



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 5. ENDOGENE FACTOREN

‘(...) ἐπὶ τοῦτου βασιλεύοντος Ἀθηνᾶν καὶ
Ποσειδῶνα ἀμφισβητήσαι λέγουσι περὶ τῆς
χώρας, ἀμφισβητήσαντας δὲ ἔχειν ἐν κοινῷ·
προστάζαι γὰρ οὕτω Δία σφίσι. (...)’¹

5.1 Inleiding

166. Het eiland Aegina

In het midden van de Saronische Golf,² op zo'n dertig kilometer ten zuiden van Piraeus, ligt het eiland Aegina (Αἴγινα). Zoals veel andere Griekse eilanden gaat ook de geschiedenis van dit eiland terug tot de Klassieke Oudheid. Volgens de mythologie dankt het eiland zijn naam aan nimf Aegina, dochter van Zeegod Asopos. Op het eiland zou Zeus Aegina hebben verleid, waarna Aegina een zoon baarde.³ Zoon Aecus werd de eerste koning van het eiland en doopte de naam van het eiland, dat toen nog Oenone heette,⁴ om tot Aegina. In de Oudgriekse geschiedschrijving is Aegina een opvallende rol toegedicht: het zou meer dan eens met het machtige Athene in conflict zijn geweest.⁵ Aegina was ook zelf onderwerp van een (machts)strijd. In bovenstaand citaat, afkomstig van Pausanias (tweede eeuw na Chr.), komt naar voren dat Athena en Poseidon met elkaar twisten over (de eigendom van) Aegina. Het is uiteindelijk ‘arbiter’ Zeus die de knoop doorhakt: Athena en Poseidon dienen het eiland te delen: ‘ἀμφισβητήσαντας δὲ ἔχειν ἐν κοινῷ’.⁶ Het lijkt een lastige keuze voor Zeus: toewijzing van het eiland aan dochter Athena zou ten koste gaan van zijn broer Poseidon. Hoewel het oordeel van Zeus het midden houdt, was het wellicht verstandiger geweest om het geschil door een ander te laten beslissen.⁷ Zo zou men vraagtekens kunnen

1 Pausanias, *Κορινθιακά*, 2.30.6 (bron van het citaat: via www.perseus.tufts.edu). Vertaling: ‘During his reign, they say, Athena and Poseidon disputed about the land, and after disputing held it in common, as Zeus commanded them to do’ (bron van de vertaling: Jones & Ormerod 1918).

2 Naam van het gedeelte van de Egeïsche Zee tussen de Griekse schiereilanden Argolis en Attica.

3 In de kunst zijn Aegina en (de verleiding door) Zeus verbeeld door o.a. Ferdinand Bol (zeventiende eeuw, Schloss Elisabethenburg, Meiningen), Louis Jean François Lagrenée (ongedateerd, Smith College Museum of Art, Northampton, Massachusetts) en Jean-Baptiste Greuze (achttiende eeuw, Metropolitan Museum of Art, New York).

4 MacBean 1773.

5 Zie (algemeen): T.J. Figueira, ‘The Chronology of the Conflict between Athens and Aegina in Herodotus Book 6’, *Quaderni urbinati di cultura classica* 1988, p. 49-90; T. Figueira, ‘Herodotus on the Early Hostilities between Aegina and Athens’, *The American Journal of Philology* 1985, afl. 1, p. 49-74, vgl. Polinskaya 2013, p. 633-634. Staatsman Perikles (vijfde eeuw v. Chr.) zou Aegina ‘the eyesore of Piraeus’ hebben genoemd (Sacks 2005, p. 7).

6 Zie ook bijv. Born 2021a, vn. 4 (p. 8); Ralston 1929, p. 153.

7 Hoewel het gebruik van een ‘familie-arbiter’ in het Oude Griekenland niet ongewoon was (zie nader: Menon 2017, p. 351-352; Gómez-Acebo 2016, nr. 2.6, vgl. Roebuck 2001, p. 349), lijkt dit vandaag de

zetten bij de onbevangenheid van Zeus. Dit raakt aan een onderliggende vraag: in hoeverre zou de familiale band van een arbiter aanleiding kunnen geven om aan zijn arbitrale onafhankelijkheid en onpartijdigheid te twijfelen?

167. Opbouw

In dit hoofdstuk wordt ingegaan op de zgn. endogene factoren. Dergelijke factoren zien, kort gezegd, op de persoon van de arbiter; een arbiter kan niet aan deze factoren 'ontkomen'. Besproken wordt in hoeverre deze factoren aanleiding kunnen geven tot twijfels aan de arbitrale onafhankelijkheid en onpartijdigheid. Achtereenvolgens wordt gekeken naar de volgende vijf factoren: gender (par. 5.3), nationaliteit (par. 5.4), de familiale band (par. 5.5), de geloofsovertuiging (par. 5.6), en de politieke overtuiging (par. 5.7). Afgesloten wordt met een beknopte samenvatting van de bevindingen die in dit hoofdstuk naar voren zijn gekomen (par. 5.8). In aanvulling van hetgeen reeds naar voren kwam in de inleiding van dit proefschrift zal allereerst kort worden stilgestaan bij de opbouw en methode van dit hoofdstuk (par. 5.2, vgl. par. 1.3).

5.2 Opbouw en methode

168. Algemeen

In dit hoofdstuk staan de endogene factoren centraal. Deze factoren, die zijn te onderscheiden van de zgn. exogene factoren (hoofdstuk 6), hangen samen met de persoon van de arbiter: de arbiter kan niet aan deze factoren ontkomen, daar deze van binnenuit de arbiter komen ('ἐνδον').⁸ De besproken endogene factoren zijn geselecteerd op basis van hetgeen naar voren is gekomen in arbitrale wet- en regelgeving, (scheids)rechterlijke uitspraken en literatuur. Inherent aan het maken van een selectie is dat vervolgens een keuze dient te worden gemaakt welke factoren nader zullen worden besproken. In casu is ervoor gekozen om factoren te bespreken waar in de bestudeerde bronnen, op het moment van het verzamelen van deze bronnen, relatief de meeste aandacht naar uitging, zodat zoveel mogelijk inzicht kan worden gegeven in de wijze waarop invulling aan de betreffende factor(en) is gegeven. De keuze is gevallen op de volgende vijf factoren: gender, nationaliteit, de familiale band, de geloofsovertuiging en de politieke overtuiging.⁹

dag anders te zijn. Een expliciet verbod kan in de Arbitragewet van Tadzjikistan worden teruggevonden: 'Article 4(1) of the Domestic Arbitration Law provides that disputes arising from civil and commercial relations may be referred to arbitration, except for disputes: (...) (i) disputes regarding proprietary and personal non-proprietary relations arising in a family between spouses, parents and children or other family members;' (bron: Milikbekov & Abdrakhmanova 2017, nr. 1.32). Vgl. § 41 ZPO (Duitsland): 'Ein Richter ist von der Ausübung des Richteramtes kraft Gesetzes ausgeschlossen: (...) 3. in Sachen einer Person, mit der er in gerader Linie verwandt oder verschwägert, in der Seitenlinie bis zum dritten Grad verwandt oder bis zum zweiten Grad verschwägert ist oder war; (...)'.
⁸ 'Growing from within' (OED (online), zoekterm: 'endogenous').
⁹ Andere endogene factoren kunnen bijvoorbeeld zijn: 'leeftijd' (in 2018 werd tevergeefs geprobeerd om een arbiter op leeftijd te wraken die door het ICC Court was benoemd, zie: 'ICC rejects challenge based on arbitrator's age', GAR 15 oktober 2018), of 'ziekte' (in juni 2014 wees het District Court for the Southern

Hoewel aandacht wordt besteed aan de vraag wat het verband is tussen de besproken factor en de onafhankelijkheid en/of onpartijdigheid van arbiters is het lastig om te 'meten' op welke wijze de factoren (al dan niet) (in)direct van invloed op de arbitrale onafhankelijkheid en onpartijdigheid (kunnen) zijn. Ik heb er dan ook voor gekozen om dicht bij het 'recht' (vgl. nr. 7) te blijven: in iedere paragraaf is de vraag op welke wijze de factor aanleiding kan geven tot twijfels aan de arbitrale onafhankelijkheid en/of onpartijdigheid leidend. In dit verband was mijns inziens een 'eenvoudige' paragraafopbouw passend: voorafgaande aan de inhoudelijke bespreking wordt iedere factor kort geduïd en wordt besproken wat het verband is met de onafhankelijkheid en/of onpartijdigheid van arbiters. Vervolgens wordt, voor zover mogelijk, besproken op welke wijze aandacht aan de factor in arbitrale wet- en regelgeving is besteed en op welke wijze door (scheids)rechters invulling aan de factor is gegeven. Hoewel ook kan worden gepleit voor een opbouw waarin de arbitrale wet- en regelgeving geïntegreerd met de (scheids)rechterlijke uitspraken wordt besproken, is gekozen voor de eerstgenoemde opbouw. De reden voor deze keuze is tweërlei. Enerzijds wordt in veel (scheids)rechterlijke uitspraken niet afzonderlijk ingegaan op een specifieke bepaling die betrekking heeft op de (beweerdelijke) vooringenomenheid, maar houden (scheids)rechters het op een invulling van een algemene bepaling die op de arbitrale onafhankelijkheid en/of onpartijdigheid ziet. Anderzijds ontbreekt het een aantal factoren aan specifieke arbitrale wet- en/of regelgeving; dankzij een afzonderlijke bespreking van enerzijds de arbitrale wet- en regelgeving en anderzijds de (scheids)rechterlijke invulling valt een dergelijk gebrek aan wet- en regelgeving op, hetgeen kan leiden tot een aanbeveling om wel (of juist niet) tot nadere arbitrale wet- en regelgeving op dit punt te komen.

De volgorde van bespreking van de factoren hangt samen met de mate van objectiviteit van de besproken factoren. Allereerst zal de factor gender, in de zin van: geslacht (waaronder ik versta: 'man' of 'vrouw'¹⁰), worden besproken als 'meest objectieve' factor. Vervolgens zal naar de factor nationaliteit worden gekeken; in ieder geval op het eerste oog een objectieve factor indien men uitgaat van de nationaliteit die in het paspoort van een arbiter staat vermeld. Hierna komt de factor van de familiale band aan bod. De factor is in beginsel objectief - indien men het begrip 'familiaal' uitlegt in de zin van bloedverwantschap - maar wordt al meer subjectief indien andere vormen van verwantschap onder de factor worden geschaard. Hierna volgen de factoren van de geloofsovertuiging en de politieke overtuiging; twee fac-

District of New York de vordering tot vernietiging van een arbitraal vonnis af dat onder auspiciën van een driedelig scheidsgerecht van de Society of Maritime Arbitrators, Inc. was gewezen: de voorzitter van het scheidsgerecht was tijdens de arbitrage gediagnosticeerd met een hersentumor. Verzoekers betoogden onder meer dat het niet mededelen van de tumor 'misconduct' was hetgeen de arbiter 'corrupt' zou maken. Het gerecht ging hierin niet mee en overwoog onder meer: 'There is no guarantee that an arbitrator is free from conditions which might affect his abilities. Any number of matters - brain tumors, substance issues, marital problems, lack of sleep - might affect an arbitrator's concentration or faculties. Parties are entitled to unbiased and uncorrupted arbitrators, see 9 U.S.C. § 10(a)(2), not perfect arbitrators', U.S. District Court for the Southern District of New York 30 juni 2014 (*Zurich Am. Insurance Co./Team Tankers A.S.*), nr. 13cv8404, zie ook: A.J. van den Berg (red.), *Yearbook Commercial Arbitration 2016 - Volume XLI*, ICCA & Kluwer Law International 2016, p. 596-602; Karadelis 2014).

10 In dit hoofdstuk zal in beginsel geen rekening worden gehouden met een derde vorm ('onzijdig'). De woorden 'gender' en 'geslacht' zullen onderscheidenlijk worden gebruikt.

toren die van 'binnen' komen - een arbiter houdt er een bepaalde overtuiging op na - maar mijns inziens minder objectief zijn dan de andere factoren, aangezien een dergelijke overtuiging niet altijd even makkelijk is waar te nemen.

Per factor zal worden besproken op welke wijze invulling aan de factor is gegeven in arbitrale wet- en regelgeving, (scheids)rechterlijke uitspraken, 'soft law', en in de literatuur (vgl. par. 1.3, nrs. 4-5, 7).¹¹ De rechtsbronnen zijn afkomstig van de vier jurisdicties en de vier arbitrage-instituten van onderzoek, alsmede van UNCITRAL, het ICSID, de IBA en het EHRM. Bij wijze van functionele rechtsvergelijking en omdat niet voor alle besproken factoren voldoende informatie voorhanden was, zal ook worden verwezen naar andere arbitrale wet- en regelgeving, en dan met name naar arbitrale wet- en regelgeving en jurisprudentie die afkomstig is uit de Verenigde Staten.¹² Tot slot zal op bepaalde punten interessante overheidsrechtspraak worden besproken dan wel worden verwezen naar wet- en regelgeving die voor overheidsrecht is opgesteld.

5.3 Gender

5.3.1 Inleiding

169. Aandacht voor diversiteit in de arbitragewereld

In het kader van de bespreking van de factor gender springt de discussie over (meer) genderdiversiteit in de arbitragewereld in het oog. Voorafgaande aan de inhoudelijke bespreking van de factor zal dan ook kort worden stilgestaan bij de vraag waar de discussie over genderdiversiteit op ziet en waarom in dit verband (overwegend) voor meer genderdiversiteit in het scheidsgerecht wordt gepleit. In de discussie over genderdiversiteit in de arbitragewereld neemt de vraag naar de vertegenwoordiging van met name de vrouwelijke arbiter in het scheidsgerecht een centrale rol in. Hoewel een aantal (met name) grote arbitrage-instituten sinds enkele jaren (enig) inzicht in de gendersamenstelling van scheidsgerechten geeft, komt in de literatuur al langer het beeld naar voren dat de arbitragewereld, kort samengevat, een 'white male game' is.¹³ Deze discussie lijkt al enige tijd te spelen,¹⁴ getuige de volgende woorden van Bond, voormalig Secretaris-Generaal van het ICC International Court of

11 Methodologie (literatuur): allereerst zijn de (volgende) handboeken geraadpleegd: Born 2021a; Born 2021b; Redfern & Hunter 2015; Lew, Mistelis & Kröll 2003; Gaillard & Savage 1999. Vervolgens is gekeken naar andere boeken rondom het thema: Cox e.a. 2015; Rogers 2014; Daele 2012, en proefschriften (zie ook nr. 10); El Chazli 2020; Froitzheim 2016; Castres Saint-Martin 2016; Bischoff 2013; Henry 2001, alsmede: Cleis 2017; Klatte 2014; Luttrell 2009; Wilke 2006. Daarna is geprobeerd andere relevante bronnen te vinden via Kluwer Arbitration, *Arbitration International* (Oxford University Press) en Legal Intelligence. Tot slot is een (korte) blik geworpen op zoekresultaten die via Google naar voren kwamen. Vgl. par. 1.3.

12 Dit betreft met name de factoren 'gender' en 'de familiale band'.

13 Franck e.a. 2015a, p. 117; Franck e.a. 2015b, p. 503. Vgl. Franck e.a. 2015a waarin in voetnoot 48 (p. 56) wordt verwezen naar M.D. Goldhaber, 'Madame La Présidente: A Woman Who Sits as President of a Major Arbitral Tribunal Is a Rare Creature. Why?', *The American Lawyer* 2004: 'Arbitration is dominated by a few aging men, many of whom pioneered the field. In the words of Sarah François-Poncet of Salans, the usual suspects are 'pale, male, and stale'. Vgl. Aravena-Jokelainen & Wright 2017, p. 408.

14 Buiten de arbitragewereld nog (veel) langer, vgl. Feenan 2008, p. 495: 'Historically, the judge has been male. This is reflected in how the public tends to think of the judge.³⁸ The image of the male judge is re-

Arbitration, in 1991: '[v]ery few arbitrators have been women, but this is no doubt a reflection of what has been the past situation in the legal profession, a situation which is rapidly changing. Apart from a very few special cases (...), there is no evident reason why any distinction should be made between qualified arbitrators on the basis of gender'.¹⁵ Hoewel er, in tegenstelling tot de reglementen van een aantal internationale (mensenrechten)gerechten,¹⁶ weinig wet- en regelgeving voorhanden is die betrekking heeft op het bevorderen van genderdiversiteit,¹⁷ zijn de laatste jaren in een ander opzicht wel verschillende bescheiden,¹⁸ doch ook grote(re)¹⁹ stappen gezet om tot (meer) genderdiversiteit te komen.²⁰ Daarnaast klinken (voorzichtige)

produced and reaffirmed through a variety of cultural channels; uncritical accounts of the leading judges, the media, film, and portraiture'.

- 15 Bond 1991b, p. 6-7. Ook de volgende bewoordingen zijn illustratief: 'a coterie of 'grand old men' dominated the field of international commercial arbitration' (Dezalay & Garth 1996, p. 20). Zie voorts Greenwood & Baker 2012, vn. 9 (p. 655): '(...) that in 1990 the ICC named 517 arbitrators, of whom 4 (0.78%) were women and in 1995, the ICC named 766 arbitrators, of whom 22 (3%) were women', onder verwijzing naar literatuur. Zie voor (veel) langer geleden: Hoe & Roebuck 2018.
- 16 Rule 25 lid 2 Rules of Court, EHRM, 17 maart 2022; Regulation 15 lid 1 Regulations of the Court, International Criminal Court, november 2018. Vgl. art. 14 lid 3 Protocol to the African Charter on Human and Peoples' Rights on the Establishment of the African Court on Human and Peoples' Rights 1998, vgl. art. 12 lid 2. Vgl. Grossman 2012, p. 668.
- 17 Vgl. ICC, Note to National Committees and Groups of the ICC on the Proposal of Arbitrators, 1 januari 2022, par. 16 (vindplaats: iccwbo.org/publication/note-national-committees-groups-icc-proposal-arbitrators). Vgl. 'Arbitration and Mediation Services (Equality) Bill'; een wetsvoorstel 'to make further provision about arbitration and mediation services and the application of equality legislation to such services; and for connected purposes', zie: bills.parliament.uk/bills/1793.
- 18 Vgl. *Kamerstukken II* 2012/13, 33611, nr. 3, p. 29: 'Omdat arbiters niet alleen mannen, maar ook vrouwen kunnen zijn, wordt de zinsnede «als goede mannen naar billijkheid» vervangen door: als goede personen naar billijkheid'. Vgl. Snijders 2018, p. 441. Vgl. art. 3.4 DIS-Schiedsgerichtsordnung 2018: 'Personenbezeichnungen gelten für alle Geschlechter'; art. 6 lid 2 VIAC Rules of Arbitration 2021: 'To the extent the terms used in the Vienna Rules refer to natural persons, the form chosen shall apply to all genders. In practice, the terms in these rules shall be used in a gender-specific manner'. Vgl. art. 8 lid 4 ICC Rules 1998: 'Where the dispute is to be referred to three arbitrators, (...) The third arbitrator, who will act as chairman of the Arbitral Tribunal, (...) en art. 12 lid 5 ICC Rules 2012: 'Where the dispute is to be referred to three arbitrators, the third arbitrator, who will act as president of the arbitral, (...)', zie ook: Verbist, Schäfer & Imhoos 2015, p. 15; Voser 2011, p. 785.
- 19 In dit verband kan worden gewezen op de lancering van de 'Equal Representation in Arbitration (ERA) Pledge' in 2015: een initiatief dat 'seeks to increase, on an equal opportunity basis, the number of women appointed as arbitrators in order to achieve a fair representation as soon practically possible, with the ultimate goal of full parity' (zie nader: www.arbitrationpledge.com). In juli 2018 werd het LCIA door de ERA Pledge bekroond tot 'the leading institution in the appointment of female arbitrators' (bron: www.lcia.org/News/the-lcia-found-to-be-the-leading-institution-in-the-appointment.aspx). Naast 'The Pledge' kan bijvoorbeeld worden gewezen op de lancering van 'ArbitralWomen'; een internationale, non-gouvernementele organisatie (zie nader: www.arbitralwomen.org en bijv. Chatterjee & Desai 2020). Vgl. een mijns inziens enigszins opmerkelijke zaak: U.S. Court of Appeals for the Seventh Circuit 25 september 2000 (*Smith/American Arbitration Association, Inc. & Argenbright, Inc.*), nr. 00-1204: '(...) The charge against the AAA is that it failed to maintain gender diversity or balance, but such a failure, while it might conceivably violate an undertaking by the AAA, is not discrimination. Efforts to achieve gender diversity can constitute reverse discrimination; but failure to achieve diversity, failure in other words to engage in affirmative action, cannot' (bron van de uitspraak: Mange 2016, p. 233).
- 20 Het aantal benoemingen van vrouwelijke arbiters bij de vier arbitrage-instituten van onderzoek laat een wisselend beeld zien. In 2015 was 15,8% van de LCIA-arbiters vrouw (71 op een totaal van 449 individuele benoemingen). In 2021 was 32% van de LCIA-arbiters vrouw (142 op een totaal van 449 benoemingen). In 2015 selecteerden partijen in 6,9% van de gevallen een vrouwelijke arbiter; in 2021 ging het om een percentage van 16% (bron: via www.lcia.org/lcia/reports.aspx). Ook de ICC geeft met ingang van 2015 cijfers over 'gender-spreiding' in scheidsgerechten vrij: 'ICC arbitration statistics for 2020 reveal that the number of confirmations and appointments of women arbitrators in ICC case continues to steadily rise

geluiden vanuit bijvoorbeeld de Amerikaanse rechterlijke macht: '(...), as judicial officers, we can and should take steps to help reduce incivility, including gender-based incivility', aldus het Court of Appeal van Californië in november 2019.²¹

170. Het belang van (meer) genderdiversiteit?

Een belangrijke vraag in dit verband is de (voor)vraag waarom (scheids)gerechten zouden zijn gebaat met (meer) genderdiversiteit - of zelfs gendergelijkheid. Naar deze vraag is, met name in het kader van gender-gelijkheid in de rechterlijke macht,²² het nodige onderzoek verricht. In een 'research paper' uit 2017 dat in opdracht van het Europees Parlement is geschreven, worden drie 'main arguments' naar voren gebracht die men ook vaak in de literatuur terug ziet komen.²³ Deze argumenten kunnen als volgt worden samengevat: gendergelijkheid in de rechterlijke macht zou niet alleen een waarborg zijn voor gelijkheid en 'fairness', maar zou ook uiting geven aan het beginsel van democratische legitimiteit, alsmede zou de aanwezigheid van een vrouwelijke rechter in een gerecht een positief verschil teweeg brengen.

Ook in de arbitrageliteratuur is door verschillende auteurs betoogd dat de arbitragewereld gebaat zou zijn bij (meer) genderdiversiteit.^{24,25} Genderdiversiteit zou niet alleen de distributieve of 'verdelende' rechtvaardigheid ten goede komen,²⁶ maar ook de procedurele rechtvaardigheid.²⁷ Hoewel de meningen hierover verdeeld zijn,²⁸ is - evenals in de literatuur over gendergelijkheid in de rechterlijke macht naar

- increasing from 312 in 2019 to 355 in 2020, representing today over 23% of all confirmations or appointments up from 21.1% in 2019' (bron: iccwbo.org/media-wall/news-speeches/icc-celebrates-5-years-of-progress-since-arbitration-gender-pledge). In 2021 nam het SAC Court 20% van de benoemingen voor zijn rekening: '77% of which were women arbitrators' (bron: www.swissarbitration.org/update-from-the-swiss-arbitration-centre-2). In de statistieken van het NAI over 2021 komt naar voren: 'The NAI recognizes the disappointing stagnation and decrease of gender diversity in arbitrator appointments in 2021' (bron: www.nai-nl.org/nl/statistieken/statistieken_2021), vgl. Von Hombracht-Brinkman 2018, p. 81: 'Ten slotte worden nog te weinig vrouwelijke arbiters benoemd: in 2015 17, in 2016 12 en in 2017 16. Een stijgende lijn valt niet te ontdekken'; Greenwood & Baker 2015, p. 418: 'The Netherlands Arbitration Institute (NAI) began capturing information on diversity in 2013. The percentage of female arbitrators appointed in 2013 was 12%'.

21 U.S. Court of Appeal of California, Second Appellate District, Division Four 22 november 2019 (*Briganti/Chow*), 42 Cal. App. 5th 504.

22 Zie voor literatuur over dit onderwerp bijv. Kenney 2013; Women 2013; Hunter, McGlynn & Rackley 2010.

23 Y. Galligan, R. Hauptfleisch, L. Irvine, K. Korolkova, M. Natter, U. Schultz & S. Wheeler, 'Mapping the Representation of Women and Men in Legal Professions Across the EU', augustus 2017, p. 28-30 (vindplaats: [www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2017/596804/IPOL_STU\(2017\)596804_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2017/596804/IPOL_STU(2017)596804_EN.pdf)). Vgl. id. p. 91-100 voor een uitgebreide literatuurlijst. Zie ook bijv. Hunter 2015, p. 123: 'To summarize the literature in a short space, there are six basic arguments as to why and how women judges make a difference (...)'.
24 Zie bijv. Philippe 2017; Haridi 2015; Greenwood 2013; Greenwood & Baker 2012. Zie ook *TDM* 2015, afl. 4 (themanummer met achttien bijdragen over 'Dealing with Diversity in International Arbitration').

25 In onderhavig verband wordt geen aandacht besteed aan de religieuze overtuiging op grond waarvan alleen mannen als (scheids)rechter zouden mogen optreden, zie nader bijv. Matheus López 2014, p. 800 (vn. 31-33). Vgl. Khambata 2015, p. 634: 'There will of course be issues where gender diversity could clash with cultural or religious attitudes'. Vgl. Almulhim 2016 waarin een uitspraak uit mei 2016 van het 'Administrative Court of Appeal' te Dammam wordt besproken waarin het gerecht impliciet de benoeming van een vrouwelijke arbiter in een handelsgeschil goedkeurde.

26 Franck e.a. 2015b, p. 498, onder verwijzing naar literatuur.

27 Aravena-Jokelainen & Wright 2017, vn. 90 (p. 409).

28 Zie bijv. Boyd, Epstein & Martin 2010, p. 392, vgl. Malleson 2003, p. 7 waarin de resultaten van verschillende empirische onderzoeken die in de jaren tachtig van de 19^e eeuw tot aan 2000 in onder meer Ame-

voren komt - betoogd dat de aanwezigheid van (een) vrouwelijke arbiter(s) in het scheidsgerecht positief aan de kwaliteit van de arbitrale besluitvorming zou (kunnen) bijdragen.²⁹ Daarnaast worden argumenten naar voren gebracht die zien op de 'noodzaak' van diversiteit in een meer brede zin van het woord: de toenemende complexiteit en mondiale spreiding van arbitrages zouden eveneens inzichten van 'nieuwe' arbiters vereisen en noodzakelijk zijn om 'subject-matter conflicts of interest' te vermijden. In het verlengde hiervan is naar voren gebracht dat het vergroten van een potentiële pool van arbiters de toekomst van arbitrage veilig zou kunnen stellen omdat de vergaarde kennis en ervaring door de 'oude' garde aan nieuwkomers kan worden doorgegeven.³⁰ Tot slot is, evenals in de literatuur over de vraag naar gendergelijkheid in de rechterlijke macht, een verband met de legitimiteit van arbitrage gelegd.³¹ In dit verband is een onderscheid gemaakt tussen zgn. 'partij-legitimiteit' en 'gemeenschap-legitimiteit', of (in het Engels) 'community legitimacy'. Niet alleen zou de arbitragewereld rekening dienen te houden met de legitimiteit vanuit het perspectief van de betrokken partijen (partij-legitimiteit), maar ook - meer in algemene zin - met gemeenschap-legitimiteit: arbitrage dient als legitiem te worden ervaren door *alle* gebruikers van arbitrage (naast de betrokken partijen kan worden gedacht aan andere partijen en/of arbitrage-instituten). Hoewel gemeenschap-legitimiteit overlap vertoont met partij-legitimiteit, verschilt deze vorm van legitimiteit in zoverre van partij-legitimiteit dat gemeenschap-legitimiteit minder waarde zou hechten aan partij-specifieke kwesties en de individuele uitkomsten van een arbitrage: '[i]t is rather focused on, and can lend support to, the entrenched practices in international arbitration that are accepted by the user community'.³² Meer nadruk op gemeenschap-legitimiteit zou ertoe kunnen leiden dat arbitrage-instituten hun beleid aanpassen op het gebied van bijvoorbeeld genderdiversiteit.³³

171. Vier situaties

Nu enig inzicht is gegeven in de discussie over de vraag naar (meer) genderdiversiteit in de arbitragewereld en, in het verlengde hiervan, naar de vertegenwoordiging van de vrouwelijke arbiter(s) in het scheidsgerecht, is het tijd om te kijken welke rol

rika zijn gedaan als volgt worden samengevat: '(...) in terms of sentencing and general adjudication there is no clear or consistent differences between men and women on the bench. Only when the issue is one directly related to sex discrimination do any differences emerge and even here the findings are mixed'. Vgl. Kenney 2008, p. 106-107: 'Gender is a relevant category for social interaction, and the absence or presence of women may change group dynamics; but that does not mean it does so in fixed, predictable, and static ways'.

29 Kaufmann-Kohler & Potestà 2017, par. 42. Zie ook: Karton & Polonskaya 2018: '(...), diverse arbitral panels are likely to produce higher quality decisions because diversity disrupts groupthink and short-circuits cognitive biases'; Vidak-Gojkovic, Greenwood & McIlwraith 2016, vn. 23 (p. 73).

30 Franck e.a. 2015b, p. 505. In vergelijkbare zin: Van Haersolte-van Hof 2015, p. 648.

31 Kaufmann-Kohler & Potestà 2017, par. 42.

32 Schill 2015, p. 813.

33 Schill 2015, p. 813. Gemeenschap-legitimiteit is te onderscheiden van zgn. 'social legitimacy', in de literatuur wel omschreven als de gedachte dat 'democratic institutions in heterogeneous societies ought to reflect the make-up of society': C. Cameron & C. Cummings, 'Diversity and Judicial Decision Making: Evidence from Affirmative Action Cases in the Federal Courts of Appeals, 1971-1999', 2003; een paper dat werd gepresenteerd tijdens 'the Crafting and Operating Institutions conference' (Yale University) (bron: Boyd, Epstein & Martin 2010, p. 390).

de factor gender kan spelen in het kader van (de vraag naar) de onafhankelijkheid en/of onpartijdigheid van arbiters. In dit verband wordt de blik gericht op de wijze waarop een arbiter (man of vrouw) omgaat met het geslacht van een partij en/of het geslacht van zijn/haar advocaat (mannelijk of vrouwelijk). Anders gezegd, op welke wijze zou het geslacht van één van de partijen in de arbitrage en/of van zijn/haar advocaat invloed kunnen hebben op de arbitrale onafhankelijkheid en/of onpartijdigheid? In het kader van de bespreking van deze factor wordt, in tegenstelling tot de hiervoor uitgelichte discussie over genderdiversiteit in de arbitragewereld, niet alleen gekeken naar de 'mannelijke' arbiter vis-à-vis de 'vrouwelijke' partij/arbiter. De volgende vier situaties kunnen zich voordoen: i) arbiter (♂) ↔ partij/advocaat (♂), ii) arbiter (♂) ↔ partij/advocaat (♀), iii) arbiter (♀) ↔ partij/advocaat (♀), iv) arbiter (♀) ↔ partij/advocaat (♂).³⁴

172. Verband tussen de factor en de arbitrale onafhankelijkheid en/of onpartijdigheid

Voorafgaande aan de bespreking van de factor wordt kort stilgestaan bij de vraag naar het verband tussen de factor en de onafhankelijkheid en/of onpartijdigheid van arbiters. Betoogd zou kunnen worden dat de factor in bepaalde situaties aanleiding zou moeten kunnen geven om aan de arbitrale onafhankelijkheid en/of onpartijdigheid te twijfelen. De onderbouwing voor deze stelling zou op de adjudicatieve functie van de arbiter kunnen worden teruggevoerd: betoogd kan worden dat een arbiter, in de hoedanigheid van 'private' rechter, 'recht' dient te spreken zonder enige vorm van vooringenomenheid.³⁵ Dit uitgangspunt is mooi verwoord door het Court of Appeal van Californië in juni 1993: '[a]ll litigants are entitled to a decision free from arbitrary considerations of race, gender, etc., and although arbitrators enjoy considerable latitude in the resolution of both factual and legal issues (...), they are under the same duty as judicial officers to render decisions free from any influence or consideration of the race, ethnic origin or gender of the parties' (curs. PR).³⁶

Naast het adjudicatieve argument zou de onderbouwing kunnen worden teruggevoerd op de 'openbare orde-exceptie'. In de vier jurisdicties van onderzoek speelt deze exceptie met name een rol in het kader van de vernietiging en/of erkenning en/of tenuitvoerlegging van arbitrale uitspraken. Zo is sprake van strijd met de Nederlandse openbare orde indien 'de inhoud of uitvoering van het vonnis strijd oplevert met dwingend recht van een zo fundamenteel karakter dat de naleving ervan niet door beperkingen van procesrechtelijke aard mag worden verhinderd' (art. 1065

³⁴ Toelichting gebruikte symbolen: ♂: man, ♀: vrouw.

³⁵ Vgl. art. 12 van de Loi n° 09/2004 du 29 avril 2004 portant code d'éthique judiciaire (Rwanda): 'Le juge doit adopter une conduite propre à assurer à tous un traitement égal, sans discrimination aucune notamment de race, de couleur, d'origine, d'ethnie, de clan, de sexe, d'opinion, de religion ou de position sociale' (vindplaats: via www.rlrc.gov.rw). Vgl. NVvR-rechterscode, par. 2.3.1: 'De rechter spreekt recht zonder vooroordeel of voorkeur. De rechter is zich daarom bewust van zijn persoonlijke vooroordelen en voorkeuren en vraagt zich bij zijn oordeelsvorming telkens af of die daarvan vrij is. (...)' (vindplaats: via nvvr.org/over-nvvr/kernwaarden). Vgl. Shaman 1996, p. 626.

³⁶ U.S. Court of Appeal of California, First District, Division Five 18 juni 1993 (*Betz/Pankow*), 16 Cal. App. 4th 919.

lid 1 aanhef en sub e Rv).³⁷ Betoogd zou kunnen worden dat hieronder ook het discriminatieverbod kan worden geschaard. Ter illustratie kan worden gewezen op hetgeen het Tribunal fédéral overwoog in november 1990: '[g]egen den Ordre public verstösst die materielle Beurteilung eines streitigen Anspruchs nur, wenn sie fundamentale Rechtsgrundsätze verletzt und daher mit der Rechts- und Wertordnung schlechthin unvereinbar ist. Zu diesen Grundsätzen gehören (...), das Diskriminierungsverbot (...)'.³⁸ Onder het (algemene) discriminatieverbod zou wellicht ook een verbod op gender-discriminatie kunnen worden geschaard.³⁹

5.3.2 Invulling: arbitrale wet- en regelgeving en (scheids)rechterlijke uitspraken

173. Arbitrale wet- en regelgeving en (scheids)rechterlijke uitspraken: geen rechtstreeks verband

In de bestudeerde arbitrale wet- en regelgeving staan geen bepalingen opgenomen die de factor gender rechtstreeks in verband brengen met de verplichting tot arbitrale onafhankelijkheid en onpartijdigheid. Eenzelfde observatie gaat op ten aanzien van (scheids)rechterlijke uitspraken. Dit is anders voor overheidsrechters. Zo wordt in een 'Avis sur les mesures qui pourraient être prises pour mieux garantir l'autorité judiciaire contre la mise en cause injustifiée de tel ou tel de ses membres' van de Franse Raad voor de Rechtspraak (de 'Conseil supérieur de la magistrature') uit maart 2004 aangegeven: 'Il s'agirait donc d'affirmer qu'un juge *ne peut être récusé à raison de son sexe, de son orientation sexuelle, de son origine, de son appartenance ou de sa non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une nation, une race, une religion ou un courant de pensée déterminé*' (curs. PR).⁴⁰ Het Cour de cassation overwoog in september 2010: '(...) le seul fait qu'une juridiction collégiale soit composée de juges du même sexe n'est pas en soi de nature à faire peser sur ces juges un quel-

37 HR 21 maart 1997, ECLI:NL:HR:1997:AA4945, NJ 1998/207 (*Eco Swiss China Time/Benetton International*), r.o. 4.2.

38 Tribunal fédéral 14 november 1990, 116 II 634, r.o. 4. In gelijke bewoordingen: Tribunal fédéral 12 maart 2018, nr. 4A_450/2017, r.o. 5.1; Tribunal fédéral 11 juli 2017, nr. 4A_50/2017, r.o. 4.1; Tribunal fédéral 21 mei 2015, nr. 4A_634/2014, r.o. 5; Tribunal fédéral 8 maart 2006, nr. 4P.278/2005, r.o. 2.2.1; Tribunal fédéral 14 juni 2000, nr. 4P.12/2000, r.o. 4.aa; Tribunal fédéral 19 april 1994, 120 II 155, r.o. 6a).

39 Vgl. U.S. Court of Appeal of California, First District, Division Five 18 juni 1993 (*Betz/Pankow*), 16 Cal. App. 4th 919: 'Respondent agrees that decisions biased by discriminatory considerations of race, ethnicity or gender are not tolerated by the adjudicatory process, whether in the courts or in alternative forums for dispute resolution. Given the strong public policy against discrimination on the basis of race, ethnic origin, gender, etc. (...), appellant's right to a hearing free from such bias is not in dispute.' Vgl. U.S. Court of Appeal of California, First District, Division Two 27 juni 1995 (*Catchpole/Brannon*), nr. A062338: 'The issue of judicial gender bias obviously involves both a public interest and the due administration of justice'.

40 Réponse du conseil supérieur de la magistrature par son avis en date du 11 mars 2004 (vindplaats: via www.conseil-superieur-magistrature.fr). Vgl. één van de aanbevelingen in een rapport dat in opdracht van de (toenmalige) Franse President Chirac werd geschreven door de Commissie 'Stasi', een 'Commission de réflexion sur l'application du principe de laïcité dans la République': '(...) préciser que les agents publics ne peuvent être récusés en raison de leur sexe, race, religion ou pensée' (13 december 2003, p. 68, zie: www.vie-publique.fr/sites/default/files/rapport/pdf/034000725.pdf). Vgl. Charte éthique voor de (Zwitserse) 'juges du Tribunal administratif fédéral': rechters '(...) évitent toute forme de discrimination à raison de la culture, de l'orientation politique, de la religion, du sexe, de la race, de l'appartenance ethnique ou de la nationalité' (par. 5, onderdeel van 'II. Impartialité', vindplaats: www.bvger.ch/bvger/fr/home/le-tribunal-administratif-federal/ethik-charta.html).

conque soupçon légitime de partialité'.⁴¹ In november 1999 volgde een vergelijkbare overweging door het Engelse Court of Appeal: '[w]e cannot, however, conceive of circumstances in which an objection could be soundly based on the religion, ethnic or national origin, gender, age, class, means or sexual orientation of the judge'.⁴² De Rechtbank Amsterdam overwoog in april 2015 dat 'de (objectief gerechtvaardigde schijn van) vooringenomenheid van de rechters niet kan worden afgeleid uit hun godsdienst, levensovertuiging, politieke gezindheid, ras of geslacht (...)'.⁴³ De Rechtbank Midden-Nederland gaf in december 2016 meer inzicht in de vraag naar het waarom van een dergelijke benadering: '[v]ooropgesteld wordt dat een rechter uit hoofde van zijn of haar aanstelling wordt vermoed onpartijdig te zijn. Dit geldt ongeacht diens godsdienst, levensovertuiging, politieke gezindheid, ras of geslacht'.⁴⁴

Op grond van bovenstaande lijkt, zij het voorzichtig, te kunnen worden geconcludeerd dat de factor gender op zichzelf genomen geen aanleiding geeft om aan de onafhankelijkheid en onpartijdigheid van een overheidsrechter te kunnen twifelen.⁴⁵ Het is echter niet duidelijk of een dergelijke conclusie ook voor arbiters opgaat. Nu een rechtstreeks verband tussen de factor en de verplichting tot arbitrale onafhankelijkheid en onpartijdigheid in de arbitrale wet- en regelgeving en (scheids)rechterlijke uitspraken van de vier jurisdicties en vier arbitrage-instituten van onderzoek ontbreekt, zal hieronder met behulp van rechtsvergelijkende inzichten worden geprobeerd om enig licht te werpen op de vraag of sprake is van enig verband tussen de factor gender en de onafhankelijkheid en/of onpartijdigheid van arbiters.

174. De wijze van arbitrale besluitvorming

Zoals naar voren kwam, zou de onderbouwing voor de stelling dat sprake is van een verband tussen de factor gender en de arbitrale onafhankelijkheid en/of onpartijdigheid kunnen worden teruggevoerd op het adjudicatieve argument en de openbare orde-exceptie.⁴⁶ In het verlengde hiervan is de vraag van belang wanneer sprake is van ongeoorloofde gender-discriminatie. In de literatuur komt naar voren dat bepaalde elementen soms (al dan niet bewust) een rol kunnen spelen in het kader van de besluitvorming van arbiters.⁴⁷ Hier komt men op het terrein van de arbitrale

41 Cour de cassation (chambre civile 2) 16 september 2010, nr. 10-01.121. Vgl. Hessisches Landessozialgericht 27 november 2002, L 5 V 1038/01, L 5 V 1095/01: 'Das Geschlecht des Richters bzw. der RichterIn als solches bildet selbst bei sexualbezogenem Verfahrensgegenstand keinen Ablehnungsgrund (...)' (bron van de geciteerde rechtsoverweging: openjur.de/u/294108.html).

42 Court of Appeal (Civil Division) 17 november 1999 (*Locabail (UK) Ltd/Bayfield Properties Ltd e.a.*), [1999] EWCA Civ 3004, r.o. 25.

43 Rb. Amsterdam (wrakingskamer) 8 april 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:6785, r.o. 2.5.

44 Rb. Midden-Nederland (wrakingskamer) 5 december 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:6519, r.o. 2.5. In vergelijkbare bewoordingen: Rb. Midden-Nederland (wrakingskamer) 21 maart 2017, ECLI:NL:RBMNE:2017:1685, r.o. 3.3; Rb. Amsterdam (wrakingskamer) 8 april 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:6785, r.o. 2.5.

45 Vgl. U.S. Supreme Court 19 april 1994 (*J.E.B./Alabama*), 511 U.S. 127: 'Parties still may remove jurors whom they feel might be less acceptable than others on the panel; gender simply may not serve as a proxy for bias'.

46 Vgl. U.S. Court of Appeal of California, First District, Division Two 27 juni 1995 (*Catchpole/Brannon*), nr. A062338: 'The issue of judicial gender bias obviously involves both a public interest and the due administration of justice'.

47 Malleson 2002, p. 59-60.

besluitvorming.⁴⁸ Anders gezegd, het antwoord op de vraag of de factor gender aanleiding kan geven tot twijfels aan de arbitrale onafhankelijkheid en onpartijdigheid zou bevestigend kunnen luiden indien het geslacht van de betreffende arbiter invloed heeft op zijn/haar wijze van besluitvorming.

De vraag is wanneer sprake is van een dergelijke beïnvloeding. Deze vraag kan in twee sub-vragen worden opgesplitst: enerzijds speelt de vraag of en zo ja, op welke wijze vrouwelijke arbiters zich anders gedragen dan mannelijke arbiters (in de empirische literatuur is een dergelijk verschijnsel wel aangeduid als 'individual effects'), anderzijds speelt de vraag of, en zo ja, op welke wijze de aanwezigheid van een vrouwelijke arbiter in een scheidsgerecht enige(rlei) wijze invloed heeft op de (wijze van handelen door) mannelijke arbiters (in de empirische literatuur is een dergelijk verschijnsel wel aangeduid als 'panel effects').⁴⁹ Nu de invalshoek van dit onderzoek op de onafhankelijkheid en onpartijdigheid van de arbiter als individu ziet, wordt alleen op het verschijnsel van 'individual effects' ingegaan.⁵⁰ De invloed op de besluitvorming kan in dit verband opnieuw twee verschijningsvormen aannemen. Allereerst kan sprake zijn van feitelijke invloed op de besluitvorming: sprake is van een causaal verband tussen het geslacht van de arbiter en de uitkomst van een procedure.⁵¹ In sociaaljuridische literatuur is deze vorm van *de facto*-invloed aangeduid als 'gendered judging' of 'feminist judging' (indien duidelijk is dat sprake is van invloed die samenhangt met het vrouwelijke geslacht). In de literatuur is betoogd dat sommige zaken meer vatbaar voor 'gendered judging' of 'feminist judging' zouden zijn dan andere zaken.⁵² Illustratief is hetgeen het Court of Appeal, First Division van Californië in juni 1995 overwoog: '(...) judicial gender bias appears most likely to arise in litigation in which gender is material, such as sexual harassment and dis-

48 Vgl. Grossman 2012, p. 656.

49 Boyd, Epstein & Martin 2010, p. 389. Vgl. in dit verband de vergelijking die in de (overheidsrechtspraak) literatuur is gemaakt met het sprookje van 'de kleine zeemeermin': evenals de zeemeermin heeft de vrouwelijke rechter een offer moeten brengen om haar 'doel' te bereiken: de zeemeermin verkocht haar stem om met haar geliefde prins op het land te kunnen lopen; de vrouwelijke rechter verkoopt haar stem(recht) in de rechtszaal om deel uit te kunnen maken van het gerecht (Rackley 2002, p. 602-603). Vgl. Hunter 2015: de 'aanpassing' door vrouwelijke rechters zou twee kanten hebben: enerzijds wordt vrouwelijke rechters im- dan wel expliciet opgelegd niet uit de pas van de andere (mannelijke) rechters te lopen, anderzijds voelen zij zich verplicht om niet uit de pas te lopen onder meer om hun 'autoriteit' te vestigen (p. 127).

50 In de onderhavige paragraaf zal niet worden ingegaan op de vraag hoe (eventuele) *gender bias* binnen een scheidsgerecht zou kunnen worden opgeheven: deze vraag heeft betrekking op de zgn. 'panel effects'.

51 Vgl. Graycar 1998 waarin een zaak wordt besproken waarin door een advocaat uit Melbourne werd verzocht om herziening van een 'planning tribunal decision' op grond van de omstandigheid dat 'the tribunal was pregnant' (de rechter was vijf maanden zwanger); de rechter zou de zaak niet helder hebben gezien, want lijden aan 'the well known medical condition ('placidity') which detracts significantly from the intellectual competence of all mothers-to-be', aldus de advocaat. Het verzoek werd niet toegewezen (p. 4-5).

52 Hunter 2015, p. 134-135; Grossman 2012, p. 659. Vgl. Hunter 2015 waarin naar Engelse en Australische onderzoeken wordt verwezen die zouden aantonen 'that 'feminist' issues and approaches can incorporate a wider range of cases than simply 'gender' issues' waaronder eigendom, commerciële contracten, medische besluitvorming, omgevingsrecht en consumentenbescherming (p. 136). De volgende conclusie wordt getrokken: 'Thus, feminist judgments may be found in cases going well beyond the 'typical' areas identified' (id. p. 136).

crimination cases'.⁵³ Het verschijnsel van 'feminist judging' is in de literatuur aan de hand van twee theorieën verklaard.⁵⁴ Enerzijds zouden specifieke 'life experiences' van vrouwelijke rechters - te denken valt aan zwangerschap of de combinatie van werk en gezin - tot een andere invalshoek leiden dan de invalshoek van mannelijke rechters.⁵⁵ Anderzijds zouden vrouwen rechtspreken in een 'different voice'⁵⁶; waar vrouwen een 'ethic of care' tot uitgangspunt zouden nemen, zouden mannen juist uitgaan van een 'ethic of justice'.⁵⁷ Het is echter niet duidelijk, en ook lastig om te bewijzen, in hoeverre 'gendered judging' of 'feminist judging' invloed heeft op de (wijze van) besluitvorming van een (scheids)rechter.⁵⁸

Dit is anders bij de tweede verschijningsvorm: de schijn van beïnvloeding op de arbitrale besluitvorming die samenhangt met het geslacht van de (scheids)rechter. Interessant is hetgeen staat opgenomen in de Leidraad onpartijdigheid en nevenfuncties van de rechter van de Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak uit 2014: '[d]e rechter heeft, evenals ieder ander, bepaalde opvattingen over maatschappelijke, politieke en ethische kwesties, die zijn verdere oordelen *kunnen* beïnvloeden. Deze opvattingen *kunnen* deels samenhangen met: *geslacht*, ras, kleur, taal, godsdienst, politieke of andere mening, nationale of maatschappelijke afkomst, het behoren tot een nationale minderheid, vermogen, geboorte of andere status (...). Het bestaan van deze opvattingen is onvermijdelijk en hangt nauw samen met de maatschappelijke betrokkenheid en geïnteresseerdheid die noodzakelijk zijn om als rechter te kunnen functioneren' (curs. PR).⁵⁹ Toch zou een (scheids)rechter zich mijns inziens niet achter dit 'gegeven' van een zekere impliciete - want onbewuste - vooringe-

53 U.S. Court of Appeal of California, First District, Division Two 27 juni 1995 (*Catchpole/Brannon*), nr. A062338, onder verwijzing in voetnoot 5 naar onder meer Ninth Circuit Gender Bias Task Force, *The Effects of Gender in the Federal Courts: The Final Report of the Ninth Circuit Gender Bias Task Force*, juli 1993, p. 127.

54 Hunter 2015, p. 124-125. Het volgende voorbehoud wordt gemaakt: 'To the extent that both of these theories assume that all women share some essential characteristics, they have been subject to sustained critique.'²⁷ (id. p. 125).

55 Hunter 2015, p. 124.

56 Boyd, Epstein & Martin 2010, p. 390, onder verwijzing naar literatuur.

57 Hunter 2015, p. 125. Vgl. in het kader van een (ongegrond) wrakingsverzoek dat tegen een politierechter was gericht: Rb. Groningen (wrakingskamer) 6 juni 2008, ECLI:NL:RBGRO:2008:BD5037, r.o. 3: '(...) Daarnaast gaat het wrakingsverzoek - ten onrechte - uit van de vooronderstelling dat een vrouwelijke rechter verzoeker op een andere wijze zal bejegenen en beoordelen dan een mannelijke rechter. Deze vooronderstelling wordt door de wrakingskamer aanvaard noch gevolgd. Integendeel, nu de Grondwet uitgaat van een gelijke behandeling van de seksen kan genoemde vooronderstelling in onderhavige context zelfs als discriminatoir worden aangemerkt. De wrakingskamer wijst het verzoek tot wraking dan ook af'.

58 Uit diverse empirische onderzoeken zou volgen dat geen sprake is van significante 'gender effects' op de uitkomst van de arbitrage, zij het dat men voorzichtig dient te zijn met een (te) algemene conclusie nu ieder van de onderstaande onderzoeken in zekere zin op zichzelf staat en een eigen methodologie heeft, zie bijv. Thorncroft 1995, p. 35: 'In a multinomial logit analysis of a thirteen-year population data set (N=350) no significant gender effects were detected'; Steen, Perrewé & Hochwarter 1994, p. 302: 'Results from the present study indicate no gender effect on arbitration outcomes'; Oswald & Caudill 1991, p. 277: 'The results provide no evidence of a gender effect on arbitral decisions'; Scott & Shadoan 1989, p. 436: 'This study indicates that one demographic characteristic, gender, does not systematically bias or influence arbitration decisions in discharge and discipline cases'; Bigoness & DuBose 1985, p. 489: 'For now, it appears that research does not support concerns about possible gender bias influencing arbitrators' decision'. Zie voor andere bevindingen bijv. Caudill & Oswald 1993, p. 261; Bemmels 1988a, p. 251; Bemmels 1988b, p. 63.

59 Leidraad onpartijdigheid en nevenfuncties van de rechter, januari 2014, p. 11.

nomenheid mogen verschuilen.⁶⁰ Mijns inziens mag een zekere mate van bewustwording worden verwacht en, in het verlengde hiervan, verantwoordelijkheid die een (scheids)rechter neemt door niet langer betrokken te zijn bij de procedure. In dit kader kan ook worden verwezen naar hetgeen in de Bangalore Principles of Judicial Conduct staat opgenomen: '[a] judge shall be aware of, and understand, diversity in society and differences arising from various sources, including but not limited to race, colour, sex, religion, national origin, caste, disability, age, marital status, sexual orientation, social and economic status and other like causes (...)'.⁶¹

175. Het verschijnsel *gender bias*

Hoe nu zouden de voornoemde twee verschijningsvormen aanleiding kunnen geven tot twijfels aan de arbitrale onafhankelijkheid en onpartijdigheid? Interessant is hetgeen in Amerikaanse jurisprudentie naar voren komt: betoogd zou kunnen worden dat men hier met het verschijnsel van de zgn. *gender bias* een tussenvorm aantreft die aanleiding zou kunnen geven tot twijfels aan de arbitrale onafhankelijkheid en onpartijdigheid.⁶² Een (werk)definitie van het, in de jaren tachtig van de vorige eeuw in de Verenigde Staten opgekomen, verschijnsel 'gender bias' is onder meer afkomstig van het Advisory Committee on Gender Bias in the Courts.⁶³ Dit comité, dat in de jaren tachtig van de twintigste eeuw door de Judicial Council van de gerechten van de Staat Californië in het leven is geroepen om aanbevelingen te formuleren die tot meer 'gender fairness' zouden moeten leiden,⁶⁴ omschreef *gender bias* als volgt:

'[b]ehavior or decision making of participants in the justice system which is based on or reveals (1) stereotypical attitudes about the nature and roles of women and men; (2) cultural perceptions of their relative worth; and (3) myths and misconceptions about the social and economic realities encountered by both sexes' (onderstreping PR).⁶⁵

60 Vgl. Carrara 2020, p. 513: 'Nowadays, it is common knowledge that implicit bias, such as cognitive, cultural, ethical and gender bias, may have a distorting effect in decision-making. (...)'. Vgl. de (digitale) 'Implicit Association Test'. Uit de volgende categorieën kan een keuze worden gemaakt: 'Race (Black-White IAT)', 'Skin-tone (Light Skin-Dark Skin IAT)', 'Age (young-old IAT)', 'Weight (Fat-Thin IAT)', 'Countries (UK-United States IAT)', 'Gender (Gender-Science IAT)' en 'Sexuality (Gay-Straight IAT)' (vindplaats: implicit.harvard.edu/implicit/uk/takeatest.html).

61 Bangalore Principles of Judicial Conduct 2002, par. 5.1 - onderdeel van 'Value 5 - Equality'. Zie ook bijv. het volgende 'principe' van de (oude) Principes de Déontologie Judiciaire van de Conseil canadien de la magistrature uit 2004: 'Les juges s'efforcent d'être conscients des particularités découlant, en outre, du sexe, de la race, des croyances religieuses, des caractéristiques ethniques, de la culture, de l'orientation sexuelle ou d'une déficience, et ils s'efforcent de comprendre ces particularités', onder het kopje 'Égalité' (vindplaats: cjc-ccm.ca/fr/centre-de-ressources/publications/principes-de-deontologie-judiciaire-2004), vgl. (algemeen) Huppé 2004.

62 Zie over 'gender bias' in het kader van overheidsrechtspraak bijv. Miller 2019; Hensler 1993; Ruble Round 1988.

63 Zie daarnaast bijv. Missouri Task Force on Gender and Justice, Report, 1993; Connecticut Task Force on Gender, Justice and the Courts; Ninth Circuit Gender Bias Task Force; Washington State Task Force on Gender and Justice in the Courts.

64 Het comité richtte zich op de volgende (rechts)gebieden: 'Civil Litigation and Courtroom Demeanor, Family Law, Domestic Violence, Juvenile and Criminal Law, and Court Administration' (p. 1).

65 Judicial Council of California, Achieving Equal Justice for Women and Men in the Courts, The Draft Report of the Judicial Council Advisory Committee on Gender Bias in the Courts, 23 maart 1990, p. 2 (bron: digitalcommons.law.ggu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1401&context=caldocs_agencies). Zie ook: Judicial Council of California, Achieving Equal Justice for Women and Men in the California Courts, Final Report,

In deze omschrijving lijken de hiervoor beschreven twee verschijningsvormen terug te komen: i) de feitelijke invloed ('reveals (...) attitudes'), en ii) de schijn van beïnvloeding ('based on (...) perceptions' en 'based on (...) myths and misconceptions').⁶⁶ Vanuit het perspectief van een objectieve derde zal vervolgens worden beoordeeld of sprake is van 'gender bias', aldus het First District Court of Appeal van Californië in juni 1993: 'with regard to claims of racial, ethnic, religious or gender bias arbitrators should be held to the same standard pertaining to judicial officers - they should be disqualified if a person aware of the facts might reasonably entertain a doubt that the arbitrator would be able to be impartial'.⁶⁷

De lat om tot het oordeel te komen dat sprake is van *gender bias* bij een arbiter ligt evenwel hoog. Anders gezegd: een geslaagd beroep op *gender bias* is zeldzaam.⁶⁸ Zo overwoog het Court of Appeal van Californië in januari 2020: '[a] constitutional finding of judicial gender bias is appropriate only when "extreme facts" demonstrate a probability of actual bias'.⁶⁹ Illustratief is ook een uitspraak van het District Court for the Middle District van Florida uit maart 1994.⁷⁰ Dit gerecht wees een vordering tot vernietiging van een arbitraal vonnis af waarbij verweerder ('Defendant') had betoogd dat de wijze waarop de mannelijke arbiter de vrouwelijke advocaat van verweerder had aangesproken - met woorden als 'young lady', 'the lady' en 'ma'am' - aanleiding zou geven voor het oordeel dat sprake was van *gender bias*. Nadat het

juli 1996, p. 5, 27 (vindplaats: www.courts.ca.gov/documents/f-report.pdf). Vgl. Malin & Biernat 2008, p. 177. Zie ook bijv. Washington State Task Force on Gender and Justice in the Courts, Final Report, 1989, p. 1: 'Gender bias exists when decisions are made or actions are taken based on preconceived notions about the nature, roles, and abilities of men and women rather than upon evaluation of each individual situation. Gender bias also is evident in society's perception of the value of women's and men's work, and the myths and misconceptions about the social and economic realities of women's and men's lives. Gender bias can be reflected in individual actions as well as in cultural traditions and institutional practices' (vindplaats: via www.courts.wa.gov/committee). Vgl. Hon. Lawrence H. Cooke, Remarks at the Press Conference Announcing the Formation of the New York Task Force on Women in the Courts at the Association of the Bar of the City of New York op 31 mei 1984: 'Gender bias occurs when decisions are made or actions taken because of weight given to preconceived notions of sexual roles rather than upon a fair and unswayed appraisal of merit as to each person or situation' (bron van de informatie: Report of the New York Task Force on Women in the Courts, *Fordham Urban Law Journal* 1986/1987, afl. 1, p. 168).

66 Vgl. Girvan, Deason & Borgida 2015, p. 526: 'Decisions are potentially impacted by gender bias in three different ways: Incongruity between general social stereotypes connecting certain occupations with assumptions about the gender of individuals who work there, explicit or consciously held attitudes about gender, and implicit gender bias', onder verwijzing naar literatuur.

67 U.S. Court of Appeal of California, First District, Division Five 18 juni 1993 (*Betz/Pankow*), 16 Cal. App. 4th 919 (bron van de uitspraak: Lani Bader 1995, vn. 32 (p. 47)). Opmerkelijk aan deze zaak was dat eiseres, ter onderbouwing van haar vernietigingsvordering, op enkele verklaringen wees die door de vrouwelijke arbiter van het scheidsgerecht zouden zijn afgegeven en die de stelling van eiseres dat het arbitraal vonnis was beïnvloed door *gender bias* ondersteunden. Het Court of Appeal van Californië legde in juni 1995 de volgende maatstaf aan: 'where it is "reasonably clear that [the trial judge] entertained preconceptions about the parties because of their gender ... [which make] it impossible for [a party] to receive a fair trial."', zie: U.S. Court of Appeal of California, First District, Division Two 27 juni 1995 (*Catchpole/Brannon*), nr. A062338, onder verwijzing naar U.S. Court of Appeal of California, Fourth District, Division Three 29 december 1992 (*In re Marriage of Iverson*), 11 Cal. App. 4th 1495.

68 Zie bijv. (empirisch onderzoek) Malin & Biernat 2008, p. 209.

69 U.S. Court of Appeal of California, Second Appellate District, Division Eight 22 januari 2020 (*Schmidt/Superior Court*), 44 Cal. App. 5th 570, onder verwijzing naar Supreme Court of California 21 januari 2010 (*The People/Freeman*), 47 Cal. 4th 993.

70 U.S. District Court for the Middle District of Florida 16 maart 1994 (*Smith/Prudential Securities Inc.*), 846 F. Supp. 978.

gerecht aangaf dat 'gender bias is difficult to prove', kwam het tot het oordeel dat 'the facts surrounding Defendant's allegation of gender bias are not substantial enough to support vacating the arbitration award'.⁷¹ Daarnaast kan worden gewezen op een uitspraak van het Court of Appeal van Californië uit juni 1993 waarin tevergeefs werd geprobeerd om een arbitraal vonnis te laten vernietigen op grond van *gender bias*.⁷² Eiseres verweet de mannelijke arbiters, in de woorden van het hof, dat 'in arriving at their decision, the male arbitrators considered irrelevant and improper matter outside the record that reflects gender bias (...)'. Dit verwijt baseerde eiseres op een verklaring van de derde (vrouwelijke) arbiter van het scheidsgerecht. Het hof wees de vordering tot vernietiging af, waarbij het enerzijds overwoog dat de verklaring van deze derde arbiter niet voldoende feiten bevatte om het verwijt van eiseres te ondersteunen, en anderzijds dat aan de verklaring ook geen gewicht werd toegekend 'since the test is objective and judged by the perspective of the hypothetical reasonable person'.⁷³ Zelfs een assumptie van het hof dat de verklaring het verwijt van *gender bias* zou ondersteunen, kon eiseres niet helpen: in dit verband diende gewicht te worden toegekend aan een verklaring die afkomstig was van de twee mannelijke arbiters en 'a reasonable explanation' bood waarom deze 'matters' toch 'may have been discussed', aldus het hof.⁷⁴

176. Jurisprudentiële voorbeelden van een geslaagd beroep op *gender bias*

De lat om tot het oordeel te komen dat sprake is van *gender bias* is aldus hoog.⁷⁵ Zijn er wel voorbeelden die onder de noemer van *gender bias* vallen?

Hoewel mij geen rechterlijke uitspraken bekend zijn waarin een geslaagd beroep op *gender bias* is gedaan die verband hield met arbitrale vooringenomenheid, kunnen in de Amerikaanse jurisprudentie wel een aantal gerechtelijke uitspraken worden gevonden waarin een geslaagd beroep op *gender bias* is gedaan in het kader van niet-arbitrale procedures.⁷⁶ Zo overwoog het Supreme Court van

71 Vgl. Comment on Rule 2.3 van de ABA Model Code of Judicial Conduct 2020, par. 2: 'Examples of manifestations of bias or prejudice include but are not limited to epithets; slurs; demeaning nicknames; negative stereotyping; attempted humor based upon stereotypes; threatening, intimidating, or hostile acts; suggestions of connections between race, ethnicity, or nationality and crime; and irrelevant references to personal characteristics. (...)'. (vindplaats: via www.americanbar.org).

72 U.S. Court of Appeal of California, First District, Division Five 18 juni 1993 (*Betz/Pankow*), 16 Cal. App. 4th 919.

73 U.S. Court of Appeal of California, First District, Division Five 18 juni 1993, 16 Cal. App. 4th 919.

74 U.S. Court of Appeal of California, First District, Division Five 18 juni 1993, 16 Cal. App. 4th 919. Vgl. U.S. Supreme Court of California 2 augustus 2010 (*Haworth c.s./Superior Court*), 50 Cal. 4th 372: 'Unlike cases in which evidence of gender bias has required disqualification of a judge, the subject matter of this arbitration was not such that the circumstance of gender was material, or that gender stereotyping was likely to enter into the decision made by the arbitrators'.

75 Zie bijv. Appellate Court of Connecticut 5 september 2000 (*Wendt/Wendt*), 59 Conn. App. 656: 'The plaintiff has failed to provide a single shred of evidence showing gender bias or even an inference or the appearance of gender bias by the court'; U.S. District Court for the District of New Jersey 16 augustus 2007 (*Bentley/Atlantic County, New Jersey, c.s.*), nr. 05-2492: 'There is no other evidence that Connelly's decision was motivated, even in part because of Bentley's race and gender'.

76 Zie ook Judicial Council Advisory Committee on Access and Fairness with the assistance of the Orange County Bar Association Gender Equity Committee, Guidelines for Judicial Officers - Avoiding the Appearance of Bias, 1996, p. 10-14 (vindplaats: www.courts.ca.gov/documents/genderb.pdf). Vgl. U.S. Court of Appeal of California, First District, Division Two 27 juni 1995 (*Catchpole/Brannon*), nr. A062338: '(...)

Californië in december 1948 dat de omschrijving van een getuigenis, die door een vrouw in het kader van een door haar aangespannen alimentatieprocedure was afgelegd, welke getuigenis als 'washing of the dirty linen' door de zittingsrechter was aangeduid, niet door de beugel kon: '[s]uch conduct on the part of the trial judge, indicating his unsympathetic attitude toward the litigation, does not accord with recognized principles of judicial decorum consistent with the presentation of a case in an atmosphere of fairness and impartiality, and it cannot be condoned', aldus het gerecht.⁷⁷ In december 1992 overwoog het Court of Appeal van Californië dat een zittingsrechter in het kader van een echtscheidingsprocedure, die door de vrouw was aangespannen, zijn boekje te buiten was gegaan door de vrouw onder meer 'lovely girl' te noemen terwijl de rechter geen vergelijkbare aanduiding voor de man gebruikte.⁷⁸ Het hof viel over het gebruik van het woord 'lovely': dit woord 'is used in juxtaposition to "education," "background in business," and "material wealth," to indicate Cheryl's limited credibility as a witness. There is thus more than a faint whiff of "romantic paternalism" in the choice of the word', aldus het hof. Het gebruik van het woord 'girl' bewoog het hof ertoe te overwegen dat 'it cannot be gainsaid that, whatever the judge's actual gender bias, the description of Cheryl - a woman in her 40's-as a "girl" seriously detracts from the appearance of justice'.⁷⁹ In augustus 1984 overwoog het Supreme Court van Minnesota dat (onder meer) het aanduiden van een vrouwelijke advocaat als 'lawyerette' en het aanduiden van een andere vrouwelijke advocaat, die was 'employed by the Minnesota Attorney General's office', als 'attorney generalette', aanleiding gaf om de betreffende rechter te berispen.⁸⁰ De strekking van hetgeen in deze uitspraken naar voren komt, sluit aan op hetgeen het Tribunal fédéral in mei 1992 overwoog: '[p]our que la récusation d'un arbitre puisse être demandée, il faut qu'il existe des faits qui justifient objectivement la méfiance. Celle-ci ne saurait reposer sur le seul sentiment subjectif d'une des parties; un tel sentiment ne peut être pris en considération que s'il est fondé sur des faits concrets, et si ces faits sont, en eux-mêmes,

judicial gender bias appears most likely to arise in litigation in which gender is material, such as sexual harassment and discrimination cases', onder verwijzing (in voetnoot 5) naar Judicial Council of California, Achieving Equal Justice for Women and Men in the Courts, The Draft Report of the Judicial Council Advisory Committee on Gender Bias in the Courts, 23 maart 1990, p. 24-25. Vgl. Washington State Task Force on Gender and Justice in the Courts, Final Report, 1989, p. 1: 'Examples of gender bias in the courts include the attitude that domestic violence is a family matter, custody decisions that assume all mothers are better child care givers than fathers, and the belief that a female witness is less credible than a male witness'.

77 U.S. Supreme Court of California 3 december 1948 (*Webber/Webber*), 33 Cal.2d 153. Vgl. Supreme Court of California, Department Two 5 december 1903 (*Pratt/Pratt*), 141 Cal. 247.

78 U.S. Court of Appeal of California, Fourth District, Division Three 29 december 1992 (*In re Marriage of Iverson*), 11 Cal. App. 4th 1495.

79 Vgl. State of New York Commission on Judicial Conduct, 26 januari 1983 waarin een rechter van het Supreme Court, Second Judicial District (Kings County) werd berispt vanwege het (meermaals) aanspreken van een advocaat als 'little girl' (vindplaats: cjc.ny.gov/Publications/AnnualReports/nyscjc.1984annualreport.pdf#page=93, p. 104-106).

80 U.S. Supreme Court of Minnesota 17 augustus 1984 (*Complaint Concerning Kirby*), 354 N.W.2d 410: 'We agree with Judge Stone that such behavior is conduct prejudicial to the administration of justice that brings the judicial office into disrepute. (...) Male and female attorneys should be treated with equal respect and courtesy by the judges before whom they appear'.

propres à justifier objectivement et raisonnablement un tel sentiment chez une personne réagissant normalement (...)’ (curs. PR).⁸¹

Niet alleen ‘the use of language indicating gender bias’ kwam in de hierboven aangehaalde uitspraak van het Court of Appeal van Californië van december 1992 naar voren, de betreffende rechter ‘also appears to have employed gender-based stereotypes in his decisionmaking process’, aldus het hof.⁸² In de ogen van het hof kwam de argumentatie van de rechter erop neer dat ‘lovely’ vrouwen degenen zijn die welgestelde mannen, ‘who do not look like “Adonis”’, vragen om te trouwen, en daarom zou de vrouw niet geloofwaardig zijn toen zij getuigde dat de man haar ten huwelijk vroeg.⁸³ Het hof overwoog: ‘[t]he error here is the application of a generality to specific individuals. (2) It is the essence of our system of justice that individuals shall be judged on their own merits, not on some characteristic they happen to share with other people’. Daarnaast werd de overweging van de rechter – ‘And why, in heaven’s name, do you buy the cow when you get the milk free, as we used to say. And, so, he’s getting the milk free. And Cheryl is living with him in his home’ – bestempeld als ontoelaatbaar en omschreven als ‘an obvious double standard based on stereotypical sex roles’, en ‘[a]gain’ een “predetermined disposition” to rule against her based on her status as a woman’.⁸⁴ De conclusie luidde dan ook, zelfs als het hof aan zou nemen dat de rechter ‘in this matter harbored no direct bias against Cheryl as an individual’,⁸⁵ zijn uitlatingen ‘still’ niet in overeenstemming waren ‘with recognized principles of fairness’.⁸⁶ Het stond buiten kijf dat ‘the appearance of justice (...) is clearly absent’, aldus het hof.⁸⁷

In juni 1995 overwoog het Court of Appeal van Californië dat een ‘superior court judge sitting without a jury’ in een procedure waarin een voormalig werknemster haar werkgever onder meer seksuele intimidatie verweet, de schreef was overgegaan tijdens het verhoren van de werknemster.⁸⁸ Het hof overwoog dat twee factoren ‘the strong impression of gender bias’ creëerden. De eerste factor hing samen met de ‘tenor of the proceedings’ en het ongeduld dat de betreffende rechter ‘repeatedly’ liet merken hetgeen ‘conveyed the sense he considered sexual harassment cases “detrimental to everyone concerned” and a misuse of the judicial

81 Tribunal fédéral 11 mei 1992, r.o. 2.dd), *ASA Bulletin* 1992, afl. 3, p. 392 (zie over deze uitspraak ook bijv. Gaillard & Savage 1999, nr. 1033).

82 U.S. Court of Appeal of California, Fourth District, Division Three 29 december 1992 (*In re Marriage of Iverson*), 11 Cal. App. 4th 1495. Zie voor (andere) voorbeelden van berispingen van rechters wegens bepaalde opmerkingen tegenover vrouwen: State of California, Commission on Judicial Performance & Supreme Court Cases, *Judicial Misconduct Involving Bias: Ethnicity, Nationality, Race, Gender & Sexual Orientation* 2022, nr. 4, p. 7-11 (vindplaats: via cjp.ca.gov).

83 U.S. Court of Appeal, Fourth District, Division 3, California 29 december 1992, 11 Cal. App. 4th 1495.

84 U.S. Court of Appeal, Fourth District, Division 3, California 29 december 1992, 11 Cal. App. 4th 1495.

85 Vgl. de Concurring Opinion van Justice Moore: ‘While I concur in the result, I do not join in the zeal of my colleagues in flogging the trial judge for actual bias. I disdain (...) bias of whatever kind. However, I do not agree that the trial court’s comments read in context establish actual bias. (...) I do not agree the record establishes the judge who presided over the trial’s first phase was biased in fact against Cheryl or women in general. (...) Nonetheless, I agree the trial judge’s comments gave the appearance of a lack of impartiality. (...)’

86 U.S. Court of Appeal, Fourth District, Division 3, California 29 december 1992, 11 Cal. App. 4th 1495.

87 U.S. Court of Appeal, Fourth District, Division 3, California 29 december 1992, 11 Cal. App. 4th 1495.

88 U.S. Court of Appeal of California, First District, Division Two 27 juni 1995 (*Catchpole/Brannon*), nr. A062338.

system', aldus het hof.⁸⁹ De tweede factor hing samen met de beoordeling van de geloofwaardigheid van de werkneemster: het oordeel van de rechter dat de werkneemster niet 'believable' was, zou steunen op 'stereotyped thinking about women and misconceptions of the social and economic realities many women confront', aldus het hof.⁹⁰ De twee factoren in samenhang beschouwd, brachten het hof tot het volgende oordeel: '(...) the court's comments reflect a predetermined disposition to rule against appellant based on her status as a woman',⁹¹ waaraan het hof toevoegde: '[w]e must also keep in mind, however, that the source of judicial authority lies ultimately in the faith of the people that a fair hearing may be had. Judicial behavior inimical to that necessary perception can never be countenanced and may well provide a basis for reversal even if not the product of gender bias' (curs. PR).⁹² Evenals het Court of Appeal van Californië in december 1992 had overwogen, leidde de schijn van beïnvloeding ook in het onderhavige geval tot het oordeel dat sprake was van 'gender bias'.⁹³

Tot slot is interessant hetgeen het Court of Appeal van Californië, onder verwijzing naar de hiervoor besproken uitspraken, overwoog in januari 2020: om tot '[a] constitutional finding of judicial gender bias' te komen, zouden gerechten de volgende maatstaf aanleggen: 'whether it is reasonably clear [dat de rechter, PR] entertained preconceptions about the parties because of their gender that made it impossible for a party to receive a fair trial'.⁹⁴

177. Arbitrale *gender bias* en de disclosure-verplichting

In de hiervoor besproken uitspraken stond de vraag centraal of sprake was van *gender bias* tijdens een gerechtelijke procedure. Het verschijnsel van *gender bias* zou echter ook een rol kunnen spelen voorafgaande aan een (scheidings)rechterlijke procedure, bijvoorbeeld in het kader van de disclosure-verplichting.⁹⁵ In dit verband springt een uitspraak van het Supreme Court van Californië, dat in augustus 2010 het Court of Appeal terugfloot, in het oog.⁹⁶ Het hof weigerde de vernietiging door het Superior Court van een arbitraal vonnis terug te draaien op grond van de omstandigheid dat de 'neutral arbitrator' van het scheidsgerecht had verzuimd mede te delen dat hij in zijn hoedanigheid van rechter publiekelijk was berispt ('censured')

⁸⁹ U.S. Court of Appeal of California, First District, Division Two 27 juni 1995, nr. A062338.

⁹⁰ U.S. Court of Appeal of California, First District, Division Two 27 juni 1995, nr. A062338.

⁹¹ '(...) The judge's expressed hostility to sexual harassment cases and the stereotypical attitudes and misconceptions he adopted provide a reasonable person ample basis upon which to doubt whether appellant received a fair trial'.

⁹² U.S. Court of Appeal of California, First District, Division Two 27 juni 1995, nr. A062338.

⁹³ Zie ook: U.S. Court of Appeal of California, Fourth District, Division Three 29 januari 1999 (*Hall/Harker*), 69 Cal. App. 4th 836: 'But Catchpole and Iverson and the cases on which they rely clearly focus on the appearance of unfairness when a judge reveals preconceived ideas based on stereotypes'.

⁹⁴ U.S. Court of Appeal of California, Second Appellate District, Division Eight 22 januari 2020 (*Schmidt/Superior Court*), 44 Cal. App. 5th 570.

⁹⁵ Vgl. Disco 1993, vn. 122 (p. 133). Zie voor voorbeelden van 'bias even in chambers': Judicial Council of California, Advisory Committee on Access and Fairness, Guidelines for Judicial Officers - Avoiding the Appearance of Bias, augustus 1996, p. 15.

⁹⁶ U.S. Supreme Court of California 2 augustus 2010 (*Haworth c.s./Superior Court*), 50 Cal. 4th 372. Zie over deze uitspraak ook bijv. Born 2021a, vn. 1542 (p. 2041).

vanwege seksueel getint en kleinerend gedrag jegens vrouwen. Het Supreme Court kon zich in een dergelijke disclosure-verplichting niet vinden en overwoog: '[t]he arbitrator cannot reasonably be expected to identify and disclose all events in the arbitrator's past, including those not connected to the parties, the facts, or the issues in controversy, that conceivably might cause a party to prefer another arbitrator'.⁹⁷ Een dergelijke ruime interpretatie van de 'appearance-of-partiality rule' zou ertoe kunnen leiden dat arbitrale vonnissen ten prooi vallen aan 'after-the-fact attacks by losing parties searching for potential disqualifying information only after an adverse decision has been made', hetgeen 'would undermine the finality of arbitrations without contributing to the fairness of arbitration proceedings', aldus het gerecht.⁹⁸

Toch lijkt de gedachte dat *gender bias* eveneens een rol voorafgaande aan de arbitrage kan spelen, bijvoorbeeld in het kader van de disclosure-verplichting, niet vreemd: de omstandigheid dat een arbiter voorafgaande aan een arbitrage (al dan niet) publiekelijk is berispt in het kader van een gender-gerelateerde kwestie, zou immers ook een reden kunnen zijn om twijfels te hebben over zijn onbevangenheid tijdens de arbitrage.⁹⁹

5.3.3 Deelconclusie

178. Weinig aandacht voor *gender bias*

In deze paragraaf stond, kort gezegd, de vraag centraal in hoeverre de factor *gender* aanleiding kan geven tot twijfels aan de arbitrale onafhankelijkheid en/of onpartijdigheid. Hoewel de bestudeerde arbitrale wet- en regelgeving de factor niet op directe wijze in verband brengt met de onafhankelijkheid en/of onpartijdigheid van arbiters, is verdedigd dat de factor in bepaalde situaties wel aanleiding tot dergelijke twijfels zou kunnen geven. De onderbouwing voor dit standpunt kan worden teruggevoerd op een adjudicatief argument en/of op de openbare orde-exceptie. Twee situaties kunnen worden onderscheiden waarin de factor tot dergelijke twijfels aanleiding zou kunnen geven.¹⁰⁰ De eerste situatie ligt voor de hand: indien het geslacht van een partij en/of van zijn/haar advocaat feitelijke invloed heeft op de arbitrale besluitvorming,¹⁰¹ kan niet langer worden gesproken van een arbiter die in vrijheid

⁹⁷ U.S. Supreme Court of California 2 augustus 2010, 50 Cal. 4th 372.

⁹⁸ U.S. Supreme Court of California 2 augustus 2010, 50 Cal. 4th 372.

⁹⁹ Vgl. (naar analogie) U.S. Supreme Court 1 april 1991 (*Powers/Ohio*), 499 U.S. 400: 'To affirm that the Equal Protection Clause applies to strikes of individual jurors is effectively to abolish the peremptory challenge. As discussed in Swain, "irrelevant" personal characteristics are, by definition, the basis for using that device; relevant characteristics would produce recusal for cause. And as Swain also pointed out, the irrelevant characteristics relied upon are frequently those that would promptly trigger invalidation in other contexts - not only race, but religion, sex, age, political views, economic status'.

¹⁰⁰ Vgl. de Concurring Opinion van Justice Moore bij U.S. Court of Appeal of California, Fourth District, Division Three 29 december 1992 (*In re Marriage of Iverson*), 11 Cal. App. 4th 1495: 'It matters not whether there was actual bias, appearance of bias being sufficient to warrant reversal'.

¹⁰¹ Vgl. U.S. Court of Appeals for the Ninth Circuit 2 oktober 2001 (*Costa/Desert Palace, Inc., Dba Caesars Palace Hotel & Casino*), 268 F.3d 882 waarin wordt verwezen naar U.S. Court of Appeals for the First Circuit 9 april 1990 (*Jackson/Harvard University*), 900 F.2d 464: 'If a plaintiff can provide direct evidence that gender bias infected the decision making process, the Burdine framework becomes irrelevant and the burden shifts to defendant (...) Direct evidence is evidence which, in and of itself, shows a discriminatory animus'.

en onbevangenheid besluit. Het is de vraag of deze situatie niet louter theoretisch van aard is: welke arbiter vliegt zo (opvallend) uit de bocht dat van daadwerkelijke vooringenomenheid kan worden gesproken?

Minder theoretisch van aard lijkt de tweede situatie: in geval van een schijn van beïnvloeding van de arbitrale besluitvorming, die verband houdt met het geslacht van één van de partijen en/of van zijn/haar advocaat, kan niet langer worden gesproken van een onpartijdige arbiter. In Amerikaanse jurisprudentie komt naar voren dat niet alleen door overheidsrechters tijdens een mondelinge zitting gebruikte bewoordingen op *gender bias* kunnen wijzen; ook in een uitspraak gehanteerde - op gender gebaseerde - stereotypes kunnen tot het oordeel leiden dat sprake is van *gender bias*. De bewijslat ligt echter hoog. Allereerst is lastig om te bepalen welke bewoordingen en/of stereotypen precies tot het oordeel leiden dat sprake is van vooringenomenheid die is gebaseerd op het geslacht van één van de partijen en/of van zijn/haar advocaat. Niet alleen de inhoud is een mogelijk knelpunt: (de) vooringenomenheid dient voorts op enigerlei wijze zichtbaar te zijn: '[j]udicial decisions influenced by gender bias, but not exposed in a judge's statement of decision, are generally not reversible', zo komt in de literatuur naar voren.¹⁰² Ook in de tweede situatie is een geslaagd beroep op *gender bias* dan ook zeldzaam.¹⁰³

Kort en goed: hoewel het debat inzake genderdiversiteit levendig is en de hoeveelheid literatuur omvangrijk, komt het verschijnsel van *gender bias* vandaag de dag nog nauwelijks in arbitrale wet- en regelgeving en (scheids)rechterlijke uitspraken naar voren. Het roept de vraag op of met dit onderwerp niet meer zou moeten worden gedaan aangezien een dergelijke vooringenomenheid op gespannen voet kan staan met de verplichting tot arbitrale onafhankelijkheid en onpartijdigheid.

5.4 Nationaliteit

5.4.1 Inleiding

179. Eén uitgangspunt

In maart 2012 zou het Gerechtshof van Tunis hebben overwogen: '(...) belonging to a particular nationality is not a reason to deny the independence or impartiality of the arbitrator as this is said to encourage tribalism, which is an obsolete and

¹⁰² Mayer 1993, p. 110, vgl. p. 111.

¹⁰³ Zie bijv. U.S. Court of Appeal of California, Second Appellate District, Division Five 11 augustus 2016 (*Ellis/Lyons*), nr. B264040: 'We see nothing roughly comparable in our record here, and we reject Mother's claim the family law court's decision was infected by gender bias', onder verwijzing naar U.S. Court of Appeal of California, Fourth District, Division Three 29 december 1992 (*In re Marriage of Iverson*), 11 Cal. App. 4th 1495; U.S. Court of Appeal of California, Third District 31 oktober 2000 (*Lester/Lennane*), 84 Cal. App. 4th 536; Supreme Court of North Dakota 23 februari 1994 (*Dalin/Dalin*), 512 N.W.2d 685: 'However, we do not believe the above exchange evidences that the trial court based its custody determination on the misguided, stereotypical assumption that daughters require female caregivers, as Roland argues. (...) Under the circumstances, we conclude that the trial court's questions were not motivated by or evidence of gender bias'.

out dated concept' (curs. PR).¹⁰⁴ Deze overweging lijkt te stellig. Hoewel het uitgangspunt in veel arbitrale wet- en regelgeving is dat het partijen in beginsel vrijstaat om een arbiter te benoemen zonder dat de nationaliteit van de betreffende arbiter hieraan in de weg staat,¹⁰⁵ zou de 'usual practice in international arbitration' zijn dat in ieder geval de voorzitter van het scheidsgerecht en de unus-arbiter een andere nationaliteit hebben dan de partijen op het moment dat partijen niet dezelfde nationaliteit hebben.¹⁰⁶ In de literatuur is in dit verband gesproken over 'national neutrality'.¹⁰⁷ Een 'nationale neutraliteit' zou 'a symbol of impartiality' zijn.¹⁰⁸ Het is de vraag of, en zo ja hoe, de nationaliteit van een arbiter aanleiding kan geven tot twijfels aan zijn onafhankelijkheid en/of onpartijdigheid.¹⁰⁹

180. Etymologie en de betekenis van het begrip 'nationaliteit'

Alvorens op deze vraag wordt ingegaan, wordt stilgestaan bij de betekenis die aan het begrip 'nationaliteit' kan worden gegeven. In dit kader speelt de etymologische oorsprong en betekenis van het woord een belangrijke rol. Het woord 'nationaliteit' is afgeleid van het woord 'natie'. Het Nederlandse woord 'natie' is ontleend aan het Franse 'nation' (aanvankelijk 'nasciun/nascion'), dat tegen het eind van de twaalfde eeuw de volgende betekenis zou hebben: 'groep mensen met gemeenschappelijke afkomst' en vanaf de Franse Revolutie (1789) de betekenis kreeg van 'door staatsgrenzen bepaald volk'.¹¹⁰ Het Franse woord zou op zijn beurt aan het Latijnse woord

104 Court of Appeal Tunis 13 maart 2012, nr. 25825 (bron van de uitspraak en het citaat: *International Journal of Arab Arbitration* 2015, afl. 1, p. 64). Vgl. Tribunal fédéral 27 mei 2003, nrs. 4P.267/2002, 4P.268/2002, 4P.269/2002 & 4P.270/2002, r.o. 3.3.3.2: '(...) la nationalité d'un arbitre ne devrait normalement pas influencer sur son choix, puisqu'aussi bien tout arbitre doit, ou du moins devrait, être indépendant des parties, y compris celle qui l'a choisi. (...)'. Vgl. Supreme Court of India 31 maart 2014 (*Reliance Industries Ltd. e.a./U.O.I.*), r.o. 68.

105 Vgl. art. 11 lid 1 NAI Arbitragereglement 2015: '(...) Behoudens het in de artikelen 13(4) en 14(4) bepaalde is geen persoon om reden van zijn nationaliteit van benoeming uitgesloten'. Vgl. Born 2021a, p. 1870. Vgl. Supreme Court of the Democratic Socialist Republic of Sri Lanka 6 februari 2013 (*Wakachiku Construction Co. Ltd/Road Development Authority*), S.C. Misc. 01/2011: '(...) that under the Arbitration Act parties are free to select an arbitrator of any nationality, (...)'.
106 Redfern & Hunter 2015, nr. 4.61, vgl. Born 2021a, p. 1858: '(...), it is generally essential, not merely desirable, that the presiding or sole arbitrator have a neutral nationality. (576)'. Vgl. Lee 2007, p. 603. Vgl. Supreme Court of India 30 november 2000 (*Malaysian Airlines Systems Bhd/Stic Travels (P) Ltd.*). Zie ook bijv. Institute for the Promotion of Arbitration and Mediation in the Mediterranean, Report on Independence and Impartiality of Arbitrators, 2012, p. 10: 'Common nationality of the arbitrator and one of the parties - The chairman holds the nationality of one of the parties who are of different nationalities. Such case calls into question the concept of neutrality of arbitrators, which is defined as the absence of cultural commonality with one of the parties: this shared feature does not automatically result into partisanship of the arbitrator. The members of the Network do not consider such case problematic as no apparent and/or actual conflict of interest exists from the relevant objective point of view' (vindplaats: via www.ispramed.it).

107 Lalive 1984, p. 24, onder verwijzing naar literatuur.
108 Lalive 1984, p. 25, onder verwijzing naar literatuur.
109 Lee 2007, p. 625. Het begrip 'nationaliteit' speelt ook een rol in de toetsingsmaatstaf die door Engelse rechters is aangelegd om te beoordelen of sprake is van arbitrale vooringenomenheid: 'The issue is whether the impartial objective observer, irrespective of nationality, would conclude from those facts that there was a real possibility that the arbitrator was biased' (High Court (Commercial Court) 15 september 2011 (*A c.s./B & X*), [2011] EWHC 2345 (Comm), r.o. 23).

110 Philippa e.a. 2018, zoekterm: 'natie'. De zoekterm 'nationaliteit' leverde geen zoekresultaten op; via het woord 'nationaal' - 'betreffende de gehele natie (...) - kwam ik bij het woord 'natie' uit. Ook het Engelse woord 'nation' is een (Middel)Frans leenwoord, zie: OED (online), zoekterm: 'nation'.

'natio' zijn ontleend; een verschijningsvorm van het (werk)woord 'nāscī' (betekenis: 'geboren worden, afstammen').¹¹¹ De constante factor in de verschillende betekenissen die aan het woord 'natie' zijn gegeven, is het (gevoel van) 'verbonden' zijn.¹¹² Het antwoord op de vraag waar (dit gevoel van) de verbinding op ziet, verschilt.

De beschreven pluriforme benadering van het woord 'natie' komt indirect naar voren in de context van arbitrage, maar dan in het kader van het begrip 'nationaliteit'. Ook dit woord heeft geen eenduidige betekenis.¹¹³ Hoewel is betoogd dat nationaliteit 'appears to be widely understood to mean citizenship',¹¹⁴ wordt ook voor een ruimere invulling gepleit: het begrip zou eveneens factoren als taal en cultuur omvatten (zie nader par. 5.4.3).¹¹⁵ Deze opvatting sluit aan bij een andere opvatting: in paragraaf 3.5.1 kwam al naar voren dat het begrip 'nationaliteit' vaak in verband wordt gebracht met het begrip 'neutraliteit'.¹¹⁶ Laatstgenoemde opvatting komt terug in het kader van de bespreking van de vraag in hoeverre de factor nationaliteit aanleiding kan geven tot twijfels aan de arbitrale onafhankelijkheid en/of onpartijdigheid.

181. Verband tussen de factor en de arbitrale onafhankelijkheid en/of onpartijdigheid

Alvorens de vraag wordt besproken in hoeverre de factor nationaliteit aanleiding kan geven tot twijfels aan de arbitrale onafhankelijkheid en/of onpartijdigheid worden enige algemene opmerkingen gemaakt die zien op het verband tussen de nationaliteit van een arbiter en zijn onafhankelijkheid en/of onpartijdigheid.¹¹⁷ Men kan zich immers de vraag stellen *waarom* een arbiter met een bepaalde nationaliteit tot partijdigheid zou zijn geneigd. Deze vraag komt indirect naar voren in een uitspraak van het Tribunal fédéral uit augustus 2007. In een procedure ten overstaan van dit gerecht verzette voetbalclub X uit staat W zich tegen een arbitraal CAS-vonnis door onder meer aan te voeren dat het CAS-scheidsgerecht onregelmatig zou zijn samengesteld ('irrégulièrement composé') nu één van de drie arbiters een Israëliisch paspoort had hetgeen tegen de regels van staat W inging - '(...) que le droit de W._

¹¹¹ Philippa e.a. 2018, zoekterm: 'natie'.

¹¹² In gelijke zin: Philippa e.a. 2018, zoekterm: 'natie'.

¹¹³ Vgl. ICJ 6 april 1955 (*Liechtenstein/Guatemala*), *I.C.J. Reports* 1955, p. 23: '(...) According to the practice of States, to arbitral and judicial decisions and to the opinions of writers, nationality is a legal bond having as its basis a social fact of attachment, a genuine connection of existence, interests and sentiments, together with the existence of reciprocal rights and duties. (...)'.
¹¹⁴ Lee 2008, p. 608, onder verwijzing naar literatuur. Vgl. Littman 1984, p. 121.

¹¹⁵ Zie (internationale rechters) Swigart 2010, p. 224.

¹¹⁶ Zie ook bijv. Orlandi 1998, p. 104; Scott Donahey 1992, p. 31-32. Vgl. OLG Hamburg 17 februari 1989: '(...) Dennoch sagt man von einem solchen Richter, daß er zwar unparteiisch aber eben nicht "neutral" sei. Damit ist gemeint, daß dieser Richter bei aller persönlichen Integrität selbstverständlich in der Rechtskultur seines Landes, seiner Interessenlage und seine gesamten Denkweise sozusagen "befangen" ist und dass deswegen in Grenzfällen sein Spruch anders ausfallen könnte - schon die theoretische Möglichkeit erlaubt den Vorbehalt -, als wenn der Angehörige eines dritten Staates zur Entscheidung berufen wäre' (bron van de geciteerde rechtsoverweging: www.newyorkconvention.org/11165/web/files/document/1/8/18220.pdf).

¹¹⁷ In de Franse literatuur is de factor onder de 'conflits d'intérêts extrapatrimoniaux' geschaard, zie: El Chazli 2020, vn. 93 (nr. 151).

interdit toute relation avec Israël ou avec un ressortissant de ce pays'.¹¹⁸ Hoewel het gerecht dit nationaliteitsberoep van X afwees als zijnde tardief - '(...) le recourant fait preuve de mauvaise foi en venant contester la régularité de la composition de cette formation après que celle-ci s'est déclarée incompétente pour connaître du différend qui l'oppose à l'intimée' - voegde het toe: '(...) [I]e fait de soulever cet argument paraît d'autant plus critiquable, sous l'angle de la bonne foi, que les deux parties en litige sont des personnes morales ayant leur siège dans le pays W_ et que l'on imagine mal *pourquoi* un arbitre israélien aurait été tenté de donner raison à l'une plutôt qu'à l'autre' (curs. PR).¹¹⁹ Ook indien geen sprake van rechtsverwerking was geweest, zou het door de voetbalclub geuite bezwaar tegen de nationaliteit van de arbiter weinig kansrijk zijn geweest, zo lijkt uit de woorden van het gerecht te kunnen worden afgeleid. Mijs inziens kan terecht worden betoogd dat een andere - zo men wil 'neutrale' - nationaliteit geen garantie is dat een arbiter onpartijdig is, laat staan dat deze arbiter onpartijdiger is dan een arbiter die dezelfde nationaliteit heeft als één van de partijen.¹²⁰ In dit verband is in de literatuur treffend naar voren gebracht dat een 'neutrale nationaliteit' 'should not be allowed to become an end in itself - it is only relevant insofar as it provides some guide to, indication of or justifiable doubts as to impartiality'.¹²¹ Daarnaast wordt mijs inziens terecht aangevoerd dat het louter afgaan op de factor nationaliteit te beperkt is daar 'persons with the same nationality might have quite divergent political, economic, social and religious views'.¹²²

In het verlengde hiervan kunnen ook argumenten naar voren worden gebracht die ervoor pleiten dat juist wél een unus-arbiter of voorzitter met dezelfde nationaliteit als (één van) partijen zou mogen worden benoemd.¹²³ Zo zou het ICC Court in kleinere zaken eerder kiezen voor arbiters dicht(er)bij de plaats van arbitrage om reiskosten te besparen. Anders gezegd, een budgettaire overweging zou in het voordeel van de benoeming van dergelijke arbiters met dezelfde nationaliteit kunnen pleiten.¹²⁴ Een argument dat mij overtuigender voorkomt, is de stelling dat een dergelijke arbiter als 'vertaler' zou kunnen optreden nu de arbiter eerder bekend zou zijn met de stand van het recht en gebruiken van de betreffende staat.¹²⁵ In dit verband is in de literatuur naar voren gebracht dat een dergelijke arbiter eveneens een

118 Tribunal fédéral 28 augustus 2007, nr. 4A_160/2007, r.o. 5.1.

119 Tribunal fédéral 28 augustus 2007, nr. 4A_160/2007, r.o. 5.2. Id. r.o. 5.2: '(...) Le grief touchant sa prétendue partialité tombe, dès lors, à faux. (...)'.
 120 In gelijke zin: Lalive 1984, p. 25, vgl. Wainzymer 2012, p. 277.

121 Lee 2008, vn. 21 (p. 608), onder verwijzing naar literatuur.

122 Ameli 1999, p. 92.

123 Vgl. Khambata 2015, p. 615, 622; Bishop & Reed 1998, p. 401.

124 Jahnel & Loong 2018, nr. 39, vgl. Derains & Schwartz 2005, vn. 117 (p. 156). Vgl. Aglionby 2007, p. 679 en (CIETAC en de beloning van buitenlandse arbiters) Öhlberger 2009, p. 124-125.

125 Lowenfeld 1995, p. 65. In vergelijkbare zin: Born 2021a, vn. 887 (p. 1916); Khambata 2015, p. 622; Derains & Schwartz 2005, p. 147. Vgl. (ICC) Grigera Naón 1999, p. 310. Zie ook bijv. History of the ICSID Convention, Volume II-1, Summary Record of Proceedings, Addis Ababa Consultative Meetings of Legal Experts, 16-20 december 1963, p. 266; UNCITRAL, Ninth session, Summary Record of the 3rd Meeting, 15 april 1976, A/CN.9/9/C.2/SR.3, par. 69. Vgl. History of the ICSID Convention, Volume II-1, Summary Record of Proceedings, Bangkok Consultative Meetings of Legal Experts, 27 april - 1 mei 1964, p. 510-511; History of the ICSID Convention, Volume II-1, Chairman's Report on the Regional Consultative Meetings of Legal Experts, p. 569.

belangrijke rol zou kunnen spelen in het kader van de aanvaarding van een arbitraal vonnis.¹²⁶ Het gaat wat mij betreft dan ook te ver om de neutrale arbiter tot absoluut uitgangspunt te verheffen: er kunnen omstandigheden zijn die voor dezelfde nationaliteit pleiten.

182. Nationaliteit: een ware endogene factor?

Hoewel de ideale arbiter 'will not allow this shared outlook to override his conscience and professional judgment',¹²⁷ lijkt de scheidslijn dun: een 'arbitrator may quite acceptably share the nationality, or political or economic philosophy, or 'legal culture' of the party who has nominated him - and may therefore be supposed from the very beginning to be 'sympathetic' to that party's contentions', zo is in de literatuur naar voren gebracht.¹²⁸ In de literatuur is daarnaast het beeld van een 'verbroederende' nationaliteit geschetst: '[t]he ground reality is that, although the qualifications, experience and integrity of the arbitrator are factors which should and do count, inexorably, *nationality* is also a factor that *influences* the equation' (curs. PR).¹²⁹ Steviger woorden komen naar voren in een rapport dat afkomstig is van een comité van het Permanent Court of International Justice uit 1927: '[i]n the attempt to establish international courts of justice, the fundamental problem always has been, and probably always will be, that of the representation of the litigants in the constitution of the tribunal. Of all influences to which men are subject, *none is more powerful, more pervasive, or more subtle, than the tie of allegiance that binds them to the land of their homes and kindred and to the great sources of the honours and preferments for which they are so ready to spend their fortunes and to risk their lives*' (curs. PR).¹³⁰

Dit beeld - de nationaliteit van een (scheids)rechter als ware endogene factor - komt ook in filosofische literatuur naar voren, waar is betoogd dat een 'principle of nationality' zou bestaan dat invloed zou hebben op de ethiek van een persoon en aanleiding zou kunnen geven tot bepaalde verantwoordelijkheden ten opzichte van personen met dezelfde nationaliteit.¹³¹ Ook in de literatuur is betoogd dat 'fairness' niet alleen van de integriteit van een arbiter zou afhangen, maar ook wordt bepaald aan de hand van - meer objectieve - factoren, waaronder nationaliteit.¹³² In psychologisch onderzoek is voorts naar voren gebracht dat 'neutraliteit' één van de drie pijlers

126 Lew, Mistelis & Kröll 2003, nr. 11.12. In vergelijkbare zin: History of the ICSID Convention, Volume II-1, Summary Record of Proceedings, Addis Ababa Consultative Meetings of Legal Experts, 16-20 december 1963, p. 266. Vgl. Vidak-Gojkovic, Greenwood & McIlwrath 2016, vn. 21 (p. 72-73).

127 Hunter 1986, p. 189.

128 Rau 1998, p. 130.

129 Khambata 2015, p. 623. Vgl. Dias Simões 2014, p. 141-142: 'The arbitrator's nationality, language, religion, and culture necessarily affect how he interprets the law and, indeed, how he believes a just solution may be achieved. (612)'; Giorgetti 2014a, p. 155.

130 Bron: Schwebel 1999, p. 889. Het rapport ging over de mogelijke herziening van de regels van het Hof. Het Permanent Court of International Justice (PCIJ) is de voorganger van het International Court of Justice. Het PCIJ werd in 1920 opgericht als rechtsprekend orgaan van de 'Covenant of the League of Nations', zie voor het Statute van het PCIJ: www.un-ilibrary.org/content/books/9789210559096s003-c002/read. Zie nader bijv. Tams & Fitzmaurice 2013; Hudson 1938; Fachiri 1932; diverse artikelen zijn in de beginjaren van het Hof gepubliceerd in het *American Journal of International Law*.

131 Shebaya 2007, p. 137.

132 Grigera Naón 1999, p. 306.

zou zijn voor de wijze waarop geschilbeslechting als 'eerlijk' wordt ervaren.¹³³ Een dergelijke perceptie lijkt een belangrijke rol te spelen bij de factor nationaliteit.¹³⁴ Illustratief is het volgende verband dat is gelegd: '[t]he independence of arbitrators, and likewise their neutrality, can be enhanced by their nationality: if their nationality is different from that of the parties, *it can be assumed that they will have greater freedom of judgment*' (curs. PR).¹³⁵ Vergelijkbare bewoordingen komen naar voren in het kader van de totstandkomingsgeschiedenis van de ICSID Convention, waar de opstellers van het verdrag voor de vraag stonden of een bepaling diende te worden opgenomen die arbiters met dezelfde nationaliteit als een partij zou uitsluiten. De voorzitter verwoordde het tegenargument als volgt: 'nationals were less likely to be impartial, or might appear to be partial and for that reason should be excluded'.¹³⁶

5.4.2 Invulling: arbitrale wet- en regelgeving

183. Algemeen

Het is tijd om naar de invulling van de factor nationaliteit te kijken. In deze paragraaf zal worden besproken of, en zo ja hoe, de factor in de bestudeerde arbitrale wet- en regelgeving naar voren komt. Op voorhand is opvallend te noemen dat alleen voorzieningen zijn getroffen in het kader van de benoeming van arbiters. Er waren tijden dat in nationale arbitrageprocedures geen plaats was voor een niet-nationale arbiter: in sommige nationale arbitrale wet- en regelgeving stond zelfs een uitdrukkelijk verbod op de benoeming van niet-nationale arbiters opgenomen.¹³⁷ Vanaf de jaren zestig en zeventig van de twintigste eeuw stak een (meer) liberale wind op. In de European Convention on International Commercial Arbitration van 1961 werd expliciet vastgelegd dat '[i]n arbitration covered by this Convention, foreign nationals may be designated as arbitrators' (art. III), en in de Inter-American Convention on International Commercial Arbitration van 1975 werd duidelijk gemaakt dat '[a]rbitrators may be nationals or foreigners' (art. 2). Een belangrijke bepaling is daarnaast artikel 11 lid 1 van de UNCITRAL Model Law uit 1985 waarin staat opgenomen: '[n]o person shall be precluded by reason of his nationality from acting as an arbitrator, unless otherwise agreed by the parties'.

Opvallend is dat van de arbitrale wetgeving van de vier jurisdicties van onderzoek de factor 'nationaliteit' alleen in de Nederlandse Arbitragewet naar voren komt.

¹³³ Zie nader: Diamond 2003, p. 330.

¹³⁴ Manzanares Bastida 2007, p. 5. Vgl. de Dissenting Opinion van Judge Buergenthal inzake de 'Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory', 30 januari 2004, par. 10: '(...) Judicial ethics are not matters strictly of hard and fast rules - I doubt that they can ever be exhaustively defined - they are matters of perception and of sensibility to appearances that courts must continuously keep in mind to preserve their legitimacy' (vindplaats: www.icj-cij.org/public/files/case-related/131/131-20040130-ORD-01-01-EN.pdf). In literatuur over transnationale gerechten als het ICJ is geschreven: '(...) anxiety over judicial nationalism entails that the impartiality of the court, subjective or objective, is possible only if the president is not a national of one of the parties' (Dannenbaum 2012, p. 117).

¹³⁵ Gaillard & Savage 1999, nr. 1037.

¹³⁶ History of the ICSID Convention, Volume II-1, Summary Record of Proceedings, Bangkok Consultative Meetings of Legal Experts, 27 april - 1 mei 1964, p. 510-511. Vgl. History of the ICSID Convention, Volume II-1, 'Chairman's Report on the Regional Consultative Meetings of Legal Experts', p. 569.

¹³⁷ Zie nader: Gaillard & Savage 1999, nrs. 762-763.

In artikel 1023 Rv staat: '(...) Geen persoon is om reden van zijn nationaliteit van benoeming uitgesloten, tenzij de partijen met het oog op de onpartijdigheid en de onafhankelijkheid van het scheidsgerecht anders zijn overeengekomen'. Interessant is dat deze formulering in de wet is opgenomen ter implementatie van Richtlijn 2006/123/EG, ook wel bekend als de dienstenrichtlijn.¹³⁸ De tekst van de oude bepaling had de Nederlandse wetgever aan de tekst van artikel 11 lid 1 UNCITRAL Model Law 1985 ontleend en luidde: '(...) Geen persoon is om reden van zijn nationaliteit van benoeming uitgesloten, tenzij de partijen anders zijn overeengekomen'.¹³⁹ Met de aanvulling van de woorden 'met het oog op de onpartijdigheid en de onafhankelijkheid van het scheidsgerecht' wordt in artikel 1023 Rv duidelijk gemaakt 'dat de uitsluiting een onpartijdige en onafhankelijke arbitrage tot doel heeft', aldus de wetgever in de memorie van toelichting bij de wet tot aanpassing van diverse wetten ter implementatie van de richtlijn 2006/123/EG.¹⁴⁰

De arbitrale regelgeving van de vier arbitrage-instituten van onderzoek houdt wel rekening met de factor. Het belang dat aan de factor wordt toegekend, verschilt evenwel per arbitragereglement. Hieronder wordt gekeken naar arbitrale regelgeving van het LCIA (nr. 184), de ICC (nr. 185), en van het NAI (nr. 186). Het SAC komt niet aan bod, daar de factor in de Swiss Rules 2021 niet naar voren komt.¹⁴¹ Daarnaast wordt gekeken naar de arbitrale regelgeving van UNCITRAL (nr. 187), en het ICSID (nr. 188). In onderhavig kader is wellicht opmerkelijk dat ook de IBA Guidelines 2014 geen aandacht aan de factor besteden. In de versie van 2004 kwam de factor nog wel naar voren. In de toelichting op General Standard 3 van de IBA Guidelines 2004 stond: 'In determining what facts should be disclosed, an arbitrator should take into account all circumstances known to him or her, *including* to the extent known the culture and the customs of the country of which the parties are domiciled or *nationals*' (curs. PR).¹⁴²

184. LCIA

In artikel 6.1 LCIA Rules 2020 komt naar voren dat op het moment dat partijen verschillende nationaliteiten hebben, 'a sole arbitrator or the presiding arbitrator shall not have the same nationality as any party'.¹⁴³ Interessant is dat de LCIA Rules 2020

¹³⁸ Voluit: Wet van 23 december 2009 tot aanpassing van diverse wetten 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) (Aanpassingswet dienstenrichtlijn) (*Stb.* 2009, 616).

¹³⁹ *Kamerstukken II* 1985/86, 18464, nr. 191, p. 2, vgl. *Kamerstukken II* 1983/84, 18464, nrs. 1-2, p. 3, zie ook: *Kamerstukken II* 1983/84, 18464, nr. 3, p. 8; Sanders 1996, p. 81. In het oorspronkelijke wetsvoorstel ging het om artikel 1024 Rv (*Kamerstukken II* 1983/84, 18464, nrs. 1-2, p. 3); in de Nota van wijziging werd bekend gemaakt dat '[d]e artikelen 1023 tot en met 1028 worden vernummerd tot 1022 tot en met 1027' (*Kamerstukken II* 1985/86, 18464, nr. 7, p. 2). De Aanpassingswet dienstenrichtlijn is op 28 december 2009 in werking getreden (*Stb.* 2009, 617).

¹⁴⁰ *Kamerstukken II* 2008/09, 31859, nr. 3, p. 11.

¹⁴¹ Vgl. art. 3 lid 2 SAC Rules as Appointing Authority and Case Administrator in UNCITRAL, *ad hoc* and Other Proceedings 2021.

¹⁴² Explanation to General Standard 3 (a) IBA Guidelines 2004, p. 10.

¹⁴³ Wel wordt de volgende uitzondering gemaakt: '(...) unless the parties who are not of the same nationality as the arbitrator candidate all agree in writing otherwise' (art. 6.1 LCIA Rules 2020).

van de bestudeerde wet- en regelgeving als enige het begrip nationaliteit nader duiden. In - het ten opzichte van de versie van 2014 gewijzigde - artikel 6.2 komt naar voren dat 'nationality shall mean citizenship, whether acquired by birth or naturalisation or other requirements of the nation concerned'.¹⁴⁴ Daarnaast wordt in artikel 6.3 LCIA Rules 2020 ingegaan op een eventueel aanwezige duale nationaliteit: '[a] person who is a citizen of two or more States shall be treated as a national of each State; (...)'.¹⁴⁵ Ook wordt in dit artikel aangegeven hoe wordt omgegaan met arbiters die afkomstig zijn uit (staten die lid zijn van) de Europese Unie ('citizens of the European Union shall be treated as nationals of its different Member States and shall not be treated as having the same nationality') dan wel uit een 'overzees' gebied van een staat komen ('a citizen of a State's overseas territory shall be treated as a national of that territory and not of that State'). In de praktijk zou het begrip Britse nationaliteit ruimer worden geïnterpreteerd: onder deze noemer zouden ook partijen en arbiters van de 'Crown Dependencies and Overseas Territories' worden geschaard.¹⁴⁶ Tot slot geeft artikel 6.3 LCIA Rules 2020 aan hoe met een onderneming, die in een overzees gebied is gevestigd dient te worden omgegaan: 'a legal person incorporated in a State's overseas territory shall be treated as such and not (by such fact alone) as a national of or a legal person incorporated in that State'.

Opvallend is dat LCIA Rules van 1998 uitdrukkelijk aangaven dat het LCIA Court '[in] selecting arbitrators consideration will be given to the nature of the transaction, the nature and circumstances of the dispute, the nationality, location and languages of the parties and (if more than two) the number of parties' (art. 5.5). Deze - of een inhoudelijk vergelijkbare - overweging komt in de versies van 2020 en 2014 niet naar

¹⁴⁴ Vgl. art. 6.2 LCIA Rules 2014: 'The nationality of a party shall be understood to include those of its controlling shareholders or interests'.

¹⁴⁵ Vgl. (ICSID) Schreuer e.a. 2010, p. 501: 'In the case of arbitrators who have dual or multiple nationalities, the more flexible rule would be to look only at the dominant nationality. But in view of the possible consequences arising from the improper constitution of a tribunal it will be wiser not to appoint a person even if a non-dominant nationality is excluded by the Convention (...)'. In de ICSID-arbitrage *Olguín v. Paraguay* tekende Paraguay op 16 maart 1999 bezwaar ex artikel 57 ICSID Convention aan bij de Secretaris-Generaal tegen de door Olguín benoemde arbiter. Deze arbiter had de Amerikaanse nationaliteit terwijl ook Olguín de Amerikaanse nationaliteit bleek te hebben hetgeen bij het scheidsgerecht en het ICSID niet bekend was. Nog voordat de Secretaris-Generaal zich uitsprak over het bezwaar van Paraguay trok de arbiter zich terug. Zie nader: ICSID 26 juli 2001, nr. ARB/98/5 (*Eudoro Armando Olguín v. Republic of Paraguay*), 'Award', par. 15-16 (bron van de uitspraak: Daele 2012, p. 105; Schreuer e.a. 2010, p. 504, 1208); ICSID 8 augustus 2000, nr. ARB/98/5 (*Eudoro Armando Olguín v. Republic of Paraguay*), 'Decision on jurisdiction', par. 12-13. In het internationale recht werd lange tijd vastgehouden aan het concept van de zgn. 'effectieve nationaliteit', zie nader Wisner & Gallus 2004, p. 930. De auteurs verwijzen in dit verband naar de *Nottebohm*-uitspraak van het International Court of Justice waarin onder meer naar voren kwam dat sprake dient te zijn van een 'genuine connection' (ICJ 6 april 1955 (*Liechtenstein/Guatemala*), I.C.J. Reports 1955, p. 4-27), zie ook bijv. Sinclair 2008, p. 86-87. Vgl. art. 3 lid 2 ICJ Statute: 'A person who for the purposes of membership in the Court could be regarded as a national of more than one state shall be deemed to be a national of the one in which he ordinarily exercises civil and political rights' (vindplaats: www.icj-cij.org/en/statute). Vgl. ICSID 11 april 2007, nr. ARB/05/15 (*Waguih Elie George Siag en Clorinda Vecchi v. The Arab Republic of Egypt*), 'Decision on Jurisdiction, and Partial Dissenting Opinion of Professor Francisco Orrego Vicuña', par. 198: 'The Tribunal concurs with the finding of the ICSID Tribunal in the Champion Trading case that the regime established under Article 25 of the ICSID Tribunal does not leave room for a test of dominant or effective nationality. (...)', zie ook: ICSID 24 september 2008, nr. ARB/05/20 (*Joan Micula, Viorel Micula, S.C. European Food S.A., S.C. Starmill S.R.L. and S.C. Multipack S.R.L. v. Romania*), 'Decision on Jurisdiction and Admissibility', par. 100.

¹⁴⁶ Veeder 2011, p. 98-99.

voren. Wel wordt aangegeven dat de factor 'location' en 'all other factors' in overweging zullen worden genomen.¹⁴⁷

185. ICC

In de ICC Rules 2021 komt de volgende bepaling naar voren: '[w]here the Court is to appoint the sole arbitrator or the president of the arbitral tribunal, such sole arbitrator or president of the arbitral tribunal shall be of a nationality other than those of the parties' (art. 13 lid 5). Wel volgen twee uitzonderingen op dit uitgangspunt: '(...), in suitable circumstances and provided that none of the parties objects within the time limit fixed by the Court, the sole arbitrator or the president of the arbitral tribunal may be chosen from a country of which any of the parties is a national' (art. 13 lid 5). Deze uitzonderingen stonden voor het eerst in de ICC Rules van 1975 opgenomen. De rapporteur van de verantwoordelijke ICC-Commissie gaf destijds als toelichting dat sprake kon zijn van omstandigheden waarin het hebben van een arbiter met dezelfde nationaliteit 'advantageous' voor partijen zou kunnen zijn.¹⁴⁸

Naast artikel 13 lid 5 is artikel 13 lid 1 ICC Rules 2021 interessant. In dit artikellid komt naar voren dat het ICC Court in het kader van de bevestiging of benoeming van arbiters 'shall consider the prospective arbitrator's nationality, residence and other relationships with the countries of which the parties or the other arbitrators are nationals and the prospective arbitrator's availability and ability to conduct the arbitration in accordance with the Rules'. Hoewel de uitzonderingen als een herinnering voor het ICC Court 'of the need to ensure the objective "neutrality" of the sole arbitrator or chairman, who (unlike the co-arbitrators) may not generally be of the same nationality as any of the parties' kunnen worden gezien,¹⁴⁹ werd destijds door de ICC rapporteur aangegeven dat 'the arbitrator's nationality *did not necessarily suffice to characterize him* and thus ensure that his appointment should not be likely to be challenged by the parties or not fully acceptable to the other arbitrators' (curs. PR).¹⁵⁰ De woorden 'residence and other relationships' zouden als aanvulling op het nationaliteitsvereiste zijn bedoeld.¹⁵¹ Deze gedachte wordt ondersteund door de woorden van voormalig Secretaris-Generaal van het ICC Court Eisemann in 1975: '[O]ne should not exaggerate the real significance of this rule, which is rather a reminder of the need, in making a judicious choice, to take account of imponderables of all kinds'.¹⁵² Het ICC Court zou daarnaast naar andere factoren kijken, zoals de taal van de procedure, het toepasselijk (arbitrage)recht en de plaats van arbitrage, alsmede zou het eventuele specifieke vereisten meenemen die in het arbitragebeding zijn

¹⁴⁷ Art. 5.9 LCIA Rules 2020; art. 5.9 LCIA Rules 2014.

¹⁴⁸ Derains & Schwartz 2005, vn. 140 (p. 172).

¹⁴⁹ Derains & Schwartz 2005, p. 155.

¹⁵⁰ Report of J. Robert, Rapporteur of the ICC Commission, 25th ICC Congress, 17 juni 1975, Madrid (bron: Derains & Schwartz 2005, p. 155).

¹⁵¹ Derains & Schwartz 2005, p. 156. Vgl. Fry, Greenberg & Mazza 2012, nr. 3.497: 'The Court's practice is to equate nationality with citizenship or the holding of a particular passport. It does not usually consider other factors such as ethnicity, cultural background, birthplace or previously held citizenship as constituting nationality', zie ook: id. nr. 3.552.

¹⁵² F. Eisemann, 'Le nouveau règlement d'arbitrage de la Chambre de Commerce Internationale', *Droit et Pratique du Commerce International* 1975, afl. 3, p. 358 (bron: Derains & Schwartz 2005, p. 156).

opgenomen en de vraag of behoefte aan bepaalde expertise bestaat.¹⁵³ Ook op het moment dat het ICC Court tot benoeming overgaat 'upon proposal of an ICC National Committee or Group that it considers to be appropriate' (art. 13 lid 3 ICC Rules 2021), zou het ICC Court '[i]n selecting the national committee to be invited to make a proposal' eveneens 'political, regional, and cultural considerations' in overweging nemen.¹⁵⁴ Het uitgekozen comité is niet gebonden aan 'nationals of the Committee's country', maar mag 'also propose those who are domiciled or resident in the same country'.¹⁵⁵ In bepaalde situaties is het mogelijk dat het ICC Court zelf tot de benoeming van een arbiter overgaat (art. 13 lid 4 ICC Rules 2021).

Hoewel over de aanpak van het ICC Court in (oudere) literatuur naar voren is gebracht dat het 'takes a very liberal approach and just determines the nationality of the arbitrator while referring the actual selection to the relevant national committee',¹⁵⁶ en de ICC Rules niet expliciet de mogelijkheid uitsluiten dat een voorzitter wordt benoemd die dezelfde nationaliteit als één van de co-arbiters heeft, zou het ICC Court wel streven naar een zekere 'balance of nationalities' van het scheidsgerecht.¹⁵⁷ Daarnaast is in de literatuur naar voren gebracht dat het ICC Court 'has usually wished to avoid creating a Tribunal that may appear to favor one of the parties in this regard'.¹⁵⁸ Ter illustratie kan worden gewezen op een ICC-arbitrage tussen een Britse partij (eiser) en een partij uit Joegoslavië (gedaagde).¹⁵⁹ Eiser had een arbiter met een Zwitserse nationaliteit benoemd en gedaagde een arbiter met de Britse nationaliteit. Vervolgens was het ICC Court overgegaan tot de benoeming van een voorzitter met de Hongaarse nationaliteit. De plaats van arbitrage was Zürich en het toepasselijk recht was het Zwitserse recht. De Britse partij zou zich tegen de benoeming door het ICC Court hebben verzet en onder meer hebben gesteld dat sprake zou zijn van een schending van de vereiste neutraliteit (ex art. 2 ICC Rules 1988). De keuze voor Zürich als plaats van arbitrage en het Zwitserse recht als toepasselijk recht was bedoeld om te komen tot een voorzitter van een neutrale staat en (dus) niet van het Oostblok, aldus één van de partijen. Het ICC Court zou vervolgens hebben besloten om het Nationale Comité van Finland te verzoeken om een voorzitter voor te stellen. In de literatuur is daarnaast melding gemaakt van een zaak waarin het ICC Court

153 Whitesell 2003, p. 344. Vgl. Fry, Greenberg & Mazza 2012, nr. 3.499; Derains & Schwartz 2005, p. 174.

154 Whitesell 2003, p. 345.

155 ICC, Note to National Committees and Groups of the ICC on the Proposal of Arbitrators, 1 januari 2022, par. 42 (vindplaats: [via iccwbo.org/publication/note-national-committees-groups-icc-proposal-arbitrators](https://www.iccwbo.org/publication/note-national-committees-groups-icc-proposal-arbitrators)). Vgl. id. par. 43: 'Prospective sole arbitrators or presidents generally must not have the nationality of any of the parties, unless so requested by the Secretariat. (...)'. Vgl. ICC, Note to National Committees and Groups of the ICC on the Proposal of Arbitrators, 10 mei 2016, par. 37: 'When proposing a co-arbitrator, sole arbitrator or president, a Committee shall propose a prospective arbitrator having the nationality of the Committee's country. In exceptional circumstances, and after consultation with the Secretariat, a Committee may propose a prospective arbitrator not having the nationality of the Committee's country, provided that he or she is domiciled or resident in the jurisdiction in question'; id. par. 38: 'Prospective sole arbitrators or presidents generally must not have the nationality of any of the parties, unless so requested by the Secretariat. (...)'.
156 Lew, Mistelis & Kröll 2003, nr. 10.54.
157 Waincymer 2012, p. 259.

158 Derains & Schwartz 2005, p. 173. Dit heeft een zeker neveneffect: een dergelijk beleid zou partijen bewust(er) een co-arbiter kunnen laten kiezen nu de nationaliteit van deze arbiter mogelijk gevolgen kan hebben voor de (nationaliteit van de) te benoemen voorzitter.

159 Bron van de informatie: Calvo 1998, p. 69.

zou hebben geweigerd om over te gaan tot de benoeming van een voorzitter van het scheidsgerecht met de Zweedse nationaliteit die partner was van een in New York gevestigd advocatenkantoor omdat één van de partijen uit de Verenigde Staten afkomstig was.¹⁶⁰ Hoewel het ICC Court als benoemende instantie de nodige macht heeft, lijkt het niet helemaal los van hetgeen partijen wensen te kunnen opereren. Opmerkelijk is dat niet transparant is noch wordt gemaakt op welke wijze de uiteindelijke besluitvorming door het ICC Court in onderhavig verband plaatsvindt.

186. NAI

Een artikel met een vergelijkbare strekking, maar in andere bewoordingen dan artikel 6.1 LCIA Rules 2020, staat opgenomen in het NAI Arbitragereglement 2015. In artikel 13 lid 4 van het reglement komt naar voren dat in het kader van een arbitrage tussen partijen die niet dezelfde nationaliteit bezitten en waarin een voorzitter dient te worden benoemd ieder der partijen 'door kennisgeving aan de administrateur in de arbitrageaanvraag respectievelijk het korte antwoord, [kan, PR] verlangen dat de voorzitter niet de nationaliteit van een van de partijen bezit (...)'.¹⁶¹

187. UNCITRAL

Een met de ICC Rules vergelijkbare bepaling kan in de UNCITRAL Model Law 2006 worden gevonden. Artikel 11 lid 5 bepaalt: '[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 and, in the case of a sole or third arbitrator, shall take into account as well the *advisability* of appointing an arbitrator of a *nationality other than* those of the parties' (curs. PR). Ten tijde van de totstandkoming van de UNCITRAL Model Law in de jaren tachtig van de twintigste eeuw werd gediscussieerd over de vraag in hoeverre de nationaliteit van een arbiter onder bepaalde omstandigheden aanleiding zou moeten kunnen geven om gerechtvaardigd aan de arbitrale onafhankelijkheid en/of onpartijdigheid te twijfelen.¹⁶² In juni 1985 stelde de vertegenwoordiger van Tanzania, gesteund door de vertegenwoordiger van de Verenigde Staten, voor om de wrakingsbepaling zo te formuleren dat niet alleen 'onafhankelijkheid' en 'onpartijdigheid' als wrakingsgrond naar voren konden worden gebracht maar ook andere factoren, zoals nationaliteit, aanleiding zouden moeten kunnen geven om aan de integriteit van een arbiter te kunnen twijfelen.¹⁶³ In reactie hierop gaf voorzitter Loewe (vertegenwoordiger van Oostenrijk) aan dat artikel 11 lid 1 'would permit a

¹⁶⁰ Tupman 1989, vn. 13 (p. 28).

¹⁶¹ Zie ook: art. 14 lid 4 (lijstprocedure) NAI Arbitragereglement 2015; vgl. art. 16 lid 2 NAI Arbitragereglement 2010; art. 16 lid 3 NAI Arbitragereglement 2010. Vgl. art. 11 lid 1 NAI Arbitragereglement 2015: '(...) Behoudens het in de artikelen 13(4) en 14(4) bepaalde is geen persoon om reden van zijn nationaliteit van benoeming uitgesloten', vgl. art. 16 lid 1 NAI Arbitragereglement 2010.

¹⁶² Vgl. Holtzmann & Neuhaus 1989, p. 389.

¹⁶³ Summary Record of the 313th meeting, United Nations Commission on International Trade Law, A/CN.9/SR.313, 7 juni 1985, par. 13 en 14 (bron: Holtzmann & Neuhaus 1989, p. 401).

challenge on the ground of nationality if that was in accordance with the wishes of the parties'. Toch pleitte de voorzitter voor het behoud van het woord 'only' aangezien '[t]he reason why the draft text contained the provision in article 11 (1) was of course that under the laws of some countries foreigners could not be appointed as arbitrators'.¹⁶⁴ In de definitieve versie van artikel 12 lid 2 Model Law 1985 is het woord 'only' dan ook behouden.¹⁶⁵

Evenals de UNCITRAL Model Law 2006 gaan ook de UNCITRAL Arbitration Rules 2013 uit van een discretionaire bevoegdheid voor de benoemende instantie. In artikel 6 lid 7 van de Arbitration Rules staat dat '[t]he appointing authority (...) shall take into account the advisability of appointing an arbitrator of a nationality other than the nationalities of the parties'.¹⁶⁶ Hoewel door de Secretaris-Generaal was voorgesteld om dwingend - 'shall be of a nationality other than the nationalities of the parties' - voor te schrijven dat de voorzitter of unus-arbiter een andere nationaliteit zou hebben dan partijen 'to ensure the neutrality' van deze arbiter,¹⁶⁷ stuitte een dergelijke benadering tegen de borst van diverse nationale vertegenwoordigers. De Franse vertegenwoordiger (Mr. Roerich), de Engelse vertegenwoordiger (Mr. Guest) en de Hongaarse vertegenwoordiger (Mr. Szász) betoogden dat een neutrale nationaliteit geen garantie voor onpartijdigheid was.¹⁶⁸ Het zou eerder gaan om 'a question of expertise and independence than of nationality'.¹⁶⁹ Betoogd werd dat partijen in ieder geval de mogelijkheid zouden moeten hebben om, indien zij dat wensten, tot

164 Summary Record of the 313th meeting, United Nations Commission on International Trade Law, A/CN.9/SR.313, 7 juni 1985, par. 19 (bron: Holtzmann & Neuhaus 1989, p. 402).

165 Dit besluit lijkt te zijn genomen zonder nadere toelichting, vgl. Report of the United Nations Commission on International Trade Law on the work of its eighteenth session, General Assembly, Official Records: Fortieth Session, Supplement No. 17 (A/40/17), par. 119: 'The Commission decided to retain the word "only" in the first sentence of paragraph (2)'.

166 Dit artikellid is inhoudelijk niet gewijzigd ten opzichte van het oorspronkelijke artikellid (art. 6 lid 4 Arbitration Rules 1976).

167 Report of the Secretary-General: preliminary draft set of arbitration rules for optional use in *ad hoc* arbitration relating to international trade (UNCITRAL Arbitration Rules), (A/CN.9/97), 4 november 1974, in: *Yearbook of the United Nations Commission on International Trade Law*, 1975, Volume VI, p. 168-169. De wijze van formulering was tijdens de totstandkoming van de Arbitration Rules een onderwerp van debat. Hoewel werd aangevoeld dat een neutrale nationaliteit geen garantie was voor onpartijdigheid werd betoogd dat de gedachte dat de 'appearance of impartiality' net zo belangrijk was als de onpartijdigheid zelf (UNCITRAL, Ninth session, Summary Record of the 3rd Meeting, A/CN.9/9/C.2/SR.3, 15 april 1976, par. 68).

168 UNCITRAL, Ninth session, Summary Record of the 3rd Meeting, A/CN.9/9/C.2/SR.3, 15 april 1976, par. 63, 64 en 69. Vgl. de Filipijnse vertegenwoordiger (Mr. Guevera) die aangaf dat 'his delegation too, felt that neutral nationality was no guarantee of independence or fairness, but believed at the same time that it was important to prevent any suspicion of partiality where an arbitrator was of the same nationality as one of the parties' (id. par. 70). Vgl. de toevoeging van de Franse vertegenwoordiger: '(...) the criterion of nationality itself could give rise to problems, since the concept of nationality was a delicate question linked to the sovereignty of each State, which alone was able to determine who were its nationals' (id. par. 63) en de inbreng van de Mexicaanse vertegenwoordiger (Mr. Mantilla-Molina): '(...) he personally noted that a neutral nationality requirement could obstruct arbitration and involve delays and additional expenditure, and there could also be problems in determining the nationality of parties' (id. par. 66).

169 Aldus de Engelse vertegenwoordiger (UNCITRAL, Ninth session, Summary Record of the 3rd Meeting, A/CN.9/9/C.2/SR.3, 15 april 1976, par. 64). Vgl. hetgeen de Belgische vertegenwoordiger (Mr. Jenard) naar voren bracht: 'In the view of his delegation, the paramount considerations in selecting arbitrators were independence and impartiality, and nationality need not be taken into account' (id. par. 48).

de benoeming van een arbiter met een niet-neutrale nationaliteit over te kunnen gaan.¹⁷⁰ Uiteindelijk werden de artikelleden gewijzigd in de huidige formulering.¹⁷¹

Evenals in de ICC Rules 2021 komt de benoemende instanties op grond van de UNCITRAL Model Law 2006 en de UNCITRAL Arbitration Rules 2013 de nodige vrijheid toe. Waar in de literatuur nog enig inzicht wordt gegeven in de wijze waarop het ICC Court te werk gaat, ligt dit anders voor (*ad hoc*) UNCITRAL-arbitrages. Het is de vraag of (arbitrage)gebruikers dit punt in de praktijk als problematisch ervaren: uit onderzoek van het ISA in 2018 komt naar voren dat de UNCITRAL Arbitration Rules 'the most popular choice for ad hoc arbitration' zijn.¹⁷² Daarnaast hebben diverse staten de UNCITRAL Model Law als nationale arbitragewet geïmplementeerd.¹⁷³

188. ICSID

Ter afsluiting van deze paragraaf wordt gekeken naar de wijze waarop het ICSID in zijn regelgeving invulling aan de factor heeft gegeven. Opvallend is dat het ICSID in onderhavig verband terughoudend is.¹⁷⁴ In artikel 39 van de ICSID Convention 2006 komt naar voren dat '[t]he majority of the arbitrators shall be nationals of States other than the Contracting State party to the dispute and the Contracting State whose national is a party to the dispute; (...)'.¹⁷⁵ Met deze bepaling zou moeten worden voorkomen dat de derde arbiter, die niet door partijen is benoemd, zich tussen twee partij-arbiters bevindt en in die hoedanigheid het midden zou moeten vinden 'between two other arbitrators who were more inclined to act as advocates for the parties appointing them'.¹⁷⁶ Interessant is dat in een conceptversie van de ICSID Convention arbiters die dezelfde nationaliteit als één van de partijen hadden van benoeming waren uitgesloten: '[n]o arbitrator appointed pursuant to this Convention shall be a national of the State party to the dispute or of a State whose national is a party to the dispute, shall have been designated to the Panel of Arbitrators by either of those States, or shall have acted as a conciliator in the same

170 Aldus de Amerikaanse vertegenwoordiger (Mr. Holtzmann) en de Duitse vertegenwoordiger (Mr. Pirrung) (UNCITRAL, Ninth session, Summary Record of the 3rd Meeting, A/CN.9/9/C.2/SR.3, 15 april 1976, par. 61 en par. 65).

171 Vgl. UNCITRAL, Ninth session, Summary Record of the 3rd Meeting, A/CN.9/9/C.2/SR.3, 15 april 1976, par. 71: 'The Chairman said that it seemed that the majority of representatives were opposed to a neutral nationality requirement and therefore that the approach suggested by the representatives of the United States and the United Kingdom could be followed. Thus the concept of neutral nationality could be omitted from article 7, paragraph 1, (...)'. Vgl. UNCITRAL, Ninth session, Summary Record of the 4th Meeting, A/CN.9/9/C.2/SR.4, 16 april 1976, par. 66.

172 Queen Mary, International Arbitration Survey, The Evolution of International Arbitration, 2018, p. 2 en 9.

173 Zie nader: uncitral.un.org/en/texts/arbitration/modellaw/commercial_arbitration/status.

174 Vgl. Daele 2012, nr. 2.077.

175 Art. 39 ICSID Convention 2006: '(...); provided, however, that the foregoing provisions of this Article shall not apply if the sole arbitrator or each individual member of the Tribunal has been appointed by agreement of the parties'. In vergelijkbare zin: Rule 1 lid 3 ICSID Arbitration Rules 2006.

176 History of the ICSID Convention, Volume II-2, Memorandum of the meeting of the Committee of the Whole, 23 februari 1965, morning. Discussion of Chapters III and IV, p. 983. Vgl. History of the ICSID Convention, Volume II-1, Summary Record of Proceedings, Addis Ababa Consultative Meetings of Legal Experts, 16-20 december 1963, p. 276; Schreuer e.a. 2010, p. 500.

dispute' (art. 43 lid 1).¹⁷⁷ In het kader van de totstandkoming van de ICSID Convention werd gediscussieerd over de vraag of arbiters met dezelfde nationaliteit als de betrokken staat van het scheidsgerecht zouden moeten worden geweerd.¹⁷⁸ Hoewel de meningen waren verdeeld, leek er in de ogen van de voorzitter een 'slight preponderance in favor of the exclusion of national arbitrators' te zijn, maar een duidelijke lijn tussen staten die voor dan wel tegen nationale arbiters waren, ontbrak.¹⁷⁹ Hoewel uit de ICSID-totstandkominggeschiedenis niet duidelijk wordt welk(e) argument(en) het zwaarst heeft (of hebben) gewogen,¹⁸⁰ is uiteindelijk gekozen voor een bepaling op grond waarvan een meerderheid van de arbiters een andere nationaliteit dan partijen dient te hebben. Wel laat de tekst van de bepaling ruimte voor (enige vorm van) partijautonomie: op het moment dat partijen anders overeenkomen, is de meerderheidseis niet verplicht: '(...) the foregoing provisions of this Article shall not apply if the sole arbitrator or each individual member of the Tribunal has been appointed by agreement of the parties' (art. 39 ICSID Convention 2006).¹⁸¹ Deze vorm van partijautonomie kan er in theorie dus toe leiden dat sprake is van een scheidsgerecht met arbiters die dezelfde nationaliteit hebben als (één van) de partijen.

In het kader van de totstandkoming van de nationaliteitsbepaling van de ICSID Convention werd, tot slot, ook het alternatief van vijf arbiters besproken waarbij iedere partij in ieder geval één arbiter met dezelfde nationaliteit kon kiezen; een middenweg waarbij 'the tribunal would have the benefit of two of its members' familiarity with their respective local conditions there would be a majority not lin-

177 History of the ICSID Convention, Volume II-1, Draft Convention: Working Paper for the Legal Committee, p. 629. Vgl. History of the ICSID Convention, Volume II-2, Memorandum of the meeting of the Committee of the Whole, 23 februari 1965, morning. Discussion of Chapters III and IV, p. 983: 'The present text (unlike the draft of September 11, 1964) did not exclude entirely the nationalities directly involved'.

178 History of the ICSID Convention, Volume II-2, Memorandum of the meeting of the Committee of the Whole, 23 februari 1965, morning. Discussion of Chapters III and IV, p. 983: 'Another important issue had been the extent to which an arbitral tribunal should be composed of persons of what might be called the "nationalities directly involved" i.e. nationals of the State party to the dispute and of the State whose national was a party to the dispute'.

179 History of the ICSID Convention, Volume II-1, Summary Record of Proceedings, Bangkok Consultative Meetings of Legal Experts, 27 april - 1 mei 1964, p. 512-513. Vgl. id. p. 513: 'Those in favor of the exclusion of national arbitrators felt that the exclusion would insure adjudication rather than a negotiation'.

180 Vgl. voor een 'praktisch' argument: 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: 'Mr. Broches replied that it was felt that some countries might not be able at the outset to find sufficiently eminent people willing to serve on the Panels and should be allowed to draw on nationals of other States with which they had some affinity', zie ook: History of the ICSID Convention, Volume II-1, Summary Record of Proceedings, Geneva Consultative Meetings of Legal Experts, 17-22 februari 1964, p. 417. Vgl. voor een 'politiek' argument: History of the ICSID Convention, Volume II-1, Summary Record of Proceedings, Geneva Consultative Meetings of Legal Experts, 17-22 februari 1964, p. 417.

181 Vgl. History of the ICSID Convention, Volume II-1, Summary Record of Proceedings, Geneva Consultative Meetings of Legal Experts, 17-22 februari 1964, p. 417: 'Mr. Pereira (Portugal) said that the problem of national arbitrators was a very difficult one. Perhaps the best solution would be not to include any provision on the subject and to leave it to the parties to agree to exclude national arbitrators if they so desired'; History of the ICSID Convention, Volume II-2, Memorandum from the General Counsel and Draft Report of the Executive Directors to accompany the Convention, p. 961. Vgl. in het kader van artikel 39 ICSID Convention: ICSID 25 februari 1988, nr. ARB/82/1 (*Société Ouest Africaine des Bétons Industriels v. Senegal*), 'Opinion Dissidente de Monsieur Kéba Mbaye, Arbitre', par. 67 e.v.; Schreuer e.a. 2010, p. 503.

ked by nationality to either party'.¹⁸² Deze op het eerste oog kostbare middenweg heeft het eveneens niet gehaald.¹⁸³

5.4.3 Invulling: (scheids)rechterlijke uitspraken

189. Algemeen

In de vorige paragraaf is besproken op welke wijze de factor nationaliteit in het kader van de benoeming van een arbiter wordt meegewogen. In deze paragraaf zal worden bekeken op welke wijze door (scheids)gerechten invulling aan de factor is gegeven. Tijdens de bestudering van (scheids)rechterlijke uitspraken kwam naar voren dat (scheids)gerechten het juridische begrip 'nationaliteit' op verschillende wijzen hebben ingekleurd (vgl. par. 5.4.1). Op basis hiervan is de volgende tweedeling gemaakt. Allereerst zal hieronder worden ingegaan op de vraag op welke wijze de zgn. 'objectieve nationaliteit', in de zin van feitelijke nationaliteit, aanleiding kan geven tot twijfels aan de arbitrale onafhankelijkheid en/of onpartijdigheid. Het gaat hier, kort gezegd, om de nationaliteit die in het paspoort van de arbiter staat vermeld. Vervolgens zal voornoemde vraag ten aanzien van de zgn. 'subjectieve nationaliteit', in de zin van afgeleide nationaliteit, worden beantwoord. Deze verschijningsvorm wordt ingekleurd aan de hand van andere, mijns inziens subjectieve factoren. Aan wat voor factoren kan worden gedacht? In de vorige paragraaf kwam naar voren dat het ICC Court in het kader van de benoeming niet alleen de objectieve nationaliteit, maar ook politieke, regionale en/of culturele overwegingen in beschouwing zou nemen.¹⁸⁴ Andere overwegingen die kunnen worden meegenomen, kunnen bijvoorbeeld in de

182 History of the ICSID Convention, Volume II-2, Memorandum of the meeting of the Committee of the Whole, 23 februari 1965, morning. Discussion of Chapters III and IV, p. 983-984.

183 History of the ICSID Convention, Volume II-1, Summary Record of Proceedings, Geneva Consultative Meetings of Legal Experts, 17-22 februari 1964, p. 417. Interessant is dat de DIS-Schiedsgerichtsordnung 2018, in tegenstelling tot de vorige versie van 1998, nu wel aandacht aan de nationaliteit van de arbiter(s) besteedt. Zo staat in artikel 11 opgenomen dat het partijen in beginsel vrij staat om een unus-arbiter te kiezen; slechts wanneer zij hier niet uitkomen en het benoemingscomité van DIS verzoeken om over te gaan tot een benoeming wordt eenzelfde nationaliteit als één van de partijen in beginsel niet toegestaan: '[i]n diesem Fall muss der Einzelschiedsrichter eine andere Nationalität als die Parteien aufweisen, sofern nicht alle Parteien die gleiche Nationalität aufweisen oder die Parteien etwas anderes vereinbart haben'. Evenals in het kader van de ICSID Convention bestaat dus de mogelijkheid dat een unus-arbiter dezelfde nationaliteit heeft als (één van) de partijen. Zie art. 12.3 DIS-Schiedsgerichtsordnung 2018 ingeval van een 'Schiedsgericht mit drei Schiedsrichtern'. Tot slot (nog) een korte zijstap: voor de inwerkingtreding van het arbitragereglement van 2015 had ook CIETAC geen specifieke regels in onderhavig verband. In de literatuur is naar voren gebracht dat CIETAC dikwijls arbiters met een Chinese nationaliteit benoemde: niet alleen als unus-arbiter, maar ook als voorzitter en zowel in nationale als in internationale geschillen (Öhlberger 2009, p. 124-125). Vgl. art. 30 CIETAC Arbitration Rules 2015.

184 Vgl. Iran-United States Claims Tribunal 20 juni 1996, nr. 146 (571-146-3) (*Khosravi v. The Government of the Islamic Republic of Iran*), 'Award', par. 14: 'The Tribunal next must determine whether the Claimant's United States or Iranian nationality was dominant and effective during the relevant period. In making this determination, the Tribunal must consider "all relevant factors, including habitual residence, center of interests, family ties, participation in public life and other evidence of attachment." (...). All pertinent factors which cast light on the genuineness and extent of a claimant's connections to the States in question at the time the claim arose, and throughout the relevant period, are to be considered. (...)' (vindplaats: iusct.com/cases/final-award-no-57-20-june-1996). In vergelijkbare zin: Iran-United States Claims Tribunal 5 oktober 1990, nr. 273 (490-273-1) (*Reza and Shahnaz Mohajer-Shojaee v. The Islamic Republic of Iran*), 'Award', par. 9 (vindplaats: iusct.com/cases/final-award-no-490-5-october-1990, zie ook: A.J.

arbitrageregels van het Canadian Commercial Arbitration Centre worden gevonden: in artikel 16 lid 3 International Arbitration Rules staat dat het arbitrage-instituut, op het moment dat het wordt gevraagd om een arbiter te benoemen, niet alleen vrij zal zijn 'to choose any person whom it regards as suitable', maar ook dat het 'shall consider, in particular, the arbitrator's nationality, residence and other relationships with the countries of which the parties are nationals (...)'.¹⁸⁵

190. De objectieve nationaliteit

Allereerst komt naar voren dat de factor nationaliteit in de zin van de objectieve nationaliteit door verschillende overheidsrechters op zichzelf genomen *niet* is beschouwd als grond die aanleiding geeft tot twijfels aan de arbitrale onafhankelijkheid en/of onpartijdigheid (vgl. par. 5.4.1). Het Engelse Court of Appeal overwoog in november 1999: '[w]e cannot, however, conceive of circumstances in which an objection could be soundly based on the religion, ethnic or national origin, gender, age, class, means or sexual orientation of the judge'.¹⁸⁶ Het Tribunal de grande instance van Parijs overwoog in mei 1987: '[a]ttendu qu'il n'y a pas lieu d'écarter, par principe, la désignation d'une personnalité de nationalité française, dont l'indépendance et la neutralité comme arbitre, et donc comme juge, *ne sauraient être mises en cause sans motifs* pouvant être tenus pour établis' (curs. PR).¹⁸⁷ In februari 1958 overwoog het Tribunal fédéral: '[d]er Umstand allein, dass sämtliche Mitglieder eines Schiedsgerichts die gleiche Staatsangehörigkeit und den gleichen Wohnsitz haben wie eine Prozesspartei, lässt jedoch, (...), ein Schiedsgericht aus dem Gesichtspunkt der öffentlichen Ordnung nicht als ungeeignet erscheinen'.¹⁸⁸

Ter illustratie kan ook worden gewezen op een uitspraak van het Tribunal de grande instance van Parijs uit juni 1989 waarin het gerecht overwoog dat, hoewel sprake kan zijn van een gebruik om dit niet te doen, het voor een gerecht dat eveneens als benoemende instantie fungeert, niet is verboden om een voorzitter met dezelfde nationaliteit als één van de partijen te benoemen: '(...), il a été déjà relevé que la convention des parties n'a pas exclu la désignation d'un président de nationalité française, que l'usage invoqué, même s'il est appliqué dans certains règlements d'arbitrage, *n'impose pas au Président du Tribunal de grande instance saisi d'écarter* nécessairement le choix d'un arbitre de la nationalité d'une des parties' (curs. PR). De volgende rechtsoverweging bevestigt de observatie dat de objectieve nationaliteit op zichzelf genomen niet wordt

van den Berg (red.), *Yearbook Commercial Arbitration 1991 - Volume XVI*, Kluwer Law International 1991, p. 345).

185 Vindplaats: ccac-adr.org/en/international-arbitration. Vgl. art. 16 lid 4 International Arbitration Rules: 'Unless the parties are all of the same nationality, each one of them may require that the sole arbitrator or the presiding arbitrator of the Tribunal be of a nationality other than those of the parties'.

186 Court of Appeal (Civil Division) 17 november 1999 (*Locabail (UK) Ltd/Bayfield Properties Ltd e.a.*), [1999] EWCA Civ 3004, r.o. 25.

187 TGI Parijs 22 mei 1987, *Revue de l'Arbitrage* 1988, afl. 4, p. 699 (*Transportacion Maritima Mexicana S.A./société Alsthom*).

188 Tribunal fédéral 12 februari 1958, 84 I 39, r.o. 6.b). Vgl. id. r.o. 6.b): '(...) Es würde zu weit gehen, zur Beurteilung internationaler Handelsstreitigkeiten nur Schiedsgerichte zuzulassen, die entweder gleichmässig aus Angehörigen der Heimatstaaten beider Parteien oder aus Angehörigen anderer Staaten zusammengesetzt sind'.

beschouwd als grond die aanleiding geeft tot twijfels aan de arbitrale onafhankelijkheid en/of onpartijdigheid: 'qu'enfin, l'arbitre, juge et non mandataire d'une partie ne saurait faire l'objet d'une «suspicion» de principe *fondée sur sa seule nationalité (...)*' (curs. PR).¹⁸⁹ Interessant is daarnaast een procedure ten overstaan van het Cour d'appel van Parijs waarin de Griekse onderneming Mytilineos Holdings SA probeerde een arbitraal vonnis dat door een *ad hoc*-scheidsgerecht 'd'après le règlement d'arbitrage de la CNUDCI' was gewezen te laten vernietigen op grond van de omstandigheid dat de door haar benoemde Roemeense arbiter niet onafhankelijk was nu de arbiter diverse malen, en zonder dit mede te delen, door haar wederpartij, eveneens een Roemeense onderneming, was benoemd. Het hof wees de vordering in februari 2005 af. Het hof overwoog onder meer dat het in casu 'parfaitement compréhensible' was dat een Roemeense partij had gekozen voor 'un arbitre roumain expérimenté comme M. B. dans le contexte d'un pays en voie de transition où les compétences professionnelles de ce type soient nécessairement limitées' (vgl. nr. 277).¹⁹⁰

Tot slot heeft de objectieve nationaliteit ook geen aanleiding gegeven tot twijfels aan de arbitrale onafhankelijkheid en/of onpartijdigheid in de situatie waarin een partij-arbiter dezelfde nationaliteit had als de partij die een wrakingsverzoek indiende, zo lijkt te volgen uit een beslissing van een LCIA Division van juni 1997.¹⁹¹ In het kader van een wrakingsbeslissing waarin eiseres ('a company incorporated in the West Indies') en gedaagde ('a company incorporated in India') probeerden elkaars partij-arbiter te wraken op grond van onder meer de omstandigheid dat de arbiters dezelfde nationaliteit als zichzelf hadden. In de samenvatting die aan de beslissing van de betreffende divisie voorafgaat, staat opgenomen: '[a] co-arbitrator being of the same nationality as a party, and his having held office in a company engaged in the same industry as a party do not, of themselves, give rise to a risk of bias'.¹⁹²

191. De subjectieve nationaliteit: vier categorieën

In tegenstelling tot de objectieve nationaliteit lijkt de factor nationaliteit in de zin van subjectieve nationaliteit onder omstandigheden wél aanleiding te kunnen geven tot twijfels aan de arbitrale onafhankelijkheid en/of onpartijdigheid. Op basis van

189 TGI Parijs 23 juni 1989, *Revue de l'Arbitrage* 1988, afl. 4, p. 699 (*Transportacion Maritima Mexicana S.A./société Alstom*). Kritiek op deze uitspraak werd onder meer geuit door Fouchard 1988: 'Cette décision (réitérée) est difficilement compatible avec la pratique judiciaire antérieure. Le Président du Tribunal de grande instance de Paris (ou le Tribunal lui-même, en formation collégiale de référé) avait toujours veillé, jusqu'ici, à tenir le plus grand compte de la volonté des parties et de leurs souhaits personnels lorsqu'il désignait des arbitres. (...)' (p. 699). Vgl. Yargıtay Başkanlığı 3 december 2016 waarin verweerder zich ten overstaan van de 11e Civiele kamer van de Turkse Hoge Raad tegen de tenuitvoerlegging van een ICC-vonnis verzette: de unus-arbiter zou partijdig zijn geweest, omdat hij dezelfde nationaliteit als verzoeker had. Het Turkse gerecht ging hierin niet mee: niet alleen omdat verweerder niet had bewezen dat sprake was van partijdigheid, maar ook omdat het 'nationaliteit-bezwaar' reeds tijdens de arbitrage door het ICC Court was verworpen (bron van de uitspraak en de informatie: I. Bozoglu, 'Impartiality Of A Sole Arbitrator v. Nationality In ICC Rules Of Arbitration - A Turkish Law Take On The Issue', 7 december 2018, via: www.mondaq.com).

190 CA Parijs 17 februari 2005, *Revue de l'Arbitrage* 2005, afl. 3, p. 718 (*société Mytilineos Holdings/the Authority for Privatization and State Equity Administration*). Zie over deze uitspraak ook bijv. Gómez-Acebo 2016, nr. 5.63; Henry 2005, vn. 37 (p. 735).

191 LCIA Division 5 juni 1997, nr. UN97/X11.

192 LCIA Division 5 juni 1997, nr. UN97/X11.

hetgeen in verschillende (rechts)bronnen naar voren is gekomen, is de subjectieve nationaliteit in de volgende categorieën onderverdeeld: i) geografische verbondenheid (nr. 191a), ii) culturele verbondenheid (nr. 191b), en iii) juridische verbondenheid (nr. 191c). Tot slot is een vierde categorie onderscheiden die 'vereenzelviging' (nr. 191d) wordt genoemd.¹⁹³ Onder deze restcategorie kunnen de overige omstandigheden van het geval worden geschaard die tot vereenzelviging (kunnen) leiden.

191a. Geografische verbondenheid

De eerste categorie - de categorie van de zgn. geografische verbondenheid - ziet op een gedeelde geografische afkomst van de arbiter met één van de partijen die aanleiding zou kunnen geven tot twijfels aan de arbitrale onafhankelijkheid en/of onpartijdigheid.¹⁹⁴ Illustratief is een ICC-arbitrage uit 2000.¹⁹⁵ In deze arbitrage zou de ontbinding van de onderneming Andersen Worldwide centraal staan; de onderneming was in Genève gevestigd, maar wereldwijd actief.¹⁹⁶ Partijen zouden hebben geweigerd om afstand te doen van artikel 9 lid 5 ICC Rules 1998 (thans: art. 13 lid 5 ICC Rules 2021), in welk artikel stond dat de unus-arbiter 'shall be of a nationality other than those of the parties'. Het ICC Court zou deze vorm van partijautonomie hebben gerespecteerd en zijn overgegaan tot de benoeming van een arbiter uit Colombia, een staat waar partijen geen nationaliteitsband mee hadden.¹⁹⁷

Toch slaagt een beroep op geografische verbondenheid, en daarmee op arbitrale vooringenomenheid, niet altijd. Zo is in de literatuur melding gemaakt van een

193 Vgl. (naar analogie) HR 13 oktober 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA7480, NJ 2000/698 (*Rainbow Products/Ontvanger*).

194 In jurisprudentie van het Zwitserse Tribunal fédéral uit mei 1967 komt een negatief beeld naar voren: 'Es ist freilich richtig und allgemein bekannt, dass der Richter in den Oststaaten nicht die gleiche Unabhängigkeit hat wie im Westen und nicht im gleichen Masse an das geschriebene Recht gebunden ist, sondern politische Gesichtspunkte und staatliche Interessen zu berücksichtigen hat (...)', zie: Tribunal fédéral 3 mei 1967, 93 I 265, r.o. 4.d), onder verwijzing naar literatuur. De lat om de tenuitvoerlegging van een arbitraal vonnis in dit opzicht te weigeren, ligt niettemin hoog: '(...), so darf die Vollstreckung ihrer Schiedssprüche in der Schweiz *nur* dann wegen der Zusammensetzung des Schiedsgerichts verweigert werden, wenn im konkreten Einzelfall Anhaltspunkte dafür bestehen, dass die Schiedsrichter, die den Spruch gefällt haben, *tatsächlich befangen waren*, insbesondere die prozessualen Rechte der ausländischen Partei in einem Masse verletzt, die mit einem geordneten Schiedsverfahren nicht vereinbar ist' (curs. PR) (id. r.o. 4.d)). Vgl. BGH 26 juni 1969, VII ZR 32/67: 'Nach Ansicht des Senats geht es jedoch nicht an, Schiedssprüche der ständigen Schiedsgerichte in osteuropäischen Ländern *schon mit Rücksicht auf* das dort herrschende System der staatlich gelenkten Wirtschaft in Deutschland auf Grund des § 1044 Abs. 2 Nr. 2 ZPO nicht anzuerkennen' (curs. PR) (bron van de uitspraak: Daele 2012, vn. 223 (nr. 7.168)). Vgl. Nariman 2004 waarin wordt verwezen naar een 'memoir' uit 1975 waarin werd gesproken over 'Western arbitrators' die tot 'a certain hemisphere and social system' zouden behoren en een 'conception of law' hebben 'that was a reflection of their own system' (p. 123-124).

195 ICC 28 juli 2000, nr. 9797 (*Andersen Consulting v. Arthur Andersen & Andersen Worldwide*), 'Final Award' (bron: Khambata 2015, p. 624, zie ook *ASA Bulletin* 2000, afl. 3, p. 514-540).

196 Lew, Mistelis & Kröll 2003, nr. 16.57.

197 Vgl. Supreme Court of India 31 maart 2014 (*Reliance Industries Ltd. c.s./U.O.I.*), r.o. 76. Zie voor een voorbeeld waarin sprake was van een 'omgekeerde' situatie: ten overstaan van het Cour de Justice de Genève werd een beroep gedaan op de (on)geldigheid van de samenstelling van het scheidsgerecht bij gebrek aan een arbiter uit één van de 'developing countries'; het gerecht schoof deze klacht terzijde, zie: Cour de Justice de Genève 26 november 1982 (*Westland Helicopters Ltd./Egyptian Arab Republic c.s.*), bron van de uitspraak en de informatie: Lalive 1984, vn. 19 (p. 27); Bishop & Reed 1998, vn. 37 (p. 402); Khambata 2015, p. 626.

CEPANI-arbitrage waarin verzoeker een arbiter probeerde te wraken op grond van de omstandigheid dat hij afkomstig zou zijn uit dezelfde regio als eiser; deze omstandigheid 'may inspire that arbitrator to sympathize with the claimant', aldus verzoeker.¹⁹⁸ Het wrakingscomité van CEPANI zou in een 'internal note' hebben aangegeven deze omstandigheid als irrelevant te beschouwen, 'noting that if one would extend this to nationality, many international arbitrations would become impossible'.¹⁹⁹ Eenzelfde oordeel komt naar voren in een beslissing van een LCIA Division uit april 2013 waar gedaagde (een onderneming gevestigd in Nigeria) probeerde de unus-arbiter met de Ierse nationaliteit te wraken op grond van onder meer de omstandigheid dat de Ierse nationaliteit van arbiter was 'tied to the British hegemony', terwijl eiseres in het Verenigd Koninkrijk was gevestigd. De naar voren geschoven wrakingsgrond werd echter 'unconvincing' bevonden, waaraan door de betreffende divisie werd toegevoegd dat 'his Irish nationality is not indicative of his lacking independence or violation of Article 6.1 of the LCIA Rules'.²⁰⁰

Geografische verbondenheid gaat ook niet zover dat arbiters uit een bepaalde EU-lidstaat met arbiters uit andere EU-lidstaten kunnen worden vereenzelvigd, aldus het Tribunal de grande instance van Parijs in januari 1991. Ten overstaan van dit gerecht werd door Société chérifienne des pétroles (een Marokkaanse onderneming) bezwaar gemaakt tegen de benoeming door het ICC Court van een arbiter met de Griekse nationaliteit. De benoeming had plaatsgevonden in een arbitrage tussen Société chérifienne des pétroles, en een Spaanse en Duitse onderneming. Société chérifienne des pétroles betoogde dat «la réalité de la citoyenneté européenne», incontestable dans l'Europe communautaire consacrée notamment par l'appartenance à un même ordre juridique, est assimilable à une nationalité'.²⁰¹ Het gerecht overwoog dat in casu geen taak (meer) voor het gerecht was weggelegd daar het ICC Court overeenkomstig de regels had gehandeld: '(...) cependant, lorsque le tribunal arbitral est constitué, dans sa mission d'assistance et de coopération technique à l'arbitrage, le Président du Tribunal de grande instance n'a pas pouvoir de s'immiscer dans les prérogatives juridictionnelles des arbitres, qui relèvent d'une légitimité propre et autonome, ni même de se substituer au centre préconstitué d'arbitrage, sauf carence reconnue ou prouvée de celui-ci, pour l'organisation et la mise en œuvre de la procédure arbitrale conformément à son règlement, charte convenue et acceptée par les parties' (curs. PR).²⁰²

In het verlengde hiervan kan, tot slot, ook worden gewezen op een wrakingsbeslissing van een LCIA Division uit januari 2011 waarin gedaagde (gevestigd in Duitsland) de unus-arbiter probeerde te wraken onder meer vanwege 'his "intensive relations" and activities in Eastern European Countries and, in particular, Russia'.²⁰³ Eiseres was in Rusland gevestigd, haar voornaamste aandeelhouder was in Cyprus gevestigd. De betreffende divisie wees het wrakingsverzoek af: '[t]he fact that [de unus-arbiter, PR] speaks fluent Russian, served as an arbitrator for Russian arbitral centres, or may

198 Cox 2016, p. 18.

199 Cox 2016, p. 18.

200 LCIA Division 22 april 2013, nr. 111996, par. 16.

201 TGI Parijs 18 januari 1991, *Revue de l'Arbitrage* 1996, afl. 3, p. 505 (*société chérifienne des pétroles/société Mannesmann Industria Iberica c.s.*).

202 TGI Parijs 18 januari 1991, *Revue de l'Arbitrage* 1996, afl. 3, p. 506.

203 LCIA Division 4 januari 2011, nr. 101682, par. 1.5.

have made substantial contributions to the development and modernisation of laws in Eastern Europe would not create in the mind of a reasonable person a 'real possibility' that [he] is biased', aldus de divisie.²⁰⁴

191b. Culturele verbondenheid

De tweede categorie - de categorie van de zgn. culturele verbondenheid - ziet op verbondenheid van de arbiter met één van de partijen in cultureel opzicht; een dergelijke verbondenheid zou aanleiding kunnen geven tot twijfels aan de arbitrale onafhankelijkheid en/of onpartijdigheid.²⁰⁵ Illustratief is een beslissing van een LCIA Division uit augustus 2005 waarin eiseres (een onderneming gevestigd in de Verenigde Staten) probeerde de unus-arbiter te wraken op grond van onder meer de omstandigheid dat de 'long-standing commitment' van arbiter met Arabische studies en Arabische cultuur hem zouden weerhouden van een objectief en onpartijdig optreden.²⁰⁶ De betreffende divisie ging hierin niet mee en overwoog dat 'there was not 'a scintilla of evidence' that, beyond his technical expertise in Arab and Islamic law, the arbitrator should have been *so exposed to* Arab and Islamic culture as to have become biased or more receptive to the case of the Respondent. To the contrary, it appeared to the Division that the arbitrator had completed his studies in London, where he lived and practised law as a barrister' (curs. PR).²⁰⁷

Een uitstapje volgt naar een wrakingsbeslissing die door de SCC Board zou zijn genomen in 1999. In het kader van een SCC-arbitrage diende eiseres met de Japanse nationaliteit een wrakingsverzoek in tegen de door de Chinese gedaagde benoemde arbiter. De arbiter was een 'chief judge' in het gerecht van de stad waar gedaagde was gevestigd en waar de advocaat van gedaagde als advocaat stond ingeschreven. Eiseres zou haar zorgen hebben geuit over onder meer de omstandigheid dat Chinese gerechten 'heavily' door 'local protections' zouden worden beïnvloed, en voerde aan dat sprake zou zijn van een reëel risico dat eiseres als buitenlandse onderneming niet met 'substantial justice' door de Chinese arbiter zou worden behandeld. De SCC Board wees het wrakingsverzoek evenwel af.²⁰⁸

191c. Juridische verbondenheid

De derde categorie - de categorie van de zgn. juridische verbondenheid - ziet op verbondenheid van de arbiter met één van de partijen in de zin van een gedeelde

²⁰⁴ LCIA Division 4 januari 2011, nr. 101682, par. 39.

²⁰⁵ Zie over dit begrip o.a. Grigera Naón 1999, p. 312. Vgl. Khambata 2015, p. 626: '(...) perhaps the issue of nationality is in essence an issue of culture even more than it is of citizenship'. Zie ook (algemeen) bijv. Pair 2002. Vgl. LCIA, Notes for Parties, 18 augustus 2017, par. 49: '(...) The LCIA is mindful also of any particular national and/or cultural characteristics of the parties to which it should be sensitive, so as to minimise conflict, (...)'.
²⁰⁶ LCIA Division 5 augustus 2005, nr. 5660, par. 1.6.
²⁰⁷ LCIA Division 5 augustus 2005, nr. 5660, par. 4.6.

²⁰⁸ SCC Board nr. 60/1999 (bron van de informatie: Daele 2012, nr. 7.166, onder verwijzing naar literatuur). Door Daele worden geen gronden gegeven die de SCC Board zouden hebben doen besluiten om het wrakingsverzoek af te wijzen. Zie voor andere SCC-wrakingsbeslissingen onder meer: Lindström 2010; Jung 2008.

kennis van het recht(ssstelsel) hetgeen aanleiding zou kunnen geven tot twijfels aan de arbitrale onafhankelijkheid en/of onpartijdigheid.²⁰⁹ Interessant is de volgende overweging van het Cour d'appel van Parijs in juni 2021: '[l]'impartialité de l'arbitre suppose l'absence de préjugés ou de partis pris susceptibles d'affecter le jugement de l'arbitre, lesquels peuvent résulter de multiples facteurs tels que la nationalité de l'arbitre, son environnement social, culturel ou juridique' (curs. PR).²¹⁰ Ter illustratie kan daarnaast worden gewezen op een wrakingsbeslissing van een LCIA Division uit juli 2012 waarin gedaagde probeerde de unus-arbiter te wraken onder meer omdat twijfels zouden bestaan over de onpartijdigheid van de arbiter gelet op zijn banden ('ties') met een bepaalde staat (hierna: staat A). Eiser had de nationaliteit van staat A. Kort samengevat zagen de banden op zijn 'alleged admission to practice in [Country A], his membership in the [Bar Association of Country A], and his firm's having an office in [the capital of Country A]'.²¹¹ De betreffende divisie wees het wrakingsverzoek af nu er geen aanwijzing was 'that anything in [the Sole Arbitrator]'s apparent familiarity and expertise with [the law of Country A] in any way would result in a lack of impartiality'.²¹² De conclusie luidde als volgt: '[a]ccordingly this ground is not a basis to recuse'.²¹³ In het licht van hetgeen in paragraaf 5.4.1 naar voren kwam, komt deze uitkomst niet uit de lucht vallen: onder bepaalde omstandigheden kan enige verbondenheid juist pleiten voor de benoeming van een arbiter. Illustratief zijn ook de volgende woorden van een LCIA Division in september 1998: '(...), the Division believed that the arbitrator's cosmopolitan background, coupled with his grounding in New York law, made him a particularly suitable appointee for this case. The Division had no doubt that the arbitrator would treat the challenge as closed and deal with the dispute in an impartial manner'.²¹⁴

Daarnaast kan worden gewezen op een uitspraak van het Kammergericht Berlijn uit juli 2010 waarin verzoeker probeerde de voorzitter van het scheidsgerecht

209 Vgl. Lalive 1984, p. 27: 'At least a part of the arbitrator' personality may be said to be shaped by his legal education and outlook²². This elementary observation leads us to emphasize another, and important, dimension of the arbitrator's neutrality: what may be described as his juridical open-mindedness and lack of prejudice, his absence of legal nationalism, his sympathy for other countries' legal cultures and institutions'. In andere zin: Puig & Strezhnev 2017, p. 389; Dannenbaum 2012, p. 177; Ortscheidt 2008, p. 711. Vgl. Craig, Park & Paulsson 2000, p. 196: 'The arbitrator may also embrace legal doctrines that the nominating party feels are favorable to its case'. Vgl. art. 9 ICJ Statute.

210 CA Parijs 8 juni 2021, nr. 19/02245 (*SA Sports Management International/X*), r.o. 45. In gelijke bewoordingen: CA Parijs 16 februari 2021, nr. 18/16695 (*Grenwich Enterprises/Idemia France SAS*), r.o. 56.

211 LCIA Division 6 juli 2012, nr. 122073, par. 30.

212 LCIA Division 6 juli 2012, nr. 122073, par. 32.

213 LCIA Division 6 juli 2012, nr. 122073, par. 33.

214 LCIA Division 30 september 1998, nr. 8086, par. 4.6. In de onderhavige procedure had de advocaat van (de Amerikaanse) gedaagde een wrakingsverzoek gebaseerd op grond van onder meer de omstandigheid dat de unus-arbiter gelet op zijn binding met het Verenigd Koninkrijk 'de facto' de Britse nationaliteit had. Vgl. High Court 14 juli 1999 (*XL Insurance Ltd/Toyota Motor Sales U.S.A. Inc.*) (bron van de uitspraak: Born 2021a, vn. 478 (p. 1841)). Vgl. Cour supérieure du Québec 6 juli 2006 (*I-D Foods Corp./Hain-Celestial Group Inc.*), [2006] QCCS 3889 waarin het gerecht in het kader van een geschil tussen een Amerikaanse partij en een partij uit Québec overging tot de benoeming van een arbiter uit Québec nu het toepasselijk arbitrage-recht het Wetboek van Burgerlijke rechtsvordering van Québec was (bron van de uitspraak: Born 2021a, vn. 481 (p. 1841), vgl. Born 2021a, p. 1841: '(...) a natural homing tendency on the part of national courts to look to local (and familiar) practitioners in selecting arbitrators').

te wraken.²¹⁵ Verzoeker betoogde dat sprake was van een niet-geoorloofde vriendschap tussen de voorzitter en de advocaat van de wederpartij of van een 'sonstige nahe Beziehung' daar de voorzitter en de vertegenwoordiger vier tot vijf maal per jaar hadden deelgenomen aan cursussen over het gezondheidsrecht (welk rechtsgebied een rol speelde in de arbitrage), en aan rondetafelgesprekken ('Medizinrechtsstammtisch'). Het gerecht ging hierin niet mee. Het overwoog dat het 'zwangsläufig' is dat juristen die zich in het gezondheidsrecht hebben gespecialiseerd 'sich kennen und gemeinsam in Fachgremien oder fachspezifischen Treffen auftreten'.²¹⁶ De omstandigheden van het geval konden 'nicht die Besorgnis rechtfertigen, zwischen den Beteiligten bestünde eine nahe persönliche Beziehung', aldus het gerecht.²¹⁷ Ook overwoog het gerecht dat een eventuele discussie over vakspecifieke thema's tijdens deze gesprekken geen omstandigheid was die tot het oordeel leidde dat sprake was van arbitrale vooringenomenheid.²¹⁸

Tot slot kan worden gewezen op een zaak die ten overstaan van het Cour d'appel van Parijs speelde. Onderneming European Speciality Ruckversicherung (hierna: ESG) verzette zich tegen de benoeming van een partij-arbiter door onderneming AGRR Prévoyance.²¹⁹ ESG betoogde, kort gezegd, dat met deze benoeming (inhoudelijk) vooruit zou worden gelopen op arbitrale oordelen over het toepasselijk recht en de taal van de arbitrage, aangezien de arbiter geen kennis had van het Duitse recht en de Duitse taal: de benoeming 'préjuge de la décision sur les questions du droit applicable et de la langue de l'arbitrage en rendant impossible tout autre choix que la langue française et le droit français', aldus ESG.²²⁰ Het hof ging niet mee in de partijdigheidsvrees van ESG en wees haar wrakingsverzoek begin mei 2007 af. Het hof overwoog: '[c]onsidérant que la société ESG ne démontre pas la partialité de M. X. s'il était appelé à juger des règles de droit applicables au litige ou de la langue de l'arbitrage, ces questions, dans l'éventualité où elles seraient posées aux arbitres, pouvant être résolues d'un nombre de manières différentes en faveur desquelles il est impossible de dire, comme le soutient la société ESG, que M. X. se déterminerait pour des raisons autres que celles qui seraient débattues pour les parties devant le tribunal arbitral' (curs. PR).²²¹ Vrij vertaald: ESG heeft de partijdigheid van de arbiter in onderhavig verband niet aangetoond: arbiters zouden de bewuste kwesties immers op tal van manieren kunnen oplossen waarbij

215 KG Berlin 7 juli 2010, nr. 20 SchH 2/10 (bron van de uitspraak: Daele 2012, nr. 6.076; Crivellaro 2014, p. 126; bron van de geciteerde overwegingen: *SchiedsVZ* 2010, afl. 4, p. 225-227, zie ook: R. Kreindler, A contribution by the ITA Board of Reporters, via: Kluwer Arbitration).

216 KG Berlin 7 juli 2010, nr. 20 SchH 2/10.

217 In dit kader nam het gerecht de woorden van de voorzitter over: dat het bij de ronde-tafel-gesprekken 'lediglich um ein kollegiales Duzverhältnis' zou gaan en buiten deze gesprekken geen privé-ontmoetingen plaatsvonden.

218 KG Berlin 7 juli 2010, nr. 20 SchH 2/10 waarin het gerecht een vergelijking maakt met een 'publicerende' arbiter: 'So ist ein Schiedsrichter, der sich schon zu einer im Schiedsgerichtsverfahren relevanten Rechtsfrage - meist in einer Fachzeitschrift - geäußert hat, bei Zugrundelegung der für Richter geltenden Maßstäbe nicht als befangen anzusehen, wenn nicht besondere Umstände, z.B. Sturheit und Unbelehrbarkeit, hinzukommen (...)'.²¹⁹

219 CA Parijs 3 mei 2007, *Revue de l'Arbitrage* 2008, afl. 4 (L'AGRR Prévoyance/European Speciality Ruckversicherung AG).

220 CA Parijs 3 mei 2007, *Revue de l'Arbitrage* 2008, afl. 4, p. 707.

221 CA Parijs 3 mei 2007, *Revue de l'Arbitrage* 2008, afl. 4, p. 707. Vgl. Ortscheidt 2008, p. 709.

het onmogelijk is om te zeggen, zoals door ESG wel is betoogd, dat de arbiter zich hierbij zou laten leiden door andere 'raisons' dan die door partijen in de arbitrage zullen worden aangevoerd.

191d. Vereenzelviging

De vierde categorie - de categorie van de zgn. 'vereenzelviging' - ziet op (de) overige omstandigheden van het geval die aanleiding zouden kunnen geven tot twijfels aan de arbitrale onafhankelijkheid en/of onpartijdigheid. Ter illustratie kan worden gewezen op een ICC-wrakingsbeslissing waarin gedaagde de voorzitter van een scheidsgerecht zou hebben geprobeerd te wraken op grond van de omstandigheid dat de arbiter zijn opleiding had genoten, woonde, en werkte in het land waar eiseres al meer dan twaalf jaar was gevestigd.²²² Een dergelijk sterke band met het land van eiseres zou strijd opleveren met de onafhankelijkheid van de arbiter, aldus gedaagde. Het ICC Court zou het wrakingsverzoek niettemin hebben afgewezen: uit het curriculum vitae van de voorzitter kon worden afgeleid dat hij slechts twee jaar voor zijn studie in dat land had doorgebracht en dat hij vervolgens negen tot tien jaar als advocaat voor verschillende internationale advocatenkantoren had gewerkt. Deze omstandigheden gaven onvoldoende aanleiding om tot 'vereenzelviging' over te (kunnen) gaan, aldus het ICC Court. Tot een vergelijkbaar oordeel kwam een LCIA Division in juni 2005 in reactie op de poging van eiser om één van de door het LCIA Court benoemde arbiters te wraken. Eiser voerde onder meer aan dat de arbiter dezelfde nationaliteit had als gedaagde en dat uit zijn curriculum vitae kon worden afgeleid dat hij als 'associate professor' aan de universiteit was verbonden die werd gefinancierd door de staat die een (meerderheids)belang in gedaagde had.²²³ De betreffende divisie kwam tot het oordeel dat deze omstandigheden 'are not factors which, in the eyes of a reasonable and informed third party, would impact that arbitrator's independence or impartiality'.²²⁴

Ook een op het eerste oog wellicht meer concrete band in de zin van het werken in een bepaalde staat levert niet altijd een geslaagde poging tot wraking op. Ter illustratie kan worden gewezen op een wrakingsbeslissing van een LCIA Division uit september 1998. Een Amerikaanse gedaagde had een wrakingsverzoek gebaseerd op grond van onder meer de omstandigheid dat de unus-arbiter feitelijk de Britse nationaliteit zou hebben gelet op zijn binding met het Verenigd Koninkrijk. Daar eiser ook de Britse nationaliteit had, diende de arbiter te worden gewraakt, aldus gedaagde. In dit verband voerde (de advocaat van) gedaagde aan dat eiser ook geen mededeling over zijn 'de facto UK nationality' had gedaan.²²⁵ De betref-

222 ICC Case 2 (Challenges rejected) (bron van de informatie: Whitesell 2007, p. 31; Daele 2012, nr. 7.162).

223 LCIA Division 2 juni 2015, nr. 142862, par. 1.4 jo. par. 1.1.

224 LCIA Division 2 juni 2015, nr. 142862, par. 80. Vgl. id. par. 80: '(...) that an arbitrator has the same nationality as one of the parties, that he is employed by a State university from the same country, and that one of the parties comes from that country, (...)'. Het wrakingsverzoek werd uiteindelijk op een andere (wrakings)grond toegewezen: 'the various connections between Respondent, Respondent's Chairman, the Board of trustees of the University and the University which employs the challenged arbitrator' zouden teveel twijfel doen rijzen 'in the eyes of an objective and reasonable third party as to the independence of an arbitrator employed by that University' (par. 96, vgl. par. 83).

225 LCIA Division 30 september 1998, nr. 8086, par. 1.5, vgl. par. 2.2.

fende divisie was niet overtuigd en overwoog als volgt. Hoewel de arbiter 'a considerable amount of time in England' had doorgebracht, kwam het de divisie voor dat de arbiter 'appeared to have connections which were remarkably well balanced, given that his most significant activities included his continuing affiliation with a non-UK bank, and a lengthy connection with a US company'.²²⁶ De divisie overwoog dat arbiter 'had earned his legal qualifications in the United States and not in the United Kingdom, and had on one occasion entered into an affiliation with a US law firm, not a British one'.²²⁷

Tot eenzelfde oordeel kwam een andere LCIA Division in oktober 2005.²²⁸ Gedaagden probeerden de unus-arbiter te wraken door aan te voeren dat de arbiter 'maintained an office at a barrister's chambers' in Londen was en derhalve 'was based in London'. Dit zou in strijd zijn met het arbitragebeding nu partijen hadden afgesproken dat de unus-arbiter 'should not be of British or Sri Lankan nationality, or based in Sri Lanka or England', aldus gedaagden.²²⁹ De betreffende divisie ging hierin niet mee en overwoog: 'the fact that the barristers' chambers occasionally provided the arbitrator with a desk or a telephone when he visited London *did not per se reasonably lead to the conclusion that he maintained an office in London, any more than if he had access to a desk or telephone in the business centre of a familiar hotel*' (curs. PR).²³⁰ Hieraan voegde de divisie toe dat 'the fact that barristers' chambers transmitted communications to their door tenants did not mean that the door tenants were 'based' in their chambers; to the contrary, this was a service to barristers precisely because they were based overseas'.²³¹ Een verder verwijderd verband - gedaagden maakten onderdeel uit van een vennootschap die in dezelfde staat was gevestigd als de Chambers' waarvan de voorzitter van het scheidsgerecht lid was - gaf eveneens geen aanleiding tot twijfels aan de onafhankelijkheid van de voorzitter, zo kwam in een uitspraak van een LCIA Division van augustus 2006 naar voren. Deze divisie overwoog onder meer: '[i]n the Division's view, therefore, there was no basis on which to conclude that the common nationality of the Respondent companies and the Chair's chambers (of which he was a door tenant) gave rise to justifiable doubts as to his independence'.²³²

Een interessante casuspositie kwam naar voren in een ICSID-arbitrage waarin Tanzania Electric Supply Company Limited (hierna: Tanesco) zou hebben geprobeerd om de Engelse voorzitter van een scheidsgerecht te wraken in reactie op een door een derde partij ingediend voegingsverzoek.²³³ Deze derde partij, gevestigd in

226 LCIA Division 30 september 1998, nr. 8086, par. 4.2.

227 LCIA Division 30 september 1998, nr. 8086, par. 4.2.

228 LCIA Division 28 oktober 2005, nr. 5700.

229 LCIA Division 28 oktober 2005, nr. 5700, par. 1.6 jo. par. 1.1. Vgl. id. par. 1.8.

230 LCIA Division 28 oktober 2005, nr. 5700, par. 4.1.

231 LCIA Division 28 oktober 2005, nr. 5700, par. 4.2. Vgl. id. par. 5.1: '(...) the President rejected the challenge on the basis that the arbitrator could not be said to be based in England'.

232 LCIA Division 30 augustus 2006, nr. 5665, par. 4.20. Vgl. id. par. 4.20: 'Other than a general suggestion by the Claimants that the Chair had been influenced by the fact that the Respondents were all part of a leading UK company, and that he himself was a member of a prominent UK Chambers, the Division noted no specific allegation that the Chair had a relationship with the Respondents or was not independent of them. (...)'.
233 ICSID, nr. ARB/98/8 (*Tanzania Electric Supply Company Limited v. Independent Power Tanzania Limited*) (bron van de zaak en de informatie: Daele 2012, nr. 7.160).

Hongkong maar door een Engelse onderneming aangestuurd, zou hebben gesteld dat zij de contractuele aanspraken van de wederpartij van Tanesco had overgenomen en om tussenkost in de arbitrage hebben verzocht. In de arbitrageovereenkomst van Tanesco zou zijn afgesproken dat geen arbiters zouden worden benoemd met eenzelfde nationaliteit als van partijen of van aandeelhouders met een aandelenbelang van ten minste dertig procent. Tanesco wilde voorkomen dat de Engelse voorzitter (mede) een beslissing zou nemen over het tussenkost-verzoek en zou een wrakingsverzoek hebben ingediend. Hoewel uiteindelijk geen beslissing werd genomen omdat 'the arbitration was discontinued in accordance with Article 44 of the ICSID Convention', is het - in het licht van de voorgaande uitspraken - niettemin een interessante vraag of de feiten van dit geval tot vereenzelviging kunnen leiden, en daarmee tot twijfels aan de arbitrale onafhankelijkheid en/of onpartijdigheid.

Een beroep op vereenzelviging in het kader waarvan naar voren wordt gebracht dat sprake is van een bepaald lidmaatschap, tot slot, lijkt eveneens weinig succesvol. Ter illustratie kan worden gewezen op een procedure ten overstaan van een LCIA Division in het kader waarvan gedaagde (een onderneming gevestigd in Nigeria) probeerde de unus-arbiter met de Ierse nationaliteit te wraken op grond van onder meer de omstandigheid dat het lidmaatschap van de arbiter van de 'British-[Country X] society', een vereniging met het oogmerk om vriendschap en bilaterale relaties tussen het Verenigd Koninkrijk en Staat X te bevorderen op onder meer het gebied van de handel, strijdig was met de onafhankelijkheid van de arbiter. Deze omstandigheid maakte dat gedaagde 'has not been accorded the requisite level playing field in the entire Arbitration process'.²³⁴ De betreffende divisie was niet overtuigd en schoof de wrakingsgrond in april 2013 terzijde. De divisie overwoog: '[a]s to the membership in a society such as the British-[Country X] society, I consider that *it is not of a nature* that could make [the Sole Arbitrator] beholden to the UK and therefore does not compromise his independence' (curs. PR).²³⁵

192. Een diagonale verhouding

De hiervoor besproken (scheids)rechterlijke uitspraken hebben betrekking op een verticale verhouding: arbiter ↔ partij. Het is de vraag of de nationaliteit van de advocaat van een partij in relatie tot de nationaliteit van een arbiter eveneens aanleiding kan geven tot twijfels aan de arbitrale onafhankelijkheid en/of onpartijdigheid. In het kader van deze verhouding (arbiter ↔ advocaat), die als een 'diagonale verhouding' zou kunnen worden aangeduid, is de volgende wrakingsbeslissing van een LCIA Division uit november 1999 interessant.²³⁶ In een LCIA-arbitrage had het LCIA Court op grond van de UNCITRAL Arbitration Rules 1976 een unus-arbiter benoemd die dezelfde (Russische) nationaliteit had als de advocaat van eiser. Gedaagde tekende verzet tegen de benoeming aan en diende een wrakingsverzoek in. De betreffende divisie wees het wrakingsverzoek echter af en overwoog onder meer dat 'it was not in compliance with either the letter or the spirit of the UNCITRAL Rules, nor with

²³⁴ LCIA Division 22 april 2013, nr. 111996, par. 12.

²³⁵ LCIA Division 22 april 2013, nr. 111996, par. 15.

²³⁶ LCIA Division 10 november 1999, nr. UN9155.

international commercial arbitration practice, that an arbitrator be disqualified from appointment because he was of the same nationality as Counsel for a party to the dispute'.²³⁷

193. Het nationale scheidsgerecht

Hoewel dit onderzoek zich op de arbiter als individu richt (nr. 6), kan men zich in het kader van de bespreking van de factor nationaliteit ook een scenario voorstellen waarin sprake is van een scheidsgerecht dat bestaat uit arbiters die allen dezelfde nationaliteit hebben als één van de partijen in de arbitrage. Hoewel eerder naar voren kwam dat hetgeen in de reglementen van het ICSID, de ICC en het LCIA is opgenomen in beginsel aan een dergelijke samenstelling van het scheidsgerecht in de weg staat omdat de voorzitter een andere nationaliteit dan partijen dient te hebben, kan aan dit uitgangspunt in zowel ICC-arbitrages als ICSID-arbitrages voorbij worden gegaan indien partijen vrijwillig afstand doen van de(ze) nationaliteitseis. Men kan zich evenwel afvragen of ook de wederpartij met dit 'nationale' scheidsgerecht akkoord zal gaan. Daarnaast kan men zich afvragen wat rehtens is op het moment dat partijen helemaal geen invloed op de benoeming hebben kunnen uitoefenen,²³⁸ dan wel wanneer partijen alleen hebben kunnen verzoeken dat de voorzitter niet de nationaliteit van een van de partijen bezit (vgl. art. 13 lid 4 NAI Arbitragereglement 2015). In paragraaf 5.4.3 kwam naar voren dat in verschillende rechterlijke uitspraken is overwogen dat de objectieve nationaliteit van een individuele arbiter op zichzelf genomen geen grond is die aanleiding kan geven tot twijfels aan de arbitrale onafhankelijkheid en/of onpartijdigheid. Betoogd zou kunnen worden dat deze observatie eveneens opgaat in de situatie waarin sprake is van een volledig nationaal scheidsgerecht. Ter illustratie kan ook worden gewezen op hetgeen het Duitse Bundesgerichtshof in juni 1969 overwoog: de plaatsing op een nationale lijst hoeft niet(s) aan de onafhankelijkheid van de betreffende arbiter(s) af te doen. Het gerecht overwoog: '[e]s besagt ferner nichts gegen die Unabhängigkeit der Schiedsrichter, daß sie aus einer vom Vorstand der Bundeswirtschaftskammer aufgestellten Liste gewählt werden (...)' (curs. PR).²³⁹

237 LCIA Division 10 november 1999, nr. UN9155, par. 4.3. Vgl. CRCICA 28 juni 2004 (*J.V. of American and EU Dredging Companies v. Red Sea Public Authority*), nr. 281/2002, 'Final Award' waarin gedaagde (tevergeefs) bezwaar maakte tegen de benoeming van een voorzitter van het scheidsgerecht met Franse nationaliteit nu een onderaannemer van eisers ook de Franse nationaliteit had (bron van de uitspraak: Alam-Eldin 2014, p. 209-210).

238 De UNCITRAL Model Law 2006 en de Arbitration Rules 2013 geven de benoemende instantie de nodige vrijheid op dit punt: '(...) shall take into account as well the advisability of appointing an arbitrator of a nationality other than those of the parties' (art. 11 lid 5 Model Law 2006; art. 6 lid 7 Arbitration Rules 2013).

239 BGH 26 juni 1969, VII ZR 32/67 (bron van de uitspraak: Daele 2012, vn. 223 (nr. 7.168); bron van de geciteerde rechtsoverweging: www.prinz.law/urteile/bgh/VII_ZR_32-67). Vgl. BGH 7 januari 1971, VII ZR 160/69: '(...) Angesichts dessen begründet der Umstand, daß die Antragsgegnerin einen Schiedsrichter nur aus dieser Liste und somit keinen Deutschen wählen durfte, noch nicht den berechtigten Verdacht, schon die Beschränkung auf jugoslawische Schiedsrichter werde zu einer wesentlichen Beeinträchtigung oder Gefährdung ihrer berechtigten Interessen führen. Bei dieser Sachlage erscheint der Ausschuß deutscher Schiedsrichter hier nicht so schwerwiegend, daß er als Verletzung der deutschen öffentlichen Ordnung gewertet werden müßte' (curs. PR) (bron van de geciteerde rechtsoverweging: www.prinz.law/urteile/bgh/VII_ZR_160-69).

5.4.4 Deelconclusie

194. Pleidooi voor een ruimere uitleg van het begrip ‘nationaliteit’

In deze paragraaf stond, kort gezegd, de vraag centraal of, en zo ja hoe, de nationaliteit van een arbiter aanleiding zou kunnen geven tot twijfels aan de arbitrale onafhankelijkheid en/of onpartijdigheid. In vergelijking met de factor gender (par. 5.3) brachten de bestudeerde bronnen de factor nationaliteit op (meer) directe wijze in verband met de onafhankelijkheid en onpartijdigheid van arbiters dan bij de factor gender het geval was. In het kader van de benoemingsfase is de heersende opvatting die in de literatuur naar voren komt dat zowel de unus-arbiter als de voorzitter van een scheidsgerecht een andere nationaliteit dan de partijen in de arbitrage dienen te hebben. Deze opvatting vindt men eveneens in de LCIA Rules 2020 en in de ICSID Convention 2006 terug. Ook in de UNCITRAL Model Law 2006, de UNCITRAL Arbitration Rules 2013 en in de ICC Rules 2021 wordt in beginsel de voorkeur gegeven aan een unus-arbiter of voorzitter met een andere nationaliteit dan de partijen. De onderbouwing voor deze opvatting hangt samen met (een perceptie van) neutraliteit. Betoogd is dat een neutrale nationaliteit echter geen garantie is voor een onpartijdige arbiter, laat staan dat deze arbiter onpartijdiger is dan een arbiter die dezelfde nationaliteit heeft als één van de partijen. In het verlengde hiervan zijn argumenten naar voren gebracht die ervoor pleiten dat in bepaalde situaties juist wél een unus-arbiter of voorzitter met dezelfde nationaliteit als (één van) de partijen zou mogen worden benoemd.

Uit hetgeen in (scheids)rechterlijke uitspraken naar voren is gekomen, is afgeleid dat de betekenis die in handelsarbitrages aan het begrip ‘nationaliteit’ wordt gegeven een belangrijke rol speelt in het kader van de beantwoording van de vraag in hoeverre de factor nationaliteit aanleiding kan geven tot twijfels aan de arbitrale onafhankelijkheid en/of onpartijdigheid. Hoewel sprake was van een pluriforme benadering, kwam in de verschillende betekenissen die aan het begrip zijn gegeven één constante factor terug: het (gevoel van) verbonden zijn. Verdedigd is dat de wijze waarop het begrip juridisch is ingekleurd, en daarmee de vraag wanneer sprake kan zijn van voornoemde twijfels, afhangt van de vraag of sprake is van een omstandigheid die verband houdt met de ‘objectieve nationaliteit’ dan wel met de ‘subjectieve nationaliteit’. In een aantal rechterlijke uitspraken kwam naar voren dat de objectieve nationaliteit van een individuele arbiter op zichzelf genomen geen grond is voor twijfels aan de arbitrale onafhankelijkheid en/of onpartijdigheid. Daarentegen lag de zaak genuanceerder in het geval van een omstandigheid die onder de subjectieve nationaliteit kon worden geschaard. Deze verschijningsvorm van de factor nationaliteit is onderverdeeld in vier categorieën. Naar voren is gebracht dat omstandigheden die onder de eerste categorie (geografische verbondenheid) en de tweede categorie (culturele verbondenheid) vallen aanleiding kunnen geven tot twijfels aan de arbitrale onafhankelijkheid en onpartijdigheid, maar de bewijslat ligt hoog. Omstandigheden die onder de derde categorie (juridische verbondenheid) vallen, lijken niet tot het oordeel te kunnen leiden dat sprake is van arbitrale vooringenomenheid: juist de kennis van, dan wel het inzicht in, een recht(sgebied) kan in bepaalde situaties voor de benoeming van een arbiter pleiten. De vierde categorie

(vereenzelviging) vormde een restcategorie, hetgeen het lastig maakt om tot één observatie te komen. Hoewel sommige omstandigheden, zoals het gedurende een aanzienlijke periode in een bepaalde staat verblijven, in scheidsrechtspraak aanleiding gaven tot het oordeel dat sprake was van twijfels aan de arbitrale onafhankelijkheid en/of onpartijdigheid, leidden andere situaties – waaronder het lidmaatschap van een bepaalde vereniging – tot een tegenovergesteld oordeel.

Kort en goed: op grond van bovenstaande is mijns inziens duidelijk dat in het kader van de factor nationaliteit naar meer dient te worden gekeken dan alleen naar de objectieve nationaliteit van een arbiter.²⁴⁰

5.5 De familiale band

5.5.1 Inleiding

195. Etymologie en de betekenis van het begrip ‘familiaire’

In de onderhavige paragraaf wordt besproken in hoeverre de factor van de familiale band aanleiding zou kunnen geven tot twijfels aan de arbitrale onafhankelijkheid en/of onpartijdigheid.²⁴¹ Alvorens op deze vraag wordt ingegaan, is het – evenals in het kader van de bespreking van de factor van de nationaliteit (par. 5.4) – van belang om nader in te gaan op de betekenis van het begrip ‘familiaire’.

Evenals het begrip nationaliteit heeft ook het begrip ‘familiaire’ geen eenduidige betekenis. Het begrip ‘familiair’ is ontleend aan het Latijnse woord ‘familiāris’ dat de betekenis zou dragen van ‘vertrouwd, bevriend, vriendschappelijk’ en een afgeleide zou zijn van het woord ‘familia’ (te vertalen als: ‘geheel van huisgenoten (inclusief de slaven)’).²⁴² Een constante factor in de verschillende betekenissen die aan het begrip is gegeven, is het element van (een zekere) verbondenheid (‘familiarity’) met bepaalde ‘naasten’. In de literatuur is dit element omschreven met woorden als ‘social familiarity’,²⁴³ ‘sentimental quality’,²⁴⁴ en ‘indirecte relatie’.²⁴⁵ Verbondenheid kan niet alleen op grond van bloedverwantschap – verwantschap op basis van een

²⁴⁰ Zie ook: Bassiri & Vijra 2019, p. 50.

²⁴¹ In de literatuur wordt ook wel de overkoepelende term ‘familial conflict of interests’ gebruikt, zie bijv. Williams & Kirk, 2018, p. 97.

²⁴² Philippa e.a. 2018, zoektermen: ‘familiair’ en ‘familie’. Niet alleen in het Latijn van de Romeinen, maar ook in het Latijn van de Middeleeuwen werden onder het woord ‘familie’ alle gezinsleden en het personeel geschaard; na de Middeleeuwen werd de betekenis van het woord in het Frans (en onder invloed daarvan in het Nederlands) beperkt tot alleen de gezinsleden, welke betekenis zich vervolgens weer kon uitbreiden naar ‘bloedverwanten in het algemeen’.

²⁴³ Te onderscheiden van de zgn. ‘professional familiarity’, ‘commercial familiarity’ en ‘representative familiarity’, zie: Luttrell 2009, p. 17: ‘(...) the party (or his or her witnesses) and the decision maker know or are related to one another (e.g., by consanguinity, marriage, membership of the same chambers, or common membership of social or sporting clubs’; deze verschijningsvorm is door de auteur aangeduid als ‘Laker Airways familiarity’, onder verwijzing naar Court of Appeal (Civil Division) 17 november 1999 (*Locabail (UK) Ltd/Bayfield Properties Ltd e.a.*), [1999] EWCA Civ 3004.

²⁴⁴ Park 2011, p. 478; Park 2010b, p. 194.

²⁴⁵ Zie bijv. par. 3.3 Código ético para el Arbitraje del Tribunal Arbitral de Barcelona 2009: ‘(...) Ejemplos de relaciones indirectas son aquellas en las que un miembro de la familia del posible árbitro, su firma, o algún socio tenga relación comercial con una de las partes’ (vindplaats: tab.es/PDF/EL_TAB/codigo_etico_Tribunal_Arbitral_Barcelona_cas.pdf).

bloedband - bestaan, waaronder ook adoptie,²⁴⁶ maar ook op grond van aanverwantschap. Aanverwantschap ontstaat door huwelijk (of geregistreerd partnerschap, 'Schwägerschaft') tussen de ene echtgenoot (of geregistreerd partner) en een bloedverwant van de andere echtgenoot (of geregistreerd partner).²⁴⁷ Illustratief op dit punt zijn ook de Bangalore Principles of Judicial Conduct waarin het begrip 'Judge's family' wordt gebruikt. Onder dit begrip worden niet alleen 'a judge's spouse, son, daughter' geschaard (bloedverwantschap), maar ook de 'son-in-law, daughter-in-law' (aanverwantschap).²⁴⁸ Een meer uitgebreide omschrijving van de laatstgenoemde categorie kan worden gevonden in de Guide to Judicial Conduct van de Courts and Tribunals Judiciary van Engeland. In dit document wordt onder 'a judge's family' onder meer verstaan: '[c]lose relatives - i.e. the officeholder's father, mother, son, daughter, brother, sister, father-in-law, mother-in-law, son-in-law, daughter-in-law, brother-in-law, sister-in-law or step-child; or persons who have any of those relationships with a partner. This includes relatives by adoption'.²⁴⁹

In de Bangalore Principles of Judicial Conduct komt een derde categorie naar voren: onder het begrip 'Judge's family' wordt eveneens geschaard 'any other close relative or person who is a companion or employee of the judge *and who lives in the judge's household*' (curs. PR).²⁵⁰ Ook de Guide to Judicial Conduct van het Engelse Supreme Court schaaft onder 'Family' onder meer 'anyone else who is a companion or employee living in the Justice's household'.²⁵¹ In de context van arbitrage zijn de Ethics Standards for Neutral Arbitrators in Contractual Arbitration van de gerechten van Californië illustratief: onder de noemer 'Member of the arbitrator's immediate family' worden geschaard: 'the arbitrator's spouse or domestic partner and any minor child living in the arbitrator's household'.²⁵² Een dergelijke lezing van het begrip 'familiaire' - in de zin van 'huis(houden)genoot' - sluit aan bij de eerdergenoemde etymologische betekenis: het woord 'familia' in de zin van 'geheel van huisgenoten (inclusief de slaven)'. Ook het begrip 'huisgenoot' heeft geen eenduidige betekenis: zo wordt onder het begrip 'partner' in het kader van de Roemeense wrakingsregeling voor arbiters in nationale arbitrages ook een 'de facto partner' verstaan.²⁵³ Mogelijk

246 Vgl. art. 1:3 lid 1 BW. Vgl. Joelson 2003, p. 124-125.

247 Vgl. art. 1:3 lid 2 BW.

248 Bangalore Principles of Judicial Conduct 2002, p. 8 ('Definitions'). Vgl. Florida Code of Judicial Conduct, 10 mei 2018, 'Definitions', p. 5-6: "'Member of the judge's family residing in the judge's household' denotes any relative of a judge by blood or marriage, or a person treated by a judge as a member of the judge's family, who resides in the judge's household' (vindplaats: www.floridasupremecourt.org/content/download/402388/file/Code_Judicial_Conduct.pdf).

249 Courts and Tribunals Judiciary, Guide to Judicial Conduct, september 2020, p. 12 (vindplaats: [via www.judiciary.uk/publications/guide-to-judicial-conduct](http://www.judiciary.uk/publications/guide-to-judicial-conduct)). Vgl. OLG München 5 juli 2006, nr. 34 SchH 5/06 waarin een wrakingsverzoek werd afgewezen dat zich tegen één van de partij-arbiters richtte nu zijn petekind ('das Patenkind') werkzaam was voor het advocatenkantoor van één van de partijen in de arbitrage (bron van de uitspraak: Born 2021a, vn. 1387 (p. 2006), zie ook: BeckRS 2006, 8109).

250 Bangalore Principles of Judicial Conduct 2002, p. 8 ('Definitions').

251 U.K. Supreme Court, Guide to Judicial Conduct, 2019, par. 3.12 (vindplaats: www.supremecourt.uk/docs/guide-to-judicial-conduct.pdf).

252 Standard 2 (n) Ethics Standards for Neutral Arbitrators in Contractual Arbitration, California Rules of Court, 1 januari 2022.

253 Via de wrakingsregeling voor overheidsrechters ex artikel 42 Codul de Procedură Civilă (bron: Demeter 2016, p. 132-133). Vgl. Courts and Tribunals Judiciary, Guide to Judicial Conduct, september 2020 waarin onder 'a judge's family' onder meer worden geschaard: 'Spouses/civil partners - this extends to any

zouden ook een concubinaat en/of latrelatie onder deze categorie kunnen vallen. Daarnaast zou zelfs het zijn van reguliere ‘tafel-metgezel’ van één van de partijen tot een geslaagd wrakingsberoep kunnen leiden: ‘[u]n arbitro può essere ruscato: (...) commensale abituale di una delle parti, di un rappresentante legale di una delle parti, o di alcuno dei difensori’, aldus artikel 815 aanhef en sub 3 van de Italiaanse Codice di procedura civile.²⁵⁴

Tot slot zou een vierde categorie kunnen worden onderscheiden: de zgn. rituele verwantschap. Deze vorm van verwantschap speelt met name in (culturen in) Latijns-Amerika en Afrika waar verwantschap op basis van banden die een familielid met een derde onderhoudt een belangrijke rol speelt. In de literatuur is hierover onder meer naar voren gebracht: ‘[i]n many cultures, like many we find in Latin America, ritual kinship ties are as important, if not more important, than blood ties’,²⁵⁵ en: ‘[i]n most African societies, family obligations extend rather wider than they do in European and North American societies: (...) they may be conveniently encapsulated by the term, kinship. Kinship covers a widely extended family, and it imposes obligations and expectations on individuals towards their wider kin which are often stronger than those which govern individuals in Western countries’.²⁵⁶ De vierde categorie zou als een ‘indirecte’ vorm van familiale verbondenheid kunnen worden aangeduid daar het niet om een directe familieband gaat, maar een ‘afgeleide’ hiervan is.²⁵⁷

196. Verband tussen de factor en de arbitrale onafhankelijkheid en/of onpartijdigheid

In de literatuur is naar voren gebracht dat een ‘close family relationship with a party or its counsel’ is ‘so indicative of partiality that [it, PR] can reasonably be treated as generally disqualifying for a party-appointed arbitrator’.²⁵⁸ Men kan zich afvragen waarom een dergelijke relatie ‘so indicative’ is.²⁵⁹ Opmerkelijk is daarnaast hetgeen het Cour d’appel van Parijs in januari 1999, in het kader van een procedure die zag op de vervanging van een arbiter, overwoog: ‘(...) l’absence de révélation par M. D. de son mariage avec la mère du conseil de la société Média Sud Communication ne

person with whom the officeholder has a *continuing relationship*, whether or not one in which the two parties live together as spouses or civil partners’ (curs. PR).

254 Bron: via www.gazzettaufficiale.it/sommario/codici/proceduraCivile, zie voor een niet-officiële Engelse vertaling: www.camera-arbitrale.it/Documenti/dlgs_2feb2006_en.pdf.

255 López 2016, p. 120, zie ook bijv. Shah 2006, p. 114: ‘Interpersonal relationships form an all-important basis of almost all business transactions, employment, political appointments and other activities in Africa, the Middle East and China. The appointment of family members, friends, recommendations from friends and family, school colleagues, etc is common’.

256 Matovu 2016, p. 45. Vgl. Akeredolu & Umeche 2018, p. 148.

257 Vgl. C. Calhoun (red.), *Dictionary of the Social Sciences*, Oxford University Press 2002 (online), zoekterm: ‘ritual kinship’: ‘A privileged social relationship established by ritual, such as that of godparents or fraternal orders’. Vgl. Nadar 2017, p. 64-65. Buiten beschouwing wordt de zgn. ‘tribale verwantschap’ gelaten hoewel deze verschijningsvorm eveneens in verband zou kunnen worden gebracht met de (vraag naar de) arbitrale onafhankelijkheid en/of onpartijdigheid, zie nader bijv. Matovu 2016.

258 Bishop & Reed 1998, p. 408. De auteurs geven aan dat ‘[a] close family relation should include the party’s spouse, parents, grandparents, children, grandchildren, siblings, first cousins, nieces, nephews and in-laws’ (id. p. 410).

259 Vgl. Bishop & Reed 1998, p. 410.

permettait plus à la société Milan Presse d'avoir la certitude de son indépendance et de son impartialité;'.²⁶⁰ Volgens het hof zou het niet op de hoogte zijn van een bepaalde familiale band - in casu een huwelijk tussen een arbiter en de moeder van de advocaat van één van de partijen - maken dat men niet meer zeker zou kunnen zijn van de onafhankelijkheid en onpartijdigheid van de arbiter. Uit de uitspraak van het hof wordt niet duidelijk waar dit verband op is gebaseerd.²⁶¹ Alvorens nader wordt besproken in hoeverre de voornoemde vier categorieën aanleiding kunnen geven tot twijfels aan de arbitrale onafhankelijkheid en/of onpartijdigheid zal dan ook kort worden stilgestaan bij een vraag die hieraan voorafgaat: waar is de gedachte dat een (bepaalde) familiale band aanleiding kan geven tot twijfels aan de arbitrale onafhankelijkheid en/of onpartijdigheid op gebaseerd?²⁶²

Een eenduidig antwoord op deze vraag is niet eenvoudig. Wel kunnen in de Amerikaanse jurisprudentie enige aanknopingspunten worden gevonden. Interessant zijn de woorden van het Court of Appeals for the Second Circuit in november 1984 in het kader van een vernietigingsprocedure waarin werd geprobeerd een arbitraal vonnis te vernietigen dat was gewezen door een arbiter die de zoon was van een hoge functionaris van één van de partijen in de arbitrage: '(...), we are *bound by our strong feeling that sons are more often than not loyal to their fathers, partial to their fathers, and biased on behalf of their fathers. We cannot in good conscience allow the entering of an award grounded in what we perceive to be such unfairness*' (curs. PR), aldus het hof.²⁶³ Welhaast onmiddellijk zwakt het hof zijn eigen bewoordingen echter af: '[w]e do not know how close they are, or how independent the son is of the father, or how divergent their views on the issues giving rise to the arbitrated dispute'.²⁶⁴ In december 1997 overwoog het Court of Appeals for the Ninth Circuit dat onder 'conflicts of interest' ook valt 'a family relationship that made the arbitrator's impartiality suspect'.²⁶⁵ Woorden met een vergelijkbare strekking - een perceptie

260 CA Parijs 12 januari 1999, *Revue de l'Arbitrage* 1999, afl. 2, p. 383 (*société Milan Presse/société Média Sud communication*).

261 Vgl. U.S. Court of Appeals for the Second Circuit (*National Indemnity Company/IRB Brasil Resseguros S.A.*), 675 F. App'x 89, 90-91 (2d Cir. 2017) waarin het hof een vordering tot vernietiging wegens meerdere benoemingen door een partij van dezelfde (partij-)arbiter afwees nu deze relatie 'professional' zou zijn. Een dergelijke relatie was te onderscheiden van een 'familial, business, or employment relationship' of 'financial interest in the outcome of his arbitrations' die een 'reasonable person' wel aanleiding zou (den) kunnen geven om tot de conclusie te komen dat de arbiter vooringenomen was (bron van de uitspraak en de informatie: Lahlou, Poplinger & Walters 2018, vn. 41 (p. 180)).

262 Vgl. (strafrecht) Court of Appeal van de Fiji Eilanden 29 september 2011 (*Tikoniyaoroi e.a./ State*), [2011] FJCA 47, r.o. 18: 'Since the eighteenth century or earlier the law has been concerned with bias arising from blood relationships (...)' (bron: www.pacilii.org/fj/cases/FJCA/2011/47.html). Vgl. Daele 2012, nr. 2.047: '(...) It is generally considered that 'independence' is concerned exclusively with questions arising out of the relationship between an arbitrator and a party, whether of a financial, personal, family or business nature. (...)'.
 263 U.S. Court of Appeals for the Second Circuit 5 november 1984 (*Morelite Construction Corp./New York City District Council Carpenters Benefit Funds c.s.*), 748 F.2d 79.

264 U.S. Court of Appeals for the Second Circuit 5 november 1984, 748 F.2d 79.
 265 U.S. Court of Appeals for the Ninth Circuit 14 december 1987 (*Toyota of Berkely/Local 1095*), 834 F.2d 751, onder verwijzing naar U.S. Court of Appeals for the Second Circuit 5 november 1984, 748 F.2d 79. Vgl. U.S. District Court for the Southern District of California 17 juni 2010 (*Trevino Hernandez, S. de R.L. de C.V./ Smart & Final, Inc.*), nr. 09-cv-2266 BEN (NLS): 'Situations involving 'evident partiality' for purposes of 9 U.S.C. Sect. 10(a) include (...), a family relationship that made the arbitrator's impartiality suspect', onder verwijzing naar U.S. Court of Appeals for the Second Circuit 5 november 1984, 748 F.2d 79 (bron van

van vooringenomenheid - komen in de literatuur terug: '[c]lose family relationships *must be assumed* to be too personal to survive the test of impartiality. Any ordinary person will (a) *assess* credibility differently in a family member than in a stranger, (b) have some financial connection with close family members, and (c) be likely to face family repercussions from a decision affecting a family member. These tensions are inconsistent with unbiased judging' (curs. PR).²⁶⁶

Uit bovenstaande komt naar voren dat, evenals bij de factor van de nationaliteit het geval was, het lijkt aan te komen op het gevoel dat een familiale band een bepaalde arbitrale vooringenomenheid veronderstelt; de hoge(re) drempel van daadwerkelijke arbitrale vooringenomenheid lijkt niet te zijn vereist.²⁶⁷

197. De familiale band op zichzelf beschouwd

In aanvulling op de observatie dat een familiale band een zekere (scheids)rechtelijke vooringenomenheid zou (kunnen) veronderstellen, wordt naar voren gebracht dat dit niet het geval hoeft te zijn bij iedere familiale band.²⁶⁸ Anders gezegd, onderscheid dient te worden gemaakt ten aanzien van bijvoorbeeld de aard en intensiviteit van de band.²⁶⁹ Illustratief is een uitspraak van het Engelse Court of Appeal uit november 1999: '[n]or, at any rate ordinarily, could an objection be soundly based on the judge's social or educational or service or employment background or history, nor that of any member of the judge's family; (...)'.²⁷⁰ Bewoordingen met een vergelijkbare strekking zijn afkomstig van twee niet-gewraakte ICSID-arbiters uit maart 2010 die overwogen dat een 'relationship with a party affecting the eligibility as arbitrator may be of a personal, family or business nature', maar dat niet 'every past contact, professional or personal, with a party would disqualify a person from

de geciteerde rechtsoverweging: A.J. van den Berg (red.), *Yearbook Commercial Arbitration 2010 - Volume XXXV*, Kluwer Law International 2010, p. 551-553).

266 Bishop & Reed 1998, p. 410.

267 Interessant in dit verband is hetgeen het Amerikaanse Court of Appeals for the Fourth Circuit in februari 1995 overwoog in het kader van de beoordeling van een vordering tot vernietiging van een arbitraal vonnis ('evident partiality') op grond van de omstandigheid dat niet was medegedeeld dat de broer van de unus-arbitrator werkzaam was voor de 'International UMWA': '(...) the Union's statistics indicate that Arbitrator Roberts decides in favor of the coal companies about as often as he does for the Union. Although not conclusive proof, these statistics certainly suggest the absence of evident partiality by Arbitrator Roberts', U.S. United States Court of Appeals for the Fourth Circuit 16 februari 1995 (*Consolidation Coal Co./United Mine Workers of America*), 48 F.3d 125 (bron van de uitspraak: Mullerat 2012, p. 76).

268 Vgl. Mustill & Boyd 1989, p. 251: 'It is impossible to lay down any principle more precise than the test of what a reasonable man would think for ascertaining whether the relationship is close enough to be objectionable²⁰'.

269 Vgl. de toelichting in de Leidraad onpartijdigheid en nevenfuncties van de rechter, januari 2014 waarin het begrip 'nauwe bloed- en aanverwanten' wordt gebruikt: 'Niet nader ingevuld is wat nauwe bloed- en aanverwanten zijn. Dat kan immers voor iedereen anders liggen, afhankelijk van de aard en intensiviteit van de familierelatie' (p. 12). Onder de noemer van 'intensiviteit' zal waarschijnlijk niet vallen het tijdens een arbitrage voor twee nachten delen van dezelfde hotelkamer door een voorzitter van een scheids-gerecht met een vertegenwoordiger van één van de partijen (maar zal desalniettemin tot vernietiging van een arbitraal vonnis kunnen leiden, zie nader Hanotiau 2003, p. 263-264, onder verwijzing naar 'Suite Sharing: Arbitrator's Friendship With Winning Lawyer Imperils Huge Victory', *Wall Street Journal*, 14 februari 1990).

270 Court of Appeal (Civil Division) 17 november 1999 (*Locabail (UK) Ltd/Bayfield Properties Ltd e.a.*), [1999] EWCA Civ 3004, r.o. 25.

being appointed as arbitrator'.²⁷¹ In december 1999 overwoog het Hof Arnhem dat een familierelatie 'naar objectieve maatstaven een gerechtvaardigde twijfel [kan, PR] doen rijzen omtrent de vereiste onpartijdigheid of onafhankelijkheid'.²⁷² Treffend is ook hetgeen het Amerikaanse Court of Appeals for the Second Circuit in november 1984 overwoog: '[w]e need not, and do not, attempt to set forth a list of familial or other relationships that will result in the per se vacation of an arbitration award, except to suggest that such a list would most likely be very short'.²⁷³

In het verlengde hiervan kan worden gewezen op de tweedeling die in de eerder genoemde Ethics Standards for Neutral Arbitrators in Contractual Arbitration van de gerechten van Californië wordt gemaakt. Enerzijds wordt de term 'Member of the arbitrator's immediate family' gebruikt waaronder worden geschaard: 'the arbitrator's spouse or domestic partner and any minor child living in the arbitrator's household',²⁷⁴ anderzijds wordt de term 'Member of the arbitrator's extended family' gebruikt waaronder worden geschaard: 'the parents, grandparents, great-grandparents, children, grandchildren, great-grandchildren, siblings, uncles, aunts, nephews, and nieces of the arbitrator or the arbitrator's spouse or domestic partner or the spouse or domestic partner of such person'.²⁷⁵ In de IBA Guidelines 2014 wordt de term 'close family member' gebruikt. Onder deze term worden niet alleen de 'spouse, sibling, child, parent or life partner' geschaard, maar ook 'any other family member with whom a close relationship exists'.²⁷⁶ Een andere term met een vergelijkbare strekking die in de literatuur is gebruikt, is de term 'attenuated family relationship'.²⁷⁷

198. De factor en de omstandigheden van het geval: een optelsom?

Hoewel in verschillende (rechts)bronnen naar voren komt dat een familiale band tot het oordeel zou kunnen leiden dat sprake is van arbitrale vooringenomenheid, gaat deze aanname niet bij iedere familiale band op. Men kan zich afvragen in hoe-

271 ICSID 19 maart 2010, nr. ARB/07/16 (*Alpha Projektholding GmbH v. Ukraine*), 'Decision on Respondent's Proposal to Disqualify Arbitrator Dr. Yoram Turbowicz', par. 42, onder verwijzing naar literatuur, zie ook: id. par. 60; Schreuer e.a. 2010, par. 22-23.

272 Waarbij het 'niet doorslaggevend [is] of de desbetreffende rechter of arbiter feitelijk niet onpartijdig is (geweest)', aldus Hof Arnhem 16 december 1997, ECLI:NL:GHARN:1997:AS4843, r.o. 4.6 (bron: *Bouwrecht* 1998, afl. 5, p. 421). Het wrakingsverzoek was gebaseerd op de omstandigheid dat één van de arbiters was getrouwd met de zus van een werknemer van de wederpartij in de arbitrage, terwijl de werknemer 'uitvoerder van het litigieuze werk was' (id. r.o. 4.5).

273 U.S. Court of Appeals for the Second Circuit 5 november 1984 (*Morelite Construction Corp./New York City District Council Carpenters Benefit Funds c.s.*), 748 F.2d 79.

274 Zie ook bijv. Rule 607 (a) (3) (ii) NYSE Arbitration Rules (vindplaats: [via nyseguide.srourules.com/rules](http://nyseguide.srourules.com/rules)); 12100 FINRA Code of Arbitration Procedure for Customer Disputes 2007 (vindplaats: www.finra.org/arbitration-mediation/printable-code-arbitration-procedure-12000).

275 Standard 2 (n) en (o) Ethics Standards for Neutral Arbitrators in Contractual Arbitration, California Rules of Court, 1 januari 2022.

276 IBA Guidelines 2014, vn. 3 (p. 21). Laatstgenoemde categorie is nieuw ten opzichte van de IBA Guidelines 2004, vn. 4 (p. 25): 'Throughout the Application Lists, the term 'close family member' refers to a spouse, sibling, child, parent or life partner'. Vgl. De Witt Wijnen, Voser & Rao 2004, p. 440; Allen & Mallett 2011, p. 140; Mullerat 2012, p. 95-96.

277 Bishop & Reed 1998, p. 416. De term is te onderscheiden van 'close family relationship' (p. 410), maar waarvan de betekenis mij niet helemaal duidelijk wordt ('meaning one beyond those close relationships listed above').

verre de omstandigheden van het geval een (al dan niet) beslissende rol spelen. Ter illustratie kan worden gewezen op een EHRM-uitspraak uit april 2003 waarin de klager niet van de onafhankelijkheid en onpartijdigheid van een kamer van de Hoge Raad van IJsland was overtuigd aangezien de echtgenoot van één van de rechters een financiële band met de nationale bank van IJsland zou onderhouden, terwijl de klager juist een geschil met deze bank had.²⁷⁸ Na een afweging van de omstandigheden van het geval,²⁷⁹ kwam het EHRM tot het oordeel dat 'there was at least the appearance of a link between the steps taken by Mrs Justice Guðrún Erlendsdóttir in favour of her husband and the advantages he obtained from the National Bank'. Hoewel het Hof 'will not speculate as to whether she derived any personal benefit from the operation and finds no reason to believe that either she or her husband had any direct interest in the outcome in the case between the applicant and the National Bank', overwoog het EHRM eveneens: 'the judge's involvement in the debt settlement, the favours received by her husband and his *links* to the National Bank *were of such a nature and amplitude and were so close in time* to the Supreme Court's examination of the case that the applicant could entertain reasonable fears that it lacked the requisite impartiality' (curs. PR).²⁸⁰ Kort samengevat maakte het EHRM een afweging die betrekking had op i) de aard van de onderliggende band ('nature'), ii) de omvang van de band ('amplitude'), en iii) het temporele verloop ('so close in time').²⁸¹ Bij een dergelijke afweging zou in bepaalde situaties tot het oordeel kunnen worden gekomen dat sprake is van een 'optelsom' - het gaat immers om een afwe-

278 EHRM 10 april 2003, nr. 39731/98 (*Pétur Thór Sigurðsson/IJsland*), r.o. 28.

279 EHRM 10 april 2003, nr. 39731/98, r.o. 38.

280 EHRM 10 april 2003, nr. 39731/98, r.o. 45.

281 Vgl. in dit verband ook de opsomming die naar voren komt in een uitspraak van het Amerikaanse District Court for the Southern District of West Virginia uit september 1994 (District Court for the Southern District of West Virginia 19 september 1994 (*Hobart Mining/International Union, United Mine Workers of America c.s.*), 877 F. Supp. 1011. Op basis van eerdere (Amerikaanse) jurisprudentie komt het gerecht tot een opsomming van de volgende vier gezichtspunten die een rol zouden spelen in het kader van de beoordeling of sprake is van 'evident partiality' gebaseerd op de relatie tussen een arbiter en één van de partijen: '(1) any personal interest, pecuniary or otherwise, the arbitrator has in the proceeding (...); (2) the directness of the relationship between the arbitrator and the party he is alleged to favor (...); (3) the relationship's connection to the arbitration (...); en (4) the proximity in time between the relationship and the arbitration proceeding (...)'. In 2007 herhaalde het Court of Appeals for the Fourth Circuit deze vier gezichtspunten, maar (her)formuleerde het eerste gezichtspunt: 'the extent and character of the personal interest, pecuniary or otherwise, of the arbitrator in the proceedings', zie: U.S. Court of Appeals for the Fourth Circuit 12 juli 2007 (*Three S Delaware/Dataquick Information Systems*), 492 F.3d 520 (bron van de uitspraak: Born 2021a, vn. 1361 (p. 1998)). Ook het derde gezichtspunt werd anders verwoord, maar de strekking veranderde niet. De eerste factor werd door het hof in zekere zin afgezwakt: in plaats van 'any' persoonlijk belang (financieel of anderszins) zouden de inhoud en het karakter van het belang een rol spelen. De formulering van het hof werd in 2011 vrijwel geheel - ook hier was het derde gezichtspunt net iets anders verwoord - door het American Law Institute overgenomen in zijn 'Restatement of the Law Third - The U.S. Law of International Commercial Arbitration'. In de publicatie komen nog twee andere gezichtspunten naar voren: '5) any relevant industry practices that may affect the parties' expectations regarding relationships between the arbitrator, and the parties and their dispute; and 6) the extent to which the arbitrator undertook a reasonable investigation to discover potential conflicts and actually knew, or should have known, of the information that was not disclosed' (Restatement of the Law Third - The U.S. Law of International Commercial Arbitration, Council Draft Nr. 3, 23 december 2011, p. 189-190, p. 289, bron: arbitrateatlanta.org/wp-content/uploads/2012/04/US-InterComArbit_CD3_Booked.pdf, zie ook bijv. Born 2021a, vn. 1361 (p. 1998)).

ging - van omstandigheden die aanleiding geven tot het oordeel dat niet (langer) van een onafhankelijke en/of onpartijdige (scheids)rechter kan worden gesproken.²⁸²

In juli 2011 kwam het EHRM met behulp van een andere optelsom tot een vergelijkbaar oordeel.²⁸³ In de zaak die aanleiding tot dit oordeel gaf, had niet alleen de broer van één van de drie rechters (Judge Aleskerov) onderdeel uitgemaakt van het onderzoeksteam dat (een deel van) het gerechtelijk vooronderzoek had verricht, ook werkte de zoon van één van de andere rechters (Judge Ibayev) onder leiding van het hoofd van dit onderzoeksteam. Nu laatstgenoemde omstandigheid in de ogen van het Hof op zichzelf genomen 'might be seen as too remote to objectively justify any fears of lack of impartiality on his part', aangezien de zoon 'had never been assigned to work on the applicants' case', overwoog het EHRM: '(...) however insignificant and remote the link of Judge Ibayev with the prosecution might have been considered if viewed separately, in the specific context of the present case his situation at least compounded the justified fears mentioned above as to the Assize Court's lack of impartiality arising from the situation of Judge Aleskerov'.²⁸⁴ Dit bracht het EHRM tot het volgende oordeel: '[t]he foregoing considerations are sufficient to enable the Court to conclude that the composition of the Assize Court was not such as to guarantee the appearance of its impartiality and that it failed to meet the Convention standard under the objective test'.²⁸⁵

5.5.2 Invulling: arbitrale wet- en regelgeving

199. Onderscheid

Nadat is stilgestaan bij de vraag wat het verband is tussen de factor en de arbitrale onafhankelijkheid en/of onpartijdigheid zal in deze paragraaf worden besproken op welke wijze in arbitrale wet- en regelgeving invulling aan de factor is gegeven. Vanuit het oogpunt van een efficiënte gedingvoering lijkt het niet verwonderlijk dat, evenals bij de factor nationaliteit, zoveel mogelijk voorafgaande aan de arbitrage (ten tijde van de benoeming van de arbiter) wordt bekeken of sprake is van een familiäre band die aanleiding zou kunnen geven tot dergelijke twijfels. Een belangrijke voorwaarde is dat informatie over een dergelijke band beschikbaar is. Anders gezegd: 'the parties *should have access to* all information that might reasonably affect the potential arbitrator's impartiality. This could obviously include, for example, a

282 Zie ook bijv. High Court (Commercial Court) 3 februari 2017 (*H/L c.s.*), [2017] EWHC 137 (Comm), r.o. 16: 'The relevant principles are as follows: (...) (8) All factors which are said to give rise to the possibility of apparent bias must be considered not merely individually but cumulatively: (...)'; High Court (Commercial Court) 7 februari 2017 (*TV e.a.*), [2017] EWHC 565 (Comm), r.o. 95: 'The following principles govern the application of s. 24(1)(a): (...) All factors which are said to give rise to the possibility of apparent bias must be considered not merely individually but cumulatively (...)'; vgl. High Court (Commercial Court) 17 februari 2016 (*Cofely Ltd/Bingham & Knowles Ltd*), [2016] EWHC 240 (Comm), r.o. 115.

283 EHRM 26 juli 2011, nrs. 35485/05, 45553/05, 35680/05 & 36085/05 (*Huseyn c.s./Azerbeidzjan*).

284 EHRM 26 juli 2011, nrs. 35485/05, 45553/05, 35680/05 & 36085/05, r.o. 168.

285 EHRM 26 juli 2011, nrs. 35485/05, 45553/05, 35680/05 & 36085/05, r.o. 169. Vgl. id. r.o. 167: '(...) In such circumstances, the Court is of the view that the close family ties between a member of a prosecution team and Judge Aleskerov sufficed to objectively justify the applicants' fears that the judge lacked an appearance of objective impartiality (...)'.
 268

familial or close social relationship' (curs. PR), aldus het Supreme Court van Texas in juni 1997.²⁸⁶ Deze informatie kan op twee wijzen naar voren komen: (door mij aangeduid als) de 'directe' wijze en de 'indirecte' wijze. Waar de directe wijze met de disclosure-verplichting samenhangt (nr. 200), houdt de indirecte wijze verband met eisen waaraan een (kandidaat-)arbiter dient te voldoen om te kunnen worden benoemd (nr. 201). Nadat relevante arbitrale wet- en regelgeving in het kader van de benoemingsfase is besproken, zal worden stilgestaan bij de vraag op welke wijze invulling aan de factor in arbitrale wet- en regelgeving is gegeven wat betreft de fase tijdens de arbitrage (nr. 202).

200. De familiale band in het kader van de benoemingsfase: de directe wijze

In het kader van de bespreking van arbitrale wet- en regelgeving die op de benoemingsfase ziet, wordt eerst bij de directe wijze stilgestaan. In het licht van dit onderzoek omschrijf ik deze wijze als volgt: een arbiter kan de verplichting worden opgelegd om bepaalde informatie over een familiale band prijs te geven, waarna deze informatie 'direct' bij de partijen in de arbitrage terechtkomt.

In de arbitrale wet- en regelgeving van de vier jurisdicties en vier arbitrage-instituten van onderzoek wordt geen aandacht aan de directe wijze besteed.²⁸⁷ Wel komt in de ICC 'Note to Parties and Arbitral Tribunals on the Conduct of the Arbitration' 2021 naar voren dat (kandidaat-)arbiters in het kader van de disclosure-verplichting dienen mee te nemen: 'all potentially relevant circumstances, including but not limited to the following: (...) The arbitrator or prospective arbitrator has a professional or *close personal* relationship with counsel to one of the parties or the counsel's law firm' (curs. PR).²⁸⁸ Een vergelijkbare algemene verplichting komt naar voren in de LCIA 'Notes for Arbitrators' 2017: '[i]n completing their statements of independence, arbitrators 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'.²⁸⁹ Ik kan mij voorstellen dat een familiale band in bepaalde gevallen onder 'relationships' kan vallen.

²⁸⁶ Supreme Court of Texas 20 juni 1997 (*Burlington Northern Railroad/TUCO Inc.*), 960 S.W.2d 629.

²⁸⁷ Hoewel in de bestudeerde arbitragereglementen een disclosure-verplichting is opgenomen (art. 11 lid 2 en 3 ICC Rules 2021; art. 5.4, 5.5 LCIA Rules 2020; art. 11 lid 3 en 5 NAI Arbitragereglement 2015; art. 12 lid 2 en 3 Swiss Rules 2021), zijn de specifieke verplichtingen die uit deze algemene verplichting voortvloeien niet gespecificeerd. Vgl. art. 11 UNCITRAL Arbitration Rules 2013, vgl. Sanders 1977, nr. 6.5: 'These circumstances include, to give some examples, a *family* or business tie with a party or the fact that he has served as a party's lawyer'; art. 12 lid 1 UNCITRAL Model Law 2006. Zie daarentegen ook bijv. Standard 7 (d) ('Required disclosures') van de Ethics Standards for Neutral Arbitrators in Contractual Arbitration van de California Courts (1 januari 2022) waarin naar voren komt dat 'proposed' arbiters mededeling dienen te doen van 'Family relationships' met een partij of met een advocaat in de arbitrage.

²⁸⁸ ICC, Note to Parties and Arbitral Tribunals on the Conduct of the Arbitration, 1 januari 2021, par. 27. Vgl. id. par. 25: '(...) Any doubt must be resolved in favour of disclosure'; in de literatuur is naar voren gebracht dat '[t]his includes family or social relationships with the parties or their lawyers and relationships involving members of families or their current employers, partners or business associates' (Calvo 1998, p. 67-68).

²⁸⁹ LCIA, Notes for Arbitrators, 26 oktober 2017, par. 8.

Hoewel buiten de methodologische reikwijdte van dit onderzoek is interessant hetgeen in arbitrale regelgeving uit de Verenigde Staten naar voren komt. Zo kan bij de AAA een disclosure-verplichting worden gevonden die zich eveneens uitstrekt tot de familiale band. In de AAA Code of Ethics for Arbitrators in Commercial Disputes van 1977 stond opgenomen dat '[p]ersons who are requested to serve as arbitrators should before accepting, disclose: (...) (2) Any existing or past financial, business, professional, *family* or social relationships which are likely to affect impartiality or which might reasonably create an appearance of partiality or bias' (curs. PR).²⁹⁰ In 2004 is de Code vervangen door een Revised Code of Ethics for Arbitrators in Commercial Disputes van de AAA en ABA. In deze Code is de disclosure-verplichting, voor zover relevant, als volgt geformuleerd: '[t]hey should also disclose *any* such relationships involving their *families* or *household* members or their current employers, partners, or professional or business associates that can be ascertained by reasonable efforts' (curs. PR).²⁹¹ Daarnaast kan bijvoorbeeld worden gewezen op hetgeen naar voren komt in Rule 610 (a) van de NYSE Arbitration Rules: '[e]ach arbitrator shall disclose: (...) (2) Any existing or past financial, business, professional, family or social relationships that are likely to affect impartiality or might reasonably create an appearance of partiality or bias. (...)'.²⁹²

201. De familiale band in het kader van de benoemingsfase: de indirecte wijze

Naast de directe wijze kan een indirecte wijze worden onderscheiden die eveneens een rol speelt in het kader van de benoemingsfase. In het licht van dit onderzoek omschrijf ik de indirecte wijze als volgt: in sommige arbitrale wet- en regelgeving zijn eisen neergelegd waaraan een (kandidaat-)arbiter dient te voldoen om te kunnen worden benoemd. Deze eisen kunnen bijvoorbeeld zien op de afwezigheid van een (bepaalde) familiale band van een arbiter met één van de partijen in de arbitrage. Op het moment dat een arbiter aan de gestelde benoemingseisen voldoet, zouden partijen hieruit 'indirect' kunnen afleiden dat geen sprake is van een familiale band die aanleiding kan geven tot twijfels aan de arbitrale onafhankelijkheid en/of onpartijdigheid. Illustratief zijn de Bangalore Principles of Judicial Conduct waarin

290 Canon II (A) AAA Code of Ethics for Arbitrators in Commercial Disputes 1977 (bron: P. Sanders (red.), *Yearbook Commercial Arbitration 1985 - Volume X*, Kluwer Law International 1985, p. 135).

291 Canon II (A) AAA/ABA Code of Ethics for Arbitrators in Commercial Disputes 2004. Vgl. de 'notice of appointment questionnaire' van de AAA, vragen 5-7, 12 en 14, zie: Fellas & Mosquera 2015, p. 613.

292 Hieronder valt ook een eventuele band met 'any individual whom they have been told will be a witness'. In vergelijkbare zin: art. 12405 (a) (2) FINRA Code of Arbitration Procedure for Customer Disputes 2007. Vgl. District Court Limassol 3 maart 2018 (*General Construction Company Ltd./Silver Leaf Developments Ltd.*) waarin het Cypriotische gerecht in eerste aanleg een verzoek tot wraking gegrond verklaarde. Het verzoek was gericht tegen een arbiter die meerderheidsaandeelhouder bleek te zijn van een Griekse onderneming, terwijl de andere aandeelhouder de broer was van de belangrijkste (partij-)getuige van gedaagde (bron van de uitspraak: via www.gzg.com.cy, zie ook: C. Pashiardis, 'Court finds real likelihood of bias and orders arbitrator's dismissal', 24 mei 2018). Vgl. Court of Appeal (Civil Division) 20 januari 2006 (*Morrison e.a./AWG Group Ltd e.a.*), [2006] EWCA Civ 6 waarin werd overwogen dat een rechter zich had dienen te verschonen vanwege diens band met een te horen getuige (een bestuurslid van één van de partijen): '(...) It was not a fleeting acquaintance. They had known each other for 30 years. (...)'. (r.o. 22) (bron van de uitspraak: Luttrell 2009, p. 55).

naar voren komt dat een rechter 'shall disqualify himself or herself from participating in any proceedings in which the judge is unable to decide the matter impartially or in which it may appear to a reasonable observer that the judge is unable to decide the matter impartially. Such proceedings include, but are not limited to, instances where (...) the judge, or a member of the judge's family, has an economic interest in the outcome of the matter in controversy; (...)'.²⁹³ Daarnaast staat opgenomen dat een rechter 'shall not participate in the determination of a case in which any member of the judge's family represents a litigant or is associated in any manner with the case'.²⁹⁴ Vergelijkbare bewoordingen komen in de Leidraad onpartijdigheid en nevenfuncties van de rechter van de Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak uit 2014 naar voren: '[d]e rechter zorgt ervoor geen zaak te behandelen waarbij als procespartij en/of overige procesdeelnemer de (vroegere) echtgenoot, (ex-)partner en/of nauwe bloed- en aanverwanten van de rechter betrokken is of zijn'.²⁹⁵

De oogst die de arbitrale wet- en regelgeving van de vier jurisdicties en vier arbitrage-instituten van onderzoek in onderhavig verband oplevert is mager: alleen het NAI biedt enig inzicht. In de toelichting bij het NAI Arbitragereglement 2015 komt naar voren dat 'een arbiter geen nauwe persoonlijke of zakelijke banden mag hebben met een van de partijen of een van zijn medearbiters'. Indien 'een als arbiter aangezochte persoon' niet aan dit vereiste voldoet, 'dient hij de uitnodiging om als arbiter op te treden niet te aanvaarden', aldus de toelichting.²⁹⁶

Twee rechtsvergelijkende uitstapjes, tot slot, leiden allereerst naar de Arbitrage-wet van Indonesië ('Undang-Undang Nomor 30 Tahun 1999 tentang Arbitrase dan Alternatif Penyelesaian Sengketa'). In de wet staat de volgende bepaling opgenomen: '[t]he parties who may be appointed or designated as arbitrators must meet the following requirements: (...) c. Having no family relationship, by blood or marriage, to the third degree, with any of the disputing parties;'.²⁹⁷ Waar de Indonesische Arbitragewet van de derde graad uitgaat, wordt in de Duitse ZPO een tweedeling gemaakt: een rechter is onbevoegd om kennis te nemen 'in Sachen einer Person, mit

293 Bangalore Principles of Judicial Conduct 2002, par. 2.5 jo. par. 2.5.3.

294 Bangalore Principles of Judicial Conduct 2002, par. 4.4.

295 Leidraad onpartijdigheid en nevenfuncties van de rechter, januari 2014, p. 12. Vgl. Rb. 's-Gravenhage (wrakingskamer) 20 april 2009, ECLI:NL:RBSGR:2009:BL4455, r.o. 6.2: 'Een verder uitgangspunt is dat in beginsel voor Nederlandse arbiters, die in Nederland optreden, dezelfde maatstaf dient te gelden als voor Nederlandse rechters. Dit betekent dat de Leidraad onpartijdigheid van de rechter (zie: rechtspraak.nl/landelijke regelingen) ook een richtsnoer voor het optreden van de arbiters in deze zaak verschaft. (...)'; Conclusie A-G De Bock d.d. 23 maart 2018 (ECLI:NL:PHR:2018:263), sub 3.28: 'Hoewel de Leidraad onpartijdigheid en nevenfuncties in de rechtspraak 2014 van de Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak niet voor arbiters is opgesteld, kan ook deze houvast bieden bij de vraag of een bepaalde omstandigheid moet worden gemeld'.

296 NAI Arbitragereglement 2015, par. 10.1.

297 Bron: Gordon Mills 2018, p. 18. Vgl. art. 34 Arbitration Law of The People's Republic of China, Adopted at the 9th Session of the Standing Committee of the 8th National People's Congress of the People's Republic of China, and promulgated by the President, on 31 August 1994. Effective from 1 September 1995: 'In one of the following circumstances, the arbitrator must withdraw, and the parties shall also have the right to challenge the arbitrator for a withdrawal: (1) the arbitrator is a party in the case or a close relative of a party or of an agent in the case' (bron: J. Paulsson & L. Bosman (red.), *ICCA International Handbook on Commercial Arbitration*, Kluwer Law International 1984, Supplement No. 18, september 1994, p. 6). Vgl. Sun & Willems 2015, p. 233-234.

der er in gerader Linie verwandt oder verschwägert, in der Seitenlinie bis zum *dritten* Grad verwandt oder bis zum *zweiten* Grad verschwägert ist oder war' (curs. PR).²⁹⁸

202. De familiale band tijdens de arbitrage

Tijdens de arbitrage is - naast een (al dan niet) doorlopende disclosure-verplichting - met name het instrument van wraking relevant. Voorbeelden van arbitrale wet- en regelgeving waarin naar voren komt dat een (bepaalde) familiale band aanleiding kan geven tot wraking van een arbiter kunnen wereldwijd worden gevonden.²⁹⁹ Genoemd kunnen bijvoorbeeld worden: de Arbitragewet van Argentinië uit 2015,³⁰⁰ de Roemeense wrakingsregeling voor arbiters in nationale arbitrages uit 2013,³⁰¹ de Italiaanse Arbitragewet,³⁰² de Arbitragewet van Ecuador,³⁰³ en de wrakingsregeling voor arbiters in het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering van Libië uit 1979.³⁰⁴ Interessant vanwege de omschrijving van de (familiaire) band is daarnaast de Zweedse Arbitragewet ('Lag om skiljeförfarande') waarin vier omstandigheden staan opgesomd die aanleiding kunnen geven tot een verminderd vertrouwen in de onpartijdigheid en onafhankelijkheid van een arbiter; twee van de vier omstandigheden hebben betrekking op de arbiter of een 'aan de arbiter nauw verwant persoon' ('eller någon närstående till skiljemannen').³⁰⁵

Daarnaast bieden de Franse wrakingsregeling, de IBA Rules of Ethics 1987, de IBA Guidelines 2014, en de *travaux préparatoires* van de UNCITRAL Arbitration Rules 1976 aanknopingspunten. Allereerst volgt uit de Franse wrakingsregeling, die voor overheidsrechters geldt (art. L. 111-6 Code de l'organisation judiciaire), en die indirect (via art. 341 CPC en Franse jurisprudentie) van toepassing is op arbiters, dat zes van de negen wrakingsgronden ook van toepassing zijn op de partner (de 'conjoint') van

298 § 41 ZPO (vindplaats: via www.gesetze-im-internet.de/zpo). Ook door de Arbitragewet van Koeweit (art. 102 Wetboek van Burgerlijke en Commerciële Rechtsvordering, nr. 38/1980) wordt in dit verband een onderscheid gemaakt: een arbiter is niet bevoegd indien 'he is the spouse of one of the parties or if he is a relative up to the fourth degree', maar ook niet indien 'there is a family relationship up to the second degree between the arbitrator and the representative of one of the parties' (bron: El-Ahdab & El-Ahdab 2011, p. 320).

299 Vgl. art. 626 lid 2 (oud) Rv jo. art. 30 sub 2 (oud) Rv op grond waarvan een arbiter kon worden gewraakt 'indien hij aan eene der partijen in bloedverwantschap of in zwagerschap bestaat tot in den vierden graad ingesloten', zie nr. 129.

300 Via de wrakingsregeling voor overheidsrechters, zie art. 1663 Código Civil y Comercial de la República Argentina 2015 (nationale arbitrage): 'Los árbitros pueden ser recusados por las mismas razones que los jueces de acuerdo al derecho de la sede del arbitraje. (...)'. (vindplaats: servicios.infoleg.gob.ar/infoleg-Internet/anexos/235000-239999/235975/norma.htm#22, zie ook bijv. Santiago Tawil & Campolieti 2020, p. 21). Vgl. id. p. 21: 'In Argentina, such reasons include (Art. 17 CP): (1) having a close family relationship with one of the parties or its lawyer'. Vgl. Burghetto 2004, p. 483-484.

301 Via de wrakingsregeling voor overheidsrechters ex artikel 42 Codul de Procedură Civilă (bron: Demeter 2016, p. 132-133, zie ook: legislatie.just.ro/Public/DetaliuDocument/140271).

302 Art. 815 aanhef en sub 3 Codice di procedura civile: 'Un arbitro può essere recusato: (...) se egli stesso o il coniuge è parente fino al quarto grado o è convivente o commensale abituale di una delle parti, di un rappresentante legale di una delle parti, o di alcuno dei difensori';

303 Robalino Orellana e.a. 2020, p. 13.

304 Zie: 'Code of Civil and Commercial Procedure of 1953', in: L. Bosman (red.), *ICCA International Handbook on Commercial Arbitration*, ICCA & Kluwer Law International 2020, Supplement No. 112, October 2020, p. 2.

305 Art. 8 lid 1 Lag (1999:116) om skiljeförfarande t.o.m. SFS 2018:1954 (vindplaats: via www.riksdagen.se, zie voor een Engelse vertaling: via sccinstitute.com/about-the-scc/digital-library/legislation).

een arbiter.³⁰⁶ Wraking is mogelijk indien sprake is van 'un intérêt personnel à la contestation' (sub 1)³⁰⁷; de partner 'est créancier, débiteur, héritier présumé ou donataire de l'une des parties' (sub 2) of 'est parent ou allié de l'une des parties ou de son conjoint jusqu'au quatrième degré inclusivement' (sub 3); indien sprake is (geweest) van een 'procès entre lui ou son conjoint et l'une des parties ou son conjoint' (sub 4); indien de partner 'est chargé d'administrer les biens de l'une des parties' (sub 6) of indien sprake is van 'un lien de subordination' tussen de arbiter 'ou son conjoint et l'une des parties ou son conjoint' (sub 7). Het gaat dus om een direct (persoonlijk) belang (sub 1) en/of om een indirect belang in de vorm van enige vorm van verbondenheid (sub 2, 3, 4, 6, 7).

Naast de Franse wetgever heeft ook de IBA aandacht voor de familiale band. Allereerst kan worden gewezen op de IBA Rules of Ethics 1987 waarin naar voren komt: '[a]ny current direct or indirect business relationship between an arbitrator and a party, or with a person who is known to be a potentially important witness, will normally give rise to justifiable doubts as to a prospective arbitrator's impartiality or independence', waarbij als voorbeeld van een 'indirect business relationship' wordt gegeven: 'where a member of the prospective arbitrator's family, his firm, or any business partner has a business relationship with one of the parties' (curs. PR).³⁰⁸ Uitvoeriger en ruimer van opzet - want niet beperkt tot 'business' - zijn de IBA Guidelines 2014 waarin de familiale band driemaal terugkomt: tweemaal in het kader van de 'Waivable Red List' en eenmaal in het kader van de 'Orange List'. Op de 'Waivable Red List' staan onder paragraaf 2.2 twee omstandigheden die aanleiding kunnen geven tot twijfels aan de arbitrale onafhankelijkheid en onpartijdigheid: i) '[a] close family member of the arbitrator has a significant financial interest in the outcome of the dispute' (par. 2.2.2), en ii) '[t]he arbitrator, or a close family member of the arbitrator, has a close relationship with a non-party who may be liable to recourse on the part of the unsuccessful party in the dispute' (par. 2.2.3).³⁰⁹

Daarnaast staan op de 'Waivable Red List' onder paragraaf 2.3 de volgende twee omstandigheden: i) '[t]he arbitrator has a close family relationship with one of the parties, or with a manager, director or member of the supervisory board, or any person having a controlling influence in one of the parties, or an affiliate of one of the parties, or with a counsel representing a party' (par. 2.3.8),³¹⁰ en ii) '[a] close family member of the arbitrator has a significant financial or personal interest in one of the parties, or an affiliate of one of the parties' (par. 2.3.9).³¹¹ Wellicht opmerkelijk is dat de familiale band niet in het kader van de 'Non-Waivable Red List' naar

306 Art. L. 111-11 Code de l'organisation judiciaire: 'Pour l'application des articles L. 111-6 et L. 111-10, la personne liée au juge par un pacte civil de solidarité est assimilée au conjoint'.

307 Zie ook bijv. art. 828 aanhef en sub 2 van het Belgisch Gerechtelijk Wetboek: 'Ieder rechter kan worden gewraakt om de volgende redenen: (...); (2°) indien de rechter of zijn echtgenoot persoonlijk belang bij het geschil heeft' (vindplaats: via www.ejustice.just.fgov.be).

308 IBA Rules of Ethics for International Arbitrators 1987, par. 3.3. Vgl. Coulson 1987, p. 104.

309 In de IBA Guidelines 2004 werd gesproken over 'a third party' in plaats van over 'a non-party'.

310 In de IBA Guidelines 2004 werd gesproken over 'a similar controlling influence' in plaats van over 'a controlling influence'.

311 Nieuw in de IBA Guidelines van 2014 zijn de woorden 'or personal'; de paragraaf in de versie van 2004 luidde: 'A close family member of the arbitrator has a significant financial interest in one of the parties or an affiliate of one of the parties'.

voren komt.³¹² Dit brengt mijns inziens een zeker spanningsveld met zich mee: waar de omstandigheid dat een arbiter een belang heeft in de voorliggende zaak op de 'Non-Waivable Red List' staat (par. 1.3), staat de omstandigheid dat een 'close family member' een belang heeft in de voorliggende zaak 'slechts' op de 'Waivable Red List' (par. 2.2.2). Hoewel partijen in laatstgenoemd geval afstand van deze omstandigheid moeten doen en er aldus, zo zou kunnen worden betoogd, wel sprake is van enig gewicht dat aan de omstandigheid wordt toegekend, impliceert de keuze voor plaatsing op de 'Waivable Red List' dat deze omstandigheid niet absoluut is. Tot slot staat op de 'Orange List' onder paragraaf 3.3: '[a] close family member of the arbitrator is a partner or employee of the law firm representing one of the parties, but is not assisting with the dispute' (par. 3.3.5).

Ter afsluiting wordt gewezen op hetgeen naar voren komt in het kader van de totstandkomingsgeschiedenis van de UNCITRAL Arbitration Rules 1976. In een eerste versie van de Arbitration Rules werd in het kader van de wrakingsregeling (toen: artikel 8) een opsomming gegeven van omstandigheden die aanleiding zouden kunnen geven tot gerechtvaardigde twijfels aan de arbitrale onafhankelijkheid en onpartijdigheid. Het tweede artikellid was als volgt geformuleerd: '[t]he circumstances (...) include any financial or personal interest in the outcome of the arbitration or any family or commercial tie with either party or with a party's counsel or agent'.³¹³ Tijdens de bespreking van het voorstel werd voorgesteld om de wrakingsgronden in twee categorieën onder te verdelen.³¹⁴ Onder de eerste categorie zouden de zgn. 'absolute grounds' vallen waaronder onder meer 'close families ties, between an arbitrator and a party' zouden worden geschaard. Bewijs van het bestaan van een dergelijke grond 'would result automatically in the success of the challenge'.³¹⁵ Onder de tweede categorie zouden de zgn. 'relative grounds' vallen waaronder onder meer 'remote family ties' zouden worden geschaard. Voor een geslaagd beroep op een dergelijke grond zou het niet voldoende zijn om alleen het bestaan van een dergelijke band te bewijzen, maar diende ook te worden aangevoerd 'that they gave

312 In India is het vanuit het oogpunt van 'real and genuine party autonomy' mogelijk om afstand te doen van de in de Arbitragewet opgenomen omstandigheden van de 'Non-Waivable Red List', zie nader: Shroff 2017, p. 810.

313 Report of the Secretary-General: preliminary draft set of arbitration rules for optional use in *ad hoc* arbitration relating to international trade (UNCITRAL Arbitration Rules), (A/CN.9/97), 4 november 1974, in: *Yearbook of the United Nations Commission on International Trade Law*, 1975, Volume V, p. 171.

314 Report of the United Nations Commission on International Trade Law on the work of its eighth session, General Assembly, Official Records: Thirtieth Session, Supplement No. 17 (A/10017), Genève, 1-17 april 1975, par. 71. Vgl. Report of the Secretary-General: revised draft set of arbitration rules for optional use in *ad hoc* arbitration relating to international trade (UNCITRAL Arbitration Rules) (addendum): commentary on the draft UNCITRAL Arbitration Rules, (A/CN.9/112/Add.1), 12 december 1975, in: *Yearbook of the United Nations Commission on International Trade Law*, 1976, Volume VI, p. 170: 'This paragraph sets forth a list, which is not exhaustive, of circumstances constituting grounds for challenge under paragraph 1. Proof of the existence of a circumstance would disqualify an arbitrator, even though no doubt in fact existed as to the impartiality and independence of the arbitrator concerned. This list also serves to draw the attention of the parties to typical cases which fall within the general ground of challenge specified in paragraph 1'.

315 Report of the United Nations Commission on International Trade Law on the work of its eighth session, General Assembly, Official Records: Thirtieth Session, Supplement No. 17 (A/10017), Genève, 1-17 april 1975, par. 71.

rise to justifiable doubts as to the impartiality or independence of an arbitrator'.³¹⁶ Uiteindelijk zijn de woorden 'family tie' niet in de tekst van de Arbitration Rules 1976 opgenomen.³¹⁷ Sindsdien zijn de regels op dat punt ook niet meer gewijzigd.

5.5.3 Invulling: (scheids)rechterlijke uitspraken

203. Opbouw

Nadat is besproken op welke wijze invulling aan de factor is gegeven in arbitrale wet- en regelgeving, zal in de onderhavige paragraaf worden stilgestaan bij de vraag op welke wijze (scheids)gerechten invulling aan de factor hebben gegeven. Hiertoe zal de factor worden besproken in het kader van de disclosure-verplichting (nr. 204), tijdens de arbitrage (nr. 205), en na afloop van de arbitrage (nr. 206).

204. De familiale band en de disclosure-verplichting

Hoewel de disclosure-verplichting zich niet altijd expliciet tot de familiale band uitstrekt, komt in verschillende (scheids)rechterlijke uitspraken naar voren dat een dergelijke band wel onder deze verplichting zou kunnen vallen.³¹⁸ Illustratief is een uitspraak van het Cour d'appel van Parijs uit januari 1999 waarin het hof allereerst overwoog: '(...) l'obligation d'information qui pèse sur l'arbitre doit s'apprécier au regard à la fois de la notoriété de la situation critiquée et de son incidence raisonnablement prévisible sur le jugement de l'arbitre;' en vervolgens: '*l'absence de révélation* par M. D. de son *mariage* avec la mère du conseil de la société Média Sud Communication ne permettait plus à la société Milan Presse d'avoir la certitude de son indépendance et de son impartialité; (...)' (curs. PR).³¹⁹

Het niet openbaren van een familiale band zou (uiteindelijk) zelfs tot vernietiging van een arbitraal vonnis kunnen leiden.³²⁰ Zo vernietigde het Cour d'appel van Parijs in december 2008 een arbitraal vonnis, omdat één van de arbiters had verzuimd mede te delen dat sprake was van een nauwe zakelijke band ('lien profes-

316 Report of the United Nations Commission on International Trade Law on the work of its eighth session, General Assembly, Official Records: Thirtieth Session, Supplement No. 17 (A/10017), Genève, 1-17 april 1975, par. 71.

317 Niet duidelijk is waarom werd besloten tot het schrappen van deze woorden; de uiteindelijke tekst van de Arbitration Rules werd tijdens de negende sessie aangenomen, zie: Report of the United Nations Commission on International Trade Law on the work of its ninth session, General Assembly, Official Records: Thirty-First Session, Supplement No. 17 (A/31/17), 12 april - 17 mei 1976, p. 34. Vgl. Working paper prepared by the Secretariat; revised draft set of arbitration rules for optional use in *ad hoc* arbitration relating to international trade (UNCITRAL Arbitration Rules); alternative draft provisions for the draft UNCITRAL Arbitration Rules, (A/CN.9/113), in: *Yearbook of the United Nations Commission on International Trade Law*, 1976, Volume VI, p. 185 en '(close) family'.

318 Zie ook bijv. Fernández Rozas 2010, p. 425.

319 CA Parijs 12 januari 1999, *Revue de l'Arbitrage* 1999, afl. 2, p. 383 (*société Milan Presse/société Média Sud communication*).

320 Vgl. Court of Appeal Tunis 13 maart 2012, nr. 25825 waarin het gerecht overwoog dat het niet melden van de familiale band tussen één van de arbiters en zijn oom die werkzaam was voor één van de partijen leidde tot gerechtvaardigde twijfels aan de onafhankelijkheid van de arbiter (bron van de uitspraak: *International Journal of Arab Arbitration* 2015, afl. 1, p. 53-73). Zie voor een kritische noot: Bettaieb 2015, p. 78-79.

sionnel étroit') tussen zijn dochter en de advocaat van één van de partijen.³²¹ In mei 1982 bekrachtigde het Amerikaanse Court of Appeals for the Eleventh Circuit een vonnis van een lager gerecht dat een AAA-vonnis had vernietigd wegens 'evident partiality' nu de niet-partij arbiter - de 'neutral third arbitrator' - onder meer geen mededeling had gedaan van de omstandigheid dat zijn (familie)onderneming (een verzekeringsmaatschappij) betrokken was geweest in een geschil met Middlesex Mutual Insurance Company, één van de partijen in de arbitrage.³²² In het kader van de arbitrage was arbitraal vonnis gewezen in het nadeel van Middlesex Mutual Insurance Company.³²³ Het hof concludeerde dat, nu 'the neutral arbitrator failed to disclose his significant connection to some of the parties',³²⁴ sprake was van een 'reasonable appearance of bias',³²⁵ en dat daarmee de conclusie van het lagere gerecht - vernietiging van het arbitraal vonnis 'on the ground of evident arbitrator partiality' - gerechtvaardigd was.³²⁶

Toch wordt niet altijd voor vernietiging van het arbitraal vonnis gekozen. Het Supreme Court van Tennessee zou reeds in 1879 in de zaak *Stephenson v. Oatman* hebben overwogen dat het door een arbiter niet mededelen van de omstandigheid dat sprake was van 'substantial business' tussen zijn broer en een dochteronderneming van de moederverenootschap van één van de partijen niet noodzakelijkerwijs leidde tot vernietiging van het arbitraal vonnis.³²⁷ In oktober 2004 kwam het Amerikaanse Court of Appeals for the Ninth Circuit tot een vergelijkbare conclusie: in de onderhavige procedure probeerde eiseres een arbitraal vonnis van tafel te krijgen op grond van de omstandigheid dat de partij-arbiter van de wederpartij had verklaard 'neutraal' te handelen, maar geen mededeling zou hebben gedaan van bepaalde 'family and business relationships' met de advocaten van de wederpartij. De 'family relationships' bestonden onder meer uit de omstandigheid dat de partij-arbiter zeventien jaar getrouwd was geweest met de zus van de naamgever van het advocatenkantoor (Mark Eggerman) dat de wederpartij in de arbitrage bijstond, maar nadien (zo'n 25 jaar voordat de arbiter 'became involved in this matter as an arbitrator') van

321 CA Parijs 18 december 2008, *Revue de l'Arbitrage* 2009, afl. 1, p. 232 (*SARL Avelines Conseil/Masuy*) (bron van de uitspraak: Castres Saint-Martin 2016, nr. 102).

322 De betrokkenheid had niet alleen negatief uitgepakt voor de (familie)onderneming, maar ook voor de arbiter zelf: 'he also testified that he personally lost \$85,000 in connection with the Middlesex/Patriot controversy'.

323 U.S. Court of Appeals for the Eleventh Circuit 10 mei 1982 (*Middlesex Mutual Insurance Co. c.s./Stuart Levine c.s.*), 675 F.2d 1197 (bron van de uitspraak: Amirfar, Reid & Popova 2020, vn. 460 (p. 96); Mullerat 2012, vn. 38 (p. 77)).

324 Het beroep van de advocaten van de arbiter op 'Hartnett's deposition testimony that he had forgotten the dispute, was no longer associated with the family firm, and had not litigated against Middlesex/Patriot' wees het hof op ondubbelzinnige wijze van de hand: 'We find Hartnett's assertion of a bad memory to be spurious, especially since he also testified that he personally lost \$85,000 in connection with the Middlesex/Patriot controversy'.

325 Het hof overwoog: 'Here, the possibility of bias was "direct, definite and capable of demonstration rather than remote, uncertain and speculative"', onder verwijzing naar U.S. Court of Appeals for the Seventh Circuit 25 april 1980 (*Tamari/Bache Halsey Stuart Inc.*), 619 F.2d 1196.

326 U.S. Court of Appeals for the Eleventh Circuit 10 mei 1982, 675 F.2d 1197. Ook het 'estoppel'-beroep door (de advocaten van) de arbiter slaagde niet.

327 Bron van de uitspraak en de informatie: Mullerat 2012, p. 80. Id. p. 80: '(...), there was no demonstration of the existence of actual bias on part of the arbitrator'.

haar was gescheiden.³²⁸ De zoon van Eggerman 'served as co-counsel and appeared at nearly every arbitration hearing'. Het hof wees de vernietigingsvordering van de hand omdat eiseres een 'constructive knowledge of a potential conflict' had, maar hiertegen niet tijdig bezwaar had gemaakt.³²⁹ Het gerecht liet verwerking van recht prevaleren boven de aanwezige familiale banden.

Dit oordeel steunt op de gedachte dat partijen op de hoogte zijn van het bestaan van een dergelijke band. Het is echter mogelijk dat een arbiter zelf geen weet heeft van een (bepaalde) familiale band. Hoewel overheidsrechters in de Bangalore Principles of Judicial Conduct in onderhavig verband een zekere onderzoeksplicht wordt opgelegd - '[a] judge shall inform himself or herself about the judge's personal and fiduciary financial interests and shall make reasonable efforts to be informed about the financial interests of members of the judge's family'³³⁰ - is het niet alleen de vraag hoever een dergelijke onderzoeksplicht voor (scheids)rechters reikt, maar ook wat de consequentie van het niet-naleven van een dergelijke plicht is en of vernietiging van een (scheids)rechterlijke uitspraak in een dergelijk geval proportioneel zou zijn.

In het verlengde hiervan kan de vraag worden gesteld wat rehtens is indien een familiale band ontstaat ná de benoeming van een arbiter. Hoewel kan worden gewezen op het doorlopen van een disclosure-verplichting tijdens de arbitrage zijn in sommige documenten specifieke(re) plichten neergelegd. Enigszins opmerkelijk is de verplichting die in de AAA Code of Ethics for Arbitrators in Commercial Disputes van 1977 naar voren kwam: '[a]fter accepting appointment and while serving as an arbitrator, a person *should avoid entering into* any financial, business, professional, family or social relationship, or acquiring any financial or personal interest, which is likely to affect impartiality or which might reasonably create the appearance of partiality or bias' (curs. PR).³³¹ Men kan zich de vraag stellen hoe realistisch een dergelijke verplichting is: kan men een arbiter ge- dan wel verbieden een (bepaalde) familiale band aan te gaan? In onderhavig verband lijkt de volgende aanpak mij meer aangewezen: in een CEPANI-arbitrage die reeds drie maanden aan de gang was, deelde één van de co-arbiters mede dat de zoon van zijn partner aan de slag zou gaan bij het advocatenkantoor dat de partij bijstond die de arbiter had benoemd, 'al-

328 U.S. Court of Appeals for the Ninth Circuit 29 oktober 2004 (*Fidelity Federal Bank, FSB/Durga MA Corp.*), 386 F.3d 1306 (bron van de uitspraak: Rossein & Hope 2007, vn. 75 (p. 217)).

329 U.S. Court of Appeals for the Ninth Circuit 29 oktober 2004, 386 F.3d 1306: 'There is no charge or evidence of actual bias and no indication that the arbitration award was anything but fair'.

330 Bangalore Principles of Judicial Conduct 2002, par. 4.7. Vgl. U.K. Supreme Court, Guide to Judicial Conduct, 2019, par. 3.12: '(...) It is for the Justice to (...) take reasonable steps to be informed about the interests of members of his or her family'.

331 Canon I (D) AAA Code of Ethics for Arbitrators in Commercial Disputes 1977. Eveneens is gedacht aan de periode na afloop van de arbitrage: 'For a reasonable period of time after the decision of a case, persons who have served as arbitrators should avoid entering into any such relationship, or acquiring any such interest, in circumstances which might reasonably create the appearance that they had been influenced in the arbitration by the anticipation or expectation of the relationship or interest' (Canon I (D) AAA Code of Ethics for Arbitrators in Commercial Disputes 1977). Vgl. art. 10 TAI Code of Ethics and Conduct for Arbitrators: 'After having been appointed or during performing the duty, arbitrators shall not involve with either parties or any other person in relation to finance, business, occupation or family and society relationship which may cause reasonable doubt to the parties in the independence or impartiality of such arbitrator in performing the duty as an arbitrator. (...) (vindplaats: tai.coj.go.th/en/content/page/index/id/18870); par. 2.5 Code of Ethics for Arbitrators of the Court of Arbitration at the Polish Confederation Lewiatan.

though in another department'.³³² In overleg met partijen en het CEPANI-wrakingscomité werd besloten dat de omstandigheid geen reden was om de arbiter te vervangen, zij het dat een voorbehoud werd gemaakt dat zag op de vertrouwelijkheid van de procedure.³³³

Tot slot is interessant om kort te kijken naar de vraag op welke wijze een mededeling die afkomstig is van een arbiter en in het kader waarvan het bestaan van een familiale band wordt gemeld, doorwerkt in de benoeming van deze arbiter (vgl. nr. 200). In de literatuur is melding gemaakt van een uitspraak waarin het ICC Court een arbiter weigerde te benoemen wiens vrouw en andere familieleden werkzaam waren bij het advocatenkantoor dat de benoeming voorstelde.³³⁴ Daarnaast overwoog het Tribunal fédéral in oktober 1966 dat sprake was van een geldige weigering tot benoeming van een arbiter omdat zijn vrouw als juridisch medewerker voor het kantoor van één van de advocaten van partijen ('juristische Mitarbeiterin im Anwaltsbüro') werkte.³³⁵ Het oordeel van het gerecht viel in drie stappen uiteen. Allereerst gaf het gerecht een algemene aanwijzing: '[u]m einer Person die Fähigkeit absprechen zu können, in einem bestimmten Rechtsstreit Richter zu sein, genügt es nicht, dass eine Partei diesen Richter als befangen empfindet. Vielmehr müssen Tatsachen vorhanden sein, welche das Misstrauen in die Unabhängigkeit objektiv rechtfertigen (...)' (curs. PR).³³⁶ Vervolgens werd aan de omstandigheden van het geval getoetst: 'Es wird von keiner Seite bestritten, dass Frau X. als juristische Mitarbeiterin desjenigen Anwalts tätig ist, der ihren Gatten Dr. X. für die Orbis im Prozess gegen die Beschwerdeführerin zum Schiedsrichter ernannt hat. (...) Das zwischen Herrn und Frau X. bestehende eheliche Band birgt jedenfalls die Gefahr in sich, auf den Ausgang des hängigen Schiedsverfahrens Wirkungen auszuüben, welche für die Beschwerdeführerin nachteilig sein könnten'.³³⁷ De nadruk wordt op de huwelijksband (de 'eheliche Band') tussen de arbiter en zijn vrouw gelegd. Het gerecht sloot af met de volgende ondubbelzinnige conclusie: '(...) Dr. X. sei ein befangener und deshalb kein verfassungsmässiger Richter'.³³⁸

205. De familiale band tijdens de arbitrage

Niet alleen komen in de arbitrale wet- en regelgeving van de vier jurisdicties en vier arbitrage-instituten van onderzoek weinig aanknopingspunten naar voren, ook lijkt weinig jurisprudentie voorhanden te zijn waarin een geslaagd beroep op de factor

³³² Cox 2016, p. 31.

³³³ Cox 2016, p. 31. Vgl. Lindström 2010 waarin melding wordt gemaakt van een door de SCC Board toegewezen wrakingsverzoek waarin bezwaar werd gemaakt tegen de omstandigheid dat de zoon van één van de arbiters ging werken bij het advocatenkantoor dat optrad als vertegenwoordiger van één van de partijen (p. 6).

³³⁴ Bron van de uitspraak en gegeven informatie: Born 2021a, vn. 1385 (p. 2005); Bishop & Reed 1998, p. 410, onder verwijzing naar literatuur.

³³⁵ Tribunal fédéral 26 oktober 1966, 92 I 271 (bron van de uitspraak: Waincymmer 2012, p. 298-299; Luttrell 2009, p. 113, zie ook bijv. Alvarez 1990, p. 219 e.v.).

³³⁶ Tribunal fédéral 26 oktober 1966, 92 I 271, r.o. 5.

³³⁷ Tribunal fédéral 26 oktober 1966, 92 I 271, r.o. 5.

³³⁸ Tribunal fédéral 26 oktober 1966, 92 I 271, r.o. 5.

van de familiale band wordt gedaan tijdens de arbitrage.³³⁹ Een uitzondering hierop vormt een uitspraak van de voorzieningenrechter van de Rechtbank Amsterdam uit december 1988 waarin een wrakingsverzoek werd toegewezen dat gericht was tegen een unus-arbiter wiens dochter met de broer van de advocaat van verweerder was getrouwd.³⁴⁰ Interessant is dat de voorzieningenrechter overwoog dat 'naast de bovenomschreven familieband' de omstandigheid diende te worden geplaatst dat de arbiter 'in vroege jaren de leraar' van de advocaat is geweest en 'dat ook thans een leraar-leerling band tussen hen aanwezig is'.³⁴¹ Deze omstandigheden bewogen de voorzieningenrechter tot het oordeel dat - 'in onderlinge samenhang bezien' - 'moet' worden gezegd dat sprake is van banden 'die in het algemeen gesproken een bedreiging voor de onpartijdigheid en onafhankelijkheid kunnen vormen, en aldus tot toewijzing van het rekest dienen te leiden'.³⁴²

Hoewel buiten de methodologische reikwijdte van dit onderzoek is door twee andere gerechten juist terughoudendheid betracht en prevaleerde verwerking van recht omdat de 'klagende' partij van de betreffende band(en) op de hoogte was. Allereerst kan worden gewezen op een uitspraak van het Oberlandesgericht Frankfurt am Main uit april 2006. In de hieraan ten grondslag liggende *ad hoc*-arbitrage waren partijen, in het kader van een overnemingsgeschil, akkoord gegaan met de benoeming van één arbiter; opmerkelijk was dat de unus-arbiter de broer was van één van eisers.³⁴³ Tijdens de arbitrage besloot gedaagde zich toch tegen de benoeming te verzetten. Het gerecht ging hierin niet mee, liet partijautonomie prevaleren boven § 41 ZPO (in dit artikel is een verbod voor rechters neergelegd om geschillen te beslechten waarin een naast familielid betrokken is) en benadrukte het onderscheid tussen overheids- en arbitragerechtspraak in onderhavig opzicht: '[i]m Unterschied zu dem Verfahren vor einem staatlichen Gericht bedarf es einer Regelung wie § 41 Nr. 2 - 3 ZPO nicht. Beim staatlichen Gericht haben die Parteien keinen Einfluss auf die Besetzung der Richterbank. Im Schiedsverfahren liegt demgegenüber die Bestellung der Schiedsrichter gerade in ihrer Hand. Es muss den Parteien offen bleiben, auch solche Personen zu Schiedsrichtern zu bestellen, die als Richter in einem staatlichen Gerichtsverfahren nicht in Betracht kommen'. Het gerecht wees het wrakingsverzoek af nu 'es sich hierbei unstreitig nicht um einen Umstand handelt, der der Schiedsbeklagten erst nach der Bestellung des Schiedsrichters bekannt geworden ist'.³⁴⁴

339 Zo wordt in de literatuur melding gemaakt van een wrakingsbeslissing van de SCC (Arbitration 87/2000) waarin tevergeefs werd geprobeerd om de partij-arbiter van gedaagde te wraken op grond van de omstandigheid dat de neef van de arbiter in het bestuur zat van de moederverenootschap van gedaagde (bron van de informatie: Born 2021a, vn. 1385 (p. 2005), onder verwijzing naar literatuur, zie over deze beslissing ook bijv. Luttrell 2009, p. 124).

340 Rb. Amsterdam (pres.) 29 december 1988, TvA 1989, afl. 4, p. 103-105 (zie over deze uitspraak ook bijv. Meijer 2016, p. 70). Vgl. Mustill & Boyd 1989, vn. 20 (p. 251): '(...) In *Turnbul v Rural Municipality of Pipestone* (1915) 24 DLR 281, the fact that the arbitrator was the respondent's brother was held sufficient to disqualify him'.

341 Rb. Amsterdam (pres.) 29 december 1988, r.o. 8, TvA 1989, afl. 4, p. 105.

342 Rb. Amsterdam (pres.) 29 december 1988, r.o. 9, TvA 1989, afl. 4, p. 105.

343 OLG Frankfurt am Main 27 april 2006, nr. 26 SchH 01/06 (bron van de uitspraak: Bredow & Mulder 2015, nr. 5).

344 OLG Frankfurt am Main 27 april 2006, nr. 26 SchH 01/06 (bron van de geciteerde rechtsoverweging: R.H. Kreindler, A contribution by the ITA Board of Reporters, via: Kluwer Arbitration, zie ook: DIS Daten-

Een ander voorbeeld van verwerking van recht komt naar voren in een uitspraak van het Court of Appeal van Nieuw-Zeeland van mei 2015.³⁴⁵ Een *ad hoc*-scheidsgerecht 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'.³⁴⁶ Het Court of Appeal was het hier niet mee eens en overwoog ten aanzien van de gestelde belangenverstrengeling: '[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',³⁴⁷ en: '[a]ccordingly 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 (...)*' (curs. PR).³⁴⁸ Evenals in de uitspraak van het Oberlandesgericht Frankfurt am Main wordt dus doorslaggevend gewicht toegekend aan de omstandigheid dat eiser op de hoogte was van de feiten die aanleiding gaven tot twijfels aan de arbitrale onafhankelijkheid en onpartijdigheid maar desondanks niet tegen deze feiten had geageerd of, in het geval van de Duitse uitspraak, hiermee had ingestemd. Een dergelijk stilzitten kan aldus leiden tot verwerking van (vernietigings)recht.

Partijautonomie in onderhavig verband kan echter ook te ver gaan. Ter illustratie kan worden gewezen op een uitspraak van het Amerikaanse Court of Appeals for the Fourth Circuit uit april 1999 waarin het gerecht zich tegen de arbitrageregels van Hooters (een Amerikaanse fastfoodketen) keerde.³⁴⁹ Hoewel zowel Hooters als diens werknemers op grond van deze regels een arbiter mochten kiezen waarna de twee arbiters een derde arbiter kozen, bleek sprake te zijn van een - in de ogen van het gerecht - ontoelaatbare adder onder het gras: zowel de partij-arbiter van de werknemer als de derde arbiter dienden van een lijst met arbiters te worden gekozen die door Hooters werd opgesteld. Het hof overwoog: '[u]nder the rules, Hooters is free to devise lists of partial arbitrators who have existing relationships, financial or

bank). In vergelijkbare zin: Beirut First Chamber of First Instance 19 mei 2010, 18/47 waarin om wraking werd verzocht van een arbiter die de oom van verzoeker was. Het wrakingsverzoek werd afgewezen nu het ging om een grond die bij verzoeker reeds bij de benoeming van de arbiter bekend was: '(...) both parties are considered to have waived their right to invoke the said ground unless in the case of their unawareness of it and its discovery, by both or by any of them, after the appointment of the arbitrator' (bron van de informatie en het citaat: *International Journal of Arab Arbitration* 2011, afl. 1, p. 95; J. El Ahdab, A contribution by the ITA Board of Reporters, via: Kluwer Arbitration).

345 Court of Appeal of New Zealand 18 mei 2015 (*Bidois c.s./Leef c.s.*), [2015] NZCA 176 (bron van de uitspraak: Williams & Kirk 2018, p. 97).

346 Bron van de informatie: Kirk 2021, nrs. 7-9; S. Hunter, A contribution by the ITA Board of Reporters, via: Kluwer Arbitration. Vgl. High Court of New Zealand 10 juni 2013 (*Leef c.s./Bidois c.s.*), [2013] NZHC 1349, r.o. 129.

347 Court of Appeal of New Zealand 18 mei 2015, [2015] NZCA 176, r.o. 73.

348 Court of Appeal of New Zealand 18 mei 2015, [2015] NZCA 176, r.o. 82. In de literatuur is de uitspraak 'controversial' genoemd, zie (nader): Kirk 2021, nr. 9. Vgl. Williams & Kirk 2018, p. 97: 'The Court of Appeal's analysis rested on the assumption that all conflicts of interest in an arbitration context were waivable if neither party timely objected'.

349 U.S. Court of Appeals for the Fourth Circuit 8 april 1999 (*Hooters of America, Inc./Phillips*), 173 F.3d 933.

familial, with Hooters and its management. (...) Given the unrestricted control that one party (Hooters) has over the panel, the selection of an impartial decision maker would be a surprising result'.³⁵⁰

206. De familiale band na afloop van de arbitrage

Na afloop van de arbitrage zou het instrument van vernietiging uitkomst kunnen bieden om tegen een arbitraal vonnis op te komen dat mede is gewezen door een arbiter die een familiale band heeft met één van de partijen in de arbitrage. Ter illustratie kan worden gewezen op een uitspraak van het Amerikaanse Court of Appeals for the Second Circuit dat in november 1984 een arbitraal vonnis vernietigde op grond van de omstandigheid dat de unus-arbiter de zoon was van 'the President of an international labor union, a district union of which is a party to the arbitration'. Het hof overwoog dat 'the uncontested relationship here at issue is such that reasonable people would have to believe it provides strong evidence of partiality by the arbitrator'.³⁵¹

In de vier jurisdicties van onderzoek zijn mij geen (scheids)rechterlijke uitspraken bekend waarin een vernietigingsvordering in onderhavig verband is toegewezen. Wel kunnen enkele uitspraken worden aangehaald waarin een dergelijke vordering is afgewezen. Zo verwierp het Cour de cassation in december 1988 een beroep dat tegen een arrest van het Cour d'appel van Parijs was gericht waarin de vordering tot vernietiging van een arbitraal vonnis was afgewezen, omdat de aangevoerde omstandigheid - de aanwezigheid van familiale banden van één van de arbiters met voormalige werknemers van de moederverenootschap van één van de partijen in de arbitrage - geen wrakingsgrond ex artikel 341 CPC opleverde.³⁵² In april

350 U.S. Court of Appeals for the Fourth Circuit 8 april 1999, 173 F.3d 933. De 'unrestricted control' lichtte het hof als volgt toe: '(...) the rules do not even prohibit Hooters from placing its managers themselves on the list. Further, nothing in the rules restricts Hooters from punishing arbitrators who rule against the company by removing them from the list'.

351 U.S. Court of Appeals for the Second Circuit 5 november 1984 (*Morelite Construction Corp./New York City District Council Carpenters Benefit Funds c.s.*), 748 F.2d 79 (bron van de uitspraak: Born 2021a, vn. 1385 (p. 2005); Bishop & Reed 1998, p. 410). Een meer afgeleide (en ook niet louter 'familiaire') relatie die aanleiding gaf tot vernietiging komt naar voren in een uitspraak van de Hoge Raad ('Sąd Najwyższy') van Polen uit september 2010 waarin een arbitraal vonnis werd vernietigd op grond van de omstandigheid dat een co-arbiter bevriend was met de benoemende partij en, in het licht van de onderhavige paragraaf relevanter, dat de arbiter de vrouw van deze partij in het verleden had vertegenwoordigd (bron van de uitspraak en de informatie: Born 2021a, vn. 1386 (p. 2005)). Zie ook bijv. Holtzmann 1977, p. 124; Rothstein 1957, p. 821. Zie evenwel ook bijv. U.S. Court of Appeals for the Fourth Circuit 16 februari 1995 (*Consolidation Coal Co./United Mine Workers of America*), 48 F.3d 125 waarin het hof overwoog dat de omstandigheid dat een broer van een arbiter werkzaam was bij één van de partijen niet voldoende was om over te gaan tot vernietiging van het arbitraal vonnis nu niet door eiseres was aangetoond dat de arbiter en de broer 'had any interest in the outcome of the dispute arbitrated' (bron van de uitspraak: Mullerat 2012, p. 76). Zie ook bijv. Appeals Court of Massachusetts 19 januari 1996 (*Barnstead/Ridder*), 659 N.E.2d 753 (bron van de uitspraak: Rossein & Hope 2007, vn. 75 (p. 217)).

352 Cour de cassation (chambre civile 2) 7 december 1988, nr. 87-17.296 (bron van de uitspraak: Castres Saint-Martin 2016, nr. 102). Vgl. Superior Court of Justice of Brazil 13 juni 2017, Recurso Especial nr. 1.526.789 - SP (2015/0081712-3) waarin het gerecht overwoog dat de onpartijdigheid van een partij-arbiter die in de derde graad was verbonden met één van de advocaten van één van de partijen was geschonden ondanks de omstandigheid dat dit niet expliciet in de Braziliaanse Arbitragewet was opgenomen als wrakingsgrond (vindplaats van de uitspraak en de informatie: J. Bosco Lee, A contribution by the ITA Board of Reporters, via: Kluwer Arbitration).

2005 overwoog het Tribunal fédéral dat de omstandigheid dat sprake was van een mogelijke relatie tussen de partner van het advocatenkantoor ('Büropartner') van de unus-arbiter en een familielid dat rechter was bij het Tribunal fédéral niet tot vernietiging van een arbitraal vonnis ex artikel 190 lid 2 sub a LDIP kon leiden.³⁵³ Opmerkelijk mijns inziens is dat de betreffende rechter in 2003 een vordering van eiser tot vernietiging van een arbitraal vonnis waarin het scheidsgerecht zich bevoegd verklaarde (mede) had afgewezen.³⁵⁴ Het Tribunal fédéral overwoog dat 'eine mögliche Verwandtschaft eines Büropartners des Schiedsrichters mit einer Bundesrichterin, welche am Bundesgerichtsentscheid bezüglich der Zuständigkeit mitgewirkt hatte, nicht zu einem Ausschlussgrund führen könnte', waaraan het gerecht toevoegde 'dass nicht eine mögliche Verwandtschaft des Schiedsrichters selbst in Frage steht' (curs. PR).³⁵⁵

Rechterlijke terughoudendheid om tot vernietiging van een arbitraal vonnis over te gaan vindt eveneens bevestiging in een uitspraak van de British Columbia Labour Relations Board uit maart 2012.³⁵⁶ In deze procedure probeerde (werkgever) Ansan een arbitraal vonnis te laten vernietigen dat was gewezen in het kader van een geschil tussen Ansan en een werknemersvakbond en waarin Ansans 'preliminary objection that he was disqualified from hearing the matter on the basis of a reasonable apprehension of bias' terzijde was geschoven. Ten overstaan van de Raad voerde Ansan aan dat, nu de zus van de unus-arbiter eigenaar van een bedrijf (Prosafé) was dat actief was in dezelfde industrie als Ansan en sprake was van 'direct competition', "[a]s a result", the Arbitrator 'has a stake in Prosafé by virtue of his relationship with his sister'.³⁵⁷ De Raad ging hierin niet mee. Hoewel de Raad aangaf dat 'the existence of a rivalry between a third party with whom an adjudicator has a connection and a party appearing before the adjudicator may give rise to a reasonable apprehension of bias',³⁵⁸ en dat '[f]amilial relationships can give rise to a reasonable apprehension of bias', overwoog het ook: '(...) as with the existence of a rivalry, a reasonable apprehension of bias does not arise automatically, merely because of the existence of a familial relationship'.³⁵⁹ De feiten 'must be examined and the test for reasonable apprehension of bias applied to those facts', aldus de Raad.³⁶⁰ De Raad concludeerde dat 'the particular circumstances are insufficient to give rise to a reasonable apprehension of bias' nu 'there is a mere possibility, not a certainty, that

353 Tribunal fédéral 27 april 2005, nr. 4P.242/2004 (bron van de uitspraak: Scherer 2005, p. 682-683). Vgl. id. r.o. 4: '(...) da die Vermutung bestehe, eine an diesem Entscheid mitwirkende Bundesrichterin sei mit einem Büropartner des Schiedsrichters verwandt'.

354 Tribunal fédéral 27 april 2005, nr. 4P.242/2004, r.o. 4, vgl. r.o. 1.1.

355 Tribunal fédéral 27 april 2005, nr. 4P.242/2004, r.o. 4.

356 British Columbia Labour Relations Board 27 maart 2012, nr. B64/2012 (*Ansan Industries Ltd. v. Construction & Specialized Workers' Union Local 1611*) (bron: via www.canlii.org/en).

357 British Columbia Labour Relations Board 27 maart 2012, nr. B64/2012, par. 30 en 31. Vgl. id. par. 77: 'Specifically, the Employer argues that the fact of the familial relationship between the Arbitrator and his sister, the owner of Prosafé, a rival flagging company, is sufficient to establish a reasonable apprehension of bias. Alternatively, it argues that the fact that the Arbitrator was aware of that familial relationship and did not disclose it to the parties is sufficient, or that the combination of these facts - the familial relationship and the failure to disclose it - is sufficient (...)'.
358 British Columbia Labour Relations Board 27 maart 2012, nr. B64/2012, par. 80.

359 British Columbia Labour Relations Board 27 maart 2012, nr. B64/2012, par. 85.

360 British Columbia Labour Relations Board 27 maart 2012, nr. B64/2012, par. 85.

Prosafé would be affected by any decision the Arbitrator might make in a grievance arbitration between Ansan and the Union, and even if there is an effect, there is no basis for concluding that it would necessarily be significant. The Arbitrator is *not directly linked* to Prosafé; his link is limited to the fact of his sibling relationship with Prosafé's owner' (curs. PR).³⁶¹

Een oordeel dat in lijn met deze conclusie is - in de zin van: sprake is van een te ver verwijderde familiale band - werd door het Cour d'appel van Parijs in december 2018 gegeven. Ten overstaan van dit hof werd geprobeerd om een arbitraal vonnis te laten vernietigen op (onder meer) de (vernietigings)grond 'constitution irrégulière du tribunal arbitral' omdat één van de partij-arbiters ten onrechte geen mededeling zou hebben gedaan over 'ses liens avec' de broer van verweerder ('défendeur').³⁶² Het hof wees deze vordering af en overwoog: '[c]onsidérant que la seule circonstance qu'un arbitre ait eu des liens d'intérêt avec un cabinet d'audit, tiers à la procédure arbitrale, employant un membre de sa famille et chargé de contrôler et de certifier les comptes d'une société tierce dans laquelle le frère du défendeur au recours est salarié, n'est pas de nature à provoquer dans l'esprit des parties un doute raisonnable quant à son impartialité et à son indépendance'.³⁶³ Vrij vertaald: de enkele omstandigheid dat de arbiter een band had met een accountantskantoor, een derde partij bij de arbitrage waar een lid van de familie van de arbiter werkte en welk kantoor zich bezighield met de controle van rekeningen van een derde onderneming waar de broer van verweerder werkte, levert voor partijen geen reden op voor 'un doute raisonnable' aan de arbitrale onafhankelijkheid en onpartijdigheid.

Tot slot wordt gewezen op een enigszins opmerkelijk feitencomplex dat naar voren kwam in het kader van een ICSID-arbitrage.³⁶⁴ De Staat Guinea probeerde de partij-arbiter van Getma te wraken op grond van haar 'liens familiaux avec son frère, M. Juan Antonio Cremades, arbitre également nommé par Getma International dans une procédure d'arbitrage parallèle'.³⁶⁵ Deze banden zouden aanleiding geven tot 'un doute légitime sur les garanties d'indépendance et d'impartialité offertes par M. Bernardo Cremades dans la présente procédure d'arbitrage', aldus de staat.³⁶⁶ In reactie op het wrakingsverzoek gaf de arbiter aan dat hij al meer dan dertien jaar 'aucune relation professionnelle ni patrimoniale avec [s]on frère Juan Antonio Cremades' onderhield.³⁶⁷ De twee niet-gewraakte ICSID-arbiters verwierpen het ver-

361 British Columbia Labour Relations Board 27 maart 2012, nr. B64/2012, par. 93.

362 CA Parijs 18 december 2018, nr. 16/26009, *Revue de l'Arbitrage* 2018, afl. 4, p. 848 (Jean-Philippe Fissier/*Darko Vasic e.a.*).

363 CA Parijs 18 december 2018, nr. 16/26009. Het arbitraal vonnis werd wel vernietigd, maar op een andere (vernietigings)grond: '(...) après requête en omission de statuer et en rectification d'erreur matérielle rendues entre les parties'.

364 ICSID 28 juni 2012, nr. ARB/11/29 (*Getma International c.s. v. The Republic of Guinea*), 'Decision on Proposal to Disqualify Mr Bernardo Cremades, Arbitrator'. Zie over de uitspraak ook bijv. Cleis 2017, p. 46 e.v.; Tupa 2015, p. 45.

365 ICSID 28 juni 2012, nr. ARB/11/29, par. 24.

366 ICSID 28 juni 2012, nr. ARB/11/29, par. 30. Guinea voerde de volgende gronden aan: 'Rupture d'égalité entre les parties', 'Risque de communication d'informations privilégiées', 'Risque d'influence sur le jugement de l'arbitre', 'Absence de déclaration' (id. par. 32, zie nader: par. 67-78). De parallelle arbitrageprocedure werd bij de OHADA gevoerd, maar ging om hetzelfde geschil met dezelfde feiten en tussen dezelfde partijen (id. par. 79).

367 ICSID 28 juni 2012, nr. ARB/11/29, par. 51.

zoek. Hoewel zij aangaven dat de keuze van Getma om de twee broers in twee parallelle arbitrages te benoemen 'peut, *en soi*, soulever un certain nombre de questions', benadrukten zij dat de wrakingsprocedure 'ne saurait être utilisée par les parties comme un instrument pour adresser une situation - telle que la stratégie de l'autre partie - qui ne touche pas directement aux *qualités* de l'arbitre, situation que les parties devront adresser autrement' (curs. PR).³⁶⁸ De twee niet-gewraakte arbiters dienden aldus te bepalen 'si la République [Guinea] a démontré sur la base des éléments de preuve objectifs, que le fait que M. Bernardo Cremades siège en qualité d'arbitre dans cette instance, alors que son frère, M. Juan Antonio Cremades, siège en qualité d'arbitre dans l'Arbitrage OHADA, est suffisant pour conclure à un défaut manifeste d'indépendance de la part du premier au vu des critères de la Convention CIRDI'.³⁶⁹ De twee niet-gewraakte arbiters kwamen tot de conclusie dat Guinea 'n'a pas démontré sur la base d'éléments de preuve objectifs, l'existence d'un motif impliquant un défaut manifeste de toute garantie d'indépendance dans l'exercice de ses fonctions de l'arbitre en question'.³⁷⁰

5.5.4 Deelconclusie

207. Pleidooi voor een ruimere interpretatie van de factor

In deze paragraaf stond, kort gezegd, de vraag centraal staat in hoeverre een familiäre band van een arbiter aanleiding kan geven tot twijfels aan de arbitrale onafhankelijkheid en/of onpartijdigheid. Evenals bij de factor nationaliteit (par. 5.4) was het van belang om de betekenis van de term 'familiäre' voor ogen te hebben. Hoewel naar voren kwam dat sprake was van een pluriforme benadering, was er één element dat telkens terugkwam in de verschillende betekenissen die aan de term is gegeven: (een zekere) verbondenheid met bepaalde naasten. Vier categorieën 'verbondenheid' zijn onderscheiden. Naasten kunnen met elkaar verbonden zijn door middel van een bloedband (verbondenheid op basis van bloedverwantschap) dan wel door middel van huwelijk of geregistreerd partnerschap (verbondenheid op basis van aanverwantschap). Daarnaast kan de term 'familiäre' worden uitgelegd in de zin van 'huis(houden)genoot'. Tot slot kan verbondenheid bestaan op basis van ritueel verwantschap (verbondenheid op basis van banden die een familielid met een derde onderhoudt). Opvallend is dat in de besproken bronnen vrijwel alle aandacht uitging naar de eerste en tweede categorie. Ik zou ervoor willen pleiten om de factor van de familiäre band zo te interpreteren dat hieronder ook de derde en vierde categorie (kunnen) worden geschaard.

208. De omstandigheden van het geval

De heersende opvatting die in de literatuur naar voren kwam, was dat bepaalde familiäre banden aanleiding kunnen geven tot twijfels aan de arbitrale onafhanke-

³⁶⁸ ICSID 28 juni 2012, nr. ARB/11/29, par. 64.

³⁶⁹ ICSID 28 juni 2012, nr. ARB/11/29, par. 65.

³⁷⁰ ICSID 28 juni 2012, nr. ARB/11/29, par. 86.

lijkheid en/of onpartijdigheid. Evenals bij de factor nationaliteit kwam naar voren dat in het kader van de onderbouwing van deze opvatting vaak wordt verwezen naar het gevoel dat een familiale band een zekere vooringenomenheid veronderstelt; de hoge(re) drempel van daadwerkelijke vooringenomenheid lijkt niet te zijn vereist. De observatie dat een familiale band een zekere vooringenomenheid zou kunnen veronderstellen, kan onder meer uit de Bangalore Principles of Judicial Conduct worden afgeleid. Naar voren kwam dat niet iedere familiale band vooringenomenheid veronderstelt: gekeken dient te worden naar onder meer de aard en intensiviteit van de betreffende band. Hierbij speelden de omstandigheden van het geval een belangrijke rol. Op basis hiervan wordt dan ook naar voren gebracht dat het niet zinvol is om een lijst te maken met banden die op zichzelf genomen aanleiding geven tot twijfels aan de arbitrale onafhankelijkheid en/of onpartijdigheid. Deze observatie vindt bevestiging in Amerikaanse jurisprudentie. Uit EHRM-jurisprudentie kwam naar voren dat sprake kan zijn van een optelsom van omstandigheden van het geval die aanleiding kunnen geven tot het oordeel dat niet (langer) sprake is van onafhankelijkheid en/of onpartijdigheid.

209. De factor en de verschillende fasen van een arbitrage

Evenals bij de factor van de nationaliteit kwam naar voren dat het onderscheid tussen de verschillende fasen van een arbitrage van belang was in het kader van de beoordeling van de vraag of sprake is van een familiale band die aanleiding zou kunnen geven tot twijfels aan de arbitrale onafhankelijkheid en/of onpartijdigheid.

Naar voren kwam dat in het kader van de benoemingsfase vaak de nadruk wordt gelegd op de beschikbare informatie over een familiale band. Deze informatie zou op twee manieren naar voren kunnen komen: via een directe wijze (die verband houdt met de disclosure-verplichting), of via een indirecte wijze (die verband houdt met benoemingseisen die in arbitrale wet- en regelgeving aan arbiters worden gesteld). Hoewel de disclosure-verplichting in de arbitrale wet- en regelgeving van de vier jurisdicties en de vier arbitrage-instituten van onderzoek zich niet tot de familiale band leek uit te strekken, kwam in met name Franse jurisprudentie naar voren dat ook dergelijke banden onder de disclosure-verplichting kunnen vallen. Het niet-mededelen van een dergelijke band zou zelfs kunnen leiden tot vernietiging, zoals naar voren kwam in Franse en Amerikaanse jurisprudentie. Een belangrijke grens in dit verband werd door (het beginsel van) partijautonomie gevormd: op het moment dat een partij kennis heeft van een band, maar hiertegen niet (tijdig) bezwaar maakt, kan verwerking van (wrakings- of vernietigings)recht worden aangenomen.

In het kader van de fase tijdens de arbitrage ging de aandacht, naast een al dan niet doorlopende disclosure-verplichting, uit naar het instrument van wraking. Naar voren kwam dat wereldwijd voorbeelden konden worden gevonden van arbitrale wet- en regelgeving worden waarin bepaalde familiale banden als wrakingsgrond zijn aangemerkt. Van de arbitrale wet- en regelgeving van de vier jurisdicties en de vier arbitrage-instituten van onderzoek bood echter alleen de Franse arbitrage-wetgeving aanknopingspunten in dit verband: zes van de negen wrakingsgronden voor overheidsrechters zijn eveneens van toepassing op de 'conjoint' van een arbiter.

Weinig jurisprudentie leek voorhanden te zijn waarin een geslaagd beroep op de factor werd gedaan. Eerder prevaleerde, evenals in het kader van de benoemingsfase naar voren kwam, een verwerking van recht-gedachte op het moment dat partijen van het bestaan van de band op de hoogte waren. Tot slot kwam naar voren dat sprake lijkt te zijn van rechterlijke terughoudendheid ten aanzien van een vordering tot vernietiging van een arbitrale uitspraak op grond van de omstandigheid dat de uitspraak mede is gewezen door een arbiter die een familiale band heeft met één van de partijen in de arbitrage.

5.6 De geloofsovertuiging

5.6.1 Inleiding

210. Algemeen

Geloof kan op meerdere wijzen een rol spelen in arbitrage. Zo zou in verschillende arbitragewetten uit het Midden-Oosten de eis naar voren komen dat de te benoemen arbiter moslim dient te zijn.³⁷¹ Daarnaast is het mogelijk dat de partijen in de arbitrage religieuze eisen stellen aan de te benoemen arbiter.³⁷² Arbitrage als methode om kwesties binnen de eigen geloofsgemeenschap te beslechten – in de literatuur wel aangeduid als ‘religious arbitration’³⁷³ – komt naar voren in onder meer de Islam en het Jodendom.³⁷⁴ In niet-religieuze arbitrages speelt geloof op het eerste oog een minder duidelijke rol; religieuze symbolen in een ‘hearing room’ lijken uitzonderlijk evenals religieuze uitingen in een uitspraak als ‘in de naam van God’.³⁷⁵ Internationale handelsarbitrage ‘is designed for the very purpose of bridging the gap between parties with different national, cultural or religious backgrounds’³⁷⁶ en religieuze uitingen zouden hiermee strijd kunnen opleveren.³⁷⁷ Aangezien een geloofsovertuiging een belangrijke rol in de persoonlijke levenssfeer van een arbiter kan spelen,

371 Matheus López 2014, p. 800; Alkhamees 2011, p. 259.

372 Supreme Court 27 juli 2011 (*Jivraj/Hashwani*), [2011] UKSC 40; Veeder 2015, p. 659, vgl. Bernini 1998, p. 45: ‘The arbitrators should be independent of the parties, neutral and impartial and their qualifications should not be restricted on grounds of nationality and/or religion and/or political belief. De vraag of het stellen van eisen die zien op een religieuze overtuiging als discriminatoir kan worden gekwalificeerd, lijkt afhankelijk te zijn van de omstandigheden van het geval, vgl. Park 2007, vn. 83 (p. 77): ‘(...) Discrimination has traditionally been conceptualized as dismissal for reasons of bias based on race, religion or gender. (...)’. Vgl. Racine 2011, nr. 17: onder verwijzing naar Cour de cassation (chambre civile 1) 7 januari 1992, *Revue de l'Arbitrage* 1992, afl. 3 (*BKMI Industrienlagen GmbH & Siemens AG/Dutco Construction*) vraagt de auteur zich af: ‘Le principe d'égalité ne s'applique-t-il pas également aux arbitres, plus précisément aux candidats aux fonctions d'arbitre qui ne doivent pas faire l'objet de discriminations dans leurs modalités de sélection convenues entre les parties?’.

373 In de onderhavige paragraaf zal niet nader worden ingegaan op ‘religious arbitration’. Zie over dit onderwerp nader bijv. Broyde 2017; Baker 2012; Oseni & Kadouf 2012, p. 531 e.v.; Grossman 2007. Vgl. Litt Wolfe 2006, p. 427: ‘(...) faith-based arbitration – a process in which arbitrators apply religious principles to resolve disputes – (...)’.

374 Zie over arbitrage in de Islam bijv. El-Ahdab & El-Ahdab 2011, p. 1-52; Kutty 2009; Farrow 2006. Zie over arbitrage in het Jodendom bijv. Licari 2013; Broyde 2012. Vgl. (algemeen) Born 2021a, p. 1886-1887; Van Haersolte-van Hof 2015, p. 640.

375 Borris 2015, p. 36-37.

376 Borris 2015, p. 36.

377 Vgl. (algemeen) Dijkstra 2017.

is het de vraag of een dergelijke overtuiging samengaat met de verplichting tot arbitrale onafhankelijkheid en onpartijdigheid. In deze paragraaf zal worden besproken of, en zo ja, hoe de factor van de geloofsovertuiging aanleiding zou kunnen geven tot twijfels aan de arbitrale onafhankelijkheid en/of onpartijdigheid.

5.6.2 Invulling: (scheids)rechterlijke uitspraken

211. De factor op zichzelf genomen

Medio november 1999 overwoog het Engelse Court of Appeal: '[i]t would be dangerous and futile to attempt to define or list the factors which may or may not give rise to a real danger of bias. Everything will depend on the facts, which may include the nature of the issue to be decided. We cannot, however, conceive of circumstances in which an objection could be *soundly* based on the *religion*, ethnic or national origin, gender, age, class, means or sexual orientation of the judge' (curs. PR).³⁷⁸ Hoewel de factor in de arbitrale wet- en regelgeving van de vier jurisdicties en de vier arbitrage-instituten van onderzoek niet naar voren komt,³⁷⁹ is de gedachtegang van het Engelse gerecht - dat religie op zichzelf genomen geen aanleiding geeft tot twijfels aan de arbitrale onafhankelijkheid en/of onpartijdigheid - in de literatuur bevestigd. Zo is betoogd dat religie op zichzelf genomen geen aanleiding zou moeten geven tot twijfel aan de onpartijdigheid van een arbiter,³⁸⁰ of blijk moeten geven van (zelfs maar) een schijn van arbitrale vooringenomenheid,³⁸¹ of een gebrek aan onafhankelijkheid.³⁸² Voorgaande roept de vraag op, op welke wijze door (scheids)rechters invulling aan de factor is gegeven.

212. Een gebrek aan (scheids)rechterlijke uitspraken

Op voorhand kan worden opgemerkt dat mij nauwelijks (scheids)rechterlijke uitspraken bekend zijn waarin de geloofsovertuiging van een arbiter een rol speelt in het kader van de vraag naar de arbitrale onafhankelijkheid en/of onpartijdigheid. Een uitzondering hierop vormt een geschil dat zich afspeelde ten overstaan van een LCIA Division (zie ook nr. 191b). In het kader van een geschil waaraan een 'joint venture agreement' ten grondslag lag, werd begin mei 2005 een arbitrageprocedure door eiseres ('a US incorporated company') geïnitieerd; gedaagden waren 'Kuwait nationals'.³⁸³ Op 20 juni 2005 werd partijen medegedeeld dat het LCIA Court tot benoeming van een unus-arbiter was overgegaan, waarna het curriculum vitae van

378 Court of Appeal (Civil Division) 17 november 1999 (*Locabail (UK) Ltd/Bayfield Properties Ltd e.a.*), [1999] EWCA Civ 3004, r.o. 25. Vgl. Hennekens 2016, p. 333: 'Vaak wordt aangenomen dat godsdienst een deelverzameling is van het ruimere begrip religie'.

379 Vgl. LCIA Division 5 augustus 2005, nr. 5660, par. 4.5: 'Accepting that the concept of an arbitrator's neutrality, which involves 'the arbitrator taking a certain distance in relation to his legal, political and religious culture', is sometimes found in international arbitration,⁴ the Division noted that the applicable LCIA Rules did not refer to such a concept'.

380 Fernández Rozas 2010, p. 434.

381 Foster & Barratt 2013, nr. 16.16.

382 Noth & Haas 2018, nr. 9.

383 LCIA Division 5 augustus 2005, nr. 5660, par. 1.2 jo. par. 1.1.

deze arbiter aan partijen werd toegestuurd.³⁸⁴ Uit het curriculum vitae kwam naar voren dat de arbiter 'had specialised in Arab and Islamic law for over twenty years'.³⁸⁵ Op 22 juni 2005 diende eiseres een wrakingsverzoek 'on the basis that his long-standing commitment to Arab studies and Arab culture might prevent him from being as objective and impartial as the role of sole arbitrator in this matter required'.³⁸⁶ De betreffende divisie was niet overtuigd nu 'there was not 'a scintilla of evidence' that, beyond his technical expertise in Arab and Islamic law, the arbitrator should have been so exposed to Arab and Islamic culture as to have become biased or more receptive to the case of the Respondent'.³⁸⁷

Hoewel de uitspraak geen betrekking heeft op arbitrage kan ter illustratie worden gewezen op een EHRM-uitspraak uit februari 2001, waarin de factor werd meegewogen in het kader van de beantwoording van de vraag in hoeverre sprake was van twijfels aan de rechterlijke onafhankelijkheid en/of onpartijdigheid.³⁸⁸ In de uitspraak overwoog het Hof, kort samengevat, dat het ontslag van een overheidsrechter wegens het uiten van diverse religieuze overtuigingen in de rechtszaal niet strijdig was met de in artikel 10 EVRM neergelegde vrijheid van meningsuiting.³⁸⁹ Het gerecht overwoog onder meer: '(...) an opinion by a judge concerning the morality of a party *may justify an appearance of bias* by the judge, unless the opinion was necessary to resolve the case and substantiate the judgment' (curs. PR).³⁹⁰ Op basis van de feiten van het geval kwam het EHRM tot de observatie dat 'the applicant had intimidated parties to proceedings in court, and that she had promoted the Church in damage of the State interest to protect the rule of law', hetgeen tot het oordeel leidde dat 'the applicant called into question her impartiality and impaired the authority of the judiciary'.³⁹¹

213. De geloofsovertuiging: een ware endogene factor?

Hoewel in arbitrageliteratuur naar onderzoek is verwezen waaruit zou volgen dat de geloofsovertuiging van een arbiter voor de partijen in een arbitrage van 'secondary importance' zou zijn,³⁹² zouden partijen onder omstandigheden de geloofsovertuiging van een arbiter wellicht wel van belang kunnen achten. In het verlengde hiervan zouden arbiters hierop kunnen anticiperen door bijvoorbeeld een mededeling te doen van hun geloofsovertuiging.³⁹³ Het gaat mijns inziens echter te ver om een dergelijke mededeling altijd te (moeten) doen: ook een arbiter heeft recht op vrij-

384 LCIA Division 5 augustus 2005, nr. 5660, par. 1.4, 1.5.

385 LCIA Division 5 augustus 2005, nr. 5660, par. 1.5, vgl. id. par. 4.2.

386 LCIA Division 5 augustus 2005, nr. 5660, par. 1.6.

387 LCIA Division 5 augustus 2005, nr. 5660, par. 4.6.

388 EHRM 8 februari 2001, nr. 47936/99 (*Pitkevich/Rusland*), 'Second Section Decision as to the Admissibility of'.

389 EHRM 8 februari 2001, nr. 47936/99.

390 EHRM 8 februari 2001, nr. 47936/99.

391 EHRM 8 februari 2001, nr. 47936/99.

392 El-Hakim 2013, p. 81, onder verwijzing naar literatuur; Hwang & Lee 2017, p. 181: 'When testing the independence of an arbitrator (...), parties do not normally question arbitrators on their education, race, religion or political views'.

393 Vgl. El-Hakim 2013, p. 81.

heid van godsdienst³⁹⁴ zonder dit persoonlijke gegeven prijs te hoeven geven.³⁹⁵ Een tussenweg – zoals in de Ethics Standards for Neutral Arbitrators in Contractual Arbitration van de gerechten van Californië naar voren komt – zou mijn voorkeur verdienen. In deze Ethics Standards wordt een arbiter alleen een disclosure-verplichting opgelegd indien hij lid is ‘of any organization that practices invidious discrimination on the basis of race, sex, religion, national origin, or sexual orientation’.³⁹⁶ Daarentegen wordt de arbiter geen disclosure-verplichting opgelegd in geval van een ‘[m]embership in a religious organization’, tenzij dit lidmaatschap ‘would interfere with the arbitrator’s proper conduct of the proceeding or would cause a person aware of the fact to reasonably entertain a doubt concerning the arbitrator’s ability to act impartially’.³⁹⁷

De woorden ‘would cause a person aware of the fact to reasonably entertain a doubt concerning the arbitrator’s ability to act impartially’ geven aan waar de schoen wringt. In de literatuur komt de ‘ideale’ arbiter naar voren: een arbiter die zich in het kader van zijn besluitvorming niet laat beïnvloeden door zijn geloofsovertuiging.³⁹⁸ Een vergelijkbaar beeld komt in Nederlandse rechtspraak naar voren inzake ongegronde wrakingsverzoeken wegens vermeende partijdigheid van een overheidsrechter op grond van zijn geloofsovertuiging. Illustratief is de volgende rechtsoverweging van de Rechtbank Midden-Nederland in december 2016: ‘[v]ooropgesteld wordt dat een rechter uit hoofde van zijn of haar aanstelling wordt vermoed onpartijdig te zijn. Dit geldt ongeacht diens godsdienst, levensovertuiging, politieke gezindheid, ras of geslacht’.³⁹⁹ De werkelijkheid lijkt minder rooskleurig. In verschillende bronnen komt naar voren dat de geloofsovertuiging van een overheidsrechter invloed op zijn besluitvorming kan hebben.⁴⁰⁰ Ook in arbitrageliteratuur is een dergelijk verband gelegd. Zo is betoogd dat een geloofsovertuiging onderdeel zou uitmaken van het concept ‘cultuur’⁴⁰¹; een dergelijke overtuiging kan zo diep zijn geworteld dat deze invloed kan hebben op de wijze waarop een arbiter het recht toepast, en op zijn

394 Vgl. Basic Principles on the Independence of the Judiciary 1985, par. 8, in vergelijkbare zin: Bangalore Principles of Judicial Conduct 2002, par. 4.6.

395 Vgl. art. 9 lid 1 Verordening (EU) 2016/679 van het Europees Parlement en de Raad van 27 april 2016 betreffende de bescherming van natuurlijke personen in verband met de verwerking van persoonsgegevens en betreffende het vrije verkeer van die gegevens en tot intrekking van Richtlijn 95/46/EG: ‘Verwerking van persoonsgegevens waaruit ras of etnische afkomst, politieke opvattingen, religieuze of levensbeschouwelijke overtuigingen, of het lidmaatschap van een vakbond blijken, (...) zijn verboden’.

396 Standard 7 (d) (14) Ethics Standards for Neutral Arbitrators in Contractual Arbitration, California Rules of Court, 1 januari 2022.

397 Standard 7 (d) (14) Ethics Standards for Neutral Arbitrators in Contractual Arbitration, California Rules of Court, 1 januari 2022. Vgl. Regulation 7 van The Employment Equality (Religion or Belief) Regulations 2003 (vindplaats: www.legislation.gov.uk/ukxi/2003/1660/contents/made).

398 Cremades 1998, p. 170.

399 Rb. Midden-Nederland (wrakingskamer) 5 december 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:6519, r.o. 2.5. In vergelijkbare bewoordingen: Rb. Midden-Nederland (wrakingskamer) 21 maart 2017, ECLI:NL:RBMNE:2017:1685, r.o. 3.3; Rb. Amsterdam (wrakingskamer) 8 april 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:6785, r.o. 2.5. Vgl. ABA Model Code of Judicial Conduct 2020, Canon 2, Rule 2.3.

400 Zie bijv. Bornstein & Miller 2008, p. 115; Blake 2012, p. 823: ‘Religion may not be as powerful an influence as ideology, but religion might shape the development of judicial ideology (...)’; Idelman 2005, p. 521-522.

401 Zie bijv. Hussain 2013, p. 2. Vgl. Elkins, Guzman & Simmons 2010, p. 393.

ideeën over hoe een ‘rechtvaardige’ oplossing kan worden bereikt.⁴⁰² In dit verband is ook wel gesproken van (een gebrek aan) ‘internal neutrality’.⁴⁰³ De wijze waarop een arbiter naar de wereld kijkt, zou niet alleen worden bepaald door zijn eigen perceptie, maar ook door sociale en culturele invloeden: ‘[s]ome of these major components are language, religion, gender, history, life experience’.⁴⁰⁴ Dit beeld van de geloofsovertuiging als een ware endogene factor wordt, tot slot, ook bevestigd in arbitrageliteratuur waarin naar voren is gebracht dat de factor onder bepaalde omstandigheden als zgn. ‘indistinct form’ zou kunnen worden gekwalificeerd: een factor die in hetzelfde rijtje als ideologie en geschiedenis kan worden geplaatst en die niet met ‘indisputable impartiality’ samengaat.⁴⁰⁵

214. De invloed van een geloofsovertuiging

Het blijft lastig om vast te stellen of, en zo ja op welke wijze, de geloofsovertuiging van een arbiter een rol speelt in het kader van een arbitrage. Indien een dergelijke overtuiging geen invloed op het gedrag van een arbiter heeft, lijkt er weinig reden tot zorg te zijn. Indien men echter uitgaat van de assumptie die in de (arbitrage)literatuur naar voren komt - dat een geloofsovertuiging invloed kan hebben op het gedrag van een arbiter - kan men zich afvragen waar de grenzen van een dergelijke invloed liggen.⁴⁰⁶ In Franse literatuur is betoogd dat ‘les craintes des parties’ dát een dergelijke overtuiging invloed heeft op de besluitvorming door de arbiter in overweging zouden kunnen worden genomen.⁴⁰⁷ Interessant is ook hetgeen naar voren komt in een commentaar op de Bangalore Principles of Judicial Conduct: ‘A judge’s personal values, philosophy, or beliefs about the law may not constitute bias. (...) Opinion, which is acceptable, should be distinguished from bias, which is unacceptable’.⁴⁰⁸

In het verlengde hiervan zou kunnen worden betoogd dat het voorstelbaar is dat aan de arbitrale onafhankelijkheid en/of onpartijdigheid wordt getwijfeld op het moment dat de arbiter zich over de geloofsovertuiging van een partij uitlaat zonder dat deze uitlating relevant is in het kader van de beslechting van het geschil. Als deze uitlating niet alleen irrelevant is, maar ook nog eens leidt tot een ongeoorloofd onderscheid dan wel ongelijke behandeling van partijen, zou na afloop van de arbitrage kunnen worden geprobeerd om het arbitraal vonnis te laten vernietigen op grond van strijd met de openbare orde. In dit verband kan worden gewezen op het-

402 Dias Simões 2014, p. 141-142, zie ook: Lalive 1984, p. 27; Ameli 1999, p. 92. Vgl. Tribunal fédéral 13 november 2013, nr. 4A_282/2013, r.o. 4: ‘(...) que les parties proviennent souvent d’horizons très différents du point de vue du droit, de la religion, de la culture, de la langue, de la politique et de l’économie (...)’. Vgl. Motavu 2016; Alexander 2009, p. 17.

403 Lalive 1984, p. 31, vgl. Ameli 1999, p. 92.

404 Mutaywea, Sachdeva & Paulsson 2014. In andere zin: El-Ahdab & Stackpool-Moore 2008, p. 278, onder verwijzing naar literatuur.

405 Bedjaoui 1988, p. 10, onder verwijzing naar literatuur.

406 Vgl. de bijdrage van Lord Denning aan de ‘Annual Service in the Temple Church’ (oktober 1977): ‘They say law governs one’s dealing with one’s fellows, religion concerns one’s dealings with God, but the two are quite separate. (...) Although religion, law and morals can be separated, they are nevertheless still very much dependent on each other. Without religion there can be no morality; and without morality there can be no law’ (bron: Edmund-Davies 1986, p. 42).

407 El Chazli 2020, vn. 161 (nr. 172).

408 Commentary on the Bangalore Principles of Judicial Conduct, 2007, p. 46.

geen het Tribunal fédéral overwoog in juni 2000: '[e]st *discriminatoire* un acte, une mesure ou une décision qui porte atteinte illicitement aux droits de la personnalité de son destinataire, parce que pris uniquement en raison de son sexe, de sa race, de son état de santé, de ses préférences sexuelles, *de sa religion*, de sa nationalité ou de ses opinions politiques' (curs. PR).⁴⁰⁹ Naast vernietiging zou ook de tenuitvoerlegging van een (vermeend) 'discriminatoire' arbitraal vonnis kunnen worden geweigerd wegens strijd met de openbare orde. Het is echter de vraag of vernietiging en/of de weigering van tenuitvoerlegging op deze grond niet louter theoretisch is: de drempel is hoog en lijkt slechts haalbaar voor evidente gevallen. Indien de invloed van een geloofsovertuiging - hetzij van de arbiter hetzij van één van de partijen in de arbitrage - niet evident is, maar wel invloed lijkt te hebben op het verloop en/of de uitkomst van de arbitrage, kan men zich dan ook de vraag stellen of wellicht geen aansluiting kan worden gezocht bij een verschijnsel als *gender bias* (nr. 175), zij het dat ook een geslaagd beroep op 'geloofsovertuiging-bias' niet eenvoudig zal zijn.

5.6.3 Deelconclusie

215. Meer oog voor de geloofsovertuiging van een arbiter?

In deze paragraaf stond, kort gezegd, de vraag centraal op welke wijze de geloofsovertuiging van een arbiter aanleiding zou kunnen geven tot twijfels aan de arbitrale onafhankelijkheid en/of onpartijdigheid. De heersende opvatting die in literatuur naar voren kwam en ondersteund is door een uitspraak van het Engelse Court of Appeal is dat de factor op zichzelf genomen geen grond is die aanleiding tot dergelijke twijfels kan geven. Wel zou de factor kunnen worden meegewogen in het kader van de beantwoording van voornoemde vraag. In de literatuur kwam naar voren dat een geloofsovertuiging zo diep kan zijn geworteld dat deze invloed zou kunnen hebben op de wijze waarop een arbiter het recht toepast. Daarnaast zou een geloofsovertuiging invloed kunnen hebben op de ideeën van een arbiter over hoe tot een rechtvaardige oplossing kan worden gekomen. Indien een dergelijke invloed niet evident is, maar wel invloed zou kunnen hebben op (het verloop en/of de uitkomst van) de procedure, is naar voren gebracht dat aansluiting zou kunnen worden

409 Tribunal fédéral 14 juni 2000, nr. 4P.12/2000, r.o. 5.aa). In april 1966 en december 1979 schaarde het Spaanse 'Tribunal Supremo' religieuze beginselen onder de notie 'openbare orde': 'El concepto de orden público se ha ido perfilando por la doctrina legal del Tribunal Supremo, partiendo de una formulación muy general, según la cual "está integrado por aquellos principios jurídicos, públicos y privados, políticos, económicos, morales e incluso religiosos, que son absolutamente obligatorios para la conservación del orden social en un pueblo y en una época determinada"', zie: Tribunal Supremo 5 april 1966 en 31 december 1979 (bron: Audiencia Provincial Pontevedra 28 juli 2016, ECLI:ES:APPO:2016:1646, p. 9, vindplaats: via www.poderjudicial.es). Het 'Caribbean Court of Justice' overwoog in juli 2013: 'Religion and morality, as well as the fundamental economic, social, political, legal or foreign affairs of the State in which enforcement is sought, may legitimately ground public policy concerns' (bron: 'Belize Nr. 2, The Attorney General of Belize v. BCB Holdings Limited and The Belize Bank Limited, Supreme Court of Belize, Civil Appeal Nr. 4 of 2011, 8 August 2012, en Caribbean Court of Justice, CCJ Appeal Nr. CV 7 of 2012, 26 July 2013', in: A.J. van den Berg (red.), *Yearbook Commercial Arbitration 2013 - Volume XXXVIII*, Kluwer Law International 2013, p. 324-329). Vgl. Tiryakioğlu & Bayata Canyaş 2015, p. 206: '(...), awards that are based on religion or racial discrimination may also result in public policy intervention'.

gezocht bij een equivalent van *gender bias*, maar dan toegespitst op de factor van de geloofsovertuiging.

5.7 De politieke overtuiging

216. Algemeen

In de literatuur komt de volgende uitspraak naar voren: '[an] arbitrator may quite acceptably share the nationality, or political or economic philosophy, or 'legal culture' of the party who has nominated him - and may therefore be supposed from the very beginning to be 'sympathetic' to that party's contentions'.⁴¹⁰ Daarentegen is ook betoogd: '(...) certain «social indicators» such as belonging to a certain religion, profession, or political party are not generally considered circumstances conducive to partiality, (...)'.⁴¹¹ In de laatste paragraaf van dit hoofdstuk wordt stilgestaan bij de factor van de politieke overtuiging.⁴¹²

5.7.1 Invulling: arbitrale regelgeving en (scheids)rechterlijke uitspraken

217. Arbitrale wet- en regelgeving

Evenals de factoren gender (par. 5.3) en de geloofsovertuiging (par. 5.6) komt ook de factor van de politieke overtuiging niet in de bestudeerde arbitrale wet- en regelgeving naar voren. Hoewel buiten de methodologische reikwijdte van dit onderzoek, maar in onderhavig verband wel interessant, kan worden verwezen naar regelgeving die is opgesteld voor investeringsarbitrages, met name in de vorm van gedragscodes die (als bijlage) bij bilaterale of multilaterale investeringsverdragen zijn opgenomen. Zo komt in een Gedragscode voor arbiters en bemiddelaars uit februari 2019 die als bijlage is opgenomen bij een Besluit van de Gezamenlijke Raad die is opgericht krachtens de economische partnerschapsovereenkomst tussen de Europese Unie en haar lidstaten, enerzijds, en de SADC-EPO-staten, naar voren: '[o]m de integriteit en onpartijdigheid van het mechanisme van geschillenbeslechting te verzekeren', geldt voor iedere kandidaat en iedere arbiter dat zij zich niet laten beïnvloeden 'door eigenbelang, druk van buitenaf, politieke overwegingen, publieke protesten, trouw aan een partij of vrees voor kritiek'.⁴¹³

410 Rau 1998, p. 130.

411 Fernández Rozas 2010, p. 427. Zie ook: Schreuer e.a. 2010, p. 513.

412 In de onderhavige paragraaf zal niet worden ingegaan op het geval waarin een arbiter gelijktijdig actief is als politicus, vgl. (overheidsrechters) § 3 van de Gesetz über das Bundesverfassungsgericht (Duitsland): '(3) Sie können weder dem Bundestag, dem Bundesrat, der Bundesregierung noch den entsprechenden Organen eines Landes angehören. Mit ihrer Ernennung scheiden sie aus solchen Organen aus' (vindplaats: www.gesetze-im-internet.de/bverfgg/BJNR002430951.html); § 36 Deutsches Richtergesetz (vindplaats: www.gesetze-im-internet.de/drigr/BJNR016650961.html).

413 Art. 2 lid 1 sub f Gedragscode voor arbiters en bemiddelaars (Bijlage II bij Besluit Nr. 2/2019), vindplaats: eur-lex.europa.eu/legal-content/NL/TXT/PDF/?uri=CELEX:22019D0438&from=EN). Zie ook: art. 2 lid 1 sub f Gedragscode voor scheidsrechters (Bijlage) bij het Voorstel voor een Besluit van de Raad betreffende het standpunt dat namens de Europese Unie moet worden ingenomen in het EPO-comité dat is opgericht bij de tijdelijke economische partnerschapsovereenkomst tussen Ivoorkust, enerzijds, en de Europese Gemeenschap en haar lidstaten, anderzijds, over de vaststelling van de procedures voor de beslechting

218. Twee beslissingen van het ICC Court

Hoewel in de bestudeerde arbitrale wet- en regelgeving geen aandacht aan de factor is besteed, is in de literatuur wel melding gemaakt van twee ICC-wrakingsbeslissingen waarin de factor enige(rlei) rol speelt. In de eerste zaak zou eiser hebben geprobeerd de partij-arbiter van gedaagde te wraken op grond van de omstandigheid dat de arbiter lid van de gemeenteraad en leider van een politieke partij was die tot de meerderheid van een lokaal bestuur van een stad behoorde waar gedaagde haar kantoren had.⁴¹⁴ Het ICC Court zou het wrakingsverzoek hebben afgewezen. Hoewel de arbiter geen mededeling over zijn 'political engagement' tijdens zijn benoeming had gedaan, was deze informatie wel publiekelijk beschikbaar. Daarnaast leek geen sprake te zijn van een band tussen gedaagde en de politieke partij van de arbiter. In de tweede zaak zou eiseres de voorzitter van een scheidsgerecht hebben geprobeerd te wraken omdat het de arbiter zou ontbreken aan een 'independence of mind'.⁴¹⁵ Ter onderbouwing van haar stelling verwees eiseres naar verschillende artikelen waarin de arbiter 'expressed political opinions' tegen een bepaalde staat; de aandeelhouder van eiseres had de nationaliteit van deze staat. Daarnaast betoogde eiseres dat de voorzitter 'had expressed political opinions' ten faveure van één van de gedaagden. Ook in dit geval zou het ICC Court het wrakingsverzoek hebben afgewezen. Afgezien van voornoemde twee beslissingen zijn mij geen (scheids)rechterlijke uitspraken bekend waarin (scheids)rechters enige(rlei) invulling aan de factor van de politieke overtuiging hebben gegeven.

219. De politieke overtuiging van een overheidsrechter

Waar in arbitrale wet- en regelgeving en (scheids)rechterlijke uitspraken nauwelijks aandacht voor de politieke overtuiging van een arbiter lijkt te zijn, ligt dit anders ten aanzien van overheidsrechters. Diverse bronnen zijn voorhanden waarin de factor en de verplichting tot onafhankelijkheid en onpartijdigheid met elkaar in verband worden gebracht.⁴¹⁶ Hoewel het uitgangspunt duidelijk is - een rechter wordt uit hoofde van zijn of haar aanstelling vermoed onpartijdig te zijn ongeacht diens godsdienst, levensovertuiging, politieke gezindheid, ras of geslacht⁴¹⁷ - wordt ook gewaarschuwd voor de mogelijkheid van politieke beïnvloeding. Zo staat in de Leidraad onpartijdigheid en nevenfuncties van de rechter van de Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak uit 2014 opgenomen: '[p]artijdigheid kan zich onder meer voordoen bij een verstrengeling van belangen, een dreiging hiervan, beïnvloeding van buitenaf of politieke of maatschappelijke vooringenomenheid'.⁴¹⁸

van geschillen en de gedragscode voor scheidsrechters, COM(2020) 192 final, Brussel, 12 mei 2020 (vindplaats: eur-lex.europa.eu/legal-content/nl/ALL/?uri=CELEX:52020PC0192).

414 ICC Case 7 (Challenges rejected) (bron van de informatie en de geciteerde woorden: Whitesell 2007, p. 32).

415 ICC Case 9 (Challenges rejected) (bron van de informatie en de geciteerde woorden: Whitesell 2007, p. 32).

416 Vgl. Dijkstra 2017; Dijkstra 2016.

417 Vgl. Rb. Midden-Nederland (wrakingskamer) 5 december 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:6519, r.o. 2.5.

418 Leidraad onpartijdigheid en nevenfuncties van de rechter, januari 2014, p. 10.

De (tussen)conclusie dat de enkele omstandigheid dat een rechter er een politieke overtuiging op nahoudt in strijd is met zijn onpartijdigheid lijkt niet op te gaan. In dit verband kan worden gewezen op een uitspraak van de ECRM uit oktober 1981 waarin naar voren werd gebracht dat 'political sympathies, at least in so far as they are of different shades, do not themselves imply a lack of impartiality towards the parties before the court'.⁴¹⁹ Bewoordingen met een vergelijkbare strekking komen naar voren in een uitspraak van de Rechtbank Amsterdam uit april 2015 waarin werd overwogen dat 'de (objectief gerechtvaardigde schijn van) vooringenomenheid van de rechters niet kan worden afgeleid uit hun godsdienst, levensovertuiging, politieke gezindheid, ras of geslacht'.⁴²⁰ In september 1987 overwoog het Oberste Gerichtshof van Oostenrijk: '[d]ie bloße Zugehörigkeit eines Richters zu einer politischen Partei ist kein Ablehnungsgrund, soweit sich dieser nicht in der Öffentlichkeit zu der im Streit entscheidenden Frage bereits so eindeutig festgelegt hat, daß seine Stellungnahme ernstlich die Möglichkeit nahelegt, seine Unbefangenheit in Zweifel zu ziehen (...)' (curs. PR).⁴²¹

In dit verband speelt eveneens het recht op vrijheid van meningsuiting een rol, welk recht ingevolge jurisprudentie van het EHRM ook aan rechters toekomt.⁴²² Onderdeel van deze vrijheid zou het lidmaatschap van een politieke partij kunnen zijn.⁴²³ Niettemin zijn overheidsrechters in onderhavig verband tot terughoudendheid gemaand. In een 'Opinion' die afkomstig is van de Consultative Council of European Judges (CCE) uit november 2002 komt naar voren: 'judges should show restraint in the exercise of public political activity' en dat het 'necessary' voor rechters is 'to refrain at least from any political activity liable to compromise their independence or jeopardise the appearance of impartiality'.⁴²⁴ Het bovenschrijf van Canon 5 van de Code of Conduct for United States Judges uit 2019 luidt eveneens: 'A Judge Should Refrain From Political Activity'.⁴²⁵ In de ABA Model Code of Judicial Conduct 2020 komt naar voren: 'A Judge

419 ECRM 5 oktober 1981, nr. 8866/80 (bron van de uitspraak: Kuijer 2004, p. 318).

420 Rb. Amsterdam (wrakingskamer) 8 april 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:6785, r.o. 2.5.

421 Oberste Gerichtshof 30 september 1987, nr. 9 ObA 107/87 (bron van de uitspraak: Schwarz & Konrad 2009, vn. 225 (p. 158); vindplaats van de uitspraak: via www.ris.bka.gv.at).

422 Zie bijv. EHRM 26 september 1995, nr. 17851/91 (*Vogt/Duitsland*), r.o. 53, zie ook: EHRM 28 oktober 1999 nr. 28396/95 (*Wille/Liechtenstein*), r.o. 62; EHRM 2 september 1998, nr. 22954/93 (*Ahmed c.s./Verenigd Koninkrijk*), r.o. 56. Vgl. European Commission for Democracy Through Law (Venice Commission), Report on the Freedom of Expression of Judges, Adopted by the Venice Commission, at its 103rd Plenary Session (Venetië, 19-20 juni 2015), Opinion nr. 806/2015, Straatsburg, 23 juni 2015, par. 80: 'European legislative and constitutional provisions and relevant case-law show that the guarantees of the freedom of expression extend also to civil servants, including judges. (...)'. (vindplaats: [www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD\(2015\)018-e](http://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD(2015)018-e)); Basic Principles on the Independence of the Judiciary 1985, par. 8.

423 Zie bijv. Bangalore Principles of Judicial Conduct 2002, par. 4.11 jo. par. 4.11.3 waarin staat dat een rechter mag optreden als 'a member of an official body, or other government commission, committee or advisory body, if such membership is not inconsistent with the perceived impartiality and political neutrality of a judge'. Zie over (de vraag naar de toelaatbaarheid van) een 'dubbelfunctie rechter en politicus of rechter en bestuurder': Van den Eijnden 2011, nr. 6.6.4.

424 Opinion No. 3 of the Consultative Council of European Judges (CCJE) to the attention of the Committee of Ministers of the Council of Europe on the principles and rules governing judges' professional conduct, in particular ethics, incompatible behaviour and impartiality, Straatsburg, 19 november 2002, par. 30 en 33 (vindplaats: rm.coe.int/16807475bb). Vgl. id. par. 50.

425 Guide to Judiciary Policy, Code of Conduct for United States Judges, 12 maart 2019 (vindplaats: www.uscourts.gov/judges-judgeships/code-conduct-united-states-judges).

Or Candidate For Judicial Office Shall Not Engage In Political Or Campaign Activity That Is Inconsistent With The Independence, Integrity, Or Impartiality Of The Judiciary'.⁴²⁶

In de Guide to Judicial Conduct van de Courts and Tribunals Judiciary van Engeland wordt een onderscheid gemaakt tussen 'Salaried judges (Courts and Tribunals)' en 'Fee paid judges (legal)'.⁴²⁷ Waar de eerste categorie rechters 'should avoid any appearance of political ties - e.g. by attending political gatherings, political fundraising events, contribution to political parties or speaking within political forums' en 'should not participate in public demonstrations which would associate them with a political viewpoint or cause',⁴²⁸ heeft de tweede categorie meer ruimte: 'fee-paid office-holders are expected to refrain from any political activity which would conflict with their judicial office or be seen to compromise their impartiality'.⁴²⁹ Illustratief is ook hetgeen staat opgenomen in de 'Recueil des obligations déontologiques des magistrats' van 2019 van de Franse Conseil supérieur de la magistrature: '[l]e magistrat bénéficie des droits reconnus à tout citoyen d'adhérer à un parti politique, (...). Il ne peut pour autant se soumettre à des obligations ou des contraintes *de nature à restreindre sa liberté de réflexion ou d'action et à porter atteinte à son indépendance*' (curs. PR).⁴³⁰ Vrij vertaald: overheidsrechters kunnen, evenals burgers, lid worden van bijvoorbeeld een politieke partij; het is een overheidsrechter echter niet toegestaan om zich te onderwerpen aan verplichtingen of beperkingen die zijn 'liberté de réflexion ou d'action' kunnen beperken en zijn onafhankelijkheid in gevaar kunnen brengen.

Hoewel overheidsrechters dus een bepaalde vrijheid toekomt, vindt begrenzing (opnieuw) plaats op het moment dat de vrijheid van geest in het gedrang komt (vgl. nr. 289). Illustratief is ook hetgeen het EHRM in oktober 1999 overwoog: 'it can be expected of public officials serving in the judiciary that they should show restraint in exercising their freedom of expression in all cases where the authority and impartiality of the judiciary are likely to be called in question'.⁴³¹ In het verlengde kan worden gewezen op hetgeen het Supreme Court of Appeal van Zuid-Afrika in januari 2009 overwoog: '[j]udges as members of civil society are entitled to hold views about issues of the day and they may express their views provided they do not com-

426 ABA Model Code of Judicial Conduct 2020, Canon 4. De Model Code of Judicial Conduct werd op 7 augustus 1990 aangenomen door het House of Delegates van de American Bar Association en is vervolgens verschillende keren geamendeerd.

427 Courts and Tribunals Judiciary, Guide to Judicial Conduct, september 2020, p. 12-13.

428 Courts and Tribunals Judiciary, Guide to Judicial Conduct, september 2020, p. 12.

429 Courts and Tribunals Judiciary, Guide to Judicial Conduct, september 2020, p. 13.

430 Conseil supérieur de la magistrature, Recueil des obligations déontologiques des magistrats, Chapitre premier - L'indépendance, 16 januari 2019, p. 17 (vindplaats: www.conseil-superieur-magistrature.fr/sites/default/files/atoms/files/csm_recueilobligationsdeontologiques.pdf). Vgl. art. 20-2 Loi organique n° 94-100 du 5 février 1994 sur le Conseil supérieur de la magistrature: '(...) Elle élabore et rend public un recueil des obligations déontologiques des magistrats' (vindplaats: www.legifrance.gouv.fr/loda/id/JORFTEXT000000364282).

431 EHRM 28 oktober 1999, nr. 28396/95 (*Wille/Liechtenstein*), r.o. 64. Zie ook bijv. EHRM 9 juli 2013, nr. 51160/06 (*Di Giovanni/Italië*), r.o. 71; EHRM 26 februari 2009, nr. 29492/05 (*Kudeshkina/Rusland*), r.o. 86; EHRM 13 november 2008, nrs. 64119/00 & 76292/01 (*Kayasu/Turkije*), r.o. 92.

promise their judicial office. But they are not entitled to inject their personal views into judgments or express their political preferences'.⁴³²

Tot slot zijn twee uitspraken interessant waarin het EHRM tot een tegengesteld oordeel kwam. In november 1993 kwam het EHRM tot het oordeel dat 'the independence and impartiality of the District Court [van Stockholm, PR] were open to doubt' daar vijf van de negen juryleden van het gerecht lid waren van dezelfde politieke partij (de 'Sveriges socialdemokratiska arbetareparti') waarmee de twee gedaagden in de nationale procedure banden hadden.⁴³³ Daarentegen was het EHRM in juni 2004 niet overtuigd dat 'the mere fact' dat één van de leden van het gerecht 'was a member of the legislature at the time when he sat on the applicant's appeal is sufficient to raise doubts as to the independence and impartiality of the Court of Appeal' van Helsinki ('hovioikeus hovrätt').⁴³⁴ In dit verband wees het Hof er onder meer op dat er geen aanwijzing was dat het lidmaatschap 'had any connection or link with any of the parties in the proceedings or the substance of the case before the Court of Appeal', noch dat het lid van het gerecht 'played any role in respect of the legislation which was in issue in the case'.⁴³⁵

5.7.2 Deelconclusie

220. Meer oog voor de politieke opvatting van een arbiter?

In deze paragraaf stond, kort gezegd, de vraag centraal staat in hoeverre de politieke overtuiging van een arbiter aanleiding kan geven tot twijfels aan de arbitrale onafhankelijkheid en/of onpartijdigheid. Hoewel de factor op het eerste oog nauwelijks een rol speelt in het kader van het vraagstuk inzake de onafhankelijkheid en/of onpartijdigheid van arbiters, kan dit veranderen indien sprake is van (een schijn van) beïnvloeding: op het moment dat een arbiter zich uitlaat over de politieke overtuiging van een partij en/of zich anderszins in politieke zin uit, zonder dat deze uiting relevant is in het kader van de beslechting van het geschil zouden twijfels over de onbevangenheid van de arbiter kunnen rijzen. Indien deze uitlating niet alleen irrelevant is, maar ook nog eens leidt tot een ongeoorloofd onderscheid en/of ongelijke behandeling van partijen, zou na afloop van de arbitrage kunnen worden geprobeerd om het arbitraal vonnis te laten vernietigen wegens strijd met de openbare orde. In dit verband zou kunnen worden gekeken naar bronnen waarin de factor en de

⁴³² Supreme Court of Appeal of the Republic of South-Africa 12 januari 2009 (*National Director of Public Prosecutions/ Zuma*), [2009] ZASCA 1, r.o. 16 (bron van de uitspraak: Tsele 2018, p. 8). Vgl. Cour de cassation (chambre civile 2) 24 juni 2004, nr. 02-14.509.

⁴³³ EHRM 25 november 1993, nr. 14191/88 (*Holm/Zweden*), r.o. 33 (bron van de uitspraak: Dijkstra 2017, p. 12). Het gerecht bestond uit drie rechters en een jury met negen leden (id. r.o. 13). De procedure die hieraan ten grondslag lag, was op 15 april 1986 door Holm aangespannen tegen de auteur van het boek 'Till höger om neutraliteten' (vertaling: 'To the right of neutrality') en de uitgever ervan (Tidens förlag AB) wegens (beweerdelijke) smaad jegens Holm.

⁴³⁴ EHRM 22 juni 2004, nr. 47221/99 (*Ky/Finland*), r.o. 34 (bron van de uitspraak: Dijkstra 2017, p. 12). De rechter 'had been an expert member of the Court of Appeal since 1974'; van 1987-1990 en van 1995-1998 was hij 'also a member of Parliament' (id. r.o. 11).

⁴³⁵ EHRM 22 juni 2004, nr. 47221/99, r.o. 33.

onafhankelijkheid en onpartijdigheid van overheidsrechters met elkaar in verband zijn gebracht.

5.8 Samenvatting

221. Overzicht van bevindingen

In dit hoofdstuk stonden de zgn. endogene factoren centraal. Besproken is in hoeverre de factoren gender, nationaliteit, de familiale band, de geloofsovertuiging, en de politieke overtuiging aanleiding kunnen geven tot twijfels aan de arbitrale onafhankelijkheid en/of onpartijdigheid. In deze paragraaf wordt afgesloten met een beknopte samenvatting van de voorgaande bevindingen.

Hoewel de bestudeerde arbitragebronnen de factor gender niet op directe wijze in verband brachten met de onafhankelijkheid en onpartijdigheid van arbiters, zou de factor in bepaalde situaties toch aanleiding kunnen geven tot twijfels aan de arbitrale onafhankelijkheid en/of onpartijdigheid. Twee situaties zijn onderscheiden. De eerste situatie lag voor de hand: indien het geslacht van een partij en/of haar advocaat (een) feitelijke invloed heeft op de besluitvorming door een arbiter, kan niet langer van een onpartijdige arbiter worden gesproken. In de tweede situatie was - in ieder geval op het eerste oog - sprake van een lagere drempel: in geval van een schijn van beïnvloeding op de arbitrale besluitvorming die verband houdt met het geslacht van een partij en/of haar advocaat, kan eveneens niet langer van een onpartijdige arbiter worden gesproken. De lat om tot het (rechterlijk) oordeel te kunnen komen dat sprake is van zgn. *gender bias* lag in beide situaties echter hoog.

In vergelijking met de factor gender brachten de bestudeerde bronnen de factor nationaliteit op een meer directe wijze in verband met de arbitrale onafhankelijkheid en onpartijdigheid. Naar voren kwam dat onderscheid diende te worden gemaakt tussen de fase van de benoeming van de arbiter en de arbitrage zelf. In het kader van de benoemingsfase was de heersende opvatting die in de literatuur naar voren kwam dat zowel de unus-arbiter als de voorzitter van een scheidsgerecht een andere nationaliteit dan de partijen dienen te hebben. Deze opvatting kwam ook in een deel van de bestudeerde arbitragereglementen naar voren. In het kader van de arbitrage zelf speelde de betekenis die aan het begrip 'nationaliteit' is gegeven een belangrijke rol. Naar voren werd gebracht dat de wijze waarop het begrip juridisch wordt ingekleurd afhankelijk is van de vraag of sprake is van een situatie die betrekking heeft op de 'objectieve nationaliteit' van een arbiter of van een situatie die onder de 'subjectieve nationaliteit' kan worden geschaard. Uit (scheids)rechterlijke uitspraken kwam naar voren dat de objectieve nationaliteit op zichzelf genomen geen grond was voor twijfels aan de arbitrale onafhankelijkheid en onpartijdigheid. Daarentegen lag de zaak genuanceerder op het moment dat sprake was van een situatie die onder de subjectieve nationaliteit kan worden geschaard.

Evenals bij de factor nationaliteit was het van belang om de (juridische) betekenis van het begrip 'familiaire' voor ogen te hebben. Er zijn in dit kader vier categorieën 'verbondenheid' onderscheiden: i) bloedverwantschap, ii) aanverwantschap, iii) huis(houden)genoot, en iv) ritueel verwantschap. Opvallend was dat in de bestudeerde bronnen vrijwel alle aandacht uitging naar verbondenheid op basis van de

eerste twee categorieën. De opvatting die in de literatuur naar voren kwam, was dat bepaalde familiale banden aanleiding kunnen geven tot twijfels aan de arbitrale onafhankelijkheid en/of onpartijdigheid. Evenals bij de factor nationaliteit werd in het kader van de onderbouwing van deze opvatting verwezen naar het (subjectieve) gevoel dat een familiale band een zekere vooringenomenheid veronderstelde; de hoge(re) drempel van daadwerkelijke vooringenomenheid leek niet te zijn vereist. Daarnaast was het, evenals bij de factor nationaliteit, van belang om onderscheid te maken tussen de fase van de benoeming van de arbiter en de arbitrage zelf. In het kader van de benoemingsfase werd de nadruk gelegd op de beschikbare informatie over een eventueel aanwezige familiale band. Tijdens de arbitrageprocedure was het instrument van wraking relevant naast een (al dan niet) doorlopende disclosure-verplichting.

De heersende opvatting die in de literatuur naar voren kwam en werd ondersteund door een uitspraak van het Engelse Court of Appeal was dat de geloofsovertuiging van een arbiter op zichzelf genomen geen grond is die aanleiding geeft tot twijfels aan de arbitrale onafhankelijkheid en onpartijdigheid. Wel zou de factor kunnen worden meegewogen in het kader van de beantwoording van de vraag of sprake is van een onafhankelijke en/of onpartijdige arbiter. Toch kwam in literatuur ook naar voren dat een geloofsovertuiging zo diep kan zijn geworteld dat deze invloed kan hebben op de wijze waarop een arbiter het recht toepast. Indien een dergelijke invloed niet evident is, maar wel invloed op het verloop en/of de uitkomst van de procedure zou (kunnen) hebben, zou wellicht aansluiting kunnen worden gezocht bij een equivalent van het eerder besproken verschijnsel van *gender bias*, maar dan toegespitst op de factor van de geloofsovertuiging.

In de laatste paragraaf van dit hoofdstuk is stilgestaan bij de factor van de politieke overtuiging. Hoewel de bestudeerde arbitrale wet- en regelgeving geen aandacht aan de factor besteedde en mij geen (scheids)rechterlijke uitspraken in dit verband bekend waren, is - onder verwijzing naar wet- en regelgeving en jurisprudentie op het gebied van de onafhankelijkheid en onpartijdigheid van overheidsrechters - naar voren gebracht dat het aanbeveling kan verdienen om ook aandacht te hebben voor deze factor in geval van (een schijn van) beïnvloeding.