrint van (de vader van) Ariadne duikt vaker in juridische literatuur op, zie bijv. Snijders 2009.

95. Opbouw

Waar in het vorige hoofdstuk bij de begrippen 'onafhankelijkheid' en 'onpartijdigheid' is stilgestaan, wordt in dit hoofdstuk gekeken naar de verschillende bronnen waarin een verplichting tot arbitrale onafhankelijkheid en/of onpartijdigheid is neergelegd of waaruit deze kan worden afgeleid.³ De arbitrale wet- en regelgeving die wordt besproken, is onderverdeeld in vier niveaus: i) mondiaal, ii) regionaal, iii) nationaal, en iv) institutioneel. Allereerst zal worden gekeken naar regelingen waarin de verplichting tot onafhankelijkheid en/of onpartijdigheid voor (scheids)rechters naar voren komt op mondiaal niveau (par. 4.2), vervolgens naar regelingen op regionaal niveau (par. 4.3), en dan naar arbitrale wet- en regelgeving op nationaal niveau (par. 4.4). Zoals in het eerste hoofdstuk naar voren kwam, richt dit onderzoek zich op vier rechtsstelsels: Engeland, Frankrijk, Nederland en Zwitserland. Op institutioneel niveau wordt gekeken naar de reglementen van de vier arbitrage-instituten van onderzoek: het LCIA, de ICC, het NAI en het SAC (par. 4.5). In dit hoofdstuk wordt niet alleen gekeken naar bronnen waarin een verplichting tot arbitrale onafhankelijkheid en/of onpartijdigheid is neergelegd of waaruit deze kan worden afgeleid, ook zal worden stilgestaan bij de vraag of, en zo ja op welke wijze, het mogelijk is om afstand te doen van het recht op een onafhankelijke en onpartijdige arbiter (par. 4.6).

4.2 Regelingen op mondiaal niveau

96. Opbouw

In de onderstaande paragraaf wordt gekeken naar regelgeving op mondiaal niveau waarin een verplichting tot onafhankelijkheid en/of onpartijdigheid voor (scheids)rechters naar voren komt. Allereerst wordt regelgeving besproken die afkomstig is van de Verenigde Naties en de International Bar Association (IBA). In dit verband worden de UNCITRAL Arbitration Rules 2013 en de UNCITRAL Model Law 2006 belicht (par. 4.2.1),⁴ wordt kort stilgestaan bij het Verdrag van New York 1958 (par. 4.2.2), en wat langer bij de IBA Guidelines 2014 en 2004 (par. 4.2.3). Vervolgens wordt gekeken naar de gang van zaken bij het ICSID (par. 4.2.4). Tot slot worden enige internationale regelingen besproken die in beginsel voor overheidsrechters zijn opgesteld en waarvan het de vraag is of zij ook van toepassing zijn op arbiters (par. 4.2.5).⁵

³ In dit hoofdstuk wordt gekeken naar een verplichting tot onafhankelijkheid en/of onpartijdigheid die een arbiter is opgelegd, en dus (in beginsel) niet naar een verplichting die het scheidsgerecht is opgelegd. Vgl. par. 3.2.1 en bijv. Brekoulakis 2013.

⁴ Vindplaatsen van de 'travaux préparatoires' waar (onder meer) in dit hoofdstuk naar wordt verwezen: uncitral.un.org/en/commission; uncitral.un.org/en/working_groups/2/arbitration, of (algemeen): documents-dds-ny.un.org.

⁵ Buiten de reikwijdte van dit onderzoek, maar wel interessant zijn 'The Hague Rules on Business and Human Rights Arbitration' die op 12 december 2019 zijn gelanceerd en door de Business and Human Rights Arbitration Working Group zijn geïnitieerd. De regels 'provide a set of procedures for the arbitration of disputes related to the human rights impacts of business activities', aldus het 'Foreword'. Voorts is interessant de (aangehechte) Code of Conduct. Zie over de regels nader: www.cilc.nl/project/the-hague-rules-on-business-and-human-rights-arbitration, en ook bijv. Gläßer & Kück 2020, p. 124-133; Duggal & Rangachari 2020, p. 102-108; Brillat-Capello 2020, p. 377-402; Haythornthwaite 2020; Dautaj 2019; Izzo 2019; Doe, Ratner & Yiannibas 2019.

4.2.1 UNCITRAL: Arbitration Rules en Model Law

97. Arbitration Rules: totstandkoming en herziening

In december 1976 werden de Arbitration Rules tijdens de 99^e plenaire bijeenkomst van de General Assembly van de Verenigde Nations aangenomen.⁶ De regels zijn afkomstig van Working Group II,⁷ één van de zes werkgroepen die onder de vleugels van de Commission on International Trade Law valt.⁸ De regels zijn een voorbeeld van een zgn. 'contractual technique': partijen dienen de toepasselijkheid van de regels overeen te komen.⁹ Hoewel door Sanders, die in de literatuur is aangeduid als 'de belangrijkste auteur van de UNCITRAL Rules van 1976',¹⁰ in 2004 tot herziening van de regels werd opgeroepen,¹¹ bleef een herziening van de regels relatief lang uit. Net voor de eeuwwisseling kwam hier verandering in. In het rapport, dat naar aanleiding van de 34^e sessie van UNCITRAL verscheen, stond dat '[i]t was generally considered that the time had arrived to assess the extensive and favourable experience with (...) the use of the UNCITRAL Arbitration Rules (...), and to *evaluate* in the universal forum of the Commission the acceptability of ideas and proposals for improvement of arbitration laws, rules and practices' (curs. PR).¹² Nadat tijdens de 36^e sessie van UNCITRAL in 2003 naar voren kwam dat de Commissie 'heard proposals that a revision of the UNCITRAL Arbitration Rules (1976) (...) could be considered for inclusion in future work, once the existing projects currently being considered by the Working

6 General Assembly, Thirty-first Session, Resolution 31/98, 15 december 1976 (vindplaats: undocs.org/en/A/RES/31/98). Vgl. Report of UNCITRAL on the work of its sixth session, Genève, A/9017, 2-13 april 1973, par. 85. Vgl. de 'Recommendations to assist arbitral institutions and other interested bodies with regard to arbitrations under the UNCITRAL Arbitration Rules (1976)' die in 1982 door UNCITRAL werden aangenomen 'to provide information and assistance to arbitral institutions and other relevant bodies, such as chambers of commerce, in using the Arbitration Rules' (vindplaats: via uncitral.un.org/en/texts/arbitration/explanatorytexts/recommendations/arbitration_rules_interested_bodies).

7 Vgl. Report of UNCITRAL on the work of its forty-ninth session, 27 juni - 15 juli 2016, General Assembly, Official Records Seventy-first session, Supplement No. 17 (A/71/17), par. 351: '(...), it was agreed that the Working Group should be referred to as Working Group II (Dispute Settlement), as the scope of its work was not necessarily limited to arbitration and conciliation'. Zie voor een 'List of topics' met negen onderwerpen die 'should form the future work programme of the Commission': Report of UNCITRAL on the work of its first session, 29 januari - 26 februari 1968, General Assembly, Official Records: twenty-third session, Supplement No. 16 (A/7216), par. 40.

8 De Commissie werd op 17 december 1966 opgericht door de 'General Assembly' van de VN (Resolution 2205 (XXI), 'Establishment of the United Nations Commission on International Trade Law'). Leden van de Commissie worden gekozen uit de lidstaten van de VN. Waar UNCITRAL ooit begon met 29 staten, werd dit aantal in december 1973 opgerekt tot 36 staten (Resolution 3108 (XXVIII)), en tot 60 staten in januari 2003 (Resolution 57/20, 'Enlargement of the membership of the United Nations Commission on International Trade Law'). Zie ook: *A Guide to UNCITRAL. Basic facts about the United Nations Commission on International Trade Law*, Wenen, januari 2013 (vindplaats: via uncitral.un.org/en/library/publications).

9 Vgl. *A Guide to UNCITRAL. Basic facts about the United Nations Commission on International Trade Law*, januari 2013, par. 50; Sanders 2004a.

10 Van Haersolte-van Hof 2012, vgl. Snijders 2011; Caron & Caplan 2013, p. 8.

11 Sanders 2004a, p. 243; Sanders 2004b, p. 268.

12 Report of UNCITRAL on the work of its thirty-second session, 17 mei - 4 juni 1999, General Assembly, Official Records, Fifty-fourth Session, Supplement No. 17 (A/54/17), par. 337. Vgl. een (indirecte) oproep door UNCITRAL tijdens haar 35e sessie: Report of UNCITRAL on the work of its thirty-first session, 1-12 juni 1998, General Assembly, Official Records, Fifty-third Session, Supplement No. 17 (A/53/17), par. 235, en de Note by the Secretariat, Possible future work in the area of international commercial arbitration, Wenen, 17 mei - 4 juni 1999, A/CN.9/460 die hierop volgde.

Group had been completed',¹³ werden de plannen een jaar later, tijdens de 37^e sessie, concreter: hoewel de Commissie van mening was dat 'it would be premature to make a final decision at its current sessions regarding possible future work in the field of settlement of commercial disputes', werd 'some support expressed' richting de Werkgroep 'to consider the possibility of undertaking a limited revision' van de regels.¹⁴ In het rapport dat naar aanleiding van deze 37^e sessie verscheen, stond dat 'particular caution should be exercised in determining the scope of such a revision, which should be precisely defined in order to avoid undermining the stability of the reference offered by the UNCITRAL Arbitration Rules over the almost 30 years of existence of that instrument'.¹⁵ In het rapport dat naar aanleiding van de 41^e sessie van de Working Group on Arbitration and Conciliation verscheen, kwam naar voren dat 'the possible revision' van de regels 'might also need to be considered',¹⁶ welk voorstel werd 'supported by the Commission' in juli 2005.¹⁷ Tijdens de 44^e sessie van de Werkgroep in januari 2006 kwam naar voren dat, hoewel 'reservation was expressed as to whether there was an immediate need to revise the UNCITRAL Arbitration Rules', ook 'support was expressed for their revision to be taken up as a matter of priority'.¹⁸ Gelet op 'the wide use' van de regels, zou 'any needed revision' een 'positive benefit to practitioners in international arbitration' zijn waarbij werd opgemerkt dat 'a number of arbitration institutions' was overgegaan tot herziening van hun regels die op de Arbitration Rules waren gebaseerd.¹⁹ Daarnaast werd voorgesteld 'to better facilitate a review' van de regels; 'preliminary consultations could be undertaken with practitioners to develop a list of topics on which updating or revision was necessary'.²⁰ Voorgesteld werd dat conferenties door het Secretariaat zouden worden 'convened (...) to discuss ideas and areas for possible revision'.²¹ Begin april 2006 vond vervolgens in samenwerking met het International Arbitral Centre van de Austrian Federal Economic Chamber in Wenen een conferentie plaats waar verschillende suggesties werden gedaan 'to amend a number of articles' van de regels 'in order to better align the Rules with current international arbitration practice and the relevant provisions of the UNCITRAL Model Law'.²² Na afloop van de conferentie werd een notitie door het Secretariaat opgesteld met een 'brief overview of

13 Report of UNCITRAL on its thirty-sixth session, New York, 30 juni - 11 juli 2003, General Assembly, Official Records, Fifty-eighth session, Supplement No. 17 (A/58/17), par. 204.

14 Report of UNCITRAL on its thirty-seventh session, New York, 14-25 juni 2004, General Assembly, Official Records, Fifty-ninth session, Supplement No. 17 (A/59/17), par. 60.

15 Report of UNCITRAL on its thirty-seventh session, New York, 14-25 juni 2004, General Assembly, Official Records, Fifty-ninth session, Supplement No. 17 (A/59/17), par. 60.

16 Report of the Working Group on Arbitration and Conciliation on the work of its forty-second session, A/CN.9/573, New York, 10-14 januari 2005, par. 100.

17 Report of UNCITRAL Law on the work of its thirty-eight session, New York, 4-15 juli 2005, General Assembly, Official Records, Sixtieth session, Supplement No. 17 (A/60/17), par. 178.

18 Report of the Working Group on Arbitration and Conciliation on the work of its forty-fourth session, New York, 23-27 januari 2006, A/CN.9/592, par. 93.

19 Report of the Working Group on Arbitration and Conciliation, A/CN.9/592, par. 93.

20 Report of the Working Group on Arbitration and Conciliation, A/CN.9/592, par. 93.

21 Report of the Working Group on Arbitration and Conciliation, A/CN.9/592, par. 93.

22 Note by the Secretariat, Settlement of commercial disputes. Possible future work in the field of settlement of commercial disputes: revision of the UNCITRAL Arbitration Rules, A/CN.9/610/Add.1, 3 april 2006, par. 2.

some suggestions made by practitioners during that conference'.²³ Daarnaast werd in april 2006 een lijvig rapport gepubliceerd dat in opdracht van het Secretariaat was geschreven door Paulsson en Petrochilos.²⁴ In het rapport werden eerst twaalf 'principal suggestions for revision' uitgelicht waarna artikelsgewijs de 'rationale for revision' werd gegeven alsmede 'a possible revised wording'.²⁵ Tijdens de 39^e sessie van de Commissie in de zomer van 2006 werd de (herzienings)druk op de Werkgroep opgevoerd: '[i]t was agreed that the topic of revising the UNCITRAL Arbitration Rules should be given priority'.²⁶ Wel volgde een voorbehoud: 'any revision of the UNCITRAL Arbitration Rules should not alter the structure of the text, its spirit or its drafting style, and should respect the flexibility of the text rather than make it more complex', aldus de Commissie.²⁷ Naar aanleiding van een eerste concept van het Secretariaat²⁸ ging de Werkgroep in september 2006 aan de slag. De Werkgroep drukte zichzelf op het hart het invoegen van 'any unnecessary amendments or statements' te voorkomen 'that would call into question the legitimacy of prior applications of the Rules in specific cases'.²⁹ Ook overwoog de Werkgroep dat 'the focus of the revision should be on updating the Rules to meet changes that had taken place over the last thirty years in arbitral practice'.³⁰ Zo'n vier jaar later, op 25 juni 2010, werden de regels door de Commissie aangenomen.³¹ In 2013 werd de tekst van artikel van de Arbitration Rules aangevuld met een nieuw (vierde) lid waarmee de UNCITRAL Rules on Transparency for Treaty-based Investor-State Arbitration werden geïncorporeerd.

98. Arbitration Rules en de verplichting tot arbitrale onafhankelijkheid en onpartijdigheid

In het kader van dit onderzoek is van belang om op te merken dat (ook) in de herziene regels van 2013 geen bepaling staat opgenomen waarin arbiters een ver-

23 Note by the Secretariat, A/CN.9/610/Add.1, 3 april 2006, par. 2. Suggesties zagen onder meer op: 'Truncated arbitral tribunals and obstructing arbitrators' (par. 5), 'Confidentiality of information in arbitral proceedings' (par. 6), 'Liability of arbitrators' (par. 8), en 'Third-party intervention in arbitral proceedings' (par. 10). Zie voor het programma van de conferentie op 6 en 7 april 2006 in Wenen: www.iaiparis.com/dwnld/agenda/Vienna.pdf.

24 Revision of the UNCITRAL Arbitration Rules, A Report by Jan Paulsson & Georgios Petrochilos, 2006 (vindplaats: uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/arbrules_report.pdf, 'Not an official UNCITRAL document').

25 Report Paulsson & Petrochilos 2006, par. 14, 16.

26 Report of UNCITRAL on the work of its thirty-ninth session, 19 juni - 7 juli 2006, General Assembly, Official Records, Sixty-first session, Supplement No. 17 (A/61/17), par. 184.

27 Report of UNCITRAL on the work of its thirty-ninth session, Supplement No. 17 (A/61/17), par. 184.

28 Note by the Secretariat, Settlement of commercial disputes: Revision of the UNCITRAL Arbitration Rules, 20 juli 2006, A/CN.9/WG.II/WP.143.

29 Report of UNCITRAL on the work of its forty-fifth session (Wenen, 11-15 september 2006), 5 oktober 2006, A/CN.9/614, par. 16. Zie in het kader van de herziening(en) meer in het algemeen ook: 'Round Table on the Assessment of the Revision of the UNCITRAL Rules on International Commercial Arbitration', in: A.J. van den Berg (red.), *50 Years of the New York Convention: ICCA International Arbitration Conference*, ICCA Congress Series, Volume 14, ICCA & Kluwer Law International 2009, p. 615-632; Montineri 2013, p. 89-92.

30 Report of UNCITRAL on the work of its forty-fifth session, A/CN.9/614, par. 16.

31 Zie: Report of UNCITRAL, forty-third session, 21 juni - 9 juli 2010, A/65/17, General Assembly, Official Records, Sixty-fifth session, Supplement No. 17, par. 187. Zie voor een overzicht van de wijzigingen bijv. Montineri 2013, p. 93-105; Van Haersolte-van Hof 2012; Snijders 2011; Conway & Putter 2011. Zie voor artikelsgewijscommentaar bijv. Caron & Caplan 2013; Croft, Kee & Waincymer 2013; Nappert 2012.

plichting tot onafhankelijkheid en/of onpartijdigheid wordt opgelegd.³² Wel kan een indirecte verplichting uit de UNCITRAL Arbitration Rules worden afgeleid. Het eerste lid van artikel 12 luidt: '[a]ny arbitrator may be challenged if circumstances exist that give rise to justifiable doubts as to the arbitrator's impartiality or independence'. Er dient dus sprake te zijn van gerechtvaardigde twijfels aan de arbitrale onafhankelijkheid of onpartijdigheid.³³ In artikel 6 lid 7 van de regels komt naar voren dat '[t]he appointing authority shall have regard to such considerations as are likely to secure the appointment of an independent and impartial arbitrator (...)'. Daarnaast is disclosure op zijn plaats bij 'any circumstances likely to give rise to justifiable doubts as to his or her impartiality or independence'.³⁴ Waar eerder discussie bestond over de vraag of de disclosure-verplichting een 'ongoing obligation' was, komt in de Arbitration Rules van 2010 expliciet naar voren dat mededeling dient te plaats te vinden 'from the time of his or her appointment and throughout the arbitral proceedings' (art. 11).³⁵ Om enige richting te geven zijn twee 'Model statements of independence' aangehecht.³⁶ Wanneer niet sprake is van omstandigheden die dienen te worden medegedeeld ('No circumstances to disclose'), luidt de verklaring³⁷:

'I am impartial and independent of each of the parties and intend to remain so. To the best of my knowledge, there are no circumstances, past or present, likely to give rise to justifiable doubts as to my impartiality or independence. I shall promptly notify the parties and the other arbitrators of any such circumstances that may subsequently come to my attention during this arbitration'.

-
- 32 In de UNCITRAL 'Notes on Organizing Arbitral Proceedings' 2016 staat niets opgenomen over de onafhankelijkheid en onpartijdigheid van arbiters, vgl. par. 37: 'Secretaries are expected to be and remain impartial and independent during the arbitral proceedings. It is the arbitral tribunal's responsibility to ensure this. (...)' (vindplaats: uncitral.un.org/en/texts/arbitration/explanatorytexts/organizing_arbitral_proceedings).
- 33 Vgl. PCA 11 januari 1995 (*Country X v. Company Q*), par. 23: '(...) The word must import some other standard - a doubt that is justifiable in an objective sense. In other words, the claimant here has to furnish adequate and solid grounds for its doubts. Those grounds must respond to reasonable criteria. In sum, would a reasonably well informed person believe that the perceived apprehension - the doubt - is justifiable? (...)'; id. par. 24: '(...) under the UNCITRAL Arbitration Rules doubts are justifiable or serious if they give rise to an apprehension of bias that is, to the objective observer, reasonable. Actual bias or partiality need not be established (...)' (bron van de uitspraak en het citaat: A.J. van den Berg (red.), *Yearbook Commercial Arbitration 1997 - Volume XXII*, ICCA & Kluwer Law International 1997, p. 234).
- 34 Art. 11 UNCITRAL Arbitration Rules 2013.
- 35 Vgl. Report of the Working Group on Arbitration and Conciliation on the work of its forty-fifth session, A/CN.9/614, 5 oktober 2006, par. 64.
- 36 Report of Working Group II (Arbitration and Conciliation) on the work of its forty-ninth session, A/CN.9/665, 30 september 2008, par. 75; vgl. Report of Working Group II (Arbitration and Conciliation) on the work of its fifty-second session, A/CN.9/688, 19 februari 2010, par. 58; Report of the Working Group on Arbitration and Conciliation on the work of its forty-sixth session, A/CN.9/619, 20 maart 2007, par. 96-99; Note by the Secretariat, Settlement of commercial disputes: Revision of the UNCITRAL Arbitration Rules, 6 december 2006, par. 50. Vgl. Report of the Working Group on Arbitration and Conciliation on the work of its forty-fifth session, A/CN.9/614, 5 oktober 2006, par. 65: 'The Working Group did not support a proposal that disclosure should be in the form of a written declaration'.
- 37 Zie: UNCITRAL Arbitration Rules 2013, Annex (Model statements of independence pursuant to article 11 of the Rules).

Wanneer van dergelijke omstandigheden wel sprake is ('Circumstances to disclose'), luidt de verklaring:

'I am impartial and independent of each of the parties and intend to remain so. Attached is a statement made pursuant to article 11 of the UNCITRAL Arbitration Rules of (a) my past and present professional, business and other relationships with the parties and (b) any other relevant circumstances. [Include statement.] I confirm that those circumstances do not affect my independence and impartiality. I shall promptly notify the parties and the other arbitrators of any such further relationships or circumstances that may subsequently come to my attention during this arbitration'.³⁸

99. Model Law: totstandkoming

Alvorens de UNCITRAL Model Law 2006 nader wordt besproken, wordt enige aandacht aan de totstandkomingsgeschiedenis van deze 'modelwet' besteed. Mede naar aanleiding van een aanbeveling die afkomstig was van het Asian African Legal Consultative Committee (hierna: AALCC) tijdens de tiende sessie van UNCITRAL droeg de Commissie de Secretaris-Generaal op 'to prepare, in consultation with the Asian-African Consultative Legal Committee, studies on these matters, (...)'.³⁹ In een 'Note' die in mei 1979 verscheen en door het Secretariaat was opgesteld, werd UNCITRAL vervolgens verslag uitgebracht van een 'consultative meeting' waarbij niet alleen 'representatives' van het UNCITRAL Secretariaat en het AALCC-secretariaat aanwezig waren, maar ook leden van ICCA en van de ICC Commission on International Arbitration.⁴⁰ In de notitie kwam onder meer naar voren dat '[i]t would be in the interest of international commercial if UNCITRAL would initiate steps leading to the establishment of uniform standards of arbitral procedure', en dat '[i]t was considered that the preparation of a model law on arbitration would be the most appropriate way to achieve the desired uniformity'.⁴¹ Als onderbouwing voor dit voorstel werd enerzijds aangevoerd dat 'most national laws on arbitral procedure were drafted to meet the needs of domestic arbitration and that many of these laws are in need of revision', en anderzijds 'the need for greater uniformity of national laws on arbitration'.⁴² Ook werd 'the divergence existing between frequently used arbitration rules and national laws' aangevoerd.⁴³ In het rapport dat naar aanleiding van de twaalfde sessie van UNCITRAL verscheen, stond opgenomen dat er 'wide agreement' was 'to request the Secretariat to undertake the necessary preliminary studies and to prepare a preliminary draft of such a law'.⁴⁴ Daarnaast werd onder meer naar voren gebracht dat, 'in developing a model law', de Commissie 'would be helping to bring

38 Vgl. Note by the Secretariat, Settlement of commercial disputes: Revision of the UNCITRAL Arbitration Rules, A/CN.9/WG.II/WP.154, 8 december 2008, par. 29.

39 Report of UNCITRAL on the work of its tenth session, 23 mei - 17 juni 1977, General Assembly, Official records, Thirty-second session, Supplement No. 17 (A/32/17), par. 39.

40 Note by the Secretariat: further work in respect of international commercial arbitration, A/CN.9/169, 11 mei 1979, par. 3.

41 Note by the Secretariat, A/CN.9/169, 11 mei 1979, par. 6.

42 Note by the Secretariat, A/CN.9/169, 11 mei 1979, par. 7.

43 Note by the Secretariat, A/CN.9/169, 11 mei 1979, par. 8.

44 Report of UNCITRAL on the work of its twelfth session, 18-29 juni 1979, General Assembly, Official records, Thirty-fourth session, Supplement No. 17 (A/34/17), par. 78.

about fairness and equality in business relationships'.⁴⁵ Tijdens haar veertiende sessie in juni 1981 kwam, nadat opnieuw notie was genomen van een rapport dat afkomstig was van de Secretaris-Generaal,⁴⁶ naar voren dat 'general support' aanwezig was voor 'the suggestion to proceed towards the drafting of a model law on international commercial arbitration'.⁴⁷ In dit verband benadrukte de Commissie onder meer dat 'in preparing the model law due account' zou moeten uitgaan naar het Verdrag van New York 1958 en de Arbitration Rules, en dat het belangrijk was 'to strike a reasonable balance between the interest of the parties to determine freely the procedure to be followed and the need for mandatory provisions ensuring fair and just proceedings'.⁴⁸ Daarnaast werd een speciale werkgroep in het leven geroepen om verder te werken aan een concept-modelwet.⁴⁹ De werkgroep begon zijn werk in februari 1982 waarna deze vijfmaal bijeenkwam.⁵⁰ Tijdens de zeventiende sessie van UNCITRAL sprak de Commissie haar waardering richting de werkgroep uit 'for having completed its task by preparing a sound and acceptable text for consideration by the Commission'.⁵¹ Daarnaast werd besloten om het conceptvoorstel naar 'all Governments and interested international organizations for their comments' te sturen.⁵² Tijdens haar 18^e sessie boog de Commissie zich over het ingestuurde commentaar dat door het Secretariaat was verzameld en gebundeld.⁵³ Tijdens de 112^e

45 '(...), and that this was therefore relevant to the Commission's consideration of the legal aspects of a new international economic order' (Report of UNCITRAL on the work of its twelfth session, 18-29 juni 1979, General Assembly, Official records, Thirty-fourth session, Supplement No. 17 (A/34/17), par. 78).

46 Report of the Secretary-General: possible features of a model law on international commercial arbitration, (A/CN.9/207), 14 mei 1981, in: *Yearbook of the United Nations Commission on International Trade Law*, 1981, Volume XII. Zie ook: Note by the Secretariat, Progress report on preparation of a model law on arbitral procedure, 22 april 1980, A/CN.9/190; vgl. Report of UNCITRAL on the work of its thirteenth session, 14-25 juli 1980, General Assembly, Official Records, Thirty-fifth session, Supplement No. 17 (A/35/17), par. 114-117.

47 Report of UNCITRAL on the work of its fourteenth session, 19-26 juni 1981, General Assembly, Official Records, Thirty-sixth session, Supplement No. 17 (A/36/17), par. 64. Vgl. Resolution 35/51 (Report of the United Nations Commission on International Trade Law) die werd aangenomen tijdens de 81^e plenaire sessie van de General Assembly op 4 december 1980 waarin overheden onder meer werden opgeroepen 'to provide the secretariat of the Commission with relevant materials pertaining to arbitration procedure so that it can complete its work on a model law on arbitral procedure:' (par. 12 sub d).

48 Report of UNCITRAL on the work of its fourteenth session, 19-26 juni 1981, par. 65, vgl. par. 66.

49 Report of UNCITRAL on the work of its fourteenth session, 19-26 juni 1981, par. 70 sub 3. Zie ook: Report of the Working Group on International Contract Practices on the work of its third session (New York, 16-26 februari 1982), A/CN.9/216. De leden van de werkgroep waren afkomstig uit Oostenrijk, Tsjecho-Slowakije, Frankrijk, Ghana, Guatemala, Hongarije, India, Japan, Kenya, de Filipijnen, Sierra Leone, Trinidad en Tobago, de Sovjet-Unie, het Verenigd Koninkrijk en de Verenigde Staten (par. 3).

50 Report of UNCITRAL on the work of its fifteenth session (New York, 26 juli - 6 augustus 1982), (A/37/17), in: *Yearbook of the United Nations Commission on International Trade Law*, 1983, Volume XIII, par. 87; Report of UNCITRAL on the work of its sixteenth session, 24 mei - 3 juni 1983, General Assembly, Official Records, Thirty-eight session, Supplement No. 17 (A/38/17), par. 86; Report of UNCITRAL on the work of its seventeenth session, 25 juni - 10 juli 1984, General Assembly, Official Records, Thirty-ninth session, Supplement No. 17 (A/39/17), par. 95.

51 Report of UNCITRAL on the work of its seventeenth session, par. 96.

52 Report of UNCITRAL on the work of its seventeenth session, par. 97 jo. par. 101 sub 2.

53 Report of UNCITRAL on the work of its eighteenth session, 3-21 juni 1985, General Assembly, Official Records, Fortieth session, Supplement No. 17 (A/40/17), par. 13. Zie: Report of the Secretary-General, Analytical compilation of comments by Governments and international organizations on the draft text of a model law on international commercial arbitration, 19 maart 1985, A/CN.9/263; Report of the Secretary-General, 15 april 1985, A/CN.9/263/Add.1; Report of the Secretary-General, 21 mei 1985, A/CN.9/263/Add.2; Report of the Secretary-General, Analytical commentary on draft text of a model law on inter-

plenaire bijeenkomst van de General Assembly van de Verenigde Naties in december 1985 werd de Model Law aangenomen.⁵⁴

100. Model Law en de verplichting tot arbitrale onafhankelijkheid en onpartijdigheid

Evenals de UNCITRAL Arbitration Rules 2010 heeft ook de Model Law geen afzonderlijke bepaling waarin arbiters een verplichting tot onafhankelijkheid en/of onpartijdigheid wordt opgelegd. Tijdens de totstandkoming van de eerste versie van de Model Law van 1985 werd opgemerkt: '[i]t was understood, however, that that agreed principle was *sufficiently clear* from other provisions of the model law, in particular article 12 which set forth the grounds for challenge' (curs. PR).⁵⁵ De amendering van de Model Law in 2006 heeft hierin geen verandering gebracht.⁵⁶ Wel kan, evenals bij de UNCITRAL Arbitration Rules, indirect een verplichting tot arbitrale onafhankelijkheid en onpartijdigheid worden afgeleid. In artikel 12 lid 2 staat dat '[a]n arbitrator may be challenged only if circumstances exist that give rise to justifiable doubts as to his impartiality or independence, or if he does not possess qualifications agreed to by the parties (...)'. Artikel 12 is op artikel 9 van de UNCITRAL Arbitration Rules 1976 geënt.⁵⁷ Hoewel tijdens de totstandkoming

national commercial arbitration, 25 maart 1985, A/CN.9/264. Vgl. Report of the Secretary-General, 31 juli 1985, A/CN.9/263/Add.3.

54 General Assembly, Fortieth Session, Resolution 40/72, Model Law on International Commercial Arbitration of the United Nations Commission on International Trade Law, 11 december 1985. Vgl. Report of UNCITRAL on the work of its eighteenth session, 3-21 juni 1985, General Assembly, Official Records, Fortieth session, Supplement No. 17 (A/40/17).

55 Report of UNCITRAL on the work of its eighteenth session, 3-21 juni 1985, General Assembly, Official Records: Fortieth Session Supplement No. 17 (A/40/17), par. 101. Vgl. Report of the Secretary-General: possible features of a model law on international commercial arbitration, (A/CN.9/207), 14 mei 1981, in: *Yearbook of the United Nations Commission on International Trade Law*, 1981, Volume XII, par. 65: '(...) It will have to be seen whether a "uniform" list of reasons could be agreed on or whether one should merely include a general formula such as "circumstances giving rise to justifiable doubts as to the arbitrator's impartiality or independence"'; Report of the Secretary-General, Analytical Commentary on Draft Text of a Model Law on International Commercial, A/CN.9/264, 25 maart 1985, p. 30: 'Paragraph (2), like article 10(1) of the UNCITRAL Arbitration Rules, adopts a general formula for the grounds on which an arbitrator may be challenged. This seems preferable to listing all possible connections and other relevant situations. (...)'

56 Zie 'Explanatory Note by the UNCITRAL Secretariat on the 1985 Model Law on International Commercial Arbitration as amended in 2006', par. 4 voor een overzicht met wijzigingen, vgl. Report of UNCITRAL on the work of its thirty-ninth session, 19 juni - 7 juli 2006, General Assembly, Official Records, Sixty-first session, Supplement No. 17 (A/61/17), Annex I, p. 56-60; Holtzmann e.a. 2015, p. 1-7, vgl. Report of UNCITRAL on the work of its thirty-second session, 17 mei - 4 juni 1999, General Assembly, Official Records, Fifty-fourth Session, Supplement No. 17 (A/54/17), par. 337: '[i]t was generally considered that the time had arrived to assess the extensive and favourable experience with national enactments' van onder meer de Model Law. De 'Working Group on Arbitration' kreeg deze taak toebedeeld waarbij de Commissie 'left open the question of what form its future work might take', maar de Werkgroep wel een aantal 'priority items' meegaf (Report of the Working Group on Arbitration on the work of its thirty-third session (Wenen, 20 november - 1 december 2000), A/CN.9/485, par. 4 en 5).

57 Note by the Secretariat: Model Law on International Commercial Arbitration: Draft Articles 1 to 24 on Scope of Application, Arbitration Agreement, Arbitrators, and Arbitral Procedure, (A/CN.9/WG.II/WP.37), 15 juli 1982, in: *Yearbook of the United Nations Commission on International Trade Law*, 1983, Volume XIV, vn. 18 (p. 52), vgl. Report of the Working Group on International Contract Practices on the Work of its Third Session (New York, 16-26 februari 1982), A/CN.9/216, par. 42.

van dit artikel werd geopperd om van 'reasonable doubt' uit te gaan,⁵⁸ neemt de Model Law een objectieve wrakingsmaatstaf als uitgangspunt getuige het gebruik van de woorden 'justifiable doubts'. Tijdens de totstandkoming van artikel 12 lid 2 werd daarnaast gepleit om het woord 'only' weg te laten, daar sprake zou kunnen zijn van wrakingsgronden 'which would not necessarily be covered by the words "impartiality or independence"',⁵⁹ De Commissie besloot het woord 'only' niet weg te laten aangezien 'the UNCITRAL Arbitration Rules as contractual rules could not affect the application of any other grounds for challenge provided in mandatory rules in the applicable law, whereas it might be desirable that the model law prevented such other grounds for challenge from being applied in international commercial arbitration'.⁶⁰

In artikel 12 lid 1 van de Model Law is een disclosure-verplichting neergelegd: '[w]hen a person is approached in connection with his possible appointment as an arbitrator, he shall disclose any circumstances likely to give rise to justifiable doubts as to his impartiality or independence'. Niet alleen arbiters dienen zich voorafgaande aan de arbitrage bezig te houden met de vraag naar hun onafhankelijkheid en/of onpartijdigheid, ook voor de benoemende instantie is een rol weggelegd: '[t]he court or other authority, in appointing an arbitrator, shall have due regard to any qualifications required of the arbitrator by the agreement of the parties and to such considerations as are likely to secure the appointment of an independent and impartial arbitrator (...)' (art. 11 lid 5). Tot slot kan ook na afloop van de arbitrage tegen arbitrale vooringenomenheid worden opgekomen: op het moment dat een overheidsrechter oordeelt dat 'the award is in conflict with the public policy of this State' kan tot vernietiging van het arbitrale vonnis worden overgegaan (art. 34 lid 2 sub b (ii) onder de noemer van de 'public policy' (openbare orde) (vgl. par. 3.4.2)).⁶¹

58 Report of the Secretary-General, Analytical compilation of comments by Governments and international organizations on the draft text of a model law on international commercial arbitration - Addendum, A/CN.9/263/Add.1, 15 april 1985, p. 9.

59 Report of UNICTRAL on the work of its eighteenth session, 3-21 juni 1985, General Assembly, Official Records, Fortieth session, Supplement No. 17 (A/40/17), par. 116. Zie ook: Report of the Working Group on International Contract Practices on the Work of its Fourth Session (Wenen, 4-15 oktober 1982), A/CN.9/232, 10 november 1982, par. 60; Report of the Secretary-General, Analytical commentary on draft text of a model law on international commercial arbitration, A/CN.9/264, 25 maart 1985, p. 30-31. Vgl. Report of the Secretary-General, Analytical compilation of comments by Governments and international organizations on the draft text of a model law on international commercial arbitration, A/CN.9/263, 19 maart 1985, p. 24.

60 Report of UNICTRAL on the work of its eighteenth session, 3-21 juni 1985, General Assembly, Official Records, Fortieth session, Supplement No. 17 (A/40/17), par. 119. Zie ook bijv. Binder 2019, p. 221.

61 Vgl. Court of Final Appeal 9 februari 1999 (*Hebei Import & Export Corp./Polytek Engineering Co. Ltd.*): '(...) concluded that, in accordance with s. 44(3) of the Ordinance, it would be contrary to public policy in Hong Kong to enforce the award. This conclusion was based on the perceived departure from natural justice and apparent bias on the part of the Tribunal, (...)' (bron van de geciteerde rechtsoverweging: via www.newyorkconvention.org, zie ook: Clout case 599, 'Abstract', p. 4: '[a]ccording to s. 44 (3) of the Arbitration Ordinance (corresponding to article 36 (1) (b) (ii) MAL), it would be contrary to the public policy of Hong Kong to enforce the award').

4.2.2 Verdrag van New York 1958

101. De verplichting tot arbitrale onafhankelijkheid en onpartijdigheid

Evenals de UNCITRAL Arbitration Rules 2013 en de UNCITRAL Model Law 2006 heeft ook het United Nations Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards (hierna: Verdrag van New York) geen afzonderlijke bepaling waarin arbiters een verplichting tot arbitrale onafhankelijkheid en/of onpartijdigheid is opgelegd. Een dergelijke verplichting kan op grond van dit verdrag slechts na afloop van de arbitrage worden afgedwongen: in het verdrag staan algemene gronden opgenomen die kunnen leiden tot de weigering van een verzoek tot erkenning en/of tenuitvoerlegging van een arbitrale uitspraak. Zo kan de erkenning en/of tenuitvoerlegging worden geweigerd als de bevoegde autoriteit van de staat waar de erkenning en/of tenuitvoerlegging wordt verzocht van mening is dat '[t]he recognition or enforcement of the award would be contrary to the public policy of that country' (art. V lid 2 sub b).

Door verschillende overheidsrechters is overwogen dat de arbitrale onpartijdigheid onder de noemer 'public policy' kan worden geschaard (vgl. par. 3.4.2).⁶² Ter illustratie kan worden gewezen op hetgeen het Tribunal fédéral in september 2016 overwoog: '[s]ans doute la partie qui a succombé devant un arbitre unique ou un tribunal arbitral ne satisfaisant pas aux exigences d'indépendance et d'impartialité, tout en ne s'en avisant qu'une fois le délai en question échu, pourra-t-elle encore dénoncer ce vice de procédure au stade de l'*exequatur* de la sentence arbitrale, en invoquant l'un des motifs de refus de reconnaissance et d'exécution énumérés à l'art. V de la Convention de New York (...), le vice considéré tomberait assurément sous le coup de l'art. V ch. 2 let. b CNY (...)'.⁶³ Volgens het gerecht lijdt het geen twijfel dat een partij die te maken heeft gehad met een arbiter of scheidsgerecht die/dat niet aan de verplichting tot arbitrale onafhankelijkheid en onpartijdigheid voldoet, zonder hiervan tijdens de arbitrage op de hoogte te zijn, deze 'procedurefout' ('vice de procédure') na afloop van de arbitrage, in de fase van het *exequatur*, aan de kaak kan stellen onder verwijzing naar één van de weigeringsgronden van het Verdrag van New York. Ter illustratie kan voorts worden gewezen op hetgeen het Court of Appeal van Hongkong overwoog in januari 1998: '[b]ut having considered carefully all the circumstances of this case, we cannot help coming to the conclusion that the defendant has established that there was a serious breach of natural justice and a strong case of apparent bias. What happened falls short of our standard of fairness.

62 Zie ook: IBA Subcommittee on Recognition and Enforcement of Arbitral Awards, Report on the Public Policy Exception in the New York Convention, oktober 2015, p. 15.

63 Tribunal fédéral 7 september 2016, nr. 4A_386/2015, r.o. 2.3.4. Vgl. Tribunal fédéral 12 januari 1989, nr. 5P.249/1988: 'La censura di parzialità ha rilievo sia riguardo all'art. V n. 1 letv. b della Convenzione (...), sia riguardo al principio dell'ordine pubblico (art. V n. 2 letv. b della Convenzione; (...)' (bron van de geciteerde rechtsoverweging: via www.newyorkconvention.org, zie voor een Engelse vertaling: A.J. van den Berg (red.), *Yearbook Commercial Arbitration 1990 - Volume XV*, ICCA & Kluwer Law International 1990, p. 509-514); in vergelijkbare bewoordingen: Camera di Esecuzione e Fallimenti, Kanton Ticino 19 juni 1990 (vindplaats van de uitspraak: via www.newyorkconvention.org, zie voor een Engelse vertaling: A.J. van den Berg (red.), *Yearbook Commercial Arbitration 1995 - Volume XX*, ICCA & Kluwer Law International 1995, p. 764-765).

It would be against public policy to enforce the award in these courts'.⁶⁴ In mei 1986 had het Duitse Bundesgerichtshof reeds overwogen: '[z]u Recht behandelt deshalb das Berufungsgericht das Gebot überparteilicher Rechtspflege als Bestandteil der deutschen öffentlichen Ordnung im Sinne des Artikels 5 Abs. 2 Buchst. b UNÜ'.⁶⁵ Vrij vertaald: de plicht tot onpartijdige rechtspraak wordt beschouwd als onderdeel van de Duitse openbare orde ('öffentliche Ordnung') in de zin van artikel V lid 2 sub b Verdrag van New York.⁶⁶

Daarnaast zou een partij een beroep kunnen doen op de grond '[t]he composition of the arbitral authority or the arbitral procedure was not in accordance with the agreement of the parties, or, failing such agreement, was not in accordance with the law of the country where the arbitration took place' (art. V lid 1 sub d).⁶⁷ In de literatuur is niettemin naar voren gebracht dat arbitrale uitspraken 'are seldom denied recognition and enforcement on the grounds of lack of arbitrator's impartiality' onder deze grond.⁶⁸

4.2.3 IBA: Rules of Ethics for International Arbitrators en Guidelines

102. IBA Rules of Ethics for International Arbitrators 1987

Regelingen op mondiaal niveau zijn niet alleen afkomstig van UNCITRAL: specifiek ten aanzien van de verplichting tot arbitrale onafhankelijkheid en onpartijdigheid springt 'soft law' die afkomstig is van de International Bar Association in het oog. In mei 1987 gaf de IBA Council zijn goedkeuring aan de Rules of Ethics for International Arbitrators die door Committee D (Procedures for Settling Disputes) van de Section

64 Court of Appeal Hong Kong 16 januari 1998 (*Hebei Import & Export Corp./Polytek Engineering Company Ltd.*) (bron van de geciteerde rechtsoverweging: via www.newyorkconvention.org).

65 BGH 15 mei 1986, III ZR 192/84.

66 Zie ook bijv. CA Parijs 24 februari 1994, *Revue de l'Arbitrage* 1995, afl. 2, p. 277-289 (*Ministère tunisien de l'Équipement/société Bec Frères*) (vindplaats: via www.newyorkconvention.org, zie voor een Engelse vertaling: A.J. van den Berg (red.), *Yearbook Commercial Arbitration 1997 - Volume XXII*, ICCA & Kluwer Law International 1997, p. 682-690). Vgl. Rb. Zutphen (pres.) 3 september 1996, nr. 3942 KG-RK 96/220 (*Tianjin Stationary & Sporting Goods Import and Export Corporation/Verisport BV*), r.o. 6 (bron van de uitspraak: via www.newyorkconvention.org, zie voor een Engelse vertaling: A.J. van den Berg (red.), *Yearbook Commercial Arbitration 1997 - Volume XXII*, ICCA & Kluwer Law International 1997, p. 766-767). Vgl. Cour de cassation (chambre civile 1) 24 maart 1998, *Revue de l'Arbitrage* 1999, afl. 2, p. 255 (*société Excelsior Film/société UGC-PH*) (vindplaats: via www.newyorkconvention.org, zie voor een Engelse samenvatting: A.J. van den Berg (red.), *Yearbook Commercial Arbitration 1999 - Volume XXIVa*, ICCA & Kluwer Law International 1999, p. 643-644, zie voorts: Hoffmann 2018, vn. 19 (nr. 48)). Vgl. Obergericht Basel-Land 3 juni 1971: '[d]ie Verweigerung der Vollstreckung wegen fehlender Unabhängigkeit der Schiedsrichter ist nur dann gerechtfertigt, wenn im konkreten Einzelfall die Abhängigkeit der Richter von einer Prozesspartei dargetan ist' (vindplaats: via www.newyorkconvention.org, zie voor een Engelse vertaling: P. Sanders (red.), *Yearbook Commercial Arbitration 1979 - Volume IV*, ICCA & Kluwer Law International 1979, p. 309-310).

67 Zie bijv. Tribunal fédéral 28 juli 2010, nr. 4A_233/2010, r.o. 3.3 (zie voor een Engelse samenvatting: A.J. van den Berg (red.), *Yearbook Commercial Arbitration 2011 - Volume XXXVI*, ICCA & Kluwer Law International 2011, p. 337-339).

68 Angoura 2019, p. 34. Vgl. id. p. 34: '(...) the right to invoke the defective irregular composition must not have been waived, and the arbitrator's bias must have affected the arbitral award. (17)'; id. p. 41: 'Such a defect of the award has to be substantial and meet the causal nexus requirement. To conclude, an arbitrator's impartiality under Article V(1)(d) should be evaluated in relation to the parties' agreement, the law of the place of arbitration, the waiver issue, as well as the causal nexus requirement'.

on Business Law waren opgesteld.⁶⁹ De Rules of Ethics bestaan uit negen regels die 'seek to establish the manner in which the (...) abstract qualities may be assessed in practice'.⁷⁰ De regels 'cannot be directly binding either on arbitrators, or on the parties themselves, unless they are adopted by agreement', aldus de 'Introductory Note' bij de Rules of Ethics.⁷¹ Ook wordt in de 'Introductory Note' benadrukt dat hoewel de IBA 'hopes that they will be taken into account in the context of challenges to arbitrators', de 'guidelines are not intended to create grounds for the setting aside of awards by national courts', noch is 'the intention of these rules to create opportunities for aggrieved parties to sue international arbitrators in national courts'. Nadat is verwoord dat '[i]nternational arbitrators should be impartial, independent, competent, diligent and discreet', staat als eerste 'Fundamental Rule' opgenomen: 'Arbitrators shall proceed diligently and efficiently to provide the parties with a just and effective resolution of their disputes, and shall be and shall remain free from bias'. In artikel 3.1 komen '[t]he criteria for assessing questions relating to bias are impartiality and independence' naar voren.

103. IBA Guidelines on Conflicts of Interest 2004 en 2014

Begin 2002 - zo'n vijftien jaar na de publicatie van de IBA Rules of Ethics - kwam een Working Group on Conflicts of Interest in International Arbitration bijeen.⁷² De negentien leden van deze werkgroep waren geselecteerd uit het Arbitration and ADR Committee van de IBA en afkomstig uit veertien landen.⁷³ De werkgroep werd gevraagd om een nationaal rapport op te stellen waarin nader diende te worden ingegaan op onder meer de nationale standaard van 'bias' en toepasselijke maatstaf, disclosure-verplichting(en), een vergelijking met de IBA Rules of Ethics 1987, de toepassing van artikel 6 EVRM en de mogelijkheid van 'waiver of conflicts'.⁷⁴ Vervolgens werden zeven General Standards geformuleerd en concrete voorbeelden hoe deze Standards zouden kunnen worden gebruikt: '(...), members of the Working Group drew up a list of recurring situations based on the case law of different jurisdictions, as well as their own experiences'.⁷⁵ In de 'Introduction' van de IBA Guidelines 2004 staat over deze werkwijze: 'The Working Group has based the General Standards and the Application Lists upon statutes and case law in jurisdictions and upon the

69 Zie (algemeen) Branson 1987, p. 335-336.

70 De regels zien op de volgende onderwerpen: '1. Fundamental Rule', '2. Acceptance of Appointment', '3. Elements of Bias', '4. Duty of Disclosure', '5. Communications with Parties', '6. Fees', '7. Duty of Diligence', '8. Involvement in Settlement Proposals' en '9. Confidentiality of the Deliberations' (bron: www.trans-lex.org/701100/_/iba-rules-of-ethics-for-international-arbitrators-1987, zie ook: *International Business Lawyer* 1987, afl. 8, p. 336-338; A.J. van den Berg (red.), *Yearbook Commercial Arbitration 1987 - Volume XII*, Kluwer Law International 1987, p. 199-202).

71 Vgl. OLG Frankfurt am Main 10 januari 2008, nr. 26 Sch 21/07: 'Verletzt ein Schiedsrichter seiner Offenbarungspflicht, kann sich daraus wiederum ein Grund für seine Ablehnung ergeben, sofern der Verstoß für sich bereits Zweifel an seiner Unparteilichkeit weckt (Münch a.a.O., Rdn. 12; (...); ebenso Art. 4.1 der IBA Rules of Ethics of international Arbitrators, (...)'.

72 Zie nader: De Witt Wijnen, Voser & Rao 2004, p. 433 e.v. Zie ook bijv. Sussman 2014a, p. 245; Lawson 2005; Van Ginkel 2004, vn. 153 (p. 31).

73 IBA Guidelines 2004, Introduction, par. 3.

74 De Witt Wijnen, Voser & Rao 2004, p. 437.

75 De Witt Wijnen, Voser & Rao 2004, p. 434.

judgment and experience of members of the Working Group and others involved in international commercial arbitration'.⁷⁶ Een eerste Draft Report werd tijdens een IBA Conferentie in oktober 2002 in Zuid-Afrika gepresenteerd. Met het ontvangen commentaar ging de werkgroep aan de slag, waarna vervolgens in september 2003 een tweede Draft Report tijdens een IBA Conferentie in San Francisco werd gepresenteerd. Naar aanleiding van deze presentatie werd een 'prominent group of practitioners' gevraagd 'to review the Second Draft Guidelines'.⁷⁷ Op 22 mei 2004 zijn de uiteindelijke Guidelines door de Raad van de IBA goedgekeurd. Het doel van de Guidelines 2004 was als volgt geformuleerd: 'the intent of helping this decision-making process, national laws, judicial decisions, arbitration rules and practical considerations and applications regarding impartiality and independence and disclosure in international arbitration'.⁷⁸ Daarbij werd ook aandacht besteed aan de reikwijdte van de richtlijnen: 'These Guidelines are not legal provisions and do not override any applicable national law or arbitral rules chosen by the parties'.⁷⁹

In 2012 werden de IBA Guidelines 2004 onder de loep genomen door een Conflicts of Interest Subcommittee.⁸⁰ Nieuwe onderwerpen waarmee de Guidelines 2014 werden aangevuld, waren onder meer de zgn. 'advance waiver', de vraag naar de noodzaak van mededeling van 'double hat'-zaken, zgn. 'issue conflicts', de onafhankelijkheid en onpartijdigheid van secretariaten, en 'third-party funding'.⁸¹ Daarnaast is de toelichting bij een aantal General Standards aangevuld.⁸² Over de werkwijze van de IBA Guidelines 2014 kan het volgende uit de 'Introduction' bij de Guidelines worden afgeleid: 'In reviewing the 2004 Guidelines, the IBA Arbitration Committee updated its analysis of the laws and practices in a number of jurisdictions'.⁸³ Evenals bij de versie van 2004 is gebruik gemaakt van commentaar vanuit het veld: '[b]oth the 2004 Working Group and the Subcommittee in 2012/2014 have sought and considered the views of leading arbitration institutions, corporate counsel and other persons involved in international arbitration through public consultations at IBA annual meetings, and at meetings with arbitrators and practitioners'.⁸⁴ Op 23 oktober 2014 zijn de herziene Guidelines door de Raad van de IBA goedgekeurd. De IBA Guidelines 2014 bestaan naast de IBA Rules of Ethics 1987.⁸⁵ De Guidelines gaan voor op de Rules of Ethics indien sprake is van overlap.⁸⁶

76 IBA Guidelines 2004, Introduction, par. 4.

77 De Witt Wijnen, Voser & Rao 2004, p. 438. Zie over de werkwijze nader: IBA Guidelines 2004, Introduction, par. 4.

78 IBA Guidelines 2004, Introduction, par. 3. Vgl. Lawson 2005.

79 IBA Guidelines 2004, Introduction, par. 6.

80 IBA Guidelines 2014, p. i. Zie IBA Guidelines 2014, vn. 2 (p. i-ii) voor de 27 leden van dit 'expanded' comité.

81 Zie voor suggesties ook bijv. Mullerat 2010.

82 Zo wordt opgetekend dat zowel arbiters als partijen een doorlopende onderzoeksplicht hebben in het kader van disclosure: '(...), any party to an arbitration is required, at the outset *and on an ongoing basis during the entirety of the proceedings*, to make a reasonable effort to ascertain and to disclose available information that, applying the general standard, might affect the arbitrator's impartiality or independence' (curs. PR) (Explanation to General Standard 7, IBA Guidelines 2014, p. 16).

83 IBA Guidelines 2014, Introduction, par. 4.

84 IBA Guidelines 2014, Introduction, par. 4.

85 Vgl. IBA Guidelines 2014, Introduction, par. 8: 'Those Rules cover more topics than these Guidelines, and they remain in effect as to subjects that are not discussed in the Guidelines'.

86 IBA Guidelines 2014, Introduction, par. 8; IBA Guidelines 2004, Introduction, par. 8: 'The Guidelines supersede the Rules of Ethics as to the matters treated here'. Het doel van de IBA Rules of Ethics for Inter-

104. Overheidsrechters en (het gewicht van) de IBA Guidelines

Een belangrijke vraag is welk gewicht aan de IBA Guidelines 2014 wordt toegekend in de (arbitrage)praktijk. In september 2016 werd het 'Report on the reception of the IBA arbitration soft law products' gepubliceerd waaruit blijkt dat met name partijen, hun advocaten, en arbiters een beroep op de richtlijnen doen.⁸⁷ Het onderzoek dat aan het rapport ten grondslag lag, geeft evenwel geen inzicht in 'data as to whether, or to what extent, the Guidelines have been treated as binding as opposed to merely being treated as guidelines'.⁸⁸ Uit de wel beschikbare informatie komt naar voren dat 'references to the Conflicts of Interest Guidelines by local courts are rare'.⁸⁹ Overheidsrechters lijken terughoudend te zijn om hun oordeel met behulp van de IBA Guidelines te onderbouwen.⁹⁰

Wat de vier jurisdicties van onderzoek betreft, is dit beeld bevestigd door gerechten in Zwitserland en Engeland. Hoewel door overheidsrechters uit deze jurisdicties naar de Guidelines wordt verwezen, onderstrepen zij dikwijls eveneens dat deze geen rechtskracht hebben. In maart 2008 gaf het Tribunal fédéral aan dat '[c]es lignes directrices n'ont certes pas valeur de loi', en dat 'nonobstant l'existence de semblables listes, les circonstances du cas concret resteront toujours décisives pour trancher la question du conflit d'intérêts'.⁹¹ Het Tribunal fédéral herhaalde dit standpunt in juni 2010: '(...) les lignes directrices, si elles constituent certes un instrument de travail précieux, n'ont pas pour autant valeur de loi',⁹² en in september 2016: '[c]es lignes directrices, (...), n'ont bien sûr pas valeur de loi'.⁹³ Het Engelse High Court overwoog in september 2011: '(...), the Guidelines are not intended to override

national Arbitrators 1987 is als volgt verwoord: 'These rules seek to establish the manner in which these abstract qualities may be assessed in practice'.

87 IBA, Report on the reception of the IBA arbitration soft law products, 16 september 2016, par. 102-103. Vgl. Queen Mary, International Arbitration Survey, Improvements and Innovations in International Arbitration, 2015, p. 3; Mereminskaya 2014.

88 IBA, Report on the reception of the IBA arbitration soft law products, 16 september 2016, par. 106.

89 IBA, Report on the reception of the IBA arbitration soft law products, 16 september 2016, par. 107. Hierbij volgt wel het volgende voorbehoud: '(...), this does not necessarily indicate that courts do not apply or take into consideration the Conflicts of Interest Guidelines: Reporters for several jurisdictions noted that the absence of a case law database or search engine made the search for case law difficult' (id. par. 107). Vgl. id. par. 168: 'The reluctance of these courts to apply the Conflicts of Interest Guidelines may be due to the existence of well-settled domestic ethical codes. (...)'.
 90 Vgl. Ahmed 2017 waarin twee categorieën worden onderscheiden (p. 655-657). Vgl. Picanyol 2015, p. 56-58. Interessant is de verwijzing door het EHRM naar de IBA Guidelines in mei 2021: '(...), the 2004 IBA Guidelines, revised in 2014, reflect the understanding of the IBA Arbitration Committee as to the best current international practice' (EHRM 20 mei 2021, nr. 5312/11 (*Beg S.p.a./Italië*), r.o. 44).

91 Tribunal fédéral 20 maart 2008, nr. 4A_506/2007, r.o. 3.3.2.2. Vgl. id. r.o. 3.3.2.2: '(...); elles n'en constituent pas moins un instrument de travail précieux, susceptible de contribuer à l'harmonisation et à l'unification des standards appliqués dans le domaine de l'arbitrage international pour le règlement des conflits d'intérêts (...), lequel instrument ne devrait pas manquer d'avoir une influence sur la pratique des institutions d'arbitrage et des tribunaux (...)'. Zie ook bijv. Scherer 2008.

92 Tribunal fédéral 10 juni 2010, nr. 4A_458/2009, r.o. 3.3.3.1.
 93 Tribunal fédéral 7 september 2016, nr. 4A_386/2015, r.o. 3.1.2. Vgl. Scherer 2008. Zie ook: Tribunal fédéral 27 mei 2019, nr. 4A_663/2018, r.o. 3.4.2 in welke rechtsoverweging het Tribunal fédéral aangaf de 'Richtlijnen als nützliches Arbeitsinstrument im Bereich der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit' te zien. Vgl. Tribunal fédéral 9 oktober 2012, nr. 4A_110/2012, r.o. 2.2.1; Tribunal fédéral 29 oktober 2010, nr. 4A_234/2010, r.o. 3.4.4; Tribunal fédéral 10 juni 2010, nr. 4A_458/2009, r.o. 3.3.1 en Tribunal fédéral 11 januari 2010, nr. 4A_258/2009, r.o. 3.1.2; Tribunal fédéral 11 januari 2010, nr. 4A_256/2009, r.o. 3.1.2.

the national law'.⁹⁴ In januari 2015 overwoog het High Court: 'assistance is derived from the [IBA Guidelines, PR], which provide illustrations of what the international arbitral community considers to be cases of conflicts of interest or apparent bias',⁹⁵ en in maart 2016: '[t]he Guidelines do not bind the Court, but they can be of assistance'.⁹⁶ In ferme(re) bewoordingen overwoog het High Court begin februari 2017 dat de richtlijnen 'do not represent the English law of apparent bias',⁹⁷ waarna het Supreme Court eind november 2020 in dezelfde zaak overwoog dat, hoewel de IBA Guidelines 'set out good arbitral practice which is recognised internationally' en 'can assist the court in identifying what is an unacceptable conflict of interest and what matters may require disclosure', zij 'do not of themselves give rise to legal obligations or override national law or the arbitral rules chosen by the parties'.⁹⁸ In Nederland zijn mij slechts enkele gerechtelijke uitspraken bekend.⁹⁹ Begin december 2016 overwoog het Hof Den Haag dat het feit op grond waarvan de arbiter was gewraakt 'gelegd langs de lat van deze zwaardere maatstaf, gelet op het lange tijdsverloop en op de hiervoor genoemde IBA-Guidelines niet zodanig [was, PR] dat moet worden getwijfeld aan de onpartijdigheid en onafhankelijkheid' van de betreffende arbiter.¹⁰⁰ In januari 2019 overwoog het Hof Arnhem-Leeuwarden dat bij de beoordeling van de vraag of gerechtvaardigde twijfel aan de arbitrale onpartijdigheid en onafhankelijkheid ex artikel 1033 Rv bestaat, 'de zogenoemde rode, oranje en groene lijsten van de IBA Guidelines tot gezichtspunt dienen'.¹⁰¹ Hiertoe 'bestaat aanleiding indien en voor zover de daarin omschreven situaties aansluiten bij of op een lijn zijn te stellen met de voorliggende casus', waarbij 'wel [dient, PR] te worden aangetekend dat deze lijsten niet beogen uitputtend te zijn', aldus het hof.¹⁰² Tot slot lijkt in Frankrijk geen

- 94 High Court (Commercial Court) 15 september 2011 (*A c.s./B & X*), [2011] EWHC 2345 (Comm), r.o. 73, onder verwijzing naar paragraaf 6 van de 'Introduction' van de IBA Guidelines. Vgl. High Court (Commercial Court) 19 oktober 2005 (*A.S.M Shipping Ltd of India/T.T.M.I Ltd of England*), [2005] EWHC 2238 (Comm), r.o. 39.
- 95 High Court (Commercial Court) 30 januari 2015 (*Sierra Fishing Company c.s./Farran c.s.*), [2015] EWHC 140 (Comm), r.o. 58. Vgl. High Court (Commercial Court) 17 februari 2016 (*Cofely Ltd/Bingham & Knowles Ltd*), [2016] EWHC 240 (Comm), r.o. 109.
- 96 High Court (Commercial Court) 2 maart 2016 (*W Ltd/M SDN BHD*), [2016] EWHC 422 (Comm), r.o. 26. Hoewel het gerecht positief begint - 'The 2014 IBA Guidelines make a distinguished contribution in the field of international arbitration. Their objective, to assist in assessing impartiality and independence, is to be commended' (r.o. 33) - zijn de volgende, ferme woorden mijns inziens opvallend: 'It is therefore with diffidence that I say that the present case suggests there are weaknesses in the 2014 IBA Guidelines in two inter-connected respects. (...)' (r.o. 34).
- 97 High Court (Commercial Court) 3 februari 2017 (*H/L c.s.*), [2017] EWHC 137 (Comm), r.o. 42.
- 98 Supreme Court 27 november 2020 (*Halliburton Company/Chubb Bermuda Insurance Ltd*), [2020] UKSC 48, r.o. 71, onder verwijzing naar paragraaf 6 van de 'Introduction' van de IBA Guidelines 2014. Vgl. Court of Appeal (Civil Division) 19 april 2018 (*Halliburton Company/Chubb Bermuda Insurance Ltd c.s.*), [2018] EWCA Civ 817, r.o. 88.
- 99 Vgl. IBA, Report on the reception of the IBA arbitration soft law products, 16 september 2016, par. 167: 'By contrast, in the Netherlands, at least one court has affirmatively refused to apply the Guidelines. (...) However, the court specifically refused to apply the Guidelines when deciding on this matter'. In het rapport wordt verwezen naar Rb. Rotterdam 11 mei 2011, ECLI:NL:RBROT:2011:BQ6204. Vgl. Marsman 2021, nr. 6.144; Schellaars & Marsman 2018, p. 9.
- 100 Hof Den Haag 6 december 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:4377, r.o. 8.6. Vgl. Conclusie A-G De Bock d.d. 23 maart 2018, ECLI:NL:PHR:2018:263, sub 3.27.
- 101 Hof Arnhem-Leeuwarden 25 januari 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:634, r.o. 5.4.
- 102 Hof Arnhem-Leeuwarden 25 januari 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:634, r.o. 5.4. Vgl. voorts bijv. Hof Amsterdam 9 oktober 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:3755, r.o. 3.18: '(...) Het beroep op de IBA-Guidelines kan

jurisprudentie voorhanden te zijn waarin overheidsrechters een oordeel onderbouwen met behulp van de IBA Guidelines.¹⁰³

105. Arbitrage-instituten en (het gewicht van) de IBA Guidelines

Wat de vier arbitrage-instituten van onderzoek betreft, is in onderhavig verband het meest bekend over de gang van zaken bij het LCIA: door verschillende LCIA Divisions is in wrakingsbeslissingen verwezen naar de Guidelines (2004 en 2014).¹⁰⁴ Zo overwoog een LCIA Division eind augustus 2009: 'it was undisputed that the IBA Guidelines were neither binding authority nor having the force of law'.¹⁰⁵ Onder verwijzing naar jurisprudentie uit de Verenigde Staten, België en Zweden overwoog de betreffende divisie vervolgens dat 'the Guidelines might reinforce the finding of a reasonable impression of lack of independence and a real possibility of bias'.¹⁰⁶ waarna het overwoog dat de Guidelines 'to a considerable degree, (...) might be seen to reflect actual practice in significant parts of the international arbitration community'.¹⁰⁷ Medio maart 2010 werd de laatste overweging herhaald: '[i]t was the view of the Vice President that, to a considerable degree, the IBA Guidelines on Conflicts may be seen to reflect actual practice in significant parts of the international arbitration community'.¹⁰⁸ Eind oktober 2010 overwoog een LCIA Division dat deze ten aanzien van de vraag naar de 'test of impartiality and independence' '[had, PR] been guided by the more detailed elaborations on the issue provided by the IBA Guidelines (...), to which both Parties made reference in their communications'.¹⁰⁹ Hoewel zowel gedaagde als de voorzitter van het scheidsgerecht naar de Guidelines hadden verwezen, overwoog een LCIA Division in januari 2011: 'I am not aware that any International Arbitration Institution considers itself bound to follow the Guidelines. Nevertheless, the Guidelines express a consensus of a group of distinguished arbitration practitioners, reference to which is useful in analysing challenges such as this one'.¹¹⁰ In september 2012 overwoog een LCIA Division dat niet alleen naar de Arbitration

haar niet baten. (...); Rb. Rotterdam 11 mei 2011, ECLI:NL:RBROT:2011:BQ6204 (beroep van eiser op de IBA Guidelines in het kader van een (afgevoerd) vordering tot vernietiging; de rechtbank verwijst niet naar de richtlijnen); Rb. 's-Gravenhage (vzr.) 18 oktober 2004, *TvA 2005*, afl. 3, nr. 51 (verzoeker verwijst in het kader van een wrakingsprocedure naar de IBA Guidelines; de rechtbank haalt de richtlijnen niet aan, het wrakingsverzoek wordt wel gegrond verklaard). Vgl. Rb. Rotterdam (vzr.) 1 maart 2021, ECLI:NL:RBROT:2021:1680, r.o. 4.6.

103 Vgl. IBA, Report on the reception of the IBA arbitration soft law products, 16 september 2016, par. 167: 'In France and Italy, there appear to be no cases referencing the Guidelines. (...)'; The IBA Conflicts of Interest Subcommittee, 'The IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration: The First Five Years 2004-2009', *Dispute Resolution International* 2010, afl. 1, p. 7: '(...) with France as a notable absent'. Vgl. Mourre 2012, p. 9: 'In dealing with issues of arbitrators' conflict of interest, French courts would normally not make direct reference to the IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration'.

104 In gelijke zin: Gerbay 2021, nr. 29. Vgl. Supreme Court 27 november 2020 (*Halliburton Company/Chubb Bermuda Insurance Ltd*), [2020] UKSC 48, r.o. 107: '(...) Mr Kimmins, on behalf of LCIA, referred the court to the IBA Guidelines, Part I, General Standard 7(d), and submitted that (...)'.
105 LCIA Division 28 augustus 2009, nr. 81160, par. 3.6.
106 LCIA Division 28 augustus 2009, nr. 81160, par. 3.6.
107 LCIA Division 28 augustus 2009, nr. 81160, par. 3.7.
108 LCIA Division 15 maart 2010, nr. 81224, par. 3.6.
109 LCIA Division 28 oktober 2010, nr. UN10169, par. 14, vgl. par. 25.
110 LCIA Division 31 januari 2011, nr. 101642, par. 15, vgl. par. 28, 29.

Act 1996 en de LCIA Rules zou worden verwezen '[s]ince the seat of arbitration is London and since the arbitration is conducted under the LCIA Rules', maar ook dat als 'additional guidance' zou worden verwezen naar de Guidelines 'which purport to and actually do reflect best practices in the international arbitration community'.¹¹¹ Interessant is voorts hetgeen in een beslissing van een LCIA Division van eind juli 2012 naar voren komt. Allereerst overwoog de betreffende divisie, in lijn met het standpunt van eiser, 'not bound to follow' de Guidelines te zijn.¹¹² Niettemin (en in lijn met het standpunt van gedaagde) vertegenwoordigen de richtlijnen 'represent international best practice', aldus de divisie.¹¹³ De Guidelines 'are generally helpful when considering issues of conflicts of interest or the impartiality and independence of arbitrators' en met het oog op het wrakingsverzoek 'the provisions of the IBA Guidelines are not materially different to the position at English law'.¹¹⁴ Begin juni 2015 kwam in een beslissing naar voren: 'I now turn for further guidance to the 2014 IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration which reflect best practices in international arbitration'.¹¹⁵ In juli 2015 werd door een LCIA Division benadrukt dat 'the IBA Guidelines are not binding in an LCIA Arbitration'.¹¹⁶ In een wrakingsbeslissing van mei 2016 kwam naar voren: 'The [former Vice President] has also considered the IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration 2014 (the IBA Guidelines), although not-binding, to which the LCIA Court had referred in previous decisions on challenges and on which both parties also relied'.¹¹⁷ Tot slot is interessant hetgeen een LCIA Division medio december 2016 overwoog: 'if a piece of information is considered by the Guidelines to be appropriate for a party to disclose to a prospective arbitrator, then a fortiori, it must be appropriate for co-arbitrators to disclose to a prospective Chair'.¹¹⁸

Wat de ICC/het ICC Court betreft, komt in de literatuur naar voren dat het ICC Court niet voorbij zou gaan aan hetgeen in de IBA Guidelines naar voren komt. Niettemin zou het Court 'greater importance to its own practice' hechten.¹¹⁹ Daar-

111 LCIA Division 4 september 2012, nr. 111947, par. 23.

112 LCIA Division 31 juli 2012, nr. 122053, par. 64, vgl. par. 77.

113 LCIA Division 31 juli 2012, nr. 122053, par. 64.

114 LCIA Division 31 juli 2012, nr. 122053, par. 64.

115 LCIA Division 2 juni 2015, nr. 142862, par. 57, vgl. par. 65.

116 LCIA Division 22 juli 2015, nr. 132551, par. 117.

117 LCIA Division 25 mei 2016, nr. 152906, par. 30. In vergelijkbare bewoordingen: LCIA Division 21 juli 2017, nr. 173566, par. 23.

118 LCIA Division 16 december 2016, nr. 142683, par. 247. Zie daarnaast bijv. LCIA Division 4 maart 2011, nr. 91305, par. 21, 30; LCIA Division 23 december 2013, nrs. 132445 & 132456, par. 3.5; LCIA Division 22 juni 2012, nrs. 101689 & 101691, par. 64.

119 Malintoppi & Carlevaris 2015, p. 143, zie ook: IBA, Report on the reception of the IBA arbitration soft law products, 16 september 2016, par. 126; Grierson & Van Hooft 2012, p. 202; Nicholas & Partasides 2007, p. 3. Vgl. de uitkomsten van empirisch onderzoek dat door Greenberg & Feris 2009 is verricht 'into cases handled by the ICC International Court of Arbitration ("Court") between 1 July 2004 and 1 August 2009', goed voor '[a] total of 187 challenges and contested confirmations were examined for the purpose of this research'. Naar voren komt onder meer dat '[i]n 106 of these, at least one article of the IBA Guidelines was referred to as potentially contemplating the situation in question'. De auteurs maken het volgende voorbehoud: 'that references to the IBA Guidelines in such situations are for information only' en dat het ICC Secretariaat 'usually refers to any article in the IBA Guidelines that in some way contemplates the situation in question. Such references are for information only and do not bind the Court. Nor do they mean that the Court is applying the IBA Guidelines'. Vgl. Carlevaris & Digón 2016: 'A study of challenges filed with the Court during the years 2010-2015 reveals that the IBA Guidelines were referred to in

naast zou in ten minste één uitspraak door het Cour d'Arbitrage van het voormalige SCAI een verwijzing naar (par. 3.1.2 van de 'Orange List' van) de IBA Guidelines zijn gemaakt.¹²⁰ Tot slot is mij geen informatie bekend over hoe door (leden van) het wrakingscomité van het NAI tegen (onderbouwing van het oordeel met behulp van) de IBA Guidelines wordt aangekeken.¹²¹

106. Slotsom

Op grond van bovenstaande is duidelijk geworden dat overheidsrechters en arbitrage-instituten van de IBA Guidelines gebruik maken in het kader van de beoordeling of sprake is van arbitrale vooringenomenheid. Het is echter niet voor alle jurisdicties en arbitrage-instituten duidelijk is of, en zo ja, welk gewicht aan deze 'soft law' in de voorliggende wrakings- en/of vernietigingsprocedure wordt toegekend.¹²² Vanuit het oogpunt van rechtszekerheid voor partijen zou het mijns inziens wenselijk kunnen zijn om (meer) duidelijkheid op dit punt te hebben. In dit verband zouden partijen ook het voortouw kunnen nemen door af te spreken welk gewicht zij aan de IBA Guidelines (en/of aan ander 'soft law') toekennen,¹²³ zij het dat het de vraag is of dergelijke afspraken altijd stand kunnen houden (vgl. par. 4.6.3). Ook in arbitragereglementen zou duidelijk(er) naar voren kunnen komen in hoeverre arbiters zich dienen te houden aan hetgeen in de IBA Guidelines staat opgenomen.¹²⁴

a significant number of challenges. Those references were found in parties' arguments, arbitrators' comments and, more frequently, in the Secretariat's reports to the Court. Reference was made to the IBA Guidelines in 85 (28.4%) of the 299 challenges filed in this period. (...).

- 120 Gedaagde probeerde de unus-arbiter te wraken op grond van de omstandigheid dat de arbiter als 'counsel' in 'a totally unrelated dispute' betrokken zou zijn geweest tegen een onderneming waarin gedaagde een aanzienlijk (minderheids)belang had. Deze zaak zou zijn afgesloten drie jaar voordat de arbiter de benoeming in de onderhavige arbitrage accepteerde (bron van de informatie: Jermini & Castiglioni 2018, p. 13). Vgl. CAS 31 januari 2012, nr. 2011/O/2574 (*UEFA v. Olympique des Alpes SA/FC Sion*), par. 263.
- 121 Interessant is hetgeen op de website van het ICSID staat: 'While the IBA Guidelines on Conflicts of Interest are not binding, they may serve as useful references in a challenge under the ICSID Convention' (bron: icsid.worldbank.org/services/arbitration/convention/process/disqualification). Zie daarnaast bijv. ICSID 12 november 2013, nr. ARB/12/20 (*Blue Bank International & Trust (Barbados) Ltd. v. The Bolivarian Republic of Venezuela*), 'Decision on the Parties' Proposals to Disqualify a Majority of the Tribunal', par. 62: '(...) While these rules or guidelines may serve as useful references, the Chairman is bound by the standard set forth in the ICSID Convention. (...)'. Zie daarentegen ook bijv. (ICDR) Martinez 2012, p. 19: 'The ICDR does not apply the IBA's Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration (...)'.
122 Zie voor verwijzing naar ander 'soft law' bijv. LCIA Division 4 september 2012, nr. 111947, par. 33: '(...) Moreover, the Respondent itself refers to and emphasizes Rule 3 of the IBA Guidelines of Ethics for International Arbitrators, which provides as an example of an 'indirect relationship' (...); LCIA Division 16 december 2016, nr. 142683, par. 247: 'The Division is, of course, aware that the CI Arb and IBA Guidelines are guidelines as to what may, and what may not, be disclosed by parties, or party representatives, to prospective arbitrators, (...)'; Tribunal fédéral 16 oktober 2019, nr. 4A_292/2019, r.o. 3.4: '(...) Diese Sichtweise wird etwa auch durch Canon III/B.2 des Code of Ethics for Arbitrators in Commercial Disputes der American Arbitration Association vom 1. März 2004 bestätigt, (...)'.
123 Vgl. LCIA Division 4 augustus 2016, nr. 142683, par. 265.
124 Interessant is hetgeen staat opgenomen in artikel 3 lid 5 van de Arbitrator Code of Conduct for Dispute Settlement behorende bij het Foreign Investment Promotion and Protection Agreement Model 2021 van Canada: 'This Code of Conduct shall be interpreted in a manner consistent with other internationally recognized standards or guidelines regarding direct or indirect conflicts of interest, such as the International Bar Association *Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration*' (vindplaats: via www.international.gc.ca). Vgl. artikel 20 lid 6 Netherlands model Investment Agreement, 22 maart

4.2.4 ICSID

107. Artikel 14 lid 1 ICSID Convention 2006

In artikel 14 lid 1 van de ICSID Convention 2006 staat de volgende verplichting voor ICSID-arbiters opgenomen: '[p]ersons designated to serve on the Panels shall be persons of high moral character and recognized competence in the fields of law, commerce, industry or finance, who may be relied upon to exercise independent judgment'.¹²⁵ Uit de woorden 'to exercise independent judgment' zou een verplichting tot in ieder geval onafhankelijkheid kunnen worden afgeleid.¹²⁶ Zoals eerder naar voren kwam (nr. 66), stelt de Spaanse versie van artikel 14 lid 1 voorop dat een arbiter juist dient te streven ('inspirar') naar 'plena confianza en su imparcialidad de juicio'. Ook de Franse tekst is anders: ICSID-arbiters 'doivent (...) offrir toute garantie d'indépendance dans l'exercice de leurs fonctions' (curs. PR). Ingevolge Rule 56 lid 1 van de ICSID Arbitration Rules 2006 zijn de drie officiële teksten niettemin 'equally authentic'.¹²⁷ Ook kwam eerder naar voren dat in ICSID-uitspraken naar voren is gebracht dat ICSID-arbiters zowel onafhankelijk als onpartijdig dienen te zijn (nr. 66).¹²⁸ De verplichting tot arbitrale onafhankelijkheid en onpartijdigheid geldt voor alle ICSID-arbiters, dus ook voor partij-arbiters.¹²⁹

Opvallend was dat in de eerste voorstellen voor de ICSID Convention geen aandacht was voor de (verplichting tot) onafhankelijkheid en/of onpartijdigheid van arbiters.¹³⁰ Mede op initiatief van Nederlandse inbreng werd in februari 1964 uiteindelijk besloten om een verplichting tot arbitrale onafhankelijkheid op te nemen.¹³¹

2019: '(...) Arbitrators shall comply with the International Bar Association Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration and any supplemental rules agreed upon by the Contracting Parties. (...) (vindplaats: investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/5832/download), zie bijv. Lavranos 2020. Zie ook art. 8.30 lid 1 EU-Canada Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA): 'The Members of the Tribunal shall be independent. (...) They shall comply with the International Bar Association Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration or any supplemental rules (...) (vindplaats: [via eur-lex.europa.eu](https://eur-lex.europa.eu)); vgl. Advies 1/17 van het HvJ EU 30 april 2019, ECLI:EU:C:2019:341, par. 243.

125 Ook arbiters 'appointed from outside the Panel of Arbitrators shall possess the qualities stated in paragraph (1) of Article 14' (art. 40 lid 2 ICSID Convention 2006), vgl. Cleis 2017, p. 14: '(...) Article 14 para. 1 ICSID Convention only indirectly applies to arbitrators who are unilaterally or jointly appointed by the parties, from outside the Panel of Arbitrators'.

126 Vgl. Broches 1993, p. 637.

127 Rule 56 lid 1 ICSID Arbitration Rules 2006: '[t]he texts of these Rules in each official language of the Centre shall be equally authentic'.

128 Vgl. ICSID Secretariat, Possible Improvements of the Framework for ICSID Arbitration, Discussion Paper, 22 oktober 2004, par. 16: '(...) The requirement of reliability for independent judgment has been interpreted as encompassing impartiality as well as independence from the parties. (...)'

129 Schreuer e.a. 2010, p. 512.

130 Schreuer e.a. 2010, p. 49.

131 History of the ICSID Convention, Volume II-1, Summary Record of Proceedings, Geneva Consultative Meetings of Legal Experts, 17-22 februari 1964, p. 386-387 (vindplaats: [via icsid.worldbank.org](https://www.icsid.worldbank.org)). Interessant is dat de Noorse, Zweedse en Spaanse inbreng terughoudend is nu andere bepalingen een waarborg voor onafhankelijkheid zouden zijn (id. p. 387, 388). Daarentegen toont de vertegenwoordiger van Portugal zich verheugd: 'Mr. Pereira (Portugal) said that an express provision specifying that arbitrators must act with complete independence, would greatly enhance the international prestige and authority of arbitral awards' (id. p. 387). Vgl. History of the ICSID Convention, Volume II-1, Memorandum of the meeting of the Committee of the Whole, 18 december 1962, p. 56.

Tijdens de vergaderronde die van 27 april tot 1 mei 1964 plaatsvond, stelde de voorzitter voor om de betreffende bepaling dan ook aan te vullen met de woorden ‘that the prescribed qualifications include independence and a capacity for independent judgment’.¹³²

108. Artikel 57 ICSID Convention 2006

Op grond van artikel 57 van de ICSID Convention 2006 is het mogelijk om een wrakingsverzoek in te dienen ‘on account of any fact indicating a manifest lack of the qualities required by paragraph (1) of Article 14’. In een Working Paper dat aan de totstandkoming van de ICSID Convention voorafging, werd voorgesteld om artikel 57 zo te formuleren dat wraking mogelijk zou zijn op het moment dat de arbiter ‘has an interest in the subject matter of the dispute or that he had, prior to his appointment, dealt with the dispute in any capacity whatever’.¹³³ Deze suggesties hebben de tekst van de Convention niet gehaald. Interessant is ook een voorstel dat in de (geannoteerde) Preliminary Draft van 9 augustus 1963 naar voren kwam: ‘A party may propose the disqualification of a (...) arbitrator appointed pursuant to (...), on account of any fact whether antecedent or subsequent to the constitution of the Commission or Tribunal’ (art. V lid 2).¹³⁴ Andere wrakingsgronden die op ‘unfitness and personal prejudice’ zagen,¹³⁵ en ‘misconduct or interest in the subject matter’,¹³⁶ hebben de uiteindelijke tekst van het artikel(lid) eveneens niet gehaald.¹³⁷ De eerste (geregistreerde) wrakingsprocedure vond plaats in het kader van de ICSID-arbitrage *Amco Asia Corporation c.s. v. Indonesië* in juni 1982.¹³⁸

Onduidelijk is wat precies onder het woord ‘manifest (lack)’ kan worden verstaan.¹³⁹ Tijdens de totstandkoming van de Convention werd door de voorzitter slechts naar voren gebracht: ‘a very manifest lack of the qualities enumerated in Article 14 would be necessary for challenging a member of a panel’.¹⁴⁰ Ook in ICSID-uitspraken

132 History of the ICSID Convention, Volume II-1, Summary Record of Proceedings, Bangkok Consultative Meetings of Legal Experts, 27 april - 1 mei 1964, p. 485. Vgl. Cleis 2017, p. 14: ‘(...), the scope of the requirement of independence and impartiality was not further discussed during the drafting process’.

133 Schreuer e.a. 2010, p. 1201.

134 History of the ICSID Convention, Volume II-1, Annotated First Preliminary Draft Convention, p. 165.

135 History of the ICSID Convention, Volume II-1, Summary Record of Proceedings, Bangkok Consultative Meetings of Legal Experts, 27 april - 1 mei 1964, p. 551; History of the ICSID Convention, Volume II-1, Annotated First Preliminary Draft Convention, p. 166; History of the ICSID Convention, Volume II-1, Preliminary Draft Convention: Working Paper for the Consultative Meetings of Legal Experts, p. 224.

136 History of the ICSID Convention, Volume II-1, Annotated First Preliminary Draft Convention, p. 166; History of the ICSID Convention, Volume II-1, Preliminary Draft Convention: Working Paper for the Consultative Meetings of Legal Experts, p. 224.

137 Vgl. History of the ICSID Convention, Volume II-2, Memorandum of the meeting of the Committee of the Whole, 23 februari 1965, afternoon, Continuation of the discussion of Chapter IV, and discussion of Chapters V, VI, VIII, IX, and X, p. 993.

138 ICSID 24 juni 1982, nr. ARB/81/1 (*Amco Asia Corporation c.s. v. Indonesië*), ‘Decision on the Proposal to Disqualify an Arbitrator’, zie over deze uitspraak bijv. Cleis 2017, p. 32; Luttrell 2016, p. 302.

139 Cleis 2017, p. 14, 17.

140 History of the ICSID Convention, Volume II-2, Summary Proceedings of the Legal Committee meeting, 30 november 1964, afternoon, p. 728. Vgl. History of the ICSID Convention, Volume II-2, Memorandum of the meeting of the Committee of the Whole, 16 februari 1965, Discussion of Chapters I and II of the Draft Convention, p. 970: ‘(...) it was not enough, however, to allege that the arbitrator was not of high moral character, but to establish facts indicating a manifest lack of that quality, (...)’.

is geen consensus op dit punt.¹⁴¹ Illustratief is hetgeen twee niet-gewraakte ICSID-arbiters in februari 2013 overwogen: '[t]here seems to be no unequivocal answer'.¹⁴² Niet alleen is geen consensus over de betekenis van het woord 'manifest'; in de literatuur komt naar voren dat ook 'the debate on the test or standard has assumed a life of its own in the case law' nu artikel 57 'is still incomplete as an expression of the test for disqualification'.¹⁴³ In het verlengde hiervan is de vraag gerezen in hoeverre de (veel voorkomende) maatstaf van gerechtvaardigde twijfels eveneens in ICSID-wrakingsprocedures een rol zou kunnen spelen.¹⁴⁴ Op de website van het ICSID staat: '[t]he applicable legal standard for disqualification is an objective one, based on how a reasonable third party would evaluate the evidence'.¹⁴⁵ In de literatuur is naar voren gebracht dat de maatstaf voor wraking die in artikel 57 van de ICSID Convention naar voren komt dwingend is, maar dat partijen wel enige vrijheid zou toekomen om de wrakingsprocedure vorm te geven.¹⁴⁶ Zo waren partijen in de ICSID-arbitrage *Perenco v. Ecuador* overeengekomen dat in geval van wraking 'the IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration shall apply'.¹⁴⁷ en dat een wrakingsverzoek aan de Secretaris-Generaal van het PCA zou worden voorgelegd. Ten aanzien van een aan hem voorgelegd wrakingsverzoek overwoog de Secretaris-Generaal aan de hand van de IBA Guidelines 2004 dat bepaalde uitlatingen die afkomstig waren van de gewraakte arbiter aanleiding gaven tot 'justifiable doubts' aan zijn onpartijdigheid of onafhankelijkheid. De vraag blijft echter in hoeverre de door partijen overeengekomen maatstaf stand zou houden, daar de gewraakte arbiter op eigen initiatief terugtrad.¹⁴⁸

141 Zie bijv. Luttrell 2016, p. 302: '(...), the meaning and effect of the Article 57 expression 'manifest lack' has been debated for thirty years', zie ook: Joshi 2020; Crawford 2016, p. 606. Vgl. ICSID 12 november 2013, nr. ARB/12/20 (*Blue Bank International & Trust (Barbados) Ltd. v. The Bolivarian Republic of Venezuela*), 'Decision on the Parties' Proposals to Disqualify a Majority of the Tribunal', par. 61: '(...), a number of decisions have concluded that it means "evident" or "obvious,"⁴³ and that it relates to the ease with which the alleged lack of the qualities can be perceived.⁴⁴. De meningen verschillen daarnaast over de vraag of sprake is van een verband tussen artikelen 14 ('relied upon') en 57 ('manifest'), zie nader bijv. Luttrell 2016, p. 303; Crawford 2016, p. 597.

142 ICSID 27 februari 2013, nr. ARB/12/13 (*Saint-Gobain Performance Plastics Europe v. The Bolivarian Republic of Venezuela*), 'Decision on Claimant's Proposal to Disqualify Mr. Bottini from the Tribunal under Article 57 of the ICSID Convention', par. 57.

143 Luttrell 2016, p. 305.

144 Luttrell 2016, p. 310, vgl. p. 325. Vgl. Proposals for Amendment of the ICSID Rules, Working Paper nr. 4, februari 2020, par. 77: 'One State recommended that the decision on the disqualification proposal be made by an independent body, and that the standard be "justifiable doubts". (...), de reactie daarop van het ICSID Secretariaat was als volgt: 'These matters are governed by the ICSID Convention and WP # 4 does not propose changes in this regard' (id. par. 77) (vindplaats: via icsid.worldbank.org/resources/rules-amendments).

145 Bron: icsid.worldbank.org/services/arbitration/convention/process/disqualification.

146 Reed, Paulsson & Blackaby 2010, p. 136.

147 PCA 8 december 2009, nr. IR-2009/1 (*Perenco Ecuador Ltd. v. Ecuador & Empresa Estatal Petróleos del Ecuador (Petroecuador)*), 'Decision on Challenge to Arbitrator', par. 9 (in het kader van ICSID-arbitrage nr. ARB/08). Deze zaak wordt aangehaald door o.a. Luttrell 2016, p. 316-317; Reed, Paulsson & Blackaby 2010, p. 136-137, zie ook Cleis 2017, p. 364-366.

148 Luttrell 2016, p. 317. Vgl. id. p. 326: '(...), it is very much an open question whether there is party autonomy in the challenge context (and if there is, to what extent) (...)'.⁴⁵

109. Disclosure?

In tegenstelling tot de UNICTRAL Arbitration Rules 2013 en de UNCITRAL Model Law 2006 heeft de ICSID Convention 2006 geen bepaling waarin een disclosure-verplichting is neergelegd. Wel dient iedere arbiter voorafgaande aan of tijdens de eerste zitting van een ICSID-scheidsgerecht een verklaring te ondertekenen waarin men onder meer dient te verklaren:

‘(...)“I shall judge fairly as between the parties, according to the applicable law, and shall not accept any instruction or compensation with regard to the proceeding from any source except as provided in the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States and in the Regulations and Rules made pursuant thereto. “Attached is a statement of (a) my past and present professional, business and other relationships (if any) with the parties and (b) any other circumstance that might cause my reliability for independent judgment to be questioned by a party. I acknowledge that by signing this declaration, I assume a continuing obligation promptly to notify the Secretary-General of the Centre of any such relationship or circumstance that subsequently arises during this proceeding.” (...)’¹⁴⁹

In 2006 is de reikwijdte van de verplichting vergroot door toevoeging van de woorden ‘of any such relationship or circumstance’.¹⁵⁰ In het verlengde van hetgeen hiervoor naar voren kwam, is interessant hetgeen het ICSID Secretariaat over deze wijziging opmerkte: ‘(...), the suggested changes expand the scope of disclosures of arbitrators to include any circumstances likely to give rise to *justifiable doubts as to* the arbitrator’s reliability for independent judgment’ (curs. PR).¹⁵¹ In de toelichting op een Working Paper met ‘Proposals for Amendment of ICSID Rules’, afkomstig van het ICSID Secretariaat en op 28 februari 2020 gepubliceerd, komt naar voren dat ‘[a]n enhanced declaration of independence and impartiality is also proposed for arbitrators’.¹⁵²

110. Artikel 52 ICSID Convention 2006

Op grond van artikel 52 ICSID Convention kan een vordering tot vernietiging van een ICSID-uitspraak worden ingesteld.¹⁵³ De gronden zijn gemodelleerd naar artikel 35 van de Model Rules on Arbitral Procedure 1958 van de International Law Commission.¹⁵⁴ Uit verschillende ICSID-uitspraken kan worden afgeleid dat een gebrek aan arbitrale onafhankelijkheid en/of onpartijdigheid kan leiden tot vernietiging op de grond ‘there has been a serious departure from a fundamental rule of procedure’

149 Rule 6 lid 2 ICSID Arbitration Rules 2006; art. 13 lid 2 Arbitration (Additional Facility) Rules 2006. Vgl. Rule 19 lid 3 ICSID Arbitration Rules 2022; Rule 27 lid 3 Additional Facility Arbitration Rules 2022.

150 Working Paper of the ICSID Secretariat, Suggested Changes to the ICSID Rules and Regulations, 12 mei 2005, p. 12; ICSID Secretariat Discussion Paper, Possible Improvements of the Framework for ICSID Arbitration, 22 oktober 2004, p. 13, zie ook bijv. Reed, Paulsson & Blackaby 2010, p. 134. Vgl. Cleis 2017, p. 19.

151 Working Paper of the ICSID Secretariat, Suggested Changes to the ICSID Rules and Regulations, 12 mei 2005, p. 12.

152 Updated Backgrounder on Proposals for Amendment of the ICSID Rules, 28 februari 2020, p. 3.

153 Vgl. ICSID Secretariat, Background Paper on Annulment, For the Administrative Council of ICSID, 10 augustus 2012.

154 Schreuer e.a. 2010, p. 898.

(art. 52 lid 1 aanhef en sub d),¹⁵⁵ Wellicht zou ook kunnen worden gedacht aan de vernietigingsgrond die in artikel 52 lid 1 aanhef en sub c is neergelegd: 'there was corruption on the part of a member of the Tribunal'.¹⁵⁶ Tijdens de totstandkoming van deze grond werd (tevergeefs) voorgesteld om het woord 'corruption' te vervangen door de woorden 'misconduct',¹⁵⁷ en/of 'integrity'.¹⁵⁸ In onderhavig verband ligt het minder voor de hand om een beroep te doen op een onregelmatige samenstelling van het scheidsgerecht ex artikel 52 lid 1 aanhef en sub a ('the Tribunal was not properly constituted').¹⁵⁹ In de totstandkomingsgeschiedenis van de ICSID Convention komt naar voren dat deze grond 'was intended to cover a variety of situations such as, for instance, absence of agreement or invalid agreement between the parties, the fact that the investor was not a national of a Contracting State, that a member of the Tribunal was not entitled to be an arbitrator'.¹⁶⁰

4.2.5 Internationale regelingen gericht tot overheidsrechters

111. Algemeen

Voor de komst van de eerste regels op mondiaal niveau die betrekking hadden op de onafhankelijkheid en/of onpartijdigheid van arbiters bestonden reeds verschillende documenten waarin een verplichting tot onafhankelijkheid en onpartijdigheid voor overheidsrechters was neergelegd.¹⁶¹ De verplichting maakte dikwijls onderdeel uit van het - over het algemeen ruim geformuleerde - (mensen)recht op een eerlijk proces ('fair trial') (vgl. nr. 69). De in deze documenten opgenomen regels zijn vaak als 'recht' geformuleerd, in tegenstelling tot de 'plicht' die arbiters wordt opgelegd om onafhankelijk en/of onpartijdig te zijn. Een bekend voorbeeld in onderhavig verband is allereerst de Universal Declaration of Human Rights die door de Algemene Vergadering van de Verenigde Naties op 10 december 1948 is aangenomen. Artikel 10 van de Verklaring luidt: 'Everyone is entitled in full equality to a fair and public hearing by an independent and impartial tribunal, in the determination of his rights

155 ICSID 30 juli 2010, nr. ARB/01/3 (*Enron Corporation and Ponderosa Assets, L.P. v. The Argentine Republic*), 'Decision on the Application for Annulment of the Argentine Republic', par. 278; ICSID 3 mei 1985, nr. ARB/81/2 (*Klöckner Industrie-Anlagen GmbH c.s. v. United Republic of Cameroon & Société Camerounaise des Engrais*), 'Decision on Annulment', par. 95. Vgl. ICSID 5 februari 2002, nr. ARB/98/4 (*Wena Hotels Ltd. v. Arab Republic of Egypt*), 'Decision (Annulment Proceeding)', par. 57.

156 Zie nader: Schreuer e.a. 2010, p. 979.

157 History of the ICSID Convention, Volume II-2, Summary Proceedings of the Legal Committee meeting, 9 december 1964, morning, p. 851, 852.

158 History of the ICSID Convention, Volume II-2, Summary Proceedings of the Legal Committee meeting, 9 december 1964, morning, p. 852.

159 History of the ICSID Convention, Volume II-2, Memorandum of the meeting of the Committee of the Whole, 16 februari 1965, Discussion of Chapters I and II of the Draft Convention, p. 970. Zie evenwel het beroep van Argentinië op deze vernietigingsgrond: ICSID 1 september 2009, nr. ARB/01/12 (*Azurix Corp. v. The Argentine Republic*), 'Decision on the Application for Annulment of the Argentine Republic', par. 272.

160 History of the ICSID Convention, Volume II-2, Summary Proceedings of the Legal Committee meeting, 9 december 1964, morning, p. 850.

161 Zie over de (complexe) verhouding tussen mensenrechten en investeringsarbitrage(s) nader bijv. De Brabandere 2012; Simma 2011; Dupuy, Petersmann & Francioni 2009; Fry 2007. Zie over 'verwevenheid' vandaag de dag: International Court of Justice-rechters die als arbiter in ISDS-zaken optreden: Bernasconi-Osterwalder & Brauch 2017.

and obligations and of any criminal charge against him'.¹⁶² Hoewel de Verklaring geen bindende (rechts)kracht heeft, is in arbitrageliteratuur,¹⁶³ alsook in een enkele (scheidings)rechterlijke uitspraak, naar de Verklaring verwezen.¹⁶⁴ Daarnaast kan worden gewezen op hetgeen in de International Covenant on Civil and Political Rights naar voren komt. Het document is gebaseerd op de Universal Declaration en kwam op 16 december 1966 tot stand, waarna het op 23 maart 1976 in werking trad. In artikel 14 lid 1 staat onder meer: '(...) In the determination of any criminal charge against him, or of his rights and obligations in a suit at law, everyone shall be entitled to a fair and public hearing by a competent, independent and impartial tribunal established by law (...)'.¹⁶⁵

Ondanks het bestaan van voornoemde twee documenten zou nog steeds sprake zijn van 'a gap between the vision underlying those principles and the actual situation', hetgeen de aanleiding vormde voor de totstandkoming van de Basic Principles on the Independence of the Judiciary.¹⁶⁶ De Principles werden in november/december 1985 door de General Assembly van de Verenigde Naties aangenomen onder meer 'to assist Member States in their task of securing and promoting the independence of the judiciary'. In het document worden zes 'basic principles' onderscheiden: i) 'Independence of the judiciary', ii) 'Freedom of expression and association', iii) 'Qualifications, selection and training', iv) 'Conditions of service and tenure', v) 'Professional secrecy and immunity', en vi) 'Discipline, suspension and removal'. In het kader van het onderwerp van de arbitrale immuniteit wordt het document in met name investeringsarbitrageliteratuur nog weleens genoemd.¹⁶⁷ Tot slot kan worden gewezen op de Bangalore Principles of Judicial Conduct die ook van de Verenigde Naties afkomstig zijn.¹⁶⁸ In november 2002 werden de Principles door de Judicial

162 Vindplaats: www.un.org/en/about-us/universal-declaration-of-human-rights. Vgl. Dasser 2019, p. 113.

163 Zie bijv. Calvo 1998, p. 72: 'Arbitrators must respect human rights principles as mentioned in the Universal Declaration of Human Rights and the International Covenant on Civil and Political Rights'. Zie ook: Cochrane 2020, p. 189; Neuberger 2015c, p. 185; Chung 2011, p. 168; Lawson 2005, p. 23; Lew, Mistelis & Kröll 2003, nr. 11.4.

164 Zie bijv. Corte Suprema de Justicia 12 juli 2017 (*Tampico Beverages, Inc./Productos Naturales de la Sabana S.A. (Alquería)*), nr. SC9909-2017: '(...) el canon 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, integrante del bloque de constitucionalidad, prescribe que (...)'. (bron: S.W. Schill (red.), *Yearbook Commercial Arbitration 2020 - Volume XLV*, ICCA & Kluwer Law International 2020, p. 216-221; bron van het citaat: CLOUT case 1721, zie over deze uitspraak nader bijv. Pereira de Souza Fleury 2017). Vgl. ICSID 8 december 2016, nr. ARB/07/26 (*Urbaser S.A. and Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa v. The Argentine Republic*), 'Award', par. 1196; 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' waarin door verzoekers (onder meer) naar de Verklaring wordt verwezen. Vgl. paragraaf 4 van de 'Introduction' van de IBA International Principles on Conduct for the Legal Profession, 28 mei 2011: 'The International Principles take into consideration: (...) - the Universal Declaration of Human Rights'.

165 Vindplaats: www.ohchr.org/en/professionalinterest/pages/ccpr.aspx.

166 Vindplaats: www.ohchr.org/en/instruments-mechanisms/instruments/basic-principles-independence-judiciary.

167 Zie bijv. Rhodes-Vivour 2017, p. 447; Salahuddin 2017, p. 573; Torres Lagarde 2015, vn. 64 (p. 801). Vgl. (algemeen) Gómez-Acebo 2016, p. 73; Neuberger 2015b, p. 286; Van Harten 2010, vn. 32 (p. 440). Zie ook: Report of the ASIL-ICCA Joint Task Force on Issue Conflicts in Investor-State Arbitration, The ICCA Reports No. 3, 17 maart 2016, par. 40-41.

168 Vindplaats: www.unodc.org/pdf/crime/corruption/judicial_group/Bangalore_principles.pdf. Zie p. 9-11 voor enige achtergrondinformatie over de totstandkoming van de Principles ('Explanatory Note'). Via: www.unodc.org kan een Commentaar op de Principles worden gevonden.

Group on Strengthening Judicial Integrity aangenomen. In dit document worden zes 'Values' onderscheiden: i) 'Independence', ii) 'Impartiality', iii) 'Integrity', iv) 'Propriety', v) 'Equality', en vi) 'Competence and Diligence'. Het doel van de Principles is niet alleen 'to establish standards for ethical conduct of judges', maar ook 'to provide guidance to judges and to afford the judiciary a framework for regulating judicial conduct' en 'to assist members of the executive and the legislature, and lawyers and the public in general, to better understand and support the judiciary'.¹⁶⁹ In het kader van (investerings)arbitrage(s) lijkt echter weinig aandacht voor dit document te zijn.¹⁷⁰

Ter afsluiting van deze paragraaf wordt gewezen op de Burgh House Principles on the Independence of the International Judiciary uit 2004.¹⁷¹ De Principles zijn het resultaat van een samenwerking tussen de 'Study Group on the Practice and Procedure of International Courts and Tribunals' van de International Law Association en het 'Project on International Courts and Tribunals and UCL's Centre on International Courts and Tribunals'.¹⁷² Het document stelt de volgende (vijf) 'principles of international law to be of general application':

- 'to ensure the independence of the judiciary, judges must enjoy independence from the parties to cases before them, their own states of nationality or residence, the host countries in which they serve, and the international organisations under the auspices of which the court or tribunal is established;
- judges must be free from undue influence from any source;
- judges shall decide cases impartially, on the basis of the facts of the case and the applicable law;
- judges shall avoid any conflict of interest, as well as being placed in a situation which might reasonably be perceived as giving rise to any conflict of interests;
- judges shall refrain from impropriety in their judicial and related activities'.

Vervolgens worden zeventien Principles naar voren gebracht: i) Independence and freedom from interference, ii) Nomination, election and appointment, iii) Security of tenure, iv) Service and remuneration, v) Privileges and immunities, vi) Budget, vii) Freedom of expression and association, viii) Extra-judicial activity, ix) Past links to a case, x) Past links to a party, xi) Interest in the outcome of a case, xii) Contacts with a party, xiii) Post-service limitations, xiv) Disclosure, xv) Waiver, xvi) Withdrawal or disqualification, en xvii) Misconduct.¹⁷³ Interessant is dat in de preambule van de Principles wordt aangegeven dat de Principles 'should also be applied as appropriate to judges ad hoc, judges ad litem and part-time judges, to international *arbitral* proceedings and to other exercises of international judicial power' (curs. PR).

169 Bangalore Principles of Judicial Conduct 2002, 'Preamble'.

170 Vgl. Brown 2017, p. 677-678; Luttrell 2009, p. 264.

171 Vindplaats: docs.pca-cpa.org/2020/04/ef1f0fb6-burgh-house-principles.pdf.

172 Sands, McLachlan & Mackenzie 2005, p. 247. Zie nader ook bijv. Sands, McLachlan & Romano 2003, p. 4-7; Brown 2003, p. 95; Olbourne 2003.

173 Vgl. Bernasconi-Osterwalder, Johnson & Marshall 2010, p. 34: 'The *Burgh House Principles* reflect a different focus than, and are an important supplement to, the *IBA Guidelines*. (...)'.
 152

In het kader van investeringsarbitrage is een enkele keer naar de Principles verwezen.¹⁷⁴

4.3 Regelingen op regionaal niveau

112. Opbouw

Naast regelingen op mondiaal niveau bestaan de nodige regelingen op regionaal niveau waarin de verplichting tot onafhankelijkheid en onpartijdigheid voor overheidsrechters naar voren komt. In deze paragraaf wordt stilgestaan bij het Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (par. 4.3.1), het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie (par. 4.3.2), en (kort) bij de American Convention on Human Rights (par. 4.3.3). Bij de bespreking van deze documenten zal ook aandacht worden besteed aan de vraag in hoeverre de naar voren gebrachte verplichtingen ook voor arbiters gelden.

4.3.1 EVRM

113. Algemeen

In het kader van de Raad van Europa, een internationale organisatie die is opgericht in 1949 en waarbij zich 46 staten op het Europese continent hebben aangesloten, is de Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms - ofwel: het Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (hierna: EVRM) - tot stand gekomen. Het EVRM, dat op 4 november 1950 werd ondertekend in Rome, legt de nadruk op mensenrechten.¹⁷⁵ Evenals in de hierboven genoemde Universele Verklaring van de Rechten van de Mens naar voren kwam,¹⁷⁶ wordt in een afzonderlijke bepaling aandacht gegeven aan het recht op een onafhankelijk en onpartijdig gerecht. In artikel 6 ('Right to a fair trial') lid 1 EVRM staat: 'In the determination of his civil rights and obligations or of any criminal charge against him, everyone is entitled to a fair and public hearing within a reasonable time by an independent and impartial tribunal established by law (...)'.¹⁷⁷

174 Zie bijv. PCA 30 november 2011, nr. 2011-03 (*The Republic of Mauritius v. The United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland*), UNCLOS, 'Reasoned Decision on Challenge' waarin de Staat Mauritius naar de Principles verwijst. Vgl. ICSID Secretariat, Code of Conduct - Background Papers, onderwerp: Issue Conflict, 26 februari 2021, par. 12 (vindplaats: icsid.worldbank.org/resources/publications/code-conduct-background-papers); Report of the ASIL-ICCA Joint Task Force on Issue Conflicts in Investor-State Arbitration, The ICCA Reports No. 3, 17 maart 2016, par. 42-43. Vgl. hetgeen staat opgenomen in de preambule van de ILA The Hague Principles on Ethical Standards for Counsel Appearing before International Courts and Tribunals uit 2010: 'Recognising that general principles for counsel are a useful and necessary complement to the Burgh House Principles on the Independence of the International Judiciary 2005; (...)'. Vgl. Marisi 2019, p. 328, 332.

175 Vgl. Raad van Europa, Recommendation No. R (94) 12 of the Committee of Ministers to Member States on the Independence, Efficiency and Role of Judges, 13 oktober 1994.

176 Zie ook de preambule van het EVRM: 'Gelet op de Universele Verklaring van de Rechten van de Mens die op 10 december 1948 door de Algemene Vergadering van de Verenigde Naties is afgekondigd; (...)'.
177 Zie nader: 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 (vindplaats: www.echr.coe.int/documents/guide_art_6_eng.pdf).

114. Artikel 6 EVRM en arbitrage

Hoewel de verdragsbepalingen van het EVRM in beginsel gelden voor een ieder die onder de rechtsmacht van een van de lidstaten ressorteert (art. 1 EVRM), is het de vraag of artikel 6 EVRM van toepassing is in arbitrages.¹⁷⁸ Zo wordt in de tekst van de bepaling gesproken over een ‘tribunal established by law’. In het kader van de beantwoording van deze vraag heeft het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (hierna: EHRM) onderscheid gemaakt tussen zgn. vrijwillige en verplichte arbitrage.¹⁷⁹ Indien sprake is van verplichte - in de zin van door de staat opgelegde - arbitrage dient een arbitrageprocedure te voldoen aan alle waarborgen die in artikel 6 EVRM zijn neergelegd.¹⁸⁰ Dit is anders in het geval van vrijwillige arbitrage. Hoewel partijen door middel van een overeenkomst tot arbitrage afstand kunnen doen van hun recht op toegang tot de overheidsrechter,¹⁸¹ dient een dergelijke afstand van recht niet noodzakelijkerwijs te worden gezien als een afstand van alle rechten die door artikel 6 EVRM worden beschermd.¹⁸² Ter illustratie kan worden gewezen op hetgeen het EHRM in februari 1999 overwoog: ‘[w]aiver may be permissible with regard to certain rights but not with regard to certain others’, en ‘[a] distinction may have to be made even between different rights guaranteed by Article 6’.¹⁸³ In het licht van dit onderzoek is de volgende overweging van het Hof belangrijk:

178 Zie over deze verhouding o.a. Cochrane 2020, p. 191; Knigge & Ribbers 2017a, p. 36; Knigge & Ribbers 2017b, p. 779; Kola-Tafaj 2012, p. 188; Jaksic 2007; Besson 2006; Samuel 2004; Kuijer 2004, p. 140-143; McDonald 2003, p. 531; Lawson 1996. Vgl. Snijders 2018, p. 43: ‘Art. 6 EVRM is in het algemeen slechts in beperkte mate van toepassing op de arbitrage. Partijen doen door arbitrage immers juist afstand van het in art. 6 EVRM toegekende recht op een overheidsrechter, al impliceert deze geen afstand van alle fundamentele aan die bepaling te ontleen rechten (...)’. Vgl. Toelichting bij het NAI-Arbitragereglement 2010, par. 11.2: ‘(...) Deze rechtspraak [EHRM, PR] is uiteraard ook van belang voor de werkingsomvang van de fundamentele vereisten van onpartijdigheid en onafhankelijkheid die aan de arbiter worden gesteld (...)’.

179 EHRM 20 mei 2021, nr. 5312/11 (*Beg S.p.a./Italië*), r.o. 127: ‘(...) a distinction must be drawn between voluntary arbitration and compulsory arbitration. (...)’, zie ook bijv. EHRM 28 oktober 2010, nr. 1643/06 (*Suda/Tsjechië*), r.o. 49: ‘Il y a par conséquent lieu de distinguer entre arbitrage volontaire et arbitrage forcé. (...)’.

180 Zie bijv. EHRM 28 oktober 2010, nr. 1643/06, r.o. 49: ‘(...)’, s’il s’agit d’un arbitrage forcé, en ce sens que l’arbitrage est imposé par la loi, les parties n’ont aucune possibilité de soustraire leur litige à la décision d’un tribunal arbitral. Celui-ci doit alors offrir les garanties prévues par l’article 6 § 1 de la Convention’, onder verwijzing naar ECRM 12 december 1983, nrs. 8588/79 & 8589/79 (*Bramelid en Malmström/Zweden*). De criteria voor de kwalificatie ‘tribunal established by law’ zijn niet even duidelijk, zie Snijders 2018, p. 43, vgl. EHRM 28 januari 2020, nrs. 30226/10, 17880/11, 17887/11, 17891/11 & 5506/16 (*Ali Riza c.s./Turkije*), r.o. 194-195. Vgl. EHRM 2 oktober 2018, nrs. 40575/10 & 67474/10 (*Mutu en Pechstein/Zwitserland*), r.o. 149, vgl. de kritiek hierop in Jointly Partly Dissenting, Partly Concurring Opinion of Judges Keller en Serghides: ‘We are of the view, (...) that it is uncertain whether the CAS is a tribunal “established by law”’ (sub 2, zie ook sub 25).

181 EHRM 27 februari 1980, nr. 6903/75 (*Deweert/België*), r.o. 49.

182 EHRM 20 mei 2021, nr. 5312/11 (*Beg S.p.a./Italië*), r.o. 127; EHRM 23 februari 1999, nr. 31737/96 (*Suovaniemi c.s./Finland*). Ook in de literatuur is door verschillende auteurs betoogd dat artikel 6 EVRM tot op zekere hoogte in acht dient te worden genomen tijdens een arbitrage, zie bijv. Knigge & Ribbers 2017a, p. 37, onder verwijzing naar literatuur. Vgl. id. p. 37: ‘(...) dat de enkele overeenkomst tot arbitrage nog geen afstand inhoudt van het recht op een eerlijke en gelijke behandeling en het recht op onafhankelijkheid en onpartijdigheid.²⁵’, in gelijke zin: EHRM 2 oktober 2018, nrs. 40575/10 & 67474/10 (*Mutu en Pechstein/Zwitserland*), r.o. 122: ‘(...) it cannot be considered that, by accepting the arbitration clause in his contract and by choosing to take his case to the CAS - (...), the applicant had “unequivocally” waived his right to challenge the independence and impartiality of the CAS in any dispute that might arise between him and Chelsea’.

183 EHRM 23 februari 1999, nr. 31737/96 (*Suovaniemi c.s./Finland*).

'[w]ithout having to decide whether a similar waiver would be valid in the context of purely judicial proceedings the Court comes to the conclusion that in the circumstances of the present case concerning arbitral proceedings the applicants' waiver of their right to an impartial judge should be regarded as effective for Convention purposes'.¹⁸⁴ Van belang is dat deze 'afstand van recht' wel aan bepaalde voorwaarden dient te voldoen (vgl. par. 4.6.3).¹⁸⁵ Ter illustratie kan worden gewezen op hetgeen het EHRM begin maart 2016 overwoog: 'Telle renonciation ne se heurte pas à la Convention pour autant qu'elle soit libre, licite et sans équivoque (...). De plus, (...), la renonciation à certains droits garantis par la Convention doit s'entourer d'un minimum de garanties correspondant à sa gravité'.¹⁸⁶ In oktober 2018 overwoog het EHRM: '[p]arties to a dispute may waive certain rights guaranteed by Article 6 § 1 in so far as that waiver is expressed freely, lawfully and unequivocally. Otherwise the arbitral tribunal must provide the safeguards required by Article 6 § 1 of the Convention (...)'.¹⁸⁷ In het verlengde hiervan is interessant hetgeen naar voren kwam in een 'Jointly Partly Dissenting, Partly Concurring Opinion' bij deze uitspraak: 'when a procedure does not provide minimum safeguards of impartiality and independence, the Court should more strictly analyse whether the applicant's waiver was really "free, lawful and unequivocal". (...)'.¹⁸⁸ Bewoordingen met een vergelijkbare strekking zijn afkomstig van het Engelse Court of Appeal dat in maart 2007 overwoog dat 'it is clear' dat uit uitspraken van zowel de ECHR als het EHRM kan worden afgeleid dat 'the more important the article 6 right the greater the scrutiny to be expected. Thus

184 EHRM 23 februari 1999, nr. 31737/96. In de arbitrage die tot de onderhavige procedure leidde, hadden Suovaniemi c.s. een brief naar het scheidsrecht gestuurd waarin zij bezwaren naar voren brachten tegen de door de wederpartij benoemde arbiter nu de arbiter 'had acted, and possibly still did, as a legal counsel'. De arbiter 'announced that he had no such tasks which would endanger his impartiality as an arbitrator' en Suovaniemi c.s. 'explicitly approved that M. could continue as an arbitrator'. Vervolgens ontdekten zij 'that F. had acted on the basis of the legal advice given' dat door de arbiter was gegeven. Suovaniemi c.s. brachten de vraag naar de (on)partijdigheid echter niet voor het scheidsrecht op. Na afloop van de arbitrage die tot een arbitraal vonnis had geleid waarin de vorderingen van Suovaniemi c.s. werden afgewezen, probeerden Suovaniemi c.s. tevergeefs het arbitraal vonnis te laten vernietigen. Finse overheidsrechters in eerste aanleg wezen de vordering af op de grond dat Suovaniemi c.s. hadden nagelaten om tijdig een beroep te doen op wraking waardoor zij hun 'right to raise the issue again' hadden verspeeld. De uitspraak werd bevestigd door het Hof van Helsinki. Nadat de Finse Hoge Raad 'leave to appeal' weigerde, wendden Suovaniemi c.s. zich tot het EHRM.

185 De voorwaarden zijn uitgewerkt in latere uitspraken van het EHRM, zie nader bijv. EHRM 20 mei 2021 (*Beg S.p.a./Italië*), nr. 5312/11, r.o. 127: '(...) By signing an arbitration clause the parties voluntarily waive certain rights secured by the Convention. Such a waiver is not incompatible with the Convention provided it is established in a free, lawful and unequivocal manner. (...)'; EHRM 2 oktober 2018, nrs. 40575/10 & 67474/10 (*Mutu en Pechstein/Zwitserland*), r.o. 96. Zie ook: Council of Europe/European Court of Human Rights, Guide on Article 6 of the Convention - Right to a fair trial (civil limb), 31 december 2021, p. 33-34, en bijv. Knigge & Ribbers 2017a, p. 36; Conclusie A-G Vlas d.d. 20 maart 2015, ECLI:NL:PHR:2015:311, sub 2.20.

186 EHRM 1 maart 2016, nr. 41069/12 (*Tabbane/Zwitserland*), r.o. 27. Zie ook bijv. EHRM 15 september 2009, nr. 1742/05 (*Eiffage S.A. c.s./Zwitserland*).

187 EHRM 2 oktober 2018, nrs. 40575/10 & 67474/10 (*Mutu en Pechstein/Zwitserland*), r.o. 145. Zie voor een concrete toepassing: EHRM 20 mei 2021, nr. 5312/11 (*Beg S.p.a./Italië*), r.o. 143.

188 Jointly Partly Dissenting, Partly Concurring Opinion van rechters Keller en Serghides bij EHRM 2 oktober 2018 (*Mutu en Pechstein/Zwitserland*), nrs. 40575/10 & 67474/10, sub 27.

it is easier to waive the requirement that the arbitration proceedings be in public than the requirement that the arbitrators be impartial'.¹⁸⁹

Naast artikel 6 lid 1 EVRM staat een algemene waarborg voor de onafhankelijkheid en onpartijdigheid van overheidsrechters opgenomen in artikel 21 lid 3 EVRM: 'During their term of office the judges shall not engage in any activity which is incompatible with their independence, impartiality or with the demands of a full-time office; (...)'. Tot slot zou een meer impliciete waarborg kunnen worden afgeleid uit een begrenzing van de vrijheid van meningsuiting, zoals neergelegd in artikel 10 lid 2 EVRM: 'The exercise of these freedoms, since it carries with it duties and responsibilities, may be subject to such formalities, conditions, restrictions or penalties as are prescribed by law and are necessary in a democratic society, in the interests of (...) or *for maintaining* the authority and *impartiality* of the judiciary' (curs. PR).

4.3.2 Handvest van de grondrechten van de Europese Unie

115. Algemeen

Naast de Raad van Europa heeft ook de Europese Unie een document met mensenrechten: het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie (hierna: EU-Handvest). Met ingang van 1 december 2009 is het Handvest juridisch bindend voor EU-instellingen en EU-lidstaten wanneer zij recht van de Unie ten uitvoer brengen (art. 51 lid 1 EU-Handvest).¹⁹⁰ In de tweede alinea van artikel 47 van het EU-Handvest staat onder meer: 'Eenieder heeft recht op een eerlijke en openbare behandeling van zijn zaak, binnen een redelijke termijn, door een onafhankelijk en onpartijdig gerecht dat vooraf bij wet is ingesteld. (...)'.¹⁹¹ In de Toelichtingen bij het EU-Handvest staat dat de tekst 'correspondeert met' artikel 6 lid 1 EVRM.¹⁹² Interessant in dit verband is hetgeen het Gerecht in juni 2014 overwoog: '[h]et recht van toegang tot een onafhankelijk en onpartijdig gerecht waarop verzoekster zich beroept, behoort tot de in artikel 6, lid 1, EVRM neergelegde waarborgen. In het Unierecht wordt de door dit artikel verleende bescherming gewaarborgd door artikel 47 van het Handvest van de grondrechten. Derhalve dient enkel naar deze laatste bepaling te worden verwezen'.¹⁹³

189 Court of Appeal (Civil Division) 21 maart 2007 (*Stretford/The Football Association Ltd e.a.*), [2007] EWCA Civ 238, r.o. 64. Vgl. Court of Appeal (Civil Division) 21 maart 2007 (*Sumukan Ltd/The Commonwealth Secretariat*), [2007] EWCA Civ 243, r.o. 57: '(...), there may be Article 6 rights which are difficult to waive, e.g. the right to an impartial judge'.

190 Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie, 2007/C 303/01, 14 december 2007. Vgl. art. 6 lid 1 VEU.

191 Het opschrift van het artikel luidt: 'Recht op een doeltreffende voorziening in rechte en op een onpartijdig gerecht'. Opvallend is dat alleen de term 'onpartijdig' wordt genoemd, terwijl het artikel zowel de termen onpartijdig als onafhankelijk noemt.

192 Toelichtingen bij het Handvest van de Grondrechten, 2007/C 303/02, 14 december 2007, toelichting ad artikel 47 (vindplaats: via eur-lex.europa.eu).

193 Gerecht 12 juni 2014, T-286/09, ECLI:EU:T:2014:547, r.o. 1609.

116. Artikel 47 EU-Handvest en arbitrage

In tegenstelling tot de door het EHRM aangenomen toepasselijkheid van artikel 6 lid 1 EVRM in (verplichte) arbitrages is het de vraag of artikel 47 EU-Handvest een vergelijkbare werking zou kunnen hebben.¹⁹⁴ Het toepassingsgebied van het Handvest is immers beperkt tot in beginsel 'de instellingen, organen en instanties van de Unie met inachtneming van het subsidiariteitsbeginsel, alsmede, uitsluitend wanneer zij het recht van de Unie ten uitvoer brengen, tot de lidstaten' (art. 51 lid 1 Handvest).¹⁹⁵ Daarnaast is het Hof van Justitie terughoudend om (private) scheidsgerichten als 'rechterlijke instantie' in de zin van artikel 267 VWEU te kwalificeren.¹⁹⁶ Interessant is dan ook hetgeen naar voren komt in het 'Handboek betreffende Europese wetgeving inzake de toegang tot het recht' uit 2016 dat door het Bureau van de Europese Unie voor de grondrechten en de Raad van Europa is opgesteld: 'Indien het recht de partijen tot arbitrage dwingt, moet de arbitrageinstantie in overeenstemming zijn met artikel 6, EVRM [sic, PR] en artikel 47 van het EU-Handvest van de grondrechten'.¹⁹⁷ Daarnaast is interessant hetgeen in een Conclusie van Advocaat-Generaal Alber van oktober 2002 naar voren komt.¹⁹⁸ In zijn Conclusie wijst de A-G nadrukkelijk naar artikel 47 EU-Handvest en legt een nationale arbitrage - in casu een verplichte arbitrale beroepsprocedure die openstond tegen beslissingen van het Engelse Motor Insurers' Bureau - langs de meetlat van de 'verlangde onpartijdigheid en onafhankelijkheid'.¹⁹⁹ Naar analogie zou voorts kunnen worden gewezen op twee Conclusies uit 2009 en 2006 waarin werd opgemerkt dat 'het recht van verdediging' dient te worden beschermd 'in iedere procedure tegen iemand die tot een bezwarend besluit kan leiden en dus ook in arbitrale procedures'.²⁰⁰ Tot slot komt in een Advies van het Hof van Justitie van april 2019 over de verenigbaarheid van CETA met het primaire Unierecht naar voren 'dat de Unie, wanneer zij een internationale overeenkomst sluit waarbij organen worden opgericht (...), zoals het Gerecht en de Beroepsinstantie van de CETA, wat de voorwaarden voor toegang tot deze organen en de onafhankelijkheid van die organen

194 Vgl. Sniijders 2018, p. 44: '(...) en is het trouwens ook niet zeker of deze bepaling directe horizontale werking heeft.^{49*} Vgl. Marcisz & Orzel-Jakubowska 2019, p. 19; Richtlijn 2008/52/EG van het Europees Parlement en de Raad van 21 mei 2008 betreffende bepaalde aspecten van bemiddeling/mediation in burgerlijke en handelszaken, sub 27: 'Deze richtlijn heeft tot doel de grondrechten te bevorderen, en neemt de beginselen in acht die met name in het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie zijn vastgelegd'.

195 Vgl. Toelichtingen bij het Handvest van de Grondrechten, 2007/C 303/02, 14 december 2007, toelichting ad artikel 52. Zie over het toepassingsgebied van het Handvest ook bijv. HvJ EU 26 februari 2013, C-617/10, ECLI:EU:C:2013:105 (*Åklagaren/Hans Åkerberg Fransson*), r.o. 17-23.

196 Zie in dit verband nader bijv. Verhage & Ribbers 2016, p. 418-422; Basedow 2015, p. 367-386. Vgl. HvJ EU 13 februari 2014, C-555/13, ECLI:EU:C:2014:92 (*Merck Canada Inc./Accord Healthcare Ltd c.s.*), r.o. 25.

197 Bureau van de Europese Unie voor de grondrechten en Raad van Europa, Handboek betreffende Europese wetgeving inzake de toegang tot het recht, 2016, p. 53 (vindplaats: www.echr.coe.int/Documents/Handbook_access_justice_NLD.pdf).

198 Conclusie A-G Alber d.d. 24 oktober 2002 (ECLI:EU:C:2002:615) bij Zaak C-63/01.

199 Conclusie A-G Alber d.d. 24 oktober 2002 (ECLI:EU:C:2002:615) bij Zaak C-63/01, sub 97. In het arrest van het HvJ EG van 4 december 2003 (ECLI:EU:C:2003:650) worden zowel artikel 47 EU-Handvest als artikel 6 EVRM niet aangehaald door het Hof. Vgl. id. r.o. 50: '(...) Volgens de gegevens waarover het Hof beschikt, wordt de arbiter op zodanige wijze aangewezen dat zijn onafhankelijkheid verzekerd is, en doet hij uitspraak nadat hij de gegevens van het dossier zelf heeft beoordeeld. (...)'

200 Conclusie A-G Tizzano d.d. 27 april 2006 (ECLI:EU:C:2006:265) bij Zaak C-168/05, sub 59. In vergelijkbare bewoordingen: Conclusie A-G Trstenjak d.d. 14 mei 2009 (ECLI:EU:C:2009:305) bij Zaak C-40/08, sub 61. Vgl. Conclusie A-G Jääskinen d.d. 11 december 2014 (ECLI:EU:C:2014:2443) bij Zaak C-352/13, sub 27.

betreft onderworpen is aan de bepalingen van artikel 47, tweede en derde alinea, van het Handvest'.²⁰¹

Op nationaal niveau heeft het Hof Leeuwarden begin juli 2011 in het kader van de beoordeling van de 'oneerlijkheid' van een arbitragebeding en het recht op toegang tot de rechter onder meer artikel 47 EU-Handvest aan zijn motivering ten grondslag gelegd. Het hof overwoog: 'Het druist in tegen het in artikel 17 van de Grondwet en in de Europese Verdragen (in het bijzonder in artikel 47 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie) neergelegde recht van toegang tot de rechter, dat de consument op deze wijze de toegang tot de overheidsrechter wordt ontnomen'.²⁰² Vergelijkbare bewoordingen zijn afkomstig van de Rechtbank Leeuwarden in augustus 2011,²⁰³ en van het Hof Amsterdam in april 2012.²⁰⁴

4.3.3 American Convention on Human Rights

117. Algemeen

De Organization of American States is een organisatie die is opgericht in 1948.²⁰⁵ Bij deze organisatie hebben zich 35 staten aangesloten. In het kader van deze organisatie kwam de American Convention on Human Rights (ook wel de Act of San José genoemd) tot stand.²⁰⁶ Dit verdrag werd op 22 november 1969 te San José (Costa Rica) aangenomen en trad in werking op 19 juli 1978. Het verdrag zou naar het EVRM zijn gemodelleerd.²⁰⁷ Het Inter-American Court of Human Rights ziet toe op de naleving van het verdrag.

201 Advies 1/17 van het HvJ EU 30 april 2019, ECLI:EU:C:2019:341, par. 190. Vgl. id. par. 244: 'Gelet op een en ander moet worden geconcludeerd dat de voorgenomen overeenkomst verenigbaar is met het vereiste van onafhankelijkheid'. Vgl. Agreement for the termination of Bilateral Investment Treaties between the Member States of the European Union, OJ L 169, 29 mei 2020. Vgl. 'Statement of Dissent' bij ICSID 7 februari 2020, nr. ARB/15/49 (*Theodoros Adamakopoulos c.s. v. Republic of Cyprus*), 'Decision on Jurisdiction', par. 25; Paschalidis 2019, p. 229: '(...), for a party to be able to invoke a due process violation on the basis of Article 47(2) of the Charter, EU law must be part of the law applicable to the arbitration'.

202 Hof Leeuwarden 5 juli 2011, ECLI:NL:GHLEE:2011:BR2500, r.o. 3.10. Vgl. HR 21 september 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW6135, NJ 2013/431 (*Van Marrum B.V./Wolff*).

203 Rb. Leeuwarden 3 augustus 2011, ECLI:NL:RBLEE:2011:BR4256, r.o. 4.3.

204 Hof Amsterdam 17 april 2012, ECLI:NL:GHAMS:2012:BX3835, r.o. 3.13. Vgl. CA Brussel 29 augustus 2018, nr. 2016/AR/2048 (*D.S. & L'ASBL R.F.C.S./L'Union Royale Belge des Sociétés de Football Association ASBL c.s.*), r.o. 13: '(...) L'exigence se rattache au droit d'accès à la justice (article 6.1. CEDH et article 47 de la Charte des droits de l'homme de l'UE), au respect de la volonté des parties (éviter qu'elles ne soient surprises par l'application de la clause à des différends qu'elles n'avaient pas anticipé), (...)' (bron van het citaat: *b-Arbitra* 2019, afl. 1, p. 179, zie voor een Engelse samenvatting: S.W. Schill (red.), *Yearbook Commercial Arbitration 2019 - Volume XLIV*, ICCA & Kluwer Law International 2019, p. 456-459). Zie over de uitspraak ook bijv. Wijckmans 2019; Peiffer 2019.

205 De organisatie heeft wortels die teruggaan tot de First International Conference of American States. Deze conferentie vond plaats in Washington van oktober 1889 tot april 1890, zie nader: www.oas.org/en/about/who_we_are.asp; Leathley 2007, p. 55-78.

206 Vindplaats: www.cidh.oas.org/basicos/english/basic3.american%20convention.htm.

207 McCann 1982, p. 612-613. Vgl. Buergenthal 1980, p. 156 e.v. Zie ook: Council of Europe/European Court of Human Rights, Research Report - References to the Inter-American Court of Human Rights and Inter-American instruments in the case-law of the European Court of Human Rights, 1 november 2016 (vindplaats: www.echr.coe.int/documents/research_report_inter_american_court_eng.pdf), vgl. Inter-American Commission on Human Rights, Access to Justice as a Guarantee of Economic, Social and Cultural

118. Artikel 8 American Convention on Human Rights en arbitrage

In artikel 8 lid 1 American Convention on Human Rights staat: 'Every person has the right to a hearing, with due guarantees and within a reasonable time, by a competent, independent, and impartial tribunal, previously established by law, in the substantiation of any accusation of a criminal nature made against him or for the determination of his rights and obligations of a civil, labor, fiscal, or any other nature'. Het is onduidelijk of dit verdrag, evenals het EVRM, al dan niet (indirecte) werking heeft in het kader van arbitrageprocedures.²⁰⁸ Hoewel het Inter-American Court of Human Rights heeft aangegeven het 'principle of judicial independence' als 'one of the basic pillars of the guarantees of the due process' te zien,²⁰⁹ welk beginsel in private rechtspraak een vergelijkbare status zou hebben, wordt in een door de Inter-American Commission on Human Rights opgesteld rapport uit 2013 inzake 'Guarantees for the independence of justice operators' aangegeven dat de Commissie het 'concept of justice operators' heeft gebruikt 'to refer to state officials and employees who play a role in the justice systems and perform functions that are essential to respecting and ensuring the rights to protection and due process'.²¹⁰ Onder de omschrijving vallen geen 'private' (scheidings)rechters.

Interessant is het beroep van een partij op het verdrag in een bijzondere beroepsprocedure ('recurso especial') ten overstaan van het Braziliaanse Superior Tribunal de Justiça.²¹¹ De partij betoogde dat het Tribunal de Justiça do Paraná ten onrechte was voorbijgegaan aan haar betoog dat de arbitrageovereenkomst op grond waarvan door een scheidsrecht arbitraal vonnis was gewezen niet geldig was.²¹² De partij stelde dat artikel 8 American Convention on Human Rights was geschonden, aangezien de arbiters niet onafhankelijk en onpartijdig waren. Het Superior Tribunal de Justiça zou aan het betoog van de partij voorbij zijn gegaan nu dit te algemeen zou zijn geformuleerd en ook geen specifieke gronden voor beroep zou bevatten.²¹³ Zou uit deze rechtsoverweging *a contratio* kunnen worden afgeleid dat partijen in het kader van een arbitrage, mits sprake is van een voldoende gemotiveerd betoog, een beroep op artikel 8 American Convention on Human Rights kan toekomen?

Rights. A Review of the Standards Adopted by the Inter-American System of Human Rights, 7 september 2007, o.a. p. 9, 23 en 49 (vindplaats: via www.cidh.oas.org).

208 Zie voor een overzicht van de status: www.oas.org/dil/treaties_b-32_american_convention_on_human_rights_sign.htm.

209 Inter-American Court of Human Rights 30 juni 2009 (*Reverón Trujillo/Venezuela*), r.o. 68 (vindplaats van de uitspraak: www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_197_ing.pdf).

210 Inter-American Commission on Human Rights, Guarantees for the independence of justice operators - Towards strengthening access to justice and the rule of law in the Americas, 5 december 2013, par. 15 (vindplaats: www.oas.org/es/cidh/defensores/docs/pdf/justice-operators-2013.pdf).

211 Superior Tribunal de Justiça 20 september 2012 (*Oito Grãos Exportação e Importação/Galaxy Grain Itália SPA*), nr. 1.203.430-PR (bron van de uitspraak: J. Bosco Lee, A contribution by the ITA Board of Reporters, via Kluwer Arbitration; A.J. van den Berg (red.), *Yearbook Commercial Arbitration 2014 - Volume XXXIX*, ICCA & Kluwer Law International 2014, p. 358-360).

212 Het zou gaan om een arbitrage onder de vleugels van de 'Federation of Oils, Seeds and Fats Association Ltd.'.

213 Superior Tribunal de Justiça 20 september 2012, nr. 1.203.430-PR (bron van de informatie: J. Bosco Lee, A contribution by the ITA Board of Reporters, via: Kluwer Arbitration).

4.4 Wetgeving op nationaal niveau

119. Opbouw

In vrijwel alle nationale wetgeving op het gebied van arbitrage zijn voorzieningen getroffen voor het geval dat arbiters niet onafhankelijk en/of onpartijdig zijn.²¹⁴ In dit verband kan worden gedacht aan bepalingen inzake disclosure, wraking, vernietiging dan wel de erkenning en/of tenuitvoerlegging van een arbitraal vonnis. De wijze waarop staten invulling aan de verplichting tot arbitrale onafhankelijkheid en/of onpartijdigheid hebben gegeven, verschilt per jurisdictie. Daarnaast bestaan verschillen die onder meer verband houden met de maatstaf die wordt aangelegd om te beoordelen of sprake is van arbitrale vooringenomenheid en die verband houden met de wijze waarop het (inter)nationale openbare orde-begrip wordt geïnterpreteerd.²¹⁵ In deze paragraaf wordt gekeken naar de wetgeving van de vier jurisdicties die in dit onderzoek centraal staan: achtereenvolgens zal worden gekeken naar wetgeving van Engeland (par. 4.4.1), Frankrijk (par. 4.4.2), Nederland (par. 4.4.3), en Zwitserland (par. 4.4.5). Daarnaast zal, waar mogelijk, aandacht worden besteed aan verschillen tussen de besproken nationale (arbitrage)wetten.

4.4.1 Engeland

120. Arbitration Act 1996, het begrip 'impartiality' en 'removal' van een arbiter

Zoals in de inleiding naar voren kwam (par. 1.4.1), kent Engeland een lange traditie van arbitrage. De codificatie van de verplichting tot onafhankelijkheid en/of onpartijdigheid heeft niettemin relatief lang op zich laten wachten. In de Arbitration Act van 1889 noch in de Arbitration Act van 1934 kwam een dergelijke verplichting voor.²¹⁶ Hierin kwam verandering met de Arbitration Act 1950 die voornoemde wetten tot één wet samensmolt waarin ook de Arbitration Clauses (Protocol) Act van 1924 en de Arbitration (Foreign Awards) Act van 1930 opgingen.²¹⁷ In de Arbitration Act van

214 Born 2021a, p. 1893; Petrochilos 2004, nr. 4.54; Lew, Mistelis & Kröll 2003, nr. 11.4.

215 Vgl. Caprasse 2016, nr. 10: 'On conflict of interest, disclosures, and their sanctions, division can be observed between 'maximalists' and 'minimalists', as it is the case with respect to the extent of the control of public policy in setting aside or exequatur procedures'.

216 Vgl. King's Bench Division 29 juli 1938 (*Catalina/Norma*), [1938] 61 Llyod's Law Reports 360: 'It is quite clear that it is within our competence under Sect. 11 of the Arbitration Act, 1889 (which was slightly but for the purposes of our consideration not effectively amended by Sect. 15 of the Arbitration Act, 1934), to comply with the request made for an order that this arbitrator should be removed on the ground that he has misconducted-himself. In my opinion, and in my very clear opinion, he did express such an actual bias in this case as would amount to misconduct, which makes it imperative, if justice is to be done, that he should be removed from his position of arbitrator' (bron van de geciteerde rechtsoverweging: via www.trans-lex.org). De tekst van artikel 11 Arbitration Act 1889 luidde: '1) Where an arbitrator or umpire has misconducted himself, the Court may remove him; 2) Where an arbitrator or umpire has misconducted himself, or an arbitration or award has been improperly procured, the Court may set the award aside' (bron: *The Public General Statutes*, Londen: Eyre and Spottiswoode 1889, p. 202). De Arbitration Act 1934 amendeerde en verving de Arbitration Act 1889 (Blanco & Walton 1957, p. 4).

217 Blanco & Walton 1957, p. 4.

1950 kwam de term 'impartiality' voor, zij het in de volgende, tamelijk specifieke bepaling: op het moment dat een arbiter 'is not or may not be impartial' kon de overheidsrechter besluiten 'to revoke the authority of the arbitrator or for an injunction to restrain any other party or arbitrator from proceeding with the arbitration', aldus (het toenmalige) artikel 24 lid 1.²¹⁸ De opvolgers van deze wet (de Arbitration Act 1975 en de Arbitration Act 1979) brachten hierin geen verandering. Met de inwerkingtreding van de Arbitration Act 1996, de wet die vandaag de dag nog steeds werking heeft, veranderden de zaken: op grond van artikel 24 kan een arbiter worden vervangen ('remove'²¹⁹) op één van de volgende gronden:

- a) that circumstances exist that give rise to justifiable doubts as to his impartiality;
- b) that he does not possess the qualifications required by the arbitration agreement;
- c) that he is physically or mentally incapable of conducting the proceedings or there are justifiable doubts as to his capacity to do so;
- d) that he has refused or failed - (i) properly to conduct the proceedings, or (ii) to use all reasonable despatch in conducting the proceedings or making an award, and that substantial injustice has been or will be caused to the applicant.

Ook in artikel 24 wordt alleen de term 'impartiality' genoemd. De Departmental Advisory Committee on Arbitration Law noteerde in zijn Report on the Arbitration Bill uit februari 1996: '(...) lack of independence, unless it gives rise to justifiable doubts about the impartiality of the arbitrator, is of no significance'.²²⁰ Op het moment dat 'lack of independence were to be included, then this could only be justified if it covered cases where the lack of independence did not give rise to justifiable doubts about impartiality, for otherwise there would be no point including lack of independence as a separate ground', aldus het Comité.²²¹ Omdat het Comité '[did] not follow what is meant to be covered by lack of independence which does not lead to the appearance of partiality',²²² heeft de Engelse wetgever het bij de verplichting tot arbitrale onpartijdigheid gehouden. Interessant in onderhavig verband is hetgeen het Supreme Court in november 2020 overwoog: hoewel de Arbitration Act 1996 'contains no provision which directly addresses the arbitrator's independence and prior knowledge, (...) it imposes the centrally important obligations of fairness and impartiality. Therefore, an arbitrator would be in breach of the requirements of the 1996 Act if his or her lack

218 Maar: '(...) it shall not be a ground for refusing the application that the said party at the time when he made the agreement knew, or ought to have known, that the arbitrator, by reason of his relation towards any other party to the agreement or of his connection with the subject referred, might not be capable of impartiality' (art. 24 lid 1) (vindplaats: www.legislation.gov.uk/ukpga/Geo6/14/27/contents/enacted).

219 Vgl. (terminologie) Nairn, Szymanski & Lekakis 2020: 'b. Challenge'. Vgl. art. 24 lid 2 Arbitration Act 1996.

220 Departmental Advisory Committee on Arbitration Law, 1996 Report of the Arbitration Bill, februari 1996, par. 101 (bron: *Arbitration International* 1997, afl. 3, p. 292).

221 Departmental Advisory Committee on Arbitration Law, 1996 Report of the Arbitration Bill, februari 1996, par. 101 (bron: *Arbitration International* 1997, afl. 3, p. 292).

222 Departmental Advisory Committee on Arbitration Law, 1996 Report of the Arbitration Bill, februari 1996, par. 102 (bron: *Arbitration International* 1997, afl. 3, p. 292). Vgl. id. par. 104: 'We should emphasize that we intend to lose nothing of significance by omitting reference to independence. Lack of this quality may well give rise to justifiable doubts about impartiality, which is covered, but if it does not, then we cannot at present see anything of significance that we have omitted by not using this term' (bron: *Arbitration International* 1997, afl. 3, p. 292).

of independence compromised the duties of fairness and impartiality'.²²³ Het gerecht benadrukte daarnaast dat de verplichting tot onpartijdigheid 'applies equally to party-appointed arbitrators and arbitrators appointed by the agreement of party-appointed arbitrators, by an arbitral institution, or by the court'.²²⁴

121. Vernietiging van arbitrale uitspraken

Niet alleen in artikel 24 komt de term 'impartiality' naar voren: ook in artikel 1 Arbitration Act 1996 komt de term - als 'General principle' verpakt - naar voren: 'the object of arbitration is to obtain the fair resolution of disputes by an impartial tribunal without unnecessary delay or expense'. Daarnaast wordt het scheidsgerecht als 'General duty' in artikel 33 lid 1 sub a Arbitration Act 1996 onder meer de verplichting opgelegd '[to, PR] act fairly and impartially as between the parties, giving each party a reasonable opportunity of putting his case and dealing with that of his opponent'. Een 'failure by the tribunal to comply with section 33 (general duty of tribunal)' ex artikel 68 lid 2 sub a Arbitration Act 1996 geeft aanleiding tot een zgn. '[s]erious irregularity', één van de vernietigingsgronden ex artikel 68 lid 1 Arbitration Act 1996. Interessant is de wijze waarop het Comité eventuele kritiek op de (algemene) wijze waarop het artikel is verwoord, pareerde: arbitrage 'can be tailored to the particular dispute to an extent which litigation finds it difficult to do' waardoor - afhankelijk van de aard van het geschil - 'there will be numerous ways in which the arbitration can be conducted', hetgeen het 'quite impossible' maakt 'to list all the possible variants and to set out what may or may not be done'.²²⁵ In plaats van '[to, PR] encourage arbitral tribunals not slavishly to follow court or other set procedures', kunnen de enige 'limits' dan ook degene zijn die in het artikel uiteen worden gezet, aldus het Comité.²²⁶

122. Maatstaf om te beoordelen of sprake is van arbitrale (on)partijdigheid: jurisprudentie

Nu de Arbitration Act 1996 zwijgt over de maatstaf die dient te worden aangelegd om te beoordelen of sprake is van arbitrale (on)partijdigheid, zal hiervoor te rade dienen te worden gegaan bij de jurisprudentie.²²⁷ Aan de hand van een aantal belangrijke arresten van met name het (voormalige) House of Lords heeft de Engelse

223 Supreme Court 27 november 2020 (*Halliburton Company/Chubb Bermuda Insurance Ltd*), [2020] UKSC 48, r.o. 126.

224 Supreme Court 27 november 2020, [2020] UKSC 48, r.o. 151, zie ook r.o. 63: '(...) a party-appointed arbitrator in English law is expected to come up to precisely the same high standards of fairness and impartiality as the person chairing the tribunal. (...)'

225 Departmental Advisory Committee on Arbitration Law, 1996 Report of the Arbitration Bill, februari 1996, par. 151 (bron: *Arbitration International* 1997, afl. 3, p. 299).

226 Departmental Advisory Committee on Arbitration Law, 1996 Report of the Arbitration Bill, februari 1996, par. 151 (bron: *Arbitration International* 1997, afl. 3, p. 299).

227 Vgl. House of Lords 29 juni 1952 (*Dimes/Grand Junction Canal*), [1852] 3 HL Cas. 759 waarin de rechtsregel naar voren zou zijn gekomen dat het hebben van een financieel belang in het geschil voldoende was om een (scheids)rechter te wraken. Zie over deze uitspraak bijv. Menon 2017, vn. 41 (p. 356); Hodges & Greenaway 2013, vn. 29 (nr. 15.23); Luttrell 2009, p. 32-33; Wilke 2006, p. 38.

jurisprudentie zich door de eeuwen heen ontwikkeld. Lange tijd werd uitgegaan van de maatstaf die door Lord Goff of Chieveley van het House of Lords in mei 1993 was geformuleerd: bekeken werd 'whether there is a real danger of injustice having occurred as a result of the alleged bias'.²²⁸ De maatstaf, die vanwege het element 'real' een hoge drempel kende, week echter af van de maatstaf die in andere *common law*-jurisdicties werd aangelegd en mede naar aanleiding van rechtspraak uit Straatsburg²²⁹ werd de 'real danger-koers' vanaf het begin van de 21^e eeuw verlegd.²³⁰ De opmaat hiertoe werd gevormd door een uitspraak van het Court of Appeal uit december 2000. In deze uitspraak overwoog het gerecht: '[w]hen the Strasbourg jurisprudence is taken into account, we believe that a modest adjustment of the test in Gough is called for, which makes it plain that it is, in effect, no different from the test applied in most of the Commonwealth and in Scotland'.²³¹ De volgende tweetrapsraket werd voorgesteld: '[t]he Court must *first* ascertain all the circumstances which have a bearing on the suggestion that the Judge was biased. It must *then* ask whether those circumstances would lead a fair-minded and informed observer to conclude that there was a real possibility, or a real danger, the two being the same, that the tribunal was biased' (curs. PR).²³²

In december 2001 werd dit oordeel gedeeltelijk door het House of Lords overgenomen, bij monde van Lord Hope of Craighead: 'I respectfully suggest that your Lordships should now approve the modest adjustment of the test in *R v Gough* (...) It expresses in clear and simple language a test which is in harmony with the objective test which the Strasbourg court applies when it is considering whether the circumstances give rise to a reasonable apprehension of bias. It removes any possible conflict with the test which is now applied in most Commonwealth countries and in Scotland'.²³³ Interessant is de toevoeging van de volgende woorden: 'I would however delete from it the reference to "a real danger"'.²³⁴ Vanaf dat moment luidt de maatstaf die (ook) voor arbiters geldt - zo werd ook door het Supreme Court in november 2020 bevestigd²³⁵ - als volgt: 'whether the fair-minded and informed

228 House of Lords 20 mei 1993 (*Regina/Gough*), [1993] UKHL 1. Deze test heeft echter 'not commanded universal approval elsewhere', zie voor zaken in onder meer Australië, Schotland en Zuid-Afrika: Court of Appeal (Civil Division) 17 november 1999 (*Locabail (UK) Ltd/Bayfield Properties Ltd e.a.*), [1999] EWCA Civ 3004, r.o. 17. Vgl. Court of Appeal (Civil Division) 15 mei 2000 (*AT&T Corporation e.a./Saudi Cable Company*), [2000] EWCA Civ 154, r.o. 58: '(...) It seems to me that, whatever the test should be, and it is clearly laid down in *Gough* in terms of the "real danger" test, it is desirable that it should apply universally in cases before the English court, where such cases fall to be decided according to English law and no different statutory or contractual test is applicable. (...)'

229 Zie nader: Sandy 2004, vgl. Robinson & Kasolowsky 2002, p. 458.

230 Zie voor een (chronologisch) overzicht: Court of Appeal (Civil Division) 17 november 1999 (*Locabail (UK) Ltd/Bayfield Properties Ltd e.a.*), [1999] EWCA Civ 3004, en bijv. Luttrell 2009, p. 38, 60. Vgl. Eastwood 2001.

231 Court of Appeal (Civil Division) 21 december 2000 (*Director General of Fair Trading/Proprietary Association of Great Britain and Proprietary Articles Trade Association*), [2000] EWCA Civ 350, r.o. 85.

232 Court of Appeal (Civil Division) 21 december 2000, [2000] EWCA Civ 350, r.o. 85.

233 House of Lords 13 december 2001 (*Magill/Porter*), [2001] UKHL 67, r.o. 103. Vgl. House of Lords 19 juni 2003 (*Lawal/Northern Spirit Ltd*), [2003] UKHL 35, r.o. 14.

234 House of Lords 13 december 2001, [2001] UKHL 67, r.o. 103. Vgl. id. r.o. 103: 'Those words no longer serve a useful purpose here, and they are not used in the jurisprudence of the Strasbourg court. (...)'

235 Supreme Court 27 november 2020 (*Halliburton Company/Chubb Bermuda Insurance Ltd*), [2020] UKSC 48, r.o. 52: '(...) There is no disagreement as to the relevant test. (...)'; id. r.o. 69: '(...) the English courts in addressing an allegation of apparent bias in an English-seated arbitration will (i) apply the objective test

observer, having considered the facts, would conclude that there was a real possibility that the tribunal was biased'.²³⁶ De invulling van de maatstaf is afhankelijk van de omstandigheden van het onderhavige geval. Van belang is dat er uiteindelijk een (af)weging plaatsvindt en tot een gebalanceerd eindoordeel wordt gekomen. Illustratief in dit verband is onder meer hetgeen het House of Lords in juni 2003 overwoog over de invulling van de figuur van 'the fair-minded and informed observer': '[i]t is unnecessary to delve into the characteristics to be attributed to the fair-minded and informed observer. What can confidently be said is that one is entitled to conclude that such an observer will adopt a balanced approach'.²³⁷ In oktober 2008 overwoog het House of Lords, bij monde van Lord Hope of Craighead, onder meer: '[t]he observer who is fair-minded is the sort of person who always reserves judgment on every point until she has seen and fully understood both sides of the argument'.²³⁸ In november 2020 over het Supreme Court dat de maatstaf 'requires objectivity and detachment in relation to the appearance of bias'.²³⁹

123. Disclosure-verplichting?

Interessant is dat in de Arbitration Act 1996 geen disclosure-verplichting is neergelegd. Ook in dit verband hebben de Engelse gerechten voor duidelijkheid gezorgd. In april 2018 overwoog het Court of Appeal dat de 'present position' onder het Engelse recht was dat 'disclosure should be given of facts and circumstances known to the arbitrator which, in the language of section 24 of the Act, would or might give rise to justifiable doubts as to his impartiality'.²⁴⁰ Dit oordeel werd in november 2020 door het Supreme Court overgenomen. De 'statutory duties' ex artikel 33 Arbitration Act 1996 'to act fair and impartially' zouden aanleiding geven tot 'an implied term in the contract between the arbitrator and the parties that the arbitrator will so act', aldus het gerecht.²⁴¹ Enigszins opmerkelijk is dat het Supreme Court voor de disclosure-verplichting dezelfde (objectieve) maatstaf lijkt te formuleren als de maatstaf die wordt gehanteerd om te beoordelen of sprake is van (on)partijdigheid: sprake dient te zijn van 'justifiable doubts'.²⁴²

of the fair-minded and informed observer and (...). Vgl. High Court (Commercial Court) 2 maart 2016 (*W Ltd/M SDN BHD*), [2016] EWHC 422 (Comm), r.o. 17.

236 House of Lords 13 december 2001, [2001] UKHL 67, r.o. 103.

237 House of Lords 19 juni 2003, [2003] UKHL 35, r.o. 14. Vgl. High Court of Australia 7 september 2000 (*Johnson/Johnson*), [2000] HCA 48, r.o. 53.

238 House of Lords 22 oktober 2008 (*Helow/Secretary of State For The Home Department c.s.*), [2008] UKHL 62, r.o. 2.

239 Supreme Court 27 november 2020, [2020] UKSC 48, r.o. 54.

240 Court of Appeal (Civil Division) 19 april 2018 (*Halliburton Company/Chubb Bermuda Insurance Ltd c.s.*), [2018] EWCA Civ 817, r.o. 71.

241 Supreme Court 27 november 2020, [2020] UKSC 48, r.o. 76. De motivering wordt verder uitgewerkt in r.o. 77-80. Vgl. id. r.o. 136: '(...), unless the parties to the arbitration otherwise agree, arbitrators have a legal duty to make disclosure of facts and circumstances which would or might reasonably give rise to the appearance of bias. (...); id. r.o. 154.

242 Van Haersolte-van Hof 2021, p. 605: 'In its extensive discussion of the nature of the applicable standard, the Court appears to equate disclosure and challenge'. Zie: Supreme Court 27 november 2020, [2020] UKSC 48, r.o. 116: '(...), the arbitrator's legal obligation of disclosure imposes an objective test. (...)', vgl. r.o. 108: '(...) An obligation to disclose a matter which "might" give rise to justifiable doubts arises only where the matter might reasonably give rise to such doubts', zie ook r.o. 152. Het Supreme Court zet

4.4.2 Frankrijk

124. Een algemene verplichting tot arbitrale onafhankelijkheid en onpartijdigheid

In tegenstelling tot de Arbitration Act 1996 komt in de Code de procédure civile geen afzonderlijke bepaling voor waarin staat dat arbiters onafhankelijk en/of onpartijdig dienen te zijn.²⁴³ Niettemin kan een dergelijke verplichting uit andere bepalingen worden afgeleid. Daarnaast kan uit verschillende gerechtelijke uitspraken de erkenning van een algemene verplichting tot arbitrale onafhankelijkheid en onpartijdigheid worden afgeleid.²⁴⁴ Een belangrijke uitspraak is allereerst afkomstig van het Cour de cassation uit april 1972.²⁴⁵ Het hoogste gerecht overwoog: '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'. Het Cour de cassation herhaalde zijn overweging in december 1996,²⁴⁶ en de overweging werd door het Cour d'appel van Parijs overgenomen in uitspraken uit onder meer december 2019, februari 2012, november 1998 en december 1996.²⁴⁷ In april 1988 overwoog het Cour d'appel van Parijs voorts dat 'l'indépendance d'esprit que toute partie est en droit d'exiger', en dat een arbiter 'détenteur d'un pouvoir juridictionnel' is.²⁴⁸ In juni 1991 overwoog het hof: 'l'indépendance de l'arbitre est de l'essence de sa fonction juridictionnelle', en dat 'l'indépendance d'esprit nécessaire à l'exercice de son pouvoir juridictionnel' is.²⁴⁹ Het hof overwoog begin juli 1992: 'la nécessaire indépendance de l'arbitre, qui est de l'essence de sa fonction juridictionnelle', en 'le statut de

uiteen dat sprake is van verschillende (beoordelings)momenten: wat de disclosure-verplichting betreft, dient te worden gekeken naar 'the circumstances prevailing at the time when the arbitrator acquired the requisite knowledge of those circumstances and disregard matters of which the arbitrator could not have known at that time' (r.o. 119, zie ook r.o. 145 en 155) en in het kader van de beoordeling van arbitrale vooringenomenheid dient te worden afgevraagd 'whether "at the time of the hearing to remove" the circumstances would have led the fair-minded and informed observer to conclude that there was in fact a real possibility of bias' (r.o. 123).

243 Vgl. art. 6.3.1 Règlement Intérieur National de la profession d'avocat (Conseil national des barreaux): '(...) Lorsqu'il est chargé d'une mission d'arbitrage, il doit en outre veiller au respect des règles particulières qui régissent la procédure arbitrale; il doit notamment respecter les délais de procédure et le secret des délibérations, observer lui-même et faire observer le principe de la contradiction et de l'égalité à l'égard de toutes les parties à l'instance' (vindplaats: www.cnb.avocat.fr/sites/default/files/rin_2021-01-18_consolidefinal.pdf).

244 Henry 2001, nr. 82: 'L'affirmation positive d'un devoir d'indépendance de l'arbitre fut le fait des tribunaux dans le cadre de la jurisprudence développée à propos des conditions de validité du compromis. (...)'

245 Cour de cassation (chambre civile 2) 13 april 1972, nr. 70-12.774. Vgl. *ibid.*: '(...) 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 par application de l'article 1110 du Code civil; (...)'. Vgl. Cohen 2011, nr. 21.

246 Cour de cassation (chambre civile 2) 18 december 1996, *Revue de l'Arbitrage* 1997, afl. 3, p. 360-361 (*société Spedidam/société Adami*).

247 CA Parijs 17 december 2019, *Revue de l'Arbitrage* 2019, afl. 4, p. 1209 (*SA des Galeries Lafayette c.s./BNP Paribas Personal Finance e.a.*); CA Parijs 21 februari 2012, *Revue de l'Arbitrage* 2012, afl. 3, p. 592 (*Etat du Cameroun/SPRL Projet Pilote Garoube*); CA Parijs 12 november 1998, *Revue de l'Arbitrage* 1999, afl. 2, p. 377 (*société civile financière Azzaro c.s./consorts Cattan*); CA Parijs 12 december 1996, *Revue de l'Arbitrage* 1998, afl. 4, p. 699 (*société Commercial Agraria Hermanos Lucena/société Transgrain France*).

248 CA Parijs 28 april 1988, *Revue de l'Arbitrage* 1989, afl. 2, p. 280 (*société Matra/société Alkan*).

249 CA Parijs 28 juni 1991, *Revue de l'Arbitrage* 1992, afl. 4, p. 570, 571 (*KFTCIC/lcori Estero*).

juge, auquel l'arbitre accède dès sa désignation est exclusif par nature de tout lien de dépendance'.²⁵⁰ In oktober 1994 overwoog het hof in vergelijkbare bewoordingen: '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 notamment avec les parties'.²⁵¹ Deze woorden werden in min of meer vergelijkbare bewoordingen overgenomen in uitspraken van hetzelfde gerecht uit maart 1995, januari 1996, november 1997, en januari 1999.²⁵² In november 1996 overwoog het Cour d'appel van Versailles: 'l'indépendance et l'impartialité de l'arbitre sont de l'essence de sa fonction juridictionnelle',²⁵³ welke bewoordingen door het Cour d'appel van Parijs werden overgenomen in oktober 1999, november 2002 en in september 2015.²⁵⁴ In de laatste uitspraak overwoog het gerecht eveneens op de 'qualités d'impartialité et d'indépendance qui sont l'essence même de la fonction arbitrale'.²⁵⁵ Uit de geciteerde rechtsoverwegingen volgt dat aansluiting bij de adjudicatieve status van arbiters wordt gezocht (vgl. par. 2.2.1). Opvallend is daarnaast de nadruk die op 'l'indépendance d'esprit' (de onafhankelijkheid van geest) wordt gelegd.

125. Disclosure-verplichting

De Franse wetgever was niet ongevoelig voor hetgeen in de jurisprudentie naar voren werd gebracht: één van de wijzigingen in het kader van de herziening van het (nationale) arbitragerecht in de jaren tachtig van de twintigste eeuw was de implementatie van een disclosure-verplichting.²⁵⁶ Artikel 1452 CPC luidde als volgt: '(...) L'arbitre qui suppose en sa personne une cause de récusation doit en informer les parties. En ce cas, il ne peut accepter sa mission qu'avec l'accord de ces parties'.²⁵⁷ Daarnaast luidde het (nieuwe) artikel 1463 CPC: '[u]n arbitre ne peut s'abstenir ni être récusé que pour une cause de récusation qui se serait révélée ou serait survenue depuis sa désignation', zij het met de toevoeging: '[l]es difficultés relatives à l'appli-

250 CA Parijs 2 juli 1992, *Revue de l'Arbitrage* 1996, afl. 3, p. 410-411 (*société Raoul Duval/société Mercuria Sucden*).

251 CA Parijs 20 oktober 1994, *Revue de l'Arbitrage* 1996, afl. 3, p. 443 (*E. Richey/Warlaumont & Union des Assurances de Paris*).

252 CA Parijs 23 maart 1995, *Revue de l'Arbitrage* 1996, afl. 3, p. 449 (*société Maec c.s./P. Mumbach*); CA Parijs 12 januari 1996, *Revue de l'Arbitrage* 1996, afl. 3, p. 427-428 (*Gouvernement de l'État du Qatar/Creighton Ltd.*); CA Parijs 13 juni 1996, *Revue de l'Arbitrage* 1997, afl. 2, p. 256 (*société KFTCIC/société Icori Estero e.a.*); CA Parijs 20 november 1997, *Revue de l'Arbitrage* 1999, afl. 2, p. 331 (*société 3R/société Phénix Richelieu*); CA Parijs 12 januari 1999, *Revue de l'Arbitrage* 1999, afl. 2, p. 383 (*société Milan Presse/société Média Sud communication*).

253 CA Versailles 14 november 1996, *Revue de l'Arbitrage* 1997, afl. 3, p. 360-361 (*société Scintelle/Bourey*).

254 CA Parijs 28 oktober 1999, *Revue de l'Arbitrage* 2000, afl. 2, p. 299-312 (*SA Fretal/SA ITM Entreprises*); CA Parijs 28 november 2002, *Revue de l'Arbitrage* 2003, afl. 2, p. 449 (*Voith Turbo GmbH AG et Co/société Nationale des Chemins de Fer Tunisiens*); CA Parijs 15 september 2015, nr. 15/04996, *Revue de l'Arbitrage* 2015, afl. 4, p. 1221 (*société Monte Carlo Aviation Corporation/SA Dassault Aviation*).

255 CA Parijs 15 september 2015, nr. 15/04996, *Revue de l'Arbitrage* 2015, afl. 4, p. 1221.

256 Henry 2001, nr. 87.

257 Décret n°81-500 du 12 mai 1981 (vindplaats: www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000000329213, zie ook: De Boissésou & De Juglart 1983, p. 470).

cation du présent article sont portées devant le président du tribunal compétent'.²⁵⁸ In de literatuur werd opgemerkt dat 'les causes de récusation des arbitres continuent d'être celles prévues par l'article 341 du Nouveau Code de Procédure Civile pour les juges étatiques'.²⁵⁹ Met de herziening van het Franse arbitragerecht in 2011 werden voornoemde artikelen opnieuw gewijzigd.²⁶⁰ De disclosure-verplichting werd uitgebreid en is vanaf dat moment als volgt geformuleerd: '[i]l appartient à l'arbitre, avant d'accepter sa mission, de révéler toute circonstance susceptible d'affecter son indépendance ou son impartialité' (art. 1456). Opvallend is dat de termen 'onafhankelijkheid' en 'onpartijdigheid' voor het eerst uitdrukkelijk worden genoemd. Daarnaast wordt in het artikel het doorlopende karakter van de verplichting benadrukt: '[i]l lui est également fait obligation de révéler sans délai toute circonstance de même nature qui pourrait naître après l'acceptation de sa mission' (curs. PR). In januari 2021 overwoog het Cour d'appel van Parijs over het artikel: '[i]l ressort (...) que l'arbitre est tenu de révéler toute circonstance qui pourrait être de nature à remettre en cause son indépendance ou son impartialité aux yeux des parties ou qui pourrait être susceptible de l'affecter et ce, avant ou après l'acceptation de sa mission'.²⁶¹ Op grond van artikel 1506 CPC is het artikel ook van toepassing op 'l'arbitrage international'.

De invulling van de disclosure-verplichting hangt af van de omstandigheden van het geval. In februari 2020 overwoog het Cour d'appel van Parijs: '[l]'obligation de révélation qui pèse sur l'arbitre doit s'apprécier au regard de la notoriété de la situation critiquée, de son lien avec le litige et de son incidence sur le jugement de l'arbitre'.²⁶² Voorafgaande aan de arbitrage is de arbiter 'dispensé de révéler les faits notoires, entendus comme ceux qui recouvrent les informations publiques aisément accessibles que les parties ne pouvaient manquer de consulter avant le début de l'arbitrage', zij het dat 'cette dispense cesse une fois que l'instance arbitrale est en cours', aldus het hof in januari 2021.²⁶³ Ook partijen hebben dus een zekere onderzoeksplicht voorafgaande aan de arbitrage, zij het dat op het moment dat 'l'accès à l'information nécessite plusieurs opérations successives qui s'apparentent à des mesures d'investigation' waardoor geen sprake is van 'une information aisément accessible de telle sorte que cette information ne peut être considérée comme notoire et que l'arbitre aurait dû en conséquence la révéler dès sa première déclaration'.²⁶⁴

Tot slot is interessant om op te merken dat arbiters zowel in het kader van nationale arbitrage als in het kader van een internationale arbitrage in artikel 1464 CPC de verplichting wordt opgelegd om te handelen 'avec célérité et loyauté dans la conduite de la procédure' (vgl. art. 33 Arbitration Act 1996). De reikwijdte van deze ver-

258 Décret n°81-500 du 12 mai 1981 (vindplaats: www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000000329213, zie ook: De Boissésou & De Juglart 1983, p. 472).

259 Henry 2001, nr. 88.

260 Décret n°2011-48 du 13 janvier 2011 (vindplaats: www.legifrance.gouv.fr/loda/id/JORFTEXT000023417517).

261 CA Parijs 26 januari 2021, nr. 19/10666 (*Vidatel Ltd/PT Ventures SGPS - SA Mercury Servicios de Telecomunicacoes SA - Geni SA*), r.o. 106.

262 CA Parijs 25 februari 2020, nr. 19/07575, *Revue de l'Arbitrage* 2020, afl. 2, p. 508 (*Dommo/Uzuc SA*), r.o. 43.

263 CA Parijs 26 januari 2021, nr. 19/10666, r.o. 111. Zie ook bijv. CA Parijs 12 april 2016, *Revue de l'Arbitrage* 2017, afl. 3, p. 949-955 (*société J&P Avax/société Tecnimont*). Zie (algemeen) Gouiffes 2021, p. 83-84; Bouvard 2021.

264 CA Parijs 25 februari 2020, nr. 19/07575, r.o. 52.

plichting, die met ingang van 2011 in de CPC staat opgenomen, en mogelijke band met de disclosure-verplichting is vooralsnog onduidelijk.²⁶⁵

126. Wraking en de maatstaf om te beoordelen of sprake is van arbitrale (on)afhankelijkheid en (on)partijdigheid

Sinds 1806 is het mogelijk om arbiters te wraken op grond van (een bepaling in) de CPC.²⁶⁶ De wijze waarop deze mogelijkheid door de jaren heen in de Code de procédure civile is verwoord, verschilt. Zo luidde artikel 1014 van de Code de procédure civile van 1806: '[I]es arbitres ne pourront se déporter si leurs opérations sont commencées: ils ne pourront être récusés si ce n'est pour cause survenue depuis le compromis'.²⁶⁷ Vrij vertaald: de arbiters kunnen zich niet terugtrekken op het moment dat hun 'opérations' zijn begonnen: zij kunnen slechts worden gewraakt op grond van een omstandigheid die na het arbitraal beding is ontstaan. Deze bepaling was slechts van toepassing op arbitrages die hun oorsprong vonden in een overeenkomst tot arbitrage in een bestaand geschil: 'le compromis'.²⁶⁸ Opmerkelijk is niet alleen de terughoudendheid ten aanzien van de mogelijkheid tot wraking die van deze formulering uitging, maar ook dat in de CPC geen bepaling was opgenomen waarin (mogelijke) wrakingsgronden werden opgesomd. In de Franse literatuur komt naar voren dat overheidsrechters dan ook te rade gingen bij de wrakingsgronden die voor overheidsrechters golden.²⁶⁹ Vanaf de inwerkingtreding van de Nouveau Code de procédure civile op 1 januari 1976 zijn de wrakingsgronden voor overheidsrechters opgenomen in artikel 341 CPC.²⁷⁰ Dit artikel fungeert thans nog slechts als doorverwijzing naar de wrakingsgronden die staan opgenomen in artikel L. 111-6 van de Franse Wet op de Rechterlijke Organisatie: de Code de l'organisation judiciaire.²⁷¹ Op grond van dit artikel kan om wraking van een overheidsrechter worden verzocht:

- 1) Si lui-même ou son conjoint a un intérêt personnel à la contestation;
- 2) Si lui-même ou son conjoint est créancier, débiteur, héritier présomptif ou donataire de l'une des parties;
- 3) Si lui-même ou son conjoint est parent ou allié de l'une des parties ou de son conjoint jusqu'au quatrième degré inclusivement;

265 Deze verplichting geldt ook voor arbiters in een internationale arbitrage, zie art. 1506 CPC. Vgl. Brunswick 2016, p. 24; Veillard 2012, p. 15-43. Zie over 'le devoir de loyauté' nader bijv. El Chazli 2020, nr. 42; Racine 2016, nrs. 649-659; Loquin 2015, nr. 311. Vgl. El Chazli 2020, nr. 428: '(...) l'article susmentionné exige également la loyauté de la part des arbitres qui se concrétise - entre autres - par une révélation complète, y compris des informations aisément accessibles'.

266 Henry 2001, nr. 81.

267 Bron: H.F. Rivière (red.), *Codes Français - Conformés aux textes officiels*, Parijs: 1887 (online), p. 151.

268 In tegenstelling tot een overeenkomst tot arbitrage voor geschillen die in de toekomst kunnen ontstaan ('la clause compromissoire'). Vgl. Bellet 1987, p. 71: 'Avant la réforme de 1980, une distinction était faite, quant à l'exercice du droit de récusation, entre les arbitrages nés d'un compromis et ceux qui trouvaient leur fondement dans une clause compromissoire (...)'.
269 De wrakingsgronden stonden opgenomen in art. 378 (oud) CPC, zie nader: Henry 2001, nr. 81.

270 Décret n° 75-1123 du 5 décembre 1975 instituant un nouveau code de procédure civile (vindplaats: www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000000507244), vgl. art. 31 Décret n° 2012-66 du 20 janvier 2012 relatif à la résolution amiable des différends (vindplaats: www.legifrance.gouv.fr/loda/id/JORFTEXT000025179010). Zie over de Nouveau Code de procédure civile bijv. Cadet 2000, p. 669-692.

271 Art. 341 CPC: 'Sauf disposition particulière, la récusation d'un juge est admise pour les causes prévues par l'article L. 111-6 du code de l'organisation judiciaire'.

- 4) S'il y a eu ou s'il y a procès entre lui ou son conjoint et l'une des parties ou son conjoint;
- 5) S'il a précédemment connu de l'affaire comme juge ou comme arbitre ou s'il a conseillé l'une des parties;
- 6) Si le juge ou son conjoint est chargé d'administrer les biens de l'une des parties;
- 7) S'il existe un lien de subordination entre le juge ou son conjoint et l'une des parties ou son conjoint;
- 8) S'il y a amitié ou inimitié notoire entre le juge et l'une des parties;
- 9) S'il existe un conflit d'intérêts, au sens de l'article 7-1 de l'ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature.

Opvallend is dat in zes van de negen gronden ook de 'conjoint' van de (scheids)rechter wordt genoemd. De gronden van artikel L. 111-6 vormen een niet-limitatieve opsomming, zo overwoog het Cour de Cassation in april 1998: '[a]ttendu 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 d'impartialité requise de toute juridiction, la cour d'appel a violé, par refus d'application, le texte susvisé; (...)'.²⁷²

In maart 1999 bracht het Cour de cassation de volgende maatstaf naar voren in het kader van de beoordeling of sprake is van arbitrale vooringenomenheid: 'd'apprécier l'indépendance et l'impartialité de l'arbitre, en relevant toute circonstance de nature à affecter le jugement de celui-ci et à provoquer dans l'esprit des parties un doute raisonnable sur ces qualités, (...)'.²⁷³ Vrij vertaald: sprake dient te zijn van een redelijke of gereede twijfel ('un doute raisonnable') aan de onafhankelijkheid en onpartijdigheid van de arbiter. In oktober 2012 overwoog het gerecht in vrijwel gelijke bewoordingen dat geen sprake mag zijn van (niet-medegedeelde) omstandigheden 'de nature à provoquer dans l'esprit des parties un doute raisonnable quant à l'impartialité' van de arbiter 'et à son indépendance'.²⁷⁴ Begin oktober 2019 overwoog het Cour de cassation eveneens dat beoordeeld dient te worden of 'les circonstances non révélées étaient de nature à provoquer dans l'esprit des parties un doute raisonnable quant à l'impartialité et l'indépendance de cet arbitre'.²⁷⁵ In januari 2021 omschreef het Cour d'appel van Parijs 'un doute raisonnable sur son indépendance' in een procedure waarin niet zou zijn voldaan aan de disclosure-verplichting als volgt: '(...), c'est à dire un doute qui peut naître chez une personne placée dans la même situation et ayant accès aux mêmes éléments d'information raisonnablement accessibles'.²⁷⁶ In september en oktober 2014 overwoog het Cour d'appel van Parijs dat '[i]l appartient au juge de la régularité de la sentence arbitrale d'apprécier l'indépendance et l'impartialité de l'arbitre en relevant toute circonstance de nature à affecter le jugement de celui-ci et à provoquer dans l'esprit des parties un doute raisonnable sur ces qualités qui sont l'essence même de la fonction

272 Cour de cassation (chambre civile 1) 28 april 1998, nr. 96-11.637. Vgl. par. 3.4.1.

273 Cour de cassation (chambre civile 1) 16 maart 1999, nr. 96-12.748, *Revue de l'Arbitrage* 1999, afl. 2, p. 309 (*Qatar/société Creighton Ltd*). Vgl. Luttrell 2009, p. 80.

274 Cour de cassation (chambre civile 1) 10 oktober 2012, nr. 11-20.299. Vgl. Cour de cassation (chambre civile 1) 25 juni 2014, nr. 11-16.444 (*Groupe Antoine Tabet/République du Congo*): '(...); qu'ayant ainsi fait ressortir que les circonstances non révélées, (...), être de nature, ni à affecter son jugement, ni à provoquer, dans l'esprit des parties, un doute raisonnable sur ses qualités d'impartialité et d'indépendance, (...)'.²⁷⁵

275 Cour de cassation (chambre civile 1) 3 oktober 2019, nr. 18-15.756.

276 CA Parijs 26 januari 2021, nr. 19/10666, r.o. 118, zie ook: CA Parijs 12 juli 2021, nr. 19/11413, r.o. 53.

arbitrale'.²⁷⁷ In juli 2021 overwoog het hetzelfde hof in het kader van de beoordeling van 'd'un moyen fondé sur la contrariété à l'ordre public international' (art. 1520 aanhef en sub 5 CPC): 'Il appartient au juge d'apprécier l'impartialité de l'arbitre en relevant toute circonstance de nature à affecter le jugement de celui-ci et à provoquer dans l'esprit des parties un doute raisonnable sur cette qualité qui est de l'essence de la fonction arbitrale'.²⁷⁸

127. Vernietiging van arbitrale uitspraken

De verplichting tot arbitrale onafhankelijkheid en onpartijdigheid komt in Frankrijk eveneens naar voren in het kader van de vernietiging van een arbitrale uitspraken. Een vordering tot vernietiging van een nationaal arbitraal vonnis in dit verband zou allereerst kunnen worden gegrond op artikel 1492 aanhef en sub 5 CPC: '[I]a sentence est contraire à l'ordre public'.²⁷⁹ Daarnaast zijn in de Franse jurisprudentie aanwijzingen te vinden dat strijd met de verplichting kan leiden tot vernietiging ex artikel 1492 aanhef en sub 2 CPC: '[I]e tribunal arbitral a été irrégulièrement constitué'.²⁸⁰ Voornoemde vernietigingsgronden komen ook naar voren in het kader van (de beoordeling van) de vraag naar de vernietigbaarheid van een internationaal arbitraal vonnis.²⁸¹

4.4.3 Nederland

128. Een algemene verplichting tot arbitrale onafhankelijkheid en onpartijdigheid

Evenals de Code de procédure civile heeft ook het Nederlandse Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering geen afzonderlijke bepaling waarin de verplichting staat opgenomen dat arbiters onafhankelijk en/of onpartijdig dienen te zijn. Dit betekent echter niet dat arbiters hiertoe niet gehouden zijn: op grond van de 'fundamentele

277 CA Parijs 14 oktober 2014, *Revue de l'Arbitrage* 2014, afl. 4, p. 1028 (S.A. *Fidelidade-Companhia de Seguros/S.A. FC Nantes*); CA Parijs 9 september 2014, *Revue de l'Arbitrage* 2014, afl. 4, p. 1021 (M. *Faisal Bin Fayyadh Al Gobain/SA Crédit Foncier de France*).

278 CA Parijs 12 juli 2021, nr. 19/11413, r.o. 97.

279 Zie bijv. Cour de cassation (chambre civile 1) 20 maart 2013, nr. 12-18.238: '(...) l'omission de révélation par l'arbitre avait porté atteinte aux droits de la défense protégés par l'ordre public procédural, (...)'.
280 Zie bijv. Cour de cassation (chambre civile 1) 18 december 2014, nr. 14-11.085: '(...) que les liens professionnels étroits entre l'arbitre et l'avocat de la société VR services étaient de nature à créer dans l'esprit des parties un doute raisonnable quant à l'impartialité et l'indépendance de l'arbitre, la cour d'appel en a exactement déduit, hors toute dénaturation, que le tribunal arbitral avait été irrégulièrement composé; (...)'.
281 Art. 1520 aanhef en sub 5 CPC ('l'ordre public international'); art. 1520 aanhef en sub 2 CPC. In de jurisprudentie komt naar voren dat Franse rechters terughoudend zijn met het aannemen van strijd met 'l'ordre public international': een dergelijke schending 'doit être flagrante, effective et concrète', zie bijv. CA Parijs 18 november 2004, *Revue de l'Arbitrage* 2005, afl. 3, p. 759 (SA *Thalès Air Défense/GIE Euromissile*). In de literatuur is deze (terughoudende) toets wel aangeduid als 'approche minimaliste', zie bijv. Radicati Di Brozolo 2005, p. 529. 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*): 'Les dispositions de l'article 1502 CPC sont substantiellement les mêmes que celles de l'article V et mènent à des résultats équivalents pour ce qui concerne l'ordre public'.

beginselen van een behoorlijke procesorde' dienen arbiters onafhankelijk en onpartijdig te zijn, aldus de Hoge Raad in juni 2007.²⁸² In april 2014 overwoog de voorzieningenrechter van de Rechtbank Den Haag dat '[d]e eisen van rechterlijke onafhankelijkheid en onpartijdigheid' ook in een arbitraal geding gelden.²⁸³ De Rechtbank Zwolle zou reeds in december 1995 hebben overwogen: '[d]e eis van onpartijdigheid en onafhankelijkheid is een fundamenteel beginsel in het Nederlands procesrecht, waaraan in geval van arbitrage niet minder gewicht behoort te worden toegekend dan binnen het kader van de rechtspraak van overheidswege'. Uit het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering kan een dergelijke verplichting indirect uit andere bepalingen worden afgeleid.²⁸⁴

129. Wraking

Van 1838 tot 1986 werden via artikel 626 (oud) Rv de wrakingsgronden voor overheidsrechters van overeenkomstige toepassing verklaard op arbiters.²⁸⁵ De wrakingsgronden voor overheidsrechters stonden opgesomd in artikel 30 (oud) Rv.²⁸⁶ In dit artikel kwamen - in de versie van 1838 - de volgende elf omstandigheden naar voren die een wrakingsgrond konden opleveren:

- 1) Indien hij persoonlijk belang bij het geschil heeft;
- 2) Indien hij aan eene der partijen in bloedverwantschap of in zwagerschap bestaat tot in den vierden graad ingesloten;
- 3) Indien er, binnen het jaar vóór de wraking, tegen eene der partijen of derzelve echtgenoot of nabestaanden en aangehuwden in de regte linie, een crimineel of een correctioneel regts-geding op zijne klagte of door zijn toedoen heeft plaats gehad;
- 4) Indien hij een schriftelijk advies in de zaak gegeven heeft;
- 5) Indien hij, hangende het geding, van iemand, die bij de zaak belang heeft, geschenken heeft ontvangen, of dezelve aan hem zijn beloofd, en hij deze belofte heeft aangenomen;
- 6) Indien hij Indien de regter, zijne vrouw, hunne bloedverwanten of aangehuwden in de regte linie, een verschil over een gelijksoortig onderwerp hebben, als hetwelk tusschen partijen in geschil is;

282 HR 29 juni 2007, ECLI:NL:HR:2007:AV7405, NJ 2008/177 (N/Aegon), r.o. 3.3.2.

283 Rb. Den Haag (vzr.) 30 april 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:16605, r.o. 5.5.

284 Vgl. de aanpassing van artikel 1023 Rv ter implementatie van richtlijn 2006/123/EG van het Europees parlement en de Raad van de Europese Unie van 12 december 2006 betreffende diensten op de interne markt (PbEU L 376 /6): '[i]n artikel 1023, tweede volzin, van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering wordt de zinsnede «tenzij de partijen anders zijn overeengekomen» vervangen door: tenzij de partijen met het oog op de onpartijdigheid en de onafhankelijkheid van het scheidsgerecht anders zijn overeengekomen' (Kamerstukken II 2008/2009, 31859, nr. 2, p. 2). Vgl. Kamerstukken II 2008/09, 31859, nr. 3, p. 11: 'Met de voorgestelde aanvulling wordt in artikel 1023 Rv duidelijk gemaakt dat de uitsluiting een onpartijdige en onafhankelijke arbitrage tot doel heeft'.

285 Art. 626 Rv: 'De redenen van wraking zijn dezelfde als voor de regters; (...)' (bron: *Wetboek van Burgerlijke Regtsvordering: officiële uitgave*, 's-Gravenhage: Algemeene Landsdrukkerij 1838, p. 151-152 (online)).

286 Zie ook: art. 31 Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering van Aruba (vindplaats: www.overheid.aw/be-stuur-organisatie/wetteksten-1506-wetboek-van-burgerlijke-rechtsvordering_42261); art. 31 Wet van 17 mei 1935, houdende vaststelling van het Surinaams Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (vindplaats: www.dna.sr/wetgeving/surinaamse-wetten/geldende-teksten-tm-2005/burgerlijke-rechtsvordering). Vgl. art. 31 van de (algemene) Landsverordening van de 29ste april 2005 houdende vaststelling van een nieuw Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering waarin acht gronden worden opgesomd (sub 4 wijkt af (geen schriftelijkheidsvereiste voor het advies) en sub 8-10 worden niet genoemd) (vindplaats: lokale-regelgeving.overheid.nl/CVDR145086).

- 7) Indien er een burgerlijk rechtsgeding tusschen den regter, zijne vrouw, hunne bloedverwanten of aangehuwden in de rechte linie, en eene der partijen hangende is;
- 8) Indien de regter voogd, toezienende voogd, curator, of toezienende curator, vermoedelijke erfgenaam of begiftigde is van eene der partijen, of indien eene der partijen zijn vermoedelijke erfgenaam is;
- 9) Indien hij is bewindvoerder van eenige stichting, maatschappij of ligchaam van bestuur, welke partij in de zaak is;
- 10) Indien er een hooge graad van vijandschap bestaat tusschen hem en eene der partijen;
- 11) Indien er tusschen den regter en eene der partijen sedert den aanleg van het rechtsgeding, of binnen zes maanden voor de wraking, hebben plaats gehad beleedigingen of bedreigingen.²⁸⁷

Interessant is dat in het eerste wetsvoorstel tot de 'hernieuwde vaststelling' van het Nederlandse arbitragerecht de verwijzing naar artikel 30 (oud) Rv was behouden: '[e]en arbiter kan worden gewraakt om de redenen genoemd in artikel 30 alsmede indien om andere redenen gerechtvaardigde twijfel bestaat aan zijn onpartijdigheid of onafhankelijkheid'.²⁸⁸ Enerzijds stond een verwijzing opgenomen naar de gronden voor wraking die ook voor rechters golden, 'waarmee artikel 626 volstaat', anderzijds werd een 'algemene wrakingsgrond' geïntroduceerd die aan de UNCITRAL Arbitration Rules 1976 was ontleend, aldus de Memorie van Toelichting.²⁸⁹ Bij de nota van wijziging werd evenwel voorgesteld om de verwijzing naar artikel 30 (oud) Rv te laten vervallen, omdat deze verwijzing 'overbodig' zou zijn 'gezien de in het eerste lid van artikel 1033 reeds genoemde algemene gronden van onafhankelijkheid en onpartijdigheid'.²⁹⁰ De (door)verwijzing stond dan ook uiteindelijk niet meer in de Arbitragewet van 1986 opgenomen.²⁹¹ Met ingang van 1 januari 1994 bevat de regeling voor overheidsrechters nog slechts één algemene wrakingsgrond: overheidsrechters kunnen worden gewraakt 'op grond van feiten of omstandigheden waardoor de rechterlijke onpartijdigheid schade zou kunnen lijden' (art. 36 Rv).²⁹² Deze

287 Bron: *Wetboek van Burgerlijke Regtsvordering: officiële uitgave*, 's-Gravenhage: Algemeene Landsdrukkerij 1838, p. 11-12 (online). Zie voor (enige) parlementaire geschiedenis: Van den Honert 1839; Cremers 1872; Van Rossem 1907 (online, via: www.delpher.nl). In artikel 30 Rv komt een niet-limitatieve opsomming naar voren, zie HR 30 november 1990, ECLI:NL:HR:1990:AD1204, NJ 1992/94, r.o. 3.2.

288 *Kamerstukken II* 1983/84, 18464, nrs. 1-2, p. 4-5.

289 *Kamerstukken II* 1983/84, 18464, nr. 3, p. 12. In de memorie van toelichting wordt verwezen naar artikel 19; de relevante bepaling is echter artikel 10 lid 1 UNCITRAL Arbitration Rules 1976 (thans: art. 12 lid 1 UNCITRAL Arbitration Rules 2013).

290 *Kamerstukken II* 1985/86, 18464, nr. 6, p. 16.

291 Wet van 2 juli 1986 tot hernieuwde vaststelling van de regelen omtrent de arbitrage in het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (*Stb.* 1986, 372). Vgl. *Kamerstukken II* 1985/86, 18464, nr. 7, p. 5; *Kamerstukken II* 1985/86, 18464, nr. 8, p. 4-5. Vgl. Hof Leeuwarden 5 juli 2011, ECLI:NL:GHLEE:2011:BR2500, r.o. 3.10: '(...) In de eerste plaats is de onafhankelijkheid van de arbiter niet op dezelfde wijze gewaarborgd als die van de overheidsrechter. Ook is de arbiter niet op dezelfde wijze als de overheidsrechter gehouden tot toepassing van de wettelijke regels. (...)'; Rb. Leeuwarden 3 augustus 2011, ECLI:NL:RBLEE:2011:BR4256, r.o. 4.3, vgl. Hof Amsterdam 17 april 2012, ECLI:NL:GHAMS:2012:BX3835, r.o. 3.14. Met de wet van 1986 verdween de onmogelijkheid voor leden van de rechterlijke macht om als arbiter op te treden, zie art. 29 lid 3 Rv waarin stond dat rechters geen scheidslieden mochten zijn. De bepaling is geschrapt op advies van (3 oktober 1984 van) de Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak, zie nader: *Kamerstukken II* 1985/86, 18464, nr. 6, p. 9-11.

292 Met ingang van 1 januari 1994 ging het om art. 29 Rv; met ingang van 1 januari 2002 gaat het om art. 36 Rv, zie ook Snijders 2018, p. 258. In de literatuur is opgemerkt dat 'de lijst van art. 30 Rv (oud)' wellicht nog dienst kan doen 'als catalogus van gevallen waarin de wetgever redenen tot wraking heeft gezien' (Snijders 2018, p. 258). Zowel in Rb. Amsterdam (pres.) 29 december 1988 (niet gepubliceerd), r.o. 6, *TvA* 1989, afl. 4, p. 104, als in Rb. Amsterdam (pres.) 3 juni 1988 (niet gepubliceerd), r.o. 5, *TvA* 1989, afl. 4,

open norm dient van geval tot geval te worden ingevuld, waarbij steeds zal worden bezien of sprake is van (een schijn van) partijdigheid.²⁹³ In de Memorie van Toelichting kwam naar voren dat de wetgever van mening was dat 'geen behoefte' meer was aan 'een stelsel van verboden processuele handelingen en hoedanigheden'.²⁹⁴

130. Maatstaf om te beoordelen of sprake is van arbitrale (on)afhankelijkheid en (on)partijdigheid

Met ingang van de inwerkingtreding van de Arbitragewet van 1986 luidt het wrakingsartikel voor arbiters als volgt: '[e]en arbiter kan worden gewraakt indien gerechtvaardigde twijfel bestaat aan zijn onpartijdigheid of onafhankelijkheid' (art. 1033 lid 1 Rv).²⁹⁵ Deze formulering is sindsdien niet meer gewijzigd.²⁹⁶ Sprake dient dus te zijn van 'twijfel'.²⁹⁷ Deze twijfel dient van een zeker gewicht te zijn.²⁹⁸ Evenals in Engeland en Frankrijk is de maatstaf in de jurisprudentie nader ingekleurd. In de Nederlandse literatuur is opgemerkt dat het gaat om een 'lichte' maatstaf, omdat ook een schijn van vooringenomenheid voldoende wordt geacht om tot wraking over te kunnen gaan.²⁹⁹ Illustratief is onder meer hetgeen de President van de Rechtbank Rotterdam in mei 1987 zou hebben overwogen in het kader van de 'eerste' wrakingsprocedure onder de Arbitragewet van 1986: dat het 'zonder twijfel' de bedoeling van het artikel was dat 'een genoegzame grond voor wraking aanwezig is, indien in redelijkheid gezegd kan worden dat er een schijn van partijdigheid bij een benoemd arbiter aanwezig is'.³⁰⁰

De Hoge Raad overwoog in juni 2007 dat bij de beoordeling of sprake is van 'voldoende' aanleiding tot wraking 'onder omstandigheden ook rekening [moet, PR] worden gehouden met de uiterlijke schijn'.³⁰¹ In de lagere rechtspraak is deze formu-

p. 105 bekijkt de president van de rechtbank of zich in het onderhavige geval één van de wrakingsgronden ex artikel 30 Rv voor doet.

293 Giesen 2015, nr. 277.

294 *Kamerstukken II* 1991/92, 22495, nr. 3, p. 112-113.

295 Vgl. Sanders 2001, p. 72: 'Onpartijdigheid wordt m.i. terecht als eerste genoemd. Onafhankelijkheid zie ik als een afgeleide daarvan', in vergelijkbare zin: Sanders 1996, p. 119.

296 Vgl. Rb. Den Haag (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. (...)'.
297 Vgl. Rb. Arnhem (pres.) 25 juli 1991, *TvA* 1991, afl. 6, p. 231-232.

298 Vgl. Rb. Leeuwarden (pres.) 4 november 1988 (niet gepubliceerd), *TvA* 1989, afl. 1, p. 31: 'Zowel het veronderstellen van de geneigdheid tot beïnvloeding als van het openstaan van een dergelijke beïnvloeding achten wij echter, (...) dermate ver verwijderd van de werkelijkheid, dat wij aan het onderhavige verlies van vertrouwen geen enkele betekenis mogen toekennen'.

299 P. Sanders, 'Overheidsrechtspraak', *TvA* 1994, afl. 3, p. 188.

300 Rb. Rotterdam (pres.) 1 mei 1987 (niet gepubliceerd), *TvA* 1987, afl. 5, p. 152 (bron van de uitspraak: Sanders 2001, p. 74; Sanders 1996, p. 120). Hieraan vooraf zou de president hebben overwogen dat de woorden 'onpartijdigheid' of 'onafhankelijkheid' ex artikel 1033 Rv 'zeker' niet dienden te worden uitgelegd 'in de beperkte zin van persoonlijke betrokkenheid of beïnvloedbaarheid' (*TvA* 1987, afl. 5, p. 152). Vgl. P. Sanders, 'Overheidsrechtspraak', *TvA* 1987, afl. 5, p. 153.

301 HR 29 juni 2007, ECLI:NL:HR:2007:AV7405, *NJ* 2008/177 (*N/Aegon*), r.o. 3.3.2, onder verwijzing ('vgl.') naar HR 18 februari 1994, nr. 15238, *NJ* 1994/765. Zie r.o. 3.8 van HR 18 februari 1994: '(...) Bij de beoordeling of er voldoende aanleiding is tot wraking of verschoning, valt onder omstandigheden ook rekening te houden met de uiterlijke schijn. (...)'.
173

lering door verschillende rechters overgenomen.³⁰² Hoewel sprake is van een voorzichtige formulering - de (uiterlijke) schijn zou slechts 'onder omstandigheden' een rol spelen - is het vereiste van de aanwezigheid van een dergelijke schijn door andere (voorzieningen)rechters juist vooropgesteld.³⁰³ Interessant is hetgeen naar voren zou zijn gekomen in een uitspraak van een voorzieningenrechter van de Rechtbank Den Haag uit november 2004: '[b]ovendien is ook - of misschien wel juist - voor internationale arbitrages het vermijden van een dergelijke schijn een belangrijke voorwaarde voor het vertrouwen in, en daarmee het gezag en de effectiviteit van die arbitrale rechtspraak'.³⁰⁴ De vraag of een dergelijke schijn aanwezig is, wordt objectief beoordeeld, zo volgt eveneens uit (met name) de lagere rechtspraak.³⁰⁵ Sprake dient te zijn van feiten of omstandigheden op grond waarvan moet worden geoordeeld dat de vrees van arbitrale vooringenomenheid 'objectief gerechtvaardigd' is.³⁰⁶ Anders gezegd, ter beoordeling staat de vraag of er, 'objectief bezien, gerechtvaardigde twijfel bestaat aan de onpartijdigheid of onafhankelijkheid' van de arbiter.³⁰⁷ Illustratief is ook hetgeen een voorzieningenrechter van de Rechtbank Utrecht in juni 2006 overwoog: '[h]et moet echter wel steeds gaan om een *objectief* gerechtvaardigde twijfel aan de onpartijdigheid en onafhankelijkheid'.³⁰⁸ In de literatuur is naar voren gebracht: '[o]f die schijn aanwezig is, moet worden beoordeeld vanuit de geobjectiverde gezichtshoek van de wrakende partij, niet vanuit die van de arbiter in kwestie'.³⁰⁹ Interessant is dat de Rechtbank Amsterdam in november 2012 sprak over 'de objectieve waarnemer'.³¹⁰ Een dergelijke inkleuring van de maatstaf lijkt echter op zichzelf te staan.

302 Zie bijv. Rb. 's-Gravenhage (vzr.) 21 augustus 2006, r.o. 4.1, *TvA* 2007, afl. 3, nr. 43: '(...) Bij de beoordeling of er voldoende aanleiding is tot wraking valt onder omstandigheden ook rekening te houden met de uiterlijke schijn (*NJ* 1994, 765)', in vergelijkbare zin: Rb. Utrecht 7 juni 2006, r.o. 4.1, *TvA* 2007, afl. 3, nr. 42; Rb. 's-Gravenhage (vzr.) 18 oktober 2004, *TvA* 2005, afl. 3, nr. 51, p. 108.

303 Zie bijv. Rb. Amsterdam (vzr.) 8 november 2012, *ECLI:NL:RBAMS:2012:BY8266*, r.o. 5.4; Rb. Utrecht (wrakingskamer) 22 augustus 2012, *ECLI:NL:RBUTR:2012:BX5457*, r.o. 5.7. Zie ook bijv. Rb. 's-Gravenhage (wrakingskamer) 20 april 2009, *ECLI:NL:RBSGR:2009:BL4455*, r.o. 6.5-6.9, r.o. 6.11; Rb. 's-Gravenhage 24 april 2007, *ECLI:NL:RBSGR:2007:BB3218*, r.o. 4.10; Rb. Rotterdam (vzr.) 21 april 2005, *ECLI:NL:RBROT:2005:AU7659*, r.o. 3.6-3.7.

304 Rb. 's-Gravenhage (vzr.) 5 november 2004, r.o. 7, *TvA* 2005, afl. 3, nr. 52, p. 110.

305 Vgl. HR 29 juni 2007, *ECLI:NL:HR:2007:AV7405*, *NJ* 2008/177 (*N/Aegon*), r.o. 3.3.3: '(...) Deze laatste partij zal, (...), ook objectief gezien het vertrouwen in diens onpartijdigheid als arbiter kunnen verliezen'.

306 Rb. Noord-Holland (vzr.) 23 juni 2015, *ECLI:NL:RBNHO:2015:4916*, r.o. 5.6. Vgl. Rb. Limburg (wrakingskamer) 12 december 2013, *ECLI:NL:RBLIM:2013:11395*, r.o. 4; Rb. Zutphen (wrakingskamer) 6 februari 2012, *ECLI:NL:RBZUT:2012:BX3037*, r.o. 5.4; Rb. Utrecht (wrakingskamer) 12 januari 2012, *ECLI:NL:RBUTR:2012:BV0635*, r.o. 4.5. Vgl. Rb. 's-Gravenhage (vzr.) 21 augustus 2006, *TvA* 2007, afl. 3, nr. 43, r.o. 4.1: 'Bij de beoordeling van een beroep op het ontbreken van onpartijdigheid of onafhankelijkheid van een arbiter in de zin van art. 1033 van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering, dient uitgangspunt te zijn dat een arbiter kan worden gewraakt indien er objectief - dat wil zeggen door de feiten en omstandigheden - gerechtvaardigde twijfel bestaat aan zijn onpartijdigheid of onafhankelijkheid. (...)'.
 307 Rb. Utrecht (wrakingskamer) 22 augustus 2012, *ECLI:NL:RBUTR:2012:BX5457*, r.o. 5.3.

308 Rb. Utrecht (vzr.) 7 juni 2006, *TvA* 2007, afl. 3, nr. 42, r.o. 4.1.

309 Snijders 2018, p. 262.

310 Rb. Amsterdam (vzr.) 8 november 2012, *ECLI:NL:RBAMS:2012:BY8266*, r.o. 5.4. Vgl. Rb. Rotterdam (pres.) 8 januari 1993 (niet gepubliceerd), *TvA* 1993, afl. 2, p. 105: '(...) zowel naar objectieve maar zelfs ook naar subjectieve maatstaf kan van de gewraakte persoon niet worden volgehouden dat er geen reden is voor gerechtvaardigde twijfel aan zijn onpartijdigheid en onafhankelijkheid', vgl. P. Sanders, 'Overheidsrechtspraak', *TvA* 1993, afl. 2, p. 106: 'Anders dan de President overweegt (...) was er in casu van arbitrage geen sprake'.

131. Vernietiging van arbitrale uitspraken

De verplichting tot arbitrale onafhankelijkheid en onpartijdigheid kan daarnaast indirect worden afgeleid uit artikel 1065 lid 1 aanhef en sub e Rv: '[v]ernietiging kan slechts plaatsvinden op een of meer van de navolgende gronden: 'het vonnis, of de wijze waarop dit tot stand kwam, is in strijd met de openbare orde'.³¹¹ In april 2009 overwoog de Hoge Raad dat deze vernietigingsgrond 'naar zijn aard met terughoudendheid [moet, PR] worden toegepast'.³¹² Meer in het algemeen overwoog de Hoge Raad onder meer begin december 2020 dat een procedure op grond van artikel 1065 Rv niet mag worden gebruikt als 'een verkapt hoger beroep' en dat '[h]et algemeen belang bij een effectief functionerende arbitrale rechtspleging' meebrengt dat de rechter 'slechts in sprekende gevallen' in arbitrale beslissingen dient in te grijpen.³¹³ Een vordering tot vernietiging van een arbitraal vonnis wegens arbitrale vooringenomenheid wordt ook anders beoordeeld dan een wrakingsverzoek ex artikel 1033 Rv.³¹⁴ Anders gezegd, een 'strengere' maatstaf dient te worden aangelegd bij de beantwoording van de vraag of een arbitraal vonnis vernietigbaar is wegens strijd met de openbare orde dan wanneer het gaat om wraking.³¹⁵ Voor vernietiging van een arbitraal vonnis op voornoemde grond is 'dan alleen' plaats wanneer 'feiten en omstandigheden aan het licht zijn gekomen op grond waarvan moet worden aangenomen dat hetzij een arbiter bij het geven van 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', zo overwoog de Hoge Raad medio februari 1994.³¹⁶

311 Zie bijv. Rb. Haarlem 13 januari 2010, ECLI:NL:RBHAA:2010:BL1528, r.o. 6.5, onder verwijzing naar HR 18 februari 1994, *NJ* 1994/765. Vgl. schending van opdracht ex artikel 1065 lid 1 aanhef en sub c Rv nu de arbiters zich niet aan hun opdracht gehouden hebben door niet onpartijdig en onafhankelijk te oordelen: Hof Amsterdam 19 mei 2020, ECLI:NL:GHAMS:2020:1278, r.o. 4.3, vgl. Conclusie A-G Wesseling-van Gent d.d. 3 september 2021, ECLI:NL:PHR:2021:796, sub 2.6-2.15.

312 HR 24 april 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH3137, *NJ* 2010/171 (*IMS/Modsaf*), r.o. 4.3.1.

313 HR 4 december 2020, ECLI:NL:HR:2020:1952, *NJ* 2022/101 (*Russische Federatie/HVY*), r.o. 3.3.1, zie ook: HR 12 april 2019, ECLI:NL:HR:2019:565, *NJ* 2020/15 (*Republiek Ecuador/Chevron en Texaco*), r.o. 4.3.2; HR 24 april 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH3137, *NJ* 2010/171 (*IMS/Modsaf*), r.o. 4.3.1; HR 9 januari 2004, ECLI:NL:HR:2004:AK8380, *NJ* 2005/190 (*Nannini/SFT Bank*), r.o. 3.5.2; HR 17 januari 2003, ECLI:NL:HR:2003:AE9395, *NJ* 2004/384 (*IMS/Modsaf*), r.o. 3.3.

314 Vgl. Hof Den Haag 28 januari 2014, ECLI:NL:GHDHA:2014:71, r.o. 14: '(...), nu een dergelijke schijn van partijdigheid op zichzelf genomen onvoldoende is voor vernietiging van het arbitrale vonnis op de voet van artikel 1065 lid 1 sub e Rv (...). Vgl. Explanation to General Standard 3 IBA Guidelines 2014, p. 9: '(e) Disclosure or disqualification (as set out in General Standards 2 and 3) should not depend on the particular stage of the arbitration. In order to determine whether the arbitrator should disclose, decline the appointment or refuse to continue to act, the facts and circumstances alone are relevant, not the current stage of the proceedings, or the consequences of the withdrawal. (...)'

315 Zie bijv. Hof Den Haag 18 februari 2020, ECLI:NL:GHDHA:2020:234, r.o. 9.1.5; Hof Arnhem-Leeuwarden 8 oktober 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:8203, r.o. 4.17; Hof Den Haag 6 december 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:4377, r.o. 8.2; Hof Den Haag 28 januari 2014, ECLI:NL:GHDHA:2014:71, r.o. 12. Zie ook bijv. Conclusie A-G De Bock d.d. 23 maart 2018, ECLI:NL:PHR:2018:263, sub 3.26: 'Voor de vernietiging van een arbitraal vonnis in verband met het niet onpartijdig of niet onafhankelijk zijn van een arbiter geldt naar Nederlands recht dus een strengere maatstaf dan voor wraking van de arbiter. (...)'

316 HR 18 februari 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1266, *NJ* 1994/765 (*Nordström c.s./Van Nievelt Goudriaan & Co*), r.o. 3.8. Nordström c.s. dienden vervolgens een klacht tegen Nederland in bij de Europese Commissie voor

Deze tweeledige maatstaf is - ondanks dat hierover in de literatuur verschillend wordt gedacht³¹⁷ - vandaag de dag nog steeds geldend recht.³¹⁸ Ter illustratie kan onder meer worden gewezen op hetgeen het Hof Amsterdam overwoog in mei 2020: '[v]oor vernietiging wegens strijd met de openbare orde in verband met een beroep op het niet onpartijdig of onafhankelijk zijn van een arbiter is alleen dan plaats 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 toenmalig onpartijdig of onafhankelijk zijn in zo ernstige mate twijfel mogelijk is dat het, de overige omstandigheden mede in aanmerking genomen, onaanvaardbaar zou zijn van de partij die in de arbitrage in het ongelijk is gesteld te vergen dat deze zich bij de uitspraak neerlegt'.³¹⁹ In dit verband is sprake van 'enige onderzoeksplicht' voor de partij die een vordering tot vernietiging instelt: een dergelijke vordering kan slechts slagen 'indien de door hem hieraan ten grondslag gelegde feiten en omstandigheden hem gedurende de arbitrale procedure niet bekend waren en het hem tevens niet valt toe te rekenen dat hij daarmee in dat stadium nog niet bekend was', aldus de Rechtbank Rotterdam in september 2007.³²⁰

de Rechten van de Mens. Kort samengevat, werd geklaagd dat het recht op een eerlijke behandeling ex artikel 6 lid 1 EVRM zou zijn geschonden, omdat de nationale rechters een arbitraal vonnis hadden bevestigd dat door drie arbiters was gewezen waarvan er volgens Nordström c.s. één niet onafhankelijk en onpartijdig zou zijn. De Commissie verklaarde de klacht evenwel kennelijk ongegrond en daarmee niet-ontvankelijk (NJ 1997/505). Interessant is hetgeen de Commissie overwoog over de twee (uiteenlopende) maatstaven in Nederland: 'It considers that Article 6 para. 1 of the Convention does not require the Dutch courts to apply a different criterion in determining whether or not to quash an arbitral award. It finds it reasonable that in this respect Dutch law requires strong reasons for quashing an already rendered award, since the quashing will often mean that a long and costly arbitral procedure will become useless and that considerable work and expense must be invested in new proceedings. (...)', zie: ECRM 27 november 1996, NJ 1997/505 (Nordström c.s./Nederland).

317 Zie bijv. Punt 2012; H.J. Sniijders, NJ 1994/765.

318 Zie bijv. Hof Amsterdam 26 maart 2013, ECLI:NL:GHAMS:2013:3429, r.o. 3.9: 'Verder is het hof van oordeel dat de rechtbank bij de beantwoording van de vraag of een arbitraal vonnis in strijd is met openbare orde op de grond dat arbiters niet onpartijdig en onafhankelijk zouden zijn, de juiste maatstaf heeft toegepast zoals die te kennen is uit het arrest van de Hoge Raad van 18 februari 1994, NJ 1994/765. (...). Zie onder verwijzing naar het arrest van de Hoge Raad eveneens bijv. Rb. Noord-Nederland 26 november 2014, ECLI:NL:RBNNE:2014:6076, r.o. 4.5.2; Rb. Den Haag 12 februari 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:1752, r.o. 4.4; Rb. Amsterdam 27 november 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:8644, r.o. 4.5; Rb. Rotterdam 11 mei 2011, ECLI:NL:RBROT:2011:BQ6204, r.o. 4.9; Rb. Arnhem 20 april 2011, ECLI:NL:RBARN:2011:BQ3150, r.o. 4.10; Rb. Haarlem 13 januari 2010, ECLI:NL:RBHAA:2010:BL1528, r.o. 6.5; Rb. Den Haag 25 februari 2009, ECLI:NL:RBSGR:2009:BJ3581, r.o. 4.5; Rb. Utrecht 8 augustus 2007, ECLI:NL:RBUTR:2007:BB1410, r.o. 4.18; Rb. Arnhem 9 november 2005, ECLI:NL:RBARN:2005:AV0525, r.o. 4.8; Rb. Zwolle 20 december 1995 (niet gepubliceerd), r.o. 7.5, TvA 1996, afl. 2, p. 59. Vgl. Conclusie A-G Vlas d.d. 13 november 2020, ECLI:NL:PHR:2020:1082, sub 4.19.

319 Hof Amsterdam 19 mei 2020, ECLI:NL:GHAMS:2020:1278, r.o. 4.14, zie ook: Hof 's-Hertogenbosch 17 mei 2022, ECLI:NL:GHSHE:2022:1550, r.o. 3.12; Conclusie A-G Wesseling-van Gent d.d. 3 september 2021, ECLI:NL:PHR:2021:796, sub 2.40-2.44, vgl. (art. 81 lid 1 RO) HR 4 februari 2022, ECLI:NL:HR:2022:113 (*X en Amstelboats/Gemeente Amsterdam en Stichting Waternet*). Zie daarnaast bijv. Hof Den Haag 28 januari 2014, ECLI:NL:GHDHA:2014:71, r.o. 12; Rb. Amsterdam 1 mei 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:CA3727, r.o. 4.24; Rb. Breda (vzr.) 30 december 2008, ECLI:NL:RBBRE:2008:BG8891, r.o. 3.4; Rb. Rotterdam 26 september 2007, ECLI:NL:RBROT:2007:BB6061, r.o. 5.2. Zie voorts bijv. Hof Amsterdam 1 november 2011, ECLI:NL:GHAMS:2011:BU7752, r.o. 2.16.

320 Rb. Rotterdam 26 september 2007, ECLI:NL:RBROT:2007:BB6061, r.o. 5.4, vgl. r.o. 5.6.

132. Disclosure-verplichting

Uit artikel 1034 Rv kan een doorlopende disclosure-verplichting worden afgeleid. Het eerste lid legt de persoon die als arbiter is aangezocht en die het vermoeden heeft dat hij zou kunnen worden gewraakt de verplichting op daarvan schriftelijk mededeling te doen 'aan degene die hem heeft aangezocht, onder vermelding van de vermoedelijke redenen tot wraking'. Anders gezegd, een (kandidaat-)arbiter dient mededeling te doen van feiten en omstandigheden die tot objectief gerechtvaardigde twijfel aan zijn onafhankelijkheid en/of onpartijdigheid kunnen leiden.³²¹ Op het moment dat al sprake is van een benoeming zal een dergelijke mededeling aan partijen moeten worden gedaan, 'tenzij zij deze mededeling reeds hebben ontvangen', aldus artikel 1034 lid 2 Rv.³²² Deze twee artikelleden bestaan sinds de Arbitragewet 1986.³²³ De mededeling dient in beginsel schriftelijk te geschieden teneinde 'discussie' te voorkomen over de vraag of de mededeling al dan niet is gedaan, aldus de wetgever in de memorie van toelichting bij deze wet.³²⁴ Met de inwerkingtreding van de Arbitragewet 2015 is een derde lid aan artikel 1034 Rv toegevoegd: '[e]n arbiter die hangende het arbitraal geding het vermoeden krijgt dat hij zou kunnen worden gewraakt, doet daarvan onder vermelding van de vermoedelijke redenen tot wraking schriftelijk mededeling aan de partijen en, indien het scheidsgerecht uit meer arbiters bestaat, aan de mede-arbiters'. Het artikellid dient tot uitdrukking te brengen dat de mededelingsplicht ook tijdens een arbitraal geding geldt, daar artikel 1034 lid 1 en lid 2 Rv daarop 'naar de letter van de wet' niet van toepassing zijn, aldus de wetgever in de memorie van toelichting.³²⁵ Begin december 2016 overwoog het Hof Den Haag dat de omstandigheid dat een arbiter feiten niet heeft bekend gemaakt, doch die hij wel behoorde bekend te maken 'op zichzelf niet betekent dat hij als arbiter niet onpartijdig en onafhankelijk is', aangezien 'de niet bekend gemaakte feiten en omstandigheden' hiervoor doorslaggevend zijn.³²⁶

133. Partij-arbiters en andere arbiters

Tot slot wordt ook in Nederland ten aanzien van de verplichting tot arbitrale onafhankelijkheid en onpartijdigheid geen onderscheid gemaakt tussen partij-arbiters en andere arbiters. Ter illustratie kan worden gewezen op hetgeen de President van de Rechtbank Breda overwoog in januari 2000 in het kader van een wrakingsprocedure: 'niet [valt, PR] in te zien waarom in het geval van een zogenaamde partij-

321 Vgl. Marsman 2021, nr. 6.162.

322 Vgl. *Kamerstukken II* 1985/86, 18464, nr. 6, p. 18.

323 *Kamerstukken II* 1983/84, 18464, nr. 3, p. 12: 'Dit artikel behelst de verplichting tot «disclosure» voor de als arbiter aangezochte persoon. Voor ons recht is dit nieuw'. De wetgever verwijst naar de UNCITRAL Arbitration Rules en artikel 1452 lid 2 van de Franse Arbitragewet. Vgl. *Kamerstukken II* 1985/86, 18464, nr. 6, p. 17: 'De bedoeling van artikel 1034 is, wrakingsprocedures zoveel mogelijk te voorkomen'.

324 *Kamerstukken II* 1983/84, 18464, nr. 3, p. 13. Vgl. art. 1072b lid 1 Rv.

325 *Kamerstukken II* 2012/13, 33611, nr. 3, p. 14. De wetgever wijst erop dat het nieuwe artikellid wat 'de inhoud en strekking' betreft, 'correspondeert' met artikel 11 NAI Arbitragereglement 2010, artikel 12 lid 1 UNCITRAL Model Law 1985 en artikel 7 lid 3 ICC Arbitration Rules 1998. Vgl. Sanders 1996, p. 125.

326 Hof Den Haag 6 december 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:4377, r.o. 8.3. Vgl. Rb. Noord-Nederland 26 november 2014, ECLI:NL:RBNNE:2014:6076, r.o. 4.5.3.1.

arbitrage - waar in deze situatie sprake van is - deze wettelijke regeling niet zou gelden en minder zware eisen aan onpartijdigheid en onafhankelijkheid mogen worden gesteld'.³²⁷ In het kader van een exequaturprocedure had het Hof Amsterdam reeds in maart 1998 overwogen: '[o]k een door een partij benoemde arbiter dient immers zijn taak in onafhankelijkheid en onpartijdigheid te vervullen en kan niet worden beschouwd als de vertegenwoordiger van de partij die hem heeft benoemd'.³²⁸

4.4.4 Zwitserland

134. Een constitutionele verplichting tot arbitrale onafhankelijkheid en onpartijdigheid

Evenals de Code de procédure civile en het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering heeft ook het Zwitserse LDIP geen afzonderlijke bepaling waarin een verplichting staat opgenomen dat arbiters onafhankelijk en/of onpartijdig dienen te zijn. Niettemin heeft ingevolge artikel 30 lid 1 van de Constitution fédérale '[t]oute personne (...) droit à ce que sa cause soit portée devant un tribunal établi par la loi, compétent, indépendant et impartial'.³²⁹ In verschillende uitspraken van het Tribunal fédéral komt naar voren dat deze constitutionele verplichting tot onafhankelijkheid en onpartijdigheid niet alleen voor overheidsrechters geldt, maar ook voor arbiters. Ter illustratie kan onder meer worden gewezen op hetgeen het Tribunal fédéral overwoog in april 1991: '[d]ie sich aus Art. 58 BV [thans: art. 30, PR] und Art. 6 EMRK ergebenden Garantien beziehen sich nicht bloss auf staatliche Gerichte, sondern auch auf private Schiedsgerichte, deren Entscheide denjenigen der staatlichen Rechtspflege hinsichtlich Rechtskraft und Vollstreckbarkeit gleichstehen und die deshalb dieselbe Gewähr für eine unabhängige Rechtsprechung bieten müssen'.³³⁰ In maart 1993 overwoog het Tribunal fédéral: 'une véritable sentence, assimilable au jugement d'un tribunal étatique, suppose que le tribunal arbitral qui la rend offre des garanties suffisantes d'impartialité et d'indépendance, telles qu'elles découlent de l'art. 58 Cst.'.³³¹ In onderhavig verband is veelvuldig van de volgende rechtsoverweging gebruik gemaakt: '[u]n arbitre doit, à l'instar d'un juge étatique, présenter des garanties suffisantes d'indépendance et d'impartialité. (...) Pour dire si un arbitre présente de telles garanties, *il faut se référer aux principes constitutionnels développés au sujet des tribunaux étatiques, (...)*' (curs. PR).³³² Illustratief is ook het-

327 Rb. Breda (pres.) 21 januari 2000, r.o. 3.2, NJ Kort 2000, afl. 6, nr. 25, TvA 2000, afl. 4, p. 169. Vgl. de annotatie van W.D.H. Asser, TvA 2000, afl. 4, p. 169.

328 Hof Amsterdam 26 maart 1998, TvA 1998, afl. 3, p. 130.

329 Voluit: Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (RO 1999 2556).

330 Tribunal fédéral 30 april 1991, 117 Ia 166, r.o. 5.a), zie ook bijv. Tribunal fédéral 17 februari 2000, nr. 4P.168/1999, r.o. 2.a); Tribunal fédéral 15 maart 1993, 119 II 271, r.o. 3.b).

331 Tribunal fédéral 15 maart 1993, 119 II 271, r.o. 3.b), onder verwijzing naar jurisprudentie. Vgl. Tribunal fédéral 29 mei 2013, nr. 4A_620/2012, r.o. 3.1: '[e]in Schiedsrichter muss wie ein staatlicher Richter hinreichende Garantien für Unabhängigkeit und Unparteilichkeit aufweisen', onder verwijzing naar jurisprudentie.

332 Tribunal fédéral 22 december 2020, nr. 4A_318/2020, r.o. 7.1; Tribunal fédéral 16 februari 2017, nr. 4A_704/2015, r.o. 3.1; Tribunal fédéral 7 september 2016, nr. 4A_386/2015, r.o. 3.1.1; Tribunal fédéral 14 januari 2015, nr. 4A_598/2014, r.o. 2.2.1; Tribunal fédéral 9 oktober 2012, nr. 4A_110/2012, r.o. 2.1.1; Tribunal fédéral 29 oktober 2010, nr. 4A_234/2010, r.o. 3.2.1; Tribunal fédéral 28 juli 2010, nr. 4A_233/2010, r.o. 3.2.2; Tribunal fédéral 10 juni 2010, nr. 4A_458/2009, r.o. 3.1; Tribunal fédéral 12

geen het Tribunal fédéral overwoog in februari 1998: '[e]n conséquence, les principes que le Tribunal fédéral a développés à partir de l'art. 58 al. 1 Cst sur des demandes de récusation concernant des juges publics s'appliquent également aux membres des tribunaux arbitraux'.³³³ Interessant is dat in (met name) oudere uitspraken van het Tribunal fédéral in onderhavig verband ook naar artikel 6 lid 1 EVRM wordt verwezen.³³⁴

135. Wraking

Daarnaast kan een verplichting tot arbitrale onafhankelijkheid en onpartijdigheid indirect worden afgeleid uit een aantal bepalingen van de LDIP. Op grond van artikel 180 lid 1 aanhef en sub c LDIP is het mogelijk om een arbiter te wraken 'lorsque les circonstances permettent de douter légitimement de son indépendance ou de son impartialité'.³³⁵ Tot 1 januari 2021 luidde de bepaling: '[u]n arbitre peut être récusé: (...) c. lorsque les circonstances permettent de douter légitimement de son indépendance'.³³⁶ In deze versie werd het begrip 'onpartijdigheid' niet genoemd. Begin oktober 1986 stelde de Conseil national voor om de volgende wrakingsgrond toe te voegen: '[u]n arbitre peut être récusé, (...) c. lorsque, en vertu des circonstances, existent des doutes légitimes sur son impartialité ou son indépendance'.³³⁷ In een Besluit van 2 juni 1987 stelde de Conseil des Etats voor om deze grond te verwijderen aangezien 'il y a toujours une certaine relation entre un juge-arbitre et la partie qui l'a nommé'.³³⁸ De Conseil des Etats deed het (tegen)voorstel om de grond te behouden 'avec la suppression du mot «indépendant» pour tenir compte de l'objection soulevée par le Conseil des Etats'.³³⁹ Dit voorstel werd aangenomen en werd (uiteindelijk) tot wet.³⁴⁰ Interessant is hetgeen het

juni 2009, nr. 4A_586/2008, r.o. 3.1.1; Tribunal fédéral 29 oktober 2008, nr. 4A_210/2008, r.o. 4.2; Tribunal fédéral 20 maart 2008, nr. 4A_506/2007, r.o. 3.1.1; Tribunal fédéral 26 september 2007, nr. 4P.4/2007, r.o. 3.1; Tribunal fédéral 15 oktober 2001, nr. 4P.188/2001, r.o. 2.b). Vgl. Tribunal fédéral 22 december 2020, nr. 4A_318/2020, r.o. 7.2: 'La garantie d'un tribunal indépendant et impartial découlait de l'art. 30 al. 1 Cst. permet d'exiger la récusation d'un juge dont la situation ou le comportement est de nature à susciter des doutes quant à son impartialité. (...)'.
 333 Tribunal fédéral 9 februari 1998, r.o. 3.a), *ASA Bulletin* 1998, afl. 3, p. 645. Vgl. Tribunal fédéral 18 augustus 1992, 118 II 359, r.o. 3.c); Tribunal fédéral 26 oktober 1966, 92 I 271, r.o. 4.
 334 Tribunal fédéral 30 juni 1994, r.o. 4.a), *ASA Bulletin* 1997, afl. 1, p. 104: 'Die sich aus Art. 58 BV und Art. 6 Ziff. 1 EMRK ergebenden Garantien betreffen nicht nur staatliche Gerichte, sondern auch private Schiedsgerichte, (...)'; Tribunal fédéral 9 februari 1998, r.o. 3.aa), *ASA Bulletin* 1998, afl. 3, p. 648: '(...) Appliquant les art. 58 Cst et 6 part 1 CEDH en matière de juridiction arbitrale privée, le Tribunal fédéral doit tenir compte (...)'.
 335 Vgl. art. 180 lid 1 LDIP: 'Un arbitre peut être récusé: a. lorsqu'il ne répond pas aux qualifications convenues par les parties; b. lorsqu'existe un motif de récusation prévu par le règlement d'arbitrage adopté par les parties, ou (...)'.
 336 Het is mij niet duidelijk wanneer dit artikel in het wetsvoorstel is ingevoegd. In ieder geval stond een wrakingsbepaling nog niet opgenomen in het Message concernant une loi fédérale sur le droit international privé (loi de DIP) du 10 novembre 1982 (vindplaats: via www.amtsdruckschriften.bar.admin.ch), maar wel in de definitieve tekst van de Loi fédérale sur le droit international privé (LDIP) du 18 décembre 1987.
 337 Conseil national, 6 oktober 1986, *Amtliches Bulletin der Bundesversammlung* 1986, nr. 20 014 657, p. 1366 (vindplaats: www.amtsdruckschriften.bar.admin.ch/viewOrigDoc/20014657.pdf?id=20014657, zie art. 171c LDIP).
 338 Décision du Conseil des Etats du 2 juin 1987, 21 septembre 1987, *Amtliches Bulletin der Bundesversammlung*, nr. 20 015 689, 1987, p. 1071 (vindplaats: www.amtsdruckschriften.bar.admin.ch/viewOrigDoc/20015689.pdf?ID=20015689).
 339 Décision du Conseil des Etats du 2 juin 1987, 21 septembre 1987, p. 1071.
 340 Loi fédérale sur le droit international privé (LDIP) du 18 décembre 1987 (RO 1988 1776).

Tribunal fédéral reeds overwoog in februari 1998: '[e]n renonçant à mentionner à l'art. 180 al. 1 let. c LDIP la notion d'impartialité, le législateur n'a pas voulu soumettre tous les membres du tribunal arbitral aux mêmes exigences que les magistrats de l'ordre judiciaire' (curs. PR).³⁴¹ Interessant is ook hetgeen het gerecht in oktober 2010 overwoog: in het kader van de beoordeling van de vraag of een scheidsgerecht voldoende waarborgen ten aanzien van onafhankelijkheid en onpartijdigheid biedt, wordt naar de 'principes constitutionnels développés au sujet des tribunaux étatiques' gekeken, '[c]e faisant, elle ne fait pas de distinction stricte entre les notions d'indépendance et d'impartialité' (curs. PR).³⁴² Zoals in de hierboven geciteerde rechtsoverweging naar voren kwam, werd ook voor de gewijzigde wrakingsgrond aangenomen dat arbiters onpartijdig dienden te zijn. Veelzeggend is ook hetgeen de Zwitserse wetgever in het (begeleidende) Message concernant la modification de la loi fédérale sur le droit international privé van oktober 2018 naar voren bracht: '[c]ela est déjà sous-entendu en droit actuel'.³⁴³ Voorts werd gewezen op artikel 367 lid 1 CPC (het wrakingsartikel inzake nationale arbitrages) waarin de term onpartijdigheid al werd genoemd.³⁴⁴ Het gewijzigde artikel 180 LDIP is in werking getreden op 1 januari 2021.³⁴⁵

136. Maatstaf om te beoordelen of sprake is van arbitrale (on)afhankelijkheid en (on)partijdigheid

Voor een geslaagd beroep op artikel 180 lid 1 aanhef en sub c LDIP dient sprake te zijn van 'les circonstances [qui, PR] permettent de douter légitimement de son indépendance ou de son impartialité'. Vrij vertaald: sprake dient te zijn van legitieme twijfels aan de onafhankelijkheid en onpartijdigheid van de gewraakte arbiter. De maatstaf is door het Tribunal fédéral objectief uitgelegd.³⁴⁶ Ter illustratie kan onder meer worden gewezen op hetgeen het gerecht in februari 1998 overwoog: '[c]es doutes doivent se fonder sur l'existence de faits objectifs qui sont de nature, pour un observateur raisonnable, à éveiller des soupçons quant à l'indépendance de l'arbitre',³⁴⁷ en: '[l]'élément déterminant consiste à savoir si les appréhensions

341 Tribunal fédéral 9 februari 1998, r.o. 3.a), *ASA Bulletin* 1998, afl. 3, p. 644. Vgl. Tribunal fédéral 30 juni 1994, r.o. 4, *ASA Bulletin* 1997, afl. 1, p. 104: '(...) dass nach dem Willen des Gesetzgebers an die Integrität der von den Parteien ernannten Schiedsrichter nicht der gleich strenge Massstab anzulegen ist wie an jene des Vorsitzenden des Schiedsgerichts (...)'. Vgl. Tschanz 2000, p. 529.

342 Tribunal fédéral 29 oktober 2010, nr. 4A_234/2010, r.o. 3.3.1.

343 Message concernant la modification de la loi fédérale sur le droit international privé (Chapitre 12: Arbitrage international) du 24 octobre 2018, p. 7183 (vindplaats: www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2018/2548/fr).

344 Message du 24 octobre 2018, p. 7183: 'L'art. 367, al. 1, lev. c, CPC le formule d'ailleurs déjà explicitement'. Voor nationale arbitrages werd, evenals het geval was in de Nederlandse Arbitragewet van vóór 1986, in artikel 18 lid 1 Concordat intercantonal sur l'arbitrage verwezen naar de wrakingsgronden voor overheidsrechtshouders die in de 'loi fédérale d'organisation judiciaire du 16 décembre 1943' stonden opgenomen (zie voor de tekst van het Concordat intercantonal sur l'arbitrage: www.cvci.ch/fileadmin/CVCI/Juridique/Mediation/Concordat_sur_l_arbitrage.pdf).

345 RO 2020 4179, zie ook: www.fedlex.admin.ch/eli/oc/2020/767/fr.

346 Vgl. Tribunal fédéral 15 oktober 2001, nr. 4P.188/2001, r.o. 2.d): '(...) on ne voit pas d'élément concret qui permette sérieusement de penser qu'il ne fera pas preuve du recul et de l'indépendance d'esprit requis (...)'. Vgl. (art. 18 Concordat) Tribunal fédéral 16 september 1988, r.o. 2.a), *Revue de l'Arbitrage* 1989, afl. 3, p. 507.

347 Tribunal fédéral 9 februari 1998, r.o. 3.a), *ASA Bulletin* 1998, afl. 3, p. 644. Zie ook bijv. Tribunal fédéral 17 februari 2000, nr. 4P.168/1999, r.o. 2.a); Tribunal fédéral 18 augustus 1992, 118 II 359, r.o. 3.b).

de la partie qui demande la récusation sont objectivement justifiées'.³⁴⁸ Het gerecht onderstreepte dat 'les réactions purement subjectives d'une partie ne sauraient être prises en compte'.³⁴⁹ Vrij vertaald: de subjectieve mening van partijen wordt niet in beschouwing genomen. In augustus 1992 had het gerecht al overwogen: '[d]anach muss sich ein ernsthafter Zweifel an der Unabhängigkeit des Schiedsrichters auf konkrete Tatsachen stützen, die objektiv und vernünftigerweise geeignet sind, Misstrauen gegen die schiedsrichterliche Unabhängigkeit zu erwecken'.³⁵⁰ In oktober 2010 overwoog het Tribunal fédéral: '[s]eules les circonstances constatées *objectivement* doivent être prises en considération; les impressions purement individuelles d'une des parties au procès ne sont pas décisives' (curs. PR).³⁵¹ Evenals in Nederland kan onder omstandigheden een schijn van arbitrale vooringenomenheid volstaan: '[e]s genügt, wenn Umstände vorliegen, welche den Anschein der Befangenheit erwecken können. Bei der Beurteilung und Gewichtung solcher Umstände ist jedoch nicht auf das subjektive Empfinden einer Prozesspartei abzustellen; das Misstrauen hinsichtlich der Unvoreingenommenheit muss vielmehr objektiv begründet erscheinen', aldus het Tribunal fédéral in februari 2000.³⁵²

137. Vernietiging van arbitrale uitspraken

Evenals in Engeland, Frankrijk en Nederland kan de verplichting tot arbitrale onafhankelijkheid en onpartijdigheid in Zwitserland een rol spelen in het kader van de vernietiging van een arbitraal vonnis.³⁵³ Een vordering tot vernietiging van een internationaal arbitraal vonnis kan worden gegrond op artikel 190 lid 2 aanhef en sub a LDIP: '[e]lle ne peut être attaquée que: a. lorsque l'arbitre unique a été irrégulièrement désigné ou le tribunal arbitral irrégulièrement composé'.³⁵⁴ In dit verband kan worden gewezen op hetgeen het Tribunal fédéral onder meer in mei 2003 overwoog: '[l]orsqu'un tribunal arbitral présente un défaut d'indépendance ou d'impartialité, il s'agit d'un cas de composition irrégulière au sens de l'art. 190 al. 2 let. a LDIP'.³⁵⁵ In november 2017 overwoog het gerecht: '[f]ehl es einem Schiedsgericht an Unabhängigkeit oder Unparteilichkeit, ist es als vorschriftswidrig zusammengesetzt bzw. der betrof-

348 Tribunal fédéral 9 februari 1998, r.o. 3.b), *ASA Bulletin* 1998, afl. 3, p. 646. In gelijke bewoordingen: Tribunal fédéral 7 januari 2004, nr. 4P.196/2003, r.o. 3.1; Tribunal fédéral 10 juni 2003, nr. 4P.263/2002, r.o. 5.2.

349 Tribunal fédéral 9 februari 1998, r.o. 3.a), *ASA Bulletin* 1998, afl. 3, p. 644. In vergelijkbare bewoordingen: Tribunal fédéral 27 mei 2003, nrs. 4P.267/2002, 4P.268/2002, 4P.269/2002 & 4P.270/2002, r.o. 4.2.2.2.

350 Tribunal fédéral 18 augustus 1992, 118 II 359, r.o. 3.c), onder verwijzing naar (overheids)rechtspraak. Zie ook bijv. Akikol 2021, p. 60.

351 Tribunal fédéral 29 oktober 2010, nr. 4A_234/2010, r.o. 3.2.1. In gelijke bewoordingen: Tribunal fédéral 28 juli 2010, nr. 4A_233/2010, r.o. 3.2.2; Tribunal fédéral 27 mei 2003, nrs. 4P.267/2002, 4P.268/2002, 4P.269/2002 & 4P.270/2002, r.o. 3.3.3.

352 Tribunal fédéral 17 februari 2000, nr. 4P.168/1999, r.o. 2.a). Vgl. Tribunal fédéral 29 oktober 2010, nr. 4A_234/2010, r.o. 3.2.1.

353 Zie ook: Leemann 2011, p. 10-32.

354 Vgl. Müller & Pearson 2019, p. 337; Leemann 2011, p. 31-32: '(...), awards are in fact extremely rarely set aside in accordance with article 190 para. 2 letter a SPILA (98)'. Vgl. (nationale arbitrage) art. 393 aanhef en sub a CPC.

355 Tribunal fédéral 27 mei 2003, nrs. 4P.267/2002, 4P.268/2002, 4P.269/2002 & 4P.270/2002, r.o. 3.1. In gelijke bewoordingen: Tribunal fédéral 28 augustus 2007, nr. 4A_160/2007, r.o. 5.2; Tribunal fédéral 15 oktober 2001, nr. 4P.188/2001, r.o. 2.b). Vgl. Tribunal fédéral 13 februari 2012, nr. 4A_428/2011, r.o. 2.1. Vgl. Tribunal fédéral 18 augustus 1992, 118 II 359, r.o. 3.b).

fene Einzelschiedsrichter als vorschriftswidrig ernannt im Sinne von Art. 190 Abs. 2 lit. a IPRG zu betrachten'.³⁵⁶ Het Tribunal fédéral overwoog in december 2020: een arbiter 'doit, (...), présenter des garanties suffisantes d'indépendance et d'impartialité', en '[l]e non-respect de cette règle conduit à une désignation irrégulière relevant de l'art. 190 al. 2 let. a LDIP en matière d'arbitrage international'.³⁵⁷ Het is niet duidelijk of een vordering tot vernietiging ook zou kunnen slagen op grond van artikel 190 lid 2 aanhef en sub e LDIP ('Elle ne peut être attaquée que: (...) lorsque la sentence est incompatible avec l'ordre public') gelet op de terughoudendheid die het Tribunal fédéral (heeft) betracht om tot vernietiging wegens strijd met 'l'ordre public procédural' over te gaan.³⁵⁸

138. Disclosure-verplichting

Tot 1 januari 2021 stond in de LDIP geen disclosure-verplichting opgenomen. Niettemin kon een dergelijke verplichting indirect uit de rechtspraak van het Tribunal fédéral worden afgeleid. Illustratief is hetgeen het gerecht overwoog in maart 1985: niet alleen 'les futures parties contractantes ont le devoir de se renseigner réciproquement sur des faits susceptibles d'influer de manière importante sur la détermination de l'autre partie à conclure lorsqu'il y a des raisons de penser que celle-ci les ignore (...)', ook '[l]'arbitre n'échappe pas à cette règle'.³⁵⁹ Vrij vertaald: ook arbiters dienen voorafgaande aan de arbitrage na te gaan in hoeverre sprake is van omstandigheden die aanleiding kunnen geven tot (gerechtvaardigde) twijfels aan de arbitrale onafhankelijkheid. Het niet-mededelen van dergelijke omstandigheden leidt echter niet automatisch tot wraking van de arbiter of vernietiging van het arbitraal vonnis: '[l]a question n'est pas de savoir si l'on peut reprocher à l'arbitre de ne pas avoir fourni plus de renseignements, mais si les faits qu'il n'a pas révélés sont de nature à fonder une apparence de partialité ou de dépendance (...)', aldus het Tribunal fédéral in oktober 2001.³⁶⁰ In oktober 2012 overwoog het Tribunal fédéral, onder verwijzing naar het arrest van maart 1985: '[s]emblable devoir n'existe, d'ailleurs, qu'à l'égard des faits dont l'arbitre a des raisons de penser qu'ils ne sont pas connus de la partie qui pourrait s'en prévaloir'.³⁶¹

In het kader van de wijziging van de LDIP werd voorgesteld om artikel 179 LDIP aan te vullen met een nieuw (zesde) artikellid. In het begeleidende 'Message' werd aan-

356 Tribunal fédéral 24 november 2017, nr. 4A_236/2017, r.o. 3.1.1. In gelijke bewoordingen: Tribunal fédéral 17 oktober 2018, nr. 4A_284/2018, r.o. 6.1.2; Tribunal fédéral 23 september 2008, nr. 4A_176/2008, r.o. 3.3.

357 Tribunal fédéral 22 december 2020, nr. 4A_318/2020, r.o. 7.1. In gelijke bewoordingen: Tribunal fédéral 4 juli 2018, nr. 4A_505/2017, r.o. 4.2.1; Tribunal fédéral 7 september 2016, nr. 4A_386/2015, r.o. 3.1.1; Tribunal fédéral 14 januari 2015, nr. 4A_598/2014, r.o. 2.2.1; Tribunal fédéral 9 oktober 2012, nr. 4A_110/2012, r.o. 2.1.1; Tribunal fédéral 29 oktober 2010, nr. 4A_234/2010, r.o. 3.2.1. Vgl. Tribunal fédéral 7 januari 2004, nr. 4P.196/2003, r.o. 3.1.

358 Zie voor een (zeldzaam) geslaagd beroep op deze vernietigingsgrond: Tribunal fédéral 27 maart 2012, nr. 4A_558/2011, r.o. 4.3.5. Vgl. Arroyo 2018, nr. 233: '(...) It must be reiterated that to date no award issued in an international commercial arbitration has been set aside on a public policy violation. (669)'; Geisinger & Mazuranic 2013, p. 254-256; Berti 2000, p. 584.

359 Tribunal fédéral 14 maart 1985, 111 la 72, r.o. 2.c).

360 Tribunal fédéral 15 oktober 2001, nr. 4P.188/2001, r.o. 2.f).

361 Tribunal fédéral 9 oktober 2012, nr. 4A_110/2012, r.o. 2.2.2.

gegeven dat het artikel hiermee zou aansluiten bij artikel 363 CPC.³⁶² Daarnaast werd opgemerkt dat een verplichting in dit verband 'découle déjà de l'obligation d'indépendance et d'impartialité des arbitres et a été largement approuvée lors de la consultation'.³⁶³ Met ingang van 1 januari 2021 luidt de disclosure-verplichting: '[t]oute personne à laquelle est proposé un mandat d'arbitre doit révéler sans retard l'existence des faits qui pourraient éveiller des doutes légitimes sur son indépendance ou son impartialité. Cette obligation perdure jusqu'à la clôture de la procédure arbitrale' (art. 179 lid 6 LDIP). Ook is thans sprake van een wettelijke onderzoeksplicht voor partijen: '[u]ne partie ne peut récuser un arbitre qu'elle a nommé ou qu'elle a contribué à nommer que pour un motif dont, bien qu'ayant fait preuve de la diligence requise, elle n'a pas eu connaissance avant cette nomination' (art. 180 lid 2 LDIP).³⁶⁴

139. Partij-arbiters en andere arbiters

Zoals eerder naar voren kwam (nr. 52) heeft een eenduidig antwoord op de vraag of partij-arbiters in Zwitserland dezelfde verplichting tot onafhankelijkheid en onpartijdigheid wordt opgelegd als niet-partij-arbiters relatief lang op zich laten wachten.³⁶⁵ In november 1979 wees het Tribunal fédéral enig onderscheid resoluut van de hand: '[u]nparteilichkeit ist nicht nur vom Schiedsgericht als Ganzem und damit vom Obmann, sondern von jedem einzelnen Schiedsrichter zu verlangen', aldus het gerecht.³⁶⁶ In de jaren die hierop volgden, was het Tribunal fédéral minder uitgesproken. Zo liet het gerecht de vraag in augustus 1992 nadrukkelijk onbeantwoord: '[i]n diesem Zusammenhang wird, insbesondere gestützt auf die Gesetzesmaterialien, mitunter geltend gemacht, die Unabhängigkeit oder Unparteilichkeit von parteibenannten Schiedsrichtern sei nicht mit der gleichen Strenge zu beurteilen wie diejenige des durch einen Dritten oder den Richter ernannten Schiedsrichters (...). Wie die Beschwerdeführerin selbst ausführt, ist vorliegend indes *nicht weiter auf diese Frage einzugehen*, da sie sich in bezug auf den Obmann des Schiedsgerichts, um dessen Unbefangenheit es der Beschwerdeführerin vorwiegend geht, ohnehin nicht stellt' (curs. PR).³⁶⁷ Onder verwijzing naar dit arrest weigerde het gerecht in oktober 2001 en mei 2003 opnieuw

362 Message concernant la modification de la loi fédérale sur le droit international privé (Chapitre 12: Arbitrage international) du 24 octobre 2018, p. 7183.

363 Message du 24 octobre 2018, p. 7183.

364 Message du 24 octobre 2018, p. 7183: 'L'al. 2 transpose dans la loi la jurisprudence selon laquelle le critère déterminant n'est pas la connaissance subjective d'une partie, mais la connaissance qu'elle aurait pu avoir en faisant preuve de l'attention requise. (...)'. Vgl. Tribunal fédéral 28 juli 2010, nr. 4A_233/2010, r.o. 3.2.2: '(...) La partie qui entend récuser un arbitre doit invoquer le motif de récusation aussitôt qu'elle en a connaissance. Cette règle jurisprudentielle vise aussi bien les motifs de récusation que la partie intéressée connaissait effectivement que ceux qu'elle aurait pu connaître en faisant preuve de l'attention voulue, étant précisé que choisir de rester dans l'ignorance peut être regardé, suivant les cas, comme une manœuvre abusive comparable au fait de différer l'annonce d'une demande de récusation. La règle en question constitue une application, au domaine de la procédure arbitrale, du principe de la bonne foi. (...)'; Tribunal fédéral 20 maart 2008, nr. 4A_506/2007, r.o. 3.2; Tribunal fédéral 27 mei 2003, nrs. 4P.267/2002, 4P.268/2002, 4P.269/2002 & 4P.270/2002, r.o. 4.2.2.1.

365 Zie voor een overzicht van de doctrine 'divisée sur le problème controversé': Tribunal fédéral 29 oktober 2010, nr. 4A_234/2010, r.o. 3.3.1.

366 Tribunal fédéral 14 november 1979, 105 Ia 247. Vgl. Tribunal fédéral 17 november 1987, 113 Ia 407, r.o. 2.a).

367 Tribunal fédéral 18 augustus 1992, 118 II 359, r.o. 3.c).

om op de vraag in te gaan.³⁶⁸ Daarentegen had het Tribunal fédéral in februari 1998 ten aanzien van artikel 180 lid 1 sub c LDIP juist overwogen: '[l]'abandon du critère de l'impartialité atténué l'assimilation que faisait la jurisprudence entre les statuts d'arbitre de partie et de président du tribunal arbitral ou juge arbitral unique', hetgeen zou kunnen suggereren dat het gerecht toch van een onderscheid tussen partij-arbiters en de voorzitter of unus-arbiter uitging.³⁶⁹ Een arrest uit oktober 2010 zorgde voor opheldering. Onder verwijzing naar eerdere arresten overwoog het Tribunal fédéral dat deze jurisprudentie 'ne fait plus de différence entre la situation d'un membre du tribunal arbitral et celle du président du tribunal arbitral (...), rejetant implicitement l'idée d'une telle distinction'.³⁷⁰ Het gerecht vervolgde met de volgende, niet mis te verstane, bewoordingen: '[f]orce est, dès lors, d'admettre que l'indépendance et l'impartialité requises des membres d'un tribunal arbitral s'imposent aussi bien aux arbitres désignés par les parties qu'au président du tribunal arbitral'.³⁷¹ Evenals in Engeland, Frankrijk en Nederland wordt ten aanzien van de verplichting tot arbitrale onafhankelijkheid en onpartijdigheid tussen arbiters dus geen onderscheid (meer) gemaakt.

4.5 Regelgeving op institutioneel niveau

140. Opbouw

Ook in de reglementen van veel arbitrage-instituten staat opgenomen dat arbiters onafhankelijk en/of onpartijdig dienen te zijn dan wel zijn voorzieningen getroffen voor het geval dat arbiters niet onafhankelijk en/of onpartijdig zijn.³⁷² In deze paragraaf wordt besproken op welke wijze de verplichting tot arbitrale onafhankelijkheid en/of onpartijdigheid naar voren komt in de reglementen van het LCIA (par. 4.5.1), de ICC (par. 4.5.2), het NAI (par. 4.5.3), en het SAC (par. 4.5.4).

4.5.1 LCIA

141. Een algemene verplichting tot arbitrale onafhankelijkheid en onpartijdigheid

In artikel 5.3 van de LCIA Rules 2020 komt als algemeen uitgangspunt naar voren: '[a]ll arbitrators shall be and remain at all times impartial and independent of the

368 Tribunal fédéral 15 oktober 2001, nr. 4P.188/2001, r.o. 2.b); Tribunal fédéral 27 mei 2003, nrs. 4P.267/2002, 4P.268/2002, 4P.269/2002 & 4P.270/2002, r.o. 3.3.3.

369 Tribunal fédéral 9 februari 1998, r.o. 3.a), *ASA Bulletin* 1998, afl. 3, p. 644-645. Vgl. Tribunal fédéral 30 juni 1994, r.o. 4, *ASA Bulletin* 1997, afl. 1, p. 104: '(...) Anzumerken ist in diesem Zusammenhang, dass im IPRG auf das weitere Erfordernis der Unparteilichkeit der - von den Parteien ernannten - Schiedsrichter verzichtet worden ist. (...)'

370 Tribunal fédéral 29 oktober 2010, nr. 4A_234/2010, r.o. 3.3.1. Interessant is ook de volgende overweging van het Tribunal fédéral: 'L'absence de mention de la notion d'impartialité à l'art. 180 al. 1 lev. c LDIP, (...), n'apparaît pas déterminante pour résoudre la question litigieuse' (id. r.o. 3.3.1). Zie ook bijv. Akikol 2021, p. 59-60.

371 Tribunal fédéral 29 oktober 2010, nr. 4A_234/2010, r.o. 3.3.1. Vgl. id. r.o. 3.3.1: '(...) L'idée que l'arbitre puisse n'être que l'avocat de "sa" partie au sein du tribunal arbitral doit être résolument écartée sous peine de mettre en péril l'institution de l'arbitrage comme telle. (...)'

372 Born 2021a, p. 1961.

parties'. Dit uitgangspunt stemt overeen met hetgeen in eerdere versies naar voren kwam (Arbitration Rules 2014 en 1998).³⁷³ Artikel 5.3 van de LCIA Rules 2020 vervolgt met een nadere inkleuring van de verplichting: 'none shall act in the arbitration as advocate for or authorised representative of any party. No arbitrator shall give advice to any party on the parties' dispute or the conduct or outcome of the arbitration'.³⁷⁴

Interessant is daarnaast de bevoegdheid van het LCIA Court om een arbiter ex artikel 10.1 LCIA Rules 'unfit' te verklaren om zitting in het scheidsgerecht te nemen onder meer indien een arbiter 'does not act fairly or impartially as between the parties' (art. 10.2). Opvallend is dat het begrip 'fairly' ten tonele verschijnt en het begrip 'onafhankelijkheid' ontbreekt.³⁷⁵ De term 'fairly' komt ook naar voren als algemene verplichting die tijdens de arbitrage op het gehele scheidsgerecht rust: in de LCIA Rules 2020 wordt gesproken over 'general duties'. Als eerste algemene verplichting komt naar voren: 'a duty to act fairly and impartially as between all parties, giving each a reasonable opportunity of putting its case and dealing with that of its opponent(s); (...)' (art. 14.1, vgl. art. 22 lid 4 ICC Rules 2021). Ook in deze opsomming ontbreekt het begrip 'onafhankelijkheid'.³⁷⁶ Het LCIA Court houdt voorts de vinger aan de pols op het moment dat partijen overeenkomen dat niet het LCIA Court tot benoeming bevoegd is, maar zichzelf of 'any third person': het Court 'shall refuse to appoint any nominee if it determines that the nominee is not so compliant or is otherwise unsuitable' (art. 7.1).³⁷⁷

Ook in de LCIA 'Notes for Arbitrators' 2017 is een aparte paragraaf aan de (verplichting tot) arbitrale onafhankelijkheid en onpartijdigheid gewijd.³⁷⁸ Interessant is dat de paragraaf met het oog op de verwachtingen van partijen is geformuleerd. In de paragraaf komt onder meer naar voren: '[p]arties to arbitrations *are entitled to expect* of the process a just, well-reasoned and enforceable award. To that end, they are entitled to expect arbitrators: to disclose possible conflicts of interest at the outset; to avoid putting themselves in a position where conflicts will arise during the course of the proceedings; to conduct the arbitration fairly, in a timely manner and with careful regard to due process; to maintain the confidentiality of the arbitration; and to reach their decision in an impartial manner' (curs. PR).³⁷⁹

³⁷³ Art. 5.3 LCIA Rules 2014; art. 5.2 LCIA Rules 1998.

³⁷⁴ Deze bepaling is ten opzichte van de relevante bepaling van de LCIA Rules 2014 iets gewijzigd: zo is het woord 'authorised' toegevoegd en wordt nu gesproken over 'shall give advice' in plaats van over 'shall advise'. Twee nieuwe bepalingen zien op een verplichting tot onafhankelijkheid en onpartijdigheid voor de secretaris: art. 14.9 en art. 14.14 LCIA Rules 2020, vgl. LCIA, Notes for Arbitrators, 26 oktober 2017, par. 74 sub d en par. 78.

³⁷⁵ Vgl. Gerbay 2021, nr. 9: '(...), the requirement to act fairly as between the parties is, (...), offered as a *separate* ground from that of lack of independence or impartiality. The two notions are nonetheless overlapping'.

³⁷⁶ Hoewel het zonder toelichting en aanwezigheid van documenten inzake de totstandkomingsgeschiedenis van de LCIA Arbitration Rules lastig is om te achterhalen wat de gedachte achter het weglaten van de term 'onafhankelijkheid' is, zou dit verband kunnen houden met de formulering zoals die in de Arbitration Act 1996 naar voren komt, zie ook bijv. Turner & Mohtashami 2009, nr. 4.117.

³⁷⁷ Vgl. art. 7.1 LCIA Arbitration Rules 1998: '(...) The LCIA Court may refuse to appoint any such nominee if it determines that he is not suitable or independent or impartial'.

³⁷⁸ Vgl. hetgeen op de website van het LCIA staat: '(...) In line with the LCIA Rules (2020) updated guidance notes and other related resources will be available from the LCIA website in due course', zie: www.lcia.org//adr-services/lcia-notes-for-arbitrators.aspx.

³⁷⁹ LCIA, Notes for Arbitrators, 26 oktober 2017, par. 6, vgl. par. 10.

142. Disclosure-verplichting en wraking

Voorafgaande aan hun benoeming door het LCIA Court dienen arbiters een 'written declaration' te ondertekenen waaruit blijkt 'whether there are any circumstances currently known to the candidate which are likely to give rise in the mind of any party to any justifiable doubts as to his or her impartiality or independence (...)' (art. 5.4).³⁸⁰ Als dat het geval is dient de kandidaat-arbiter deze omstandigheden in de verklaring 'in full' te specificeren. In de LCIA 'Notes for Arbitrators' 2017 komt naar voren dat arbiters 'should take into account, amongst other things, the existence and nature of any past or present relationships, direct or indirect, with any of the parties or their counsel'.³⁸¹ Arbiters wordt hierbij meegegeven dat '[a]ny doubt as to whether a relationship should be disclosed must be resolved in favour of disclosure'.³⁸² In de LCIA Rules 2020 komt naar voren dat iedere arbiter een 'continuing duty' heeft om een schriftelijke mededeling ('to disclose in writing') te doen van 'any circumstances becoming known to that arbitrator after the date of his or her written declaration (...) which are likely to give rise in the mind of any party to any justifiable doubts as to his or her impartiality or independence' (art. 5.5).³⁸³ De mededeling dient te worden gedaan aan het LCIA Court, 'any other members of the Arbitral Tribunal', en aan alle partijen in de arbitrage (art. 5.5). Deze verplichting loopt door 'until the arbitration is finally concluded' (art. 5.5).

Vervanging of wraking is onder meer mogelijk indien 'circumstances exist that give rise to justifiable doubts as to that arbitrator's impartiality or independence' (art. 10.1). Een partij dient een wrakingsverzoek bij het LCIA Court in (vgl. art. 10.3). Het Court zal over het wrakingsverzoek beslissen (art. 10.5). Dankzij de publicatie van de wrakingsbeslissingen is sprake van (enig) inzicht in de wijze waarop de verplichting tot arbitrale onafhankelijkheid en onpartijdigheid door het LCIA Court is ingevuld.

4.5.2 ICC

143. Een algemene verplichting tot arbitrale onafhankelijkheid en onpartijdigheid

In artikel 11 lid 1 van de ICC Rules 2021 staat als volgt: '[e]very arbitrator must be and remain impartial and independent of the parties involved in the arbitration'.³⁸⁴

³⁸⁰ Interessant is de volgende bevoegdheid van het LCIA Court: 'In the event that the LCIA Court determines that justifiable doubts exist as to any arbitrator candidate's suitability, independence or impartiality, or if a nominee declines appointment as arbitrator, or if an arbitrator is to be replaced for any reason, the LCIA Court may determine whether or not to follow the original nominating process for such arbitral appointment' (art. 11.1 LCIA Rules 2020). Vgl. de formulering van artikel 11.1 LCIA Rules 1998: 'In the event that the LCIA Court determines that any nominee is not suitable or independent or impartial or if an appointed arbitrator is to be replaced for any reason, the LCIA Court shall have a complete discretion to decide whether or not to follow the original nominating process' (curs. PR); art. 11.1 LCIA Rules 2014.

³⁸¹ LCIA, Notes for Arbitrators, 26 oktober 2017, par. 8.

³⁸² LCIA, Notes for Arbitrators, 26 oktober 2017, par. 8.

³⁸³ Zie ook: LCIA, Notes for Arbitrators, 26 oktober 2017, par. 9.

³⁸⁴ Vgl. art. 7 lid 1 ICC Rules 1998: 'Every arbitrator must be and remain independent of the parties involved in the arbitration' en art. 15 lid 2 ICC Rules 1998: 'In all cases, the Arbitral Tribunal shall act fairly and impartially (...)' (bron: www.trans-lex.org/750200/_/icc-arbitration-rules-1998). In artikel 22 lid 4

Een verplichting tot arbitrale onafhankelijkheid stond voor het eerst opgenomen in de ICC Rules van 1975.³⁸⁵ Hoewel niet in een nadere toelichting op deze nieuwe verplichting was voorzien, zou de verantwoordelijke rapporteur naar voren hebben gebracht: 'its content goes without saying: no arbitrator who has, or has had, with either of the parties close relations liable to affect his freedom of judgment, often reflected in terms of economic interests, can be considered to be "independent" within the meaning of the Rules'.³⁸⁶ Een verplichting tot arbitrale onpartijdigheid stond voor het eerst opgenomen in de ICC Rules van 2012.³⁸⁷ In het reglement dat hieraan voorafging (de ICC Rules van 1998), kwam alleen naar voren dat arbiters 'independent of the parties involved in the arbitration' dienden te zijn (art. 7 lid 1 ICC Rules 1998).³⁸⁸ Ook in de wrakingsbepaling (art. 11 lid 1), en in de disclosure-verplichting van deze versie werd alleen verwezen naar arbitrale onafhankelijkheid (art. 7 lid 2).³⁸⁹

In de literatuur komt naar voren dat net voordat de evaluatie was afgerond die tot de ICC Rules 1988 zou leiden het idee werd geopperd om een verplichting tot arbitrale onpartijdigheid op te nemen.³⁹⁰ Uiteindelijk werd aan de suggestie voorbij gegaan onder meer nu deze 'had been made late in the revision process'; 'to have fully examined the meaning and implications of the proposal would have significantly delayed adopted of the amended Rules'.³⁹¹ Ook zou (een) discussie over een 'satisfactory definition' van het begrip onpartijdigheid zijn ontstaan.³⁹² In de literatuur komt daarnaast naar voren dat ook de toevoeging van de verplichting tot arbitrale onpartijdigheid in de ICC Rules 2012 er slechts zou zijn gekomen 'na lange discussies

ICC Rules 2021 staat voor ICC-scheidsgerechten de volgende verplichting opgenomen: '[i]n all cases, the arbitral tribunal shall act fairly and impartially and ensure that each party has a reasonable opportunity to present its case'.

385 Verbist 2014, p. 45; Derains & Schwartz 2005, p. 117; Craig, Park & Paulsson 2000, vn. 18 (p. 208); Bond 1991b, p. 11. Niettemin komt in de literatuur naar voren dat deze verplichting 'long standing' is en 'existed even under the 1955 Rules, although not explicitly stated there' (Craig, Park & Paulsson 2000, p. 209). Vgl. art. 2 lid 4 ICC Rules 1975: 'Where the dispute is to be referred to three arbitrators, each party shall nominate in the Request for Arbitration and the Answer thereto respectively one arbitrator for confirmation by the Court. Such person shall be independent of the party nominating him. If a party fails to nominate an arbitrator, the appointment shall be made by the Court' (bron: jusmundi.com/en/document/rule/en-international-chamber-of-commerce-1975-icc-1975-sunday-1st-june-1975). Vgl. art. 2 lid 7 ICC Rules 1988: 'Every arbitrator appointed or confirmed by the Court must be and remain independent of the parties involved in the arbitration. (...)' (vindplaats: library.iccwbo.org/content/dr/RULES/RULE_Arbitration_1988_2.htm?l1=Rules&l2=Arbitration+Rules); art. XLI (a) ICC Rules 1923: 'The parties are in honor bound to carry out the award of the arbitrators' (bron: Bond 1991a, p. 11).

386 Bron van het citaat: Derains & Schwartz 2005, p. 117, onder verwijzing naar de vindplaats. In de praktijk kwam naar voren dat arbiters ook reeds onder het reglement van 1955 onafhankelijk dienden te zijn, zie bijv. U.S. District Court for the Southern District of Ohio 11 januari 1982 (*Fertilizer Corp. of India/IDI Management, Inc.*), 530 F. Supp. 542: '(...) the ICC rules have always required that the arbitrators be impartial and/or independent, and that any information bearing on the ability of an arbitrator to be impartial and/or independent must be disclosed'.

387 Verbist, Schäfer & Imhoos 2015, p. 90; Verbist 2014, p. 41, vgl. Stone Sweet & Grisel 2017, p. 100.

388 Vindplaats: library.iccwbo.org/content/dr/RULES/RULE_ARB_All_EN.htm?l1=Rules&l2=Arbitration+Rules.

389 Daarentegen werd in de (algemene) verplichting die het scheidsgerecht werd opgelegd alleen naar onpartijdigheid verwezen: 'In all cases, the Arbitral Tribunal shall act fairly and impartially and ensure that each party has a reasonable opportunity to present its case' (art. 15 lid 2 ICC Rules 1998).

390 Bond 1991a, p. 11.

391 Bond 1991a, p. 11.

392 Bond 1991a, p. 11, vgl. Craig, Park & Paulsson 2000, vn. 18 (p. 208).

binnen de werkgroep die de herziening van het Arbitragereglement heeft voorbereid en ook binnen de Commissie voor Arbitrage van ICC.³⁹³ Een discussiepunt zou zijn geweest 'wat de implicatie' van de toevoeging in de ICC Rules zou zijn met betrekking tot de verklaring van onafhankelijkheid en onpartijdigheid die arbiters voorafgaande aan hun benoeming dienen te ondertekenen.³⁹⁴

144. Disclosure-verplichting en wraking

Op grond van artikel 11 lid 2 ICC Rules 2021 dienen kandidaat-arbiters voorafgaande aan hun benoeming een 'statement of acceptance, availability, impartiality and independence' te ondertekenen. In deze verklaring dienen 'any facts or circumstances which might be of such a nature as to call into question the arbitrator's independence in the eyes of the parties, as well as any circumstances that could give rise to reasonable doubts as to the arbitrator's impartiality' naar voren te worden gebracht (art. 11 lid 2). Interessant is dat partijen vervolgens in de gelegenheid worden gesteld om op de (mede)gedeelde informatie te reageren: '[t]he Secretariat shall provide such information to the parties in writing and fix a time limit for any comments from them' (art. 11 lid 2).³⁹⁵ In de ICC Rules 2021 is een doorlopende (schriftelijke) disclosure-verplichting neergelegd in artikel 11 lid 3: '[a]n arbitrator shall immediately disclose in writing to the Secretariat and to the parties any facts or circumstances of a similar nature to those referred to in Article 11(2) concerning the arbitrator's impartiality or independence which may arise during the arbitration'.

In februari 2016 nam de ICC een 'Guidance Note for the disclosure of conflicts by arbitrators' aan. Deze 'Note' 'aims at ensuring that arbitrators are forthcoming and transparent in their disclosure of potential conflicts', aldus de toenmalige voorzitter van het ICC Court (Mourre).³⁹⁶ In de 'Note' worden (kandidaat-)arbiters opgeroepen om oog te hebben voor specifieke omstandigheden die aanleiding zouden kunnen geven tot twijfels aan hun onafhankelijkheid of onpartijdigheid in de ogen van partijen. Hoewel het niet-mededelen van één van de genoemde omstandigheden 'is not in and by itself a ground for disqualification', zal dit niet-mededelen wel 'be weighted by the Court in assessing whether an objection to confirmation or a challenge is grounded', aldus Mourre.³⁹⁷ Vandaag de dag is de titel van de 'Note'

393 Verbist 2014, p. 48.

394 Verbist 2014, p. 49.

395 Onderscheid wordt gemaakt tussen zgn. 'unqualified statements' en 'qualified statements', zie nader bijv. Verbist, Schäfer & Imhoos 2015, p. 67. Vgl. ICC, Note to National Committees and Groups of the ICC on the Proposal of Arbitrators, 1 januari 2022, par. 45: '(...) When a prospective arbitrator makes disclosures as to his or her independence and/or impartiality, he or she is said to have filed a 'qualified' Statement, and when no disclosures are made, the Statement is 'unqualified'. (...)'.
396 'ICC Court adopts Guidance Note on conflict disclosures by arbitrators', 23 februari 2016 (vindplaats: via iccwbo.org). Zie nader bijv. Goldsmith & Melchionda 2016. Vgl. Derains & Schwartz 2005, p. 125: 'In 1989, the Court formally decided that all prospective arbitrators should be required to disclose not only past and present relationships with the parties themselves, but also with the counsel of the parties'.
397 'ICC Court adopts Guidance Note on conflict disclosures by arbitrators', 23 februari 2016. Vgl. Fry, Greenberg & Mazza 2012, nr. 3.391: '(...), the Court and its Secretariat do not make independent inquiries into the impartiality and independence of arbitrators. (...) The Secretariat occasionally spot-checks the case management system to ascertain whether arbitrators have made an accurate disclosure of their previous or pending ICC arbitrations. (...)'.
188

als volgt: 'Note to Parties and Arbitral Tribunals on the Conduct of the Arbitration' (1 januari 2021).³⁹⁸

Op grond van artikel 14 lid 1 ICC Rules 2021 is wraking mogelijk op grond van 'an alleged lack of impartiality or independence, or otherwise'.³⁹⁹ Het ICC Court zal zich over het wrakingsverzoek buigen.⁴⁰⁰ Hoewel in de literatuur naar voren is gebracht dat het ICC Court 'has tended, in recent years, to construe the requirement of independence very broadly', komt ook naar voren dat het Court terughoudend zou omgaan met verwijten die zien op arbitrale vooringenomenheid - 'particularly if the arbitration is well advanced' - mede gelet op 'the disruptive effects' van vervanging van een arbiter.⁴⁰¹ In de literatuur komt voorts naar voren dat het ICC Court geen interne regels of richtlijnen zou hebben in dit verband: hoewel het Court 'is aware of the importance of consistency in decision making', zou 'its main priority' zijn 'to reach the most fair and effective solution on a case-by-case basis'.⁴⁰²

4.5.3 NAI

145. Een algemene verplichting tot arbitrale onafhankelijkheid en onpartijdigheid

In artikel 11 lid 2 van het NAI Arbitragereglement 2015 wordt arbiters de volgende (algemene) verplichting tot onafhankelijkheid en onpartijdigheid opgelegd: '[e]n arbiter zal zijn opdracht onafhankelijk, onpartijdig en naar beste weten en kunnen uitvoeren'. De toelichting bij het artikellid kleurt de verplichting nader in: '[d]eze eisen van onpartijdigheid en onafhankelijkheid brengen met zich dat een arbiter geen nauwe persoonlijke of zakelijke banden mag hebben met een van de partijen of een van zijn mede-arbiters. Evenmin mag de arbiter een rechtstreeks persoonlijk of zakelijk belang hebben bij de uitkomst van het geding'.⁴⁰³ Beklemtoond wordt dat

398 Vindplaats: iccwbo.org/publication/note-parties-arbitral-tribunals-conduct-arbitration.

399 In de ICC Rules 1955 werd de mogelijkheid van wraking geïntroduceerd: 'Should an arbitrator be challenged by one of the parties, the decision of the Court of Arbitration, which shall be the sole judge of the grounds of challenge, shall be final' (art. 7 lid 4, bron van de informatie: Bond 1991a, p. 11; vindplaats: library.iccwbo.org/content/dr/RULES/RULE_1955_Concil-Arb_7.htm?11=Rules&l2=Arbitration+Rules). Vgl. Verbist, Schäfer & Imhoos 2015, p. 90: 'In practice, lack of independence is the most common ground, together with the alleged violation of the obligation to disclose important circumstances relating to the arbitrator's impartiality and independence'.

400 Art. 14 lid 3 ICC Rules 2021.

401 Derains & Schwartz 2005, p. 121 en 122. Vgl. Bond 1991a, p. 13.

402 Fry, Greenberg & Mazza 2012, nr. 3.373. Vgl. id. nr. 3.374: 'The Court's primary resource is the experience of its members and the members of the Secretariat, together with the vast database of previous Court decisions on objections and challenges to arbitrators. (...)'.
 403 Toelichting NAI Arbitragereglement 2015, par. 10.1. De lijst is 'not exhaustive' (Marsman 2021, nr. 24.058). Vgl. Sillevs Smitt 1999, p. 44: 'Sinds 1986 wordt het Arbitrage Reglement voorafgegaan door een Inleiding. Deze bevat een korte toelichting op enkele bepalingen van het reglement. (...), die overigens formeel geen onderdeel uitmaakt van het reglement zelf, (...)'. Vgl. NAI Request for Arbitration, p. 6 (vindplaats: www.nai-nl.org/downloads/Form%20Request%20for%20arbitration.pdf). Vgl. Toelichting NAI Arbitragereglement 2015, par. 10.2 waarin staat opgenomen onder welke voorwaarden een 'beoogd arbiter' contact mag hebben met (de vertegenwoordiger of advocaat van) een partij met betrekking tot de zaak en par. 10.5 over contact '[g]edurende het geding'.

een kandidaat-arbiter die 'aan deze vereisten niet voldoet', de uitnodiging om als arbiter op te treden niet dient te aanvaarden.⁴⁰⁴

Interessant is dat in het NAI Arbitragereglement 2010 de volgende - in vergelijking met het reglement van 2015 korter geformuleerde - verplichting tot arbitrale onafhankelijkheid en onpartijdigheid stond opgenomen: '[d]e arbiter behoort onpartijdig en onafhankelijk te zijn' (art. 10 lid 1).⁴⁰⁵ In hetzelfde artikellid volgde een toelichting op deze verplichting: 'Hij mag geen nauwe persoonlijke of zakelijke banden met een der partijen of een van zijn mede-arbiters hebben. Hij behoort geen rechtstreeks persoonlijk of zakelijk belang bij de afloop van het geding te hebben. Evenmin mag hij voorafgaand aan zijn benoeming zijn mening over de zaak aan een der partijen kenbaar hebben gemaakt' (art. 10 lid 1). Daarnaast werd in de toelichting bij het reglement van 2010 naar EHRM-rechtspraak inzake 'de schijn van partijdigheid' verwezen die 'uiteraard ook van belang [is, PR] voor de werkingsomvang van de fundamentele vereisten van onpartijdigheid en onafhankelijkheid die aan de arbiter worden gesteld en van de daarmee verband houdende verplichting tot "disclosure", (...)'.⁴⁰⁶

In tegenstelling tot hetgeen in de LCIA Rules 2020 en de ICC Rules 2021 staat opgenomen, ontbreekt in het NAI Arbitragereglement 2015 een (algemene) verplichting tot onafhankelijkheid en/of onpartijdigheid voor het scheidsgerecht als geheel.

146. Disclosure-verplichting en wraking

Een kandidaat-arbiter 'die het vermoeden heeft dat gerechtvaardigde twijfel zou kunnen bestaan over zijn onpartijdigheid of onafhankelijkheid, doet daarvan onder vermelding van de vermoedelijke reden(en) schriftelijk mededeling aan degene die hem heeft aangezocht', aldus artikel 11 lid 3 NAI Arbitragereglement 2015.⁴⁰⁷ Evenals bij het LCIA en de ICC dient een kandidaat-arbiter voorafgaande aan zijn benoeming een verklaring te ondertekenen 'waarin zijn onafhankelijkheid en onpartijdigheid, beschikbaarheid en aanvaarding van de opdracht onder voorwaarde van bevestiging van de administrateur worden bevestigd' (art. 11 lid 4).⁴⁰⁸ Deze verklaring wordt aan de partijen en (eventuele) medearbiters toegestuurd (art. 11 lid 4).⁴⁰⁹ De benoeming van de kandidaat-arbiter wordt na ontvangst van de verklaring door de administrateur bevestigd, 'tenzij de arbiter naar het oordeel van de administrateur onvoldoende waarborgen biedt voor een deugdelijke arbitrage' (art. 16 lid 1). Evenals bij het LCIA

404 Toelichting NAI Arbitragereglement 2015, par. 10.1.

405 Vindplaats: www.nai-nl.org/downloads/NAI%20Arbitragereglement%201%20januari%202010.pdf?v=100101.

406 Toelichting NAI-Arbitragereglement 2010, par. 11.2.

407 Zie ook: Toelichting NAI Arbitragereglement 2015, par. 10.3.

408 Zie ook: Toelichting NAI Arbitragereglement 2015, par. 10.4. Vgl. Von Hombracht-Brinkman 2018, p. 80: 'Onder het Arbitragereglement NAI 2010 aanvaardden arbiters hun benoeming schriftelijk door terugzending van een getekend exemplaar van hun benoemingsbrief. Bij die ondertekening verklaarden zij onafhankelijk en onpartijdig te zijn, (...). Die verklaring is in de tijd naar voren gehaald. (...)'

409 Vgl. Marsman 2021, nr. 24.041: 'In practice the Administrator will give the parties the opportunity to comment on the statement, even if Article 11(4) merely provides that the parties shall be provided with a copy of the statement'; Von Hombracht-Brinkman 2018, p. 81: 'Soms reageren partijen wel. (...) Het NAI neemt in zo'n geval contact op met de desbetreffende arbiter met het verzoek om (...). De hierboven genoteerde tussenstap staat niet in het reglement en is in de praktijk ontwikkeld na ontvangst van een aantal disclosures die bij de administrateur toch wel wat vraagtekens oproepen. (...)'

en de ICC is ook bij het NAI sprake van een doorlopende disclosure-verplichting: '[e]en arbiter die hangende het arbitraal geding het vermoeden krijgt dat gerechtvaardigde twijfel zou kunnen bestaan over zijn onpartijdigheid of onafhankelijkheid, doet daarvan onder vermelding van de vermoedelijke reden(en) mededeling aan de administrateur, de partijen en, indien het scheidsgerecht uit meer arbiters bestaat, aan de medearbiters' (art. 11 lid 5).⁴¹⁰

Een NAI-arbiter kan worden gewraakt '[i]ndien gerechtvaardigde twijfel bestaat aan zijn onpartijdigheid of onafhankelijkheid' (art. 19 lid 1).⁴¹¹ In artikel 19 lid 2 is uitdrukkelijk naar voren gebracht dat een partij-arbiter door de benoemende partij 'slechts [kan, PR] worden gewraakt om redenen welke haar na de benoeming bekend zijn geworden'. Wanneer de gewraakte arbiter zich niet binnen veertien dagen na de dag van de ontvangst van de kennisgeving tot wraking terugtrekt (vgl. art. 19 lid 3), wordt over 'de gegrondheid van de wraking' door (een wrakingskamer van) het NAI Comité beslist (art. 19 lid 5).⁴¹² De voorzitter van het Comité zal 'ten spoedigste' een Kamer van drie leden samenstellen die namens het Comité 'onpartijdig en onafhankelijk' over de gegrondheid van de wraking zal beslissen.⁴¹³ De Kamer stelt, voor zover dat al niet door de administrateur is gebeurd, de gewraakte arbiter en partijen in de gelegenheid om schriftelijk op het wrakingsverzoek te reageren, alsmede (eventueel) te worden gehoord.⁴¹⁴ De uiteindelijke wrakingsbeslissing wordt niet gepubliceerd.⁴¹⁵

4.5.4 SAC

147. Een algemene verplichting tot arbitrale onafhankelijkheid en onpartijdigheid, disclosure-verplichting en wraking

In artikel 12 lid 1 van de Swiss Rules 2021 staat de volgende (algemene) verplichting tot arbitrale onafhankelijkheid en onpartijdigheid opgenomen: '[a]ny arbitrator

410 Zie ook: Toelichting NAI Arbitragereglement 2015, par. 10.6. Vgl. Meijer & Van der Baan 2015, p. 62: 'Daarbij zal de administrateur terughoudend optreden. De beslissing over een wrakingsverzoek is immers exclusief voorbehouden aan het wrakingscomité (...)'.
411 Zie ook: Toelichting NAI Arbitragereglement 2015, par. 11.1-11.4.

412 Vgl. art. 4 lid 1 Reglement voor het Comité van het NAI, 18 juni 2019 (vindplaats: www.nai-nl.org/nl/nai_arbitrage/wrakingen). Vgl. Von Hombracht-Brinkman 2018, p. 82: 'Per wraking wordt door het Comité zelf, althans door een van de twee voorzitters, een wrakingskamer van drie leden ingesteld. De wrakingskamer beslist, niet het gehele Comité. (...)'.
413 Art. 4 lid 1 Reglement voor het Comité van het NAI.

414 Art. 4 lid 2 en lid 3 Reglement voor het Comité van het NAI. Vgl. art. 4 lid 4: 'Voor het overige wordt de wrakingsprocedure ten overstaan van de Kamer gevoerd op de wijze als door de Kamer voor die procedure wordt bepaald'.

415 Vgl. art. 4 lid 5 Reglement voor het Comité van het NAI: '(...) De beslissing en de gronden daarvan worden op schrift gesteld. (...)'. Vgl. Snijders 2020, vn. 7 (p. 2): '(...) In 2018-2019 werden drie wrakingsverzoeken ingediend, die geen van alle werden gehonoreerd, aldus mr. Charlotte van Maanen, h.v. administrateur bij het NAI. (...)'; Von Hombracht-Brinkman 2018, p. 82: 'In de periode 2015-2017 is slechts vier keer een Kamer samengesteld. Eenmaal is de wraking ingetrokken de dag voor de zitting (benoeming uiteindelijk rechtstreeks), eenmaal is de wraking ingetrokken na de zitting (benoeming via de lijstprocedure), eenmaal is de wraking van het gehele tribunaal ongegrond verklaard (partijbenoemingen) en eenmaal is de wraking gegrond verklaard (partijbenoeming).²³'; id. vn. 23 (p. 82): 'De leden van de desbetreffende kamer oordeelden dat de schijn van partijdigheid door zakelijke contacten uit het verleden was gewekt', vgl. id. vn. 22 (p. 82): 'Het aantal wrakingen vanaf 1949-2017 zal rond de 20 liggen'.

conducting an arbitration under these Rules shall be and shall remain impartial and independent throughout the proceedings'.⁴¹⁶ In het tweede artikellid worden kandidaat-arbiters aan een disclosure-verplichting onderworpen: '[b]efore appointment or confirmation, prospective arbitrators shall disclose to the Secretariat any circumstances likely to give rise to justifiable doubts as to their impartiality or independence. (...)'.⁴¹⁷ Het Secretariaat zal de informatie aan partijen doorgeven en zorgen voor 'a time limit within which they may comment' (art. 12 lid 2). Evenals bij het LCIA, de ICC en het NAI is sprake van een doorlopende disclosure-verplichting: '[a]fter appointment or confirmation, each arbitrator shall have the duty to promptly disclose to the Secretariat and to the parties any such circumstances arising in the course of the proceedings' (art. 12 lid 3). Een SAC-arbiter kan worden gewraakt 'if circumstances exist that give rise to justifiable doubts as to the arbitrator's impartiality or independence' (art. 13 lid 1). Het SAC Court zal zich over het wrakingsverzoek buigen (art. 13 lid 3). Opvallend is dat waar in de Swiss Rules 2012 stond opgenomen dat '[t]he Court has no obligation to give reasons' voor de wrakingsbeslissing (art. 11 lid 3),⁴¹⁸ deze bepaling in de Swiss Rules 2021 niet meer is opgenomen. Onduidelijk is op welke wijze de verplichting tot onafhankelijkheid en onpartijdigheid door het SAC Court wordt ingevuld.⁴¹⁹

Interessant, tot slot, is de volgende - ten opzichte van de Swiss Rules 2012 nieuw toegevoegde - bepaling: '[t]he arbitral tribunal may oppose the appointment of a new representative where this would risk jeopardising the impartiality or independence of the arbitral tribunal' (art. 16 lid 4).

4.6 Partijautonomie en de verplichting tot arbitrale onafhankelijkheid en onpartijdigheid

148. Opbouw

In de laatste paragraaf van dit hoofdstuk wordt stilgestaan bij de vraag de vraag of, en zo ja op welke wijze, het mogelijk is om afstand te doen van het recht op een onafhankelijke en onpartijdige arbiter. In dit kader wordt bekeken op welke wijze door partijen afstand kan worden gedaan van 'hun' recht op een onafhankelijke en/

416 Vgl. art. 9 lid 1 Swiss Rules 2012: '[a]ny arbitrator conducting an arbitration under these Rules shall be and shall remain at all times impartial and independent of the parties'. Vgl. Marguerat 2013a, nr. 17: 'No distinction is made between party-appointed arbitrators and the sole or presiding arbitrator, (...)', in vergelijkbare bewoordingen: Gordon-Vrba & Vock 2018a, nr. 15; Zuberbühler, Müller & Habegger 2005, p. 95.

417 Vgl. (Swiss Rules 2012) Marguerat 2013a, nr. 37: 'Once the Court is willing to appoint or confirm an arbitrator, however, it is the Court's practice, even if the Swiss Rules provide no provision to this effect, to send a letter to any potential arbitrator (...) informing him of the names of the parties involved and presenting a brief outline of the case, together with a form of consent to appointment and statement of independence, and to ask the arbitrator to return the form duly completed and signed, with a copy of his CV', in vergelijkbare zin: Wehrli & Stacher 2013, p. 163, zie voor het formulier: Marguerat 2013a, nr. 38.

418 Vgl. Marguerat 2013b, nrs. 46-49.

419 Vgl. (SCAI Arbitration Court) Nater-Bass 2021, p. 41: 'From the cases under review, the challenges can be classified into one of the three following categories: (1) professional relationships of the arbitrator; (2) personal relationships of the arbitrator; and (3) perceived bias due to orders / actions of the arbitrator'. Vgl. (Swiss Rules 2012) Marguerat 2013b, nrs. 50-54, vgl. Zuberbühler, Müller & Habegger 2005, p. 94.

of onpartijdige arbiter (par. 4.6.3). Daarnaast wordt aandacht besteed aan de zgn. *advance waiver*: een verklaring die door een arbiter kan worden afgegeven waarna partijen zich niet langer op de (beweerdelijke) afhankelijkheid of partijdigheid van deze arbiter kunnen beroepen (par. 4.6.4). Bij wijze van (algemene) inleiding op het beginsel van de partijautonomie zal eerst kort worden stilgestaan bij de vrijheid die partijen hebben om de arbitrale procedure vorm te geven (par. 4.6.1) en bij de mogelijkheden die partijen hebben om afspraken over het toepasselijk recht te maken (par. 4.6.2).

4.6.1 Partijautonomie en de vrijheid om de arbitrale procedure vorm te geven

149. Algemeen

Een belangrijk kenmerk van arbitrage is de vrijheid van partijen om de arbitrale procedure zoveel mogelijk naar hun wens in te kunnen richten.⁴²⁰ Tijdens de totstandkoming van de UNCITRAL Model Law is het belang dat aan deze vorm van partijautonomie werd gehecht door de Secretaris-Generaal als volgt verwoord: '[p]robably the most important principle on which the Model Law should be based is the freedom of the parties in order to facilitate the proper functioning of international commercial arbitration according to their expectations'.⁴²¹ De uiteindelijke tekst van de bepaling die in de Model Law 2006 op dit punt staat opgenomen, luidt als volgt: '[s]ubject to the provisions of this Law, the parties *are free to agree on the procedure* to be followed by the arbitral tribunal in conducting the proceedings' (curs. PR).⁴²²

150. De 'gedingvoeringsvrijheid' in arbitrale wet- en regelgeving: partijautonomie

Ook in de bestudeerde arbitragewet- en regelgeving komen bepalingen voor die partijen (tot op zekere hoogte) vrijlaten in de wijze waarop zij de arbitrale procedure willen vormgeven.⁴²³ De Nederlandse wetgever heeft deze 'gedingvoeringsvrij-

420 De hoeveelheid literatuur die over het begrip is verschenen, is omvangrijk en divers, zie alleen al de volgende artikelen waarin de titel prijst waar de bijdrage (onder meer) over gaat: Scherer 2016; Cordero-Moss 2014; Böckstiegel 2013; Livingstone 2008; Pryles 2007; Shackelford 2006; Chatterjee 2003; Engle 2002; Blessing 1997; Christie 1994. Men kan zich afvragen of het woord 'kenmerk' in onderhavig verband past (wanneer is iets een 'kenmerk?'), vgl. Lew, Mistelis & Kröll 2003, nr. 1.11: 'The principal characteristic of arbitration is that it is chosen by the parties. (...), the parties have ultimate control of *their* dispute resolution system. Party autonomy is the ultimate power determining the form, structure, system and other details of the arbitration. (...)'; Asser 2013: 'De (...) partijautonomie is ten opzichte van de overheidsrechtspraak zo op het eerste gezicht het meest fundamentele kenmerk (beginsel) van arbitrage als vorm van rechtspraak'. Het woord 'beginsel' lijkt treffender, zie bijv. Sniijders 2018, p. 42: 'Het beginsel van de partij-autonomie doet zich bij de arbitrage zelfs nog sterker voelen dan bij de overheidsrechtspraak (...)'; Peters 2017, p. 33: 'Party autonomy is the leading principle in international commercial arbitration. Under this principle the parties have the autonomy to determine the course of the proceedings'.

421 Report of the Secretary-General: possible features of a model law on international commercial arbitration, (A/CN.9/207), in: *Yearbook of the United Nations Commission on International Trade Law*, 1981, Volume XII, par. 17.

422 Art. 19 lid 1 UNCITRAL Model Law 2006.

423 Vgl. § 1034 lid 2 Zivilprozessordnung für das Deutsche Reich vom 30. Januar 1877, Zehntes Buch (Schiedsrichterliches Verfahren): 'Im übrigen wird das Verfahren, soweit nicht die Parteien eine Vereinbarung

heid',⁴²⁴ in artikel 1036 lid 1 Rv als volgt verwoord: '[o]nverminderd de bepalingen van dwingend recht in deze titel, wordt het arbitraal geding gevoerd op de wijze als door de partijen is overeengekomen. Voor zover de partijen niet in de regeling van het arbitraal geding hebben voorzien, wordt dit, onverminderd het bepaalde in deze titel, gevoerd op de wijze als door het scheidsgerecht bepaald'.⁴²⁵ In beginsel staat het partijen dus vrij om de wijze overeen te komen waarop zij hun 'arbitraal geding' willen voeren. Deze vrijheid is echter niet onbegrensd: de (buiten)grens wordt gevormd door dwingende (arbitrage)wetsbepalingen.⁴²⁶ In het verlengde hiervan is de tweede volzin van artikel 1036 lid 1 Rv interessant. Hoewel de (regel)hiërarchie, die in de eerste volzin van het artikellid tot uitdrukking komt, aan duidelijkheid weinig te wensen overlaat - primair gelden de regels van dwingend (arbitrage)recht, subsidiair de regels die door de partijen zijn overeengekomen⁴²⁷ - is de inhoud van de tweede volzin op het eerste oog minder eenduidig: men kan zich kunnen afvragen welke positie de categorie 'regelend recht' inneemt ten opzichte van de regels die door het scheidsgerecht zelf zijn bepaald.⁴²⁸ In de Nederlandse literatuur is naar voren gebracht dat de regels van regelend recht de derde plaats innemen, dus na de dwingende wetsbepalingen en de tussen partijen overeengekomen procedureregels, en dat de door het scheidsgerecht bepaalde procedureregels op de laatste trede van deze 'regel-hiërarchie-piramide' komen.⁴²⁹ Als verklaring voor deze volgorde is gegeven dat het voor 'regelende wetgeving' 'kenmerkend' is dat deze behoudens afwijkende overeenkomst van partijen geldt en dat partijen er niet steeds op bedacht

getroffen haben, von den Schiedsrichtern nach freiem Ermessen bestimmt' (bron: blog.delegibus.com/wp-content/uploads/2013/01/diff4.html). Zie ook bijv. Mayer 1995.

- 424 Vgl. *Kamerstukken II* 1983/84, 18464, nr. 3, p. 14 waar wordt gesproken over het 'artikel over de gedingvoering' (sic, PR).
- 425 Art. 1036 lid 1 Rv. De tekst van de vorige versie (artikel 36 Arbitragewet 1986) luidde: 'Onverminderd het bepaalde in deze Titel wordt het arbitraal geding gevoerd op de wijze als door de partijen is overeengekomen of, voorzover de partijen daarin niet hebben voorzien, als door het scheidsgerecht bepaald'. Vgl. Meerdink & Van Tricht 2013 over artikel 1036 lid 1 Rv: '(...) bevestigt daarmee het belang van de partij-autonomie in de arbitrage en de vrijheid die partijen hebben om de arbitrale gedingvoering zo veel mogelijk te laten aansluiten bij hun specifieke wensen'; Hammerstein 2019, p. 530; Conclusie A-G Wesseling-van Gent (ECLI:NL:PHR:2010:BK2007) bij HR 29 januari 2010, ECLI:NL:HR:2010:BK2007, NJ 2011/270 (*Van Wassenaar van Catwijck/Knowsley*), sub 2.9. Vgl. HR 29 oktober 2010, ECLI:NL:HR:2010:BK2007, NJ 2011/270, r.o. 3.4.
- 426 Vgl. Snijders 2018, p. 284; Peters 2019, p. 548. Het is mogelijk dat het scheidsgerecht in een bepaling van dwingend recht een bepaalde discretionaire bevoegdheid wordt toegekend (Meijer 2022, art. 1036 Rv, nr. 2 sub a), zie bijv. art. 1045 lid 3 Rv: 'Het scheidsgerecht stelt de partijen in de gelegenheid hun mening kenbaar te maken. Het scheidsgerecht kan de derde in de gelegenheid stellen zijn mening kenbaar te maken'.
- 427 In de praktijk zal dit veelal een arbitragereglement zijn, aldus: Meijer 2022, art. 1036 Rv, nr. 2 sub b, zie daarnaast Snijders 2018, p. 281, 284.
- 428 Eveneens kan een (nader) onderscheid worden gemaakt tussen procedureregels die in de (arbitrage)wet zijn neergelegd en procedureregels die partijen zijn overeengekomen, zie: Meijer & Van Mierlo 2014, p. 63.
- 429 Zie: Snijders 2018, p. 281; Snijders 2012, vgl. Meijer 2022, art. 1036 Rv, nr. 2 sub a: '(...) Het scheidsgerecht zal daarvoor in beginsel niet door het scheidsgerecht bepaalde regels in de plaats kunnen stellen. Partijen worden aldus geacht de aanvullende wettelijke procedureregels stilzwijgend te zijn overeengekomen, indien zij daarvan niet zijn afgeweken. (...)'. Zie ook bijv. Meerdink & Van Tricht 2013: 'De bewoordingen van het nieuwe lid 1 verduidelijken dat ook het scheidsgerecht binnen de grenzen van afdeling 2 zal moeten opereren en dus gebonden is aan het daarin opgenomen regelende recht en daarvan niet zonder instemming van partijen kan afwijken', onder verwijzing ('Zie in deze zin ook') naar HR 29 oktober 2010, ECLI:NL:HR:2010:BK2007, NJ 2011/270 (*Van Wassenaar van Catwijck/Knowsley*).

hoeven zijn dat zij het regelend recht uitdrukkelijk van toepassing verklaren voor zover zij daar niet van willen afwijken.⁴³⁰ Hoewel de vrijheid van artikel 1036 lid 1 Rv partijen perspectief biedt, lijkt enige terughoudendheid niet verkeerd: een al te 'rigide' regeling kan ertoe leiden dat de procedure (al) te zeer verstart waarbij afwijking door arbiters niet zomaar mogelijk is.⁴³¹ Een met artikel 1036 lid 1 Rv vergelijkbare regel-hiërarchie komt in het NAI Arbitragereglement 2015 naar voren. In artikel 21 lid 1 van het reglement staat: '[o]nverminderd de bepalingen van toepasselijk dwingend arbitragerecht, bepaalt het scheidsgerecht de wijze waarop en de termijnen waarbinnen het geding gevoerd zal worden met inachtneming van eventuele afspraken daarover tussen de partijen, de bepalingen van dit Reglement en gelet op de omstandigheden van de arbitrage'.⁴³²

Ook in de Franse Arbitragewet wordt aandacht aan de gedingvoeringsvrijheid besteed. In artikel 1509 CPC staat: '[l]a convention d'arbitrage peut, directement ou par référence à un règlement d'arbitrage ou à des règles de procédure, régler la procédure à suivre dans l'instance arbitrale. Dans le silence de la convention d'arbitrage, le tribunal arbitral règle la procédure autant qu'il est besoin, soit directement, soit par référence à un règlement d'arbitrage ou à des règles de procédure'.⁴³³ Waar in deze bepaling - in tegenstelling tot in de Nederlandse bepaling - uitdrukkelijk naar (het van toepassing verklaren van) een arbitragereglement of procedureregels wordt verwezen ('par référence à un règlement d'arbitrage ou à des règles de procédure'), ontbreekt een verwijzing naar dwingend recht. Slechts een algemene bepaling legt het scheidsgerecht op om het geschil te beslechten 'conformément aux règles de droit que les parties ont choisies ou, à défaut, conformément à celles qu'il estime appropriées'.⁴³⁴ Ook kan worden gewezen op hetgeen in artikel 1510 CPC staat opgenomen: '[q]uelle que soit la procédure choisie, le tribunal arbitral garantit l'égalité des parties et respecte le principe de la contradiction'. Vrij vertaald: welke invulling ook aan de procedure wordt gegeven, het scheidsgerecht garandeert de gelijkheid van de partijen en respecteert het beginsel van hoor en wederhoor.

430 Snijders 2018, p. 281.

431 Zie ook: Meerdink & Van Tricht 2013. Vgl. Koster 2016, p. 40: '(...) het scheidsgerecht [is, PR] dus gebonden aan zowel dwingend recht alsook aan regelend recht uit de eerste titel Boek 4 Rv. Dit is in de praktijk relevant, aangezien een schending van een bepaling van regelend recht een schending van de opdracht zou kunnen vormen die tot vernietiging van het arbitraal vonnis kan leiden. (...)'

432 Zie ook: Meijer & Van der Baan 2015, vn. 6 (p. 59), vgl. art. 23 lid 2 NAI Arbitragereglement 2010.

433 In de bepaling voor 'l'arbitrage interne' staat: '[a] moins que les parties n'en soient convenues autrement, le tribunal arbitral détermine la procédure arbitrale sans être tenu de suivre les règles établies pour les tribunaux étatiques' (art. 1464 CPC). Vgl. art. 1460 CPC: 'Les arbitres règlent la procédure arbitrale sans être tenus de suivre les règles établies pour les tribunaux, sauf si les parties en ont autrement décidé dans la convention d'arbitrage. Toutefois, les principes directeurs du procès énoncés aux articles 4 à 10, 11 (alinéa 1) et 13 à 21 sont toujours applicables à l'instance arbitrale' (bron: Décret n° 81-500 du 12 mai 1981 instituant les dispositions des livres III et IV du nouveau code de procédure civile et modifiant certaines dispositions de ce code). Vgl. CA Parijs 3 december 1998, *Revue de l'Arbitrage* 1999, afl. 3, p. 601-622 (*société ITP Interpipe/Hunting Oilfield Services*): 'Considérant que dans un arbitrage international se déroulant en France, les parties peuvent adopter ou invoquer les dispositions de procédure française qui leur conviennent, (...)'

434 Art. 1511 CPC. Interessant is het vervolg van het artikel: 'Il tient compte, dans tous les cas, des usages du commerce'. Vgl. (arbitragebeding) Cour de cassation (chambre civile 1) 20 december 1993, nr. 91-16.828 (*Municipalité de Khoms El Mergeb/société Dalico*), zie ook: *Revue de l'Arbitrage* 1994, afl. 1, p. 116-117; Gaudemet-Tallon 1994, p. 118-125.

In de ICC Rules 2021 komt de volgende bepaling voor: '[t]he proceedings before the arbitral tribunal shall be governed by the Rules and, where the Rules are silent, by any rules which the parties or, failing them, the arbitral tribunal may settle on, whether or not reference is thereby made to the rules of procedure of a national law to be applied to the arbitration'.⁴³⁵ De in deze bepaling neergelegde regelhiërarchie gaat (weinig verrassend) uit van toepasselijkheid van de procedureregels die in de ICC Rules zijn neergelegd. Het staat partijen niettemin vrij om te beslissen over zaken waar het reglement niet in voorziet,⁴³⁶ waarbij wel dient te worden voorkomen dat de eigen afspraken tegen dwingende regels van het toepasselijk recht indruisen.⁴³⁷ Interessant is dat uitdrukkelijk naar voren komt dat partijen niet naar de regels van het (toepasselijk) nationaal procesrecht hoeven te verwijzen ('whether or not reference is thereby made to'). In de literatuur is opgemerkt dat deze bepaling 'ensures the flexibility of arbitrations and confirms that ICC arbitration proceedings should not be conducted in the same way as court proceedings'.⁴³⁸ Op het moment dat partijen geen aanvullende procedureregels zijn overeengekomen, is het scheidsgerecht aan zet.⁴³⁹ In de literatuur is naar voren gebracht dat een scheidsgerecht dergelijke regels 'usually' in 'procedural orders' zal neerleggen, maar het zou er ook voor kunnen kiezen om deze in de 'Terms of Reference' neer te leggen.⁴⁴⁰

Een met de Franse Arbitragewet vergelijkbare bepaling kan in de Zwitserse Arbitragewet worden gevonden. Ook in de LDIP worden de partijen nadrukkelijk voorop geplaatst: '[I]es parties peuvent, directement ou par référence à un règlement d'arbitrage, régler la procédure arbitrale; elles peuvent aussi soumettre celle-ci à la loi de procédure de leur choix'.⁴⁴¹ Interessant is dat geen (nadere) (vorm)vereisten worden gesteld waaraan partijafspraken in dit verband dienen te voldoen.⁴⁴² Hoewel het partijen op grond van deze bepaling vrijstaat om hun arbitrage aan nationaal

435 Art. 19 ICC Rules 2021, vgl. Hascher 1996, p. 327: 'Since 1975, the ICC Rules have offered two alternative solutions. The parties themselves may decide issues of a procedural nature. If they do not, then the arbitrators may make the decision, without regard to any national law of procedure. (...)'.
436 In vergelijkbare zin: Verbist, Schäfer & Imhoos 2015, p. 105.

437 Op grond van artikel 42 ICC Rules 2021 zou kunnen worden betoogd dat de verantwoordelijkheid op dit punt ligt bij het scheidsgerecht dat op grond van voornoemde bepaling de verplichting is opgelegd '[to, PR] make every effort to make sure that the award is enforceable at law', in vergelijkbare zin (ICC Rules 2012): Verbist, Schäfer & Imhoos 2015, p. 106.

438 Verbist, Schäfer & Imhoos 2015, p. 105.

439 Vgl. art. 22 lid 2 ICC Rules 2021.

440 Verbist, Schäfer & Imhoos 2015, p. 106. Op het moment dat dergelijke afspraken in een 'procedural order' worden neergelegd, blijft 'scrutiny' door en goedkeuring van het ICC Court achterwege (vgl. art. 34 ICC Rules 2021). Zie voor de 'Terms of Reference': art. 23 ICC Rules 2021. De (verplichte) ondertekening van deze voorwaarden door zowel de partijen als het scheidsgerecht (lid 2) 'makes such rules part of the parties' agreement' (Verbist, Schäfer & Imhoos 2015, p. 106). Vgl. Reiner & Aschauer 2013, nr. 397.

441 Art. 182 lid 1 LDIP.

442 Vgl. Geisinger & Ducret 2013, p. 75: 'Such an agreement can, therefore, be made implicitly. (5)'. Vgl. Tribunal fédéral 14 juni 1990, r.o. 4c, *ASA Bulletin* 1994, afl. 2, p. 228: '(...), die Vereinbarung der Parteien - soweit sie eine Verfahrensabrede darstellt - nach den für die Gültigkeit von Verträgen geltenden Grundsätzen auszulegen. Es ist somit unter gleichzeitiger Zurückversetzung in den Zeitpunkt des Vertragsschlusses zu untersuchen, was die Parteien nach Treu und Glauben vereinbart hätten, wenn sie diese Situation vorausgesehen hätten; der Richter hat sich dabei vom Wesen und Zweck des Vertrages leiten zu lassen und den gesamten Umständen des Falles Rechnung zu tragen (...)' (bron van de uitspraak: Geisinger & Ducret 2013, p. 76, zie ook: Müller & Pearson 2019, p. 193-194; Knoll 2018, vn. 5 (nr. 4)).

procesrecht te onderwerpen, heeft de vrijheid alleen betrekking op de keuze voor procedureregels die in de procedure worden toegepast: het is niet mogelijk om toepasselijkheid van (hoofdstuk 12 van) de LDIP als *lex arbitri* te omzeilen.⁴⁴³ Op het moment dat partijen geen (nadere) procedureregels hebben afgesproken, kan het scheidsgerecht desgewenst in actie komen: '[s]i les parties n'ont pas réglé la procédure, celle-ci sera, au besoin, fixée par le tribunal arbitral, soit directement, soit par référence à une loi ou à un règlement d'arbitrage' (art. 182 lid 2 LDIP). Hoewel dit tijdens de 'legislative debates' in het kader van onder meer artikel 182 lid 2 LDIP 'a point of considerable controversy' zou zijn geweest, is een scheidsgerecht niet verplicht om nationaal procesrecht in zijn overwegingen mee te nemen.⁴⁴⁴ Daarnaast bestaan ook voor het scheidsgerecht geen vormvereisten waaraan beslissingen die door de arbiters in onderhavig verband worden genomen, dienen te voldoen.⁴⁴⁵ Wel is van belang, hetgeen ook in de Franse Arbitragewet naar voren komt, dat het scheidsgerecht - ongeacht de keuze voor de procedure - dient zorg te dragen voor 'l'égalité entre les parties et leur droit d'être entendues en procédure contradictoire' (art. 182 lid 3 LDIP).⁴⁴⁶

151. De 'gedingvoeringsvrijheid' in arbitrale wet- en regelgeving en het scheidsgerecht

Interessant is dat waar de bepalingen in de Nederlandse, Franse en Zwitserse Arbitragewet tot de partijen zijn gericht, de Arbitration Act 1996 en de Swiss Rules 2021 juist het scheidsgerecht vooropstellen, zij het dat - zoals in de Engelse Arbitragewet naar voren komt - de arbiters wel zijn gebonden aan hetgeen partijen hebben afgesproken.⁴⁴⁷ In artikel 34 lid 1 van de Arbitration Act 1996 staat: '[i]t shall be for the tribunal to decide all procedural and evidential matters, subject to the right of the parties to agree any matter'.⁴⁴⁸ In een afzonderlijke bepaling wordt aandacht besteed aan het onderscheid tussen (bepalingen van) dwingend en niet-

443 Knoll 2018, nr. 17; Oetiker 2018. Begin juli 1991 overwoog het Tribunal fédéral bijvoorbeeld: '(...); une modalité prévue dans un règlement d'arbitrage ne devient pas un principe impératif de procédure au sens de l'art. 182 al. 3 LDIP du seul fait d'avoir été voulue par les parties. (...)' (Tribunal fédéral 1 juli 1991, 117 II 346, 'Extrait des considérants'), zie ook bijv. Tribunal fédéral 15 april 2015, nr. 4A_554/2014, r.o. 2.2 (bron van de uitspraak: Knoll 2018, vn. 24 (nr. 17)).

444 Geisinger & Ducret 2013, vn. 19 (p. 78) en p. 78, zie ook: Knoll 2018, nr. 19.

445 Geisinger & Ducret 2013, p. 79.

446 Op straffe van vernietiging van het arbitraal vonnis ex art. 190 lid 2 sub d LDIP of een weigering om het vonnis te erkennen en ten uitvoer te leggen ex art. V lid 1 sub b en/of lid 2 sub b Verdrag van New York 1958, zie: Knoll 2018, nr. 26. Vgl. Furrer, Girsberger & Ambauen 2016, p. 789: '[art. 182 lid 3 LDIP, PR] verkörpert den verfahrensrechtlichen Ordre public, (...)'.
447 Vgl. Departmental Advisory Committee on Arbitration Law, 1996 Report of the Arbitration Bill, februari 1996, par. 28: '(...) the other provisions of this Part can be changed or substituted by the parties, and exist as 'fall-back' rules that will apply if the parties do not make any such change or substitution, or do not provide for the particular matter in question. (...)' (bron: *Arbitration International* 1997, afl. 3, p. 281); Mark 1997, p. 269: 'The dominant position thus given to the parties' agreement in the conduct of an arbitration (...)'.
448 Vgl. Merkin & Flannery 2014, p. 134: '(...): it is more about arbitral autonomy than party autonomy'. Vgl. art. 1 aanhef en sub b Arbitration Act 1996.

dwingend recht: de (26) 'mandatory provisions' zijn in 'Schedule 1' opgesomd,⁴⁴⁹ de niet-aangewezen artikelen (of: 'non-mandatory provisions') 'allow the parties to make their own arrangements by agreement but provide rules which apply in the absence of such agreement'.⁴⁵⁰ Partijen mogen dergelijke 'agreements' maken 'by agreeing to the application of institutional rules or providing any other means by which a matter may be decided' (art. 4 lid 3).⁴⁵¹ Op het moment dat partijen ervoor kiezen om een bepaald arbitragereglement van toepassing te verklaren, kan het zijn dat hiermee bepaalde 'dwingende' bepalingen uit dit reglement van toepassing worden.⁴⁵² Op het moment dat partijen geen procedureregels zijn overeengekomen, zijn de 'non-mandatory provisions' van de Arbitration Act 1996 van toepassing.⁴⁵³

Interessant zijn de Swiss Rules 2021 die qua formulering een combinatie zijn van hetgeen in de Engelse en de Franse Arbitragewet naar voren komt: hoewel de relevante bepaling het scheidsrecht alle vrijheid toebedeelt om de procedure te voeren, vormen de beginselen van de gelijkheid van partijen en hoor en wederhoor een (buiten)grens. Artikel 19 lid 1 luidt: '[s]ubject to these Rules, the arbitral tribunal may conduct the arbitration in such manner as it considers appropriate, including by adopting measures for the efficiency of the arbitration proceedings, provided that it ensures equal treatment of the parties and their right to be heard'.

In de LCIA Rules 2020, tot slot, wordt slechts impliciet aandacht besteed aan de vrijheid van partijen om de procedure vorm te geven.⁴⁵⁴ In beginsel is het voor partijen mogelijk om af te wijken van een bepaling op het moment dat de woorden 'unless the parties have agreed otherwise' staan opgenomen.⁴⁵⁵ Hoewel niet altijd uitdrukkelijk is aangegeven, is in de literatuur betoogd dat (ook) de LCIA Rules dwingende bepalingen kennen.⁴⁵⁶ In dit verband zou onder meer kunnen worden gewezen op bepalingen die zien op de bevoegdheden van het LCIA Court.⁴⁵⁷

449 Art. 9-11, 12, 13, 24, 26 lid 1, 28, 29, 31, 32, 33, 37 lid 2, 40, 43, 56, 60, 66, 67-68, 70-71, 72, 73, 74 en 75 Arbitration Act 1996 (vindplaats: www.legislation.gov.uk/ukpga/1996/23/schedule/1). De 'mandatory provisions' zijn van toepassing op het moment dat 'Part 1' van de Arbitragewet van toepassing is. Anders gezegd, de 'seat of the arbitration' moet zijn gelegen in Engeland, Wales of in Noord-Ierland (art. 2 lid 1 Arbitration Act 1996, vgl. lid 2 en lid 3).

450 Art. 4 lid 2 Arbitration Act 1996. Zie nader bijv. Harris, Planterose & Tecks 1996, nr. 4A.

451 Vgl. Harris, Planterose & Tecks 1996, nr. 1E.

452 Pendell & Huard-Bourgeois 2013, nr. 17.16.

453 Vgl. Pendell & Huard-Bourgeois 2013, nr. 17.16, onder verwijzing naar Court of Appeal (Civil Division) 9 december 2009 (*SAB Miller Africa e.a./East African Breweries*), [2009] EWCA Civ 1564 waarin, kort samengevat, de vraag centraal stond of partijen bij overeenkomst de bevoegdheden van de overheidsrechter hadden uitgebreid ex artikel 44 Arbitration Act 1996, en zo ja, of deze uitbreiding was toegestaan. Het hof overwoog onder meer dat 'the clauses do not on their true construction extend the court's power beyond what can be done under section 44. They are not worded so as to confer power. They are worded rather so as to make it clear that existing powers are preserved'.

454 Zie ten aanzien van (de toepasselijkheid van) het materiële recht: art. 22.3 LCIA Rules 2020.

455 Zie bijv. art. 26.3 LCIA Rules 2020. Wanneer partijen geen (nadere) afspraken hebben gemaakt, zijn de relevante bepalingen van de LCIA Rules van toepassing (de 'default position'), vgl. LCIA, Notes for Parties, 18 augustus 2017, par. 12.

456 Scherer 2021, nrs. 33-34.

457 Zie bijv. art. 5.7 LCIA Rules 2020 (benoeming van arbiters), zie nader: Scherer 2021, nr. 34, vgl. Pendell & Huard-Bourgeois 2013, p. 343-344; LCIA, Notes for Parties, 18 augustus 2017, par. 44.

4.6.2 Toepasselijk recht en de verplichting tot onafhankelijkheid en onpartijdigheid

152. Bepaling en reikwijdte van het toepasselijk recht

In de voorgaande paragraaf kwam naar voren dat aan partijen op grond van arbitragewet- en/of regelgeving een bepaalde vrijheid kan toekomen om de arbitrale procedure naar eigen wens vorm te geven. In het verlengde hiervan rijst de vraag of partijen eenzelfde vrijheid toekomt ten aanzien van (het bepalen van) het toepasselijk recht dat op de verplichting tot arbitrale onafhankelijkheid en onpartijdigheid ziet. In dit kader rijst de voorvraag door welk recht deze verplichting in beginsel wordt beheerst. Verschillende soorten toepasselijk recht kunnen in onderhavig verband worden onderscheiden: te denken valt aan (i) het recht van de plaats van arbitrage, (ii) het recht dat van toepassing is op de overeenkomst tot arbitrage, (iii) het recht dat van toepassing is op het arbiter-contract, (iv) het door partijen gekozen recht dat van toepassing is op de procedure, dan wel (v) het recht van de woon- of vestigingsplaats van de arbiter.⁴⁵⁸ In de literatuur is naar voren gebracht dat als uitgangspunt dient te worden aangenomen dat het hier gaat om het recht van de plaats van arbitrage, ofwel: het recht van de arbitrale zetel.⁴⁵⁹ Dit verband tussen de zetel van de arbitrage en de *lex arbitri* komt naar voren in zowel de Arbitration Act 1996 als de LDIP.⁴⁶⁰

Niettemin zouden partijen van dit recht kunnen afwijken door in de overeenkomst tot arbitrage expliciet te kiezen voor een ander recht dat ziet op de verplichting tot arbitrale onafhankelijkheid en onpartijdigheid.⁴⁶¹ Daarnaast zouden partijen ervoor kunnen kiezen om, mits in overeenstemming met het toepasselijk (dwingend) recht (par. 4.6.4), de verplichting nader contractueel vorm te geven in de overeenkomst tot arbitrage. In dit verband zouden zij er bijvoorbeeld voor kunnen kiezen om 'soft law' als de IBA Guidelines 2014,⁴⁶² dan wel andere (niet-bindende) regelgeving van toepassing

458 Born 2021a, p. 1957. Vgl. Van Zelst 2014, p. 98 waarin (i), (ii) en (v) worden genoemd als mogelijke rechtsstelsels die voor toepassing op het arbitragecontract in aanmerking komen.

459 Born 2021a, p. 1957: '(...), in virtually all cases, the law applicable to the arbitrator's independence and impartiality should be that of the arbitral seat (subject to international limitations imposed by the New York Convention); Onyema 2010, p. 146: 'The law of the seat will apply as the law of the place of performance of the arbitrator's contract.¹²⁷⁷ Vgl. art. 1 lid 2 UNCITRAL Model Law 2006; Geneva Protocol on Arbitration Clauses 1923, par. 2: 'The arbitral procedure, including the constitution of the arbitral tribunal, shall be governed by the will of the parties and by the law of the country in whose territory the arbitration takes place. (...)' (bron: via www.trans-lex.org). Vgl. art. V lid 1 sub d Verdrag van New York 1958. Vgl. voorts bijv. Henderson 2014; Goode 2001; Kaufmann-Kohler 1999; Park 1983.

460 Art. 2 lid 1 jo. art. 33 Arbitration Act 1996; art. 176 lid 1 jo. art. 180 LDIP.

461 Born 2021a, vn. 1105 (p. 1958), zij het met het volgende voorbehoud: '(...) Absent very clear, express language selecting a law, other than that of the arbitral seat, to govern the arbitrators' independence and impartiality, no such agreement should be found. (...)'. Vgl. Van Zelst 2014 waarin de auteur betoogt dat het 'aanbeveling' verdient om het toepasselijk recht op het arbitragecontract reeds op voorhand te bepalen hetgeen zou kunnen door 'een door partijen (arbiters en procespartijen) te maken rechtskeuze'; dit zou echter 'niet gebruikelijk' zijn (p. 99).

462 Vgl. PCA 8 december 2009, nr. IR-2009/1 (*Perenco Ecuador Ltd. v. The Republic of Ecuador and Empresa Estatal Petróleos del Ecuador (Petroecuador)*), 'Decision on Challenge to Arbitrator', par. 2: 'Claimant and Respondents (the "Parties") had, in October 2008, agreed that any arbitrator challenges in this case would be resolved by the Secretary-General of the Permanent Court of Arbitration ("PCA"), applying the International Bar Association Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration ("IBA Guidelines")'. Vgl. Mittal 2018 waarin de vraag wordt gesteld: '(...) if both parties reject the application of the

te verklaren.⁴⁶³ Partijen zouden ook (indirect) aan institutionele regelgeving gebonden kunnen raken op het moment dat partijen de toepasselijkheid van het reglement van een bepaald arbitrage-instituut overeenkomen. Illustratief is hetgeen in de International Arbitration Rules 2021 van het ICDR staat opgenomen: '[a]rbitrators acting under these Rules shall be impartial and independent and shall act in accordance with these Rules, the terms of the Notice of Appointment provided by the Administrator, and with *The Code of Ethics for Arbitrators in Commercial Disputes*' (onderstreping PR).⁴⁶⁴ Het is echter de vraag welk gewicht aan (de toepasselijkheid van) dergelijke, niet-bindende instrumenten in een eventuele gerechtelijke procedure wordt toegekend.⁴⁶⁵

In het verlengde hiervan is een (andere) belangrijke vraag of het partijen is toegestaan om in afwijking van het recht van de plaats van arbitrage de toepassing van arbitrale wet- en/of regelgeving overeen te komen waarin lagere eisen ten aanzien van de arbitrale onafhankelijkheid en/of onpartijdigheid naar voren komen.⁴⁶⁶ In de literatuur is deze vraag, onder verwijzing naar onder meer het beginsel van de partij-autonomie en de vrijheid van partijen om (eigen) arbiters te benoemen, bevestigend beantwoord, zij het met uitzondering van bepaalde vooringenomenheden die te allen tijde onverenigbaar met 'the integrity and basic adjudicative character of the arbitral process' zijn.⁴⁶⁷ Voorts zou het niet zijn toegestaan om dergelijke afspraken te maken ten aanzien van de verplichting tot onafhankelijkheid en/of onpartijdigheid voor voorzitters of unus-arbiters.⁴⁶⁸ Daarnaast dienen partijen er rekening mee te houden dat de erkenning en/of tenuitvoerlegging van een arbitrale uitspraak in gevaar kan komen op het moment dat sprake is van strijd met 'the public policy of that country'.⁴⁶⁹

Guidelines, in situations of cross-challenges of arbitrators or where both parties challenge the opposite party's arbitrator, can the tribunal still introduce and depend upon IBA Guidelines?'

463 Vgl. opmerking nr. 97 bij artikel 12 Draft Code of Conduct for Adjudicators in Investor-State Dispute Settlement (versie mei 2020): 'Several options might be considered to implement the code.²¹ The most likely options would be: (i) to incorporate the code into investment treaties and other instruments of consent; (ii) to have disputing parties agree to its application at the inception of each case; (iii) to append it to the disclosure declaration that adjudicators must file upon acceptance of nomination; or (iv) to incorporate the code into applicable procedural rules. (...)'. Vgl. IBA Guidelines on Party Representation in International Arbitration 2013, p. 4: 'The Guidelines shall apply where and to the extent that the Parties have so agreed, (...)', zie over deze richtlijnen bijv. Van Zelst 2013. Vgl. Rb. Overijssel (vzr.) 15 juni 2018, ECLI:NL:RBOVE:2018:2037, r.o. 2.9.

464 Art. 14 lid 1 ICDR International Arbitration Rules 2021. De onderstreepte woorden zijn nieuw toegevoegd t.o.v. de relevante bepaling (art. 13) in de versie van 2014.

465 Vgl. par. 4.2.3. Vgl. hetgeen het Amerikaanse Court of Appeals for the Seventh Circuit in juli 1983 naar voren bracht: hoewel het gerecht had 'great respect for the Commercial Arbitration Rules and the Code of Ethics for Arbitrators', overwoog het niettemin dat deze regels 'not the proper starting point for an inquiry into an award's validity under section 10 of the United States Arbitration Act' waren nu zij 'do not have the force of law' (U.S. Court of Appeals for the Seventh Circuit 12 juli 1983 (*Merit Insurance Co./Leatherby Insurance Co.*), 714 F.2d 673).

466 In de literatuur is naar voren gebracht dat het '[i]t is difficult to see why parties should not be permitted to agree upon a standard of *heightened* impartiality for all arbitrators, (...)'. (Born 2021a, p. 1948).

467 Born 2021a, p. 1950-1953. Vgl. 'Note on Construction', AAA/ABA Code of Ethics for Arbitrators in Commercial Disputes 2004: '(...), this Code imposes no obligation on any arbitrator to act in a manner inconsistent with the arbitrator's fundamental duty to preserve the integrity and fairness of the arbitral process'.

468 Born 2021a, p. 1952.

469 Art. V lid 2 sub b Verdrag New York 1958. Vgl. (art. V lid 1 sub d Verdrag New York 1958) Angoura 2019, p. 38.

4.6.3 Afstand van het recht op een onafhankelijke en/of onpartijdige arbiter

153. Terminologie

In het verlengde van hetgeen naar voren kwam, rijst de vraag in hoeverre partijen reeds op voorhand afstand kunnen doen van het recht op een onafhankelijke en/of onpartijdige arbiter. Onder de woorden 'op voorhand' wordt in casu verstaan: voorafgaande aan de inhoudelijke behandeling van het geschil. Deze vorm van afstand dient te worden onderscheiden van het (impliciet) afstand doen door middel van verwerking van recht. Verwerking van recht kan in onderhavig verband twee verschijningsvormen aannemen. Enerzijds kan sprake zijn van rechtsverwerking op het moment dat een partij niet tijdig een wrakingsverzoek indient.⁴⁷⁰ Ter illustratie kan worden gewezen op de volgende bepaling in de Franse Arbitragewet: '[l]a partie qui, en connaissance de cause et sans motif légitime, s'abstient d'invoquer en temps utile une irrégularité devant le tribunal arbitral est réputée avoir renoncé à s'en prévaloir' (curs. PR).⁴⁷¹ Anderzijds kan sprake zijn van rechtsverwerking op het moment dat een partij geen wrakingsverzoek indient, maar alsnog bezwaar wil maken in het kader van bijvoorbeeld een vernietigingsprocedure: het is de vraag of dit op dat moment nog mogelijk is.⁴⁷²

Daarnaast dient afstand op voorhand te worden onderscheiden van de zgn. 'informed waiver': wanneer een partij bij aanvang van de arbitrage op de hoogte is van een omstandigheid die twijfels kan oproepen over de onafhankelijkheid en/of onpartijdigheid van een arbiter, maar zich desalniettemin niet roert, wordt het lastig om op een later moment hiertegen alsnog in verweer te kunnen komen.⁴⁷³ Tot slot dient afstand op voorhand te worden onderscheiden van de mogelijkheid om op voorhand afstand te (kunnen) doen van rechtsmiddelen, hetgeen onder meer mogelijk wordt gemaakt in de LDIP.⁴⁷⁴ In het kader van internationale arbitrageprocedures is het mogelijk om op voorhand de vernietigingsgronden ex artikel 192 lid 1 LDIP uit te sluiten in combinatie met artikel 190 lid 2 LDIP.

470 Waincymer 2012, p. 319.

471 Art. 1466 CPC.

472 Vgl. Born 2021a, p. 3568: 'If a party fails to challenge an arbitrator's impartiality and independence pursuant to either statutory or institutional challenge mechanisms, notwithstanding notice of the factual grounds for challenge to the arbitrator, it will generally be held to have waived the right to seek annulment of an award on these grounds. (810)'.

473 Vgl. Court of Appeal of New Zealand 18 mei 2015 (*Bidois c.s./Leef c.s.*), [2015] NZCA 176: een *ad hoc*-scheidsrecht wees arbitraal vonnis in het voordeel van Bidois c.s. Enigszins opmerkelijk was dat de vrouw van één van de twee arbiters tijdens de arbitrage indirect door Bidois c.s. zou zijn vertegenwoordigd en dat één van de partij-getuigen van Bidois c.s. de neef van de vrouw was. Het High Court vernietigde dit vonnis onder meer wegens 'breaches of natural justice'. Het Court of Appeal was het hier niet mee eens en overwoog onder meer: '[n]otwithstanding the importance of independence and impartiality, there is considerable authority to support the proposition that informed waiver is permissible. The capacity to waive fundamental matters has been recognised in both New Zealand and other overseas decisions. (...)' (r.o. 73) en: 'Accordingly on the issue of apparent bias or lack of independence, we conclude that the test for apparent bias was met by Mr Hingston's circumstances, but that Ngāti Taka, knowing the facts which give rise to the potential disqualifying status, chose not to object. (...)' (r.o. 82) (bron van de uitspraak: Williams & Kirk 2018, p. 97), zie ook nr. 205.

474 Zie ook: Voser & Petti 2015, p. 32 (vn. 94).

154. Een verbod op het doen van afstand?

De vraag in hoeverre partijen op voorhand afstand kunnen doen van het recht op een onafhankelijke en/of onpartijdige arbiter is niet eenvoudig te beantwoorden daar de bestudeerde arbitragewetten geen uitdrukkelijke aandacht aan deze vraag besteden. Een uitzondering hierop vormt hetgeen in de Engelse Arbitragewet naar voren komt. In artikel 33 lid 1 sub a van de Arbitration Act 1996 is allereerst opgenomen dat een scheidsgerecht 'shall act fairly and impartially as between the parties'. Uit artikel 4 lid 1 kan vervolgens worden afgeleid dat dit artikel een dwingende bepaling is waar partijen geen afstand van kunnen doen: '[t]he mandatory provisions of this Part are listed in Schedule 1 and have effect notwithstanding any agreement to the contrary'. De toepasselijkheid van de bepaling waarin onder meer naar voren komt dat een scheidsgerecht onpartijdig zal optreden, kan in Engeland dus door partijen in beginsel niet worden uitgesloten.⁴⁷⁵

Hoewel enkel in de Arbitration Act 1996 expliciet tot uitdrukking is gebracht dat het doen van afstand niet is toegestaan, kunnen voor wat betreft de andere drie stelsels indirecte aanwijzingen worden gevonden in onder meer parlementaire stukken en jurisprudentie. Zo benadrukte de Nederlandse wetgever in de memorie van toelichting bij de Arbitragewet 2015 dat artikel 1033 lid 1 Rv van dwingend recht is: '[h]et staat partijen niet vrij daarvan af te wijken', en '[p]artijen kunnen de wrakingsgronden onpartijdigheid en onafhankelijkheid dus niet opzij zetten'.⁴⁷⁶ Interessant is dat in het kader van de modernisering van de Nederlandse Arbitragewet van 1986 door de wetgever werd voorgesteld om - 'geheel in overeenstemming met de bestaande praktijk' - aan artikel 1033 lid 2 Rv toe te voegen dat partijen anders overeen zouden kunnen komen: '[p]artijen kunnen hierdoor overeenkomen dat een arbiter ook kan worden gewraakt om redenen die voorafgaand aan de benoeming zijn opgekomen', aldus de wetgever.⁴⁷⁷ De Minister van Veiligheid en Justitie kwam

475 Hascher 2012, p. 792. Vgl. art. 24 jo. Schedule 1 Arbitration Act 1996. Vgl. art. 73 Arbitration Act 1996.

476 *Kamerstukken II 2013/14*, 33611, nr. 5, p. 12. Deze woorden in de 'Nota naar aanleiding van het verslag' vormen een reactie van de Minister van Veiligheid en Justitie op een vraag van de leden van de SP-fractie 'waarom ervoor is gekozen dat partijen onderling mogen afspreken welke wrakingsgronden gelden' (id. p. 12). Vgl. Meijer & Ernste 2015, p. 101: 'Deze bepaling is onzes inziens ook van super-dwingend recht omdat deze bepaling het beginsel van onafhankelijkheid en onpartijdigheid waarborgt'. Vgl. (zij het opgeschreven voordat de wetgever zich over dit punt uitliet): Knigge 2012, p. 181: 'Afstand van recht is in principe dus mogelijk. Dit brengt naar mijn mening mee dat partijen ook bij procesovereenkomst kunnen afwijken van het beginsel van onafhankelijkheid en onpartijdigheid. Zij kunnen behandeling overeenkomen door een arbiter die de schijn van partijdigheid of afhankelijkheid tegen zich heeft'. Een belangrijke voorwaarde is wel dat arbiters partijen dienen te wijzen op 'de redenen die een grond voor wraking zouden kunnen vormen (...)' (id. p. 181). Even verderop nuanceert de auteur haar standpunt onder meer als volgt: '(...) partijen [kunnen, PR] mijns inziens niet akkoord gaan met behandeling door een arbiter die daadwerkelijk afhankelijk is van een van de partijen, of die daadwerkelijk partijdig is' (id. p. 182). Ook stelt de auteur dat partijen niet bij voorbaat akkoord kunnen gaan 'met behandeling door een arbiter die de schijn van partijdigheid of afhankelijkheid tegen zich heeft' nu partijen 'de gevolgen van een dergelijke afspraak niet goed kunnen overzien' (id. p. 182). Vgl. Meijer 2011, p. 81-82: 'Vraag is dan nog of partijen ook al bij voorbaat, i.e. bij de overeenkomst tot arbitrage, afstand kunnen doen van de resterende waarborgen van art. 6 EVRM. Voor het recht op een onpartijdig gerecht zal daartoe geen reden bestaan.¹⁵⁶', onder verwijzing naar Kuijter 2004, p. 72. Vgl. Rb. Rotterdam 19 februari 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:1613, r.o. 4.18.

477 *Kamerstukken II 2012/13*, 33611, nr. 3, p. 14.

hier niettemin in de 'Nota naar aanleiding van het verslag' op terug, en het artikellid werd op dit punt niet gewijzigd.⁴⁷⁸

Ook het Zwitserse arbitragerecht staat afstand op voorhand niet toe. In de literatuur is naar voren gebracht dat artikel 180 LDIP waarin de mogelijkheid tot wraking van arbiters is neergelegd van dwingend recht is.⁴⁷⁹ Dit zou verband houden met de gedachte dat scheidsrechters in onderhavig verband op één lijn met Zwitserse overheidsrechters worden gesteld (vgl. par. 4.4.4). De Zwitserse Grondwet legt dan ook niet alleen overheidsrechters de verplichting tot onafhankelijkheid en onpartijdigheid op, maar ook arbiters.⁴⁸⁰ Anders gezegd, '[d]ie sich aus Art. 58 BV und Art. 6 EMRK ergebenden Garantien beziehen sich nicht bloss auf staatliche Gerichte, sondern auch auf private Schiedsgerichte, deren Entscheide denjenigen der staatlichen Rechtspflege hinsichtlich Rechtskraft und Vollstreckbarkeit gleichstehen und die deshalb dieselbe Gewähr für eine unabhängige Rechtsprechung bieten müssen', aldus het Tribunal fédéral in april 1991.⁴⁸¹ Oftewel: de waarborgen die uit artikel 58 van de Grondwet voortvloeien, hebben niet alleen betrekking op staatsrechtbanken, maar ook op private scheidsrechters waarvan de beslissingen gelijk zijn aan die van overheidsrechters en die dezelfde waarborg ('Gewähr') voor onafhankelijke rechtspraak moeten bieden.

In Frankrijk zouden partijen daarentegen wel op voorhand afstand kunnen doen van het recht op een onafhankelijke en/of onpartijdige arbiter, zij het onder bepaalde voorwaarden.⁴⁸² In de literatuur is gewezen op hetgeen in jurisprudentie naar voren is gekomen.⁴⁸³ Zo overwoog het Cour d'appel van Parijs in november 2004: '(...)

478 *Kamerstukken II 2013/14*, 33611, nr. 5, p. 11-12: 'Waar het veeleer om gaat, is namelijk dat de redenen eerst na de benoeming van de arbiter bekend zijn geworden en niet in de benoeming is berust. Voorgesteld wordt daarom artikel 1033, tweede lid, Rv onverlet te laten'. Vgl. *Kamerstukken II 2013/14*, 33611, nr. 6, p. 2; *Kamerstukken II 2013/14*, 33611, A, p. 5.

479 Jaisli Kull & Roth 2019, p. 224, onder verwijzing naar literatuur.

480 Art. 30 lid 1 Constitution fédérale de la Confédération suisse.

481 Tribunal fédéral 30 april 1991, 117 Ia 166, r.o. 5.a). In vergelijkbare bewoordingen: Tribunal fédéral 15 maart 1993, 119 II 271, r.o. 3.b), vgl. Tribunal fédéral 18 augustus 1992, 118 II 359, r.o. 3.c).

482 Kiffer 2020, p. 48: 'The grounds for challenging arbitrators do not constitute an absolute prohibition on acting as arbitrator, as the parties may explicitly or implicitly waive their right to challenge on a specific ground known to them', onder verwijzing naar jurisprudentie; Craig, Park & Paulsson 2000, p. 195-196: 'Parties may agree to waive the requirement of independence of party-nominated arbitrators. (...) If, with full knowledge of the circumstances, both parties specifically agree to such an appointment, the nomination may be accepted. In such cases, the nature of the arbitration changes: the party-nominated arbitrators become advocates of their party's position, and the chairman becomes, in essence, an umpire'; id. p. 212: '(...) that the parties are free to agree that one or both party-appointed arbitrators need not be independent'.

483 Vgl. U.S. Supreme Court 25 maart 2008 (*Hall Street Associates, L.L.C./Mattel, Inc.*), 552 U.S. 576: 'The question here is whether statutory grounds for prompt vacatur and modification may be supplemented by contract. We hold that the statutory grounds are exclusive'. Vgl. U.S. Court of Appeals for the Ninth Circuit 17 december 2013 (*re Wal-Mart Wage & Hours Employment Practices Litigation*), 737 F.3d 1262: '[p]ermittting parties to contractually eliminate all judicial review of arbitration awards would not only run counter to the text of the FAA, but would also frustrate Congress's attempt to ensure a minimum level of due process for parties to an arbitration'; U.S. Court of Appeals for the Second Circuit 3 september 2003 (*Hoeft/MVL Group, Inc.*), 343 F.3d 57: 'In enacting § 10(a), Congress impressed limited, but critical, safeguards onto this process, ones that respected the importance and flexibility of private dispute resolution mechanisms, but at the same time barred federal courts from confirming awards tainted by partiality, a lack of elementary procedural fairness, corruption, or similar misconduct. (...) Since federal courts are not rubber stamps, parties may not, by private agreement, relieve them of their obligation to review arbitration awards for compliance with § 10(a)'.

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, (...).⁴⁸⁴ Vrij vertaald: hoewel de onafhankelijkheid van de arbiter een dwingende regel is ('une règle impérative'), heeft de regel de bescherming van privébelangen tot doel, en (derhalve) is het voor partijen altijd mogelijk om hier afstand van te doen. Reeds in mei 1994 had ditzelfde hof, kort samengevat, overwogen dat een partij die voorafgaande aan de arbitrage op de hoogte was van een omstandigheid die tot twijfels over de onpartijdigheid van een arbiter kon leiden, maar niettemin met zijn benoeming akkoord was gegaan, hiertegen niet meer in verzet kon komen.⁴⁸⁵

155. De reikwijdte van een verbod tot het doen van afstand

In het verlengde van het voorgaande kan de vraag worden gesteld wat de reikwijdte is van een verbod tot het doen van afstand van het recht op een onafhankelijke en/of onpartijdige arbiter. Anders gezegd, kunnen partijen nimmer afstand doen? En: hoe absoluut is een eventueel verbod? Illustratief in dit verband zijn de IBA Guidelines 2014. Een absolute grens wordt hier gevormd door de omstandigheden die op de 'Non-Waivable Red List' staan: '[t]he Non-Waivable Red List describes circumstances that necessarily raise justifiable doubts as to the arbitrator's impartiality or independence (...) The parties, therefore, cannot waive the conflict of interest arising in such a situation'.⁴⁸⁶ De gedachtegang die hier naar voren komt - sommige omstandigheden kunnen niet worden uitgesloten, andere omstandigheden wel - komt overeen met de wijze waarop in de Verenigde Staten naar partij-arbiters wordt gekeken. Hoewel het op grond van de AAA Commercial Arbitration Rules 2013 voor partijen mogelijk is om af te spreken dat 'party-appointed arbitrators are to be non-neutral and need not be impartial or independent and shall not be subject to disqualification for partiality or lack of independence' (vgl. par. 2.5.2),⁴⁸⁷ lijkt deze vrijheid niet onbegrensd te zijn. Zo overwoog het Court of Appeals for the Eighth Circuit in december 2001: 'where the parties have expressly agreed to select partial party arbitrators, the award should be confirmed unless the objecting party proves that the party arbitrator's partiality prejudicially affected the award'.⁴⁸⁸ Hoewel het EHRM in februari 1992 nog in het midden liet of afstand van het recht op een onpartijdig gerecht kon

484 CA Parijs 18 november 2004, *Revue de l'Arbitrage* 2006, afl. 1, p. 194 (*SARL STM Brudey frères/SA Emeraude Lines*) (bron van de uitspraak: Kiffer 2021, vn. 166 (p. 48); Hascher 2012, p. 793).

485 CA Parijs 10 mei 1994, *Revue de l'Arbitrage* 1996, afl. 1, p. 69 (*Shelkh Mahfouz Salem Bin Mahfouz/société Al Tayar*) (bron van de uitspraak: Kiffer 2021, vn. 166 (p. 48)).

486 Explanation to General Standard 2 IBA Guidelines 2014, p. 6. Vgl. art. 12 lid 5 Arbitration and Conciliation Act 2015 (India) en de toelichting op dit artikellid door de Law Commission of India: 'The Commission, however, feels that real and genuine party autonomy must be respected, and, in certain situations, parties should be allowed to waive even the categories of ineligibility as set in the proposed Fifth Schedule. This could be in situations of family arbitrations or other arbitrations where a person commands the blind faith and trust of the parties to the dispute, despite the existence of objective "justifiable doubts" regarding his independence and impartiality. (...)' (bron: Report nr. 246, Amendments to the Arbitration and Conciliation Act 1996, augustus 2014, par. 60; vindplaats: indiankanon.org/doc/194486288).

487 R-13 sub b AAA Commercial Arbitration Rules 2013, onder verwijzing naar R-18 sub b.

488 U.S. Court of Appeals for the Eighth Circuit 28 december 2001 (*Delta Mine Holding Co./AFC Coal Properties Inc.*), 280 F.3d 815.

worden gedaan en overwoog dat dit recht 'is of essential importance and its exercise cannot depend on the parties alone',⁴⁸⁹ overwoog het Hof in november 1999 dat onder bepaalde omstandigheden en voorwaarden afstand kan worden gedaan van 'het recht' op een onafhankelijk en onpartijdig (scheidings)gerecht (vgl. par. 4.3.1).⁴⁹⁰

156. Afstand (doen) in het kader van een schikkingsovereenkomst

Tot slot kan het onderwerp van afstand van het recht op een onafhankelijke en/of onpartijdige arbiter ook een rol spelen in het kader van schikkingsovereenkomsten (vgl. par. 2.4.1). Wanneer partijen ermee akkoord gaan dat het scheidsgerecht hen tot schikken beweegt, zou hieruit eveneens kunnen worden afgeleid dat partijen (al dan niet) stilzwijgend afstand hebben gedaan van 'hun' recht op een onafhankelijk en/of onpartijdig scheidsgerecht. Ter illustratie kan worden gewezen op hetgeen naar voren komt in artikel 19 lid 5 van de Swiss Rules 2021: '[w]ith the agreement of each of the parties, the arbitral tribunal may take steps to facilitate the settlement of the dispute before it. Any such agreement by a party *shall constitute* a waiver of its right to challenge an arbitrator's impartiality based on the arbitrator's participation and knowledge acquired in taking the agreed steps' (curs. PR).

4.6.4 De advance waiver

157. Algemeen

Een relatief nieuw verschijnsel in de wereld van handelsarbitrage is de zgn. 'advance waiver' of 'renonciation anticipée'. Een dergelijke verklaring is afkomstig van een arbiter en bevat 'facts or circumstances that may arise in the future, and the possible conflicts of interest that may result'.⁴⁹¹ Onder verwijzing naar 'the increasing use by prospective arbitrators' van dergelijke verklaringen is ook door de IBA Guidelines

489 EHRM 25 februari 1992, nr. 10802/84 (*Pfeifer & Plankl/Oostenrijk*), r.o. 37 jo. r.o. 38, zie ook: NJ 1994/117. Vgl. n.a.v. deze overweging: Lawson 1996, p. 162: 'Dat wijst er toch eerder op dat een *waveer* niet mogelijk is. Deze opvatting is in de literatuur ook verdedigd.⁴²'. Vgl. (afstand van het recht op een onafhankelijke en onpartijdige overheidsrechter) E.J. Dommering: '(...) Men kan ter zitting afstand doen, maar dan moet deze afstand ondubbelzinnig zijn. (...) (NJ 1994/117, sub 2); Smits 2008, nr. 6.12: 'Aangenomen mag worden dat partijen afstand kunnen doen van het recht op berechting door een onafhankelijke en onpartijdige overheidsrechter. Uit de Straatsburgse jurisprudentie blijkt dat zulks dan wel op een ondubbelzinnige wijze moet geschieden', onder verwijzing naar EHRM 25 februari 1992, nr. 10802/84.

490 EHRM 23 februari 1999, nr. 31737/96 (*Suovaniemi c.s./Finland*). In november 1999 overwoog het Hof dat Verdragsstaten een aanzienlijke beoordelingsvrijheid hebben bij het opstellen van regels inzake de vernietiging van arbitrale vonnissen nu de vernietiging van een reeds gewezen arbitraal vonnis vaak zal betekenen dat een lange en kostbare arbitrageprocedure nutteloos is geweest en dat arbeid en geld dient te worden geïnvesteerd in een nieuwe procedure. Eerder had ook de Commissie overwogen dat het in principe aan iedere Verdragsstaat zelf is om te bepalen op welke gronden een arbitraal vonnis dient te worden vernietigd, zie: ECRM 27 november 1996, nr. 28101/95, NJ 1997/505 (*Nordström c.s./Nederland*). Vgl. ECRM 22 oktober 1996, nr. 23173/94 (*Molin/Turkije*) en ECRM 4 maart 1987, nr. 10881/84 (*R/Zwitserland*), zie ook bijv. Knigge & Ribbers 2017a. Vgl. HR 1 mei 2015, ECLI:NL:HR:2015:1194, NJ 2015/454 (*Çukurova Holding/Sonera Holding*).

491 Explanation to General Standard 3 (b) IBA Guidelines 2014, p. 8. Vgl. El Chazli 2020, nr. 398; Lawson 2017; Carlevaris & Digón 2016.

2014 aandacht aan dergelijke waivers besteed.⁴⁹² In General Standard 3 (b) wordt naar voren gebracht dat '[a]n advance declaration or waiver in relation to possible conflicts of interest arising from facts and circumstances that may arise in the future does not discharge the arbitrator's ongoing duty of disclosure (...)'. De IBA Guidelines 2014 nemen echter geen positie in ten aanzien van (de vraag naar) de toelaatbaarheid van dergelijke verklaringen aangezien 'the validity and effect of any advance declaration or waiver must be assessed in view of the specific text of the advance declaration or waiver, the particular circumstances at hand and the applicable law', aldus de toelichting bij General Standard 3 (b).⁴⁹³

158. Terughoudendheid ten aanzien van *advance waivers* bij arbitrage-instituten

Door een aantal arbitrage-instituten is wel een positie ingenomen over de toelaatbaarheid van *advance waivers*. In het kader van dit onderzoek is met name interessant de aandacht die de ICC aan de verklaring besteedt. Op het moment dat een nationaal comité ingevolge artikel 13 lid 3 ICC Rules 2021 een arbiter voorstelt, zal het ICC Court de arbiter niet benoemen als hij om een 'advance waiver of conflicts' vraagt.⁴⁹⁴ Op het moment dat een partij een arbiter benadert, de arbiter een 'statement of acceptance, availability, impartiality and independence' ex artikel 11 lid 2 ICC Rules 2021 tekent en in dit verband een 'advance waiver of conflicts' wil bedingen, zal het ICC Secretariaat partijen daarentegen uitnodigen om commentaar op deze verklaring te leveren.⁴⁹⁵ Het Secretariaat zal zich ervan vergewissen dat partijen de verklaring 'clearly and unambiguously' overeenkomen 'to ensure that the parties and the arbitrator understand the scope of the waiver in the same way'.⁴⁹⁶ Anders gezegd, het Secretariaat zou bereid zijn om de benoeming van een (mogelijk) partijdige arbiter te aanvaarden mits 'the opposing party's waiver of objection to the nomination be unmistakable and fully informed'.⁴⁹⁷ Niettemin houdt ook de ICC, evenals de IBA Guidelines 2014, vast aan de doorlopende disclosure-verplichting, zo volgt uit de ICC 'Note to Parties and Arbitral Tribunals on the Conduct of the Arbitration' 2021.⁴⁹⁸ Het ICC Court zou zich ook niet aan een dergelijke verklaring gebonden achten: het staat partijen dan ook (nog steeds) vrij om een wrakingsverzoek in te dienen.⁴⁹⁹

492 Explanation to General Standard 3 (b) IBA Guidelines 2014, p. 8.

493 Explanation to General Standard 3 (b) IBA Guidelines 2014, p. 8.

494 Report of the International Commercial Disputes Committee of the New York City Bar Association, *Advance Waivers of Arbitrator Conflicts of Interest in International Commercial Arbitrations Seated in New York*, maart 2016, p. 8 (vindplaats: nyiac.org/wp-content/uploads/2013/01/NYC_Bar_AdvanceWaivers-Report.pdf, zie ook: *American Review of International Arbitration* 2016, afl. 1).

495 Report of the International Commercial Disputes Committee 2016, p. 8.

496 Report of the International Commercial Disputes Committee 2016, p. 8.

497 Craig, Park & Paulsson 2000, vn. 18 (p. 196).

498 ICC, *Note to Parties and Arbitral Tribunals on the Conduct of the Arbitration*, 1 januari 2021, par. 30. Ook het ICC Secretariaat zal de arbiter en partijen aangeven dat een 'waiver' niets afdoet aan 'the arbitrator's ongoing duty to make disclosure or the ICC Court's power to examine any challenge that may come before it' (bron: Report of the International Commercial Disputes Committee 2016, p. 9).

499 Shipchandler 2018, zie ook: Flecke-Giammarco 2015; Fry, Greenberg & Mazza 2012, nr. 3.403.

In de literatuur is melding gemaakt van een ICC-arbitrage waarin een *advance waiver* ten grondslag lag aan een wrakingsverzoek.⁵⁰⁰ In de verklaring stond opgenomen dat het advocatenkantoor van de arbiter die de verklaring had afgegeven, betrokken zou kunnen zijn bij 'matters involving the parties that were unrelated to the arbitration, including contentious matters for or against either party'.⁵⁰¹ Gedaagde zou de arbiter vervolgens hebben gewraakt: niet alleen zou het advocatenkantoor van de arbiter partijen van advies voorzien in een sector die een rol in de onderhavige arbitrage speelde en had het kantoor partijen vertegenwoordigd in procedures tegen gedaagde, maar vooral zou het advocatenkantoor een voor gedaagde ongunstige 'position' erop hebben nagehouden in een online publicatie over een aspect van de zaak en zou de arbiter contacten (hebben) onderhouden met één van de advocatenkantoren die een andere partij in de onderhavige arbitrage bijstonden.⁵⁰² In weerwil van de *advance waiver* zou het ICC Court het wrakingsverzoek hebben toegewezen: het Court zou de nadruk hebben gelegd op de vraag in hoeverre de juridische bijstand die door het advocatenkantoor van de arbiter werd verleend, in de weg stond aan zijn 'ongoing obligation of impartiality and independence'.⁵⁰³

Naast de ICC zou het instrument van de *advance waiver* ook in beeld zijn bij het LCIA. Hoewel het arbitrage-instituut op dit punt geen regelgeving heeft opgesteld en/of beleid lijkt te voeren, zou het de toelaatbaarheid van dergelijke verklaringen op een 'case-by-case basis' beoordelen.⁵⁰⁴ Op het moment dat een arbiter een zgn. 'limited advance waiver' voorstelt, zal het LCIA deze verklaring aan de partijen doorgeleiden als ware het om een 'disclosure' van de arbiter gaat.⁵⁰⁵ Evenals de IBA en de ICC zou ook het LCIA vooropstellen dat de disclosure-verplichting blijft doorlopen.⁵⁰⁶ Ook zou het instituut hebben aangegeven dat 'an agreed waiver may not be binding on the LCIA if circumstances change'.⁵⁰⁷

Buiten de methodologische reikwijdte van dit onderzoek, maar wel interessant, is het beleid dat door het ICDR zou worden gevoerd. Het ICDR zou een dergelijk 'waiver-verzoek' zonder enig commentaar over de totstandkoming of anderszins, aan partijen doorgeleiden 'in order to let the parties assess the waiver for themselves'.⁵⁰⁸ Mocht een partij vragen over het verzoek hebben, dan zal het ICDR als 'intermediary' tussen partijen en de arbiter optreden, zij het zonder aan te geven welke partij(en) vragen heeft. Een dergelijke tussenkomst kan vervolgens leiden tot een 'amended form of waiver or retraction of the waiver'.⁵⁰⁹ Evenals het LCIA zou het ICDR van

500 Carlevaris & Digón 2016.

501 Carlevaris & Digón 2016.

502 Carlevaris & Digón 2016.

503 In plaats van nader op de gestelde 'broad scope of the advance waiver' in te gaan (Carlevaris & Digón 2016).

504 Report of the International Commercial Disputes Committee 2016, p. 10. Wel zou het LCIA hebben aangegeven dat het 'is not keen on these waivers and will not accept waivers that are overly broad' (id. p. 10).

505 Report of the International Commercial Disputes Committee 2016, p. 10.

506 Report of the International Commercial Disputes Committee 2016, p. 10.

507 Report of the International Commercial Disputes Committee 2016, p. 10. Van enig beleid in onderhavig verband bij het SAC en/of het NAI is mij niets bekend.

508 Report of the International Commercial Disputes Committee 2016, p. 9. Vgl. Carter & Pierce 2014: 'In the United States, party autonomy is given wide scope. Informed advance waivers of conflicts for arbitrators have been expressly approved by some institutional rules and noted by the courts without surprise.¹⁰'

509 Report of the International Commercial Disputes Committee 2016, p. 9.

een 'case-by-case approach' gebruikmaken.⁵¹⁰ Eveneens interessant, tot slot, is dat in literatuur naar voren is gebracht dat zowel de SCC als het DIA niet achter de (toelaatbaarheid van) *advance waivers* zouden staan.⁵¹¹

159. Slotsom

Het is afwachten hoe de praktijk van de *advance waiver* zich ontwikkelt, daar nog weinig concrete arbitrale wet- en regelgeving en/of (scheidings)rechterlijke uitspraken voorhanden zijn. Duidelijk is dat de (rechts)geldigheid van een dergelijke verklaring geen uitgemaakte zaak is. Niet alleen is sprake van een spanningsveld met de doorlopende disclosure-verplichting, ook wijkt deze nieuwe constructie af van de meer 'traditionele' afstand van recht (vgl. art. 192 LDIP) omdat partijen in dit geval op voorhand volledig afstand doen van toekomstige feiten en/of omstandigheden die strijd met de arbitrale onafhankelijkheid en onpartijdigheid (kunnen) opleveren.⁵¹²

Een schot voor de boeg is afkomstig van het Superior Court van Québec dat in oktober 2016 overwoog dat 'their waivers could only be valid for known and disclosed conflicts of interest. As such, they could not have agreed to waive situations of conflict of interest or appearance of conflict of interest that already existed unbeknownst to them'.⁵¹³ In het onderhavige geval weigerde het gerecht gewicht aan een 'waiver' toe te kennen omdat '[t]he key was that the Defendants should have received beforehand disclosure of a conflict or potential conflict situation, which they did not'.⁵¹⁴ Daarnaast is in de literatuur melding gemaakt van een wrakingsbeslissing, die afkomstig was van een DIA wrakingscomité, waarin de partij-arbiter van eiser een 'advance waiver' had afgegeven op grond waarvan het het advocatenkantoor van de arbiter vrij zou (blijven) staan 'to represent and act against a party's affiliates in other cases' en op grond waarvan de arbiter in onderhavig verband van zijn disclosure-verplichting zou zijn ontheven.⁵¹⁵ Gedaagde diende een wrakingsverzoek in dat door het betreffende comité zou zijn toegewezen (onder meer) omdat het voorbehoud dat de arbiter in de verklaring had gemaakt 'an implicit statement' was dat de arbiter 'would be prepared to subsequently breach his duty of disclosure if necessary'.⁵¹⁶ Deze 'advance breach' van de disclosure-verplichting zou aanleiding

510 Report of the International Commercial Disputes Committee 2016, p. 9.

511 Ragnwaldh, Andersson & Salinas Quero 2019, p. 61-62; (DIA) Pihlblad & Tufte-Kristensen 2016, p. 587.

512 Vgl. Aschauer & Neumayr 2019, nr. 41; Voser & Petti 2015, p. 17-18. Zie voor een overzicht van voor- en tegenargumenten ook: Lawson 2017.

513 Superior Court (Commercial Division) 7 oktober 2016 (*Canadian Royalties Inc./Nearctic Nickel Mines Inc. & Ungava Mineral Exploation Inc.*), nr. 500-11-047679-143, r.o. 182 (bron van de uitspraak: El Chazli 2020, nr. 400). Vgl. Cour d'appel du Québec 31 augustus 2017, nr. 500-09-026463-166.

514 Superior Court (Commercial Division) 7 oktober 2016, nr. 500-11-047679-143, r.o. 184. Vgl. Ohara 2017 waarin wordt verwezen naar een uitspraak van het Osaka High Court (28 juni 2016, Heisei 27 (Ra) 547): de voorzitter van het scheidsgerecht had een *advance waiver* afgegeven waarin naar voren kwam dat collega's van zijn advocatenkantoor 'might take instructions from or against one of the parties or their affiliates in the future and that he would not have access to such information'. Het High Court zou het arbitraal vonnis hebben vernietigd 'because the independence and impartiality of arbitrators is guaranteed by an arbitrator's continuous obligation of disclosure, failure to comply with which constitutes a serious irregularity in the proceedings' (p. 201). Vgl. Shiphandler 2018.

515 Voldgiftsinstituttet (DIA) 4 januari 2016, nr. D-2364 (bron van de informatie en de citaten: Pihlblad & Tufte-Kristensen 2016, p. 587, 601).

516 Pihlblad & Tufte-Kristensen 2016, p. 602.

geven tot gerechtvaardigde twijfels aan de onafhankelijkheid en onpartijdigheid van de arbiter, aldus het wrakingscomité.⁵¹⁷

4.7 Samenvatting

160. Opbouw

In dit hoofdstuk is gekeken naar de verschillende bronnen waarin een verplichting tot arbitrale onafhankelijkheid en/of onpartijdigheid is neergelegd of waaruit deze kan worden afgeleid. De arbitrale wet- en regelgeving die besproken is, is onderverdeeld in vier niveaus: i) mondiaal, ii) regionaal, iii) nationaal, en iv) institutioneel. In deze paragraaf wordt afgesloten met een beknopte samenvatting van de bevindingen.

161. Regelingen op mondiaal niveau

In de tweede paragraaf van dit hoofdstuk is gekeken naar regelingen op mondiaal niveau waarin de verplichting tot onafhankelijkheid en/of onpartijdigheid voor arbiters naar voren komt. Allereerst is stilgestaan bij twee regelingen die van UNCITRAL afkomstig zijn: de Arbitration Rules 2013 en de Model Law 2006. Zowel in de Arbitration Rules als in de Model Law is geen bepaling opgenomen waarin uitdrukkelijk een verplichting tot onafhankelijkheid en onpartijdigheid naar voren komt. Wel kunnen uit de twee regelingen indirecte verplichtingen tot arbitrale onafhankelijkheid en onpartijdigheid worden afgeleid: naar voren kwamen een (doorlopende) disclosureverplichting en de mogelijkheid tot wraking. De beide regelingen gaan uit van een objectieve wrakingsmaatstaf getuige de woorden 'justifiable doubts'. Daarnaast is de 'appointing authority' de taak opgelegd om de benoeming van onafhankelijke en onpartijdige arbiters te verzekeren. Interessant waren ook de 'Model statements of independence' die aan de Arbitration Rules 2013 zijn gehecht. Ook het Verdrag van New York 1958 heeft geen afzonderlijke bepaling waarin arbiters uitdrukkelijk een verplichting tot onafhankelijkheid en onpartijdigheid is opgelegd. Wel kan een dergelijke verplichting na afloop van de arbitrage worden afgedwongen: zo zou de erkenning en/of tenuitvoerlegging van een arbitrale uitspraak kunnen worden geweigerd indien 'contrary to the public policy' van de staat waarin erkenning en/of tenuitvoerlegging wordt verzocht (art. V lid 2 sub b Verdrag van New York 1958).

Interessante regelingen voor onderhavig onderzoek zijn afkomstig van de International Bar Association: zowel in de Rules of Ethics for International Arbitrators 1987 als in de Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration uit 2004 en 2014 komt de verplichting tot arbitrale onafhankelijkheid en onpartijdigheid naar voren. In het kader van de bespreking van de IBA Guidelines is aandacht besteed aan de totstandkoming van de Guidelines en werd ingegaan op de vraag welk gewicht in de (arbitrage)praktijk aan de richtlijnen is toegekend. Naar voren kwam dat overheidsrechters in Zwitserland, Engeland en Nederland terughoudend zijn met het

517 Pihlblad & Tufte-Kristensen 2016, p. 602.

gebruik van de IBA Guidelines. Hoewel de richtlijnen in uitspraken van diverse LCIA Divisions naar voren kwamen, werd dikwijls het niet-bindende karakter benadrukt. Eenzelfde beeld kwam naar voren in de literatuur over de gang van zaken bij het ICC Court. Nu niet voor alle jurisdicties en arbitrage-instituten duidelijk was of, en zo ja, welk gewicht aan de IBA Guidelines wordt toegekend in de voorliggende wrakings- en/of vernietigingsprocedure is voor (meer) duidelijkheid op dit punt gepleit. In dit verband is daarnaast naar voren gebracht dat ook partijen het voortouw zouden kunnen nemen door af te spreken welk gewicht zij aan de richtlijnen toekennen, zij het dat het de vraag is of dergelijke afspraken altijd stand kunnen houden. Tot slot is naar voren gebracht dat ook in arbitragereglementen en door arbitrage-instituten duidelijk(er) zou kunnen worden aangegeven in hoeverre arbiters zich aan de IBA Guidelines dienen te houden.

De laatste regeling op mondiaal niveau met een verplichting tot onafhankelijkheid en onpartijdigheid voor arbiters die werd besproken, was de ICSID Convention 2006. Opmerkelijk was dat in de Engelse en Franse tekst van artikel 14 lid 1 het begrip 'onafhankelijk(heid)' naar voren komt, terwijl de Spaanse tekst het begrip 'onpartijdigheid' bezigt. In ICSID-uitspraken wordt niettemin uitgegaan van beide begrippen. Opvallend was dat in de eerste voorstellen voor de ICSID Convention geen aandacht was voor de (verplichting tot) onafhankelijkheid en/of onpartijdigheid van arbiters. Naar voren kwam dat de ICSID Convention in tegenstelling tot de UNCITRAL Arbitration Rules 2013 en de Model Law 2006 geen bepaling heeft waarin een disclosure-verplichting tot uitdrukking komt. Wel dient iedere arbiter voorafgaande aan of tijdens de eerste zitting een verklaring tot onafhankelijkheid te ondertekenen. Uit verschillende ICSID-uitspraken kan worden afgeleid dat een gebrek aan arbitrale onafhankelijkheid en/of onpartijdigheid kan leiden tot vernietiging ex artikel 52 lid 1 aanhef en sub d ICSID Convention 2006.

Na een bespreking van regelingen op mondiaal niveau met een verplichting tot onafhankelijkheid en onpartijdigheid voor arbiters werd gekeken naar enkele regelingen waarin een verplichting tot onafhankelijkheid en onpartijdigheid voor overheidsrechters naar voren komt. Achtereenvolgens kwamen aan bod: de Universal Declaration of Human Rights van 10 december 1948, de International Covenant on Civil and Political Rights uit 1966, de Basic Principles on the Independence of the Judiciary uit 1985, de Bangalore Principles of Judicial Conduct uit 2002, en de Burgh House Principles on the Independence of the International Judiciary uit 2004. In een enkele scheidsrechterlijke uitspraak werd naar de voornoemde regelingen verwezen.

162. Regelingen op regionaal niveau

In de derde paragraaf van dit hoofdstuk is gekeken naar regelingen op regionaal niveau waarin een verplichting tot onafhankelijkheid en onpartijdigheid voor overheidsrechters is neergelegd. Allereerst werd gekeken naar het EVRM. In dit kader werd onder meer aandacht besteed aan de vraag of artikel 6 lid 1 EVRM ook in arbitrages van toepassing is. Het EHRM heeft deze vraag als volgt beantwoord. Indien sprake is van verplichte - in de zin van door de staat opgelegde - arbitrage dient deze arbitrage te voldoen aan alle waarborgen die in artikel 6 lid 1 EVRM zijn neergelegd. Dit bleek anders in het geval van vrijwillige arbitrage. Hoewel partijen door middel

van een overeenkomst tot arbitrage afstand kunnen doen van hun recht op toegang tot de overheidsrechter, dient dit niet noodzakelijkerwijs te worden gezien als een afstand van alle rechten die door artikel 6 lid 1 EVRM worden beschermd. Hoewel partijen ook afstand kunnen doen van het recht op (toegang tot) een onafhankelijke en onpartijdige (scheids)rechter, dient deze 'afstand van recht' aan bepaalde voorwaarden te voldoen. Ook in de tweede alinea van artikel 47 van het Handvest van de grondrechten van de EU komen met artikel 6 lid 1 EVRM vergelijkbare waarborgen naar voren. Bekeken is of dit artikel een met artikel 6 lid 1 EVRM vergelijkbare werking zou kunnen hebben in (verplichte) arbitrage. Ter afsluiting van de paragraaf werd kort stilgestaan bij de American Convention on Human Rights.

163. Wetgeving en jurisprudentie op nationaal niveau

In de vierde paragraaf van dit hoofdstuk stond de arbitragewetgeving van de vier jurisdicties van onderzoek centraal. Allereerst werd gekeken naar Engeland. Hoewel in de Arbitration Act 1996 alleen het begrip 'onpartijdigheid' staat opgenomen, kwam in jurisprudentie naar voren dat een arbiter ook verondersteld wordt onafhankelijk te zijn. In de jurisprudentie is de maatstaf ontwikkeld die dient te worden aangelegd om te beoordelen of sprake is van arbitrale vooringenomenheid. In november 2020 bevestigde het Supreme Court dat de maatstaf als volgt luidt: 'whether the fair-minded and informed observer, having considered the facts, would conclude that there was a real possibility that the tribunal was biased'. Interessant is dat het gerecht in dezelfde uitspraak bevestigde dat op arbiters een disclosure-verplichting rust. Opvallend was dat in vergelijking met de andere drie arbitragewetten alleen de Arbitration Act 1996 een bepaling heeft waarin uitdrukkelijk staat dat arbiters onpartijdig dienen te zijn.

Vervolgens werd gekeken naar Frankrijk. Uit verschillende uitspraken van Franse overheidsrechters kwam naar voren dat een indirecte verplichting tot arbitrale onafhankelijkheid en onpartijdigheid kon worden afgeleid. Onder verwijzing naar (de ontwikkelingen in) jurisprudentie heeft de Franse wetgever een disclosure-verplichting gecodificeerd. In het kader van de wrakingsregeling is aansluiting gevonden bij de wrakingsgronden voor overheidsrechters die in de Code de l'organisation judiciaire staan opgenomen. De volgende maatstaf is aangelegd om te beoordelen of sprake is van arbitrale vooringenomenheid: er dient sprake te zijn van een omstandigheid 'de nature à affecter le jugement de celui-ci et à provoquer dans l'esprit des parties un doute raisonnable sur cette qualité qui est de l'essence de la fonction arbitrale'.

Ook in Nederland werden de wrakingsgronden voor overheidsrechters aanvankelijk van overeenkomstige toepassing verklaard op arbiters. Met de inwerkingtreding van de Arbitragewet 1986 werd een afzonderlijke wrakingsbepaling voor arbiters geïntroduceerd (art. 1033 lid 1 Rv). Om een arbiter met succes te kunnen wraken, volstaat onder omstandigheden de (uiterlijke) schijn van arbitrale vooringenomenheid. Bekeken wordt of 'objectief bezien, gerechtvaardigde twijfel bestaat aan de onpartijdigheid of onafhankelijkheid'. Opmerkelijk was dat bij de beantwoording van de vraag of een arbitraal vonnis vernietigbaar is wegens arbitrale vooringenomenheid een strengere maatstaf wordt aangelegd dan wanneer het gaat om wraking.

Tot slot werd gekeken naar Zwitserland. Interessant was dat het Tribunal fédéral artikel 30 van de Zwitserse Grondwet als grondslag voor de verplichting tot arbitrale onafhankelijkheid en onpartijdigheid heeft aangewezen. In het kader van de wijziging van de LDIP is onder meer de wrakingsbepaling onder handen genomen: met ingang van 1 januari 2021 komt in artikel 180 lid 1 LDIP ook het begrip ‘onpartijdigheid’ voor. Sprake dient te zijn van legitieme twijfels aan de onafhankelijkheid en onpartijdigheid. Door het Tribunal fédéral is de maatstaf objectief uitgelegd: ‘[c]es doutes doivent se fonder sur l’existence de faits objectifs qui sont de nature, pour un observateur raisonnable, à éveiller des soupçons quant à l’indépendance de l’arbitre’. Evenals in Frankrijk heeft ontwikkeling in de Zwitserse jurisprudentie tot de codificatie van een disclosure-verplichting geleid (art. 179 lid 6 LDIP). Opvallend, tot slot, was de onduidelijkheid die lange tijd heeft bestaan ten aanzien van de vraag of partij-arbiters in Zwitserland dezelfde verplichting tot onafhankelijkheid en onpartijdigheid wordt opgelegd als niet-partij-arbiters. In oktober 2010 sprak het Tribunal fédéral zich uit voor één maatstaf en loopt Zwitserland op dit punt niet langer uit de pas met de drie andere jurisdicties van onderzoek.

164. Regelgeving op institutioneel niveau

In de vijfde paragraaf van dit hoofdstuk stond de arbitrale regelgeving van de vier arbitrage-instituten van onderzoek centraal. Naar voren kwam dat in alle reglementen een doorlopende disclosure-verplichting en een wrakingsregeling staat opgenomen. Ook dienen de kandidaat-arbiters van alle instituten enige(rlei) verklaring tot onafhankelijkheid en onpartijdigheid te ondertekenen. Opvallend waren de verschillen tussen de instituten wat betreft het inzicht in en de publicatie van wrakingsbeslissingen. Daarnaast kwam naar voren dat (kandidaat-)arbiters alleen door het LCIA (‘Notes for Arbitrators’, 26 oktober 2017) en de ICC (‘Note to Parties and Arbitral Tribunals on the Conduct of the Arbitration’, 1 januari 2021) enig inzicht wordt geboden in de institutionele invulling van de verplichting tot arbitrale onafhankelijkheid en onpartijdigheid.

165. Partijautonomie en de verplichting tot arbitrale onafhankelijkheid en onpartijdigheid

In de laatste paragraaf van dit hoofdstuk is stilgestaan bij de vraag de vraag of, en zo ja op welke wijze, het mogelijk is om op voorhand afstand te doen van het recht op een onafhankelijke en onpartijdige arbiter. Allereerst is besproken welke vrijheid partijen hebben om de arbitrale procedure naar hun eigen wens vorm te geven. Naar voren kwam onder meer dat waar de bepalingen in de Nederlandse, Franse en Zwitserse Arbitragewet tot partijen zijn gericht, de Arbitration Act 1996 en de Swiss Rules 2021 juist het scheidsgerecht vooropstellen, zij het dat - wat de Engelse Arbitragewet betreft - de arbiters wel zijn gebonden aan hetgeen partijen hebben afgesproken.

In het verlengde van de vraag naar de ‘gedingvormingsvrijheid’ van partijen rees de vraag of partijen eenzelfde vrijheid toekomt ten aanzien van (het bepalen van) het toepasselijk recht dat op de verplichting tot onafhankelijkheid en onpartijdigheid voor arbiters ziet. In dit verband is eveneens kort besproken door welk recht

de verplichting in beginsel wordt beheerst. Hoewel in de literatuur als uitgangspunt is aangenomen dat het hier gaat om het recht van de plaats van arbitrage, is ook naar voren gebracht dat partijen van dit recht zouden kunnen afwijken door in de overeenkomst tot arbitrage expliciet te kiezen voor een ander recht dat op de verplichting tot arbitrale onafhankelijkheid en onpartijdigheid ziet. Ook zouden partijen ervoor kunnen kiezen om, mits in overeenstemming met het toepasselijk recht, de verplichting nader (contractueel) vorm te geven in de overeenkomst tot arbitrage, dan wel zouden partijen (indirect) gebonden kunnen raken aan institutionele regelgeving op dit punt.

Vervolgens is besproken of partijen op voorhand - in de zin van: voorafgaande aan de inhoudelijke behandeling van het geschil - afstand van 'hun' recht op onafhankelijke en onpartijdige arbiters kunnen doen. Opvallend was dat alleen in de Arbitration Act 1996 expliciet naar voren komt dat de verplichting tot onpartijdigheid een (voorbeeld van een) dwingende bepaling is waarvan door partijen in beginsel niet kan worden afgeweken (art. 4 lid 1 jo. Schedule 1). Wat de andere drie stelsels betreft, zijn indirecte aanwijzingen gevonden in parlementaire stukken en jurisprudentie. Zo sprak de Nederlandse wetgever uit dat artikel 1033 lid 1 Rv van dwingend recht is en dat het partijen 'niet vrij [staat, PR] daarvan af te wijken' (vgl. art. 1033 lid 2 Rv). Onder verwijzing naar jurisprudentie van het Tribunal fédéral is daarnaast in de literatuur naar voren gebracht dat artikel 180 LDIP van dwingend recht zou zijn. In (andere) literatuur kwam naar voren dat partijen in Frankrijk wel op voorhand afstand zouden kunnen doen, mits zij op de hoogte zijn van de betreffende omstandigheid.

Tot slot is gekeken naar de zgn. *advance waiver*: een verklaring die door een arbiter kan worden afgegeven waarna partijen zich niet langer kunnen beroepen op (beweerdelijke) arbitrale vooringenomenheid (par. 4.6.4). Waar door de IBA Guidelines 2014 geen positie ten aanzien van (de vraag naar) de toelaatbaarheid van een dergelijke verklaring is ingenomen, zou het ICC Court zich aan een dergelijke verklaring niet gebonden achten. Het LCIA Court zou de toelaatbaarheid van dergelijke verklaringen van geval tot geval beoordelen. Aangezien duidelijk is dat de (rechts)geldigheid van een dergelijke verklaring geen uitgemaakte zaak is, en tot een spanningsveld met onder meer de doorlopende disclosure-verplichting leidt, is naar voren gebracht dat meer duidelijkheid in onderhavig verband wenselijk is.

