



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 6. EXOGENE FACTOREN

‘(...) ‘σέ, ὦ Πάρι, κελεύει ὁ Ζεὺς, ἐπειδὴ καλὸς τε
αὐτὸς εἶ καὶ σοφὸς τὰ ἐρωτικά, δικάσαι ταῖς θεαῖς,
ἧτις αὐτῶν ἡ καλλίστη ἐστὶν τοῦ δὲ ἀγῶνος τὸ
ἄθλον ἢ νικῶσα λαβέτω τὸ μῆλον.’ (...)’¹

6.1 Inleiding

222. De strijd om een gouden appel

Diep onder water, op de bodem van de Egeïsche Zee, wonen zeegod Nereus en Oceanide Doris met hun dochters, de onsterfelijke Nereïden.² Eén van de Nereïden is Thetis op wie oppergod Zeus zijn oog heeft laten vallen. Wanneer Zeus op de hoogte raakt van een voorspelling dat de door Thetis te baren zoon de kracht en roem van zijn vader zal overtreffen, ziet Zeus van een huwelijk met Thetis af.³ Thetis treedt uiteindelijk in het huwelijk met de op dat moment machtigste sterveling op aarde: Peleus. Voor de bruiloft van het tweetal worden alle goden en godinnen uitgenodigd die de Olympus rijk is, op één godin na: Eris. Verbolgen als de godin van de twist is, werpt zij een gouden appel te midden van de feestgangers van de bruiloft. De appel is voorzien van het opschrift ‘voor de mooiste’ (‘τῇ καλλίστῃ’).⁴ Drie godinnen maken aanspraak op Eris’ appel: Hera, Athena en Aphrodite. Zeus besluit het pleit niet zelf

- 1 Loukianos van Samosata (Griekstalige schrijver die leefde in het Romeinse Rijk in de tweede eeuw na Chr.), *Deorum iudicium* (bron van het citaat: via www.perseus.tufts.edu, zie ook: Harmon 1921, p. 383). Vertaling: ‘Paris, because you are handsome, and wise in the things of love, Zeus commands you to judge between the Goddesses, and say which is the most beautiful. And the prize shall be this apple’ (bron van de vertaling: *Complete Works of Lucian*, Delphi Classic 2016 (online)). Het oordeel van Paris wordt door diverse schrijvers genoemd, zie bijv. Ovidius (*Heroides* XVI, regels 71-88); Pausanias (*Ἑλλάδος περιήγησις*, Boek 5, 19.5).
- 2 Iedere dochter van Okeanos en Tethys wordt ‘Oceanide’ genoemd; elke Oceanide zou een specifiek water(gebied) beschermen.
- 3 Zie bijv. Apollodorus, *Βιβλιοθήκη*, Boek 3, 13.5 (Apollodorus van Athene werd geboren in de tweede eeuw v. Chr.; het is niet zeker of dit werk aan hem kan worden toegeschreven), zie voor de tekst en een Engelse vertaling bijv. Apollodorus, *The Library, with an English Translation by Sir James George Frazer*, Harvard University Press 1921, via: www.perseus.tufts.edu.
- 4 West 2003, p. 80-81; Greek Epic Fragments - The Trojan Cycle - Cypria: een verzameling van Oud Griekse helden(ge)dichten die door de eeuwen zijn overgeleverd; het deel Cypria omvat elf boeken waarvan de inhoud onder meer wordt toegeschreven aan Stasinus en Homerus, zie nader: www.livius.org/sources/content/epic-cycle. Vgl. Hyginus, *Fabulae*: ‘(...)’, ab ianua misit in medium malum, dicit, quae esset formosissima, attolleret’, vertaling: ‘(...) aus mitten hinein einen Apfel schleuderte und sagt, welche die Schönste sei, solle ihn aufheben’ (bron van de tekst: www.thelatinlibrary.com/hyginus/hyginus5.shtml; bron van de vertaling: Senecio 2017, p. 165; het is niet zeker of de *Fabulae* aan Gaius Julius Hyginus die leefde in de eerste eeuw v. Chr. kunnen worden toegeschreven). Loukianos schreef: ‘Πάρις φέρ’ ἴδω τί καὶ βούλεται. ἢ καλὴ, ἢ φησί, ἢ λαβέτω.’; vertaling: ‘Paris Come, let me see what it says; The fairest may have me.’ (bron van de tekst: via www.perseus.tufts.edu; bron van de vertaling: Harmon 1921, p. 395).

te beslechten, maar geeft Hermes opdracht om de drie godinnen naar Paris, zoon van de Trojaanse koning Priamos, te brengen. Op de berg Ida probeert iedere godin (het oordeel van) Paris voor zich te winnen door hem iets moois in het vooruitzicht te stellen, mits hij voor de betreffende godin kiest.⁵ Hera belooft Paris heerschappij over Azië; Athena belooft van Paris een groot krijger en overwinnaar te maken. Hoewel Paris aanvankelijk weigert aan de verleidingen toe te geven, beweegt de belofte van Aphrodite om hem de mooiste vrouw op aarde te geven hem er uiteindelijk (toch) toe om de appel aan Aphrodite te geven. Er bestaat geen twijfel over dat deze omgekeerde 'beauty contest'⁶ botst met de verplichting tot arbitrale onafhankelijkheid en onpartijdigheid.⁷

223. Opbouw

In dit hoofdstuk wordt nader ingegaan op de zgn. 'exogene' factoren. In tegenstelling tot de endogene factoren, die in hoofdstuk vijf werden besproken, zijn deze factoren niet onlosmakelijk verbonden met de (persoon van de) arbiter: een arbiter heeft een zekere invloed op (de band met) de factor. Ter illustratie kan worden gewezen op de situatie waarin Paris een geschenk ontvangt op het moment dat hij de gouden appel aan één van de godinnen geeft. Een ander voorbeeld kan de situatie zijn waarin een arbiter een nauwe persoonlijke band heeft met één van de partijen in de arbitrage, dan wel waarin de arbiter één van de partijen voorafgaande aan de arbitrage van juridisch advies heeft voorzien of zich eerder heeft uitgelaten over een juridisch vraagstuk dat in de arbitrage centraal staat. Men kan zich de vraag stellen in hoeverre dergelijke omstandigheden aanleiding kunnen geven tot twijfels aan de arbitrale onafhankelijkheid en/of onpartijdigheid. In dit hoofdstuk worden vijf exogene factoren besproken. Achtereenvolgens komen aan bod: i) het financieel belang (par. 6.3), ii) de herbenoeming (par. 6.4), iii) het *issue conflict* (par. 6.5), iv) de nauwe persoonlijke band (par. 6.6), en v) de institutionele band (par. 6.7). In aanvulling op

5 Ook voor deze verhaallijn bestaan verschillende versies; ik houd de beschrijving van Loukianos aan. Het 'oordeel van Paris' heeft een aantal schilders geïnspireerd tot een verbeelding ervan, zie onder meer: Sandro Botticelli (15^e eeuw); Frans Floris (16^e eeuw); Peter Paul Rubens (17^e eeuw); Pierre-Auguste Renoir (20^e eeuw).

6 Het woord 'omgekeerd' wordt gebruikt nu de rollen zijn omgedraaid ten opzichte van de 'klassieke' casus: in het onderhavige geval prijzen de partijen zichzelf bij 'arbiter' Paris aan. Ook zal een dergelijke *contest* zich vaak voordoen voorafgaande aan de benoeming van een arbiter terwijl in het onderhavige geval de arbiter reeds was 'benoemd'. Zie voor het begrip 'beauty contest': Berger 2015a (Glossary of Terms); 'Procedure by means of which candidates are interviewed by a party representative with a view to nominate one of them as party-appointed arbitrator' (p. 149); Verbist 2014, p. 52. Zie voor enig inzicht in deze 'praktijk': Lowenfeld 1995, p. 60-61.

7 Vgl. Standard 11 (b) Ethics Standards for Neutral Arbitrators in Contractual Arbitration, California Rules of Court, 1 januari 2022: 'From service of notice of appointment or appointment until two years after the conclusion of the arbitration, an arbitrator must not, under any circumstances, accept a gift, bequest, favor, or honoraria from a party or any other person or entity whose interests have come before the arbitrator in the arbitration'; art. 20 TAI Code of Ethics and Conduct for Arbitrators: 'Arbitrators shall not accept gifts, presents or any other benefits that have the value more than the value normally given for hospitality and along with the custom from any of the party either directly or indirectly'. Vgl. de 'Non-Waivable Red List' van de IBA Guidelines 2014, par. 1.3: 'The arbitrator has a significant financial or personal interest in one of the parties, or the outcome of the case'.

hetgeen in de inleiding naar voren kwam (par. 1.3), zal eerst kort worden stilgestaan bij de opbouw en methode van dit hoofdstuk (par. 6.2, vgl. par. 5.2).

6.2 Opbouw en methode

224. Algemeen

In dit hoofdstuk staan de exogene factoren centraal. Deze factoren, te onderscheiden van de endogene factoren, bestaan in beginsel buiten (de persoon van) de arbiter (vgl. de Latijnse woorden: 'exōgena, exōgenus', te vertalen als 'van buitenuit').⁸ De besproken exogene 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 dit geval 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 zou kunnen worden gegeven in de wijze waarop invulling aan de betreffende factor is gegeven. De keuze is gevallen op de volgende vijf factoren: het financieel belang, de herbenoeming, het *issue conflict*, de nauwe persoonlijke band, en de institutionele band.⁹ De (overkoepelende) noemer van elke factor is ruim geformuleerd, zodat verschillende omstandigheden onder de besproken factor kunnen worden geschaard die (zouden) kunnen wijzen op arbitrale vooringenomenheid.

Hoewel aandacht wordt besteed aan de vraag wat het verband is tussen de besproken factor en de arbitrale onafhankelijkheid en/of onpartijdigheid is het, ook voor de onderhavige factoren (vgl. par. 5.2), lastig om te 'meten' op welke wijze de factoren (in)direct van invloed zijn op de arbitrale onafhankelijkheid en/of onpartijdigheid. Gekozen is dan ook om dicht bij het 'recht' (vgl. par. 1.3, 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 kader is mijns inziens een eenvoudige paragraaf-opbouw passend: voorafgaande aan de inhoudelijke bespreking wordt iedere factor (kort) nader geduid en wordt besproken wat het verband is met de (verplichting tot) arbitrale onafhankelijkheid en/of onpartijdigheid. Vervolgens wordt besproken op welke wijze aandacht aan de factor in arbitrale wet- en regelgeving is besteed, en aan de vraag op welke wijze door (scheids)rechters invulling aan de factor is gegeven.¹⁰

8 OED (online), zoekterm: 'exogenous', doorverwijzing naar 'exogen': '(...) in French *exogène* (de Candolle 1813), modern Latin *exōgena, exōgenus* (imitating Latin *indigena, indigenus*) adjective, growing on the outside, (...)'.
 9

Andere exogene factoren kunnen bijvoorbeeld zijn: vooringenomen gedrag van een arbiter voorafgaande aan een arbitrage (een arbiter die niet eerlijk is over zijn CV: High Court (Commercial Court) 21 mei 2020 (*C Ltd/D & X*), [2020] EWHC 1283 (Comm), r.o. 81, zie ook: Ballantyne 2020), of tijdens een arbitrage (te denken valt aan *ex parte* communicatie of de wijze waarop een arbiter op een wrakingsverzoek reageert: ICSID 13 december 2013, nr. ARB/08/5 (*Burlington Resources Inc. v. Republic of Ecuador*), 'Decision on the Proposal for Disqualification of Professor Francisco Orrego Vicuña', par. 80).

10 Voor een toelichting op de gedachte achter deze opbouw verwijs ik naar par. 5.2.

De volgorde van de bespreking van de vijf factoren geschiedt, in tegenstelling tot de wijze van bespreking in het vorige hoofdstuk, in beginsel willekeurig. Wel is bewust de keuze gemaakt om de factoren van het financieel belang en de herbenoeming na elkaar te bespreken. Zoals in de inleiding op de factoren naar voren zal komen (vgl. par. 6.3.1, 6.4.1), gaat achter deze twee factoren één gemeenschappelijke noemer schuil: een vermogensrechtelijk belang.¹¹ Omdat in arbitrale wet- en regelgeving en (scheids)rechterlijke uitspraken een veelvoud aan termen de revue passeert om dit belang aan te duiden¹² - 'business connection(s)',¹³ 'business dealings',¹⁴ 'business relationship(s)',¹⁵ 'commercial connection(s)',¹⁶ 'commercial relationship(s)',¹⁷ '(en) relation(s) d'affaires',¹⁸ 'rapports d'intérêt(s)',¹⁹ 'Geschäftsbeziehung(en)',²⁰ 'geschäftliche Beziehung(en)',²¹ 'geschäftliche Verbindung(en)',²² en/of 'zakelijke relatie'²³ - is ervoor gekozen om het belang in twee factoren op te splitsen om al te omvangrijke paragrafen te voorkomen.²⁴ Aangezien de factor van de herbenoeming

- 11 Vgl. Castres Saint-Martin 2016, nr. 23: '(...) Il y a un conflit d'intérêts patrimonial lorsqu'il existe entre l'arbitre et une partie à l'arbitrage un courant d'affaires (A), un lien de subordination (B) ou une relation d'affaires (C)'; Castres Saint-Martin 2018, p. 173.
- 12 In de literatuur is een onderscheid gemaakt tussen 'relationships' en 'contacts', zie: Markert 2010, p. 254. Niet in het kader van de onafhankelijkheid en onpartijdigheid van arbiters, maar wel door het Cour de cassation gebruikt om een zakelijke relatie aan te duiden: 'flux d'affaires', zie: Cour de cassation (chambre civile 1) 14 mei 2014, nr. 13-15.827 (*Hautbois/GAEC*) (bron van de uitspraak: Castres Saint-Martin 2016, nr. 50). Vgl. Luttrell 2009 waarin een onderscheid wordt gemaakt tussen 'professional familiarity' en 'commercial familiarity' (p. 17, zie ook p. 23).
- 13 Court of Appeal (Civil Division) 15 mei 2000 (*AT&T Corporation e.a./Saudi Cable Company*), [2000] EWCA Civ 154, r.o. 67.
- 14 U.S. Court of Appeal of California, Fourth Appellate District, Division One 30 juli 1980 (*Figi/New Hampshire Insurance Co.*), 108 Cal. App. 3d 772.
- 15 Zie bijv. Canon II (A) ABA/AAA Code of Ethics for Arbitrators in Commercial Disputes 2004; Free Trade Agreement between the European Union and the Republic of Singapore, Annex 14-B - Code of Conduct for Arbitrators and Mediators, par. 13 (vindplaats: eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A22019A1114%2801%29). Vgl. U.S. District Court for the Southern District of New York 8 april 1991 (*Sun Refi/Statheros Shipping*), 761 F. Supp. 293: '(...), courts are more likely to find 'evident partiality' where the claim of possible bias arises from a "business relationship" between an arbitrator and a party rather than from a "professional relationship."(...)'.
16 LCIA Division 4 maart 2011, nr. 91305, par. 39.
- 17 LCIA Division 4 september 2012, nr. 111947, par. 31; IBA Guidelines 2014, par. 2.3.6 ('Waivable Red List').
- 18 TGI Parijs 29 juni 1989, *Revue de l'Arbitrage* 1990, afl. 2, p. 497 (*société Philipp Brothers/société Drexel c.s.*).
- 19 CA Parijs 23 maart 1995, *Revue de l'Arbitrage* 1996, afl. 3, p. 450 (*société Maec c.s./P. Mumbach*).
- 20 Tribunal fédéral 22 juni 2010, nr. 4A_162/2010, r.o. 2.3.
- 21 OLG Hamm 22 juli 2002, nr. 17 SchH 13/01 (bron van de uitspraak: Born 2021a, vn. 1380 (p. 2003), zie voor de tekst van de uitspraak: DIS Datenbank).
- 22 Tribunal fédéral 30 juni 1994, r.o. 4.a), *ASA Bulletin* 1997, afl. 1, p. 104.
- 23 Rb. Utrecht 8 augustus 2007, ECLI:NL:RBUTR:2007:BB1410, r.o. 4.19.
- 24 In de arbitrale wet- en regelgeving van de vier jurisdicties en vier arbitrage-instituten van onderzoek wordt niet afzonderlijk aandacht aan deze factor besteed. Vgl. Markert 2010, p. 256; Bedjaoui 1994, p. 90. Zie evenwel: IBA Rules of Ethics for International Arbitrators 1987, par. 3.3, vgl. id. par. 3.4: 'Past business relationships will not operate as an absolute bar to acceptance of appointment, unless they are of such magnitude or nature as to be likely to affect a prospective arbitrator's judgment'. Zie ook: Toelichting NAI Arbitragereglement 2015, par. 10.1: de eisen van onafhankelijkheid en onpartijdigheid brengen met zich mee 'dat een arbiter geen nauwe persoonlijke of zakelijke banden mag hebben met een van de partijen of een van zijn medearbiters. Evenmin mag de arbiter een rechtstreeks persoonlijk of zakelijk belang hebben bij de uitkomst van het geding (...)'. Het 'zakelijk belang' komt wel terug in het kader van de disclosure-verplichting: zie bijv. ICC, Note to Parties and Arbitral Tribunals on the Conduct of the Arbitration under the ICC Rules of Arbitration, 1 januari 2021, par. 27; UNCITRAL Arbitration Rules 2013, Annex - 'Model statements of independence pursuant to article 11 of the Rules', p. 30. Vgl. Standard 2 Ethics Standards for Neutral Arbitrators in Contractual Arbitration, California Rules of Court,

op zijn beurt raakvlakken met de factor van het *issue conflict* vertoont, is ervoor gekozen om (ook) deze factoren na elkaar te bespreken.

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. 5.2; par. 1.3, nrs. 4-5). De rechtsbronnen zijn afkomstig van de vier jurisdicties en de vier arbitrage-instituten van onderzoek, alsmede van UNCTRAL, 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 uit (bijvoorbeeld) de Verenigde Staten. Specifiek ten aanzien van de factor van het *issue conflict* vindt de invulling van de factor voor een belangrijk deel plaats aan de hand van de bespreking van ICSID-uitspraken. Tot slot zal op bepaalde punten interessante overheidsrechtspraak worden besproken dan wel worden verwezen naar wet- en regelgeving die voor overheidsrechters is opgesteld.

6.3 Het financieel belang

6.3.1 Inleiding

225. Algemeen

Op 7 april 1989 sloten de vennootschappen Haegens en Huisjes Bouwontwikkeling BV een overeenkomst met het oog op de gezamenlijke ontwikkeling en exploitatie van woningen. Nadat tussen partijen een geschil over (beweerdelijke) niet-nakoming was ontstaan, werd ingevolge het in de overeenkomst opgenomen arbitragebeding een arbitrageprocedure aanhangig gemaakt. Partijen benoemden ieder een arbiter en de twee arbiters benoemden vervolgens een voorzitter. Op 31 maart 1993 wezen de drie arbiters een tussenvonnis, waarna zich een interessante gebeurtenis voordeed: één van de partijen verkocht en cedeerde 'haar winstrecht en overige vorderingen' uit de overeenkomst aan een vennootschap waarvan de partij-arbiter van deze partij op dat moment bestuurder was. Dit was een handeling die maakte dat gerechtvaardigde twijfel bestond over de onpartijdigheid of onafhankelijkheid van deze arbiter, aldus de voorzieningenrechter van de Rechtbank Roermond in februari 1996, waarna toewijzing van het wrakingsverzoek volgde.²⁵ Hoewel de uitkomst van dit oordeel weinig verrassend is - een duidelijk voorbeeld van een geval waarin een arbiter een bepaald financieel belang heeft bij de uitkomst van de arbitrage - zijn diverse andere gevallen mogelijk waarin een dergelijk oordeel minder eenvoudig te vellen is.²⁶ Dit begint al bij de vraag wanneer sprake is van een financieel belang.

1 januari 2022, vgl. Rule 6 lid 2 ICSID Arbitration Rules 2006; art. 13 lid 2 ICSID Arbitration (Additional Facility) Rules 2006.

25 Zie: Rb. Breda 27 februari 2001, ECLI:NL:RBBRE:2001:AE0837, NJ 2002/135, r.o. 3.1.

26 Vgl. Binder 2019, p. 217: 'Unlike the test for impartiality, the test for independence is an objective one, as prior business or financial relations are easy to determine'.

In de onderhavige paragraaf wordt gekeken naar de factor van het financieel belang.²⁷ Centraal staat de vraag in hoeverre de factor aanleiding kan geven tot twijfels aan de arbitrale onafhankelijkheid en/of onpartijdigheid. Nu de factor te divers is voor één definitie, zijn op basis van hetgeen in arbitrale wet- en regelgeving en (scheids)rechterlijke uitspraken naar voren is gekomen vier categorieën onderscheiden: i) de verticale band (par. 6.3.2), ii) de horizontale band (par. 6.3.3), iii) de diagonale band (par. 6.3.4), en iv) de categorie van het eigenbelang (par. 6.3.5).²⁸ De vier categorieën hebben gemeen dat zij de persoon van de arbiter centraal stellen. Een categorie die niet onmiddellijk de persoon van de arbiter centraal stelt, maar wel interessant is en waar in bronnen de nodige aandacht naar uitgaat, is de zgn. 'afgeleide' relatie. In het kader van deze vijfde categorie staat de band centraal die het advocatenkantoor van een arbiter onderhoudt met één van de partijen in de arbitrage (par. 6.3.6).^{29,30}

Per categorie zal aandacht zijn voor arbitrale wet- en regelgeving en wordt besproken op welke wijze de categorie in (scheids)rechterlijke uitspraken terugkomt. In tegenstelling tot de paragrafen die volgen (par. 6.4-6.7), zal hieronder geen aandacht zijn voor wet- en/of regelgeving die ziet op het hebben van een financieel belang in het algemeen, daar dergelijke wet- en regelgeving in de bestudeerde bronnen niet naar voren komt.³¹ Allereerst zal kort worden besproken wat het verband is tussen de factor van het financieel belang en de (verplichting tot) arbitrale onafhankelijkheid en/of onpartijdigheid (nr. 226).

27 Gekozen is voor het adjectief 'financieel' in plaats van 'geldelijk' nu het eerstgenoemde woord ruimer geïnterpreteerd kan worden dan het laatstgenoemde woord waardoor ook omstandigheden kunnen worden besproken die niet onmiddellijk in geld (kunnen) worden gewaardeerd, maar wel een zekere vermogensrechtelijke waarde vertegenwoordigen.

28 Vgl. Castres Saint-Martin 2016 waarin over 'les relations d'affaires passives' wordt gesproken. Deze categorie - te onderscheiden van 'les relations d'affaires actives' - wordt onderverdeeld in 'la participation de l'arbitre au capital d'une société partie à l'arbitrage' en 'l'appartenance de l'arbitre au même cabinet d'avocats que le conseil d'une partie à l'arbitrage' (nrs. 52-60).

29 Hoewel dit onderzoek zich richt op de persoon van de arbiter wordt in beperkte mate aandacht aan deze 'afgeleide' relatie besteed, vgl. nr. 6.

30 Interessant is ook de 'omgekeerde' situatie: een zakelijke relatie tussen een unus-arbiter en het advocatenkantoor van één van de partijen die was geëindigd 'within the year preceding the commencement of the arbitration' en betrekking had op '3.91 hours of legal services (representing less than \$400 in fees)' die door het advocatenkantoor aan de arbiter in rekening waren gebracht door een andere advocaat dan de advocaat die betrokken was bij de arbitrage, werd niet gekwalificeerd als 'substantial business relationship', zie: U.S. Court of Appeal of California, Third Appellate District 31 oktober 1988 (*Banwait/Hernandez*), 205 Cal. App. 3d 823. Nu mij weinig andere bronnen in dit verband bekend zijn, laat ik het bij deze voetnoot.

31 Zowel de ICC, het LCIA als het SAC houden het op een algemene verplichting tot arbitrale onafhankelijkheid en onpartijdigheid: art. 11 lid 1 ICC Rules 2021; art. 5.3 LCIA Rules 2020; art. 12 lid 1 Swiss Rules 2021. De regels houden het eveneens op een algemene disclosure-verplichting (art. 11 lid 2 en lid 3 ICC Rules 2021; art. 5.4 en 5.5 LCIA Rules 2020; art. 12 lid 2 en lid 3 Swiss Rules 2021). Zie ook: art. 11 lid 2 NAI Arbitragereglement 2015 en Toelichting op het NAI Arbitragereglement 2015, par. 10.1. Zie voorts bijv. IBA Rules of Ethics for International Arbitrators 1987, par. 3.2; Burgh House Principles on the Independence of the International Judiciary 2004, par. 11.1: 'Judges shall not sit in any case in the outcome of which they hold any material personal, professional or financial interest'.

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

Eind augustus 2009 legde een LCIA Division de volgende maatstaf aan om te beoordelen of gerechtvaardigd kan worden getwijfeld aan de arbitrale onafhankelijkheid: '(...) whether a fair-minded and informed observer might view the arbitrator as having 'a personal or *pecuniary* interest in the outcome, however small', independently of the presence, or the risk of, actual bias' (curs. PR).³² Weinig twijfel lijkt te bestaan over de stelling dat een arbiter die een financieel belang - in de geciteerde overweging aangeduid als 'geldelijk' belang - in de voorliggende arbitrage heeft, geacht wordt niet (langer) onafhankelijk en/of onpartijdig te zijn³³; het erop nahouden van een dergelijk belang, en daarmee het belang dat de arbitrage een bepaalde uitkomst heeft, druist immers in tegen de gedachte dat niemand rechter in eigen zaak mag zijn (vgl. nr. 71).³⁴ Een dergelijk belang zou onder meer kunnen leiden tot een zekere economische afhankelijkheid van de betreffende arbiter. Illustratief in dit verband is hetgeen het Oberlandesgericht Frankfurt am Main medio februari 2012 overwoog: '[z]war mag insbesondere bei engen geschäftlichen Kontakten eine besondere Sensibilität geboten sein, da jedenfalls für die ablehnende Partei der Eindruck entstehen könnte, dass der Schiedsrichter ein erhebliches Interesse an der Aufrechterhaltung der geschäftlichen Beziehungen haben und sich damit zugleich in eine wirtschaftliche Abhängigkeit begeben könnte' (curs. PR).³⁵ Vrij vertaald: met name in het geval van nauwe zakelijke contacten kan een bijzondere gevoeligheid aangewezen zijn nu bij de andere partij de indruk zou kunnen ontstaan dat de bewuste arbiter een aanmerkelijk ('erhebliches') belang zou kunnen hebben bij het onderhouden van deze zakelijke relaties, en daarmee tegelijkertijd economisch afhankelijk zou kunnen worden.

Ook de beeldvorming speelt in onderhavig verband een belangrijke rol³⁶: een financieel belang, hoe (on)beduidend dit ook mag zijn, kan leiden tot twijfels aan de arbitrale onafhankelijkheid en/of onpartijdigheid aangezien niet langer zou kunnen worden vertrouwd op (de) onafhankelijke en/of onpartijdige arbitrale besluitvor-

³² LCIA Division 28 augustus 2009, nr. 81160, par. 3.11.

³³ Vgl. U.S. Court of Appeals for the Ninth Circuit 14 december 1987 (*Toyota of Berkely/Local 1095*), 834 F.2d 751: 'Most of the disputes concerning an arbitrator's alleged partiality which have found their way into courts of appeal concern possible conflicts of interest existing before the arbitration. Such situations include an arbitrator's financial interest in the outcome of the arbitration, (...)' (bron van de uitspraak: Born 2021a, vn. 1359 (p. 1998)), onder verwijzing naar U.S. Court of Appeals for the Ninth Circuit 28 maart 1985 (*Sheet Metal Workers International Association/Kinney Air Conditioning Co.*), 756 F.2d 742. Vgl. Born 2021b, p. 163; Redfern & Hunter 2015, nr. 4.77; Lew, Mistelis & Kröll 2003, nr. 11.21.

³⁴ House of Lords 15 januari 1999 (*Pinochet, In re*), [1999] UKHL 1, bij monde van Lord Browne-Wilkinson: '(...), although the cases have all dealt with automatic disqualification on the grounds of pecuniary interest, there is no good reason in principle for so limiting automatic disqualification. The rationale of the whole rule is that a man cannot be a judge in his own cause', zie over deze uitspraak eveneens bijv. Hodges & Greenaway 2013, vn. 29 (nr. 15.23); Merjian 2000, p. 41-43. Vgl. Queen's Bench (*Regina/Altrincham Justices, Ex parte Pennington*), [1975] 1 Q.B. 549, 552F: 'There is no better known rule of natural justice than the one that a man shall not be a judge in his own cause. In its simplest form this means that a man shall not judge an issue in which he has a direct pecuniary interest, (...)' (bron van de uitspraak en de geciteerde rechtsoverweging: House of Lords 15 januari 1999, [1999] UKHL 1).

³⁵ OLG Frankfurt am Main 13 februari 2012, nr. 26 Sch 15/11, r.o. 26 (bron van de uitspraak: DIS Datenbank).

³⁶ Vgl. Leidraad onpartijdigheid en nevenfuncties van de rechter, januari 2014, Aanbeveling 8 (p. 16).

ming.³⁷ Treffend in dit verband is hetgeen het Court of Appeal van Californië in januari 1995 overwoog: het bestaan van 'a present or past business relationship' tussen de arbiter en een partij 'suggests a pecuniary interest on the part of the arbitrator or that the arbitrator will place unusual trust or confidence in the party with whom the relationship existed, thus giving the arbitrator reason to favor the party for reasons wholly unrelated to the merits of the arbitration' (curs. PR).³⁸ Het Court of Appeal van Californië had reeds in oktober 1988 overwogen: '[t]he existence of bias depends on whether one can draw an inference of favoritism *not because* the arbitrator may receive money *but because* the 'arbitrator has a business-connected relationship that may lead him or her to place unusual trust or confidence in one side as opposed to the other' (curs. PR).³⁹ Interessant is dat in de laatst geciteerde rechtsoverweging de nadruk wordt gelegd op (het ontwikkelen van) bepaalde gevoelens - 'to place unusual trust or confidence' - ten opzichte van één van de partijen als omstandigheid die wijst op arbitrale vooringenomenheid in plaats van op het daadwerkelijk ontvangen van 'money'.

In meer algemene zin kan worden gewezen op hetgeen het Cour d'appel van Parijs begin juni 1989 overwoog: 'les circonstances invoquées pour contester' de onafhankelijkheid van de arbiter 'doivent caractériser, par l'existence de liens matériels ou intellectuels avec l'une des parties en litige, une situation de nature à affecter le jugement de cet arbitre *en faisant apparaître un risque* certain de prévention à l'égard d'une partie à l'arbitrage' (curs. PR).⁴⁰ In oktober 2001 overwoog het Tribunal fédéral: '(...) une activité passée ne peut fonder une apparence de prévention que si l'on peut en déduire qu'il subsiste, au moment de l'arbitrage, un certain rapport économique ou affectif de nature à *entraver l'arbitre dans sa liberté de décision*' (curs. PR).⁴¹ In de ogen van deze Franse en Zwitserse rechters wordt de grens van het 'toelaatbare' in onderhavig verband overschreden op het moment dat, kort samengevat, niet langer kan worden vertrouwd op de vrijheid van de arbitrale besluitvorming. Hoewel kan worden betoogd dat dit gezichtspunt, dat ook naar voren kwam in het kader van de bespreking van de endogene factoren, een belangrijke graadmeter is voor een onafhankelijke en onpartijdige arbiter, is het lastig om te bepalen, laat staan te bewijzen, *wanneer* het punt is bereikt dat niet langer kan worden vertrouwd op de vrijheid van de arbitrale besluitvorming.

37 Bishop & Reed 1998, p. 408-409, vgl. Froitzheim 2016, nr. 442.

38 U.S. Court of Appeal of California, First District, Division Five 31 januari 1995 (*Betz/Pankow*), nrs. A064689, A065245.

39 U.S. Court of Appeal of California, Third Appellate District 31 oktober 1988 (*Banwait/Hernandez*), 205 Cal. App. 3d 823. Vgl. Froitzheim 2016, nr. 543.

40 CA Parijs 2 juni 1989, *Revue de l'Arbitrage* 1991, afl. 1, p. 87 (*sociétés T.A.I., E.S.W. & I.E.C./sociétés S.I.A.P.E., Engrais de Gabès e.a.*). Vergelijkbare overwegingen komen naar voren in bijv. CA Parijs 9 april 1992, *Revue de l'Arbitrage* 1996, afl. 3, p. 475-483 (*société Annahold BV & D. Frydman/L'Oréal c.s.*); CA Parijs 2 juli 1992, *Revue de l'Arbitrage* 1996, afl. 3, p. 410-411 (*société Raoul Duval/société Merkuria Sucden*); CA Parijs 20 oktober 1994, *Revue de l'Arbitrage* 1996, afl. 3, p. 443 (*E. Richy/Warlaumont & Union des Assurances de Paris*); CA Parijs 23 maart 1995, *Revue de l'Arbitrage* 1996, afl. 3, p. 449 (*société Maec c.s./P. Mumbach*); CA Parijs 12 januari 1996, *Revue de l'Arbitrage* 1996, afl. 3, p. 427-428 (*Gouvernement de l'État du Qatar/Creighton Ltd*); CA Parijs 13 juni 1996, *Revue de l'Arbitrage* 1997, afl. 2, p. 256 (*société KFTCIC/société Icori Estero e.a.*); CA Parijs 20 november 1997, *Revue de l'Arbitrage* 1999, afl. 2, p. 331 (*société 3R/société Phénix Richelieu*); CA Parijs 28 oktober 1999, *Revue de l'Arbitrage* 2000, afl. 2, p. 299-312 (*SA Fretal/SA ITM Entreprises*); CA Parijs 28 november 2002, *Revue de l'Arbitrage* 2003, afl. 1, p. 243 (*société Voith Turbo GmbH AG et Co/société nationale des chemins de fer tunisiens*).

41 Tribunal fédéral 15 oktober 2001, nr. 4P.188/2001, r.o. 2.d), zie over deze uitspraak ook bijv. Oetiker 2018.

227. Is de factor absoluut van aard?

Het bestaan van een verband tussen de factor van het financieel belang en de onafhankelijkheid en/of onpartijdigheid van arbiters lijkt niettemin onbetwist. Minder eenduidig is het antwoord op de vraag of het hebben van enig(erlei) financieel belang altijd zal leiden tot strijdigheid met de arbitrale onafhankelijkheid en/of onpartijdigheid. Ter illustratie kan worden gewezen op hetgeen het Court of Appeal van Californië in juli 1980 overwoog in het kader van de disclosure-verplichting: '(i)n general, *significant or substantial* business relationships between the neutral arbitrator and a party or his representative must be disclosed to the other party, to avoid the appearance of impropriety, but *ordinary and insubstantial* business dealings *do not* necessarily require disclosure' (curs. PR).⁴² Hoewel de geciteerde rechts-overweging betrekking heeft op de vraag naar de reikwijdte van de disclosure-verplichting, kan naar aanleiding van het onderscheid dat het gerecht maakt de vraag worden gesteld of de factor van het financieel belang absoluut van aard is,⁴³ dan wel of een bepaald (omslag)punt kan worden onderscheiden waarop niet langer kan worden uitgegaan van een onafhankelijke en/of onpartijdige arbiter. Interessant in dit verband is een aantal aanwijzingen dat in verschillende (scheids)rechterlijke uitspraken naar voren komt en waarmee tot uitdrukking is gebracht dat een financieel belang van een zeker gewicht dient te zijn. Dit gewicht is wel aangeduid als: 'de minimis',⁴⁴ 'nontrivial',⁴⁵ 'material conflict of interest',⁴⁶ 'significant or substantial',⁴⁷

42 U.S. Court of Appeal of California, Fourth Appellate District, Division One 30 juli 1980 (*Figi/New Hampshire Insurance Co.*), 108 Cal. App. 3d 772, onder verwijzing naar jurisprudentie.

43 Nee, aldus U.S. Court of Appeals for the Ninth Circuit 27 februari 1996 (*Woods/Saturn Distribution Corp.*), 78 F.3d 424: '(...), the relationship is an attenuated pecuniary one, which does not automatically mandate vacatur of the arbitration award'. Vgl. U.S. Court of Appeals for the Ninth Circuit 28 maart 1985 (*Sheet Metal Workers International Association/Kinney Air Conditioning Co.*), 756 F.2d 742 waarin werd geprobeerd een arbitraal vonnis te laten vernietigen op grond van onder meer de omstandigheid dat de 'management representatives' van het scheidsrecht ('the Board'), als eigenaren van bedrijven die 'are union contractors in the same geographic area' als Kinney, een 'pecuniary interest' hadden in de uitkomst van het geschil dat in het nadeel was van Kinney. Het hof was niet overtuigd. Het hof overwoog dat, op het moment dat partijen een 'particular method of dispute resolution' zijn overeengekomen, 'it should generally be presumed fair, and we see no evidence to contradict this presumption here'. Daarnaast onderstreepte het hof dat 'the employers' interests were known to the parties prior to the hearing', en dat Kinney 'failed to object to the selection of the Board members at the time they were seated and has thereby waived this objection'. Vgl. (India) Krishan 2004, p. 269-270.

44 Zie bijv. ICSID 25 juni 2008, nr. ARB/03/23 (*EDF International S.A., SAUR International S.A. and León Participaciones Argentinas S.A. v. The Argentine Republic*), 'Challenge Decision Regarding Professor Gabrielle Kaufmann-Kohler', par. 112; ABA Model Code of Judicial Conduct 2020, Canon 2, Rule 2.11. Vgl. ABA Model Code of Judicial Conduct 2011, 'Terminology': "'De minimis,' in the context of interests pertaining to disqualification of a judge, means an insignificant interest that could not raise a reasonable question regarding the judge's impartiality. (...)'". Vgl. Cleis 2017, p. 20; Markert 2010, p. 259.

45 U.S. Court of Appeals for the Ninth Circuit 4 september 2007 (*New Regency Productions, Inc./Nippon Herald Films, Inc.*), nr. 05-55224.

46 U.S. District Court for the Southern District of New York 23 februari 2010 (*Scandinavian Reinsurance Co. Ltd./St Paul Fire & Marine*), 732 F. Supp. 2d 293.

47 U.S. Court of Appeal of California, Fourth Appellate District, Division One 30 juli 1980 (*Figi/New Hampshire Insurance Co.*), 108 Cal. App. 3d 772, onder verwijzing naar jurisprudentie. Deze woorden zijn overgenomen door onder meer: U.S. Court of Appeal of California, Second District, Division Five 15 december 2006 (*Guseinov/Burns*), 51 Cal. Rptr. 3d 903; U.S. Court of Appeal of California, Fourth District, Division One 30 april 2008 (*Luce, Forward, Hamilton & Scripps/Koch c.s.*), 75 Cal. Rptr. 3d 869.

'insignificant',⁴⁸ 'substantial',⁴⁹ '[not] ordinary',⁵⁰ 'attenuated',⁵¹ 'une partie non négligeable des revenus',⁵² en 'wesentliche wirtschaftliche Bindungen'.⁵³ Hoewel het gezichtspunt dat een financieel belang een zeker gewicht dient te hebben behulpzaam is in het kader van de beantwoording van de vraag in hoeverre een dergelijk belang aanleiding kan geven tot twijfels aan de arbitrale onafhankelijkheid en/of onpartijdigheid, is één gezichtspunt een wat magere oogst.

228. Een potpourri van gezichtspunten

Er zijn dan ook meer aanknopingspunten die nader inzicht kunnen geven in de wijze waarop invulling aan de factor is gegeven.⁵⁴ Door verschillende Amerikaanse gerechten zijn de volgende algemene gezichtspunten naar voren gebracht om te beoordelen of sprake is van 'evident partiality': '(...) (1) the financial interest the arbitrator has in the proceeding⁵⁵; (2) the directness of the alleged relationship between the arbitrator and a party to the arbitration proceeding; (3) and the timing of the relationship with respect to the arbitration proceeding'.⁵⁶ Door andere Amerikaanse gerechten is een vierde factor toegevoegd: 'the connection of that relationship to the arbitration'.⁵⁷

48 U.S. Court of Appeals for the Sixth Circuit 9 januari 2008 (*Uhl/Komatsu Forklift Co.*), 512 F.3d 294.

49 U.S. Court of Appeal of California, Second District, Division Three 30 april 2001 (*Michael/Aetna Life & Casualty Insurance Co.*), 88 Cal. App. 4th 925.

50 U.S. Court of Appeal of California, Fourth Appellate District, Division One 30 juli 1980 (*Figi/New Hampshire Insurance Co.*) 108 Cal. App. 3d 772; U.S. Court of Appeal of California, Second District, Division Eight 23 juli 2012 (*Nemeck/Horn*), 208 Cal. App. 4th 641.

51 U.S. Court of Appeals for the Second Circuit 7 juni 1978 (*Andros Compania Maritima/Marc Rich & Co.*), 579 F.2d 691.

52 Tribunal fédéral 9 februari 1998, r.o. 3.aa), *ASA Bulletin* 1998, afl. 3, p. 647 (bron van de uitspraak: Kaufmann-Kohler & Rigozzi 2015, nr. 4.114; Gaillard & Savage 1999, nr. 1030).

53 Obergericht des Kantons Zürich 13 september 2002, nr. VV020035/U, r.o. 5 (vindplaats van de uitspraak: via www.gerichte-zh.ch).

54 Een andere vraag is de vraag door wie/vanuit welk perspectief deze maatstaf vervolgens wordt beoordeeld. In dit proefschrift wordt dit vraagstuk in beginsel niet afzonderlijk besproken. Vgl. U.S. Court of Appeals for the Eleventh Circuit 20 juli 2011 (*Aviles/Charles Schwab & Co., Inc.*), nr. 10-12216 (bron van de uitspraak: Born 2021a, vn. 816 (p. 1900) en vn. 893 (p. 1917)).

55 Vgl. Daele 2012, nr. 6.183: 'If the arbitrator has a direct financial interest, the most important criterion is whether the arbitrator is expected to derive substantial or negligible benefits from the outcome of the arbitration'. Deze 'uitkomst' kan zowel een voordeel omvatten als een nadeel, zie bijv. art. 8 Lag (1999:116) om skiljeförfarande t.o.m. SFS 2018:1954.

56 Zie bijv. U.S. District Court for the Southern District of New York 8 april 1991 (*Sun Refi/Statheros Shipping*), 761 F. Supp. 293; U.S. District Court for the Southern District of New York 30 juli 1987 (*Sanford Home for Adults/LOCAL 6, IFHP*), 665 F. Supp. 312.

57 U.S. Court of Appeals for the Fourth Circuit 1 april 1999 (*ANR Coal Co./Cogentrix of North Carolina*), 173 F.3d 493, in vergelijkbare bewoordingen: U.S. District Court for the Southern District of West Virginia, Charleston Division 19 september 1994 (*Hobet Mining/International Union, United Mine Workers of America c.s.*), nr. 2:92-0569. Vgl. CA Parijs 2 juli 2013, *Revue de l'Arbitrage* 2013, afl. 4, p. 1037 (*société La Valaisanne Holding/Guy Besnardeau c.s.*): '(...) la proximité d'un arbitre avec une partie ou un tiers intéressé à l'arbitrage qu'une partie peut raisonnablement redouter comme étant susceptible d'affecter son impartialité et son indépendance, doit être appréciée au regard de la nature et de l'étendue des relations entretenues par le cabinet avec ceux-ci (...)'. Vgl. Markert 2010, p. 257: 'Depending on how intensive the business relationship was and how long it lasted, the arbitrator might be considered more or less influenced by the prior experience'; Bischoff 2013, p. 69.

Een enigszins vergelijkbare opsomming, zij het in het kader van investerings-arbitrage, kan worden gevonden in de zgn. 'Suez-criteria' die naar voren kwamen in een uitspraak van twee niet-gewraakte ICSID-arbiters uit mei 2008.⁵⁸ De feiten die tot deze uitspraak aanleiding hebben gegeven, zijn, kort samengevat, als volgt. De Staat Argentinië diende een wrakingsverzoek in dat tegen de partij-arbiter van eiseressen was gericht omdat deze arbiter, twee jaar nadat het ICSID-scheidsgerecht was samengesteld, tot 'Director' van het bestuur van de Zwitserse investeringsbank UBS was benoemd voor een termijn van drie jaar, terwijl UBS aandeelhoudster was in de onderneming van twee eiseressen.⁵⁹ Niet alleen zou sprake zijn van 'share ownership' (ook omdat UBS 'a portion of' de 'director's compensation' van de arbiter in UBS aandelen uitbetaalde), UBS ontplooidde ook andere activiteiten die in de ogen van Argentinië niet door de beugel konden: zo deed UBS onderzoek naar en aanbevelingen met betrekking tot investeringen in de (water)sector waarin eiseressen opereerden en had de bank financiële producten ontwikkeld waarmee investeerders in deze sector konden investeren.⁶⁰ Het wrakingsverzoek van Argentinië werd afgewezen. De twee niet-gewraakte arbiters overwogen ten aanzien van het 'Directorship' in UBS dat 'the fact of an *alleged* connection between a party and an arbitrator in and of itself is *not* sufficient to establish a fact that would establish a manifest lack of that arbitrator's impartiality and independence' (curs. PR).⁶¹ Wel diende de 'alleged connection' nog 'qualitatively' te worden geëvalueerd, aldus de arbiters, om te beoordelen of sprake was van een 'manifest lack' van de onpartijdigheid en onafhankelijkheid van de arbiter.⁶² Aangezien op dit punt te weinig ICSID-uitspraken voorhanden waren, kwamen de twee arbiters zelf met vier criteria: i) 'Proximity', ii) 'Intensity', iii) 'Dependence', en iv) 'Materiality'.⁶³ Aan de hand van een toets van de omstandigheden van het geval aan de criteria kwamen de arbiters uiteindelijk tot het oordeel dat de betreffende band geen omstandigheid betrof die duidde op een 'manifest lack of the quality of being a person of independent judgment and impartiality of judgment'.⁶⁴

58 ICSID 12 mei 2008, nr. ARB/03/17 (*Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. and InterAguas Servicios Integrales del Agua S.A. v. The Argentine Republic*), 'Decision on a Second Proposal for the Disqualification of a Member of the Arbitral Tribunal'. Zie over deze uitspraak ook bijv. Redfern & Hunter 2015, nr. 4.120; Daele 2012, nr. 6.021; Waincymer 2012, vn. 290, 292 (p. 300).

59 Vgl. ICSID 12 mei 2008, nr. ARB/03/17, par. 12.

60 ICSID 12 mei 2008, nr. ARB/03/17, par. 12.

61 ICSID 12 mei 2008, nr. ARB/03/17, par. 32. Hieraan werd toegevoegd dat '[l]ike other professionals living and working in the world, arbitrators have a variety of complex connections with all sorts of persons and institution' (id. par. 32).

62 ICSID 12 mei 2008, nr. ARB/03/17, par. 33.

63 ICSID 12 mei 2008, nr. ARB/03/17, par. 35. Vgl. Van Houtte 2016 over de werkwijze van het ICC Court: '(...) the Court will thoroughly analyze the facts of each case in order to determine the exact nature and possible impact of the arbitrator's allegedly problematic relationship in terms of, *i.a.* (...) waarna een opsomming van dezelfde vier criteria volgt (p. 116-117).

64 ICSID 12 mei 2008, nr. ARB/03/17, par. 40. Het opmaken van de balans door de twee niet-gewraakte arbiters kan geparafraseerd als volgt worden weergegeven: i) niet alleen was het verband tussen de arbiter en eiseressen Vivendi en Suez 'remote and certainly not direct', ook was er 'no direct relationship with the claimants by reason of her directorship' en was ze 'unaware of the shareholdings and did not participate in their selection and monitoring', ii) de band toonde niet aan noch vertegenwoordigde enige frequentie in interactie of contact tussen de arbiter en eiseressen, iii) de arbiter verkreeg geen winsten of voordelen van eiseressen en was 'in no way' afhankelijk van eiseressen als gevolg van deze band, iv) de aandelen die UBS in Vivendi en Suez hield 'are not material to UBS financial performance, profitability, or share price', hadden geen invloed op de vergoeding die de arbiter ontving alsmede verkreeg de arbiter 'no

229. Tussenconclusie

Op grond van het voorgaande kan tot de volgende tussenconclusie worden gekomen. Het is duidelijk dat de factor van het financieel belang niet absoluut van aard is. Anders gezegd, het hebben van enig(erlei) financieel belang levert niet per definitie strijd op met de verplichting tot arbitrale onafhankelijkheid en onpartijdigheid: de omstandigheden van het geval spelen een belangrijke rol. Uit (scheids)rechterlijke uitspraken kan worden afgeleid dat het financieel belang een zeker gewicht dient te hebben. In Amerikaanse jurisprudentie en ICSID-uitspraken komen daarnaast de volgende (algemene) gezichtspunten naar voren: de nadruk wordt gelegd op de vraag naar de inhoud en de (relatieve) omvang van het belang, en de vraag met welke partij de arbiter een band heeft (gehad).⁶⁵

6.3.2 De verticale band: een verrichte dienst

230. Opbouw

Hieronder zal nader worden ingegaan op de categorie van de zgn. 'verticale' band. Deze categorie heeft, kort gezegd, betrekking op de situatie waarin een arbiter gelijktijdig, dan wel in het verleden, voor één van de partijen één of meer diensten heeft verricht en daarvoor financieel is beloond.⁶⁶ Hieronder zal worden besproken in hoeverre in arbitrale wet- en regelgeving (nr. 231) en (scheids)rechterlijke uitspraken (nr. 232 e.v.) aandacht voor deze categorie is. Met het oog op de afbakening is het van belang om te vermelden dat deze categorie niet ziet op het vertegenwoordigen van één van de partijen in de hoedanigheid van advocaat ('counsel') daar deze omstandigheid zal worden besproken in het kader van de factor van de herbenoeming (par. 6.4) en/of van het *issue conflict* (par. 6.5). Hieronder komen omstandigheden aan bod die zien op diensten die een arbiter aan een partij (heeft) verricht: het kan gaan om een adviesrelatie,⁶⁷ maar ook om een (voormalig) dienstverband bij één van de partijen.⁶⁸

economic benefit' van de band tussen haar en eiseressen. Ten aanzien van het verwijt dat de arbiter haar UBS 'Directorship' niet had medegedeeld, kwamen de twee arbiters tot het oordeel dat de arbiter de disclosure-verplichting die in Rule 6 ICSID Arbitration Rules is neergelegd, niet had geschonden. In de ogen van de twee arbiters was een arbiter slechts verplicht om tot disclosure over te gaan '(...) if he or she reasonably believes that such fact would reasonably cause his or her reliability for independent judgment to be questioned by a reasonable person' (id. par. 46).

65 Zie ook: ICSID 25 juni 2008, nr. ARB/03/23 (*EDF International S.A., SAUR International S.A. and León Participaciones Argentinas S.A. v. The Argentine Republic*), 'Challenge Decision Regarding Professor Gabrielle Kaufmann-Kohler', par. 120: '(...) the principle established is that of proportionality, whereby an insignificant interest will not be cause for disqualification'. Vgl. U.S. Court of Appeals for the District of Columbia Circuit 3 juli 2018 (*Republic of Argentina/AWG Group Ltd.*), nr. 16-7134.

66 Vgl. Froitzheim 2016, nr. 551: 'Ebenso wie bei anwaltlicher Tätigkeit ist auch bei sonstigen Beratern auch eine *pro bono* Tätigkeit erfasst. Bei diesen ist zwar nicht von einem finanziellen Interesse des Schiedsrichters auszugehen, es kann aber ein Loyalitätsverhältnis zwischen Schiedsrichter und Partei entstanden sein. (...)'.
67 Cox 2016, p. 27.

68 Castres Saint-Martin 2016, nr. 39: '(...) Le lien de subordination ne représente qu'une partie pour un tout: le contrat de travail. (...)'. De auteur onderscheidt de 'lien de subordination' van 'un courant d'affaires':

231. Invulling: enige arbitrale wet- en regelgeving

De bespreking van arbitrale wetgeving in onderhavig verband is kort: alleen door de Franse wetgever is in een mogelijkheid tot wraking voorzien op het moment dat sprake is van een band van ondergeschiktheid - 'un lien de subordination' - tussen de arbiter en (de echtgenoot van) één van de partijen. In artikel L. 111-6 aanhef en sub 7 van de Code de l'organisation judiciaire staat dat de wraking van een (scheids)rechter 'peut être demandée: (...) 7° S'il existe un lien de subordination entre le juge ou son conjoint et l'une des parties ou son conjoint; (...)'. Ook de vier arbitrage-instituten van onderzoek houden het op een algemene verplichting tot arbitrale onafhankelijkheid en/of onpartijdigheid. Anders gezegd, in de bestudeerde reglementen wordt geen aandacht besteed aan de vraag in hoeverre een (voormalige) adviesrelatie of een (voormalig) dienstverband strijdig is met de verplichting tot arbitrale onafhankelijkheid en/of onpartijdigheid.

Wel kunnen enige aanwijzingen worden gevonden in de ICC 'Note to Parties and Arbitral Tribunals on the Conduct of the Arbitration' 2021 waarin staat opgenomen dat iedere (kandidaat-)arbiter mededeling dient te doen van advies dat wordt of is gegeven aan één van de partijen 'or one of its affiliates' in de arbitrage.⁶⁹ Ook in de IBA Guidelines 2014 staat een aantal relevante paragrafen opgenomen. Zo staat op de 'Non-Waivable Red List' de omstandigheid: '[t]he arbitrator or his or her firm regularly advises the party, or an affiliate of the party, and the arbitrator or his or her firm derives significant financial income therefrom'.⁷⁰ In het kader van de 'Waivable Red List' komt enerzijds een situatie naar voren die ziet op een adviesrelatie tussen de arbiter en één van de partijen: '[t]he arbitrator currently represents or advises one of the parties, or an affiliate of one of the parties'.⁷¹ Anderzijds wordt in een, ten opzichte van de IBA Guidelines 2004 nieuw opgenomen, paragraaf de aandacht gevestigd op een adviesrelatie tussen de arbiter en de advocaat of zijn advocatenkantoor: '[t]he arbitrator currently represents or advises the lawyer or law firm acting as counsel for one of the parties' (curs. PR).⁷² In het kader van de 'Orange List' komt ten aanzien van een voormalige adviesrelatie de volgende situatie naar voren: '[t]he arbitrator (...) has previously advised or been consulted by the party, or an affiliate of the party, making the appointment in an unrelated matter, but the arbitrator and the party, or the affiliate of the party, have no ongoing relationship'.⁷³ Tot slot is op deze lijst ook een paragraaf opgenomen die betrekking heeft op een voormalig dienstver-

'(...), la répétition des désignations tend à transformer l'arbitre en un véritable professionnel au service de la partie qui l'a désigné' (id. nr. 40).

69 ICC, Note to Parties and Arbitral Tribunals on the Conduct of the Arbitration, 1 januari 2021, par. 27.

70 IBA Guidelines 2014, par. 1.4. De bepaling die in de Guidelines van 2004 naar voren kwam, had een beperkter toepassingsbereik nu deze bepaling alleen zag op '[t]he arbitrator regularly advises (...)' (par. 1.4 IBA Guidelines 2004).

71 IBA Guidelines 2014, par. 2.3.1. Deze bepaling komt overeen met (de inhoud van) de bepaling in de IBA Guidelines 2004.

72 IBA Guidelines 2014, par. 2.3.2.

73 IBA Guidelines 2014, par. 3.1.1. Deze bepaling komt, afgezien van redactionele wijzigingen die zien op interpunctie, overeen met de inhoud van de bepaling in de IBA Guidelines 2004. Vgl. het opschrift van Standard 12 (a) California Ethics Standards for Neutral Arbitrators in Contractual Arbitration California Rules of Court, 1 januari 2022: 'Offers as lawyer, expert witness, or consultant'.

band tussen de arbiter en één van de partijen: '[t]he arbitrator has been associated with a party, or an affiliate of one of the parties, in a professional capacity, such as a former employee or partner'.⁷⁴

De beperkte aandacht die in de bestudeerde arbitrale wet- en regelgeving naar de eerste categorie uitgaat, roept de vraag op of dit anders is in het kader van (scheids)-rechterlijke uitspraken.⁷⁵ De uitspraken die worden besproken, kunnen worden onderverdeeld in uitspraken waarin is geoordeeld dat per definitie sprake is van strijd met de verplichting tot arbitrale onafhankelijkheid en onpartijdigheid (nr. 232), en uitspraken waarin tot een tegenovergesteld oordeel is gekomen (nr. 233).

232. Invulling aan de hand van (scheids)rechterlijke uitspraken: een verrichte dienst leidt tot arbitrale vooringenomenheid

Een bekend arrest dat onder de eerste categorie kan worden geschaard, zij het buiten de methodologische reikwijdte van dit onderzoek, is afkomstig van het Amerikaanse Supreme Court. Kort samengevat, boog het gerecht zich over (de vraag naar) de sanctie van het niet-openbaren van een 'consulting relationship' die de voorzitter van een scheidsgerecht met één van de partijen voorafgaande aan de arbitrage had onderhouden.⁷⁶ De advisering, die plaatsvond gedurende een periode van vier tot vijf jaar voorafgaande aan de arbitrage, had de arbiter \$ 12.000,- opgeleverd en had (zelfs) betrekking op 'the rendering of services on the very projects involved in this lawsuit'.⁷⁷ Het hoogste Amerikaanse gerecht leek te worstelen met het gevolg dat het aan deze 'undisclosed business relationship', gelet op artikel 10 U.S. Arbitration Act, zou verbinden.⁷⁸ Enerzijds overwoog Mr. Justice Black dat 'arbitrators *cannot sever all their ties with the business world, since they are not expected to get all their income from their work deciding cases*',⁷⁹ anderzijds was de toon strenger: '[w]e can perceive *no way in which the effectiveness of the arbitration process will be hampered by the simple requirement that arbitrators disclose to the parties any dealings that might create an impression of possible bias*' (curs. PR).⁸⁰ Onder verwijzing naar onder meer (R-18 van) de AAA Commercial Arbitration Rules en de overweging dat 'if a litigant could show that a foreman of a jury or a judge in a court of justice

74 IBA Guidelines 2014, par. 3.4.2. Vgl. IBA Guidelines 2004, par. 3.4.2 waarin de woorden 'within the past three years' staan opgenomen.

75 Reeds in 1892 zouden Canadese rechters een arbitraal vonnis hebben vernietigd, omdat één van de arbiters 'was a canvassing agent for an agent of the defendants' (*Vineberg/The Guardian, Fire Assurance Co.*), (1892) 19 O.A.R. 293 (bron van de uitspraak en de geciteerde woorden: Supreme Court of Canada 1 november 1954 (*Szilard/Szasz*), [1955] SCR 3).

76 U.S. Supreme Court 18 november 1968 (*Commonwealth Coatings Corp./Continental Cas. Co.*), 393 U.S. 145. Zie over de uitspraak ook bijv. Born 2021a, p. 1897-1901; Redfern & Hunter 2015, nr. 4.104; Waincymer 2012, p. 300; Luttrell 2009, p. 143; Lew, Mistelis & Kröll 2003, nr. 11.45; Bishop & Reed 1998, p. 417.

77 U.S. Supreme Court 18 november 1968, 393 U.S. 145.

78 Vgl. U.S. Court of Appeals for the Eighth Circuit 31 maart 1995 (*Olson/Merrill Lynch, Pierce, Fenner & Smith, Inc.*), 51 F.3d 157: '(...) Because the concurring opinion presents an arguably narrower standard and the votes of concurring Justices White and Marshall were needed to create a majority, there is some uncertainty among the courts of appeals about the holding of *Commonwealth Coatings* (...)'. Zie ook bijv. Glick 1997, p. 94.

79 Vgl. de volgende overweging in de Concurring Opinion van Justice White: 'Of course, an arbitrator's business relationships may be diverse indeed, involving more or less remote commercial connections with great numbers of people'.

80 U.S. Supreme Court 18 november 1968, 393 U.S. 145.

had, unknown to the litigant, any such relationship, the judgment would be subject to challenge' werd de knoop doorgemaakt: hoewel het gerecht aangaf dat verzoeker niet had betoogd dat de voorzitter 'was actually guilty of fraud or bias in deciding this case', en ook het gerecht hier niet vanuit leek te gaan - '(...) we have no reason, apart from the undisclosed business relationship, to suspect him of any improper motives'⁸¹ - volgde vernietiging van het arbitraal vonnis. Ieder gerecht moest nu eenmaal niet alleen 'unbiased' zijn, maar ook 'avoid even the appearance of bias', aldus het Supreme Court.⁸²

In 1981 volgde een vergelijkbaar eindoordeel van het Supreme Court van New Jersey dat een door een driedelig scheidsgerecht gewezen arbitraal vonnis vernietigde op grond van de omstandigheid dat één van de partij-arbiters tijdens de arbitrage nauwe financiële banden onderhield met de partij die hem had benoemd.⁸³ Twee transacties die tijdens de arbitrage waren verricht, sprongen (negatief) in het oog: enerzijds was sprake van bestratingswerkzaamheden die door het bedrijf van de arbiter waren verricht voor de benoemende partij en waarvoor door de onderneming van de arbiter \$ 25.215,84 in rekening was gebracht, anderzijds ging het om een lopende transactie met betrekking tot bestratingswerkzaamheden die door de onderneming van de arbiter voor een dochteronderneming van de benoemende partij waren verricht en waarvoor de in rekening gebrachte kosten tot \$ 43.005,78 opliepen.⁸⁴ Het gerecht overwoog: '[t]his relationship creates too great an *appearance* of partiality to be permitted. An arbitrator cannot, if challenged by the other side, be allowed to participate in the resolution of a dispute when such a manifest conflict of interest exists'.⁸⁵ Niet eens 'most objectionable' voor het gerecht was dat de arbiter over deze banden geen mededeling had gedaan, maar juist 'the existence of these relationships where the opposing party has raised a timely objection'.

Hoewel het oordeel van de twee arresten aan duidelijkheid weinig te wensen overlaat - ook een voormalige adviesrelatie levert strijd op met de verplichting tot arbitrale onafhankelijkheid en onpartijdigheid - en vandaag de dag door (lagere) Amerikaanse gerechten nog steeds naar de uitspraak van het hoogste rechtsorgaan

81 U.S. Supreme Court 18 november 1968, 393 U.S. 145.

82 U.S. Supreme Court 18 november 1968, 393 U.S. 145. Vgl. de Concurring Opinion van Justice White: '(...) it does mean that arbitrators are not automatically disqualified by a business relationship with the parties before them if both parties are informed of the relationship in advance, or if they are unaware of the facts but the relationship is trivial. I see no reason automatically to disqualify the best informed and most capable potential arbitrators'.

83 U.S. Supreme Court of New Jersey 28 mei 1981 (*Barcon Associates/Tri-County Asphalt Corp.*), 86 N.J. 179 (bron van de uitspraak: American Bar Association/College of Commercial Arbitrators, Annotations to the Code of Ethics for Arbitrators in Commercial Disputes, p. 7-8; www.finra.org/sites/default/files/ArbMed/p123778.pdf).

84 Vgl. U.S. Supreme Court of New Jersey 28 mei 1981, 86 N.J. 179: 'The basis of Tri-County's counterclaim was the business dealings that Spatz had with Barcon in 1977 throughout the pendency of the arbitration proceedings. Tri-County contended that Spatz "transgressed into the realm of 'evident partiality' when he failed to disclose" these dealings'.

85 Het hof wees voorts op de woorden van het 'trial court' dat onder meer had overwogen: '(...) the line between the acceptable general predisposition of attitude permitted in the case of a party-designated arbitrator and impermissible bias or partisanship (or the appearance thereof) is crossed when the arbitrator is involved in active and significant business dealings with a party during the pendency of the arbitration proceedings. (...)'.

wordt verwezen, is het oordeel niet gevrijwaard van kritiek.⁸⁶ Ik vraag mij af of dit (absolute) uitgangspunt in alle gevallen wenselijk is. Hoewel het aanhouden van één lijn aantrekkelijk lijkt, voorkomt een dergelijk uitgangspunt dat onder bepaalde omstandigheden tot een ander oordeel kan worden gekomen, hetgeen de vraag kan oproepen of het middel (vernietiging of wraking van de arbiter) niet erger is dan de kwaal; onder omstandigheden zou enig 'maatwerk' niet verkeerd (kunnen) zijn. Ik denk aan gevallen waarin de adviesrelatie in een ver(der) verleden heeft plaatsgevonden en er geen aanwijzingen zijn dat nu nog sprake is van banden tussen de arbiter en de partij, dan wel aan gevallen waarin sprake is van een (ver)band met een relatief verwaarloosbaar geldelijk belang en er eveneens geen aanwijzingen zijn dat vandaag de dag nog sprake is van een band tussen de arbiter en de partij. Ter illustratie van een afweging aan de hand van de omstandigheden van het geval wijs ik op de 'Concurring Opinion' van Justice White bij de hiervoor besproken *Commonwealth Coatings Corporation*-uitspraak. In deze 'Opinion' legde de rechter de nadruk op de aanwezigheid van een 'substantial interest': hoewel een arbiter 'cannot be expected to provide the parties with his complete and unexpurgated business biography', viel de toets uiteindelijk negatief voor de voorzitter van het scheidsgerecht uit: '(...) it is enough for *present purposes* to hold, as the Court does, that where the arbitrator has a substantial interest in a firm which has done more than trivial business with a party, that fact must be disclosed' (curs. PR).⁸⁷

233. Invulling aan de hand van (scheids)rechterlijke uitspraken: de verrichte dienst leidt in casu niet tot arbitrale vooringenomenheid

Een andere uitspraak is afkomstig van twee niet-gewraakte ICSID-arbiters uit juni 1982.⁸⁸ In het kader van een ICSID-procedure zou de Staat Indonesië hebben geprobeerd de partij-arbiter van Amco te wraken nadat deze arbiter schriftelijk had medegedeeld dat onder meer sprake was geweest van 'a business relationship' tussen zijn kantoor en het advocatenkantoor dat Amco vertegenwoordigde.⁸⁹ Deze zakelijke relatie zou er onder meer uit bestaan dat de arbiter - voorafgaande aan diens benoeming, maar nadat de arbitrage was begonnen - de voornaamste aandeelhouder van Amco in 1982 had voorzien van 'a limited amount of tax advice' (in ruil voor een 'fee' van 450 Canadese Dollars).⁹⁰ Hoewel de twee niet-gewraakte arbiters het belang van 'an

86 Zie nader bijv. U.S. Court of Appeals for the Fifth Circuit 18 januari 2007 (*Positive Software Solutions, Inc./New Century Mortgage Corp. c.s.*), 476 F.3d 278; U.S. Court of Chancery of Delaware, New Castle County 4 november 1999 (*Beebe Medical Center, Inc./Insight Health Services Corp.*), 751 A.2d 426; 'Federal courts have struggled over the meaning and application of *Commonwealth Coatings*, principally because of the unusual nature of Justice White's concurrence in which he purported to join the majority opinion while delimiting its application'; U.S. Court of Appeals of Arizona, Division One, Department C 1 mei 1997 (*Wages/Smith Barney Harris Upham & Co.*), 188 Ariz. 525. Vgl. Luttrell 2009, p. 143-144.

87 Concurring Opinion Justice White bij U.S. Supreme Court 18 november 1968, 393 U.S. 145.

88 ICSID 24 juni 1982, nr. ARB/81/1 (*Amco Asia Corporation c.s. v. Indonesië*), 'Decision on the Proposal to Disqualify an Arbitrator' (bron van de uitspraak en de informatie: Daele 2012, vn. 4 (nr. 1.004); Tupman 1989, p. 44-45, zie ook bijv. Waincymmer 2012, Appendix 1 bij hoofdstuk 5).

89 ICSID 24 juni 1982, nr. ARB/81/1.

90 Ook zou voordat de arbitrage was begonnen sprake zijn van 'a profit sharing arrangement' tussen het advocatenkantoor van de arbiter en het advocatenkantoor dat optrad voor Amco (bron van de informatie: ICSID 3 oktober 2001, nr. ARB/97/3 (*Compañía de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal S.A. v.*

absolute impartiality' van alle leden van het scheidsgerecht zouden hebben onderstrept, zouden zij (ook) van mening zijn geweest dat 'an arbitrator cannot be disqualified "for the only reason that some relationship existed between that person and a party, whatever the character - even professional - or the extent of said relations"'.⁹¹ In de ogen van de arbiters zou het verstrekken van het juridische advies door iemand die nooit een 'regular counsel' van de benoemende partij was geweest als 'minor' te kwalificeren zijn, en had deze omstandigheid 'no bearing on the reliability of the arbitrator; nor could the links between the two law firms "create any psychological risk of partiality"'.⁹² Er zou dan ook geen sprake zijn van een 'manifest' gebrek aan onafhankelijkheid van de arbiter, en het wrakingsverzoek van Indonesië werd afgewezen.⁹³ Interessant is de nadruk die op het verband tussen de arbiter en de partij wordt gelegd en de verwijzing naar de geloofwaardigheid van de bewuste arbiter, hetgeen een gezichtspunt lijkt te zijn dat vaker in ICSID-uitspraken naar voren komt (vgl. nr. 288).

Tot een vergelijkbaar oordeel kwam het Amerikaanse Court of Appeals for the Second Circuit dat in augustus 2004 het oordeel van het District Court for the Southern District van New York overnam.⁹⁴ Het District Court had onder meer overwogen dat de omstandigheid dat een partij-arbiter voorafgaande aan de AAA-arbitrage als 'expert witness' voor de benoemende partij had opgetreden geen grond opleverde voor de vernietiging van het arbitraal vonnis: de arbiter 'had no interest' in de uitkomst van de arbitrage en '[n]othing about the relationship provides strong evidence of partiality by the arbitrator that would justify vacating the award', aldus het hof.⁹⁵ Hoewel het gezichtspunt van belang hebben bij een bepaalde uitkomst van

The Argentine Republic), 'Decision on the Challenge to the President of the Committee', par. 21). Vgl. SCC Arbitration nr. 068/2010 waarin door gedaagde - met succes - werd geprobeerd de partij-arbiter van eiser te wraken; gedaagde betoogde onder meer dat de arbiter 'had personally advised the claimant's largest shareholder in respect of its joint tender offer for the shares in the claimant during the period when events relevant in the arbitration occurred' (bron van de informatie en de geciteerde woorden: Lindström 2010, p. 17-19 (Case 6), zie ook: Waincymer 2012, vn. 301 (p. 302)).

91 ICSID 24 juni 1982, nr. ARB/81/1 (bron van de geciteerde woorden: Tupman 1989, p. 45).

92 ICSID 24 juni 1982, nr. ARB/81/1 (bron van de geciteerde woorden: ICSID 3 oktober 2001, nr. ARB/97/3, par. 21).

93 ICSID 24 juni 1982, nr. ARB/81/1 (bron van de informatie: Tupman 1989, p. 45).

94 U.S. Court of Appeals for the Second Circuit 3 augustus 2004 (*Lucent Technologies Inc. & Lucent Technologies Grl LLC/Tatung Co.*), nr. 03-7741.

95 U.S. Court of Appeals for the Second Circuit 3 augustus 2004, nr. 03-7741. Vgl. ICSID 11 oktober 2005, nr. ARB/05/07 (*Saipem S.p.A. v. The People's Republic of Bangladesh*), 'Decision on Proposal for Disqualification' (niet gepubliceerd) waarin door de Staat Bangladesh werd geprobeerd om de partij-arbiter van eiseres te wraken op grond van onder meer de omstandigheid dat de arbiter 'professional contacts' had onderhouden met de advocaat van eiseres alsook een 'financial and economic relationship'; eiseres voerde aan dat de band met de advocaat 'was limited to providing expert advice in two ICSID arbitrations on specific legal matters, which bore no connection with the pending proceedings'. De twee niet-gewraakte ICSID-arbiters zouden het wrakingsverzoek hebben afgewezen op grond van onder meer de omstandigheid dat de arbiter geen band had met één van de partijen in de arbitrage (bron van de uitspraak, de informatie en de geciteerde woorden: Daele 2012, nrs. 6.049-6.050). Vgl. SCC Arbitration nr. 2013/192 waarin gedaagde de voorzitter van het scheidsgerecht probeerde te wraken op grond van de omstandigheid dat de arbiter in het verleden - volgens gedaagde: 'three times in the past five years' - had opgetreden als 'expert witness' voor het advocatenkantoor van eiseres en dat de arbiter hier 'significant fees' voor had ontvangen. De omstandigheid dat de arbiter dit niet had medegedeeld, zou moeten worden gezien als een 'aggravating factor', aldus gedaagde. Eiseres antwoordde dat geen sprake was van een 'ongoing consultancy relationship' was en dat ook geen sprake was van 'economic dependency between his firm and the chairperson'. Hierbij wees eiseres op de omstandigheid dat de voorzitter voormalig rechter was en

de arbitrage in het kader van de categorie van de verticale band voor de hand ligt, wordt dit niet altijd even expliciet genoemd, hetgeen de uitspraak van het Court of Appeals interessant maakt.

Interessant is daarnaast een procedure die zich ten overstaan van het Court of Appeals for the Fifth Circuit afspeelde in het kader waarvan gedaagde probeerde om de tenuitvoerlegging van een arbitraal vonnis tegen te houden; het arbitraal vonnis was in februari 1974 in het kader van een geschil rondom een 'petroleum development agreement' in het voordeel van de Staat Ethiopië gewezen.⁹⁶ Gedaagde betoogde onder meer dat de voorzitter van het driedelige scheidsgerecht betrokken was geweest bij het ontwerpen van een nieuw burgerlijk wetboek voor Ethiopië (van 1954 tot 1958), waarvoor de arbiter ook betaald had gekregen. Gelet op het feit dat het wetboek in 1960 was gepubliceerd, waarna de arbiter 'in no capacity' meer voor de regering van Ethiopië had opgetreden, ging het hof aan het bezwaar van gedaagde tegen de arbiter voorbij.⁹⁷ Hoewel het betoog van gedaagde van tafel wordt geschoven, wordt hiermee wel een interessant punt aangesneden. Op het moment dat een arbiter in opdracht een bepaald inhoudelijk advies heeft uitgebracht en vervolgens deel uitmaakt van een scheidsgerecht dat uitspraak zal doen in een procedure waarin de opdrachtgever partij is, kan men zich niet alleen de vraag stellen in hoeverre de arbiter onbevangen is ten opzichte van deze partij, maar ook ten opzichte van het gegeven advies (mits dit advies een rol speelt in de procedure).⁹⁸ Hoewel de arbiter in de hiervoor besproken uitspraak het advieswerk tegen betaling had verricht, stond deze omstandigheid er voor het hof niet aan in de weg om tot het oordeel te komen dat geen sprake was van arbitrale vooringenomenheid. Gelet op hetgeen in andere (scheid)s rechterlijke uitspraken naar voren kwam, is dit geen opvallend oordeel. Het zou mijns inziens ook wel (te) ver gaan dat een arbiter die zich in opdracht van een staat over een bepaald (wetgevings)vraagstuk heeft gebogen nimmer meer in een arbitrage waarin die staat één van de partijen is zou mogen worden benoemd. Ik pleit opnieuw voor maatwerk: gekeken zou moeten worden naar vragen als hoe lang geleden het is dat het advies is gegeven, of de arbiter sindsdien nog ander (advies)werk voor de staat heeft gedaan,⁹⁹ en hoe groot de vijver van beschikbare arbiters voor het advies was (vgl. par. 6.4.3). De omstandigheid dat een arbiter zich in de arbitrage zal buigen over (een deel van) het advies dat hij

het 'unsurprising' zou zijn 'that he would be engaged as an expert and consultant by various law firms'. De SCC Board wees het wrakingsverzoek toe (bron van de informatie: Havedal Ipp & Burova 2016, p. 8).

96 U.S. Court of Appeals for the Fifth Circuit 13 september 1976 (*Imperial Ethiopian Government/Baruch-Foster Corp.*), 535 F.2d 334 (bron van de uitspraak: Tupman 1989, p. 47).

97 U.S. Court of Appeals for the Fifth Circuit 13 september 1976, 535 F.2d 334.

98 In het laatste geval zou men kunnen denken aan een bepaalde vorm van intellectuele vooringenomenheid; deze situatie houdt eerder verband met de factor van het *issue conflict* (zie par. 6.5).

99 Het Oberlandesgericht Hamm overwoog in juli 2002 dat, nu de 'geschäftlichen Beziehungen' tussen een unus-arbiter en één van de partijen 'zu lange zurück' gingen, het in dit verband 'deshalb auch ohne Bedeutung [ist, PR], ob es sich um einen einmaligen oder mehrmalige geschäftliche Kontakte handelte', zie: OLG Hamm 22 juli 2002, nr. 17 SchH 13/01 (bron van de uitspraak: Born 2021a, vn. 1380 (p. 2003); Münchener Kommentar zur ZPO, ZPO § 1036, vn. 140 (nr. 35) (online, 5. Auflage 2017); vindplaats van de uitspraak: DIS Datenbank). Vgl. SCC Arbitration nr. 2014/104 waarin eiseres probeerde de partij-arbiter van gedaagde te wraken op de grond dat de arbiter gedaagde van juridisch advies had voorzien in het verleden. Gedaagde verweerde zich met de stelling dat de arbiter gedaagde zo'n zeven jaar geleden in niet-gerelateerde zaken had vertegenwoordigd 'and has not been retained by the respondent since then'. De SCC Board verwierp het wrakingsverzoek (bron van de informatie: Havedal Ipp & Burova 2016, p. 7).

zelf heeft uitgebracht, vind ik minder gelukkig.¹⁰⁰ In paragraaf 6.5, in het kader van de bespreking van de factor van het *issue conflict*, zal deze vorm van (mogelijke) arbitrale vooringenomenheid worden besproken.

234. Een eerste observatie en het belang van het bekend zijn met het (dienst)verband

Op basis van de voorgaande (scheids)rechterlijke uitspraken zou men tot de observatie kunnen komen dat het in het verleden verrichten van één of meer diensten geen aanleiding hoeft te geven tot twijfels aan de arbitrale onafhankelijkheid en onpartijdigheid.¹⁰¹ Deze stelling vindt bevestiging in rechterlijke uitspraken waarin is geoordeeld dat sprake was van verwerking van (wrakings- of vernietigings)recht. Ter illustratie kan worden gewezen op hetgeen het Cour d'appel van Parijs in februari 2007 overwoog in het kader van een vernietigingsprocedure waarin werd geprobeerd een door een scheidsgerecht van de 'Chambre Arbitrale Maritime' gewezen arbitraal vonnis te laten vernietigen op grond van onder meer de omstandigheid dat één van de drie arbiters in het verleden voor (een voorganger van) gedaagde werkzaam was geweest. Het hof overwoog: '(...), considérant que cette liste, par ailleurs publiée sur le site internet de la Chambre, contient le nom de [betreffende arbiter, PR] avec cette mention ex directeur commercial CGM; qu'en [sic, PR] conséquence la situation critiquée, notoire dans la profession maritime, avait été portée à la connaissance de la société Worms; (...)'¹⁰²; que, par suite, en ne soulevant pas la question de l'indépendance des arbitres, alors que cela lui était possible, Worms a renoncé à s'en prévaloir; qu'en conséquence, le premier moyen doit être rejeté' (curs. PR).¹⁰³ Interessant is dat het hof de nadruk legt op de omstandigheid dat de informatie over het arbeidsverleden van de arbiter op de website van het arbitrage-instituut stond. Interessant is ook de overweging dat het gaat om een bekend ('notoire') verschijnsel in de wereld van het maritieme beroep. Nu deze vijf woorden enigszins in de lucht lijken te zweven,

100 Vgl. hetgeen de Rechtbank Arnhem in november 2005 overwoog: 'het enkele feit' dat de partij-arbiter van Dentre's tevens accountant was van X die met Y een maatschap was aangegaan die met ingang van 31 maart 1993 was voortgezet door Dentre's en Biodent waarna, in het kader van de beëindiging van deze maatschap, door deze partijen een arbitrageprocedure was gevoerd, en in die hoedanigheid door de maatschap was geïnformeerd over zaken die 'mede' de maatschap aangingen 'onvoldoende' was om te concluderen dat de arbiter 'niet onpartijdig dan wel onafhankelijk heeft kunnen oordelen in de arbitrale procedure', zie: Rb. Arnhem 9 november 2005, ECLI:NL:RBARN:2005:AV0525, r.o. 4.13 jo. r.o. 2.1.

101 De president van de Rechtbank Arnhem wees in juli 1991 daarentegen een wrakingsverzoek toe dat was gericht tegen een arbiter die eerder als adviseur van één van de partijen had opgetreden en 'al een standpunt heeft ingenomen met betrekking tot de voortzetting van de samenwerking tussen Van W en D op grond van de onderhavige overeenkomst' (Rb. Arnhem (pres.) 25 juli 1991, TvA 1991, afl. 6, p. 231-232, zie over deze uitspraak ook bijv. Meijer 2016, p. 68).

102 '(...) qu'au demeurant l'arbitre avait cessé ses fonctions au sein de la CGM le 31 décembre 1982 soit 23 années avant de connaître le litige (...)'.

103 CA Parijs 22 februari 2007 (*société Worms services maritimes SA/société CMA-CGM SA*) (bron van de uitspraak: Castres Saint-Martin 2016, nr. 42; *Revue de l'Arbitrage* 2007, afl. 1, p. 142; bron van de geciteerde rechtsoverweging: via dalloz.fr). Vgl. Cour de cassation (chambre civile 2) 22 november 2001, nr. 99-15.163 (bron van de uitspraak: Castres Saint-Martin 2016, nr. 41). Vgl. CA Parijs 7 februari 2008, *Revue de l'Arbitrage* 2008, afl. 3, p. 502 (*société française de rentes et de financement Crédirente/Compagnie générale de garantie SA*): 'Mais considérant que la règle de l'estoppel fait obstacle à (...)'. (bron van de uitspraak: Castres Saint-Martin 2016, nr. 42). Zie voor een overzicht van (de toepassing van) het leerstuk 'estoppel' in de Franse jurisprudentie bijv. Racine 2008.

is het onduidelijk of het gerecht eiseres (indirect) een verwijt maakt dat zij op de hoogte had kunnen zijn dan wel of dit als zelfstandig argument dient ter onderbouwing van het eindoordeel. Wel is duidelijk dat het hof de nadruk legt op het 'bekend zijn met' het voormalige dienstverband. Anders gezegd, het oordeel impliceert dat men op de hoogte is van de omstandigheid dat in het verleden een dienst is verricht.

Op het moment dat dit *niet* het geval is, veranderen de zaken, zo zou men kunnen betogen. Ter illustratie kan worden gewezen op hetgeen het Amerikaanse Michigan Court of Appeals overwoog in december 1983.¹⁰⁴ Dit hof kwam, in lijn met het eerder besproken arrest van het Supreme Court van november 1968, onder meer tot het oordeel dat een arbiter mededeling had moeten doen van de omstandigheid dat hij eerder door één van de partijen voor 'consultive' diensten was betaald: de arbiter was voorzitter van de 'MEA Citizens Service Fee Review Committee', een driedelig comité dat was opgericht 'for the purpose of resolving internal union agency shop disputes', en had een bedrag van \$ 2.400,- ontvangen 'for his services'.¹⁰⁵ Het hof legde de nadruk op het belang van het zo volledig mogelijk informeren van de partijen en overwoog: '[t]he point is simply that the information should have been disclosed to them so that they could make that decision. The integrity of the arbitral process demands no less'.¹⁰⁶ Een vergelijkbaar oordeel was het Cour de cassation in april 1972 toegedaan; het gerecht verwierp een cassatieberoep dat tegen een arrest van het Cour d'appel van Parijs was gericht.¹⁰⁷ Dit hof had in het kader van een tenuitvoerleggingsprocedure een arbitraal beding nietig verklaard ('l'annulation du compromis d'arbitrage') 'pour erreur' daar één van de drie arbiters geen mededeling had gedaan over een 'importante consultation' aan de wederpartij waardoor 'le consentement donné par cette société à la désignation dudit arbitre a été vicié par l'ignorance de ce fait'.¹⁰⁸ Het Cour de cassation herhaalde hetgeen het hof had overwogen: '(...) que, par ces constatations et énonciations souveraines, (...), les juges du fond, loin de renverser la charge de la preuve, ont caractérisé l'erreur commise par la société des Galeries Lafayette sur la qualité substantielle de l'une des personnes choisies comme arbitre; (...)'.¹⁰⁹

104 Michigan Court of Appeals 5 december 1983 (*Albion Public Schools/Albion Education Association, MEA, NEA*), 344 N.W.2d 55 (bron van de uitspraak: Born 2021a, vn. 1536 (p. 2039)).

105 Michigan Court of Appeals 5 december 1983, 344 N.W.2d 55.

106 Michigan Court of Appeals 5 december 1983, 344 N.W.2d 55.

107 Cour de cassation (chambre civile 2) 13 april 1972, nr. 70-12.774 (*Consorts Ury/Galeries Lafayette*) (nationale arbitrage) (bron van de uitspraak: 'Annotations', art. 1456 CPC, Dalloz (online), zie ook bijv. Fadlallah & Hascher 2019, p. 157-158).

108 Cour de cassation (chambre civile 2) 13 april 1972, nr. 70-12.774.

109 Cour de cassation (chambre civile 2) 13 april 1972, nr. 70-12.774. Ook lijkt in dit verband gewicht toe te komen aan partijautonomie. Zo zou het ICC Court de benoeming van een door gedaagden aangedragen arbiter hebben geweigerd nadat eiser zich tegen benoeming van de arbiter had verzet (onder meer) nu de arbiter eiser in het verleden van juridisch advies had voorzien, zie: ICC Court, Case 4 (iv - Qualified Statement of Independence with objection) (bron van de informatie: Whitesell 2007, p. 24, zie ook bijv. Waincymer 2012, Appendix 1 bij hoofdstuk 5). De arbiter had ook aangegeven dat 'one of his partners was currently acting as a consultant for a subsidiary of one of the respondents'. Vgl. ICC Court, Case 1 (iii - Qualified Statement of Independence with no objection): hoewel gedaagde zich niet tegen benoeming van de kandidaat-arbiter zou hebben verzet, zou het ICC Court de benoeming van een arbiter hebben geweigerd die in zijn 'Statement of Independence' had aangegeven dat hij zes jaar bij de juridische afdeling van een dochteronderneming van één van eiseressen had gewerkt, en vervolgens gedurende vier jaren (tot 'one year prior to making his Statement of Independence') had gewerkt bij de juridische afdeling

Voorzichtigheid met (te) algemene observaties is geboden: de omstandigheden van het geval blijven van doorslaggevend belang. Treffend in dit verband zijn de punten of – in de woorden van het hof – ‘several varied factual patterns’ die het Court of Appeals van Washington in december 1971 opsomde om uitkomst te bieden bij de interpretatie van de disclosure-verplichting van de AAA Commercial Arbitration Rules in het kader van een ‘Prior business or financial relationship’.¹¹⁰ In de ogen van het hof was een dergelijke band niet ‘a necessarily disclosable circumstance’: het ging om ‘a case-by-case determination of how significant, regular, recent, or continuing such a relationship was or is’.¹¹¹ Voorkomen dient te worden dat een (partij-) arbiter een verlengstuk van één van de partijen wordt; de onafhankelijke en onpartijdige besluitvorming door de arbiter staat voorop. In dit verband kan ook worden gewezen op hetgeen het Cour d’appel van Parijs in oktober 1994 overwoog in het kader van een procedure waarin met succes vernietiging van een arbitraal vonnis werd gevorderd dat was gewezen in het kader van een medisch geschil, op grond van onder meer de omstandigheid dat de unus-arbiter ‘chef du service de clinique chirurgicale universitaire’ was in het ‘Centre hospitalier d’Amiens’ waar gedaagde ook ‘son activité professionnelle’ uitoefende.¹¹² Het hof benadrukte dat het bestaan van ‘relations professionnelles étroites et un lien de subordination au moins administratif et hiérarchique’ niet verenigbaar was met ‘la nécessaire indépendance et neutralité de l’arbitre’.¹¹³ Interessant is de koppeling die het hof met de ‘vereiste’ (‘nécessaire’) neutraliteit van de arbiter maakt. Illustratief, tot slot, is ook hetgeen het Tribunal fédéral overwoog in oktober 2001: ‘(...) une activité passée ne peut fonder une apparence de prévention que si l’on peut en déduire qu’il subsiste, au moment de l’arbitrage, un certain rapport économique ou affectif de nature à entraver l’arbitre dans sa liberté de décision’ (curs. PR).¹¹⁴

235. Een dubbelrol tijdens de arbitrage en een (dienstver)band na de arbitrage

Waar meerdere (scheids)rechterlijke uitspraken bekend zijn waarin een voormalige adviesrelatie een rol speelt, zijn mij weinig uitspraken bekend die zien op een dubbelrol van de arbiter. In dit verband wordt onder de term ‘dubbelrol’ verstaan: een arbiter is zowel arbiter als adviseur van één van de partijen. Slechts kan worden gewezen op hetgeen het Tribunal de grande instance van Parijs in januari 1988 overwoog; dat het een arbiter niet was toegestaan om tegelijkertijd zowel arbiter als

van een ‘indirect subsidiary’ van dezelfde eiseres (bron van de informatie en de geciteerde woorden: Whitesell 2007, p. 22, zie ook bijv. Daele 2012, nr. 6.029).

110 U.S. Court of Appeals of Washington, Division Two 23 december 1971 (*St. Paul Insurance Companies/Lusis*), 6 Wn. App. 20.

111 U.S. Court of Appeals of Washington, Division Two 23 december 1971, 6 Wn. App. 205.

112 CA Parijs 20 oktober 1994, *Revue de l’Arbitrage* 1996, afl. 3, p. 443 (*E. Richey/Warlaumont & Union des Assurances de Paris*) (bron van de uitspraak: Waincymer 2012, Appendix 1 bij hoofdstuk 5).

113 CA Parijs 20 oktober 1994, *Revue de l’Arbitrage* 1996, afl. 3, p. 443. Vgl. id. p. 443–444: ‘(...), sauf acceptation expresse des parties à l’arbitrage; Qu’on ne peut pas déduire de la seule mention de cette situation sur la lettre de convocation l’acceptation par M. Richey de cet état de fait et sa renonciation non équivoque à s’en prévaloir’.

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

'conseil' van één van de partijen te zijn, en dat deze omstandigheid aanleiding gaf om over te gaan tot 'récusation de l'arbitre'.¹¹⁵ In februari 1999 zou het Cour d'appel van Parijs daarnaast een arbitraal vonnis hebben vernietigd op grond van de omstandigheid dat één van de arbiters 'tenait la compatibilité' van één van de partijen, maar hierover geen mededeling had gedaan; het hof zou het vonnis hebben vernietigd 'au motif qu'un lien de subordination unissait cet arbitre à l'une des parties'.¹¹⁶ Het ICC Court, tot slot, zou een wrakingsverzoek hebben toegewezen dat tegen de partij-arbitrer van gedaagde ('a State Party') was gericht aangezien de arbitrer 'belonged to the State's legal advisory branch'.¹¹⁷ Hoewel deze informatie niet door de arbitrer was medegedeeld, stond deze wel in zijn curriculum vitae opgenomen. In het licht van hetgeen door overheidsrechters in dit verband is overwogen (nr. 232), roept de toewijzing van het verzoek bij mij de vraag op of verzoeker niet eerder op de hoogte was dan wel had kunnen zijn van deze omstandigheid, en of het ICC Court de mogelijkheid van (het opleggen van) een onderzoeksplicht op verzoeker heeft overwogen dan wel had moeten overwegen.

Wat nu wanneer een arbitrer een band met één van de partijen aangaat *nadat* arbitraal vonnis is gewezen (vgl. par. 3.3.3)? In dit verband is interessant hetgeen in een uitspraak van het Cour d'appel van Parijs uit december 1995 naar voren kwam: '[l]e fait qu'un arbitre soit devenu le conseil d'une partie plus de deux ans après la sentence critiquée ne démontre nullement que des liens aient pu exister à l'époque du premier arbitrage, ou auparavant, entre cette partie et cet arbitre, de nature à mettre en cause l'indépendance et l'impartialité de celui-ci' (curs. PR).¹¹⁸ Mijns inziens opmerkelijk is de stelligheid waarmee het hof overweegt dat de omstandigheid dat een arbitrer die meer dan twee jaren nadat het arbitraal vonnis is gewezen de advocaat van één van de partijen wordt op geen enkele manier aantoonbaar dat mogelijke banden hebben kunnen bestaan - 'aient pu exister' - tijdens de eerste arbitrage, zonder dat het hof dit nader toelicht.

Interessant is ook een andere zaak die zich bij het Cour d'appel van Parijs aandienende. In deze zaak boog het hof zich over het merkwaardige voorval dat de dag na het wijzen van het eerste arbitrale vonnis - 'le lendemain du prononcé de la sentence' - de voorzitter van het scheidsgerecht in dienst was getreden van de door het scheidsgerecht in het gelijkgestelde partij. Begin juli 1992 overwoog het hof dat deze omstandigheid bij de wederpartij niets anders dan 'un doute raisonnable sur l'indépendance d'esprit de cet arbitre [zou oproepen, PR], et à tout le moins justifier une demande de récusation'.¹¹⁹ Aangezien de arbitrage na het eerste vonnis was doorggegaan, overwoog

¹¹⁵ TGI Parijs 15 januari 1988, *Revue de l'Arbitrage* 1988, afl. 2, p. 318 (*société des Equipements industriels Stolz S.A./société Ets Letierce e.a.*) (bron van de uitspraak: Castres Saint-Martin 2016, nr. 66; Gaillard & Savage 1999, vn. 33 (nr. 1030), zie ook bijv. Waincymer 2012, Appendix 1 bij hoofdstuk 5).

¹¹⁶ CA Parijs 23 februari 1999 (*SARL Compagnie européenne pour l'amélioration de l'habitat/SA Sogebor*), 'inédit' (bron van de uitspraak: Henry 1999, nr. 3; bron van de informatie en de citaten: J.-C. Dubarry, *RTD Com.* 1999, p. 371, via: dalloz.fr).

¹¹⁷ ICC Court, Case 11 (Challenges accepted) (bron van de informatie en de geciteerde woorden: Whitesell 2007, p. 30, zie ook: Daele 2012, nr. 6.031).

¹¹⁸ CA Parijs 1 december 1995, *Revue de l'Arbitrage* 1996, afl. 3, p. 527-528 (samenvatting) (*Epoux Lafond/société Sofides*). Zie over deze uitspraak ook bijv. Clay 2001, p. 315; Fouchard 1996, p. 345.

¹¹⁹ CA Parijs 2 juli 1992, *Revue de l'Arbitrage* 1996, afl. 3, p. 410-411 (*société Raoul Duval/société Merkuria Sucden*), zie over deze uitspraak ook bijv. Castres Saint-Martin 2016, nr. 46; Born 2021a, vn. 1372 (p. 2001); Gaillard

het gerecht dat deze 'défaut d'indépendance' noodzakelijkerwijs zijn weerslag zou hebben op 'l'ensemble de la procédure arbitrale' en vernietigde het hof de twee arbitrale uitspraken van het tweede scheidsgerecht 'confirmant les premières décisions'.¹²⁰ Hoewel de uitkomst van het arrest weinig verrassend is - het daags nadat men (mede) arbitraal vonnis heeft gewezen bij de in het gelijk gestelde partij in dienst treden, is verdacht - roept de uitspraak ook nieuwe vragen op. Een dag nadat men (mede) arbitraal vonnis heeft gewezen, is wellicht wat snel, maar hoe te denken over een tijds-spanne van een paar weken of maanden? Speelt de specifieke kennis van de arbiter en/of de (beperkte) omvang van de sector nog een rol? En zou men anders oordelen als de arbiter bij de in het ongelijk gestelde partij in dienst was getreden?

236. Deelconclusie

Hiervoor stond de categorie van de verticale band centraal. Op basis van hetgeen in met name de IBA Guidelines 2014 en (scheids)rechterlijke uitspraken naar voren is gekomen, kunnen vijf vragen worden geformuleerd die een rol kunnen spelen in het kader van de beantwoording van de vraag in hoeverre een verticale band aanleiding kan geven tot twijfels aan de arbitrale onafhankelijkheid en onpartijdigheid. Allereerst dient te worden nagegaan i) wat het (financiële) belang is dat met de dienst is/was gemoeid,¹²¹ en ii) in opdracht van welke partij de dienst is verricht. Daarnaast is het van belang om duidelijkheid te hebben over de vragen iii) wanneer de bewuste dienst is verricht,¹²² iv) hoe lang geleden de dienst is verricht,¹²³ en v) of het gaat om één of meer verrichte diensten.

& Savage 1999, vn. 35 (nr. 1030). Vgl. Castres Saint-Martin 2016, nr. 46. Vgl. ICSID nr. ARB/72/1 (*Holiday Inns S.A. c.s. v. Morocco*) waarin meer dan vier jaar nadat het ICSID-scheidsgerecht was benoemd de partij-arbiter van eiseressen de voorzitter van het scheidsgerecht zou hebben geïnformeerd dat hij een 'outside director' van één van eiseressen was geworden. De arbiter zou hebben aangegeven dat hij zich als arbiter zou willen terugtrekken, maar hieraan wel de voorwaarde hebben verbonden dat eiseressen zijn opvolger zouden benoemen. De twee andere arbiters zouden deze voorwaarde als 'improper' hebben aangemerkt en 'they also decided to withhold the Tribunal's consent to the resignation'. Uiteindelijk zou de voorzitter van de ICSID Administrative Council zijn overgegaan tot de benoeming van een nieuwe arbiter (bron van de uitspraak, de informatie en de geciteerde woorden: Schreuer e.a. 2010, p. 1196; Tupman 1989, p. 44, zie over deze uitspraak ook bijv. Levine 2015, p. 285; Markert 2010, vn. 93 (p. 256)).

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

121 Vgl. SCC Arbitration nr. 080/2004 waarin de SCC Board een wrakingsverzoek van eisers verwierp dat tegen de partij-arbiter van gedaagde was gericht 'despite the arbitrator regularly advising the respondent and deriving a significant portion of his income from respondent' (bron van de informatie en de geciteerde woorden: Markert 2010, vn. 92 (p. 256), onder verwijzing naar literatuur).

122 Vgl. OLG Hamburg 12 juli 2005, nr. 9 SchH 1/05, r.o. 3.b), *SchiedsVZ* 2006, afl. 1, p. 56: '(...) Es kommt hinzu, dass, wie der Schiedsrichter Dr. T. ausdrücklich betont, in der Vergangenheit eine ständige Rechtsberatung der Schiedsbeklagten durch eine seiner früheren Sozietäten nicht stattgefunden hat und ein rechtlicher oder wirtschaftlicher Zusammenhang zwischen der früheren Beratungstätigkeit und dem Gegenstand des Schiedsgerichtsverfahrens nicht besteht. (...)' (bron van de uitspraak: Froitzheim 2016, vn. 1136 (nr. 545)).

123 Vgl. U.S. Court of Appeals for the Ninth Circuit 20 mei 1991 (*Employers Insurance/National Union Fire Insurance Co.*), 933 F.2d 1481.

6.3.3 De horizontale band: een gezamenlijk belang

237. Opbouw

Hieronder staat de categorie van de zgn. 'horizontale' band centraal. Deze categorie heeft, kort gezegd, betrekking op de situatie waarin een arbiter een bepaalde band met één van de partijen onderhoudt - de arbiter kan (voormalig) bestuurder van de onderneming zijn¹²⁴ en/of bezit aandelen hierin - waardoor de beide actoren een financieel belang (kunnen) hebben bij een bepaalde uitkomst van de arbitrage. Hieronder zal worden besproken op welke wijze aan deze band aandacht is besteed in arbitrale wet- en regelgeving (nr. 238), en (scheids)rechterlijke uitspraken (nrs. 239-241).

238. Invulling: enige arbitrale regelgeving

De bespreking van de arbitrale wetgeving in onderhavig verband is, evenals het geval was bij de verticale band, kort: geen van de vier wetgevers heeft in een bepaling voorzien die betrekking heeft op de horizontale band. Ook in de reglementen van de vier arbitrage-instituten van onderzoek staat hierover geen bepaling opgenomen. Evenals bij de verticale band kunnen wel enige aanwijzingen worden gevonden in de ICC 'Note to Parties and Arbitral Tribunals on the Conduct of the Arbitration' 2021, waarin staat dat iedere (kandidaat-)arbiter mededeling dient te doen over de omstandigheid dat hij/zij 'or his or her law firm acts or has acted on behalf of one of the parties or one of its affiliates as director, board member, officer, or otherwise'.¹²⁵ Daarnaast komt in de IBA Guidelines 2014 een aantal relevante bepalingen naar voren. Zo staat op de 'Non-Waivable Red List' de omstandigheid: '[t]he arbitrator is a manager, director or member of the supervisory board, or has a controlling influence on one of the parties or an entity that has a direct economic interest in the award to be rendered in the arbitration'.¹²⁶ In het kader van de 'Waivable Red List' komt enerzijds een situatie naar voren die ziet op een (in)direct belang dat de arbiter kan hebben door middel van het bezit van aandelen: '[t]he arbitrator holds shares, either directly or indirectly, in one of the parties, or an affiliate of one of the parties, this party or an affiliate being privately held'.¹²⁷ Anderzijds staat een variatie op de bovengenoemde paragraaf op de 'Non-Waivable Red List' die betrekking heeft op de (mogelijke) invloed die een arbiter kan uitoefenen op één van de partijen: '[t]he arbitrator is a manager, director or member of the supervisory board, or has

124 Deze situatie is te onderscheiden van een voormalig dienstverband nu het in het kader van de horizontale band gaat om een gezamenlijk belang, terwijl de verticale band een bepaalde hiërarchie veronderstelt. Vgl. Daele 2012, nr. 6.183: '(...) For the challenge to be successful, the relationship should be of the level of an employment, directorship, consultancy or management function (...)'.
 125 ICC, Note to Parties and Arbitral Tribunals on the Conduct of the Arbitration, 1 januari 2021, par. 27.
 126 IBA Guidelines 2014, par. 1.2. De bepaling die in de Guidelines van 2004 stond, luidde als volgt: '[t]he arbitrator is a manager, director or member of the supervisory board, or has a similar controlling influence in one of the parties' (IBA Guidelines 2004, par. 1.2).
 127 IBA Guidelines 2014, par. 2.2.1. Deze bepaling komt inhoudelijk overeen met de inhoud van de bepaling in de Guidelines 2004, slechts is sprake van een tekstuele aanpassing: in plaats van het woord 'being' worden in de bepaling van de versie van 2004 de woorden 'that is' gebruikt, zie: IBA Guidelines 2004, par. 2.2.1.

a controlling influence in an affiliate⁴ of one of the parties, if the affiliate is directly involved in the matters in dispute in the arbitration'.¹²⁸ Op de 'Orange List', tot slot, staat een variatie op de paragraaf van de 'Waivable Red List' met betrekking tot aandelenbezit: '[t]he arbitrator holds shares, either directly or indirectly, that by reason of number or denomination constitute a material holding in one of the parties, or an affiliate of one of the parties, this party or affiliate being publicly listed'.¹²⁹

Buiten de methodologische reikwijdte van dit onderzoek, maar wel interessant, is daarnaast hetgeen naar voren komt in artikel 8 van de Zweedse Arbitragewet: een arbiter zal van zijn benoeming worden ontheven op het moment dat sprake is van een omstandigheid die het vertrouwen in de onpartijdigheid of onafhankelijkheid van de arbiter aantast, waaronder de omstandigheid wordt geschaard dat een arbiter de directeur is van een onderneming van één van de partijen in de arbitrage.¹³⁰ Interessant is ook hetgeen naar voren komt in de FINRA 'Code of Arbitration Procedure for Customer Disputes': eenieder die advocaat, account of 'other professional' is en wiens kantoor 'derived \$50,000 or more, or at least 10 percent of its annual revenue, in any single calendar year during the course of the past two calendar years' van bepaalde, in een aparte bepaling omschreven ondernemingen 'or from a bank or other financial institution where persons effect transactions in securities including government or municipal securities, commodities, futures, or options', komt niet voor benoeming als 'public arbitrator' in aanmerking.¹³¹ Tot slot kan worden gewezen op de disclosure-verplichting die in de Texas Statutes Civil Practice and Remedies Code 2021 naar voren komt: iedere kandidaat-arbiter dient mededeling te doen over de omstandigheid dat hij 'is or has been a party to the proceeding or an officer, director, or trustee of a party'.¹³²

128 IBA Guidelines 2014, par. 2.3.4. In voetnoot 4 staat: 'Throughout the Application Lists, the term 'affiliate' encompasses all companies in a group of companies, including the parent company'. De tekst van de bepaling in de versie van 2014 is ten opzichte van de bepaling van de versie van 2004 iets veranderd nu de bepaling van 2004 spreekt over 'a similar controlling influence' (par. 2.3.4). De bijbehorende voetnoot (nr. 5) is inhoudelijk niet gewijzigd, wel is sprake van een tekstuele aanpassing: in plaats van 'in a group' zijn de woorden 'in one group' gebruikt.

129 IBA Guidelines 2014, par. 3.5.1. Deze bepaling komt - afgezien van twee tekstuele wijzigingen (in de versie van 2004 wordt het woord 'which (by reason of)' gebruikt in plaats van het woord 'that', en zijn de woorden 'that is' gebruikt in plaats van de woorden 'this party or affiliate' (in de versie van 2014) na de laatste komma) - inhoudelijk overeen met de versie van 2004 (IBA Guidelines 2004, par. 3.5).

130 Art. 8 lid 2 Lag (1999:116) om skiljeförfarande t.o.m. SFS 2018:1954. In november 2007 overwoog de Zweedse Hoge Raad dat een band ex artikel 8 Arbitragewet ook kan worden aangenomen wanneer de arbiter geen rechtstreeks cliënten-contact ('direkt klientkontakt') met een partij in de arbitrage onderhoudt, arbitrageactiviteiten los van advocatenactiviteiten zijn verricht of indien het geschil dat in de arbitrage centraal stond betrekking had op andere onderwerpen dan waarop het cliënten-advies ('klientuppdraget') zag, zie: Högsta domstolen 19 november 2007, nr. T 2448-06 (A./Ericsson AB).

131 FINRA Code of Arbitration Procedure for Customer Disputes (m.i.v. 16 april 2007), 12100. Definitions - 'Temporary Disqualifications Based on the Activities of Others at a Person's Employer', par. 9. Een 'public arbitrator' wordt als volgt gedefinieerd: '(...) a person who is otherwise qualified to serve as an arbitrator, and is not disqualified from service as an arbitrator, as enumerated by any of the criteria below' (id. 12100. Definitions - (aa) Public Arbitrator).

132 Section 172.056 Texas Statutes Civil Practice and Remedies Code 2021, Title 7, Chapter 172 (vindplaats: via law.justia.com/codes/texas/2021/civil-practice-and-remedies-code).

239. Situatie 1: een gezamenlijke investering

In juni 1981 overwoog het District Court for the Southern District van New York: ‘(...) to vacate an award for “evident partiality” a reviewing court must find some *personal* interest on the part of an arbitrator, whether *pecuniary* or otherwise, that extends beyond any personal views on the merits of the matter before him or her’ (curs. PR).¹³³ Wat nu wanneer dit belang van de arbiter samenhangt met het belang van één van de partijen waardoor zij *allebei* een financieel belang hebben bij een bepaalde uitkomst van de arbitrage?¹³⁴

Hoewel de horizontale band minder vaak in (scheids)rechterlijke uitspraken lijkt voor te komen dan de verticale band, heeft een aantal (scheids)rechters zich desalniettemin over deze band uitgelaten. Zo komt in een aantal (scheids)rechterlijke uitspraken de vraag naar voren inzake de toelaatbaarheid van wat men zou kunnen aanduiden als een ‘gezamenlijke investering’: een arbiter heeft een bepaalde band met één van de partijen die eruit bestaat dat zij gezamenlijk een bepaalde investering hebben gedaan, zij het in onroerend goed en/of in het kader van een octrooiaanvraag.¹³⁵ Hoewel buiten de methodologische reikwijdte van dit onderzoek, wijs ik op een arrest dat door het Supreme Court van Canada is gewezen in november 1954.¹³⁶ In het kader van deze procedure boog het hoogste Canadese gerecht zich, kort samengevat, over de (vraag naar de) toelaatbaarheid van de gezamenlijke koop, ‘six months before’, door één van de arbiters met één van de partijen van onroerend goed,¹³⁷ tegen een koopprijs van 80.000,- Canadese Dollars, ‘part of which was secured by a mortgage and the balance paid equally’. Hoewel het Court of Appeal van Ontario geen bezwaar had gezien tegen deze gezamenlijke koop, kwam het Supreme Court tot een ander oordeel: ‘(...) it is not merely a case of joint ownership. Nor is it that we must be able to infer that the arbitrator “would not act in an entirely impartial manner”; it is sufficient if there is the basis for a reasonable apprehension of so acting’.¹³⁸ Evenals het Supreme Court in de *Commonwealth Coatings Corporation*-uitspraak had benadrukt (nr. 232), onderstreepte het gerecht dat het in casu voldoende

133 U.S. District Court for the Southern District of New York 9 juni 1981 (*Sidarma Societa Italiana di Arma-mento Spa/Holt Marine Industries, Inc. c.s.*), 515 F. Supp. 1302 (bron van de uitspraak: Born 2021a, vn. 802 (p. 1896)).

134 Vgl. U.S. District Court for the Southern District of New York 28 juni 2006 (*Applied Industrial Materials Corp./Ovalar Makine Ticaret Ve Sanayi A.S. c.s.*), nr. 05 CV 10540: ‘The commercial relationship between a company controlled by the arbitrator and one of the parties creates an obvious risk of partiality and creates an appearance of partiality on the part of the arbitrator, as Justices Black and White agreed’ (bron van de uitspraak: Born 2021a, vn. 1534 (p. 2039), zie voor het hoger beroep: U.S. Court of Appeals for the Second Circuit 9 juli 2007 (*Applied Industrial Materials Corp./Ovalar Makine Ticaret Ve Sanayi, A.S. c.s.*), 492 F.3d 132 waarover bijv. Luttrell 2009, p. 153).

135 Vgl. Castres Saint-Martin 2018, p. 174; Daele 2012, nr. 1.016. Vgl. de omschrijving die aan het begrip ‘Economic interest’ in de (oude) ABA Model Code of Judicial Conduct 2011 (‘Terminology’) wordt gegeven. Interessant is dat in het eerste voorstel Draft Joint Report on IBA Guidelines, dat tijdens het Wereldcongres in Durban (Zuid-Afrika) in oktober 2002 werd gepresenteerd, de woorden ‘proprietary interest in the issue at stake’ zouden zijn voorgesteld, zie: Wilke 2006, p. 225.

136 Supreme Court of Canada 1 november 1954 (*Szilard/Szasz*), [1955] SCR 3.

137 De omschrijving die door het Supreme Court werd gegeven, luidde: ‘(...) a large property consisting of three store buildings with dwelling quarters in upper storeys, having all told nine tenancies’.

138 Supreme Court of Canada 1 november 1954, [1955] SCR 3.

was dat een redelijk vermoeden aanwezig was dat sprake was van een niet 'entirely impartial' optreden door de arbiter.¹³⁹

Een voorbeeld van een zaak waarin een andere gezamenlijke 'investering' tegen het licht werd gehouden, speelde zich af ten overstaan van het Cour d'appel van Parijs. In maart 1995 overwoog dit hof dat de disclosure-verplichting ook gold in de situatie waarin een partij-arbiter en zijn benoemende partij in het verleden een octrooiaanvraag bij het 'Institut National de la Propriété Industrielle' hadden ingediend, en vervolgens samen een onderneming waren begonnen om (vijf) octrooien te gaan exploiteren waarna de partij 'a signé un contrat de licence exclusive d'exploitation de brevet et de savoir-faire' met een andere, nieuw opgerichte onderneming 'prévoyant le versement de redevances' gedurende een periode van zo'n negen maanden.¹⁴⁰ Het hof overwoog dat deze activiteiten 'n'ont pas eu un caractère de publicité suffisant pour dispenser A. [de arbiter, PR] de son obligation d'information, et l'exonérer du devoir de transparence inhérent à la fonction d'arbitre (...)'.¹⁴¹ Zelfs als deze activiteiten 'n'avaient aucun lien avec l'objet du litige opposant les parties' kwam het hof voor dat 'des rapports d'intérêts existaient lors de la signature du compromis désignant A. en qualité d'arbitre, entre celui-ci et une des parties' (curs. PR).¹⁴² Interessant is dat het hof de omstandigheid dat de activiteiten mogelijkwerwijs niet eens verband hielden met het onderhavige geschil(punt) van partijen minder zwaar lijkt te wegen dan de aanname dat reeds sprake was van een belangenverstrengeling tijdens de benoemingsfase. Deze laatste omstandigheid zou, op het moment dat deze bekend zou zijn geweest bij de wederpartij, leiden tot 'un doute raisonnable sur l'indépendance de l'arbitre, de sorte qu'elle eût pu, à tout le moins, justifier une demande de récusation', aldus het hof.¹⁴³ Het niet-mededelen kwam de arbiter en de hem benoemende partij duur te staan, aangezien het hof het arbitraal vonnis, dat door een driedig *ad hoc*-scheidsgerecht was gewezen, vernietigde.¹⁴⁴

De omstandigheid dat één van de arbiters vijf jaar geleden betrokken was geweest 'in a business dealing' met de toenmalige CEO van gedaagde vormde voor het District Court for the Middle District van Florida daarentegen geen aanleiding om tot vernietiging van het arbitraal vonnis over te gaan.¹⁴⁵ Het gerecht verweet eiseres onder meer dat zij 'has not met its burdens of demonstrating facts which would establish a

139 Supreme Court of Canada 1 november 1954, [1955] SCR 3. In maart 1962 zou de Appellate Division van het Supreme Court van New York daarentegen hebben geweigerd om een arbitraal vonnis te vernietigen dat was gewezen door een arbiter wiens onroerend goed-onderneming een aantal zakelijke relaties met één van de partijen onderhield, zie: Appellate Division of the New York Supreme Court 27 maart 1962 (*Cross Properties, Inc./Gimbel Bros.*), 15 App. Div. 2d 913 (bron van de uitspraak en de informatie: U.S. Court of Appeals of Washington, Division Two 23 december 1971 (*St. Paul Insurance Companies/Lusis*), 6 Wn. App. 205).

140 CA Parijs 23 maart 1995, *Revue de l'Arbitrage* 1996, afl. 3, p. 449 (*société Maec c.s./P. Mumbach*) (bron van de uitspraak: Born 2021a, vn. 1378 (p. 2003); Castres Saint-Martin 2016, nr. 66, zie ook bijv. Fadlallah & Hascher 2019, p. 172).

141 CA Parijs 23 maart 1995, *Revue de l'Arbitrage* 1996, afl. 3, p. 450.

142 CA Parijs 23 maart 1995, *Revue de l'Arbitrage* 1996, afl. 3, p. 450.

143 CA Parijs 23 maart 1995, *Revue de l'Arbitrage* 1996, afl. 3, p. 450.

144 CA Parijs 23 maart 1995, *Revue de l'Arbitrage* 1996, afl. 3, p. 450.

145 U.S. District Court for the Middle District of Florida 10 juni 1992 (*Austin South I, Ltd./Barton-Malow Co. and Aetna Casualty & Surety Co.*), 799 F. Supp. 1135.

reasonable impression of partiality in this case'.¹⁴⁶ In het kader van de inhoudelijke onderbouwing bracht het gerecht naar voren dat de arbiter slechts 'in a single attempted business venture' betrokken was geweest en 'did not realize any pecuniary gain from this brief contact, and the matter was *unrelated* to the business transactions at issue in the arbitration proceeding' (curs. PR).¹⁴⁷ Voorts eindigde de relatie 'immediately after the unsuccessful presentation' en de arbiter had 'no further contact' met gedaagde.¹⁴⁸ Interessant is dat het gerecht hier de gezichtspunten afloopt die door verschillende Amerikaanse gerechten zijn gebruikt ter invulling van de factor van het financieel belang (nr. 228). Daarnaast benadrukte het gerecht dat de arbiter 'in a timely manner' mededeling van 'his past brief relationship with Barton-Malow's former CEO' had gedaan¹⁴⁹; ook dit gezichtspunt komt in andere (scheids)rechterlijke uitspraken naar voren. In het licht van het voorgaande luidde het weinig verrassende eindoordeel dan ook: '[t]hese facts do not establish the "appearance of bias" necessary to vacate the arbitration award'.¹⁵⁰

240. Situatie 2: een duobaan

Naast een dubbelrol (nr. 235), kan een arbiter er ook een 'duobaan' op nahouden: men is niet alleen arbiter, maar bekleedt ook een leidinggevende positie bij één van de partijen. Deze omstandigheid, die op het eerste oog strijd oplevert met de verplichting tot arbitrale onafhankelijkheid en/of onpartijdigheid, komt slechts een enkele keer in (scheids)rechterlijke uitspraken naar voren. In lijn met hetgeen staat opgenomen in de IBA Guidelines 2014 over de betrokkenheid van een arbiter bij één van de partijen in de hoedanigheid van bijvoorbeeld directeur,¹⁵¹ kan ter illustratie worden gewezen op een procedure die ten overstaan van de Queen's Bench Division speelde. De 'managing director' van één van de partijen zou zichzelf tot arbiter hebben benoemd, maar zou vervolgens door het gerecht zijn vervangen op grond van artikel 23 Arbitration Act 1950.¹⁵² Daarnaast zou ook het ICC Court de benoeming van een arbiter hebben geweigerd nadat eiser zich tegen benoeming van de arbiter had verzet omdat de arbiter directeur bleek te zijn van een onderneming die de grootste aandeelhouder was van een onderneming die op haar beurt de grootste aandeelhouder was van de onderneming van gedaagde.¹⁵³

146 U.S. District Court for the Middle District of Florida 10 juni 1992, 799 F. Supp. 1135.

147 U.S. District Court for the Middle District of Florida 10 juni 1992, 799 F. Supp. 1135.

148 U.S. District Court for the Middle District of Florida 10 juni 1992, 799 F. Supp. 1135.

149 U.S. District Court for the Middle District of Florida 10 juni 1992, 799 F. Supp. 1135.

150 U.S. District Court for the Middle District of Florida 10 juni 1992, 799 F. Supp. 1135.

151 IBA Guidelines 2014, par. 1.2 en par. 2.3.4. Vgl. Daele 2012, nr. 6.183: '(...) key factors will be whether the arbitrator is actually involved in the management of the company and whether the company will derive substantial financial benefits from the outcome of the case'.

152 Queen's Bench Division 1966 (*Veritas Shipping Corp/Anglo-Canadian Cement Ltd*), [1996] 1 Lloyd's Rep 76 (bron van de uitspraak en de informatie: Luttrell 2009, vn. 16 (p. 32)).

153 ICC Court, Case 1 (ii - Unqualified Statement of Independence with objection) (bron van de informatie: Whitesell 2007, p. 21, zie ook: Daele 2012, nr. 6.024). Vgl. SCC Arbitration nr. 207/2009 waarin de SCC Board een wrakingsverzoek zou hebben toegewezen dat tegen de partij-arbiter van gedaagden was gericht. Eiser bracht onder meer naar voren dat de arbiter was gekozen als lid van 'the board of directors' van een grote onderneming 'in which a majority of the controlling interest was held by a party closely

241. Situatie 3: het bezit van aandelen door de arbiter

Een interessante vraag, tot slot, is de vraag in hoeverre het bezit door een arbiter van aandelen in één van de partijen strijd oplevert met de verplichting tot onafhankelijkheid en onpartijdigheid. In het verlengde van deze vraag kan men zich afvragen in hoeverre de hoeveelheid aandelen die de arbiter bezit een rol speelt. En wat is de kans dat de uitkomst van de arbitrage invloed kan hebben op deze waarde van deze aandelen?

Hoewel een aantal auteurs zich over deze vragen heeft uitgelaten,¹⁵⁴ zijn mij weinig (scheids)rechterlijke uitspraken bekend waarin deze vragen naar voren komen.¹⁵⁵¹⁵⁶ Wel heeft het Tribunal fédéral in maart 1985 enig licht op één van deze vragen geworpen door als volgt te overwegen: '[s]i, (...), l'arbitre X. devait effectivement s'attendre à supporter - en tant qu'actionnaire *important* de la société Y. - les conséquences financières d'une perte de procès par L., actuel intimé, cette circonstance serait propre, selon ce qui précède, à faire douter de l'entière indépendance de cet arbitre pour juger de la cause soumise au tribunal arbitral' (curs. PR).¹⁵⁷ Vrij vertaald: de omstandigheid dat een arbiter een belangrijke aandeelhouder ('actionnaire important') is in een onderneming die een bepaalde band met één van de partijen in de arbitrage heeft, is een omstandigheid die aanleiding geeft om te kunnen twijfelen aan de onafhankelijkheid van de arbiter, aldus het hoogste Zwitserse gerecht. Uit de uitspraak wordt echter niet duidelijk wanneer een arbiter als een 'belangrijk' aandeelhouder kan worden gekwalificeerd.

connected to' gedaagden (bron van de informatie en de geciteerde woorden: Lindström 2010, p. 12-14, zie ook bijv. Waincymmer 2012, Appendix 1 bij hoofdstuk 5).

154 Zie bijv. Froitzheim 2016, nr. 446; 'Falls ein Schiedsrichter an einer Partei beteiligt ist, kommt es bei Kapitalgesellschaften auf die Höhe der Beteiligung an'. In het geval van een zgn. 'Bagatell-Beteiligung' zou geen sprake zijn van een 'Ablehnungsrecht' (nr. 447); Daele 2012, nr. 6.183: '(...) important criteria will be (1) whether the company in which the shares are held is a public or a private company and (2) whether the shareholding is material. (...)'. Vgl. IBA Guidelines 2014, par. 2.2.1 en par. 3.5.1; Report of the Secretary-General, Analytical commentary on draft text of a model law on international commercial arbitration, A/CN.9/264, 25 maart 1985, p. 30.

155 Zie daarentegen bijv. U.S. District Court for the Eastern District of North Carolina 6 september 1977 (*Standard Tankers (Bahamas) Co./Motor Tank Vessel, AKTI*), 438 F. Supp. 153 waarin het gerecht, kort samengevat, overwoog dat de omstandigheid van het verkrijgen van 50 aandelen door de voorzitter van het scheids-gerecht (Stonebridge) op 7 december 1973 (waarna disclosure plaatsvond op 17 juni 1975) in Exxon Stock ('the sole stockholder of the charterer'), en het verkrijgen van 41 aandelen door de partij-arbiter (Smith) van eiseres ('charterer') op 30 april 1975 (waarna 'disclosure' plaatsvond op 11 juni 1975) eveneens in Exxon geen 'evident partiality' opleverde gelet op 'the vast number of shares issued' - 'greater than 226,000,000 shares outstanding' (bron van de uitspraak: Born 2021a, vn. 1373 (p. 2001); Luttrell 2009, p. 159). Vgl. North-Western District Federal Arbitrazh Court 7 oktober 2004, nr. A56-23577/04 waarin het gerecht een arbitraal vonnis zou hebben vernietigd, omdat de arbiters aandeelhouders waren van een onderneming die op haar beurt de enige aandeelhouder was van één van de partijen in de arbitrage (bron van de uitspraak en de informatie: Marisin & Sergeeva 2010, p. 163, zie ook Born 2021a, vn. 1372 (p. 2001)).

156 Een bekende uitspraak in dit verband - zij het in het kader van overheidsrechtspraak - is afkomstig van het House of Lords 29 juni 1952 (*Dimes/Grand Junction Canal*), [1852] 3 HL Cas 759 waarin een rechter een geschil tussen een onderneming en een landeigenaar had beslecht, maar achteraf bleek dat de rechter aandelen in deze onderneming had. Zie over de uitspraak bijv. Menon 2017, vn. 41 (p. 356); Hodges & Greenaway 2013, vn. 29 (nr. 15.23); Luttrell 2009, p. 32-33; Wilke 2006, p. 38.

157 Tribunal fédéral 14 maart 1985, 111 Ia 72, r.o. 2.a). Zie over deze uitspraak ook bijv. Kren Kostkiewicz 2019; Müller & Pearson 2019, p. 194; Oetiker 2018.

Buiten de methodologische reikwijdte van dit onderzoek, maar wel interessant, is daarnaast een uitspraak van het Oberlandesgericht Naumburg uit december 2001. Dit gerecht overwoog, in reactie op een wrakingsverzoek dat tegen een *unus-arbiter* was gericht die onder meer aandelen hield in een onderneming waarvan de 'Managing Partner' (ook) de 'Managing Director' van gedaagde was (hierna: X), dat het in casu ging om 'eine Publikumspersonengesellschaft', een 'rein kapitalistisch geprägte Personengesellschaft, an der der Schiedsrichter wie viele andere Gesellschafter nur teilnahm, um die für diese Art Beteiligung typischen Steuer- und Beteiligungsvorteile zu erlangen'.¹⁵⁸ Hoewel het gerecht onderkende dat sprake was van 'wirtschaftlichen Interessen' tussen de arbiter en X daar 'beide als Gesellschafter ihren Beteiligungszweck erfüllt sehen wollen', stond hiermee niet vast 'dass von den unternehmerischen Handeln' van X ook 'das wirtschaftliche Wohl des Schiedsrichters abhängen', aldus het gerecht.¹⁵⁹ Verzoekster had '[d]enn unternehmerische Befugnisse' van X 'bei dem Leitungsorgan' van de onderneming 'nicht glaubhaft gemacht'.¹⁶⁰ Het gerecht schoof dit bezwaar van verzoekster uiteindelijk dan ook van tafel met de woorden '[d]as begründet bei vernünftiger Betrachtung keine Zweifel an der Unbefangenheit des Schiedsrichters'.¹⁶¹ Interessant is de nadruk die het gerecht legt op de omstandigheid dat sprake was van bezit van aandelen in een onderneming met 'viele' (andere) aandeelhouders. Hoewel het gerecht ervan uitging dat de arbiter een bepaald (economisch) belang had, weigerde het de gevolgtrekking te maken dat het handelen van X ook daadwerkelijk invloed zou hebben op 'das wirtschaftliche Wohl' van de arbiter.

Het gezichtspunt dat sprake moet zijn van een (zeker) verband tussen de uitkomst van de arbitrage en de waarde van de aandelen komt eveneens, zij het zijdelings, naar voren in een uitspraak van de Rechtbank Noord-Nederland uit november 2014. Deze rechtbank weigerde over te gaan tot vernietiging van een arbitraal vonnis op grond van de niet-medegedeelde omstandigheid dat één van de drie arbiters tijdens de *ad hoc*-arbitrage als onderzoeker van het Kiwa Water Research Watercycle Research Institute (hierna: KWR) betrokken was geweest bij het opstellen van een rapport waarbij 'net als in de arbitrageprocedure' onderzoek was verricht naar achtergrondverdroging in een bepaalde omgeving, terwijl gedaagde aandeelhouder van KWR was en medefinancier van het onderzoek.¹⁶² In dit verband overwoog de rechtbank onder meer dat de 'relatie' tussen de arbiter en gedaagde 'niet van dien aard was, dat enkel op grond daarvan kan worden gezegd dat [de arbiter] partijdig en afhankelijk is geweest', waaraan zij toevoegde: '[h]et volgt in ieder geval niet uit de omstandigheid dat [gedaagde] aandeelhouder van KWR is'.¹⁶³ Ook de omstandigheid dat gedaagde het onderzoek mede zou hebben gefinancierd, legde in casu geen gewicht in de schaal: eiser had 'ook' geen feiten gesteld 'die de conclusie zouden

158 OLG Naumburg 19 december 2001, nr. 10 SchH 03/01, r.o. 3.b) (bron van de uitspraak: Meier & Gerhardt 2020, vn. 40 (p. 251), zie ook bijv. Born 2021a, vn. 1380 (p. 2003); Kröll & Mallmann 2003; Münchener Kommentar zur ZPO, ZPO § 1036, vn. 116 (nr. 35) (online, 5. Auflage 2017); bron van de geciteerde woorden: DIS Datenbank).

159 OLG Naumburg 19 december 2001, nr. 10 SchH 03/01, r.o. 3.b) (vindplaats van de uitspraak: DIS Datenbank).

160 OLG Naumburg 19 december 2001, nr. 10 SchH 03/01, r.o. 3.b).

161 OLG Naumburg 19 december 2001, nr. 10 SchH 03/01, r.o. 3.b).

162 Rb. Noord-Nederland 26 november 2014, ECLI:NL:RBNNE:2014:6076, r.o. 4.1.

163 Rb. Noord-Nederland 26 november 2014, r.o. 4.5.3.2.

kunnen rechtvaardigen dat [gedaagde] invloed zou hebben uitgeoefend op het rapport', aldus de rechtbank.¹⁶⁴

Een interessante uitspraak, tot slot, is afkomstig van het House of Lords dat in onderhavig verband een onderzoeksplicht op de benoemende partij zou hebben gelegd. In een procedure waarin gedaagde een arbiter had benoemd die 'at the time when he was appointed, and at the time when he sat, [had, PR] some comparatively small holding in the shares',¹⁶⁵ zou het gerecht, bij monde van Lord Buckmaster, in januari 1919 over artikel 24 van de (destijds van kracht zijnde) Arbitragewet hebben overwogen: 'I cannot believe that it imposes upon directors of a company the obligation of examining or causing to be examined all the registers and documents which are in their possession for the purpose of seeing whether the person whom they appoint happens to be interested in some holding, however infinitesimal, in the various shares and pecuniary obligations of their company'.¹⁶⁶ Wel werd een (klein) voorbehoud gemaakt: 'If they knew, or if they had deliberately shut their eyes to knowledge, it might be different'.¹⁶⁷

242. Deelconclusie

Hiervoor stond de categorie van de horizontale band centraal. Op grond van hetgeen in met name de IBA Guidelines 2014 en (scheids)rechterlijke uitspraken naar voren is gekomen, zijn drie situaties onderscheiden die onder de noemer van deze band kunnen worden geschaard: i) de gezamenlijke investering met één van de partijen in de arbitrage, ii) de duobaan van de arbiter, en iii) het aandelenbezit van de arbiter in één van de partijen. Twee situaties kwamen naar voren die maakten dat de betreffende gezamenlijke investering aanleiding gaf tot twijfels aan de arbitrale onafhankelijkheid en onpartijdigheid: het niet-mededelen van de omstandigheid en het gedurende langere tijd (voort)bestaan van de relatie tussen de arbiter en de partij waarmee de investering was gedaan. De betrokkenheid van een arbiter bij één van de partijen als leidinggevende lijkt per definitie aanleiding te geven tot twijfels. In het kader van de beantwoording van de vraag in hoeverre aandelenbezit van een arbiter aanleiding kan geven tot twijfels dient te worden gekeken naar de hoeveelheid aandelen die de arbiter bezit en in wat voor een onderneming, alsook naar de vraag of sprake is van een (zeker) verband tussen de uitkomst van de arbitrage en de waarde van de aandelen.

6.3.4 De diagonale band: de arbiter en een derde partij

243. Opbouw

In deze paragraaf staat de categorie van de zgn. 'diagonale' band centraal. Deze categorie heeft, kort gezegd, betrekking op de situatie waarin een arbiter een bepaalde

¹⁶⁴ Rb. Noord-Nederland 26 november 2014, r.o. 4.5.3.2.

¹⁶⁵ House of Lords 24 januari 1919 (*Sellar/Highland Railway Co.*), [1919] UKHL 1 (bron van de uitspraak: Luttrell 2009, p. 32).

¹⁶⁶ House of Lords 24 januari 1919, [1919] UKHL 1.

¹⁶⁷ House of Lords 24 januari 1919, [1919] UKHL 1.

band heeft met een derde partij die niet rechtstreeks bij de arbitrage is betrokken. Deze derde partij heeft op enigerlei wijze een financieel belang bij een bepaalde uitkomst van de arbitrage, en kan verschillende verschijningsvormen aannemen.¹⁶⁸ Hoewel deze partij niet rechtstreeks bij de arbitrage betrokken is, is de band die een arbiter met deze partij onderhoudt niet ontheven van de onafhankelijkheids- en/of onpartijdigheidsverdenking. Nu deze categorie niet met zoveel woorden in arbitrale wet- en regelgeving naar voren komt, zal alleen worden besproken op welke wijze (scheids)gerechten met deze band zijn omgegaan. Op basis van hetgeen in (scheids)-rechterlijke uitspraken naar voren is gekomen, zijn vier situaties onderscheiden: i) de situatie waarin een arbiter een band heeft met een partij die tot hetzelfde concern behoort als één van de partijen in de arbitrage (nr. 244), ii) de situatie waarin een arbiter een band heeft met een partij die de concurrent is van één van de partijen in de arbitrage (nr. 245), iii) de situatie waarin een arbiter een band heeft met een partij die één van de partijen in de arbitrage wil overnemen of dit tijdens de arbitrage heeft gedaan (nr. 246), en iv) de situatie waarin een derde partij indirect als proces-financier optreedt (nr. 247).

244. Situatie 1: de arbiter heeft een band met een derde partij die tot hetzelfde concern behoort als één van de partijen in de arbitrage

In de eerste situatie staat de band centraal die een arbiter heeft met een derde partij die op haar beurt een band heeft met één van de partijen in de arbitrage. De band tussen de derde partij en de partij in de arbitrage kan eruit bestaan dat zij allebei onderdeel uitmaken van één concern of verzekeringsmaatschappij. In dit verband is het niet ongebruikelijk dat enige 'toerekening' plaatsvindt: op het moment dat de arbiter een band heeft met een dergelijke derde partij, wordt hij eveneens geacht een band te hebben met de partij in de arbitrage waarmee deze partij een band heeft.¹⁶⁹

Interessant is hetgeen het Cour d'appel van Parijs overwoog in april 1992: de omstandigheid dat een arbiter die ten tijde van het (onder)tekenen van de overeenkomst tot arbitrage een niet-medegedeelde, zakelijke band onderhield met 'une

¹⁶⁸ Hoewel situatie vier (nr. 247) hieraan raakt, zal in deze paragraaf niet afzonderlijk aandacht worden besteed aan het interessante, maar gelet op de reikwijdte van onderhavig onderzoek (te) omvangrijke, onderwerp 'Third-Party Funding'. Niet alleen in de literatuur, maar ook in arbitrale regelgeving komt het onderwerp steeds vaker naar voren, zie bijv. art. 11 lid 7 ICC Rules 2021: art. 19 lid 8 Netherlands model Investment Agreement, versie 22 maart 2019: 'The claimant shall disclose to the other disputing party and to the Tribunal the name and address of a third party funder. The disclosure shall be made at the time of the submission of a claim, or as soon as possible if the funding has been granted after the submission of a claim'. Vgl. Rule 21 - 'Disclosure of Third-Party Funding', Proposals for Amendment of the ICSID Rules - Working Paper, 2 augustus 2018; Rule 14 - 'Notice of Third-Party Funding' ICSID Arbitration Rules (m.i.v. 1 juli 2022), zie nader: icsid.worldbank.org/resources/rules-amendments.

¹⁶⁹ In vergelijkbare zin: *Castres Saint-Martin* 2016, nr. 68. Vgl. Leidraad onpartijdigheid en nevenfuncties van de rechter, januari 2014, aanbeveling 2 (p. 12). In de toelichting bij deze Aanbeveling wordt het begrip 'zakelijke' niet nader toegelicht (p. 12-13). Vgl. Supreme Judicial Court of Massachusetts 6 mei 1982 (*McCourt Co., Inc./FPC Properties, Inc.*), 386 Mass. 145: 'Nor does it matter that client A is a corporation or that client A consists, collectively, of a parent corporation and various wholly owned subsidiaries'. Vgl. hetgeen het Tribunal de grande instance van Parijs in juli 1989 overwoog: 'Mais attendu que | M | a été désigné comme arbitre à titre individuel et personnel et non pas pour son appartenance au «groupe» Nestlé (...)', zie: TGI Parijs 15 juli 1989, *Revue de l'Arbitrage* 1990, afl. 2, p. 497 (*société Philipp Brothers/société Drexel c.s.*).

société dépendant du groupe auquel appartenait l'une des parties à l'arbitrage', 'était de nature, si elle avait été portée à la connaissance de M. Frydman [eiser, PR], à susciter un doute raisonnable sur l'indépendance de l'arbitre, de sorte qu'elle eût, à tout le moins, justifié une demande de récusation'.¹⁷⁰ Dit niet-mededelen leidde zelfs tot nietigheid van de arbitrageovereenkomst - 'que la convention d'arbitrage est nulle' - daar 'le consentement donné par M. Frydman à la convention d'arbitrage, dans l'ignorance de ces éléments révélés au cours de l'instance arbitrale, n'a pas été exprimé librement, en pleine connaissance d'une cause éventuelle de récusation existant en la personne de l'arbitre (...) '(curs. PR), aldus het gerecht.¹⁷¹ Ook in een andere zaak die ten overstaan van het Cour d'appel van Parijs speelde, werd tot het oordeel gekomen dat de omstandigheid dat een partij-arbiter geen mededeling had gedaan van het feit dat hij 'administrateur d'un cabinet exerçant les fonctions de commissaire' was voor meerdere filialen van één van de partijen in de arbitrage aanleiding kon geven tot een redelijke of gereede twijfel aan de arbitrale onafhankelijkheid.¹⁷² In november 1999 overwoog het hof over deze 'liens professionnels et économiques': '(...) sa situation étant de nature à faire légitimement douter de son indépendance et à constituer, en raison d'un risque certain de prévention, une cause de récusation si sa réticence n'avait privé M. Daniel Marteau [eiser, PR] de l'exercice de ce droit, il convient de prononcer la nullité de la sentence attaquée', waarna vernietiging van het arbitraal vonnis volgde.¹⁷³

In juli 1994 kwam het Cour d'appel van Parijs tot een ander oordeel. In reactie op de poging van een partij die na afloop van de arbitrage het arbitraal vonnis van tafel probeerde te krijgen door te wijzen op de omstandigheid dat één van de arbiters 'était intervenu, en octobre ou novembre 1989, en qualité de conseil du Groupe Perrier dont faisait alors partie la société Valmont [gedaagde, PR]', oordeelde het hof dat deze partij eerder een wrakingsverzoek had moeten indienen.¹⁷⁴ Aangezien de partij de mogelijkheid van wraking onbenut aan zich voorbij had laten gaan, kwam haar geen beroep op vernietiging toe: '(...) que le recours en annulation ne peut venir suppléer sa carence dans l'exercice de son droit de récusation en temps utile, (...) ', aldus het hof.¹⁷⁵

170 CA Parijs 9 april 1992, *Revue de l'Arbitrage* 1996, afl. 3, p. 475-483 (*société Annahold BV & D. Frydman/L'Oréal c.s.*) (bron van de uitspraak: Gaillard & Savage 1999, vn. 34 (nr. 1030), zie ook bijv. Born 2021a, vn. 1378 (p. 2003); Moreau, Glucksmann & Feng 2016, nr. 295). De band zag op het uitoefenen van 'fonctions de consultant en matière financière, au sein d'un comité d'experts chargés de donner leur avis sur l'évolution des marchés financiers; Considérant que ces fonctions ont donné lieu au paiement d'honoraires, facturés jusqu'au dernier trimestre de 1989 pour un montant trimestriel hors taxes de 125 000 F'. Het hof overwoog dat sprake was van 'l'existence de rapports d'intérêts importants tant par leur durée que par la rémunération'. Interessant is dat het hof opmerkte dat de arbiter niet was ontslagen van zijn disclosuure-verplichting nu 'ces activités n'ont pas eu, par leur nature même, un caractère de publicité suffisant pour dispenser B. de son obligation d'information, et l'exonérer du devoir de transparence inhérent à la fonction d'arbitre'.

171 CA Parijs 9 april 1992, *Revue de l'Arbitrage* 1996, afl. 3, p. 475-483.

172 CA Parijs 30 november 1999, *Revue de l'Arbitrage* 2000, afl. 2, p. 299-312 (*Marteau/CIGP*) (bron van de uitspraak: Fadlallah & Hascher 2019, p. 172; Waincymmer 2012, Appendix 1 bij hoofdstuk 5).

173 CA Parijs 30 november 1999, *Revue de l'Arbitrage* 2000, afl. 2, p. 299-312.

174 CA Parijs 8 juli 1994, *Revue de l'Arbitrage* 1996, afl. 3, p. 427-428 (*société Siab c.s./société Valmont c.s.*). Zie over deze uitspraak ook bijv. Gaillard & Savage 1999, vn. 104 (nr. 1061).

175 CA Parijs 8 juli 1994, *Revue de l'Arbitrage* 1996, afl. 3, p. 427-428.

245. Situatie 2: de arbiter heeft een band met een derde partij die de concurrent is van één van de partijen in de arbitrage

In maart 2003 overwoog het Amerikaanse Court of Appeals for the First Circuit: '[t]he mere fact that the panel included business rivals of one party does not rise to the level of evident partiality'.¹⁷⁶ In de tweede situatie staat de band centraal die een arbiter met een derde partij heeft die op haar beurt een concurrent is van één van de partijen in de arbitrage. Een dergelijke derde partij is ook wel aangeduid als 'business rival'.¹⁷⁷

Ter illustratie kan allereerst worden gewezen op een uitspraak van het Engelse Court of Appeal dat in mei 2000 een verzoek van telecomonderneming AT&T Corporation en Lucent Technologies Inc. (hierna gezamenlijk: AT&T) tot vervanging van de voorzitter van het scheidsgerecht en een vordering tot vernietiging van drie arbitrale tussenvonnissen afwees.¹⁷⁸ De feiten die aanleiding tot deze uitspraak gaven waren, kort samengevat, als volgt. Tijdens een ICC-arbitrage tussen AT&T en Saudi Cable Company was naar voren gekomen dat de voorzitter van het scheidsgerecht niet had medegedeeld 'a non-executive director of a competitive rival' te zijn.¹⁷⁹ Deze concurrent van AT&T, het Canadese bedrijf Nortel, was evenals AT&T in de race geweest voor een telecommunicatieproject (waarvan de waarde op zo'n 4.6 miljard \$ werd geschat) voor de Staat Saudi Arabië, maar had - in tegenstelling tot AT&T - achter het net gevestigd.¹⁸⁰ De ICC-arbitrage draaide vervolgens om een geschil dat was ontstaan in het kader van (de beëindiging van) een 'Pre-Bid Agreement' die tussen AT&T en Saudi Cable Company was gesloten.¹⁸¹ In de herfst van 1998 kwam de voorzitter van de Saudi-Arabisch tak van Lucent, via de webpagina van Nortel, achter de (neven)-

¹⁷⁶ U.S. Court of Appeals for the First Circuit 31 maart 2003 (*JCI Communications Inc./International Brotherhood of Electrical Workers, Local 103*), 324 F.3d 42. Vgl. U.S. Supreme Court 7 mei 1973 (*Gibson/Berryhill*), 411 U.S. 564; in 1965 daagde de Alabama Optometric Association een groep optometristen, die in loondienst werkzaam waren voor Lee Optical Co., voor de Alabama Board of Optometry (de 'Board') nu 'the practice of optometry by individuals as employees of business corporations was no longer permissible in Alabama, and that, by accepting such employment, the named optometrists had violated the ethics of their profession', aldus eiseres. Twee dagen nadat eiseres de procedure aanhangig had gemaakt, entaamde ook de Board een procedure tegen Lee Optical ten overstaan van een 'state court'. Dit gerecht wees de vordering van de Board toe en het werd de optometristen verboden om hun praktijk voort te zetten. Nadat het 'state court' vonnis had gewezen, ging ook de (tijdelijk geschorste) procedure ten overstaan van de Board verder, hetgeen tegen het zere been was van de optometristen. Zij verzetten zich tegen laatstgenoemde procedure, onder meer op de grond dat de Board vanwege haar samenstelling vooringenomen zou zijn en derhalve 'unconstitutional', en verzochten - met succes - het District Court een bevel af te geven tot het staken van de 'hearings' in deze procedure. In navolging van het District Court kwam het Supreme Court tot onder meer het volgende oordeel: 'It is appropriate, therefore, that we consider the District Court's conclusions that the State Board of Optometry was so biased by prejudice and pecuniary interest that it could not constitutionally conduct hearings looking toward the revocation of appellees' licenses to practice optometry. We affirm the District Court in this respect' (curs. PR) (bron van de uitspraak: Luttrell 2009, vn. 149 (p. 159)).

¹⁷⁷ U.S. Court of Appeals for the First Circuit 31 maart 2003, 324 F.3d 42.

¹⁷⁸ Court of Appeal (Civil Division) 15 mei 2000 (*AT&T Corporation e.a./Saudi Cable Company*), [2000] EWCA Civ 154. Zie over de uitspraak ook bijv. Daele 2012, nrs. 6.026-6.027; Waincymer 2012, vn. 288 (p. 299); Lew, Mistelis & Kröll 2003, vn. 31 (nr. 11.21).

¹⁷⁹ Court of Appeal (Civil Division) 15 mei 2000, [2000] EWCA Civ 154, r.o. 2.

¹⁸⁰ Court of Appeal (Civil Division) 15 mei 2000, [2000] EWCA Civ 154, r.o. 3.

¹⁸¹ Court of Appeal (Civil Division) 15 mei 2000, [2000] EWCA Civ 154, r.o. 6.

functie van de arbiter.¹⁸² De arbiter bood aan de functie op te geven, maar AT&T sloeg dit af onder meer omdat 'in the course of the proceedings' ook naar voren was gekomen dat de arbiter 474 aandelen in Nortel had, en besloot een wrakingsverzoek bij het ICC Court in te dienen.¹⁸³ Het ICC Court wees dit verzoek 'without reasons' af in februari 1999.¹⁸⁴ In eerste gerechtelijke instantie ving AT&T vervolgens ook bot bij Justice Longmore. De rechter vond de positie van de arbiter als 'non-executive director' een 'incidental rather than vital part of his professional life'.¹⁸⁵ Daarnaast functioneerde de arbiter 'in function and in fact' onafhankelijk van het management, noch nam hij zitting in het 'Executive Committee of the Board'.¹⁸⁶ Ten aanzien van het aandelenpakket overwoog de rechter dat dit pakket 'sufficiently small' was 'to be of no consequence'.¹⁸⁷ Aangezien het 'actual evidence of unconscious bias' niet meer dan deze twee omstandigheden betrof en de arbiter tijdens de arbitrage niets had gezegd of gedaan dat op enige vooringenomenheid 'of any kind' duidde, verwierp de rechter het verzoek.¹⁸⁸ In hoger beroep ging het Court of Appeal, bij monde van Lord Woolf MR, met name in op de vraag welke maatstaf diende te worden aangelegd om (de) vooringenomenheid van een arbiter te beoordelen. Het hof sloot zich uiteindelijk aan bij het oordeel van Justice Longmore. Het hof nam onder meer in overweging dat ieder voordeel dat Nortel als gevolg van de uitkomst van de arbitrage indirect zou toekomen, 'would be of such *minimal* benefit to Mr Fortier [de arbiter, PR] that it would be unreasonable to conclude that it could influence him', dat de relatie van de arbiter met Nortel 'was *accurately* described as an incidental part of his professional life', en dat de arbiter 'did not attach importance to his involvement with Nortel' (curs. PR).¹⁸⁹ Tevens gedroeg de arbiter 'himself in the course of the arbitration in a manner which provided no support for any suggestion that he was prejudiced and the contrary has not been suggested'.¹⁹⁰ Niet alleen was de omstandigheid van belang dat de relatie speelde in een ver(der) verleden, ook werd gewezen op het minimale voordeel dat de arbiter zou hebben van zijn (indirecte) belang.¹⁹¹

In het verlengde van deze uitspraak kan worden gewezen op een procedure die ten overstaan van de Rechtbank Rotterdam speelde. In september 2007 wees de rechtbank de vordering tot vernietiging van een arbitraal vonnis dat onder Fenex-auspiciën was gewezen af, omdat eiseres 'het middel van wraking ten dienste' had gestaan.¹⁹² Eiseres (een bloemenhandelaarster) had aangevoerd dat de omstandig-

182 Court of Appeal (Civil Division) 15 mei 2000, [2000] EWCA Civ 154, r.o. 20.

183 Court of Appeal (Civil Division) 15 mei 2000, [2000] EWCA Civ 154, r.o. 16, 20.

184 Court of Appeal (Civil Division) 15 mei 2000, [2000] EWCA Civ 154, r.o. 21.

185 Court of Appeal (Civil Division) 15 mei 2000, [2000] EWCA Civ 154, r.o. 30.

186 Court of Appeal (Civil Division) 15 mei 2000, [2000] EWCA Civ 154, r.o. 30.

187 Court of Appeal (Civil Division) 15 mei 2000, [2000] EWCA Civ 154, r.o. 30.

188 Court of Appeal (Civil Division) 15 mei 2000, [2000] EWCA Civ 154, r.o. 30.

189 Court of Appeal (Civil Division) 15 mei 2000, [2000] EWCA Civ 154, r.o. 43.

190 Court of Appeal (Civil Division) 15 mei 2000, [2000] EWCA Civ 154, r.o. 43.

191 Vgl. Froitzheim 2016, nr. 591: '(...) Es ist zu vermuten, dass in ähnlichen Fällen Gerichte, bei Vorliegen von umfangreicheren finanziellen Interessen des Konkurrenten einer Partei, einen Ablehnungsgrund annehmen würden. Der Konkurrent kann ein finanzielles Interesse am Ausgang des Verfahrens haben. So kann das Verfahren im die Chance einräumen - wie im Fall des Court of Appeal - doch noch einen Auftrag zu erhalten. Allgemein hat der Konkurrent ein Interesse daran, dass die Partei möglichst wirtschaftlich geschwächt aus dem Verfahren herausgeht. (...)'.¹⁹²

192 Rb. Rotterdam 26 september 2007, ECLI:NL:RBROT:2007:BB6061, r.o. 5.6.

heid dat één van de drie arbiters commercieel directeur was van onderneming X, de omstandigheid dat de 'belangrijkste, als gevolg van de wanprestatie van' gedaagde (een bedrijf dat zich richtte op logistieke dienstverlening), 'verloren klant' inmiddels bij X producten afnam, en de omstandigheid dat X ten tijde van het geschil 'zakelijke relaties' met klanten van eiseres onderhield en 'regelmatig zaken' doet en deed met gedaagde, 'gerechtvaardigde twijfels' aan de onafhankelijkheid en onpartijdigheid van de arbiter opriep.¹⁹³ De rechtbank ging hierin niet mee. Daar onder meer in de Fenex-voorwaarden stond dat 'bij voorkeur' een arbiter zou worden gekozen die deskundig was op het terrein van de sector waarin de wederpartij van de expediteur werkzaam was, kon '[a]lterheid op dit punt' van eiseres worden verwacht waarbij het 'op de weg van' eiseres had gelegen 'in een eerder stadium na te gaan of, en zo ja, in hoeverre bezwaren bestonden tegen de arbiter', aldus de rechtbank.¹⁹⁴ Hoewel mij weinig andere uitspraken op dit (specifieke) punt bekend zijn, lijkt het oordeel van de rechtbank weinig verrassend; zoals ook in het kader van de bespreking van de factor van de herbenoeming naar voren zal komen (par. 6.4), is het niet ongebruikelijk dat de onafhankelijkheid en onpartijdigheid van arbiters in bepaalde sectoren anders wordt gewogen. Dit houdt verband met de omvang van deze sectoren en een beperkte beschikbaarheid van deskundige arbiters. Ik kom hierop later terug (nr. 277).

246. Situatie 3: de arbiter heeft een band met een partij die één van de partijen wil overnemen of dit tijdens de arbitrage heeft gedaan

De derde partij hoeft niet altijd alleen concurrent te zijn, maar kan ook op het overname-vinkentouw zitten. In de derde situatie staat de band centraal die een arbiter heeft met een partij die één van de partijen in de arbitrage wil overnemen of dit ook daadwerkelijk tijdens de arbitrage heeft gedaan.

Ter illustratie kan allereerst worden gewezen op een zaak die zich afspeelde ten overstaan van de Rechtbank 's-Gravenhage.¹⁹⁵ Verzoekster probeerde om één van de drie Stichting Raad van Arbitrage voor Metaalnijverheid en Handel-arbiters te wraken op grond van onder meer de omstandigheid dat de arbiter tot begin 2006 bestuurder en sindsdien commissaris was bij een concurrent van eiseres in de arbitrage, die - in de woorden van verzoekster - in de overname van eiseres 'geïnteresseerd' zou zijn.¹⁹⁶ De bewuste concurrent was BAM. De rechtbank wees het wrakingsverzoek af. De rechtbank overwoog dat aangezien door verzoekster niet aannemelijk was gemaakt dat sprake was geweest van een 'daadwerkelijke' betrokkenheid van de concurrent bij een overname van Imtech, 'onvoldoende' was komen vast te staan dat het de arbiter 'niet vrij zou staan over deze zaak te oordelen'.¹⁹⁷ Dit oordeel ging ook

193 Rb. Rotterdam 26 september 2007, ECLI:NL:RBROT:2007:BB6061, r.o. 3.

194 Rb. Rotterdam 26 september 2007, ECLI:NL:RBROT:2007:BB6061, r.o. 5.6.

195 Rb. 's-Gravenhage (wrakingskamer) 20 april 2009, ECLI:NL:RBSGR:2009:BL4455: 'Rechtbank 's-Gravenhage - Enkelvoudige wrakingskamer (...) BESCHIKKING op het schriftelijke verzoek tot wraking ingevolge artikel 1035 lid 2 van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering, in het arbitraal geding tussen (...)'.

Zie over deze uitspraak ook bijv. Meijer 2016, p. 69-70.

196 Rb. 's-Gravenhage (wrakingskamer) 20 april 2009, ECLI:NL:RBSGR:2009:BL4455, r.o. 3.

197 Rb. 's-Gravenhage (wrakingskamer) 20 april 2009, ECLI:NL:RBSGR:2009:BL4455, r.o. 6.4.

op voor de 'gestelde betrokkenheid' van de (zuster)vennootschappen van eiseres bij projecten waaraan ook een vennootschap van BAM had deelgenomen: '[h]et enkele bestaan van een zakelijke relatie als die tussen nevenaannemers of van die als tussen opdrachtgever en (onder)aannemer schept nog geen (schijn van een) ontoelaatbare band' tussen de arbiter en Imtech, aldus de rechtbank.¹⁹⁸ Eenzelfde oordeel gold 'voor de omstandigheid dat Imtech-vennootschappen aan dochterondernemingen van BAM ICT-hardware leveren'.¹⁹⁹ Ook de omstandigheid dat de arbiter sinds 1995 bestuurslid van de Stichting Continuïteit ING was en dat ING aandelen in Imtech bezat,²⁰⁰ leverde geen wrakingsgrond op. Hoewel ING 'een direct belang' bij de uitkomst van de arbitrage had, had Imtech 'onbetwist' gesteld dat de stichting zich niet met 'de dagelijkse bedrijfsvoering' van ING bezighield; het verband tussen het lidmaatschap van de stichting enerzijds en de belangen van ING in Imtech anderzijds was dan ook 'te ver verwijderd om de schijn van vooringenomenheid te wekken', aldus de rechtbank.²⁰¹ Interessant is onder meer de nadruk die de rechtbank legt op de omstandigheid dat niet is komen vast te staan dat sprake was van een 'daadwerkelijke' betrokkenheid van de concurrent waarmee de arbiter een (bepaalde) band had. Het roept de vraag op of de rechtbank tot een ander oordeel was gekomen op het moment dat wel sprake was (geweest) van een dergelijke betrokkenheid, en wat onder het woord 'daadwerkelijke' kan worden verstaan. Wellicht zou hieronder kunnen worden verstaan de (gewijzigde) omstandigheid dat een derde partij niet langer op een overname aast, maar ook daadwerkelijk actie heeft ondernomen. Mocht een dergelijke situatie zich voordoen, dan kan dit consequenties hebben voor de onderzoeksplicht van een arbiter, aldus het Amerikaanse Court of Appeals for the Second Circuit in juli 2007.²⁰² Op het moment dat de 'arbitrator was aware that a nontrivial conflict of interest might exist, the calculus changed', aldus het hof.²⁰³ In het onderhavige geval was de arbiter (Fabrikant) niet alleen de voorzitter van een driedelig scheidsgerecht, maar ook 'Chairman, President and CEO of Seacor Holdings, a multi-billion dollar company with 50 offices in 30 countries'. Het hof overwoog, kort samengevat, dat de arbiter de mogelijke band tussen 'a division of Fabrikant's company' en Oxbow Industries had moeten onderzoeken; laatstgenoemde onderneming was geen partij in de arbitrage, maar had - voordat de 'hearings' begonnen - AIMCOR (één van de partijen in de arbitrage) gekocht.²⁰⁴

198 Rb. 's-Gravenhage (wrakingskamer) 20 april 2009, ECLI:NL:RBSGR:2009:BL4455, r.o. 6.5.

199 Rb. 's-Gravenhage (wrakingskamer) 20 april 2009, ECLI:NL:RBSGR:2009:BL4455, r.o. 6.5.

200 In de periode van 2003-2006 en in de periode 2007-2008 zou ING een belang van 10%, respectievelijk 12,24% in Imtech houden (r.o. 3).

201 Rb. 's-Gravenhage (wrakingskamer) 20 april 2009, ECLI:NL:RBSGR:2009:BL4455, r.o. 6.6.

202 U.S. Court of Appeals for the Second Circuit 9 juli 2007 (*Applied Industrial Materials Corp./Ovalar Makine Ticaret Ve Sanayi, A.S. c.s.*), 492 F.3d 132. Zie over de uitspraak ook bijv. Waincymer 2012, Appendix 1 bij hoofdstuk 5; Kantor 2008.

203 U.S. Court of Appeals for the Second Circuit 9 juli 2007, 492 F.3d 132.

204 Het hof vervolgde met onder meer de woorden: 'Had he investigated the potential conflict, that investigation would have revealed that a relationship between SCF and Oxbow already existed and had generated \$275,000 in revenue, not a trivial amount'. Hierbij kan wel worden aangetekend dat de arbiter partijen op 16 april 2005 per e-mail onder meer schreef: '(...) it came to my attention yesterday, or day before yesterday that my St. Louis office, which runs our barge operation under the name SCF, has recently been engaged with Ox-Bow of Palm Beach. The subject of conversation is a contract for the carriage of petroleum coke. I had no knowledge of such conversations taking place prior to the past week. I do not participate in

247. Situatie 4: de arbiter heeft een band met een partij die indirect optreedt als procesfinancier

In de vierde situatie staat de band centraal die een arbiter heeft met een derde partij die indirect als procesfinancier optreedt. Hieronder wordt in casu niet alleen verstaan de situatie waarin een derde partij één van de partijen in de arbitrage indirect de financiële middelen verschaft om (een gedeelte van) de procedure te bekostigen, maar ook de situatie waarin een derde partij met één van de partijen in de arbitrage een andere financiële regeling heeft getroffen, bijvoorbeeld in de vorm van een samenwerkingsverband.

Ter illustratie van de eerste situatie kan worden gewezen op een procedure die speelde ten overstaan van het Cour de cassation en waarin werd geprobeerd een ICC-vonnis te laten vernietigen. De vordering tot vernietiging was gebaseerd op de aanwezigheid van een zakelijk belang van de voorzitter van het scheidsrecht 'en raison de sa qualité d'administrateur d'une société actionnaire du groupe Total'. TEP Congo maakte deel uit van de Total Group en stond in de arbitrage voor bepaalde bedragen garant die de Staat Congo (gedaagde in de arbitrage) aan de (Libanese) Group Antoine Tabet (eiseres in de arbitrage) zou zijn verschuldigd.²⁰⁵ In navolging van hetgeen het Cour d'appel van Parijs in maart 2011 had overwogen, onderstreepte het Cour de cassation in juni 2014 dat, daar TEP Congo 70 miljoen \$ zou betalen ongeacht of Congo 'soit ou non condamnée', 'l'issue de la procédure arbitrale n'aura aucun retentissement sur la situation financière' van TEP Congo hetgeen 'exclut l'existence d'un éventuel conflit d'intérêts susceptible de créer un risque de défaut d'indépendance et d'impartialité' van de arbiter.²⁰⁶ De verweten niet-medegedeelde

contract negotiations or get involved in day to day operations of SCF. (...) I do not plan to become involved in discussions between SCF and OxBow, should there be further conversations between them. I do not feel my ability to decide this case on the merits is impaired'. Het scheidsrecht wees arbitraal vonnis op 22 september 2005 waarin het Ovalar aansprakelijk hield 'for breach of contract'. Na het vonnis wisselde Ovalar van advocaat die op 21 november 2005, 'with the issue of damages still to be decided', Fabrikant aanschreef met het verzoek zich terug te trekken. Ovalar had, '[s]ince the time of the liability award', onderzoek gedaan in het kader waarvan zij op de hoogte was geraakt van het bestaan van 'a previously existing, inadequately disclosed commercial relationship' die zou bestaan 'between SCF, a division of Fabrikant's company, and OxBow, the parent of AIMCOR'. Vgl. U.S. District Court for the Southern District of New York 28 juni 2006 (*Applied Industrial Materials Corp./Ovalar Makine Ticaret Ve Sanayi, A.S.*), nr. 05 CV 10540(RPP). Interessant is de verwijzing door het gerecht naar de (niet-bindende) AAA/ABA Code of Ethics for Arbitrators en de IBA Guidelines 2004: 'It is important that courts enforce rules of ethics for arbitrators in order to encourage businesses to have confidence in the integrity of the arbitration process, secure in the knowledge that arbitrators will adhere to these standards', aldus het gerecht. Vgl. Hodges 2017, p. 606-607; Hodges 2015, p. 213-214.

205 Cour de cassation (chambre civile 1) 25 juni 2014, nr. 11-16.444, *Revue de l'Arbitrage* 2015, afl. 1, p. 75-77 (*Groupe Antoine Tabet/République du Congo*). Id. p. 76: '(...), la société TEP Congo, appartenant au groupe Total, s'est portée garante du paiement de certaines sommes, dont la République du Congo serait débitrice envers la société GAT, (...)'. Vgl. Cour de cassation (chambre civile 1) 12 oktober 2011, nr. 09-72.439 (*Groupe Antoine Tabet/République du Congo*) (bron van de uitspraak: Redfern & Hunter 2015, nr. 9.11).

206 Cour de cassation (chambre civile 1) 25 juni 2014, nr. 11-16.444, *Revue de l'Arbitrage* 2015, afl. 1, p. 77. Vgl. Explanation to General Standard 6 (b), IBA Guidelines 2014, p. 14: '(...) Third-party funders and insurers in relation to the dispute may have a direct economic interest in the award, and as such may be considered to be the equivalent of the party. For these purposes, the terms 'third-party funder' and 'insurer' refer to any person or entity that is contributing funds, or other material support, to the prosecution or defence of the case and that has a direct economic interest in, or a duty to indemnify a party for, the award to be rendered in the arbitration'.

omstandigheden inzake de 'relations d'affaires' met 'le groupe Total' waren niet van dien aard dat zij leidden tot het 'affecter son jugement, ni à provoquer, dans l'esprit des parties, un doute raisonnable sur ses qualités d'impartialité et d'indépendance', aldus het gerecht.²⁰⁷ Voor het Cour de cassation gaf in casu dus de doorslag dat de financiering feitelijk van de arbitrage los stond.

Een ander oordeel is niet ondenkbaar. In maart 1985 overwoog het Tribunal fédéral dat de omstandigheid dat één van de drie arbiters, eveneens 'actionnaire important' van onderneming Y, welke onderneming met één van de partijen in de arbitrage (onderneming L) had afgesproken dat, op het moment dat L in de arbitrage zou worden veroordeeld om aan onderneming Z een 'indemnité' te betalen, Y 'reprendrait cette dette', aanleiding gaf om te twijfelen aan 'l'entière indépendance de cet arbitre pour juger de la cause soumise au tribunal arbitral'.²⁰⁸ Dit oordeel lijkt mij weinig verrassend, gelet op het directe (financiële) belang van de arbiter bij een bepaalde uitkomst van de arbitrage. Wel blijft de vraag onbeantwoord wanneer een partij als 'actionnaire important' kan worden gekwalificeerd (vgl. nr. 241).

In aanvulling op de voorgaande casusposities kan men zich afvragen of een financieel samenwerkingsverband tussen één van de partijen in de arbitrage en een derde partij, met welke partij een arbiter een band onderhoudt, aanleiding kan geven tot twijfels aan de arbitrale onafhankelijkheid en onpartijdigheid. Een bevestigend antwoord op deze vraag is afkomstig van het Amerikaanse Court of Appeals for the Ninth Circuit in september 2007.²⁰⁹ De feiten die aanleiding tot dit oordeel gaven, kunnen als volgt worden samengevat. In juni 2003 rees een geschil tussen New Regency Productions en Nippon Herald Films naar aanleiding van een vermeende inbreuk van een in 1995 tussen partijen gesloten distributieovereenkomst. De American Film Marketing Association-arbitrage die vervolgens werd begonnen, werd in december 2004 door een unus-arbiter in het voordeel van New Regency Productions beslecht. Toen New Regency Productions een verzoek tot erkenning van het arbitraal vonnis wilde indienen, besloot Nippon Herald Films vernietiging van het arbitraal vonnis te vorderen. In de ogen van Nippon Herald Films vormde onder meer het niet-mededelen van een nieuwe (neven)functie van de unus-arbiter,²¹⁰ ten tijde van de arbitrage (juli 2004), bij een bedrijf dat op dat moment in gesprek was met New Regency Productions om een nieuwe film te financieren en mede te produceren, een gegronde reden om tot vernietiging van het arbitraal vonnis over te kunnen gaan. Hoewel het hof twijfels bij deze vergaande sanctie had, prevaleerde uiteindelijk het oordeel dat de unus-arbiter 'had a duty to investigate potential conflicts when he accepted a high-level executive position at Yari Film Group while the arbitration was ongoing'. Ter onderbouwing van zijn oordeel wees

207 Cour de cassation (chambre civile 1) 25 juni 2014, nr. 11-16.444, *Revue de l'Arbitrage* 2015, afl. 1, p. 77.

208 Tribunal fédéral 14 maart 1985, 111 Ia 72, r.o. A jo. r.o. 2.a) (bron van de uitspraak: Kaufmann-Kohler & Rigozzi 2015, nr. 4.118; Castres Saint-Martin 2016, vn. 131 (nr. 55), onder verwijzing naar literatuur).

209 U.S. Court of Appeals for the Ninth Circuit 4 september 2007 (*New Regency Productions, Inc./Nippon Herald Films, Inc.*), nr. 05-55224501. Zie over deze uitspraak ook bijv. ICSID 25 juni 2008, nr. ARB/03/23 (*EDF International S.A., SAUR International S.A. and León Participaciones Argentinas S.A. v. The Argentine Republic*), 'Challenge Decision Regarding Professor Gabrielle Kaufmann-Kohler', par. 125-133, zie ook bijv. Luttrell 2009, p. 158; Daele 2012, vn. 209 (nr. 7.156).

210 Het ging om de functie 'Senior Vice President and Chief Administrative Officer of the Yari Film Group'.

het hof op de omstandigheid dat het om een functie ging 'at a company in the same industry' als partijen in de arbitrage en dat er op grond van het toepasselijke arbitragereglement een ('ongoing') disclosure-verplichting op de arbiter rustte. Voorts overwoog het hof in reactie op het standpunt van New Regency Productions dat juist op Nippon Herald Films een onderzoeksplicht rustte naar aanleiding van (eerdere) mededelingen van de arbiter dat 'it is not reasonable to expect Nippon Herald to investigate potential conflicts with Yari Film Group when Immerman [de arbiter, PR] never revealed he had taken a high-level executive job at that company'. Hoewel de unus-arbiter dus kon worden verweten dat hij zijn 'duty to investigate' had verzaakt, stond het hof nog voor de vraag of 'the conflict left undisclosed was real'. Omdat de onderhandelingen 'not distant in time' waren, de band tussen Yari Film Group en New Regency Productions niet 'attenuated' was en het filmproject een 'high-profile nature' had, kwam het hof tot de conclusie dat de onderhandelingen niet 'unimportant' voor Yari Film Group waren. Het hof overwoog: 'Under these circumstances, we hold that Immerman had a duty, when he accepted the new job at Yari Film Group during the arbitration, to investigate the possible conflicts that might arise from his new employment. We hold further, in light of that duty, that Immerman's failure to disclose facts that show a reasonable impression of partiality is sufficient to support vacatur, notwithstanding the lack of evidence of his actual knowledge of those facts'.²¹¹

De uitspraak is mijns inziens om twee redenen interessant. Enerzijds stelt het hof nadrukkelijk de onderzoeksplicht van de arbiter boven een (eventuele) onderzoeksplicht van Nippon Herald Films. Dit lijkt mij niet onredelijk, daar het de vraag is hoe Nippon Herald Films op de hoogte had kunnen zijn. Anderzijds volgt uit de uitspraak dat het verzaken van de onderzoeksplicht door de arbiter, en daarmee de disclosure-verplichting, niet per definitie tot vernietiging van het arbitraal vonnis leidt. Toch komt het hof uiteindelijk wel tot deze - op het eerste oog - 'stevige' sanctie. In de literatuur is de uitkomst van deze uitspraak dan ook niet voor niets 'exceptional' genoemd: andere (Amerikaanse) hoven zouden slechts tot vernietiging overgaan op het moment dat de arbiter persoonlijk betrokken zou zijn 'with the matters in which his firm was related to the party, and those matters must have had some connection to the dispute at hand'.²¹² De wijze waarop het hof tot zijn eindoordeel komt, is interessant: hoewel het overweegt dat sprake is van een gebrek aan bewijs dat de arbiter ook daadwerkelijk kennis van de niet-medegedeelde feiten had, wordt dit niet-mededelen de arbiter, onder verwijzing naar de omstandigheden van het geval, tóch aangerekend. Het hof laat het niet-bekend zijn van de feiten daarmee niet

211 Vgl. de gevolgtrekking die het hof eerder in de uitspraak had gemaakt: 'These facts show that Immerman 'ha[d] a substantial interest in a firm which [was doing] more than trivial business' closely connected to a party to the arbitration'.

212 Luttrell 2009, p. 159, onder verwijzing naar U.S. District Court for the Eastern District of North Carolina 6 september 1977 (*Standard Tankers (Bahamas) Co./Motor Tank Vessel, AKTI*), 438 F. Supp. 153. Vgl. Luttrell 2009, p. 159: 'The pecuniary interest must also pass a test for remoteness: challenge will not be upheld, nor disqualification ordered, when the relevant pecuniary interest can only be affected by factors outside the decision maker's control', onder verwijzing naar (niet-arbitrage) U.S. District Court for the Eastern District of Virginia 8 januari 1976 (*Virginia Electric and Power Co./Sun Shipbuilding and Dry Dock Co.*), 407 F. Supp. 324.

alleen voor risico komen van de arbiter, maar ook voor rekening van de partijen, daar het arbitraal vonnis van tafel gaat en de partijen terug bij af zijn.

248. Deelconclusie

Hiervoor stond de categorie van de diagonale band centraal. Op basis van hetgeen in (scheids)rechterlijke uitspraken naar voren is gekomen, zijn vier situaties onderscheiden die onder de noemer van deze band kunnen worden geschaard. In het kader van de eerste situatie – de arbiter heeft een band met een derde partij die tot hetzelfde concern behoort als één van de partijen in de arbitrage – kwam naar voren dat het niet ongebruikelijk is dat een arbiter die een band met een dergelijke derde partij heeft, geacht wordt eveneens een band te hebben met de partij in de arbitrage waarmee deze partij een band heeft. In de tweede situatie stond de band centraal die een arbiter heeft met een derde partij, die op haar beurt een concurrent is van één van de partijen in de arbitrage. Uit de twee besproken rechterlijke uitspraken kwam naar voren dat de overheidsrechters terughoudend waren om tot het (eind)oordeel te komen dat sprake was van arbitrale vooringenomenheid. In de derde situatie stond de band centraal die een arbiter heeft met een derde partij die één van de partijen wil overnemen of dit ook tijdens de arbitrage heeft gedaan. Uit de besproken rechterlijke uitspraken kwam niet alleen naar voren dat sprake diende te zijn van daadwerkelijke betrokkenheid van de derde partij bij een overname, maar ook dat onder bepaalde omstandigheden een onderzoeksplicht op de arbiter rust. In de vierde situatie stond de band centraal die een arbiter met een derde partij heeft die indirect optreedt als procesfinancier. Een dergelijke financiële band lijkt slechts toelaatbaar op het moment dat de financiering losstaat van het onderwerp van de arbitrage.

6.3.5 *Het eigenbelang*

249. Opbouw

Hieronder staat de categorie van het zgn. ‘eigenbelang’ centraal. In tegenstelling tot de categorieën van de verticale, de horizontale en de diagonale band ziet deze categorie op een belang dat alleen de arbiter heeft bij een bepaalde uitkomst van de procedure. Een eigenbelang van de arbiter kan bestaan uit een verstrekte (geld)lening aan één van de partijen in de arbitrage dan wel verband houden met het (verschuldigde) honorarium. Hieronder zal worden besproken op welke wijze aandacht aan deze band is besteed in arbitrale wet- en regelgeving (nrs. 250-251), en (scheids)rechterlijke uitspraken (nrs. 252-254).

250. Invulling: enige arbitrale regelgeving

De bespreking van arbitrale wetgeving in onderhavig verband is, evenals het geval was bij de verticale en horizontale band, kort: geen van de wetgevers heeft in een bepaling voorzien die betrekking heeft op deze categorie. Ook in de reglementen van de vier arbitrage-instituten van onderzoek is geen relevante bepaling opgenomen. Waar de IBA Guidelines 2014 ten aanzien van de andere categorieën nog enige rich-

ting boden, kan ten aanzien van de onderhavige categorie alleen worden gewezen op de volgende, algemene paragraaf op de 'Non-Waivable Red List': '[t]he arbitrator has a significant *financial* or personal interest in one of the parties, or the outcome of the case' (curs. PR).²¹³ Interessant is hetgeen naar voren komt in General Standard 2 van de IBA Guidelines 2004: '[j]ustifiable doubts necessarily exist as to the arbitrator's impartiality or independence if (...), or if the arbitrator has a significant *financial* or personal interest in the matter at stake' (curs. PR).²¹⁴ In de ICC 'Note to Parties and Arbitral Tribunals on the Conduct of the Arbitration' 2021 staat dat iedere (kandidaat-)arbiter mededeling dient te doen over onder meer 'a personal interest of any nature in the outcome of the dispute'.²¹⁵

Buiten de methodologische reikwijdte van dit onderzoek, maar wel interessant, is hetgeen staat opgenomen in artikel 8 van de Zweedse Arbitragewet: een arbiter zal van zijn benoeming worden ontheven op het moment dat sprake is van een omstandigheid die het vertrouwen in de onpartijdigheid of de onafhankelijkheid van de arbiter aantast, waaronder de omstandigheid wordt geschaard dat een arbiter een aanzienlijk voordeel ('beaktansvård nytta') kan verwachten als gevolg van de uitkomst van de procedure.²¹⁶

251. Invulling: arbitrale wet- en regelgeving met betrekking tot het honorarium van de arbiter

Omdat een arbiter in zekere zin 'te werk' wordt gesteld door de partijen die een geschil beslecht willen zien, is het redelijk dat de arbiter hiervoor een vergoeding ontvangt.²¹⁷ Alvorens nader wordt ingegaan op de invulling die door (scheids)rechters aan de onderhavige band is gegeven, ga ik kort in op het onderwerp inzake het honorarium van de arbiter. Het staat buiten twijfel dat een arbiter in dit verband een eigen (financieel) belang heeft. Wat nu wanneer één van de partijen weigert de arbiter te betalen? Zou dit tot vooringenomenheid van de arbiter ten opzichte van

213 IBA Guidelines 2014, par. 1.3. De bepaling die in de Guidelines van 2004 stond, had een beperkter toepassingsbereik en luidde als volgt: '[t]he arbitrator has a significant financial interest in one of the parties or the outcome of the case' (IBA Guidelines 2004, par. 1.3). Vgl. Report of the Secretary-General, Analytical compilation of comments by Governments and international organizations on the draft text of a model law on international commercial arbitration, Addendum, A/CN.9/263/Add.1, 15 april 1985, p. 9: 'The Sudan submits that article 12 would be more comprehensive if the following wording were added at its end: "Such circumstances include, but are not limited to, any financial or personal interest in the outcome of the arbitration or any commercial tie with either party or with a party's counsel or agent, if any."', vgl. Born 2021a, vn. 941 (p. 1928).

214 General Standard 2 (d) IBA Guidelines 2004, vgl. General Standard 2 (d) Guidelines 2014: 'Justifiable doubts necessarily exist as to the arbitrator's impartiality or independence in any of the situations described in the Non-Waivable Red List'. Vgl. Canon II (A) AAA/ABA Code of Ethics for Arbitrators in Commercial Disputes 2004.

215 ICC, Note to Parties and Arbitral Tribunals on the Conduct of the Arbitration, 1 januari 2021, par. 27.

216 Art. 8 lid 2 Lag (1999:116) om skiljeförfarande t.o.m. SFS 2018:1954.

217 Born 2021a, p. 2167. Zie voor een ander 'eigenbelang' bijv. Born 2021a, p. 1328: 'It is sometimes argued that arbitrators' determinations of their own jurisdiction are suspect, because arbitrators are usually private practitioners, of some sort, engaged in the business of providing services for a fee', vgl. NAFTA 7 september 2005 (*Canfor Corporation, Terminal Forest Products Ltd., Tembec c.s. v. United States of America*), 'Order of the Consolidation Tribunal', par. 82 (bron: via www.italaw.com/cases/200, zie over deze uitspraak ook bijv. Waincymer 2012, Appendix 1 bij hoofdstuk 5).

de wél betalende partij kunnen leiden? En wat nu wanneer de arbiter afzonderlijke afspraken met één van de partijen heeft gemaakt over zijn vergoeding en/of de voorwaarden waaronder de vergoeding plaatsvindt²¹⁸; zou dit tot vooringenomenheid ten opzichte van deze partij kunnen leiden? Hoewel het onderwerp in de literatuur weinig met de verplichting tot onafhankelijkheid en/of onpartijdigheid van arbiters in verband is gebracht, zou het honorarium van de arbiter hiermee wel verband kunnen houden. Hieronder zal worden besproken of, en zo ja, hoe het onderwerp in arbitrale wet- en regelgeving in verband is gebracht met de verplichting tot arbitrale onafhankelijkheid en onpartijdigheid.

Allereerst kan worden gewezen op hetgeen naar voren komt in de Arbitration Act 1996: '[t]he parties are jointly and severally liable to pay to the arbitrators such reasonable fees and expenses (if any) as are appropriate in the circumstances'.²¹⁹ In de Franse, Nederlandse en Zwitserse Arbitragewet komt een dergelijke bepaling niet naar voren. Wel komt bijvoorbeeld in de Nederlandse literatuur naar voren dat in onderhavig verband aansluiting kan worden gezocht bij de algemene regeling inzake de overeenkomst van opdracht (art. 7:400 e.v. BW, vgl. par. 2.2.2).²²⁰ In artikel 7:405 lid 1 BW staat: '[i]ndien de overeenkomst door de opdrachtnemer in de uitoefening van zijn beroep of bedrijf is aangegaan, is de opdrachtgever hem loon verschuldigd'. Indien loon is verschuldigd, doch de hoogte ervan niet door partijen is bepaald, is de opdrachtgever 'een redelijk loon' verschuldigd (art. 7:405 lid 2 BW). Niet alleen op basis van de wet zou een arbiter op een vergoeding aanspraak kunnen maken.²²¹ Indien sprake is van een *ad hoc*-arbitrage, staat het partijen en de arbiter(s) vrij om nadere afspraken over de vergoeding te maken.²²² Op het moment dat partijen institutionele arbitrage zijn overeengekomen, kan het zijn dat het arbitrage-instituut

218 Vgl. Appellate Court of Illinois, First District, First Division 26 juli 1960 (*West Town Bus Co./Street Elec. Ry. Employees*), 168 N.E.2d 473: het gerecht weigerde een arbitraal vonnis te vernietigen op grond van de omstandigheid dat de partij-arbiter van gedaagde een belang in de arbitrage zou hebben. Het gerecht overwoog onder meer dat 'the submission agreement clearly indicates that the party-appointed arbitrators may be partisan representatives of each side', hetgeen onder meer tot uitdrukking kwam 'by the right of substitution "of their respective arbitrators," and each party shall pay the expense of "its arbitrator"'.
219 Art. 28 lid 1 Arbitration Act 1996. Zie ook bijv. art. 814 Codice di procedura civile (Italië); Gotanda 2000.
220 Snijders 2018, p. 233; Meijer 2022, art. 1029 Rv, nr. 1 sub b.

221 Het is overigens de vraag of een beslissing waarin wordt bepaald wat de omvang van het honorarium is, kan worden onderworpen aan herziening door een overheidsrechter. Vgl. Born 2021a, p. 2168: 'Institutional decisions about arbitrator remuneration are (properly) virtually never subject to judicial review. (375)', zie evenwel ook bijv. Högsta domstolen 3 december 2008, nr. Ö 4227-06 (*KH, SK, WM/Soyak International Construction & Investment Inc.*) waarin de Zweedse Hoge Raad, kort samengevat, overwoog dat het voor een partij mogelijk was om ten overstaan van de overheidsrechter verzet aan te tekenen tegen het door het arbitrage-instituut verschuldigde honorarium van de SCC-arbiters (bron van de uitspraak: Schöldström 2008, p. 243-250, zie ook bijv. Born 2021a, vn. 375 (p. 2168) en vn. 420 (p. 2173); Öhrström 2008, p. 251-257; Menaker & Ostrowski 2009; zie voor een Engelse vertaling van de uitspraak: via www.arbitration.sccinstitute.com). Zie ook: High Court Singapore 24 januari 2008 (*VV e.a./VW*), [2008] SGHC 11. Vgl. Note by the Secretariat: draft UNCITRAL Arbitration Rules; schedule of fees of arbitrators, (A/CN.9/114), 1 april 1976, in: *Yearbook of the United Nations Commission on International Trade Law*, 1976, Volume VII, p. 190: '(...), in most countries, if overcharge is alleged, the arbitrators' decisions as to their fees may be submitted to the court'. Vgl. art. 39 Lag (1999:116) om skiljeförfarande t.o.m. SFS 2018:1954; Standard 16 Ethics Standards for Neutral Arbitrators in Contractual Arbitration, California Rules of Court, 1 januari 2022.

222 Born 2021a, p. 2171.

richtlijnen en/of regelgeving hiertoe heeft opgesteld.²²³ Illustratief is de regelgeving die de vier arbitrage-instituten van onderzoek in dit verband hebben opgesteld. In de ICC Rules 2021 staat dat het ICC Court de kosten van de arbitrage zal bepalen, waaronder onder meer worden geschaard 'the fees and expenses of the arbitrators', 'in accordance with the scale in force at the time of the commencement of the arbitration'.²²⁴ Op het moment dat 'the amount in dispute is not stated', staat het ICC Court vrij om de kosten 'at its discretion' te bepalen.²²⁵ Het ICC Court zal in het kader van 'setting the arbitrator's fees' als volgt in overweging nemen: 'the diligence and efficiency of the arbitrator, the time spent, the rapidity of the proceedings, the complexity of the dispute and the timeliness of the submission of the draft award'.²²⁶ Afzonderlijke 'fee arrangements' tussen de partijen en de arbiter 'are contrary to the Rules'.²²⁷ Op grond van de LCIA Rules 2020 dient iedere 'arbitral candidate' voorafgaande aan zijn benoeming door het LCIA Court schriftelijk in te stemmen met de 'fee rates conforming to the Schedule of Costs'.²²⁸ Het honorarium van een LCIA-arbiter 'will be calculated by reference to work done by its members in connection with the arbitration and will be charged at rates appropriate to the particular circumstances of the case, including its complexity and any requirements as to special qualifications of the arbitrators'.²²⁹ Op grond van het NAI Arbitragereglement 2015 zullen het honorarium en de verschotten van de arbiter(s) door 'de administrateur na overleg

223 Vgl. art. 43 TAI Code of Ethics and Conduct for Arbitrators: 'Arbitrators shall assign the TAI to make an agreement with the Parties regarding the fees'. Vgl. art. 11 lid 1 Code of Conduct for Adjudicators in Investor-State Dispute Settlement, 1 mei 2020: 'Any discussion pertaining to fees shall be concluded immediately upon constitution of the adjudicatory body and, when possible, shall be communicated to the parties through the entity administering the proceeding'. Interessant is dat in de 'draft rules' van de UNCITRAL Arbitration Rules (in artikel 33) stond dat arbiters zelf hun honorarium mochten bepalen, zie nader: Note by the Secretariat: draft UNCITRAL Arbitration Rules: schedule of fees of arbitrators, 1 april 1976, (A/CN.9/114), in: *Yearbook of the United Nations Commission on International Trade Law*, 1976, Volume VII, p. 190, 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 VII, p. 181. In de Arbitration Rules 1976 is de bepaling niet terug te vinden. In 2010 is artikel 41 gewijzigd; zie nader: Report of the Working Group on Arbitration and Conciliation on the work of its forty-eighth session (New York, 4-8 februari 2008), 29 februari 2008, A/CN.9/646, par. 20, zie nader bijv. Caron & Caplan 2013, p. 854; Croft, Kee & Waincymmer 2013, p. 437 e.v.

224 Art. 38 lid 1 ICC Rules 2021. Vgl. art. 38 lid 2 ICC Rules 2021 jo. art. 2 lid 1 Appendix III ICC Rules 2021.

225 Art. 2 lid 1 Appendix III ICC Rules 2021.

226 Art. 2 lid 2 Appendix III ICC Rules 2021. Let (wel) op: bedragen die aan de arbiter worden betaald 'do not include any possible value added tax (VAT) or other taxes or charges and imposts applicable to the arbitrator's fees' (art. 2 lid 13 Appendix III ICC Rules 2021, vgl. LCIA Schedule of Arbitration Costs, 1 oktober 2020, par. 2 (vii); art. 5 Appendix B Swiss Rules 2021). Op het moment dat een zaak is toebedeeld aan meer dan één arbiter heeft het ICC Court 'at its discretion' het recht 'to increase the total fees up to a maximum which shall normally not exceed three times the fees of one arbitrator' (art. 2 lid 3 Appendix III ICC Rules 2021).

227 Art. 2 lid 4 Appendix III ICC Rules 2021. Vgl. Born 2021a, p. 2171: 'It is fundamental that, absent unambiguous agreement to the contrary, no arbitrator may have a separate or side arrangement for financial or other remuneration from one of the parties to the arbitration. (409) Any such arrangement would contradict the requirement that the arbitrator(s) must be independent and impartial. (410)'.

228 Art. 5.4 LCIA Rules 2020.

229 LCIA Schedule of Arbitration Costs, 1 oktober 2020, par. 2(i). Tevens staat opgenomen dat de 'hourly rates' het bedrag van £ 500 in beginsel niet mogen overstijgen (par. 2(i)).

met de arbiter of arbiters naar redelijkheid' worden vastgesteld.²³⁰ Bij de vaststelling van het honorarium zal rekening worden gehouden met 'de tijd die de arbiter of arbiters aan het geding hebben besteed, het geldelijk belang van de vorderingen en tegenvorderingen en de ingewikkeldheid van het geding'.²³¹ Het NAI heeft richtlijnen vastgesteld voor de bepaling van het uurtarief van arbiters.²³² Bij het SAC dienen de 'fees and expenses' van het scheidsgerecht 'reasonable in amount' te zijn, waarbij in overweging wordt genomen: 'the amount in dispute, the complexity of the subject-matter of the arbitration, the time spent and any other relevant circumstances of the case, including the diligence and efficiency of the arbitral tribunal'.²³³ De 'fees and expenses' zullen worden bepaald in overeenstemming met een 'Schedule of Costs'.²³⁴

Het is tijd om naar de vraag te kijken op welke wijze (scheids)gerechten invulling hebben gegeven aan de categorie van het eigenbelang. In dit verband kunnen drie situaties worden onderscheiden. Allereerst wordt gekeken naar de toelaatbaarheid van het eigenbelang van een arbiter in de vorm van verschuldigd honorarium (nr. 252). Vervolgens wordt besproken hoe (scheids)rechters hebben geoordeeld over de toelaatbaarheid van een ontvangen of verstrekte geldlening (nr. 253) of pensioen- of verzekeringsaanspraak (nr. 254).

252. Situatie 1: het honorarium van de arbiter

Zoals naar voren kwam, zou het onderwerp van het honorarium van de arbiter ook interessant kunnen zijn in het kader van de verplichting tot arbitrale onafhankelijkheid en onpartijdigheid. Verschillende (scheids)rechters hebben zich uitgelaten over de toelaatbaarheid van het eigenbelang van een arbiter in de vorm van verschuldigd honorarium. Opvallend is dat het dikwijls gaat om korte, maar krachtige overwegingen. Allereerst kan worden gewezen op hetgeen het Supreme Court van Canada in maart 1988 overwoog: '(...), the fact that [de arbiter, PR] is paid by only one of them seems inconsistent with the concept of impartiality, a fundamental characteristic of arbitration'.²³⁵ In maart 2012 overwoog het Duitse Bundesgerichtshof, kort samengevat, dat de beoordeling door een scheidsgerecht van de omvang van het bedrag in geschil waarmee het bepalen van de omvang van de (eigen) kosten van het scheidsgerecht samenhang ('die Streitwertfestsetzung und die darauf aufbauende Entscheidung über die Erstattung bezüglich der geleisteten Vorschüsse und außergerichtlichen Kosten') niet in strijd was met het verbod 'des Richtens in eigener Sache'.²³⁶

²³⁰ Art. 54 lid 1 NAI Arbitragereglement 2015.

²³¹ Art. 54 lid 4 NAI Arbitragereglement 2015.

²³² Zie: www.nai-nl.org/nl/nai_arbitrage/uurtarieven_2022, vgl. Toelichting NAI Arbitragereglement 2015, par. 8.1.

²³³ Art. 39 lid 1 Swiss Rules 2021. Vgl. de bijzin van art. 39 lid 1 Swiss Rules 2012: '(...) including the discontinuation of the arbitral proceedings in case of settlement'.

²³⁴ Art. 39 lid 2 Swiss Rules 2021 jo. art. 2 Appendix B (m.i.v. 1 juni 2021). Interessant is art. 39 lid 4 Swiss Rules 2021: 'The arbitral tribunal shall decide on the allocation of its fees among its members. The presiding arbitrator shall in principle receive between 40 % and 50 % and each co-arbitrator between 25 % and 30 % of the total fees, in view of the time and efforts spent by each arbitrator'.

²³⁵ Supreme Court of Canada 24 maart 1988 (*Sport Maska Inc./Zittler*), [1988] 1 SCR 564, r.o. 101 (bron van de uitspraak: Born 2021a, p. 2171; vindplaats van de uitspraak: via: decisions.scc-csc.ca).

²³⁶ BGH 28 maart 2012, III ZB 63/10 (vindplaats van de uitspraak: via juris.bundesgerichtshof.de, zie voor een Engelse vertaling: 'BGH - III ZB 63/10, Federal Court of Justice of Germany, III ZB 63/10', A contri-

Wel benadrukte het gerecht dat hoewel 'eine solche Streitwertfestsetzung allerdings nur im Verhältnis der Parteien zueinander verbindlich [is, PR], handelt es sich also um eine Streitwertfestsetzung mit eingeschränkter Reichweite (...)'.²³⁷ In oktober 2015 overwoog de Rechtbank Overijssel dat 'het enkele feit' dat twee eisers en de arbiters tegenover elkaar in een geschil stonden dat betrekking had op de verschuldigdheid van het honorarium in een eerste arbitrale procedure voldoende was om aan te nemen dat bij eisers 'een objectief gerechtvaardigde vrees was ontstaan dat de arbiters en de secretaris in de tweede arbitrale procedure jegens hen vooringenomen waren', waarna vernietiging van het arbitraal vonnis volgde.²³⁸

In vergelijking met de vorige drie uitspraken uitvoeriger gemotiveerd en derhalve interessant om te bespreken, tot slot, is het terugdraaien van de vernietiging van een arbitraal vonnis door het Amerikaanse Supreme Court van Rhode Island in april 1991.²³⁹ Aan de vordering tot vernietiging lag, kort samengevat, het verwijt ten grondslag dat in het vonnis een 'contingent fee' stond opgenomen voor de partij-arbiter van gedaagde.²⁴⁰ Het gerecht overwoog allereerst dat 'the public policy behind the finality of awards and the need for maintaining public confidence in and the integrity of the arbitration process collide'. Vervolgens overwoog het gerecht dat, hoewel de 'contingent fee' de arbiter 'a direct financial interest in the award' gaf dat 'absolutely improper' was,²⁴¹ eisers er niet in was geslaagd 'to demonstrate the required causal nexus between the party-appointed arbitrator's improper conduct and the award that was ultimately decided upon'.²⁴² Op het moment dat de 'party-appointed arbitrator's contingent fee in the award' de enige omstandigheid zou zijn 'without any additional considerations, we would be hard pressed not to find that a reasonable person would conclude that the party-appointed arbitrator was partial to' gedaagde, aldus het gerecht.²⁴³ Het gerecht kwam uiteindelijk evenwel tot het oordeel dat het 'unfair' zou zijn om gedaagde 'the award' te weigeren en 'to force him to go through the arbitration process again' gelet op onder meer het feit dat het arbitraal vonnis een unanieme beslissing was van 'three experienced arbitra-

bution by the ITA Board of Reporters, via: Kluwer Arbitration). Vgl. Tribunal fédéral 10 november 2010, nrs. 4A_391/2010 & 4A_399/2010, r.o. 5.2.1.

237 BGH 28 maart 2012, III ZB 63/10.

238 Rb. Overijssel 14 oktober 2015, ECLI:NL:RBOVE:2015:4600, r.o. 4.3.

239 Supreme Court of Rhode Island 23 april 1991 (*Aetna Casualty & Surety Company/Grabbert*), 590 A.2d 88 (bron van de uitspraak: Born 2021a, vn. 787 (p. 3563)).

240 Vgl. Froitzheim 2016, nr. 449: 'Unstreitig ist ein Ablehnungsgrund gegeben, wenn der Schiedsrichter sich auf eine Art Provision einlässt, die er bekommt, wenn eine bestimmte Partei das Verfahren gewinnt. (...)'; Bishop & Reed 1998, p. 409. Vgl. art. 12 Revised Uniform Arbitration Act, National Conference of Commissioners on Uniform State Laws, 13 december 2000, Comment - par. 5 (p. 47): '(...) It is particularly important for the neutral arbitrator to know the interest of the arbitrator selected by each of the parties if, for example, such non-neutral arbitrator is being paid on a contingent-fee basis (...)' (vindplaats: via www.uniformlaws.org).

241 In dit verband wijst het gerecht onder meer op Canon I van de Code of Ethics for Arbitrators in Commercial Disputes. Vgl. de volgende woorden van het gerecht: 'We think that the party-appointed arbitrator's contingent fee so clouds or overshadows the advocacy expected of the arbitrator by vesting him with a direct financial interest in the award that such a fee arrangement cannot be permitted', en: 'We feel that the party-appointed arbitrator's contingent fee in the award in this case creates an inherent partiality similar to that created by the father-son relationship challenged in *Morelite*'.

242 Supreme Court of Rhode Island 23 april 1991, 590 A.2d 88.

243 Supreme Court of Rhode Island 23 april 1991, 590 A.2d 88.

tors', eiseres de vordering tot vernietiging (pas) zes maanden nadat het vonnis was gewezen had ingesteld, en gelet op een gebrek aan kennis bij gedaagde zelf over 'his party-appointed arbitrator's contingent-fee arrangement'.²⁴⁴ Mijns inziens opvallend is niet zozeer de overweging van het gerecht dat sprake was van een 'contingent fee' die de arbiter een direct financieel belang gaf bij een bepaalde uitkomst van de arbitrage, maar juist dat het gerecht hieraan geen gevolg verbond en dit afschoof op het gebrek aan bewijs van de zijde van eiseres. De soep lijkt echter niet zo heet te worden gegeten, aangezien het gerecht zijn eigen woorden lijkt af te zwakken door te wijzen op omstandigheden die de conclusie rechtvaardigden dat eiseres de afwijzing van haar vordering tot vernietiging van het arbitraal vonnis, in ieder geval voor een deel, aan zichzelf te wijten had.

253. Situatie 2: het verstrekken of ontvangen van een geldlening

In het kader van de tweede situatie staat de vraag naar de toelaatbaarheid van een verstrekte of juist ontvangen geldlening centraal. Allereerst kan worden gewezen op de vernietiging van een arbitraal vonnis door het Tribunal fédéral in juni 2010.²⁴⁵ Het arbitraal vonnis was gewezen door een unus-arbiter die ook 'Vizepräsident' was van een onderneming die in juli 2005 'ein Darlehen über Fr. 100.000' aan eiseres had verstrekt om een liquiditeitstekort bij eiseres tegen te gaan.²⁴⁶ De omstandigheid dat de arbiter de lening had verstrekt in verband met financiële moeilijkheden die op het geschil waren terug te voeren, maakte dat sprake was van 'ein direkter Zusammenhang zur Streitsache', aldus het gerecht.²⁴⁷ Hiermee was de arbiter 'in einer spürbaren persönlichen Beziehungsnähe zum Streitgegenstand' komen te staan 'die seine richterliche Unabhängigkeit in Frage stellt'.²⁴⁸ Deze omstandigheid, in samenhang met de omstandigheid dat de arbiter geen mededeling van de lening had gedaan, leidde ertoe dat het gerecht tot de volgende conclusie kwam: '[d]amit liegen Umstände vor, die bei objektiver Betrachtung geeignet sind, Misstrauen in die Unparteilichkeit des Einzelschiedsrichters zu erwecken'.²⁴⁹ Uit deze uitspraak volgt dat het gerecht niet alleen de mededelingsplicht van de arbiter meeweegt, maar ook kijkt naar de band met het onderhavige (punt van) geschil.

Deze laatste observatie lijkt indirect ook terug te komen in een uitspraak van het Cour d'appel van Rouen uit oktober 1999.²⁵⁰ Dit hof weigerde over te gaan tot vernietiging van een arbitraal vonnis dat in tweede instantie was gewezen, op grond van de omstandigheid dat de voorzitter van het scheidsgerecht dat arbitraal von-

244 Supreme Court of Rhode Island 23 april 1991, 590 A.2d 88.

245 Tribunal fédéral 22 juni 2010, nr. 4A_162/2010, r.o. B.b. Zie over deze uitspraak ook bijv. Born 2021a, vn. 1372 (p. 2001); Müller & Pearson 2019, p. 165-166. Vgl. id. r.o. 2.3: '(...), zumal das Darlehen gemäss Vertragsurkunde ausdrücklich zur Überbrückung eines Liquiditätsengpasses bei der Beschwerdegegnerin dient, (...)'.
246 Tribunal fédéral 22 juni 2010, nr. 4A_162/2010, r.o. 2.3.

247 Tribunal fédéral 22 juni 2010, nr. 4A_162/2010, r.o. 2.3.

248 Tribunal fédéral 22 juni 2010, nr. 4A_162/2010, r.o. 2.3.

249 Tribunal fédéral 22 juni 2010, nr. 4A_162/2010, r.o. 2.3.

250 CA Rouen 28 oktober 1998, *Revue de l'Arbitrage* 1999, afl. 2, p. 371 (*société Jean Lion/société Etablissements Gortzounian*) (bron van de uitspraak: Castres Saint-Martin 2016, nr. 55, zie ook bijv. Born 2021a, vn. 1372 (p. 2001)).

nis in eerste instantie had gewezen, 'en sa qualité de gérant de la société en nom collectif Jobin et Cieil' 400.000 Francs 'sur deux ans, sans intérêts' aan één van de partijen in de arbitrage in persoon (Valérie Gortzounian) had uitgeleend. Het hof overwoog onder meer dat 'le crédit fournisseur [est, PR] postérieur à la procédure et à la sentence arbitrale du premier degré'.²⁵¹ De omstandigheid dat de lening was verstrekt door een arbiter die in eerste instantie arbitraal vonnis had gewezen, gaf voor het hof aanleiding om te overwegen dat de omstandigheid in tweede instantie geen (doorslaggevende) rol meer van betekenis speelde. Een weinig verrassend oordeel in onderhavig verband komt ook naar voren in een uitspraak van het Cour de cassation uit februari 1974.²⁵² Dit gerecht overwoog dat de omstandigheid dat een arbiter die werkzaam bij een bank was en 'au même moment' was belast met de financiering van één van de partijen in de arbitrage 'pour des sommes très importantes' voldoende gewicht in de schaal legde om tot vernietiging van het arbitraal vonnis, dat mede door de bewuste arbiter was gewezen, over te gaan.²⁵³

Een uitspraak waarin tot het oordeel werd gekomen dat het door een arbiter ontvangen van een lening niet was toegestaan, is afkomstig van de Appellate Division van het Supreme Court van New York in 1926.²⁵⁴ Tijdens de arbitrage had één van de partijen een lening van \$ 5.000 in de vorm van 'a personal loan without security' aan de voorzitter van het scheidsgerecht verstrekt. Niettegenstaande het feit dat de lening 'might have been granted without any ulterior motive' en dat de lening 'may have been made and accepted in good faith', werd de transactie als onacceptabel gezien. Het gerecht overwoog onder meer: 'from that time forward the beneficiary of the favor was disqualified to sit as a judge in the proceedings'.

254. Situatie 3: de pensioen- of verzekeringsaanspraak

Niet alleen het eigenbelang van een arbiter in de vorm van een verstrekte of ontvangen geldlening kan tot twijfels aan de onafhankelijkheid en onpartijdigheid van de arbiter leiden. Een ander, zij het in arbitrale regelgeving en (scheids)rechterlijke uitspraken relatief weinig voorkomend, eigenbelang ziet op een bepaalde pensioen- of verzekeringsaanspraak die een arbiter op één van de partijen in de arbitrage heeft. In 2007 zou door het Court of Appeal van Californië zijn overwogen dat een arbiter 'was not disqualified by personal membership in the Plan' van één van de partijen in de arbitrage (Kaiser Foundation Health Plan).²⁵⁵ Uitvoeriger is het Obergericht des

251 CA Rouen 28 oktober 1998, *Revue de l'Arbitrage* 1999, afl. 2, p. 371. Vgl. id. p. 371: '(...) qu'aucun indice ne permet de retenir que dès avant le 15 décembre 1995, Monsieur M. aurait entretenu des relations commerciales avec Madame Valérie Gortzounian ayant conduit à la mise en place du crédit fournisseur ci-dessus'. Het tweede arbitrale vonnis werd uiteindelijk op een andere grond vernietigd, zie: id. p. 372.

252 Cour de cassation (chambre civile 2) 20 februari 1974, nr. 72-11.221. Zie over deze uitspraak ook bijv. Born 2021a, vn. 1381 (p. 2004); Bishop & Reed 1998, p. 409; Hunter & Paulsson 1985, p. 155.

253 Cour de cassation (chambre civile 2) 20 februari 1974, nr. 72-11.221: 'Que l'arrêt en conclut que la société Hydrocarbon soutient à juste titre que son consentement a été vicié par une erreur substantielle'.

254 U.S. Appellate Division of the Supreme Court of New York, First Department 15 januari 1926 (*Matter of Friedman*), 215 App. Div. 130.

255 California Court of Appeal (*Eckstein/Kaiser Foundation Health Plan, Inc.*), Cal.App.Unpub LEXIS 6994 (niet gepubliceerd) (bron van de uitspraak, de informatie en de geciteerde woorden: American Bar Association/College of Commercial Arbitrators, Annotations to the Code of Ethics for Arbitrators in Commercial

Kantons Zürich. Dit gerecht overwoog in september 2002: '(...) [h]ingegen könnte seine über 15-jährige berufliche Tätigkeit als Kader der R. AG bei erst kurzzeitiger Pensionierung *den Anschein* einer affektiven Bindung nahelegen, die es ihm erschweren würde, einen für die ehemalige Arbeitgeberin ungünstigen Schiedsspruch mitzutragen (...)' (curs. PR).²⁵⁶ Het gerecht benadrukte niet alleen het lange dienstverband van de arbiter bij zijn voormalige werkgever, maar wees ook op het feit dat hij net met pensioen was gegaan. Hoewel dit oordeel valt te billijken, roept het wel de vraag op of het oordeel anders zou zijn geweest op het moment dat de arbiter al langer met pensioen was en/of korter in dienst was geweest.

255. Deelconclusie

Hiervoor is aandacht besteed aan de categorie van het eigenbelang van een arbiter. Opvallend is dat de vier wetgevers noch de vier arbitrage-instituten in wet- of regelgeving op dit punt hebben voorzien. Op basis van hetgeen in (scheids)rechterlijke uitspraken naar voren is gekomen, zijn drie situaties onderscheiden. In het kader van de eerste situatie kwam de vraag naar de toelaatbaarheid van het eigenbelang in de vorm van verschuldigd honorarium naar voren. Uit de besproken rechterlijke uitspraken kwam een zekere terughoudendheid naar voren: alleen een direct financieel belang lijkt in beginsel aanleiding te kunnen geven tot twijfels aan de arbitrale onafhankelijkheid en onpartijdigheid. Een vergelijkbaar oordeel kwam terug in het kader van de tweede situatie: de omstandigheid dat een arbiter een geldlening verstrekt of ontvangt die enig verband houdt met het te beslechten geschil, kan aanleiding tot twijfels geven. Tot slot is de situatie onderscheiden waarin sprake is van een eigenbelang dat ziet op een bepaalde pensioen- of verzekeringsaanspraak die een arbiter heeft op één van de partijen in de arbitrage. De omstandigheid dat sprake is van een pensioenaanspraak die is opgebouwd tijdens een lang dienstverband dat pas recent is beëindigd, kan aanleiding geven tot twijfels.

6.3.6 De afgeleide relatie

256. Opbouw

Ter afsluiting van de bespreking van de factor van het financieel belang wordt enige aandacht aan de zgn. 'afgeleide relatie' besteed. In het kader van deze vijfde catego-

Disputes, p. 7, zie: www.finra.org/sites/default/files/ArbMed/p123778.pdf, zie ook bijv. Born 2021a, vn. 1373 (p. 2001)).

256 Obergericht des Kantons Zürich 13 september 2002, nr. VV020035/U (vindplaats van de uitspraak: via www.gerichte-zh.ch). Vgl. ICSID 6 november 2009, nr. ARB/08/15 (*CEMEX Caracas Investments B.V. and CEMEX Caracas II Investments B.V. v. The Bolivarian Republic of Venezuela*), 'Decision on the Respondent's Proposal to Disqualify a Member of the Tribunal', waarin door de Staat Venezuela werd geprobeerd de partij-arbiter van eiseressen te wraken en door de arbiter schriftelijk naar voren werd gebracht 'that he receives a pension from Debevoise based on the firms' earnings during his period of partnership' (par. 22). Aan dit (inhoudelijke) punt werd door de twee niet-gewraakte ICSID-arbiters geen aandacht besteed nu het wrakingsverzoek door de staat niet 'promptly' was ingediend (par. 45) (bron van de uitspraak: Markert 2010, vn. 95 (p. 257)). Vgl. Bishop & Reed 1998, vn. 76 (p. 408): '(...) This analysis should also generally apply to a retired employee who currently receives unfunded retirement benefits from the company'.

rie staat de band centraal die het advocatenkantoor van een arbiter met één van de partijen in de arbitrage onderhoudt of heeft onderhouden. Op het moment dat het advocatenkantoor één van de partijen van juridisch advies heeft voorzien of in rechte heeft vertegenwoordigd, kan men zich de vraag stellen of een dergelijke omstandigheid aanleiding geeft tot twijfels aan de onafhankelijkheid en/of onpartijdigheid van de arbiter die een band heeft met dit kantoor.²⁵⁷ Niet alleen een arbiter die partner is bij een advocatenkantoor kan een financieel belang hebben bij de winst(verdeling) van het kantoor, ook de arbiter in loondienst heeft belang bij een financieel gezond kantoor.²⁵⁸ Hieronder zal worden besproken op welke wijze aandacht aan deze band is besteed in arbitrale wet- en regelgeving (nr. 257) en (scheids)rechterlijke uitspraken (nrs. 258-262). Ik heb ervoor gekozen om deze categorie aan te duiden met het woord 'afgeleid' daar de bewuste relatie is 'afgeleid' van de relatie die de arbiter met het advocatenkantoor onderhoudt. In de literatuur is deze relatie ook wel als 'indirect business relationship' aangeduid.²⁵⁹ Hoewel het woord 'indirect' in onderhavig verband inwisselbaar lijkt met het woord 'afgeleid', vind ik de laatste term beeldender, en daarmee in casu meer treffend.²⁶⁰

257. Invulling: een gebrek aan arbitrale wet- en regelgeving

De bespreking van de arbitrale wetgeving in onderhavig verband is, evenals het geval was bij de verticale, de horizontale en de diagonale band, kort: geen van de wetgevers heeft in een bepaling voorzien die betrekking heeft op deze categorie. Ook in de reglementen van de vier arbitrage-instituten van onderzoek is geen bepaling op dit punt opgenomen. Wel staat in de ICC 'Note to Parties and Arbitral Tribunals on the Conduct of the Arbitration' 2021: '[f]or the scope of disclosures, an arbitrator is considered to bear the identity of his or her law firm, and a legal entity includes its affiliates' (curs. PR).²⁶¹ Het ICC Court gaat dus uit van wat zou kunnen worden aangeduid als 'vereenzelveiging' (vgl. nr. 191d). Anders gezegd, de band die het advocatenkantoor met één van de partijen onderhoudt, wordt aan de arbiter toegerekend. In de 'Note' staat voorts aangegeven dat het ICC Court in het kader van 'addressing possible objections to confirmation or challenges' zal kijken naar 'the activities of

257 Vgl. Daele 2012, nr. 6.119.

258 In het kader van de vijfde categorie staat de band tussen de arbiter en zijn/haar advocatenkantoor centraal en dus niet de band tussen de arbiters onderling, vgl. Superior Court of Justice of Ontario 16 juli 2010 (*Telesat Canada/Boeing Satellite Systems International, Inc.*), [2010] ONSC 4023, r.o. 132: '(...) the connection between two partners in the same law firm from the point of view of potential personal, financial and or intellectual bias. (...)'.
 259 Markert 2010, p. 258. Vgl. Mullerat 2012, p. 78; Waincymer 2012, p. 301-303; Daele 2012, nr. 6.119. In de Amerikaanse jurisprudentie wordt in onderhavig verband ook wel gesproken over 'constructive knowledge', zie bijv. U.S. District Court for the Central District of California 8 november 1999 (*HSMV Corp./ADI Ltd.*), 72 F. Supp. 2d 1122; U.S. Court of Appeals for the Ninth Circuit 5 april 1994 (*Schmitz/Zilveti*), 20 F.3d 1043.

260 Er is sprake van een relatie die men 'afleidt' van de relatie die de arbiter met het advocatenkantoor onderhoudt.

261 ICC, Note to Parties and Arbitral Tribunals on the Conduct of the Arbitration, 1 januari 2021, par. 32. Vgl. ICC, Note to Parties and Arbitral Tribunals on the Conduct of the Arbitration, 1 januari 2019, par. 28: 'For the scope of disclosures, an arbitrator will be considered as bearing the identity of his or her law firm, and a legal entity will include its affiliates. (...)'. (vindplaats: [iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2017/03/icc-note-to-parties-and-arbitral-tribunals-on-the-conduct-of-arbitration.pdf](https://www.iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2017/03/icc-note-to-parties-and-arbitral-tribunals-on-the-conduct-of-arbitration.pdf)).

the arbitrator's law firm and the relationship of the law firm with the arbitrator in each individual case'.²⁶²

Ook de IBA Guidelines 2014 gaan uit van (een vorm van) vereenzelviging: '[t]he arbitrator is in principle considered to bear the identity of his or her law firm', aldus General Standard 6.²⁶³ Deze woorden zijn nieuw ten opzichte van de IBA Guidelines 2004. Wel wordt in de toelichting bij General Standard 6 van de versie van 2004 opgemerkt: 'In the opinion of the Working Group, the arbitrator must in principle be considered as identical to his or her law firm, but nevertheless the activities of the arbitrator's firm should not automatically constitute a conflict of interest (...)'.²⁶⁴ Interessant is de wijze waarop de 'toerekening' in de twee versies is geformuleerd: waar de IBA Guidelines 2014 de woorden 'is considered to bear' gebruiken, vindt men in de versie van 2004 de stevige(r) woorden 'must be considered as identical' terug. Desalniettemin is in beide versies opgenomen dat vereenzelviging *niet* per definitie leidt tot arbitrale vooringenomenheid. Zo staat in General Standard 6 van de IBA Guidelines 2014: '[t]he fact that the activities of the arbitrator's firm involve one of the parties shall not necessarily constitute a source of such conflict, or a reason for disclosure'.²⁶⁵ Het in door de Guidelines opgenomen voorbehoud - 'in principle' - van dit (dus) niet-absolute beginsel wordt als volgt toegelicht: '(...) when considering the relevance of facts or circumstances to determine whether a potential conflict of interest exists, or whether disclosure should be made, the activities of an arbitrator's law firm, if any, and the relationship of the arbitrator with the law firm, should be considered in each individual case'.²⁶⁶ In de toelichting bij General Standard 6 worden de volgende gezichtspunten opgesomd: '[t]he relevance of the activities of the arbitrator's firm, such as the nature, timing and scope of the work by the law firm, and the relationship of the arbitrator with the law firm, should be considered in each case'.²⁶⁷ Illustratief is daarnaast de volgende omstandigheid op de 'Orange List': '[t]he arbitrator's law firm is currently rendering services to one of the parties, or to an affiliate of one of the parties, without creating a significant commercial relationship for the law firm and without the involvement of the arbitrator'.²⁶⁸ Interessant, tot slot, is een andere situatie in het kader van de 'Orange List' waarin naar voren komt dat een termijn van drie jaren wordt aangehouden ten aanzien van een band met het 'arbitrator's law firm' dat '(...) has (...) acted for or against one of the parties, or an affiliate of one of the parties, in an unrelated matter without the involvement of the arbitrator'.²⁶⁹

De beperkte aandacht die in de bestudeerde arbitrale wet- en regelgeving naar de vijfde categorie uitgaat, roept de vraag op of dit anders is ten aanzien van hetgeen in (scheids)rechterlijke uitspraken naar voren komt. De uitspraken die hieronder wor-

262 ICC, Note to Parties and Arbitral Tribunals on the Conduct of the Arbitration, 1 januari 2021, par. 32.

263 General Standard 6 (a) IBA Guidelines 2014.

264 Explanation to General Standard 6 (a), IBA Guidelines 2004, p. 15.

265 General Standard 6 (a) IBA Guidelines 2014.

266 General Standard 6 (a) IBA Guidelines 2014. Vgl. Tribunal fédéral 7 september 2016, nr. 4A_386/2015, r.o. 3.3.1.1: 'La croissance de la taille des cabinets d'avocats est une réalité de l'arbitrage international qui ne saurait être ignorée, (...)', onder verwijzing naar onder meer General Standard 6 (a) IBA Guidelines.

267 Explanation to General Standard 6 (a) IBA Guidelines 2014, p. 14.

268 IBA Guidelines 2014, par. 3.2.1.

269 IBA Guidelines 2014, par. 3.1.4.

den besproken, kunnen worden onderverdeeld in uitspraken waarin is geoordeeld dat de band die de arbiter met een advocatenkantoor onderhoudt aan de arbiter kan worden toegerekend (er is sprake van vereenzelving) (nr. 258) en uitspraken waarin tot een ander oordeel is gekomen (nr. 259).

258. Invulling: er is sprake van vereenzelving en daarmee van arbitrale vooringenomenheid

In de literatuur is het volgende standpunt naar voren gebracht: 'interests and relationships of a law firm generally should be imputed to any member of that firm'.²⁷⁰ Mij zijn evenwel weinig (scheids)rechterlijke uitspraken bekend die dit standpunt onderschrijven.²⁷¹ Wel kan worden gewezen op hetgeen naar voren kwam in een uitspraak van het Cour d'appel van Parijs in september 2018: '[u]ne mission confiée au cabinet auquel appartient l'un des arbitres par une entité du groupe de l'une des parties, qui s'est déroulée pendant le cours de l'instance arbitrale et qui revêtait une incontestable importance aux yeux du cabinet est une circonstance de nature à créer un doute raisonnable quant à l'indépendance et l'impartialité de cet arbitre'.²⁷² Vrij vertaald overweegt het hof dat de omstandigheid dat sprake is van een bepaalde band tussen het advocatenkantoor van een arbiter en één van de partijen in de arbitrage een omstandigheid is die kan leiden tot een redelijke of gereede twijfel aan de onafhankelijkheid en onpartijdigheid van de arbiter.

Een uitspraak waarin meer inzicht wordt gegeven in de rechterlijke gedachtegang is eveneens afkomstig van het Cour d'appel van Parijs.²⁷³ De feiten die tot de uitspraak aanleiding gaven zijn, kort samengevat, als volgt. De Franse onderneming

270 LCIA Division 4 september 2012, nr. 111947, par. 34, onder verwijzing naar literatuur.

271 Vgl. Court of Appeals of Ohio 25 april 1985 (*Close/Motorists Mut. Insurance Co.*), 21 Ohio App. 3d 228: 'We hold, therefore, that an arbitrator's partnership in a law firm having a substantial, continuing attorney-client relationship with a party is grounds for vacating an arbitration award under (...)'.
272 CA Parijs 27 maart 2018, *Revue de l'Arbitrage* 2018, afl. 2, p. 474 (*société Saad Buzwair Automotive Co./société Audi Volkswagen Middle East Fze LLC*) (bron van de uitspraak: 'Annotations', art. 1456 CPC, Dalloz (online), zie over deze uitspraak ook bijv. Martins Gomes & Smadja 2020, p. 134-141; Voser 2018). Vgl. (cassatie) Cour de cassation (chambre civile 1) 3 oktober 2019, nr. 18-15.756.

273 CA Parijs 14 oktober 2014, *Revue de l'Arbitrage* 2015, afl. 1, p. 151-155 (*S.A. Auto-Guadeloupe Investissement/société Columbus Acquisitions Inc. c.s.*). Zie voor een annotatie: Henry 2015. Zie over deze uitspraak nader bijv. Grimmer 2017, p. 157-160; Van Leeuwen & Von Dewall 2016, p. 139-142. Vgl. Svea hovrätt 27 september 2011, nr. 1085-11 (*KPMG AB/ProfilGruppen AB*) waarin door eiseres werd geprobeerd om een arbitraal vonnis te laten vernietigen ex artikel 34 van de Zweedse Arbitragewet nu tijdens de arbitrage het advocatenkantoor van haar partij-arbiter in zee was gegaan met een cliënt die op het punt stond een onderzoek te starten waaronder mogelijktegens eiseres. Het hof achtte niet bewezen dat de arbiter op de hoogte was van een onderzoek tegen eiseres voordat arbitraal (eind)vonnis werd gewezen op 22 december 2010. Het hof besloot desalniettemin het arbitraal vonnis te vernietigen. Ter onderbouwing hiervan overwoog het als volgt. De omstandigheid dat het advocatenkantoor 'instructies' accepteerde tegen eiseres gedurende de arbitrage was op zichzelf genomen voldoende om het vertrouwen in de onpartijdigheid van de arbiter te verminderen. Voornoemde kon worden gezien in samenhang met de omstandigheid dat het ging om uitgebreide instructies die een aanzienlijke financiële waarde voor het advocatenkantoor vertegenwoordigden. Voorts was het relevant dat de arbiter, als partner van het kantoor, een centrale positie in het kantoor had: van een partner op een dergelijke positie moet worden aangenomen dat hij geïnformeerd zou zijn over een dergelijke instructie. Tot slot overwoog het hof dat de omstandigheid dat eiseres de dag nadat het arbitraal vonnis was gewezen als tegenpartij in het conflictcontrole-systeem ('klantregister', 'conflict check system') van het advocatenkantoor werd geregistreerd eveneens kon worden gezien als een omstandigheid die het vertrouwen in de onafhankelijkheid van de

Auto-Guadeloupe Investissement (hierna: AGI) en de Amerikaanse onderneming Caribbean Fiber Holdings LP (hierna: CFH) waren eigenaar van de Franse onderneming Global Caribbean Fiber SA (hierna: GCF). CFH was afhankelijk de Amerikaanse onderneming Leucadia National Corporation.²⁷⁴ In 2008 begonnen AGI en CFH 'négociations tendant à la cession de la totalité du capital' van GCF aan Columbus Acquisitions Inc. en Columbus Holdings France SAS (hierna gezamenlijk: Columbus). Nadat AGI in mei 2009 aangaf niet meer mee te willen werken aan de verkoop entameerde Columbus op 10 juli 2009 een arbitrageprocedure waarin zij onder meer 'l'exécution de l'accord de cession' vorderde; CFH voegde zich eveneens in de procedure.²⁷⁵ In maart 2011 wees de unus-arbiter een vonnis dat in het nadeel van AGI uitviel. Ten overstaan van het Cour d'appel van Parijs verzette AGI zich tegen de tenuitvoerlegging van het arbitraal vonnis en vorderde vernietiging van het vonnis ex artikel 1520 lid 2 CPC ('l'irrégularité de la composition du tribunal arbitral').²⁷⁶ In dit verband betoogde zij dat sprake zou zijn van 'un conflit d'intérêts' tussen de unus-arbiter en één van de partijen waarover geen mededeling was gedaan tijdens de oprichting van het scheidsgerecht.²⁷⁷ Het hof wees de vordering toe. In algemene bewoordingen overwoog het hof allereerst dat op het moment dat de belastende informatie publiek en makkelijk toegankelijk was - 'que les parties ne pouvaient manquer de consulter avant le début de l'arbitrage' - sprake was van een omstandigheid 'de nature à caractériser la notoriété d'un conflit d'intérêts'.²⁷⁸ In dat geval is het de verantwoordelijkheid van partijen om deze informatie voorafgaande aan de arbitrage te raadplegen, aldus het hof. Daarentegen kan niet van partijen worden verwacht dat zij 'se livrent à un dépouillement systématiques des sources susceptibles de mentionner le nom de l'arbitre et des personnes qui lui sont liées', noch dat zij 'poursuivent leurs recherches après le début de l'instance arbitrale'.²⁷⁹ Onder verwijzing naar de feiten van het onderhavige geval overwoog het hof dat de feiten niet 'notoires' waren tijdens de oprichting van het scheidsgerecht aangezien 'à la date où l'opération Cobre de las Cruces a été rendue publique, les débats devant [de arbiter, PR], étaient clos depuis août 2010 et l'affaire mise en délibéré'.²⁸⁰ Ook wees het hof op het belang van de band voor het advocatenkantoor, in het kader waarvan het wees op 'l'ampleur de la transaction elle-même, le nombre d'avocats mobilisés, ainsi que la publicité que le cabinet a entendu donner à sa contribution'.²⁸¹ In december 2015 verwierp het

arbiter verminderde (bron van de uitspraak: Shivaraman 2018; zie ook: via www.arbitration.sccinstitute.com).

274 CA Parijs 14 oktober 2014, *Revue de l'Arbitrage* 2015, afl. 1, p. 152: '(...) Caribbean Fiber Holdings LP (CFH), société immatriculée au Delaware, dépendant de la société américaine Leucadia National Corp. (...)’.

275 CA Parijs 14 oktober 2014, *Revue de l'Arbitrage* 2015, afl. 1, p. 152.

276 CA Parijs 14 oktober 2014, *Revue de l'Arbitrage* 2015, afl. 1, p. 153.

277 CA Parijs 14 oktober 2014, *Revue de l'Arbitrage* 2015, afl. 1, p. 154. Vgl. de 'déclaration d'indépendance' van de arbiter: 'I wish to disclose that a partner in my firm's Toronto office has represented Leucadia National Corporation in Canada in respect of Canadian based matters over a number of years. I understand that at present there are no matters in respect of which my firm is currently providing advice to Leucadia National Corporation' (id. p. 154).

278 CA Parijs 14 oktober 2014, *Revue de l'Arbitrage* 2015, afl. 1, p. 155.

279 CA Parijs 14 oktober 2014, *Revue de l'Arbitrage* 2015, afl. 1, p. 155.

280 CA Parijs 14 oktober 2014, *Revue de l'Arbitrage* 2015, afl. 1, p. 155.

281 CA Parijs 14 oktober 2014, *Revue de l'Arbitrage* 2015, afl. 1, p. 155. Vgl. id. p. 155: '(...) que de telles circonstances, qui étaient ignorées d'AGI lors de la désignation de M. B., étaient de nature à faire naître dans

Cour de cassation het cassatieberoep dat tegen het arrest was ingesteld.²⁸² Het Cour de cassation benadrukte onder meer dat de betreffende omstandigheid niet in de verklaring van onafhankelijkheid van de arbiter naar voren kwam en dat de omstandigheid 'n'était pas notoire' voor AGI 'avant le début de l'arbitrage'.²⁸³ Het Cour de cassation rekende het de arbiter aan dat hij geen mededeling van 'une opération manifestement importante' voor het advocatenkantoor had gedaan en kwam tot het eindoordeel dat het hof 'en a exactement déduit' dat deze omstandigheden aanleiding gaven tot een redelijke of gereede twijfel aan de onafhankelijkheid en onpartijdigheid van de arbiter.²⁸⁴

De uitspraken van het Cour d'appel en Cour de cassation zijn in mijn ogen om drie redenen interessant. Allereerst is interessant de nadruk die het Cour d'appel op de onderzoeksplicht van partijen voorafgaande aan de arbitrage legt, maar uiteindelijk de doorlopende disclosure-verplichting van de arbiter tijdens de arbitrage laat prevaleren. Daarnaast geeft de opsomming van de omstandigheden van het geval door het hof niet alleen aan dat ook in het kader van de onderhavige categorie de omstandigheden van het geval een belangrijke rol spelen, maar geeft de opsomming ook enig inzicht in de vraag wat voor omstandigheden kunnen worden meegewogen. Tot slot valt de nadruk op die zowel door het hof als door het Cour de cassation wordt gelegd op de bekendheid met de betreffende omstandigheid; de ruchtbaarheid die hieraan door het advocatenkantoor wordt gegeven, ligt in de risicosfeer van de arbiter, aldus de beide gerechten.

Het ICC en het LCIA lijken in onderhavig verband eveneens een strikt beleid te hanteren.²⁸⁵ Zo zou het ICC Court in 2008 viermaal de benoeming van een kandidaat-arbiter hebben geweigerd op grond van de omstandigheid dat een partner van het advocatenkantoor van de arbiter op enigerlei wijze was verbonden met het geschil of met één van de partijen in de arbitrage.²⁸⁶ In de literatuur is daarnaast melding gemaakt van een weigering door het ICC Court om tot benoeming van een door gedaagden genomineerde arbiter over te gaan omdat een vestiging van het advocatenkantoor van de arbiter ondernemingen van gedaagden bijstond in een niet-gereleerd geschil.²⁸⁷ In mei 1996 overwoog een LCIA Division dat 'in considering a possible lack of impartiality or independence' een partner van een advocatenkantoor 'had to be identified with his partners, at least insofar as their professional activities

l'esprit de cette partie un doute raisonnable quant à l'indépendance et l'impartialité de l'arbitre; qu'il convient dès lors d'annuler la sentence en raison de l'irrégularité de la composition du tribunal arbitral;'.
 282 Cour de cassation (chambre civile 1) 16 december 2015, *Revue de l'Arbitrage* 2016, afl. 2, p. 536-537 (*société Columbus acquisitions Inc. e.a./société Auto-Guadeloupe Investissement c.s.*). Zie voor een annotatie bij het arrest: Henry 2016.

283 Cour de cassation (chambre civile 1) 16 december 2015, *Revue de l'Arbitrage* 2016, afl. 2, p. 537.
 284 Cour de cassation (chambre civile 1) 16 december 2015, *Revue de l'Arbitrage* 2016, afl. 2, p. 537.

285 Vgl. de volgende conclusie die is getrokken n.a.v. de bespreking van een 'selection of decisions rendered by the SCC Board' tussen januari 2016 en december 2018: '[t]he SCC Board has consistently found that a client of any local law firm office is a client of the whole firm, however global that firm may be. This is in line with the IBA Guidelines. Similarly, a lawyer is generally seen to assume the identity of the firm; a relationship between a party and one of the firm's partners is often, though not always, imputed to the other partners' (Ipp, Carè & Dubeshka 2019, p. 25). In vergelijkbare zin: Mutis Tellez 2013, p. 15.

286 Fry & Greenberg 2009, nr. 48.

287 Fry & Greenberg 2009, nr. 48.

were concerned'.²⁸⁸ In de onderliggende procedure had eiser tegen de partij-arbiter van gedaagden bezwaar gemaakt nadat mededeling was gedaan dat zijn advocatenkantoor 'had previously represented associate companies of the Respondents in several matters not related to the subject matter of the dispute'.²⁸⁹ In het licht van de hieronder te bespreken (scheids)rechterlijke uitspraken is het opvallend te noemen dat de betreffende divisie het wrakingsverzoek uiteindelijk toch toeweest. Hoewel 'the matters in relation to which the challenged arbitrator's firm had acted for the companies associated to the Respondents appeared to have no connection with the subject matter of the dispute', was de zaak 'borderline' en 'fell just on that side of the line which made it inappropriate for him to remain in office', aldus de divisie.²⁹⁰ Zo'n vier jaar later kwam een andere LCIA Division tot eenzelfde oordeel.²⁹¹ In de voorliggende zaak maakten eisers met succes bezwaar tegen de benoeming van de partij-arbiter van gedaagde nadat mededeling was gedaan dat het advocatenkantoor van de arbiter gedaagde eerder had 'represented the Respondent with respect to the contractual arrangements with which the present arbitration agreements were concerned'.²⁹² Hoewel de divisie erkende dat de arbiter niet persoonlijk bij het advies betrokken was geweest,²⁹³ en hem 'accepted' als 'a person of integrity', kwam zij tot het oordeel dat het noodzakelijk was 'at this early stage of the proceedings to avoid any risk of embarrassment, both to him and to the parties' om de benoeming van de arbiter af te wijzen.²⁹⁴

Een interessante zaak, tot slot, speelde eveneens ten overstaan van een LCIA Division.²⁹⁵ In september 2012 wees een divisie een wrakingsverzoek toe in het kader waarvan werd opgekomen tegen een commerciële relatie tussen eiseres en het advocatenkantoor van één van de drie arbiters. De relatie zou eruit bestaan dat de partners van (de vestiging in Dubai van) het advocatenkantoor van de arbiter instructies van eiseres hadden ontvangen, maar wel 'in another dispute'.²⁹⁶ Hoewel de 'precise nature, value and scope of the work carried out' door het kantoor voor eiseres onbekend was, stond het vast dat het kantoor instructies had ontvangen, en - in de woorden van de divisie - '[e]ven more important' dat de instructies werden verstrekt op een moment dat de arbiter was 'both a current (not former) partner at the law firm and currently acting as arbitrator'.²⁹⁷ De commerciële relatie tussen het kantoor en de arbiter aan de ene kant en eiseres aan de andere kant was dan ook 'ongoing' hetgeen het gevaar op arbitrale vooringenomenheid 'reinforces', aldus

288 LCIA Division 29 mei 1996, nr. UN96/X15, par. 4.1.

289 LCIA Division 29 mei 1996, nr. UN96/X15, par. 1.6 jo. par. 1.5, vgl. par. 2.1.

290 LCIA Division 29 mei 1996, nr. UN96/X15, par. 4.2. Id. par. 4.2: '(...), given also that the challenge had been raised in response to his specific disclosure of the circumstances complained of'.

291 LCIA Division 27 januari 2000, nr. 9147.

292 LCIA Division 27 januari 2000, nr. 9147, par. 1.7 jo. par. 3.1. Vgl. id. par. 4.1: '(...), given that his firm had apparently advised the Respondent in respect of precisely those contractual agreements with which the present arbitration was concerned'.

293 LCIA Division 27 januari 2000, par. 4.2. Id. par. 4.2: '(...) (nor it seemed even a partner of the firm at the time) (...)'.²⁹⁴

294 LCIA Division 27 januari 2000, nr. 9147, par. 4.2 jo. par. 5.1.

295 LCIA Division 4 september 2012, nr. 111947.

296 LCIA Division 4 september 2012, nr. 111947, par. 30.

297 LCIA Division 4 september 2012, nr. 111947, par. 37, 39 en 40.

de divisie.²⁹⁸ Ondanks de 'quite advanced stage of the proceedings',²⁹⁹ zag de divisie aanleiding om tot het volgende eindoordeel te komen: 'the circumstances are sufficient to give rise to justifiable doubts as to [de arbiter, PR]'s impartiality and, more concretely, independence within the meaning of Article 10.3 LCIA Rules'.³⁰⁰

In het licht van de hiervoor besproken uitspraken is de uitkomst van deze zaak mijns inziens op het eerste oog opmerkelijk: ondanks het feit dat geen sprake was van een band met (het onderwerp van) de arbitrage en de precieze aard, waarde en het doel van het verrichte werk bij eiseres niet bekend was, kwam de divisie toch tot toewijzing van het wrakingsverzoek. Waar de 'toerekening' in de hierboven besproken Franse *Auto-Guadeloupe Investissement*-zaak mijns inziens nog te billijken valt daar het advocatenkantoor zelf de publiciteit had opgezocht,³⁰¹ ligt dit in de onderhavige zaak anders, aangezien slechts vaststond dat enige instructies waren ontvangen. Ik vraag mij af of het redelijk is om dit voor rekening van de arbiter te laten komen. Zou het niet redelijk(er) zijn om de maatstaf aan te houden dat het voor een arbiter redelijkerwijs mogelijk moet zijn om van een dergelijke relatie op de hoogte te zijn?³⁰² In dit kader ligt het voor de hand om te kijken naar de grootte van het advocatenkantoor.³⁰³ Een (vuist)regel zou kunnen zijn dat hoe kleiner een advocatenkantoor is, hoe eerder aan de arbitrale onafhankelijkheid en onpartijdigheid zou kunnen worden getwijfeld.³⁰⁴ Daarnaast lijkt mij de vraag naar de praktische uitvoering van belang; onduidelijk is tot hoever deze plicht reikt.³⁰⁵ In het verlengde hiervan kan men zich de vraag stellen hoe vaak een arbiter zich van zijn onderzoeksplicht dient te vergewissen?³⁰⁶ Een niet onbelangrijk punt in onderhavig verband, tot slot, ziet op (de) vertrouwelijkheid. Een spanningsveld zou kunnen ontstaan op het moment dat van een advocatenkantoor wordt verlangd om informatie prijs te geven aan een advocaat, die eerder voor het kantoor werkte, over een arbitrage waarin het

298 LCIA Division 4 september 2012, nr. 111947, par. 41, onder verwijzing ('see') naar literatuur.

299 LCIA Division 4 september 2012, nr. 111947, par. 47. Vgl. in dit verband par. 48: '[i]n fact, timing is not without significance', waarna de divisie drie argumenten naar voren brengt.

300 LCIA Division 4 september 2012, nr. 111947, par. 43.

301 CA Parijs 14 oktober 2014, *Revue de l'Arbitrage* 2015, afl. 1, p. 155: '(...) une opération que le cabinet regardait comme un enjeu de communication'.

302 Vgl. in dit verband de m.i. opmerkelijke uitspraak: U.S. Court of Appeals for the Second Circuit 7 januari 2014 (*Ometto/Asa Bioenergy Holding A.G.*), 549 F. App'x 41 waarin niet werd overgegaan tot vernietiging van een arbitraal vonnis ondanks de omstandigheid dat het advocatenkantoor van de voorzitter van het scheidsgerecht verschillende partijen van juridisch advies voorzag in het kader van een transactie waarbij één van de gedaagden wederpartij was. Het hof overwoog: 'We find no error in the district court's holding that the lead arbitrator lacked knowledge of the conflicts at issue at the time he authored the awards or in its holding that there was no evident partiality. Nor do we find error in the district court's holding that Rivkin had no reason to believe that a nontrivial conflict might exist, and thus had no further duty to investigate. To the extent that the lead arbitrator was careless, that carelessness does not rise to the level of willful blindness. (...)'.
 303 Vgl. Tribunal fédéral 7 september 2016, nr. 4A_386/2015, r.o. 3.3.1.1.

304 Vgl. Superior Court of Justice of Ontario 16 juli 2010 (*Telesat Canada/Boeing Satellite Systems International, Inc.*), [2010] ONSC 4023, r.o. 146, 136, 137.

305 Vgl. Superior Court of Justice of Ontario 26 januari 2016 (*Jacob Securities Inc./Typhoon Capital B.V.*), [2016] ONSC 604, r.o. 60: 'Even if there had been an obligation on the part of the Arbitrator to run a conflict search, it would not, in my view, go beyond the names of the parties and, perhaps, key players in the arbitration. (...)'. (bron van de geciteerde rechtsoverweging: via www.canlii.org, zie ook: Clout case 1652).

306 Vgl. Clay 2009, nr. 28.

kantoor betrokken is, terwijl de partij die in deze arbitrage door het kantoor wordt bijgestaan ervan uitgaat dat deze informatie bij het kantoor veilig is.³⁰⁷

259. Invulling: de enkele omstandigheid dat sprake is van vereenzelviging leidt niet tot het oordeel dat sprake is van arbitrale vooringenomenheid

Zoals ook in de IBA Guidelines 2014 uitdrukkelijk naar voren komt,³⁰⁸ hoeft vereenzelviging niet altijd te leiden tot toewijzing van een wrakingsverzoek of een vordering tot vernietiging van een arbitraal vonnis. Illustratief is hetgeen twee niet-gewraakte ICSID-arbiters in oktober 2001 overwogen ten aanzien van de omstandigheid dat sprake was van een bepaalde band tussen eiseressen en een partner van het advocatenkantoor, aan welk kantoor ook de voorzitter van het driedelige scheidsgerecht was verbonden: '(...) we do not think that this, *in and of itself*, is enough to justify disqualification in the circumstances of this case' (curs. PR).³⁰⁹ Met deze woorden wordt tot uitdrukking gebracht dat een enkele band op zichzelf genomen niet voldoende is om aan de arbitrale onafhankelijkheid en onpartijdigheid te (kunnen) twijfelen.³¹⁰

260. Vereenzelviging en de omstandigheden van het geval

De omstandigheden van het geval spelen dus ook in het kader van de categorie van de afgeleide relatie een belangrijke rol.³¹¹ Ter illustratie kan onder meer worden gewezen op een opsomming die afkomstig is van de hiervoor aangehaalde ICSID-arbiters van vijf omstandigheden die een rol hebben gespeeld om tot het oordeel te komen dat in het onderhavige geval geen sprake was van arbitrale vooringenomenheid: i) de informatie over de betreffende band ('relationship') was 'immediately

307 Vgl. Superior Court of Justice of Ontario 26 januari 2016 (*Jacob Securities Inc./Typhoon Capital B.V.*), [2016] ONSC 604, r.o. 59.

308 General Standard 6 (a) IBA Guidelines 2014.

309 ICSID 3 oktober 2001, nr. ARB/97/3 (*Compañía de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal S.A. v. The Argentine Republic*), 'Decision on the Challenge to the President of the Committee', par. 26. Id. par. 26: de omstandigheid dat 'a partner of Mr. Fortier's had (and still has) the Claimants or one of their affiliates as a client'.

310 Vgl. Rb. 's-Gravenhage (wrakingskamer) 20 april 2009, ECLI:NL:RBSGR:2009:BL4455 waarin werd overwogen dat 'de enkele omstandigheid dat de werkgever van een arbiter diensten afneemt van een bedrijf dat hetzelfde moederbedrijf heeft als het bedrijf waarover die arbiter moet oordelen nog niet met zich meebrengt dat die arbiter daarmee niet onpartijdig of onbevooroordeeld is, althans de schijn daartoe heeft gewekt' (r.o. 6.8). Zie over de uitspraak ook bijv. Meijer 2016, p. 69-70.

311 Vgl. U.S. Court of Appeals for the Second Circuit 11 februari 2013 (*NGC Network Asia, LLC/PAC Pacific Group International, Inc.*), 511 F. App'x 86 waarin het hof overwoog dat de door de arbiter medegedeelde omstandigheid, dat sprake was van een 'business relationship' tussen het advocatenkantoor van de arbiter (waarvan hij 'a managing partner' was) en een onderneming die een 'indirect, non-controlling ownership interest' in één van de partijen had niet leidde tot het oordeel dat sprake was van 'evident partiality'. Het hof wees op omstandigheden die het District Court in overweging had genomen en overwoog: 'None of these findings is clearly erroneous, and we cannot say that the relationship is one that would compel a reasonable person to conclude that the arbitrator was partial' (bron van de uitspraak: Born 2021a, vn. 1394 (p. 2007)). Vgl. de volgende gezichtspunten die naar voren komen in Superior Court of Justice of Ontario 16 juli 2010 (*Telesat Canada/Boeing Satellite Systems International, Inc.*), [2010] ONSC 4023, r.o. 132: '(...): (a) The size of the law firm, including the number of partners, and the law firm's specialization. (b) Whether the two law partners work out of the same office as in this case. (c) Whether it is a case of a single arbitrator or one of a panel'.

and fully disclosed', ii) de arbiter heeft en had geen 'lawyer-client relationship' met eiseressen 'or its affiliates' aangezien iii) het werk door een collega was gedaan die niets met de zaak te doen had; ook iv) had het werk betrekking op 'a specific transaction' in het kader waarvan het advocatenkantoor niet 'the lead firm' was, en v) zou 'the legal relationship' snel tot een eind komen 'with the closure of the transaction concerned'.³¹² Ter illustratie kan daarnaast worden gewezen op een uitspraak van het Cour d'appel van Parijs uit juli 2013.³¹³ Dit hof kwam tot het oordeel dat de omstandigheid dat één van de drie ICC-arbiters werkte voor een advocatenkantoor; 'un conseil du groupe Casino, entité impliquée dans le litige dans la mesure où de nombreuses procédures l'opposent à la famille E., actionnaire de LVH' geen grond opleverde om tot vernietiging van het arbitraal vonnis over te kunnen gaan.³¹⁴ Het hof overwoog dat geen 'lien d'affaires' kon worden onderscheiden die door 'son ampleur et sa récurrence' werd gekenmerkt en aanleiding zou geven 'une proximité de nature à faire naître dans l'esprit de la recourante un doute raisonnable sur son indépendance et son impartialité'.³¹⁵ Het hof wijst, kort samengevat en in overeenstemming met hetgeen de hiervoor aangehaalde ICSID-arbiters naar voren brachten, op de omvang en duur van de betreffende band.³¹⁶

Voorname gezichtspunten komen ook naar voren in een - in de literatuur uitvoerig besproken - uitspraak van het Engelse High Court uit maart 2016.³¹⁷ De feiten die aanleiding tot dit oordeel gaven zijn, kort samengevat, als volgt. Eiseres (gevestigd op de Britse Maagdeneilanden) en gedaagde (gevestigd in Maleisië) sloten een overeenkomst rondom een project in Irak. In april 2012 werd door gedaagde een LCIA-arbitrage begonnen.³¹⁸ Het LCIA ging over tot de benoeming van één arbiter

312 ICSID 3 oktober 2001, nr. ARB/97/3 (*Compañía de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal S.A. v. The Argentine Republic*), 'Decision on the Challenge to the President of the Committee', par. 26. Vgl. id. par. 19 waarin de arbiters benadrukten dat de 'great bulk' van het (advies)werk was gedaan voordat de procedure begon en dat de arbiter 'at no stage has had any personal involvement with the work or with the Claimant companies in relation thereto, and the work done bears no relationship to the present dispute'. Vgl. de conclusie van de twee niet-gewraakte arbiters in par. 26: '(...). All the circumstances need to be considered in order to determine whether the relationship is significant enough to justify entertaining reasonable doubts as to the capacity of the arbitrator or member to render a decision freely and independently. In the present case, for the reasons given above, the continuing relationship between another partner of Ogilvy Renault and Vivendi is not significant enough for this purpose. (...)'.
313 CA Parijs 2 juli 2013, *Revue de l'Arbitrage* 2013, afl. 4, p. 1033-1038 (*société La Valaisanne Holding/Guy Besnardeau e.a.*).

314 CA Parijs 2 juli 2013, *Revue de l'Arbitrage* 2013, afl. 4, p. 1037.

315 CA Parijs 2 juli 2013, *Revue de l'Arbitrage* 2013, afl. 4, p. 1037.

316 Vgl. U.S. Court of Appeals for the Sixth Circuit 2 april 2013 (*Thomas Kinkade Co./White*), 711 F.3d 719 waarin de uitspraak van het District Court werd bevestigd dat een arbitraal vonnis had vernietigd op grond van 'evident partiality' nadat de 'neutral' arbiter van het driedelige scheidsrecht (Kowalsky) had medegedeeld dat gedaagde en zijn advocaat het advocatenkantoor van Kowalsky hadden ingehuurd 'for engagements that were likely to be substantial'. De mededeling volgde na '[n]early five years and nearly 50 hearing days', maar voordat arbitraal (eind)vonnis was gewezen. Het hof nam onder meer de volgende overweging van het District Court één op één over: '[w]hen the neutral arbitrator engages in or attempts to engage in mid-arbitration business relationships with non-neutral participants, it jeopardizes what is supposed to be a party-structured dispute resolution process' (bron van de uitspraak: Born 2021a, vn. 1394 (p. 2007)).

317 High Court (Commercial Court) 2 maart 2016 (*W Ltd/M SDN BHD*), [2016] EWHC 422 (Comm). Zie over deze uitspraak ook o.a. Dundas 2016, p. 331-337; Van Leeuwen & Von Dewall 2016, p. 143-146.

318 High Court (Commercial Court) 2 maart 2016, [2016] EWHC 422 (Comm), r.o. 1.

die in oktober 2014 en maart 2015 twee arbitrale vonnissen wees.³¹⁹ Nadat de twee vonnissen waren gewezen, bleek dat het advocatenkantoor van de arbiter 'substantial' juridische diensten had verleend aan een onderneming (Q) die, evenals gedaagde, een dochteronderneming van een derde (moeder)onderneming (P) bleek te zijn.³²⁰ De juridische diensten zouden het advocatenkantoor geen windeieren hebben gelegd: sprake was van een 'substantial financial income from advising the affiliate'.³²¹ De arbiter had over deze band geen mededeling gedaan daar 'the Law Firm's conflict check systems did not draw Q or its new relationship with P to his attention'.³²² Eiseres probeerde de arbitrale vonnissen vervolgens van tafel te krijgen op grond van artikel 68 lid 2 Arbitration Act 1996 ('serious irregularity').³²³ Ter onderbouwing van deze vordering wees zij ook op paragraaf 1.4 van de 'Non-Waivable Red List' van de IBA Guidelines 2014.³²⁴ Het gerecht, bij monde van Mr Justice Knowles, wees de vordering af. Niet alleen bleek niet uit de feiten van het geval dat de arbiter enig werk voor de 'client company' had gedaan,³²⁵ ook trad de arbiter als 'sole practitioner' op waarbij hij het advocatenkantoor alleen voor 'secretarial and administrative assistance for his work as an arbitrator' gebruikte, en zou de arbiter wel een mededeling hebben gedaan 'if he had been altered to the situation'.³²⁶ Deze omstandigheden gaven aanleiding tot het volgende oordeel: 'the fair minded and informed observer would *not*, in my view, conclude that there was a real possibility that the tribunal was biased, or lacked independence or impartiality' (curs. PR).³²⁷ De verwijzing van eiseres naar de IBA Guidelines 2014 schoof het gerecht terzijde omdat de richtlijnen niet bindend waren voor het gerecht. Interessant is het 'obiter dictum' in dit verband: het gerecht uitte kritiek op het opnemen van de situatie op de 'Non-Waivable Red List', omdat de situatie 'classically appropriate for a case-specific judgment' zou zijn.³²⁸

Enigszins opmerkelijk mijns inziens is hetgeen de arbiter als reden aanvoert waarom hij geen mededeling over de band heeft gedaan: de band was niet naar boven gekomen in de 'conflict check systems' van het advocatenkantoor. Opvallend is dat het High Court hieraan voorbij lijkt te gaan en slechts benadrukt dat de arbiter wel een mededeling zou hebben gedaan indien hij over de relevante informatie beschikte. Voornoemde roept de vraag op voor wiens rekening een niet-werkend 'conflict check system' zou moeten komen.³²⁹ Is hierbij van belang om onderscheid

319 High Court (Commercial Court) 2 maart 2016, [2016] EWHC 422 (Comm), r.o. 2.

320 High Court (Commercial Court) 2 maart 2016, [2016] EWHC 422 (Comm), r.o. 11-13.

321 High Court (Commercial Court) 2 maart 2016, [2016] EWHC 422 (Comm), r.o. 6.

322 High Court (Commercial Court) 2 maart 2016, [2016] EWHC 422 (Comm), r.o. 16. Vgl. id. r.o. 16: '(...) He regrets that this is what happened, as he would have wished to make a disclosure had he known'.

323 High Court (Commercial Court) 2 maart 2016, [2016] EWHC 422 (Comm), r.o. 3.

324 High Court (Commercial Court) 2 maart 2016, [2016] EWHC 422 (Comm), r.o. 5. IBA Guidelines 2014, par. 1.4: 'The arbitrator or his or her firm regularly advises the party, or an affiliate of the party, and the arbitrator or his or her firm derives significant financial income therefrom'.

325 High Court (Commercial Court) 2 maart 2016, [2016] EWHC 422 (Comm), r.o. 20.

326 High Court (Commercial Court) 2 maart 2016, [2016] EWHC 422 (Comm), r.o. 21.

327 High Court (Commercial Court) 2 maart 2016, [2016] EWHC 422 (Comm), r.o. 22. Zie ook: id. r.o. 42.

328 High Court (Commercial Court) 2 maart 2016, [2016] EWHC 422 (Comm), r.o. 36.

329 Vgl. in dit verband de m.i. enigszins opmerkelijke overweging van het Superior Court of Justice van Ontario in januari 2016: 'Despite the Arbitrator having only been retired for approximately one year when he accepted the appointment as arbitrator in this case, he was no longer able to conduct a conflict search,

te maken tussen een situatie waarin de arbiter het systeem heeft doorzocht met foutieve, door de arbiter zelf aangeleverde data, en een situatie waarin de arbiter een systeem heeft doorzocht waarin zich foutieve en/of verouderde data bevond? En valt het oordeel anders uit wanneer de arbiter is vergeten om een dergelijke 'check' te doen?³³⁰ Wat hier verder ook van zij, de uitkomst van de zaak zelf vind ik te billijken: de omstandigheden van het geval wijzen er immers op dat de band die de arbiter met het advocatenkantoor onderhield louter administratief was.

261. De zaak *J&P Avax v. Tecnimont*

Een andere zaak die in de literatuur de nodige aandacht heeft gekregen - met name ook vanwege de lengte ervan - speelde zich af ten overstaan van Franse gerechten.³³¹ De feiten die aanleiding tot de zaak hebben gegeven zijn, kort samengevat, als volgt. De Italiaanse onderneming Tecnimont sloot een overeenkomst met de Griekse onderneming J&P Avax die zag op de bouw van een fabriek in Griekenland. Nadat tussen partijen een geschil was gerezen, begon Tecnimont een ICC-arbitrage in het kader waarvan drie arbiters werden benoemd.³³² In mei 2007 raakte Avax op de hoogte van 'non dévoilés' banden die zouden bestaan tussen Tecnimont en de voorzitter van het scheidsgerecht.³³³ meer specifiek tussen Tecnimont en een advocatenkantoor waaraan de voorzitter 'est structurellement lié en sa qualité de conseil dans le bureau parisien'.³³⁴ Op 14 september 2007 diende Avax een wrakingsverzoek in dat in oktober 2007 door het ICC Court werd afgewezen 'dont les motifs n'ont pas été portés à la connaissance des parties'.³³⁵ Avax koos eieren voor haar geld door de procedure voort te zetten, doch niet zonder aan te geven dat zij haar rechten zou bewaren. Op 10 december 2007 wees het scheidsgerecht een deelvonnis. Avax vorderde vervolgens vernietiging van dit vonnis aangezien de voorzitter tekort zou zijn geschoten in 'son obligation de révéler'.³³⁶ Avax betoogde dat de arbiter in zijn 'déclaration d'indépendance' van 30 oktober 2002 mededeling had moeten doen van de omstandigheid dat zijn kantoor 'la maison mère de Tecnimont, Edison' tot 2002 had geadviseerd en haar tot 2005 als cliënt had. Ook had de arbiter mededeling moeten doen van de banden 'entre son cabinet et Tecnimont ainsi que ses sociétés mères

in any event. (...); zie: Superior Court of Justice of Ontario 26 januari 2016 (*Jacob Securities Inc./Typhoon Capital B.V.*), [2016] ONSC 604, r.o. 61.

330 Vgl. U.S. Court of Appeals for the Ninth Circuit 5 april 1994 (*Schmitz/Zilveti*), 20 F.3d 1043: '(...), a reasonable impression of partiality can form when an actual conflict of interest exists and the lawyer has constructive knowledge of it. (...). That the lawyer forgot to run a conflict check or had forgotten that he had previously represented the party is not an excuse. (...)'.
331 CA Parijs 12 februari 2009, nr. 07/22164, *Revue de l'Arbitrage* 2009, afl. 1, p. 186-190 (*J&P Avax SA/société Tecnimont SPA*) (zie voor een Engelse samenvatting: B. Derains & Y. Derains, A contribution by the ITA Board of Reporters, via: Kluwer Arbitration, zie eveneens bijv. Debourg 2019; Jourdan-Marques 2019).

332 CA Parijs 12 februari 2009, nr. 07/22164, *Revue de l'Arbitrage* 2009, afl. 1, p. 187.
333 CA Parijs 12 februari 2009, nr. 07/22164, *Revue de l'Arbitrage* 2009, afl. 1, p. 188.

334 CA Parijs 12 februari 2009, nr. 07/22164, *Revue de l'Arbitrage* 2009, afl. 1, p. 189. Vgl. id. p. 189: '(...) dans sa déclaration d'indépendance M. E. a révélé des informations attenantes à un éventuel conflit d'intérêts entre Tecnimont et le cabinet d'avocats qui la compte parmi ses clients, cabinet auquel M. E. est structurellement lié en sa qualité de conseil dans le bureau parisien de W. (...)'.
335 CA Parijs 12 februari 2009, nr. 07/22164, *Revue de l'Arbitrage* 2009, afl. 1, p. 188.

336 CA Parijs 12 februari 2009, nr. 07/22164, *Revue de l'Arbitrage* 2009, afl. 1, p. 187.

et filiales', aldus Avax.³³⁷ Het Cour d'appel van Parijs wees de vordering in februari 2009 toe. Het hof rekende de arbiter aan dat zijn mededeling over onder meer de band van het kantoor met Edison 'n'a pas été exhaustive'.³³⁸ Het hof overwoog dat 'le lien de confiance' tussen de arbiter en de partijen 'continûment' diende te worden bewaard, in het kader waarvan partijen dienden te geïnformeerd tijdens 'toute la durée de l'arbitrage des relations qui pourraient avoir à leurs yeux une incidence sur le jugement de l'arbitre et qui seraient de nature à affecter son indépendance'.³³⁹ De omstandigheden van het geval - 'prises dans leur ensemble' leidden tot het oordeel dat sprake was van een 'conflit d'intérêts entre le président du tribunal arbitral et l'une des parties à l'arbitrage'.³⁴⁰ In de Franse literatuur werd overwegend kritisch op de uitspraak van het hof gereageerd.³⁴¹ De voornaamste kritiek zag op de uitbreiding van de disclosure-verplichting door het hof.

Op het eerste oog leek de vernietiging van het arrest door het Cour de cassation in november 2010 dan ook weinig verrassend.³⁴² Bestudering van het inhoudelijke oordeel wijst evenwel uit dat het gerecht slechts tot vernietiging overging vanwege een reden van meer procesrechtelijke aard: het hof zou 'l'objet du litige' hebben gewijzigd, aangezien 'la quasi-totalité des faits' reeds naar voren was gebracht in het wrakingsverzoek van 14 september 2007.³⁴³ Deze wijziging was in strijd met artikel 4 CPC en derhalve volgde vernietiging van het arrest van het hof.³⁴⁴ Het Cour de cassation verwees de zaak naar het Cour d'appel van Reims. Ook dit hof kwam tot vernietiging van het arbitraal deelvonnis.³⁴⁵ In november 2011 overwoog het hof onder meer dat de mededelingsplicht, die op de arbiter rust - 'tout particulièrement quand il est président' - gedurende de hele arbitrale procedure doorloopt 'jusqu'à la fin de la mission de l'arbitre'.³⁴⁶ Om partijen in staat te stellen de situatie te beoordelen, is 'un minimum d'objectivité' van de zijde van de arbiter vereist.³⁴⁷ Interessant is dat de positie van de arbiter binnen het kantoor niet lijkt uit te maken: 'l'arbitre doit révéler totalement, tant ce qui lui est strictement personnel que ce qui concerne le cabinet dont il fait partie, son degré d'association au sein de ce cabinet étant indifférent' (curs. PR), aldus het hof.³⁴⁸ In andere gerechtelijke uitspraken is dit niet zo stellig gefor-

337 CA Parijs 12 februari 2009, nr. 07/22164, *Revue de l'Arbitrage* 2009, afl. 1, p. 188.

338 CA Parijs 12 februari 2009, nr. 07/22164, *Revue de l'Arbitrage* 2009, afl. 1, p. 189.

339 CA Parijs 12 februari 2009, nr. 07/22164, *Revue de l'Arbitrage* 2009, afl. 1, p. 189.

340 CA Parijs 12 februari 2009, nr. 07/22164, *Revue de l'Arbitrage* 2009, afl. 1, p. 189.

341 Zie bijv. Clay 2009, zie ook (meer in het algemeen): Mourre & Vagenheim 2009; Schweizer 2009, p. 523-524; Crivellaro 2010, p. 312. Vgl. Mourre 2016, nr. 23.21; Mourre 2015, p. 296.

342 Cour de cassation (chambre civile 1) 4 november 2010, *Revue de l'Arbitrage* 2010, afl. 4, p. 824-825 (*société Tecnimont Spa/société J&P Avax*). Zie over dit arrest ook bijv. Mourre 2010.

343 Cour de cassation (chambre civile 1) 4 november 2010, *Revue de l'Arbitrage* 2010, afl. 4, p. 825.

344 Cour de cassation (chambre civile 1) 4 november 2010, *Revue de l'Arbitrage* 2010, afl. 4, p. 825.

345 CA Reims 2 november 2011, *Revue de l'Arbitrage* 2012, afl. 1, p. 112-119 (*J&P Avax SA/société Tecnimont SPA*). Zie voor een annotatie: Henry 2012, zie voor een Engelse samenvatting: B. Derains & Y. Derains, A contribution by the ITA Board of Reporters, via: Kluwer Arbitration. Zie over deze uitspraak ook bijv. Franc-Menget & Sucharitkul 2011; Born 2021a, vn. 1394 (p. 2007).

346 CA Reims 2 november 2011, *Revue de l'Arbitrage* 2012, afl. 1, p. 118.

347 CA Reims 2 november 2011, *Revue de l'Arbitrage* 2012, afl. 1, p. 118.

348 CA Reims 2 november 2011, *Revue de l'Arbitrage* 2012, afl. 1, p. 118. Ook het Cour d'appel van Parijs was in zijn uitspraak van februari 2009 aan dit punt voorbij gegaan: het hof merkte slechts op dat de arbiter 'est structurellement lié en sa qualité de conseil dans le bureau parisien de W.' (CA Parijs 12 februari 2009, nr. 07/22164, *Revue de l'Arbitrage* 2009, afl. 1, p. 189). Vgl. Svea hovrätt 27 september 2011 (KPMG

muleerd. Het hof overwoog dat het aan de 'juge du contrôle' is om de gevolgen van de niet-medegedeelde informatie te wegen en te beoordelen of 'elle est de nature à susciter un doute raisonnable aux yeux des parties quant au défaut d'indépendance allégué'.³⁴⁹ Onder verwijzing naar de omstandigheden van het geval kwam het hof tot het oordeel dat sprake was van 'une relation de clientèle', en dat 'le défaut d'information de la société Avax sur ces faits, suivi d'une information incomplète et perlée de celle-ci, est de nature à faire raisonnablement douter de l'indépendance'.³⁵⁰

Ook dit arrest was geen lang leven beschoren. Eind juni 2014 werd het arrest van het Cour d'appel van Reims door het Cour de cassation vernietigd.³⁵¹ Helaas ging het gerecht hierbij niet in op de vraag naar de (reikwijdte van de) disclosure-verplichting.³⁵² Na verwijzing kwam de zaak opnieuw op het bord van het Cour d'appel van Parijs. Ditmaal liet het hof het arbitrale deelvonnis in stand.³⁵³ In algemene bewoordingen overwoog het hof in april 2016 dat de informatieplicht van de arbiter diende te worden gewaardeerd 'au regard de la notoriété de la situation critiquée, de son lien avec le litige et de son incidence sur le jugement de l'arbitre'.³⁵⁴ Onder verwijzing naar de feiten van het geval overwoog het hof onder meer dat de feiten waarvan Avax op de hoogte zou zijn geraakt nadat de bezwaartermijn van 30 dagen was verstreken, 'sont publiques et aisément accessibles', en dan ook eerder naar voren hadden kunnen worden gebracht.³⁵⁵ Daarnaast waren de feiten waarvan Avax op de hoogte zou zijn geraakt nadat zij haar wrakingsverzoek had ingediend, niet 'de nature à aggraver de manière significative les doutes sur l'indépendance et l'impartialité de l'arbitre'.³⁵⁶ Ditmaal stelde Avax cassatieberoep in.

Op 19 december 2018 liet het Cour de cassation zich voor de laatste keer over de zaak uit.³⁵⁷ Het gerecht verwierp het beroep. Het gerecht herhaalde, kort samengevat, hetgeen het hof had overwogen en bevestigde dat het partijen niet (meer) was toegestaan om in het kader van een vernietigingsprocedure feiten aan te voren die twijfels zouden doen rijzen omtrent de arbitrale onafhankelijkheid en onpartijdigheid wanneer zij deze feiten niet eerder hadden aangevoerd.³⁵⁸ Waar het Cour d'appel van Parijs negen jaar eerder de disclosure-verplichting nog (te) ver had opge-

AB/ProfilGruppen AB), nr. T 1085-11: 'It is also relevant that A.C., as a partner at Roschier and responsible for the Stockholm office, has a very central position in the law firm. A partner in such a position must typically be assumed to be informed about instruction of the kind contemplated here'.

349 CA Reims 2 november 2011, *Revue de l'Arbitrage* 2012, afl. 1, p. 118.

350 CA Reims 2 november 2011, *Revue de l'Arbitrage* 2012, afl. 1, p. 119.

351 Cour de cassation (chambre civile 1) 25 juni 2014, nr. 11-26.529, *Revue de l'Arbitrage* 2015, afl. 1, p. 85-88 (société Tecnimont SPA/société J&P Avax). Zie voor een annotatie: Mezghani & Arnaldez 2015, zie voorts bijv. Jarrosson 2016, p. 463-463.

352 Het gerecht beperkte zich tot de vraag naar de bevoegdheid van de (appel)rechter en verwerking van (vernietigings)recht.

353 CA Parijs 12 april 2016, *Revue de l'Arbitrage* 2017, afl. 1, p. 234-240; *Revue de l'Arbitrage* 2017, afl. 3, p. 949-955 (société J&P Avax/société Tecnimont). Zie voor een annotatie: Loquin 2017; zie voor een Engelse samenvatting: B. Derains, A contribution by the ITA Board of Reporters, via: Kluwer Arbitration. Zie daarnaast bijv. Fouchard 2016, en voor een kritische noot: Henry 2017.

354 CA Parijs 12 april 2016, *Revue de l'Arbitrage* 2017, afl. 1, p. 237.

355 CA Parijs 12 april 2016, *Revue de l'Arbitrage* 2017, afl. 1, p. 239.

356 CA Parijs 12 april 2016, *Revue de l'Arbitrage* 2017, afl. 1, p. 240.

357 Cour de cassation (chambre civile 1) 19 december 2018, nr. 16-18.349, *Revue de l'Arbitrage* 2018, afl. 4, p. 848-849 (société J&P Avax/société Tecnimont SPA).

358 Vgl. Adeline 2019: 'Timing in arbitration is of paramount importance'.

rekt, werd de zaak uiteindelijk afgedaan op - hetgeen ik aanduid als - een punt van procesrechtelijke aard. Het gevolg van het niet naar voren brengen van feiten die men eerder naar voren had kunnen brengen, is echter niet minder vergaand. Betoogd zou kunnen worden dat ook hier enige vorm van toerekening heeft plaatsgevonden: in tweede instantie legt het Cour d'appel van Parijs de nadruk op de toegankelijkheid van de bewuste feiten. Daarnaast wordt opnieuw aan de 'notoriété' gerefereerd. Een mijns inziens opvallend punt, tot slot, ziet op de positie die de betreffende arbiter binnen het advocatenkantoor had. Hoewel de arbiter in de onderhavige zaak 'slechts' als 'of counsel' aan het kantoor was verbonden, lijken de gerechten - anders dan het Cour d'appel van Reims dat expliciet aangaf dat 'son degré d'association au sein de ce cabinet' geen (bijzonder) gewicht in de schaal legde - weinig met dit feit te doen. Men zou zich kunnen afvragen of het gezichtspunt van de positie van de arbiter binnen een advocatenkantoor niet nadrukkelijk(er) zou moeten worden meegewogen, zoals wel het geval leek te zijn in de uitspraak van het Engelse High Court in de zaak *W Ltd v. M SDN BHD* uit maart 2016.

262. Vereenzelviging in het kader van een samenwerkingsverband tussen advocatenkantoren

De hiervoor besproken uitspraken zagen op de situatie waarin sprake was van een band tussen het advocatenkantoor en één van de partijen in de arbitrage. Wat nu wanneer deze band verder verwijderd is in de zin dat sprake is van een band tussen het advocatenkantoor van een arbiter en een advocatenkantoor dat één van de partijen van (juridisch) advies heeft voorzien?

Deze vraag stond centraal in een uitspraak die afkomstig is van het Tribunal fédéral uit september 2016.³⁵⁹ De feiten die aanleiding tot de uitspraak gaven waren, kort samengevat, als volgt. In april 2015 wees een unus-ICC-arbiter een arbitraal vonnis ter beslechting van een geschil dat was gerezen na een ongeluk met een lift in de haven van Livorno.³⁶⁰ Nadat de arbiter vonnis had gewezen, dat in het voordeel van Y (een Nederlandse onderneming) uitviel, kwam X (een Italiaanse onderneming) er via een 'communiqué de presse' van begin december 2014 achter dat een Duitse vestiging van het advocatenkantoor waar de arbiter werkzaam was in het verleden een onderneming (Z) zou hebben geadviseerd die tot dezelfde groep ondernemingen als Y in de arbitrage behoorde ('Groupe Y').³⁶¹ X betoogde dat in casu sprake was van één advocatenkantoor en dat deze omstandigheid 'un motif de récusation, respectivement de recours contre la sentence' was.³⁶² Zij verzocht het Tribunal fédéral om herziening van het arbitraal vonnis. Het gerecht was niet overtuigd. Nadat het gerecht opmerkte dat het advocatenkantoren eigen was om 'un réseau' te vormen waarmee op diverse manieren kon worden samengewerkt,³⁶³ ging het nader in op het onderhavige samenwerkingsverband. Het gerecht wees op de 'indépendance juridique'

359 Tribunal fédéral 7 september 2016, nr. 4A_386/2015.

360 Tribunal fédéral 7 september 2016, nr. 4A_386/2015, r.o. A en B.

361 Tribunal fédéral 7 september 2016, nr. 4A_386/2015, r.o. C.

362 Tribunal fédéral 7 september 2016, nr. 4A_386/2015, r.o. C.

363 Tribunal fédéral 7 september 2016, nr. 4A_386/2015, r.o. 3.3.1.2.

van het samenwerkingsverband die zich ook manifesteerde 'sur le plan patrimonial, en ce sens qu'il n'existe pas d'intégration financière entre les différents cabinets membres du réseau' (curs. PR).³⁶⁴ Daarnaast wees het gerecht erop dat de arbiter noch zijn kantoor Y hadden geadviseerd of 'relations commerciales importantes' met haar onderhielden.³⁶⁵ Het gerecht kwam tot het volgende oordeel: '(...) considérées du point de vue d'un tiers raisonnable en ayant connaissance, les circonstances du cas concret, seules décisives, ne sont de toute façon pas d'une gravité telle que le maintien de la sentence formant l'objet de la demande de révision apparaîtrait incompatible avec le sentiment de la justice et de l'équité' (curs. PR).³⁶⁶ In dit verband benadrukte het gerecht dat er niet alleen geen aanwijzing was voor arbitrale vooringenomenheid tijdens de procedure, maar ook dat de band tussen de arbiter en Y te ver was verwijderd.³⁶⁷ Interessant mijns inziens is de nadruk die het gerecht legt op zowel de financiële als de juridische onafhankelijkheid van het samenwerkingsverband.³⁶⁸

263. Deelconclusie

Hiervoor is aandacht besteed aan de categorie van de afgeleide relatie. Hoewel de vier wetgevers en drie van de vier arbitrage-instituten van onderzoek niet in een bepaling hebben voorzien die betrekking op deze categorie heeft, kan wel te rade worden gegaan bij richtlijnen die afkomstig zijn van de ICC en de IBA. In deze richtlijnen wordt uitgegaan van een bepaalde vorm van vereenzelviging. Anders gezegd, de band die een advocatenkantoor met één van de partijen onderhoudt, wordt aan de arbiter toegerekend. Dit komt ook naar voren in (scheids)rechterlijke uitspraken. Vereenzelviging hoeft echter niet altijd tot het oordeel te leiden dat sprake is van arbitrale vooringenomenheid. Uit (scheids)rechterlijke uitspraken kwam naar voren dat de omstandigheden van het geval een belangrijke rol spelen. Daarnaast keert een aantal gezichtspunten terug: een belangrijk gezichtspunt ziet op de vraag of de band verband houdt met de arbitrage.³⁶⁹ Tevens wordt gekeken naar de omvang en duur van de relatie, naar het (relatieve) belang van deze relatie³⁷⁰, en naar de vraag wan-

³⁶⁴ Tribunal fédéral 7 september 2016, nr. 4A_386/2015, r.o. 3.3.1.2.

³⁶⁵ Tribunal fédéral 7 september 2016, nr. 4A_386/2015, r.o. 3.3.2. In de rechtsoverweging wordt meermaals verwezen naar de IBA Guidelines 2014.

³⁶⁶ Tribunal fédéral 7 september 2016, nr. 4A_386/2015, r.o. 3.3.3.

³⁶⁷ Tribunal fédéral 7 september 2016, nr. 4A_386/2015, r.o. 3.3.3. Id. r.o. 3.3.3: '(...), l'impartialité subjective de l'arbitre n'est apparemment pas contestée, ni contestable au demeurant', en: 'En ce qui concerne l'impartialité objective, (...), le lien entre l'arbitre et l'intimée est encore plus ténu (...)'.
³⁶⁸ Vgl. ten aanzien van de band tussen twee advocatenkantoren die tot hetzelfde (moeder)kantoor behoren: ICSID 12 november 2013, nr. ARB/12/20 (*Blue Bank International & Trust (Barbados) Ltd. v. The Bolivarian Republic of Venezuela*), 'Decision on the Parties Proposals to Disqualify a Majority of the Tribunal', par. 67.

³⁶⁹ Vgl. Superior Court of Justice of Ontario 16 juli 2010 (*Telesat Canada/Boeing Satellite Systems International, Inc.*), [2010] ONSC 4023 waarin een arbiter tijdens de arbitrage werd verwijderd ('remove') op grond van de omstandigheid dat één van de partners van het advocatenkantoor waaraan de voorzitter van het driedelige scheidsgerecht eveneens als partner was verbonden als arbiter vonnis had gewezen in een andere arbitrage waarin gedaagde partij was.

³⁷⁰ Vgl. High Court (Commercial Court) 30 januari 2015 (*Sierra Fishing Company c.s./Farran c.s.*), [2015] EWHC 140 (Comm). Het gerecht ging over tot 'the removal' van een arbiter ex artikel 24 Arbitration Act 1996 op grond van onder meer de omstandigheid dat de arbiter had nagelaten mededeling te doen van de omstandigheid dat hij een financieel belang had in een advocatenkantoor dat onder meer door de arbiter

neer de relatie speelde.³⁷¹ Opvallend was de nadruk op de doorlopende disclosure-verplichting van de arbiter in het kader waarvan de arbiter ook een onderzoeksplicht is opgelegd.³⁷² Naar voren kwam dat de praktische uitvoerbaarheid van een dergelijke plicht vragen oproept. Tot slot werd opgemerkt dat (het vraagstuk van) (de) vertrouwelijkheid ook in dit verband aandacht verdient.

6.3.7 Deelconclusie

264. Overzicht van bevindingen

In de onderhavige paragraaf stond, kort gezegd, de vraag centraal in hoeverre een financieel belang van een arbiter aanleiding kan geven tot twijfels aan de onafhankelijkheid en/of onpartijdigheid van deze arbiter. Nu de factor divers is, is gekozen voor een beperkte(re) invalshoek en zijn vijf categorieën onderscheiden: i) de verticale band, ii) de horizontale band, iii) de diagonale band, iv) de categorie van het eigenbelang, en v) de categorie van de afgeleide relatie. Per categorie was aandacht voor arbitrale wet- en regelgeving, alsmede is besproken of, en zo ja hoe, de categorie in (scheids)rechterlijke uitspraken naar voren kwam.

Allereerst is het verband tussen de factor van het financieel belang en de onafhankelijkheid en onpartijdigheid van arbiters besproken. Weinig twijfel lijkt te bestaan over de stelling dat een arbiter die een financieel belang heeft bij een bepaalde uitkomst van de arbitrage, geacht wordt niet langer onafhankelijk en/of onpartijdig te zijn: het erop nahouden van een dergelijk belang druist in tegen de gedachte dat niemand rechter in eigen zaak mag zijn. Daarnaast speelt beeldvorming een rol: enig(erlei) financieel belang - ongeacht de omvang - kan tot twijfels leiden, daar niet langer op (de) onafhankelijke en/of onpartijdige besluitvorming zou kunnen worden vertrouwd. Naar voren kwam dat het antwoord op de vraag of het hebben van enig

en zijn vader was opgericht, en dat de belangen behartigde van één van de partijen in de arbitrage in ruil voor een 'significant financial benefit' (bron van de uitspraak: Nairn, Szymanski & Lekakis 2020).

371 Vgl. Superior Court of Justice of Ontario 26 januari 2016 (*Jacob Securities Inc./Typhoon Capital B.V.*), [2016] ONSC 604 waarin tevergeefs werd geprobeerd een arbitraal vonnis te laten vernietigen op grond van de omstandigheid dat het advocatenkantoor van de unus-arbiter (aan welk kantoor hij '[f]or over 40 years' tot zijn pensionering op 31 december 2012 verbonden was geweest; tot 2008 als partner en later als 'Senior Counsel' - de arbiter accepteerde zijn benoeming in november 2013) in het verleden had opgetreden voor een partij die betrokken was bij een project waar de arbitrage om draaide. Het gerecht legde de nadruk op de omstandigheid dat de relevante werkzaamheden door het advocatenkantoor waren beëindigd in 2007 (r.o. 49, 50). Het eindoordeel op dit punt luidde: '[t]he connection between the Arbitrator and his former firm's representation of those parties is too remote' (r.o. 61) (bron van de uitspraak: McLachlin 2020, p. 66; vindplaats van de uitspraak: CLOUT case 1652, ook via: www.ontariocourts.ca).

372 Vgl. Superior Court of Justice of Ontario 26 januari 2016, [2016] ONSC 604, r.o. 56. Vgl. U.S. District Court for the Central District of California 8 november 1999 (*HSMV Corp./ADI Ltd.*), 72 F. Supp. 2d 1122 waarin het gerecht een arbitraal vonnis vernietigde op grond van de omstandigheid dat het advocatenkantoor van de arbiter optrad voor 'the Commonwealth of Australia' die haar belangen in één van de partijen van de arbitrage (ADI) probeerde te verkopen. Het gerecht overwoog (onder meer): '[i]n sum, the Court finds that Gibson had a duty "to make a reasonable effort to inform himself of his firm's representation" of the Commonwealth in its efforts to privatize ADI' (curs. PR). Interessant is dat het gerecht overwoog dat een arbiter, die eveneens advocaat is, een onderzoeksplicht kan worden opgelegd: '(...), the Court finds that Gibson, as a lawyer, had a duty to investigate whether a conflict may exist prior to his engagement as the sole "neutral" arbitrator in this dispute. The Ninth Circuit has recognized that an arbitrator who is also a lawyer may have an independent duty to investigate possible conflicts of interest'.

financieel belang altijd strijdig is met de arbitrale onafhankelijkheid en onpartijdigheid, minder eenduidig is. Ter onderbouwing van deze observatie is gewezen op indirecte aanwijzingen en algemene gezichtspunten in (scheids)rechterlijke uitspraken waaruit kan worden afgeleid dat een financieel belang van enig gewicht dient te zijn.

Vervolgens is nader stilgestaan bij de vijf categorieën. De eerste categorie (de verticale band) had betrekking op de situatie waarin een arbiter gelijktijdig, dan wel in het verleden, voor één van de partijen één of meer diensten heeft verricht en daarvoor financieel is beloond. Omstandigheden die onder deze categorie zijn geschaard, zagen op diensten die een arbiter aan een partij (heeft) verricht: dit kon gaan om een adviesrelatie, maar ook om een (voormalig) dienstverband bij een partij. Hoewel in de bestudeerde reglementen niet afzonderlijk aandacht aan deze categorie is besteed, zijn enige aanwijzingen gevonden in de ICC 'Note to Parties and Arbitral Tribunals on the Conduct of the Arbitration' 2021 en de IBA Guidelines 2014. Op basis van de besproken (scheids)rechterlijke uitspraken zijn vervolgens drie algemene vragen geformuleerd die een rol kunnen spelen in het kader van de beantwoording van de vraag in hoeverre de verticale band aanleiding kan geven tot twijfels aan de arbitrale onafhankelijkheid en onpartijdigheid. Van belang is de vraag wanneer de dienst is verricht, de vraag hoe lang sprake is/was van een dienstverband, en de vraag naar de (financiële) waarde van de verrichte dienst.

De tweede categorie (de horizontale band) had betrekking op de situatie waarin een arbiter een bepaalde band onderhoudt met één van de partijen waardoor beide actoren een financieel belang hebben bij een bepaalde uitkomst van de arbitrage. Omstandigheden die onder deze categorie zijn geschaard, zagen op de arbiter die (voormalig) bestuurder van één van de partijen is/was en de arbiter die aandelen bezit. Hoewel de bestudeerde reglementen ook aan deze categorie geen aandacht besteedden, zijn wel enige aanwijzingen gevonden in de ICC 'Note to Parties and Arbitral Tribunals on the Conduct of the Arbitration' 2021 en de IBA Guidelines 2014. Ook een aantal (scheids)rechters heeft zich gebogen over de vraag naar de toelaatbaarheid van een 'gedeelde investering' door de arbiter en één van de partijen. Minder (scheids)rechterlijke uitspraken waren mij bekend waarin de betrokkenheid van een arbiter bij één van de partijen in de hoedanigheid van (bijvoorbeeld) directeur en aandelenbezit door een arbiter in één van de partijen een rol speelde.

De derde categorie (de diagonale band) had betrekking op de situatie waarin een arbiter een bepaalde band heeft met een partij die niet rechtstreeks bij de arbitrage is betrokken. Deze categorie kwam niet met zoveel woorden in de arbitrale wet- en regelgeving van de vier jurisdicties en de vier arbitrage-instituten van onderzoek naar voren. Daarentegen kwam een dergelijke 'derde partij' wel in verschillende verschijningsvormen in (scheids)rechterlijke uitspraken naar voren: niet alleen kan sprake zijn van een dochteronderneming en/of een onderneming die met één van de partijen deel uitmaakt van één concern dan wel wordt geacht deel uit te maken van één concern, ook de concurrent van één van de partijen vormde een terugkerende derde partij. De derde partij hoeft niet altijd (alleen) een concurrent te zijn; deze partij kan ook op het overname-vinkentouw zitten. Daarnaast kwam naar voren dat ook een partij die indirect als procesfinancier optreedt als derde partij kan worden aangemerkt.

In tegenstelling tot de eerste drie categorieën zag de vierde categorie (het eigenbelang) op een belang dat alleen de arbiter bij een bepaalde uitkomst van de arbitrage heeft. Twee omstandigheden zijn onder deze categorie geschaard: de omstandigheid waarin de arbiter een geldlening aan één van de partijen heeft verstrekt, en het honorarium van de arbiter. Hoewel de eerstgenoemde omstandigheid in de arbitrale wet- en regelgeving van de vier jurisdicties en de vier arbitrage-instituten van onderzoek niet met zoveel woorden naar voren kwam, hebben verschillende gerechten zich uitgesproken over de ontoelaatbaarheid van een verstrekte geldlening. Ook ten aanzien van het honorarium van de arbiter waren overheidsrechters voorzichtig: niet alleen is in dit kader een *contingent fee* uit den boze, ook een twist over de verschuldigdheid van honorarium heeft tot het oordeel geleid dat sprake zou zijn van arbitrale vooringenomenheid jegens de niet-betalende partij.

De vijfde categorie zag op de zgn. afgeleide relatie. In deze categorie stond de band centraal die het advocatenkantoor van een arbiter met één van de partijen in de arbitrage onderhoudt of heeft onderhouden. Door de ICC en de IBA opgestelde richtlijnen gaan uit van (een vorm van) vereenzelviging. Dit kwam ook in een aantal (scheids)rechterlijke uitspraken naar voren. Vereenzelviging hoeft echter niet altijd tot het oordeel te leiden dat sprake is van arbitrale vooringenomenheid. Uit (scheids)rechterlijke uitspraken kwam naar voren dat de omstandigheden van het geval een belangrijke rol spelen. Een ander belangrijk gezichtspunt zag op de vraag of de band verband houdt met (het onderwerp van) de arbitrage. Daarnaast werd gekeken naar de omvang en duur van de bewuste relatie, het (relatieve) belang van de relatie, en naar de vraag wanneer de relatie speelde. Opvallend was de nadruk op de doorlopende disclosure-verplichting van de arbiter. In dit kader is arbiters door sommige overheidsrechters ook een onderzoeksplicht opgelegd.

6.4 De herbenoeming

6.4.1 Inleiding

265. Opbouw

In december 2010 overwogen twee niet-gewraakte ICSID-arbiters dat 'the conflict which may potentially arise from multiple arbitral appointments by the same party is of a different character from other connections to one of the parties, including service as counsel or other professional capacity'.³⁷³ De woorden roepen de vraag op waarom 'multiple' benoemingen - in dit verband (vrij) vertaald als 'herbenoeming' - een bijzondere positie innemen. In deze paragraaf zal worden stilgestaan bij de vraag of, en zo ja in hoeverre, de herbenoeming van een arbiter kan leiden tot twijfels aan

³⁷³ ICSID 23 december 2010, nr. ARB/10/5 (*Tidewater Inc., Tidewater Investment SRL, Tidewater Caribe, C.A. c.s. v. The Bolivarian Republic of Venezuela*), 'Decision on Claimants' Proposal to Disqualify Professor Brigitte Stern, Arbitrator', par. 60. Vgl. Cleis 2017, p. 64: 'In thirteen instances, arbitrators were challenged based on their repeated appointment by the same party or law firm in successive or parallel proceedings, or in proceedings against the same Respondent'; Koh 2017, p. 728.

de onafhankelijkheid en onpartijdigheid van deze arbiter.³⁷⁴ In dit verband zal worden gekeken naar arbitrale wet- en regelgeving (par. 6.4.2) en de wijze waarop deze vraag door (scheids)rechters is beantwoord (par. 6.4.3). Allereerst wordt besproken wanneer sprake is van een herbenoeming (nr. 266). Anders gezegd, wanneer kan worden gesproken van een *repeat arbitrator*?³⁷⁵ Daarna zal worden besproken wat het verband is tussen de factor en de onafhankelijkheid en/of onpartijdigheid van arbiters (nrs. 267-268).

266. Terminologie

Voorop kan worden gesteld dat één omschrijving van de term 'herbenoeming' niet volstaat: de term is te algemeen en de invulling ervan (te) sterk afhankelijk van de omstandigheden van het geval.³⁷⁶ Ik onderscheid dan ook drie niveaus die behulpzaam kunnen zijn bij de beantwoording van de vraag of sprake is van een herbenoeming die aanleiding geeft tot twijfels aan de arbitrale onafhankelijkheid en onpartijdigheid.³⁷⁷

Allereerst kan beantwoording plaatsvinden op het scheidsrechterlijke niveau van (de) benoeming: voor de beantwoording van de vraag of sprake is van een omstandigheid die tot twijfels aanleiding geeft, kan het verschil maken of sprake is van een herbenoeming als partij-arbiter dan wel als voorzitter van een scheidsgerecht, of juist als unus-arbiter.³⁷⁸ Enige terughoudendheid in dit verband is niettemin op zijn plaats. Niet alleen over de partij-arbiter zijn zorgen over zijn/haar (on)partijdigheid geuit (par. 2.5.2); ook wat de voorzitter en/of unus-arbiter betreft, is gesteld dat 'their decisions may bias toward the party to which they have closer connections

374 In deze paragraaf komt niet nader aan bod de verhouding tussen een herbenoemde arbiter en *Third-Party Funding*, zie hierover bijv. Trusz 2013, p. 1655; Von Goeler 2016, p. 274. Vgl. Park & Rogers 2015, p. 119. Zie over de toepasselijkheid van de IBA Guidelines in dit verband: Trusz 2013, p. 1670-1671, vgl. Osmanoglu 2015, p. 335.

375 In het Frans wel aangeduid als 'arbitre maison', zie bijv. Castres Saint-Martin 2018, p. 171; Loquin 2015, nr. 194; in het Duits wel aangeduid als 'Hausschiedsrichter', aldus het verwijt van eiser richting gedaagde in Tribunal fédéral 11 januari 2010, nr. 4A_256/2009, r.o. 3.1.1. Het begrip *repeat arbitrator* zou kunnen worden onderscheiden van het begrip *repeat player*, vgl. Park 2009, p. 653; Brekoulakis 2017, p. 353: '(...), the 'repeat player' incentive, suggesting that arbitrators tend to favour those parties that repeatedly use arbitration to resolve their disputes', vgl. Bingham 1997. Vgl. Khambata 2015 waarin over 'Legal Repeat Arbitrators' wordt gesproken (p. 631-632). In het kader van investeringsarbitrage ook wel aangeduid als 'elite arbitrator'. Deze aanduiding wordt gebruikt door Kapeliuk om arbiters aan te duiden 'who received appointments at least four times to cases registered and concluded during the period under analysis (...)' (Kapeliuk 2010, p. 72). Niet alleen in het kader van investeringsarbitrage speelt de discussie, maar ook in sportarbitrage, zie: Kaufmann-Kohler & Rigozzi 2015, nr. 4.128. Vgl. ICSID 5 mei 2011, nr. ARB/10/14 (*OPIC Karimum Corporation v. The Bolivarian Republic of Venezuela*), 'Decision on the Proposal to Disqualify Professor Philippe Sands, Arbitrator', par. 46: 'Decisions on challenges to ICSID arbitrators based upon multiple appointments of an arbitrator by a party or counsel represent a smaller number of the publicly available challenge decisions, compared to other bases for challenge'. Vgl. Bühring-Uhle, Scherer & Kirchhoff 2003, p. 81-82.

376 Giraldo-Carrillo 2011, p. 101. Vgl. Slaoui 2009, vn. 21 (p. 109); Gómez-Acebo 2016, nr. 5.42.

377 Vgl. Kuo 2011 waarin de volgende drie 'types' worden onderscheiden: i) 'an arbitrator who is repeatedly appointed by the same party or counsel', ii) 'an arbitrator appointed to decide related-issues or similar types of claims', iii) 'repeat appointments by the same type of party' (p. 250).

378 Högsta domstolen 9 juni 2010, nr. T 156-09 (*Korsnäs Aktiebolag/AB Fortum Värm*), r.o. 6 (bron van de uitspraak: Daele 2012, nr. 6.174; bron van de niet-officiële vertaling: via www.arbitration.sccinstitute.com). Vgl. Gaillard 2003, p. 1246.

in terms of policy preferences or business benefits',³⁷⁹ Vervolgens kan beantwoording plaatsvinden op het niveau van de arbiter zelf.³⁸⁰ Op dit niveau wordt bekeken welke petten de herbenoemde arbiter opheeft; in de literatuur is in dit verband wel gesproken over 'double hat(ing)',³⁸¹ en/of 'role confusion'.³⁸² Tot slot wordt afgedaald tot aan het partij-niveau: niet alleen van belang is de vraag wat de positie van de herbenoemde arbiter binnen het scheidsgerecht is (het scheidsrechterlijk niveau), maar ook de vraag door welke partij(en) hij/zij wordt benoemd.³⁸³ Ter illustratie kan worden gewezen op een ICSID-arbitrage waarin een wrakingsverzoek van de Staat Venezuela in maart 2018 werd afgewezen dat tegen de voorzitter van een drieledig scheidsgerecht was gericht.³⁸⁴ Venezuela had zijn verzoek gebaseerd op onder meer de omstandigheid dat de voorzitter in vijf eerdere vernietigingsprocedures was benoemd waarin Venezuela ook partij was.³⁸⁵ Nadat de twee niet-gewraakte arbiters, bij wijze van preliminaire overweging, overwogen dat zowel de ICSID Convention als de ICSID Arbitration Rules geen bepaling hadden die de herbenoeming als 'causal de un eventual conflicto de interés o incompatibilidad' kwalificeerde,³⁸⁶ benadrukten zij dat de benoemingen van de arbiter in casu door 'el Presidente del Consejo Administrativo del CIAD' waren gedaan,³⁸⁷ waardoor de IBA Guidelines toepassing misten. Een 'interpretación por analogía de las Directrices citadas que no funcion' werd eveneens afgewezen.³⁸⁸ De twee arbiters kwamen tot het oordeel, kort samengevat, dat de enkele omstandigheid dat sprake was van vijf zaken waarin de

379 Waibel & Wu 2017, p. 2.

380 Te onderscheiden van een 'herhaald(elijk)' optreden van dezelfde arbiters in één scheidsgerecht, vgl. IBA Rules of Ethics for International Arbitrators 1987, par. 4.2.

381 Zie bijv. Burgos 2018, p. 88, onder verwijzing naar literatuur. Vgl. Horvath & Berzero 2013; Park 2006, p. 41. Vgl. S18 Statutes of the Bodies Working for the Settlement of Sports-Related Disputes (m.i.v. 1 juli 2020): 'CAS arbitrators and mediators may not act as counsel or expert for a party before the CAS', zie nader bijv. Rigozzi 2010.

382 Zie bijv. Bernasconi-Osterwalder 2010; Sands 2011, p. 25-26, onder verwijzing naar (niet-arbitrage) House of Lords 19 juni 2003 (*Lawal/Northern Spirit Ltd*), [2003] UKHL 35. Het begrip is te onderscheiden van het vraagstuk van het *issue conflict* (zie par. 6.5), vgl. Burgos 2018, p. 87; Hoffmann 2018, nr. 49; Malintoppi & Yap 2018, nr. 8.92; Hollander 2008, p. 1: 'Previous appointments can give rise to issues of bias, either because they relate to the subject matter in dispute, or because they indicate a certain link to one of the parties in dispute. (...)'.³⁸³

383 Enigszins opmerkelijk zijn m.i. de volgende woorden van twee niet-gewraakte arbiters die in een voetnoot kunnen worden teruggevonden: 'In our view, absent exceptional circumstances, multiple appointments by counsel and parties should be considered separately, not cumulatively', ICSID 5 mei 2011, nr. ARB/10/14 (*OPIC Karimum Corporation v. The Bolivarian Republic of Venezuela*), 'Decision on the Proposal to Disqualify Professor Philippe Sands, Arbitrator', vn. 76 (par. 48). De voetnoot hoort bij de zin: 'The IBA Guidelines do, however, indicate that multiple appointments represent an issue relevant to impartiality and independence and, in our opinion, are correct in so doing'.

384 ICSID 2 maart 2018, nr. ARB/12/20 (*Blue Bank International & Trust (Barbados) Ltd. v. The Bolivarian Republic of Venezuela*), 'Decision on the Proposal to Disqualify Álvaro Castellanos Howell' (bron van de uitspraak: El Chazli 2020, vn. 515 (nr. 165)).

385 ICSID 2 maart 2018, nr. ARB/12/20, par. 75. De andere twee omstandigheden die Venezuela aanvoerde, zagen op de standpunten die de arbiter in een column had ingenomen ('Ideologización de la justicia ¿O del debate?') die in de krant 'El Periódico' was gepubliceerd (par. 75 en par. 82-90), alsmede op de omstandigheid dat de arbiter - 'sabiendas que Venezuela había cuestionado severamente su imparcialidad part juzgar esta controversia' - zijn benoeming had aanvaard (par. 75 en par. 106-111).

386 ICSID 2 maart 2018, nr. ARB/12/20, par. 93.

387 ICSID 2 maart 2018, nr. ARB/12/20, par. 97.

388 ICSID 2 maart 2018, nr. ARB/12/20, par. 98.

arbitrer als lid van een 'comité de anulación' optrad, niet voldoende was om een band aan te kunnen nemen.³⁸⁹

267. Argumenten die pleiten voor de stelling dat sprake is van een verband tussen de factor en de arbitrale onafhankelijkheid en/of onpartijdigheid

In 1995 schreef de toenmalige Secretaris-Generaal van het ICC Court: '[I]a désignation systématique du même arbitre par une partie ne porte pas forcément atteinte à son indépendance (...)'.³⁹⁰ In juni 2010 overwoog de Zweedse Hoge Raad, kort gezegd, dat de omstandigheid dat een advocatenkantoor ervoor zorgde dat een bepaalde arbitrer op regelmatige basis werd benoemd, zou kunnen leiden tot een verminderd vertrouwen in de onpartijdigheid van deze arbitrer.³⁹¹ Hoewel de geciteerde (rechts)-

389 ICSID 2 maart 2018, nr. ARB/12/20, par. 103. Vgl. ICSID 23 december 2010, nr. ARB/10/5 (*Tidewater Inc., Tidewater Investment SRL, Tidewater Caribe, C.A. c.s. v. The Bolivarian Republic of Venezuela*), 'Decision on Claimants' Proposal to Disqualify Professor Brigitte Stern, Arbitrator', par. 49: '(...) should the Attorney General of Venezuela be considered as counsel or as party for the purposes of applying the IBA Guidelines?'; ja, nu in casu sprake was van een zekere 'toerekening', aldus de twee niet-gewraakte arbiters. Vgl. (band advocaat-arbitrer) Slaoui 2009, p. 108-109; Henry 2005, nr. 18. Daarnaast kan worden gewezen op High Court (Commercial Court) 17 februari 2016 (*Cofely Ltd/Bingham & Knowles Ltd*), [2016] EWHC 240 (Comm): een vernietigingsprocedure die ten overstaan van het High Court speelde en aan welke procedure, kort samengevat, het volgende was voorafgegaan. Ter beslechting van een bouwgeschil werd in januari 2013 een arbitrageprocedure geëntameerd door Knowles, 'a well know firm of claims consultants in the construction field' tegen Cofely, 'a major construction company', waarna het Chartered Institute of Arbitrators (CIArb) Bingham als unus-arbitrer benoemde in februari 2013 (r.o. 3, 4, 13 en 16, zie ook bijv. Menon 2017, p. 356; De Ly 2016, p. 107-108). Op 18 februari 2015 schreef Cofely Knowles aan met het verzoek haar te informeren over haar band(en) met de arbitrer naar aanleiding van een uitspraak van het High Court op 7 november 2014 (r.o. 33). Op 11 maart 2015 schreef het advocatenkantoor van Cofely Bingham aan met het verzoek om informatie te geven over (eerdere) benoemingen door Knowles (r.o. 39). Op 19 maart 2015 schreef de arbitrer terug dat hij de afgelopen drie jaren in totaal 137 keren was benoemd 'as adjudicator/arbitrator', waarna het kantoor de arbitrer (opnieuw) aanschreef met de vraag 'to confirm that (i) the number of Knowles related appointments suggested by Knowles in the past three years (25) was correct, and [asking to confirm that, PR] (ii) he was prepared to answer the question as to what proportion of his income had come from these appointments' (r.o. 43, vgl. id. r.o. 104); de arbitrer beantwoordde de e-mail niet. Nadat onder meer een bijeenkomst met partijen en de arbitrer op 17 april 2015 plaatsvond volgde een 'Arbitrator's Ruling', die door de arbitrer zelf was gegeven, waarin werd geconcludeerd dat het scheids-gerecht was 'properly constituted' en dat geen sprake was van belangenverstrengeling (r.o. 49, 54), was de maat voor (de advocaten van) Cofely vol en besloot zij, nadat zij de arbitrer eerst verzocht zichzelf te verschonen, een wrakingsverzoek in te dienen. Zij onderbouwde het verzoek met zeven gronden (r.o. 87-97) waarvan de vierde grond ('The relevant relationship information') in het licht van (het onderwerp van) de onderhavige paragraaf het meest interessant is. Het High Court wees onder meer op de omstandigheid dat 'even though Knowles does not appoint an arbitrator/adjudicator directly, it is able to influence and does influence such appointments, both positively and negatively' (r.o. 107). Nu de eerste en vijfde wrakingsgrond 'raise concerns of apparent bias' (r.o. 103 jo. r.o. 115) kwam het gerecht niet (meer) aan de bespreking van de vierde grond toe (r.o. 116). Vgl. High Court (Commercial Court) 30 maart 2017 (*Aldcroft/The International Cotton Association Ltd*), [2017] EWHC 642 (Comm), r.o. 103; Koh 2017, p. 735.

390 Hascher 1995, p. 7.

391 Högsta domstolen 9 juni 2010 (*Korsnäs Aktiebolag/AB Fortum Värm*), nr. T 156-09, r.o. 5 (bron van de uitspraak: Daele 2012, nr. 6.174; bron van de niet-officiële vertaling: via www.arbitration.sccinstitute.com). Vgl. ICSID 23 december 2010, nr. ARB/10/5 (*Tidewater Inc., Tidewater Investment SRL, Tidewater Caribe, C.A. c.s. v. The Bolivarian Republic of Venezuela*), 'Decision on Claimants' Proposal to Disqualify Professor Brigitte Stern, Arbitrator', par. 60: 'The starting-point is that multiple appointments as arbitrator by the same party in unrelated cases are neutral, since in each case the arbitrator exercises the same independent arbitral function' waarna de twee niet-gewraakte arbiters overwogen: '[r]epeat appointments may be as

overwegingen inhoudelijk niet overeenkomen, delen zij de gedachte dat sprake kan zijn van een verband tussen de herbenoeming van een arbiter en de onafhankelijkheid en/of onpartijdigheid van een arbiter. De vraag is waar dit verband op kan worden gebaseerd.³⁹² Anders gezegd: op welke wijze kan een herbenoeming strijd opleveren met de arbitrale onafhankelijkheid en onpartijdigheid?³⁹³

In het kader van de beantwoording van deze vraag kan allereerst worden gedacht aan samenhang met de in de vorige paragraaf besproken factor van het financieel belang.³⁹⁴ Een dergelijk belang kan betrekking hebben zowel op de korte termijn (te denken valt aan een vergoeding door de benoemende partij in een arbitrage en/of een afgeleid financieel belang³⁹⁵), als op de lange(re) termijn (te denken valt aan de benoeming door dezelfde partij in een nieuwe arbitrage).^{396, 397} Een dergelijk financieel belang kan een zekere 'loyaliteitsverplichting' ten opzichte van de benoemende partij in de hand werken, met als gevolg dat de onpartijdigheid van de arbiter in gevaar kan komen.³⁹⁸ In het verlengde hiervan kan ook de reputatie van de arbiter een rol spelen: een arbiter zou gezichtsverlies (kunnen) leiden op het moment dat geen herbenoeming plaatsvindt en hiermee tijdens de besluitvorming rekening houden.³⁹⁹

Niet alleen speelt het (eigen)belang van de arbiter een rol; een langdurige samenwerking zou er ook toe kunnen leiden dat een arbiter een bepaalde (tunnel)visie

much the result of the arbitrator's independence and impartiality as an indication of justifiable doubts about it.⁴⁰⁰ (id. par. 61).

392 Vgl. Koh 2017, p. 731. Zie ook bijv. Giraldo-Carrillo 2011 waarin een onderscheid wordt gemaakt tussen de zgn. 'factual repeat player' en de zgn. 'legal repeat player' (p. 93-98). In de literatuur is ook een verband met neutraliteit gelegd, zie: De Vietri & Dharmananda 2011, p. 189.

393 Vgl. Gómez-Acebo 2016, nr. 5.46; Voser & Petti 2015, p. 22.

394 Vgl. El Chazli 2020, vn. 142 (nr. 166): 'Il ne faut pas confondre « courant d'affaires » et « relations d'affaires ». (...)'; onder verwijzing naar onder meer Castres Saint-Martin 2016. Vgl. Koh 2017, p. 730; Posner 1993.

395 Vgl. voor een (iets) andere invalshoek (investeringsarbitrage): Puig 2014, p. 400.

396 Vgl. Tribunal fédéral 15 oktober 2001, nr. 4P.188/2001, r.o. 2.d): '(...) la promesse ou la perspective concrètes d'une mission ou d'un mandat futurs (...)'; El Chazli 2020, nr. 170, onder verwijzing naar literatuur. In vergelijkbare zin: LCIA Division 28 oktober 2010, nr. UN101693, par. 25; Kaufmann-Kohler & Rigozzi 2015, nr. 4.118; Kee 2010, p. 183; Gaillard 2003, p. 1245; Lew, Mistelis & Kröll 2003, nr. 11.27; Paulsson 1997, p. 15-16. In vergelijkbare zin (investeringsarbitrage): Rogers 2013, p. 226; Waibel & Wu 2017, p. 6-7.

397 Beide belangen komen naar voren in ICSID 23 december 2010, nr. ARB/10/5 (*Tidewater Inc., Tidewater Investment SRL, Tidewater Caribe, C.A. c.s. v. The Bolivarian Republic of Venezuela*), 'Decision on Claimants' Proposal to Disqualify Professor Brigitte Stern, Arbitrator', par. 62.

398 Vgl. Tribunal fédéral 6 oktober 2008, nr. 5A_201/2008, r.o. 4.1. Vgl. Koh 2017, p. 734; Daele 2012, nr. 6.157; Slaoui 2009, p. 108. Vgl. Kuo 2011, p. 254; Sternlight 1996, p. 685. Vgl. Markert 2010, p. 256; El Chazli 2020, vn. 140 (nr. 165). Zie voor een (iets) andere invalshoek: Koh 2017, p. 735, en in andere zin (investeringsarbitrage): Kapeliuk 2010, p. 66 en 68. Vgl. High Court (Commercial Court) 17 februari 2016 (*Cofely Ltd/Bingham & Knowles Ltd*), [2016] EWHC 240 (Comm), r.o. 108: 'The existence of Knowles' appointment "blacklist" is itself a matter of significance. (...)'.
399 Vgl. Paulsson 1997, p. 14; Tribunal fédéral 29 oktober 2010, nr. 4A_234_2010, r.o. 3.4.4. Er zou sprake kunnen zijn van een alternatieve formulering van het adagium 'repetition is reputation'. Vgl. U.S. Court of Appeals for the Seventh Circuit 31 januari 2011 (*Trustmark Insurance Co./John Hancock Life Insurance Co.*), nr. 09-3682: 'Like any other privately appointed arbitrator, he does have a reputational interest: if his decision disappoints the person who put him on the panel, he is less likely to be selected as an arbitrator in the future'; Klement & Neeman 2013, p. 386. Daartegen zou kunnen worden ingebracht dat nog altijd meer waarde wordt gehecht aan 'Reputation is repetition', zie bijv. Henry 2005, nr. 1; Brower & Schill 2009, p. 491-492; Giraldo-Carrillo 2011, p. 91. Vgl. de 'two different schools of thought' die worden onderscheiden door: Franck e.a. 2015a, p. 85 e.v. Vgl. (investeringsarbitrage) Kapeliuk 2010, p. 90; Mohtasami 2017, p. 109.

ten aanzien van bepaalde (juridische) vragen ontwikkelt.⁴⁰⁰ Illustratief is hetgeen het Tribunal fédéral overwoog in oktober 2001: '(...) une activité passée ne peut fonder une apparence de prévention que si l'on peut en déduire qu'il subsiste, au moment de l'arbitrage, un certain rapport économique ou affectif de nature à *entraîner l'arbitre dans sa liberté de décision*' (curs. PR).⁴⁰¹ Vergaarde (dossier)kennis kan niet alleen leiden tot een kennisvoorsprong ten opzichte van andere arbiters, maar ook in het nadeel werken van de wederpartij hetgeen kan leiden tot spanning met het gelijkheidsbeginsel.⁴⁰² Illustratief is hetgeen het Engelse Court of Appeal in april 2018 overwoog: '[t]he essence of that potential unfairness is said to be information and knowledge which the common party acquires, unknown to the other party. The common party may obtain the advantage of, for example, making submissions and adducing evidence that influence the common arbitrator without the participation or knowledge of the other party; *sharing with the common arbitrator relevant information that is not shared with the other party*; and the opportunity to assess the views of the common arbitrator in one arbitration and to tailor its submissions and evidence accordingly in the other' (curs. PR).⁴⁰³

Tot slot kan worden gewezen op het (afgeleide) belang van de geloofwaardigheid van arbitrage als geschilbeslechtsmechanisme (vgl. nr. 72), hetgeen mooi is verwoord door twee niet-gewraakte ICSID-arbiters in mei 2011: '[i]n an environment where parties have the capacity to choose arbitrators, damage to *the confidence that investors and States have in the institution of investor-State dispute resolution* may be adversely affected by a perception that multiple appointments of the same arbitrator by a party or its counsel arise from a relationship of familiarity and confidence *inimical to the requirement of independence established by the Convention* (...)' (curs. PR).⁴⁰⁴

268. Andere geluiden

Ondanks argumenten die voor de stelling pleiten dat sprake is van een verband tussen een herbenoeming en de onafhankelijkheid en onpartijdigheid van een arbiter,

⁴⁰⁰ Zie bijv. Grigera Naón 1999, p. 298. Vgl. LCIA Division 28 augustus 2009, nr. 81160, par. 4.6; Koh 2017, p. 736: '(...), researchers have found evidence that familiarity in fact breeds contempt, and there is a negative relationship between knowledge and liking', onder verwijzing naar literatuur.

⁴⁰¹ Tribunal fédéral 15 oktober 2001, nr. 4P.188/2001, r.o. 2.d).

⁴⁰² Vgl. in dit verband hetgeen een LCIA-scheidsgerecht in maart 2016 opmerkte ten aanzien van de omstandigheid dat de partij-arbiter van gedaagde in twee parallelle arbitrages optrad: 'On the other hand, as soon as Dr. Barrera uses information gained from the other Tribunal in relation to the present arbitration, a problem arises with respect to the equality of the parties. Furthermore, Dr. Barrera cannot reasonably be asked to maintain a 'Chinese wall' in his own mind: his understanding of the situation may well be affected by information acquired in the other arbitration', zie: LCIA 27 februari 2004, nr. UN3481 (*EnCana Corporation v. Republic of Ecuador*), 'Partial Award on Jurisdiction', par. 45, bron van de uitspraak en de informatie: ICCA, Report of the ASIL-ICCA Task Force on Issue Conflicts in Investor-State Arbitration, The ICCA Reports No. 3, 17 maart 2016 (hierna: ASIL/ICCA Report 2016), par. 136; Sheppard 2009, p. 154. Vgl. Grigera Naón 1999, p. 304-305.

⁴⁰³ Court of Appeal (Civil Division) 19 april 2018 (*Halliburton Company/Chubb Bermuda Insurance Ltd c.s.*), [2018] EWCA Civ 817, r.o. 43. Vgl. id. r.o. 49.

⁴⁰⁴ ICSID 5 mei 2011, nr. ARB/10/14 (*OPIC Karimum Corporation v. The Bolivarian Republic of Venezuela*), 'Decision on the Proposal to Disqualify Professor Philippe Sands, Arbitrator', par. 47.

klinken in de literatuur ook andere geluiden.⁴⁰⁵ Ook (scheids)gerechten lijken terughoudend te zijn met het aannemen van een dergelijk verband.⁴⁰⁶ Ter illustratie kan worden gewezen op hetgeen het Tribunal de grande instance van Chartres overwoog in april 2003: '(...) *le seul fait d'être désigné en qualité d'arbitre de façon fréquente dans des contrats de sous-traitance passés par [dezelfde groep ondernemingen, PR] n'est pas de nature à démontrer un lien de dépendance entre ce groupe et l'arbitre, pas plus qu'un risque certain de prévention de l'arbitre en faveur de ce groupe*' (curs. PR).⁴⁰⁷ Daarnaast zou ook het ICC Court terughoudend zijn, zo komt althans in de literatuur naar voren.⁴⁰⁸ Anders gezegd, het ICC Court zou er geen 'rigid practices concerning the acceptability of appointing the same arbitrator in related arbitrations' op nahouden.⁴⁰⁹ Ter illustratie kan ook worden gewezen op een zaak waarin het ICC Court toch zou zijn overgegaan tot de benoeming van een arbiter die door eisers was voorgedragen en die al in twee eerdere ICC-arbitrages had opgetreden ('one of which had not proceeded to a hearing'); in beide zaken was de arbiter door eisers voor benoeming voorgedragen, waren dezelfde partijen betrokken en speelden verschillende bepalingen van dezelfde overeenkomst een rol.⁴¹⁰ Gedaagde betoogde (tevergeefs) dat de herbenoemingen 'were an adequate sign of bias' en dat de arbiter 'might apply knowledge obtained in the prior proceedings to decide the matter'.

269. De factor en partijautonomie

Hetgeen hiervoor naar voren kwam, laat zien dat de stelling dat de omstandigheid dat een herbenoeming leidt tot twijfels aan de arbitrale onafhankelijkheid en onpartijdigheid, te kort door de bocht is. Een interessante gedachte in het verlengde hiervan is in mei 2011 naar voren gebracht door twee niet-gewraakte ICSID-arbiters. In hun redenering kwam, kort gezegd, een verband naar voren tussen herbenoemingen en de vrijheid van partijen om een eigen arbiter te kiezen. Naar voren werd gebracht: '[i]n our opinion, multiple appointments of an arbitrator by a party or its counsel constitute a consideration *that must be carefully considered* in the context of a challenge', waarna stevige(r) woorden volgden: '[i]n a dispute resolution environment, a party's choice of arbitrator involves a forensic decision that is clearly related to a judgment by the appointing party and its counsel of its prospects of success in the dispute. In our view, multiple appointments of an arbitrator *are an objective*

405 Zie bijv. Kapeliuk 2010, p. 90.

406 Zie bijv. Hollander 2008, p. 6. In andere zin: Koh 2017, p. 732-733; Brower & Schill 2009, p. 492; Franck 2006, p. 517.

407 TGI Chartres 18 april 2003 (bron van de uitspraak, de informatie en de geciteerde woorden: Gaillard 2003, p. 1245-1246). De feiten die aan de geciteerde rechtsoverweging ten grondslag liggen zijn opvallend: de arbiter (benoemd door eiseres op basis van een lijst-procedure) had in bijna tien jaar in 51 (op een totaal van 217) procedures opgetreden waarin een onderneming van dezelfde groep was betrokken. Vgl. Gaillard 2003, p. 1246: '(...), la décision est particulièrement contestable'.

408 Derains & Schwartz 2005, p. 128. Vgl. id. p. 129: '(...), the Court nevertheless has ordinarily expected such prior appointments to be disclosed, and, depending upon the particular circumstances, it cannot be excluded that the Court might refuse to confirm an arbitrator whose repeated, prior appointments call into question his or her independence in the eyes of a party. (45)'.

409 Derains & Schwartz 2005, p. 130.

410 ICC Court, Case 7 (iv - Unqualified Statement of Independence with objection) (bron van de informatie en de geciteerde woorden: Whitesell 2007, p. 19; Daele 2012, nr. 6.167).

indication of the view of parties and their counsel that the outcome of the dispute is more likely to be successful with the multiple appointee as a member of the tribunal than would otherwise be the case' (curs. PR).⁴¹¹ De woorden van de twee arbiters leggen een zeker spanningsveld bloot: hoewel het partijen in beginsel vrijstaat om een arbiter naar keuze te benoemen, kunnen partijen in deze vrijheid worden beknot indien benoeming van dezelfde arbiter niet is toegestaan.⁴¹² Woorden met een vergelijkbare strekking zijn afkomstig van twee niet-gewraakte ICSID-arbiters in maart 2014: '(...) it is quite natural that a party and its counsel will wish to appoint the "best" arbitrator available for a given case and that prior experiences with that potential arbitrator are of course adequate to give that assurance (...)'.⁴¹³ Een dergelijke vorm van partijautonomie kan ook de andere kant op werken: op het moment dat de wederpartij van een herbenoeming op de hoogte is, maar zich hiertegen niet verzet, zou dit tot het oordeel kunnen leiden dat afstand is gedaan van de mogelijkheid om een arbiter te wraken dan wel om het arbitraal vonnis te laten vernietigen.⁴¹⁴ Zo ging het Cour d'appel van Parijs in mei 2015 voorbij aan de omstandigheid dat een partij-arbiter de afgelopen tien jaren tienmaal door dezelfde partij was benoemd daar deze omstandigheid in '[l]acte de mission signé par les parties et les arbitres' stond opgenomen.⁴¹⁵ Het hof overwoog dat eisers hiertegen bezwaar hadden moeten maken tijdens de arbitrage en niet na afloop in het kader van een vernietigingsprocedure. In oktober 2016 schoof het Tribunal de

411 ICSID 5 mei 2011, nr. ARB/10/14 (*OPIC Karimum Corporation v. The Bolivarian Republic of Venezuela*), 'Decision on the Proposal to Disqualify Professor Philippe Sands, Arbitrator', par. 47.

412 Zie ook: Gómez-Acebo 2016, nr. 5.43; Kuo 2011, p. 254; Tupman 1989, p. 45. Vgl. de toelichting op art. 5 lid 2 Code of Conduct for Adjudicators in Investor-State Dispute Settlement, versie mei 2020, par. 57.

413 ICSID 20 maart 2014, nr. ARB/13/13 (*Caratube International Oil Company LLP and Devincci Salah Hourani v. Republic of Kazakhstan*), 'Decision on the Proposal for Disqualification of Bruno Boesch', par. 108. Mijns inziens is het vervolg van deze zin minder overtuigend nu de stelling niet wordt onderbouwd en de samenhang niet evident is: '(...): it is a matter of public record that some high repute firms active in investment arbitrations and of the highest ethical standards will repeatedly call for the same arbitrators to serve in several arbitrations' (par. 108). Vgl. Brower 2010, p. 4. Vgl. (empirisch onderzoek) Puig 2014, p. 423. Zie ook bijv. McBrearty & Marchili 2016 waarin de auteurs - nadat zij de scheidsgerichten van 27 ICSID-arbitrages (dataset: 'Annulment Cases, 1 May 2013-1 May 2016', p. 430) met 82 'individual appointments' van in totaal 64 'individuals' bestudeerden (p. 436-437) en vervolgens 'the membership of the annulment Committees in the same cases' analyseerden (p. 437) - tot de volgende conclusie kwamen: '[t]his data seems to indicate that the party-appointment system is not causing the repeat-appointment issue' (p. 437). Vgl. Henry 2005, nr. 18; Schultz & Kovacs 2012, p. 166.

414 Doch wel onder de voorwaarde dat sprake is van een (weder)partij die van de benoemingen op de hoogte is. Op het moment dat een arbiter hier niet open over is, kunnen de gevolgen stevig zijn: zo vernietigde het Cour d'appel van Parijs eind mei 2018 een arbitraal vonnis op grond van de omstandigheid dat de 'dissimulation délibérée' door een arbiter van zijn benoeming door de wederpartij in het kader van een andere procedure enkele maanden voordat de onderhavige arbitrageprocedure aanving een omstandigheid was 'de nature à faire naître dans l'esprit de la partie qui n'a proposé cet arbitre (...), un doute raisonnable quant à l'indépendance et l'impartialité du tribunal arbitral', zie: CA Parijs 29 mei 2018, nr. 15/20168, *Revue de l'Arbitrage* 2018, afl. 2, p. 478 (*société Elcir/SA Bouygues Bâtiment Ile de France*), bron van de uitspraak: El Chazli 2020, nr. 168. Openheid van zaken zou wellicht ook de volgende uitspraak hebben kunnen voorkomen: CA Parijs 17 februari 2005, *Revue de l'Arbitrage* 2005, afl. 3, p. 716-718 (*société Mytilineos Holdings/The Authority for Privatization and State Equity Administration*) waarin werd geprobeerd om een arbitraal vonnis te laten vernietigen op grond van onder meer de omstandigheid dat de eigen partij-arbiter niet onafhankelijk zou zijn gelet op eerdere, niet-medegedeelde benoemingen door de wederpartij.

415 CA Parijs 19 mei 2015, nr. 14/05854 (*Benoist c.s./SASU ITM Entreprises c.s.*) (bron van de uitspraak: El Chazli 2020, vn. 141 (nr. 165); bron van de informatie en de geciteerde woorden: 'Sommaires de Jurisprudence', *Revue de l'Arbitrage* 2015, afl. 3, p. 952).

grande instance van Aix-en-Provence een wrakingsverzoek terzijde dat was gebaseerd op de (medegedeelde) omstandigheid dat de arbiter gedurende een periode van negen jaren elfmaal was benoemd 'dans des procédures arbitrales impliquant le groupe Bouygues ou ses sous-traitants'.⁴¹⁶ De twee Franse uitspraken laten zien dat voorbij kan worden gegaan aan een op het eerste oog (over)duidelijk geval van arbitrale vooringenomenheid. Het noopt partijen tot oplettendheid en tijdige actie om te voorkomen dat wordt geoordeeld dat sprake is van afstand van wrakings- of vernietigingsrecht.

6.4.2 Invulling: enige arbitrale wet- en regelgeving

270. De IBA Guidelines 2014 en de IBA Rules of Ethics for International Arbitrators 1987

De onduidelijkheid over onder meer de vraag wanneer kan worden gesproken van een herbenoeming roept de vraag op of arbitrale wet- en/of regelgeving op dit punt voorhanden is. Het antwoord op deze vraag luidt bevestigend. Hoewel geen van de wetgevers en, met uitzondering van de ICC, ook de arbitrage-instituten niet in een (wets)-bepaling op dit punt hebben voorzien, kan worden gewezen op hetgeen is opgenomen in de IBA Guidelines 2014. In het kader van de 'Orange List' wordt op twee plaatsen aandacht aan de factor besteed.⁴¹⁷ Enerzijds staat onder de (algemene) paragraaf 'Previous services for one of the parties or other involvement in the case' de volgende bepaling: '[t]he arbitrator has, within the past three years, been appointed as arbitrator on two or more occasions by one of the parties, or an affiliate of one of the parties'.⁴¹⁸ Anderzijds staat onder de (algemene) paragraaf 'Relationship between an arbitrator and another arbitrator or counsel' de volgende bepaling: '[t]he arbitrator has, within the past three years, been appointed on more than three occasions by the same counsel, or the same law firm'.⁴¹⁹ De omstandigheid dat een arbiter de afgelopen drie jaren ofwel minimaal

⁴¹⁶ TGI Aix-en-Provence 8 oktober 2016, nr. 16/00894 (*SNC Ineo Provence et Côte d'Azur*) (bron van de uitspraak: El Chazli 2020, vn. 151 (nr. 168); bron van de informatie en de geciteerde woorden: T. Clay, 'Arbitrage et modes alternatifs de règlement des litiges (1)', *Recueil Dalloz* 2017, p. 2559).

⁴¹⁷ Inhoudelijk is de versie van 2014 gelijk aan de versie van 2004; wel is de voetnoot bij par. 3.1.3 in de 2014-versie uitgebreid met de categorie: 'sports'. Vgl. IBA Guidelines 2004, vn. 6, p. 25: '(...), such as maritime or commodities arbitration, (...)'. Ook is sprake van een vernummering: par. 3.3.7 van de IBA Guidelines 2004 is par. 3.3.8 in de versie van 2014. Daarnaast is m.i. interessant het interpunctiegebruik in de versie van 2014: zowel in par. 3.1.3 als in par. 3.3.8 wordt de drie-jaren-termijn omsloten door komma's, hetgeen de nadruk legt op de kwantitatieve benadering. Zie ook: Wilske & Stock 2005, p. 47, 49. Interessant is dat de Arbitragewet van India (The Arbitration and Conciliation Act 1996) in 2015 met deze bepalingen is aangevuld. Zie voor de tekst van The Arbitration and Conciliation (Amendment) Act 2015, meer specifiek 'The Fifth Schedule': lawmin.gov.in/sites/default/files/Arbitrationand-Conciliation.pdf, p. 11. Vgl. Supreme Court of India 31 augustus 2017, nr. 20675/2017 (*HRD Corporation (Marcus Oil and Chemical Division)/Gail (India) Limited (formerly Gas Authority of India Ltd.)*), r.o. 24; (vóór de wetswijziging) High Court Delhi 13 oktober 2009 (*M/S Karam Chand Thapar & Bros(CS) Ltd./ National Hydroelectric Power Corporation c.s.*), r.o. 26 (bron van de uitspraak: Khambata 2015, vn. 64 (p. 630)).

⁴¹⁸ IBA Guidelines 2014, par. 3.1.3.

⁴¹⁹ IBA Guidelines 2014, par. 3.3.8. In een procedure ten overstaan van het wrakingscomité van CEPANI zou de verzoekende partij CEPANI onder verwijzing naar de 'Orange List' vragen 'to verify whether the arbitrator had within the past three years received more than three appointments by the same counsel of the

twee keer door één van de partijen is benoemd ofwel minimaal vier keer door dezelfde advocaat of hetzelfde advocatenkantoor is benoemd, kan volgens de IBA Guidelines 2014 dus leiden tot twijfels aan de onpartijdigheid en onafhankelijkheid van de arbiter en dient dan ook voorafgaande aan de arbitrage te worden medegedeeld.⁴²⁰ Interessant is de voetnoot die bij de eerste categorie is geplaatst en waarin wordt aangegeven dat in sommige 'types of arbitration', zoals maritieme, sport- of grondstoffenarbitrage, het gebruik kan zijn - '[i]t may be the practice' - om arbiters vanuit een kleinere of gespecialiseerde 'pool of arbitrators' te kiezen.⁴²¹ Op het moment dat het in dergelijke sectoren 'the custom and practice' voor partijen is 'to frequently appoint the same arbitrator in different cases' dan is geen disclosure vereist, waarna een voorbehoud volgt: '(...) where all parties in the arbitration should be familiar with such custom and practice'.⁴²² Hoewel het om richtlijnen gaat,⁴²³ kan het feit dat in de IBA Guidelines 2014 aandacht aan de factor wordt besteed op instemming rekenen van (in ieder geval de volgende) twee niet-gewraakte ICSID-arbiters in mei 2011: '[t]he IBA Guidelines do, however, indicate that multiple appointments represent an issue relevant to impartiality and independence and, in our opinion, are correct in so doing'.⁴²⁴ Deze bepalingen hebben in de literatuur evenwel tot wisselende reacties geleid.⁴²⁵

Interessant is dat ook in de IBA Rules of Ethics 1987 aandacht aan de factor wordt besteed: een 'prospective arbitrator should disclose: (a) any past or present business relationship, whether direct or indirect as illustrated in Article 3.3, *including prior appointment* as arbitrator, with any party to the dispute, or any representative of a party, or any person known to be a potentially important witness in the arbitration' (curs. PR).⁴²⁶ Opvallend is dat in de IBA Rules of Ethics, in tegenstel-

same law firm'. De arbiter verklaarde dat dit niet het geval was; het comité verwierp het wrakingsverzoek (bron van de informatie: Cox 2016, p. 39).

420 IBA Guidelines 2014, Part II: Practical Application of the General Standards, par. 3: 'The Orange List is a non-exhaustive list of specific situations that, depending on the facts of a given case, may, in the eyes of the parties, give rise to doubts as to the arbitrator's impartiality or independence. The Orange List thus reflects situations that would fall under General Standard 3(a), with the consequence that the arbitrator has a duty to disclose such situations. (...)'. Opvallend is dat het woord 'justifiable' in de versie van 2014 is verdwenen, vgl. IBA Guidelines 2004, Part II: Practical Application of the General Standards, par. 3: 'The Orange List is a non-exhaustive enumeration of specific situations which (depending on the facts of a given case) in the eyes of the parties may give rise to justifiable doubts as to the arbitrator's impartiality or independence. (...)'.
 421 Maar roept ook de vraag op waarom deze voetnoot alleen bij de eerste categorie is geplaatst.
 422 IBA Guidelines 2014, Part II: Practical Application of the General Standards, vn. 5 (p. 23). Vgl. Slaoui 2009, p. 117.
 423 Zie bijv. ICSID 2 maart 2018, nr. ARB/12/20 (*Blue Bank International & Trust (Barbados) Ltd. v. The Bolivarian Republic of Venezuela*), 'Decision on the Proposal to Disqualify Álvaro Castellanos Howell', par. 94.
 424 ICSID 5 mei 2011, nr. ARB/10/14 (*OPIC Karimum Corporation v. The Bolivarian Republic of Venezuela*), 'Decision on the Proposal to Disqualify Professor Philippe Sands, Arbitrator', par. 48. Vgl. ICSID 23 december 2010, nr. ARB/10/5 (*Tidewater Inc., Tidewater Investment SRL, Tidewater Caribe, C.A. c.s. v. The Bolivarian Republic of Venezuela*), par. 59: '(...) it is inherent in such a guideline that more than one appointment by the same party is not necessarily suggestive of a conflict'.

425 Positief zijn bijv. Sobota 2015, p. 319; De Vietri & Dharmananda 2011, p. 191. Meer kritisch zijn bijv. Born 2021a, p. 2020; Henry 2005, nr. 18; Clay 2005, p. 995.

426 IBA Rules of Ethics for International Arbitrators 1987, par. 4.2.

ling tot hetgeen is opgenomen in de IBA Guidelines 2014, geen tijdslimiet wordt genoemd.⁴²⁷

271. De ICC en de *International Cotton Association*

Wat de vier arbitrage-instituten van onderzoek betreft, zijn alleen door de ICC enige aanknopingspunten gegeven: in de ICC 'Note to Parties and Arbitral Tribunals on the Conduct of the Arbitration' 2021 staat dat iedere (kandidaat-)arbiter dient te onderzoeken of hij 'acts or has acted as arbitrator in a case involving one of the parties or one of its affiliates' en of deze omstandigheid zijn onafhankelijkheid in twijfel zou kunnen trekken dan wel aanleiding zou kunnen geven tot gerechtvaardigde twijfels aan de onpartijdigheid.⁴²⁸ Ook hier wordt, in tegenstelling tot hetgeen in de IBA Guidelines 2014 naar voren komt, geen tijdslimiet genoemd.

Hoewel buiten de methodologische reikwijdte van dit onderzoek maar wel interessant, is dat in onderhavig verband ook sectorspecifieke arbitrale regelgeving bestaat.⁴²⁹ Ter illustratie wordt gewezen op het beleid van de *International Cotton Association Limited* (hierna: ICA): per kalenderjaar mogen arbiters van deze vereniging ten hoogste drie benoemingen 'for a party or related party to act as arbitrator from a claimant/appellant or respondent' accepteren.⁴³⁰ De invoering van de regel verliep niet zonder slag of stoot. Toen de invoering van de regel werd aangekondigd, besloot een voormalig ICA-voorzitter die als arbiter optrad 'in between 15 and 18, and sometimes up to 25, arbitrations a year' de vereniging voor het gerecht te dagen.⁴³¹ Kort samengevat, betoogde de arbiter dat de nieuwe regel een 'restraint of trade' was.⁴³² Hoewel het High Court voorbij ging aan het verweer van de ICA dat de doctrine van 'restraint of trade' in casu toepassing miste,⁴³³ viste de arbiter toch achter het net: het gerecht achtte de doctrine in casu niet van toepassing op de gewraakte regel.⁴³⁴

⁴²⁷ Vgl. (IBA Guidelines 2014) Voser & Petti 2015, p. 23.

⁴²⁸ ICC, Note to Parties and Arbitral Tribunals on the Conduct of the Arbitration, 1 januari 2021, par. 27.

⁴²⁹ Naast sector-specifieke regels kan ook sprake zijn van een ongeschreven benoemingsbeleid van arbitrage-instituten op dit punt, zie bijv. High Court (Commercial Court) 30 maart 2017 (*Aldcroft/The International Cotton Association Ltd.*), [2017] EWHC 642 (Comm), r.o. 95.

⁴³⁰ Arbitrators Code of Conduct van de International Cotton Association Limited (september 2014) (bron van de informatie: High Court (Commercial Court) 30 maart 2017, [2017] EWHC 642 (Comm), r.o. 2). Vgl. Rule 1(c) Rules of Arbitration and Appeal van de Federation of Oils, Seeds and Fats Associations Ltd. waarin een kwantitatieve beperking naar voren komt: 'No person shall be eligible to proceed as an arbitrator or umpire who is already proceeding as an arbitrator or umpire in 10 disputes, excluding arbitrations on quality and/or condition and any arbitration stayed by Order of the Court' (bron: High Court (Commercial Court) 30 maart 2017, [2017] EWHC 642 (Comm), r.o. 94).

⁴³¹ High Court (Commercial Court) 30 maart 2017, [2017] EWHC 642 (Comm), r.o. 14.

⁴³² Zie bijv. High Court (Commercial Court) 30 maart 2017, [2017] EWHC 642 (Comm), r.o. 1, 5 en 77.

⁴³³ High Court (Commercial Court) 30 maart 2017, [2017] EWHC 642 (Comm), r.o. 142, 144.

⁴³⁴ High Court (Commercial Court) 30 maart 2017, [2017] EWHC 642 (Comm), r.o. 166.

6.4.3 Invulling: (scheids)rechterlijke uitspraken

272. Opbouw

Niet alleen in arbitrale wet- en regelgeving wordt aandacht aan de factor van de herbenoeming besteed, ook in verschillende (scheids)rechterlijke uitspraken komt de factor naar voren.⁴³⁵ In deze paragraaf (nrs. 273-283) zullen verschillende uitspraken (kort) worden belicht.

273. Een algemene vraag

Interessant zijn allereerst uitspraken waarin door (scheids)gerechten antwoord wordt gegeven op de algemene vraag of de enkele omstandigheid dat sprake is van een (of meerdere) herbenoeming(en) aanleiding geeft tot twijfels aan de arbitrale onafhankelijkheid en onpartijdigheid. Deze vraag wordt door twee niet-gewraakte ICSID-arbiters in maart 2014 ontkennend beantwoord.⁴³⁶ De twee arbiters hadden zich over een wrakingsverzoek gebogen dat tegen de partij-arbiter van de Staat Kazachstan was gericht. Kort samengevat, waren de 'numerous appointments' van de arbiter door het advocatenkantoor dat de staat bijstond verzoeksters een doorn in het oog.⁴³⁷ De twee niet-gewraakte arbiters overwogen dat 'the mere fact' van de eerdere benoemingen 'does not, without more, indicate a manifest lack of independence or impartiality' aan de zijde van de arbiter.⁴³⁸ Gelet op de afwezigheid van 'any other objective circumstances demonstrating that these prior appointments manifestly influence his ability to exercise independent judgment in the present arbitration' rechtvaardigden deze benoemingen 'on their own' niet de toewijzing van het wrakingsverzoek, aldus de twee arbiters.⁴³⁹ Bewoordingen met een vergelijkbare strekking zijn afkomstig van twee niet-gewraakte ICSID-arbiters in juli 2014.⁴⁴⁰ De twee arbiters hadden zich over een wrakingsverzoek gebogen dat afkomstig was van eiser. Het verzoek richtte zich tegen de partij-arbiter van Turkmenistan die in drie

435 Vgl. Born 2021a, p. 2018-2019: '(...), national courts have acknowledged that repeat appointments can potentially be relevant to an arbitrator's independence. (1435) Nonetheless, many courts and appointing authorities have rejected challenges based on recurrent appointments, (...)'.
 436 ICSID 20 maart 2014, nr. ARB/13/13 (*Caratube International Oil Company LLP and Devincci Salah Hourani v. Republic of Kazakhstan*), 'Decision on the Proposal for Disqualification of Bruno Boesch' (bron van de uitspraak: Cleis 2017, p. 41; Giorgetti 2014b).

437 ICSID 20 maart 2014, nr. ARB/13/13, par. 31, 61, 100.

438 ICSID 20 maart 2014, nr. ARB/13/13, par. 107. In vergelijkbare bewoordingen: ICSID 23 december 2010, nr. ARB/10/5 (*Tidewater Inc., Tidewater Investment SRL, Tidewater Caribe, C.A. c.s. v. The Bolivarian Republic of Venezuela*), 'Decision on Claimants' Proposal to Disqualify Professor Brigitte Stern, Arbitrator', par. 64. Vgl. ICSID 5 mei 2011, nr. ARB/10/14 (*OPIC Karimum Corporation v. The Bolivarian Republic of Venezuela*), 'Decision on the Proposal to Disqualify Professor Philippe Sands, Arbitrator', par. 52. Vgl. Malintoppi & Yap 2018, nr. 8.83: '(...) repeat appointments by a party are, in and of themselves, unlikely to result in disqualification under the ICSID Convention', onder verwijzing naar literatuur.

439 ICSID 20 maart 2014, nr. ARB/13/13, par. 107.

440 ICSID 11 juli 2014, nr. ARB/10/24 (*İçkale İnşaat Limited Şirketi v. Turkmenistan*), 'Decision on Claimant's Proposal to Disqualify Professor Philippe Sands' (bron van de uitspraak: zie bijv. Cleis 2017, p. 68).

andere arbitrages was benoemd 'by Counsel for Respondent'.⁴⁴¹ In de uitspraak van de arbiters kwam naar voren dat 'these other appointments on their own would justify disqualification (...)'.⁴⁴²

Ook het kader van handelsarbitrages kunnen uitspraken worden gevonden waarin een vergelijkbaar (ontkennend) antwoord naar voren komt. Zo overwoog een LCIA Division in augustus 2009 dat 'the mere fact that an arbitrator was regularly nominated (by different arbitral parties) on the recommendation of the same Counsel or the same firm of solicitors ought not of itself to give rise to justifiable doubts as to his independence and impartiality'.⁴⁴³ Het Engelse Court of Appeal overwoog in april 2018 dat 'the mere fact that an arbitrator accepts appointments in multiple references concerning the same or overlapping subject matter with only one common party does not of itself give rise to an appearance of bias'.⁴⁴⁴

274. Eén kwantitatieve benadering?

In de bovenstaande (scheids)rechterlijke uitspraken komt nadrukkelijk naar voren dat de enkele omstandigheid dat sprake is van een herbenoeming geen aanleiding geeft tot twijfels aan de arbitrale onafhankelijkheid en onpartijdigheid. De stelligheid van deze observatie roept de vraag op of dit altijd het uitgangspunt is. Anders gezegd, is sprake van één benadering? Gelet op hetgeen naar voren is gekomen in het kader van de bespreking van andere factoren lijkt een ontkennend antwoord voor de hand te liggen.⁴⁴⁵ In het verlengde hiervan lijkt ook het fixeren van een minimum aantal herbenoemingen dat per definitie aanleiding tot twijfels zal geven, zoals in het kader van de 'Orange List' van de IBA Guidelines 2014 naar voren komt, niet gelukkig.⁴⁴⁶ Ter onderbouwing kan worden gewezen op hetgeen in mei 2011 door twee niet-gewraakte ICSID-arbiters naar voren is gebracht; dat de herbenoemingen door een advocatenkantoor 'do not in our view reach the level of multiple appointments that would by themselves demonstrate the manifest lack of independence required to be established for a successful proposal to

⁴⁴¹ In één van deze procedures was Turkmenistan eveneens partij; de drie benoemingen hadden meer dan drie jaar geleden plaatsgevonden (ICSID 11 juli 2014, nr. ARB/10/24, par. 54, 116).

⁴⁴² ICSID 11 juli 2014, nr. ARB/10/24, par. 123.

⁴⁴³ LCIA Division 28 augustus 2009, nr. 81160, par. 4.6.

⁴⁴⁴ Court of Appeal (Civil Division) 19 april 2018 (*Halliburton Company/Chubb Bermuda Insurance Ltd c.s.*), [2018] EWCA Civ 817, r.o. 53, zie ook r.o. 77. Zie over deze uitspraak bijv. Carroll & Paffey 2019.

⁴⁴⁵ Vgl. Henry 2005, nr. 19: '(...) la circonstance objective de la désignation répétée d'un même arbitre ne doit pas être isolée de son contexte. (...)'; Slaoui 2009, p. 114; Koh 2017, p. 733.

⁴⁴⁶ Vgl. U.S. Court of Appeals for the Second Circuit 7 juni 1978 (*Andros Compania Maritima, S.A./Marc Rich & Co.*), 579 F.2d 691: '(...) that we have viewed the teachings of *Commonwealth Coatings* pragmatically, employing a case-by-case approach in preference to dogmatic rigidity'. In vergelijkbare zin: El Chazli 2020, nr. 166.

disqualify under the Convention' (curs. PR).⁴⁴⁷ Waar ligt de grens? Hoe te denken over zes,⁴⁴⁸ acht,⁴⁴⁹ twaalf,⁴⁵⁰ 34,⁴⁵¹ of (zelfs) 51 herbenoemingen?⁴⁵²

275. Een kwalitatieve benadering

Mijns inziens treffend is hetgeen twee niet-gewraakte ICSID-arbiters in december 2010 naar voren brachten: '(...) the question whether multiple appointments to

447 ICSID 5 mei 2011, nr. ARB/10/14 (*OPIC Karimum Corporation v. The Bolivarian Republic of Venezuela*), 'Decision on the Proposal to Disqualify Professor Philippe Sands, Arbitrator', par. 53.

448 Tribunal de Première instance de Bruxelles 14 december 2006 waarin het gerecht overwoog dat gerechtvaardigd aan de onafhankelijkheid en onpartijdigheid van een arbiter mocht worden getwijfeld, omdat de arbiter in zes arbitrages door zes verschillende partijen tegen dezelfde partij (een Belgische bank) was benoemd waarbij alle procedures draaiden rondom aansprakelijkheid van de bank op dezelfde gronden en in iedere procedure vonnis werd gewezen in het nadeel van de bank (bron van de uitspraak en informatie: Draye 2016, nr. 47).

449 SCC Arbitration nr. 014/2004 waarin de SCC een wrakingsverzoek toewees dat was gericht tegen een partij-arbiter die had medegedeeld achtmaal te zijn benoemd in een tijdbestek van twee jaren (vijf van de acht procedures waren 'ongoing') en zesmaal door bedrijven die onderdeel uitmaakten van de partij; Stockholms tingsrätt 21 juni 2004, nr. Å 7145-04 waarin het gerecht (in eerste instantie) de omstandigheid dat de *ad hoc*-arbiter had medegedeeld in de periode 1995-2004 tienmaal te zijn benoemd en dat vijf procedures 'ongoing' waren onvoldoende vond om over te gaan tot wraking van de arbiter (bron van de twee zaken en de informatie: Slaoui 2009, p. 111; zie voor SCC Arbitration nr. 014/2004 ook bijv. Koh 2017, p. 716; Daele 2012, nr. 6.168; zie voor Stockholms tingsrätt 21 juni 2004, nr. Å 7145-04 ook bijv. Born 2021a, vn. 1436 (p. 2019); Koh 2017, vn. 36 (p. 718)).

450 Svea hovrätt 10 december 2008, nr. T 10321-06 (*Korsnäs Aktiebolag/AB Fortum Värme samägt med Stockholms stad*) waarin werd geprobeerd om een arbitraal vonnis te laten vernietigen (onder meer) omdat één van de drie arbiters gedurende drie jaar in vijf verschillende arbitrages door het advocatenkantoor was benoemd dat Fortum in de arbitrage vertegenwoordigde. Daarnaast was de arbiter gedurende deze periode ook benoemd als voorzitter van een scheidsrecht door arbiters die benoemd waren door partijen die door dit advocatenkantoor werden vertegenwoordigd. Het Zweedse gerechtshof (Svea hovrätt) wees de vernietigingsvordering in december 2008 af waarbij het onder meer verwees naar de IBA Guidelines 2004. Ook een betoog dat betrekking had op de benoeming tot voorzitter werd terzijde geschoven: hoewel een partij-arbiter zijn benoemende partij meestal zou toestaan om een opmerking over de voorgestelde voorzitter te maken - en hiermee in de praktijk enige invloed zou kunnen hebben - kwam het het hof voor dat de voorgaande benoemingen als voorzitter in de onderhavige procedure niet relevant waren om mee te nemen in het kader van de oordeelsvorming over de onpartijdigheid van de arbiter. In juni 2010 bekrachtigde de Zweedse Hoge Raad dit oordeel, zie: Högsta domstolen 9 juni 2010, nr. T 156-09 (*Korsnäs Aktiebolag/AB Fortum Värme*) r.o. 7-9 (bron van de uitspraken: Daele 2012, nrs. 6.174-6.175; Lindström 2013, p. 3, zie daarnaast bijv. Born 2021a, vn. 1436 (p. 2019); De Ly 2016, p. 106-107; Gómez-Acebo 2016, nr. 5.49; Khambata 2015, vn. 64 (p. 630); Knuts 2013, nr. 60; Kuo 2011, p. 260-261; The IBA Conflicts of Interest Subcommittee, 'The IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration: The First Five Years 2004-2009', *Dispute Resolution International* 2010, afl. 1, p. 17-18; bron van de geciteerde woorden en vindplaats van de uitspraken: via www.arbitration.sccinstitute.com).

451 In oktober 2010 vernietigde het Cour de cassation een arrest van het Cour d'appel van Douai dat een vordering tot vernietiging van een arbitraal vonnis had afgewezen, welk vonnis was gewezen door een arbiter die niet had medegedeeld 34 maal te zijn benoemd (Cour de cassation (chambre civile 1) 20 oktober 2010, nr. 09-68.131 (*Marcel Batard e.a./Prodim e.a.*), bron van de uitspraak: El Chazli 2020, vn. 148 (nr. 168), zie ook bijv. 'Annotations', art. 1456 CPC, Dalloz (online)). Vgl. TGI Parijs 6 juli 2004, *Revue de l'Arbitrage* 2005, afl. 3, p. 719 (*Chomat/A.*): '(...) Ces désignations fréquentes et nombreuses sont de nature à faire naître dans l'esprit du franchisé un doute raisonnable sur l'objectivité dudit arbitre. (...)', zie over deze uitspraak ook bijv. Bensaude 2015, p. 1148; 'Annotations', art. 1456 CPC, Dalloz (online); Daele 2012, nr. 6.178.

452 Cour de cassation (chambre civile 1) 20 oktober 2010, nr. 09-68.997 (*Somoclest bâtiment/DV construction*). Vgl. CA Parijs 29 januari 2004, *Revue de l'Arbitrage* 2005, afl. 3, p. 712 (*SA Serff/société DV Construction*): '(...) il y déclare être intervenu depuis 1994 en qualité d'arbitre dans 51 affaires dans lesquelles le Groupe Bouygues était partie, soit en moyenne 6 dossiers par an dans des affaires impliquant une des sociétés du Groupe; (...)'.
 378

arbitral tribunals may impugn the independence or impartiality of an arbitrator is a matter of substance, not of mere mathematical calculation'.⁴⁵³ Hieraan voegden de arbiters toe: '[d]epending on the particular circumstances of the case, either fewer or more appointments might, in combination with other factors, be needed to call into question an arbitrator's impartiality'.⁴⁵⁴ In plaats van een kwantitatieve benadering lijkt een benadering te zijn aangewezen waarbij men ook oog heeft voor andere omstandigheden van het geval dan alleen voor het aantal herbenoemingen.⁴⁵⁵ Ik duid dit aan als de 'kwalitatieve' benadering. De volgende ICSID-arbitrage waarin een wrakingsverzoek tegen de partij-arbiter van de Staat Venezuela was ingediend, kan ter illustratie van deze benadering dienen.⁴⁵⁶ In de procedure betoogden verzoeksters, kort samengevat, onder verwijzing naar (par. 3.1.3 en 3.3.8 van) de IBA Guidelines 2014 dat de bewuste arbiter in de vijf jaren voorafgaande aan de onderhavige arbitrage in vijf procedures door Venezuela was benoemd alsmede in zes procedures door het advocatenkantoor dat de staat in de onderhavige arbitrage bijstond.⁴⁵⁷ Hoewel de twee arbiters de 'relevancia' van de IBA Guidelines op dit punt onderkenden,⁴⁵⁸ overwogen zij dat in het specifieke geval van investeringsarbitrage⁴⁵⁹ een langere periode zou kunnen zijn aangewezen.⁴⁶⁰ Hoewel overschrijding door een arbiter van de drie-jaren-richtlijn tot gerechtvaardigde twijfels aan de onpartijdigheid en onafhankelijkheid van de arbiter zou kunnen leiden, leidde een overschrijding ook niet meteen tot uitsluiting: '(...) la situación inversa no conlleva necesariamente la exoneración: (...)', aldus de twee arbiters.⁴⁶¹ In plaats van 'una mera contabilización estadística de las designaciones en un periodo determinado', werden zes omstandig-

453 ICSID 23 december 2010, nr. ARB/10/5 (*Tidewater Inc., Tidewater Investment SRL, Tidewater Caribe, C.A. c.s. v. The Bolivarian Republic of Venezuela*), 'Decision on Claimants' Proposal to Disqualify Professor Brigitte Stern, Arbitrator', par. 59.

454 ICSID 23 december 2010, nr. ARB/10/5, par. 59. In vergelijkbare bewoordingen: Högsta domstolen 9 juni 2010, nr. T 156-09 (*Korsnäs Aktiebolag/AB Fortum Värm*), r.o. 5 (bron van de uitspraak: Daele 2012, nr. 6.174). Vgl. ICSID 5 mei 2011, nr. ARB/10/14 (*OPIC Karimum Corporation v. The Bolivarian Republic of Venezuela*), 'Decision on the Proposal to Disqualify Professor Philippe Sands, Arbitrator' waarin eiseres een wrakingsverzoek onderbouwde aan de hand van de vier Suez-criteria: 'proximity', 'intensity', 'dependence' en 'materiality' (id. par. 22, vgl. par. 36). De twee niet-gewraakte arbiters overwogen: 'These are helpful criteria but are of necessity applicable in a variety of circumstances and the utility of their application to a challenge solely based upon multiple appointments is in our view limited' (id. par. 54).

455 In gelijke zin: Koh 2017, p. 719, vgl. Born 2021a, p. 2020. Vgl. El Chazli 2020, nr. 166: '(...), il convient non seulement de prendre en considération le nombre des nominations et leur fréquence (i), mais aussi l'importance de l'enjeu financier (ii) ainsi que le caractère répétable de la nomination (iii)'; Gómez-Acebo 2016, nr. 5.77; Henry 2005, nr. 18.

456 ICSID 9 juni 2015, nr. ARB/14/10 (*Highbury International AVV, Compañía Minera de Bajo Caroní AVV, and Ramstein Trading Inc. v. The Bolivarian Republic of Venezuela*), 'Decision on the Proposal for Disqualification of Professor Brigitte Stern' (bron van de uitspraak en (een gedeelte van de) informatie: Cleis 2017, p. 166-167).

457 ICSID 9 juni 2015, nr. ARB/14/10, par. 24, 25.

458 ICSID 9 juni 2015, nr. ARB/14/10, par. 79.

459 Vgl. ICSID 5 mei 2011, nr. ARB/10/14 (*OPIC Karimum Corporation v. The Bolivarian Republic of Venezuela*), 'Decision on the Proposal to Disqualify Professor Philippe Sands, Arbitrator', par. 49: 'That this is the case in international commercial arbitration, in our view, suggests that this requirement of impartiality and independence also applies in investor-State disputes, where the need for independence is at least as great'. Niet helemaal duidelijk is m.i. waar het eerste woord 'this' op slaat; ik vermoed naar de laatste zin van de vorige paragraaf waar het scheidsgerecht aangeeft 'that multiple appointments represent an issue relevant to impartiality and independence (...)' (id. par. 48).

460 ICSID 9 juni 2015, nr. ARB/14/10, par. 84.

461 ICSID 9 juni 2015, nr. ARB/14/10, par. 85.

heden afgewogen: i) de data van de benoemingen, ii) de staat waarin de arbitrages zich bevonden, iii) of het ging om procedures waarin de arbiter een beslissing had genomen over bevoegdheid(skwesties) of juist over inhoudelijke punten van geschil, iv) of sprake was van 'dissenting opinions' ('votos particulares') in het voordeel van de benoemende partij, v) het aandeel van de benoemingen op het totaal aantal benoemingen, en vi) eventuele economische afhankelijkheid van de benoemende partij.⁴⁶² Uit het voorgaande volgt dat een enkel verwijt dat sprake is van een herbenoeming, en daarmee van twijfels aan de arbitrale onafhankelijkheid en onpartijdigheid, dus niet volstaat. Dit brengt ook mee dat de partij die een wrakingsverzoek indient of vernietiging van het arbitraal vonnis vordert, dit verzoek of deze vordering voldoende gemotiveerd dient te onderbouwen.⁴⁶³ Illustratief is hetgeen naar voren kwam in het kader van een ICSID-arbitrage waarbij in mei 2011 twee wrakingsverzoeken werden afgewezen.⁴⁶⁴ Kort samengevat, ging de voorzitter van de ICSID Administrative Council (Zoellick) voorbij aan een wrakingsverzoek dat tegen de partij-arbiter van de Staat Venezuela was gericht en onder meer was gegrond op de (niet-medegedeelde) omstandigheid dat de arbiter in 'three additional pending' ICSID-arbitrages door de staat was benoemd, en dat de staat in twee procedures van die procedures door het advocatenkantoor werd vertegenwoordigd dat Venezuela ook in de onderhavige arbitrage bijstond.⁴⁶⁵ De voorzitter overwoog dat 'no objective fact has been presented that would suggest that' de onafhankelijkheid of onpartijdigheid van de arbiter 'would be manifestly impacted by the multiple appointments'.⁴⁶⁶ Ten aanzien van de 'Multiple Appointments by the Same Counsel' was de voorzitter een vergelijkbaar oordeel toegedaan: '(...) the appointment of Professor Stern on two prior occasions by counsel does not indicate a manifest lack of the qualities required of her'.⁴⁶⁷

Daarnaast kan worden gewezen op een afwijzing van een wrakingsverzoek in maart 2018 door de voorzitter van de ICSID Administrative Council (Yong Kim).⁴⁶⁸

462 ICSID 9 juni 2015, nr. ARB/14/10, par. 87. Na afweging van de omstandigheden van het geval - 'Valorando en su totalidad las circunstancias del caso' - waaronder de omstandigheid dat de negen benoemingen 'deben ponerse en relación con el total de 70/80 arbitrajes' waarvan 57 arbitrageprocedures onder de administratieve ICSID-vleugels werden gevoerd, dat vier van de negen benoemingen dateerden van voor 2010, en dat de arbiter in geen van de arbitrages 'un voto particular' had gegeven (par. 98) - kwamen de arbiters tot het volgende oordeel: de herbenoemingen 'no constituye un motivo suficiente para justificar una recusación' (par. 99).

463 Zie bijv. Tribunal fédéral 11 januari 2010, nr. 4A_256/2009, r.o. 3.1.2. Vgl. Gómez-Acebo 2016, nr. 5.59.

464 ICSID 20 mei 2011, nr. ARB/10/9 (*Universal Compression International Holdings, S.L.U. v. The Bolivarian Republic of Venezuela*), 'Decision on the Proposal to Disqualify Prof. Brigitte Stern and Prof. Guido Santiago Tawil, Arbitrators' (bron van de uitspraak: zie bijv. Hoffmann 2018, vn. 20-21 (p. 2754); Cleis 2017, p. 65-67; Daele 2012, nr. 6.158).

465 ICSID 20 mei 2011, nr. ARB/10/9, par. 24 en 26. Daarnaast betoogde eiseres dat sprake was van een niet-toegestaan *issue conflict* (par. 25). Dit onderwerp wordt nader besproken in par. 6.5.

466 ICSID 20 mei 2011, nr. ARB/10/9, par. 77. Interessant is dat de arbiters, net als in ICSID 5 mei 2011, nr. ARB/10/14 (*OPIC Karimum Corporation v. The Bolivarian Republic of Venezuela*), 'Decision on the Proposal to Disqualify Professor Philippe Sands, Arbitrator', par. 55, op de financiële onafhankelijkheid van de gewraakte arbiter wezen: '(...) Professor Stern has been appointed in more than twenty ICSID cases, evidencing that she is not dependent - economically or otherwise - upon Respondent for her appointments in these cases.⁹⁹' (par. 77).

467 ICSID 20 mei 2011, nr. ARB/10/9, par. 86.

468 ICSID 23 maart 2018, nr. ARB/17/32 (*Elitech B.V. and Razvoj Golf D.O.O. v. Republic of Croatia*), 'Decision on the Proposal to Disqualify Prof. Brigitte Stern'.

Het verzoek was tegen de partij-arbiter van de Staat Kroatië gericht. Eiseressen hadden hun verzoek gegrond op eerdere benoemingen van de arbiter door de staat in drie andere investeringsarbitrages. De benoemingen vonden plaats in de periode februari 2014 tot november 2016, 'all of which are ongoing'.⁴⁶⁹ Onder verwijzing naar de *Tidewater*-beslissing uit december 2010 overwoog de voorzitter dat eiseressen 'have not pointed to any circumstance' ten aanzien van de eerdere benoemingen 'that would call into question her impartiality or independence'.⁴⁷⁰ Niet alleen hadden eiseressen niet aangetoond dat 'a problematic overlap in terms of factual or legal issues of the cases at this time' zou bestaan, ook was geen bewijs ingebracht 'to show that a relationship of dependence, financial or otherwise' zou bestaan tussen de arbiter en Kroatië of haar advocaat, noch voor de stelling dat de beslissingen van de arbiter 'would be influenced in any way by the fact of such multiple appointments by one party'.⁴⁷¹ Uit de uitspraak lijkt te volgen dat niet alleen wordt gekeken naar de inhoudelijke band tussen de arbiter en de verschillende arbitrages waarin hij is herbenoemd, maar ook naar de (financiële) band tussen de arbiter en de benoemende partij.

Buiten de context van investeringsarbitrages kan, tot slot, worden gewezen op een procedure ten overstaan van een LCIA Division.⁴⁷² Naar aanleiding van een geschil dat 'out of a contract for the supply of power' was ontstaan, entameerden eisers begin juli 2010 een LCIA-arbitrageprocedure. Nadat iedere partij een arbiter had benoemd '[i]n accordance with the parties' arbitration agreement' ging het LCIA Court op 5 november 2010 over tot benoeming van de voorzitter van het scheidsgerecht.⁴⁷³ Op 10 november 2010 diende gedaagde een wrakingsverzoek in tegen de voorzitter; gedaagde baseerde het verzoek op de omstandigheid dat de arbiter eveneens partij-arbiter zou zijn van 'an affiliate of the Claimants in another ad hoc arbitration'.⁴⁷⁴ De betreffende divisie wees het verzoek af onder meer daar de betrokkenheid van de arbiter bij de *ad hoc*-arbitrage 'was slight and fleeting': de zaak 'settled soon after the Terms of Reference were signed', de arbiter had geen 'memorials' ontvangen en was derhalve nog 'not 'tainted' by the arguments of either of the parties'.⁴⁷⁵

Op basis van hetgeen in (scheids)rechterlijke uitspraken naar voren is gekomen,⁴⁷⁶ zullen nu vier algemene gezichtspunten worden besproken die behulpzaam kunnen

469 ICSID 23 maart 2018, nr. ARB/17/32, par. 15.

470 ICSID 23 maart 2018, nr. ARB/17/32, par. 49 jo. par. 50.

471 ICSID 23 maart 2018, nr. ARB/17/32, par. 50. Vgl. id. par. 51: 'In the Chairman's view, a third party undertaking a reasonable evaluation of Professor Stern's appointments by Croatia would not conclude that this evidences a manifest lack of the qualities required under Article 14(1) of the ICSID Convention at this time'.

472 LCIA Division 31 januari 2011, nr. 101642.

473 LCIA Division 31 januari 2011, nr. 101642, par. 1.1, 1.2, 1.4 en 1.5.

474 LCIA Division 31 januari 2011, nr. 101642, par. 1.6.

475 LCIA Division 31 januari 2011, nr. 101642, par. 24. Interessant is dat ook de omstandigheid dat het LCIA 'has had a very difficult time' om geschikte, Spaanstalige arbiters te vinden die als voorzitter konden optreden, werd meegewogen (par. 25).

476 Interessant is de volgende 'procedure(le)' kwestie; in april 2008 zou een ICSID-wrakingsverzoek zijn afgewezen dat was gericht tegen de partij-arbiter van de Staat Turkije en waarin onder meer werd gewezen op de omstandigheid dat Turkije de arbiter in een eerdere, niet-gerelateerde (maar wel met 'allegedly concerned similar facts') procedure had benoemd. In het kader van de afwijzing zou onder meer naar voren zijn gebracht dat de omstandigheid dat een arbiter in twee verschillende procedures (maar wel) met dezelfde gedaagde optrad niet onder het (materiële) toepassingsgebied van artikel 57 ICSID

zijn in het kader van de beantwoording van de vraag in hoeverre een herbenoeming van een arbiter aanleiding kan geven tot twijfels aan de arbitrale onafhankelijkheid en onpartijdigheid (nrs. 276-279).⁴⁷⁷

276. Gezichtspunt 1 - financiële (on)afhankelijkheid

In 1987 werd in de literatuur naar voren werd gebracht dat '[a]n arbitrator who is in effect making a living from fees generated by repeated appointments from a particular party *knows very well that* he will not be appointed again if he concurs with the results which an aggrieved appointing party considers to be wrong' (curs. PR).⁴⁷⁸ Het eerste gezichtspunt ziet op de vraag naar de financiële (on)afhankelijkheid van de arbiter. Uit (scheids)rechterlijke uitspraken komt, kort samengevat, naar voren dat een financiële afhankelijkheidsrelatie tussen de arbiter en de benoemende partij aanleiding kan geven tot twijfels aan de onafhankelijkheid en onpartijdigheid van de arbiter. Dit eerste gezichtspunt komt onder meer naar voren in een aantal ICSID-arbitrages. Zo overwoog de voorzitter van de ICSID Administrative Council (Yong Kim) in maart 2018 dat 'no evidence has been presented to show that a relationship of dependence, financial or otherwise, exists between Professor Stern and, the Respondent or its counsel'.⁴⁷⁹ Bewoordingen met een vergelijkbare strekking zijn afkomstig van twee niet-gewraakte arbiters in december 2010: de arbiter 'has held or currently holds arbitral appointments in many ICSID cases and so cannot be said to be dependent on any one party for her extensive practice as an arbitrator in investment cases'.⁴⁸⁰ Interessant is ook de gevolgtrekking die door de voorzitter van de ICSID Administrative Council (Zoellick) in mei 2011 is gemaakt: de arbiter is benoemd 'in more than twenty ICSID cases, evidencing that she is not *dependent - economically or otherwise - upon Respondent for her appointments in these cases*' (curs. PR).⁴⁸¹

Convention viel, zie: ICSID 26 april 2008, nr. ARB/07/20 (*Saba Fakes v. Republic of Turkey*), 'Decision on Disqualification of an Arbitrator' (niet gepubliceerd) (bron van de uitspraak en de informatie: Cleis 2017, p. 72; Daele 2012, nr. 7.061, zie nader bijv. Klatte 2014, p. 129-130; Malintoppi & Carlevaris 2014, vn. 31 (p. 152); Sheppard 2009, p. 154-155). Vgl. ICSID 14 juli 2010, nr. ARB/07/20 (*Saba Fakes v. Republic of Turkey*), 'Award', par. 9.

477 Vgl. Bishop & Reed 1998, p. 421.

478 Bron van het citaat: Horst 2017, vn. 362 (p. 147).

479 ICSID 23 maart 2018, nr. ARB/17/32 (*Elitech B.V. and Razvoj Golf D.O.O. v. Republic of Croatia*), 'Decision on the Proposal to Disqualify Prof. Brigitte Stern', par. 50.

480 ICSID 23 december 2010, nr. ARB/10/5 (*Tidewater Inc., Tidewater Investment SRL, Tidewater Caribe, C.A. c.s. v. The Bolivarian Republic of Venezuela*), 'Decision on Claimants' Proposal to Disqualify Professor Brigitte Stern, Arbitrator', par. 64.

481 ICSID 20 mei 2011, nr. ARB/10/9 (*Universal Compression International Holdings, S.L.U. v. The Bolivarian Republic of Venezuela*), 'Decision on the Proposal to Disqualify Prof. Brigitte Stern and Prof. Guido Santiago Tawil, Arbitrators', par. 77. Zie ook: ICSID 5 mei 2011, nr. ARB/10/14 (*OPIC Karimum Corporation v. The Bolivarian Republic of Venezuela*), 'Decision on the Proposal to Disqualify Professor Philippe Sands, Arbitrator', par. 55: '(...) It is clear that Professor Sands has extensive independent income sources unrelated to fees derived from his appointments as arbitrator in investment arbitrations. (...)', in reactie op de stelling van eiseres dat 'the connections are material to and significantly affect the compensation that Professor Sands earns as an arbitrator, (...) (par. 22), waarop de arbiter had gereageerd dat tijdens het kalenderjaar 2010 de verhouding 'of [his] total income that was obtained from sitting as an arbitrator was less than 5.89%' (par. 40) nu hij ook salaris en pensioen ontving in zijn hoedanigheid van 'tenured professor of law'

Daarnaast kan worden gewezen op twee zaken die voor Amerikaanse en Engelse overheidsrechters speelden. Zo boog het Amerikaanse Court of Appeals for the Second Circuit zich in hoger beroep over een beweerdelijke 'close personal and professional relationship' tussen de voorzitter van een driedelig scheidsgerecht (Arnold) en de voorzitter van één van de ondernemingen die in de arbitrage was betrokken (Nelson) (zie ook nr. 326b).⁴⁸² Kort samengevat, betoogde appellant dat Arnold had nagelaten mede te delen dat hij sinds 1975 met Nelson 'had "served together" on 19 arbitration panels'; in twaalf gevallen had Arnold Nelson als arbiter gekozen. Het hof rekende de arbiter het niet-mededelen van deze omstandigheid echter niet aan: '[f]rom the papers presented, it can fairly be concluded that the relationship between Arnold and Nelson was a professional one, growing out of their service as arbitrators. There was no 'business relationship' in the ordinary sense between them or between their employers', aldus het hof.⁴⁸³ Daarnaast werd benadrukt dat Orion 'had no direct financial stake in the outcome of the arbitration, and Nelson's interest was even more attenuated'. Interessant is de nadruk die het hof legt op de afwezigheid van enig 'direct' financieel belang.

Interessant is ook hetgeen in de zaak *Halliburton Company v. Chubb Bermuda Insurance Ltd* werd overwogen. De feiten die aan de procedure ten grondslag lagen waren, kort samengevat, als volgt. In het kader van een (verzekerings)geschil dat was gerezen na een ongeluk werden in de Verenigde Staten meerdere vorderingen ingesteld tegen de ondernemingen H, R en Q. Tijdens gerechtelijke procedures onderhandelde H 'a settlement of the claims against it for a very substantial sum', waarna H het door haar betaalde schikkingsbedrag van verzekeraar L uit Bermuda probeerde terug te krijgen.⁴⁸⁴ L weigerde echter tot uitkering over te gaan waarna H een arbitrageprocedure entameerde.⁴⁸⁵ Nadat partijen niet uit de benoeming van een derde arbiter kwamen, ging het High Court in juni 2015 tot benoeming over.⁴⁸⁶ Voorafgaande aan diens benoeming deelde de voorzitter partijen mede dat hij in het verleden 'in a number of arbitrations' had opgetreden waarin L niet alleen partij was, maar ook de (hem) benoemende partij.⁴⁸⁷ Daarnaast deelde de arbiter mede dat hij 'was currently appointed as arbitrator in two pending references in which L was involved'.⁴⁸⁸ Nadat H in november 2016 op de hoogte raakte van de omstandigheid dat de arbiter 'subsequent to' zijn benoeming ook benoemingen had aanvaard in twee andere procedures rondom 'a claim by R against its excess liability insurers writing cover for R's liabilities arising out of the incident', diende H een wrakings-

en 'additional income from academic and other writings', 'practising barrister' was en als arbiter optrad 'in non-ICSID arbitrations that are not disclosable' (par. 39).

482 Nelson 'was president of a firm (Orion) that allegedly operated the Kissavos, the vessel involved in the arbitration'.

483 U.S. Court of Appeals for the Second Circuit 7 juni 1978 (*Andros Compania Maritima, S.A./Marc Rich & Co.*), 579 F.2d 691. Ook de gezamenlijke (eerdere) optredens in de scheidsgerecht waren 'no secret', aldus het hof.

484 High Court (Commercial Court) 3 februari 2017 (*H/L c.s.*), [2017] EWHC 137 (Comm), r.o. 4, 5.

485 High Court (Commercial Court) 3 februari 2017, [2017] EWHC 137 (Comm), r.o. 6, 7.

486 High Court (Commercial Court) 3 februari 2017, [2017] EWHC 137 (Comm), r.o. 8.

487 High Court (Commercial Court) 3 februari 2017, [2017] EWHC 137 (Comm), r.o. 10.

488 High Court (Commercial Court) 3 februari 2017, [2017] EWHC 137 (Comm), r.o. 10.

verzoek in.⁴⁸⁹ Het High Court schoof de bezwaren van H terzijde. Ter onderbouwing overwoog het gerecht onder meer: '[t]he appointment of M by L in the R reference confers no immediate benefit on him in terms of his fees', en dat het juist 'a regular feature of international arbitration in London' was dat 'the same underlying subject matter gives rise to more than one claim and more than one arbitration without identity of parties'; het was dan ook een 'false hypothesis that a degree of overlap disqualifies an arbitrator from acting in both references'.⁴⁹⁰ In hoger beroep overwoog het Court of Appeal dat 'the mere fact that an arbitrator accepts appointments in multiple references concerning the same or overlapping subject matter with only one common party does not of itself give rise to an appearance of bias'.⁴⁹¹ Onder verwijzing naar andere jurisprudentie overwoog het hof: "[s]omething more is required" and that must be "something of substance".⁴⁹² Het Supreme Court overwoog dat een dergelijke omstandigheid 'may, depending on the relevant custom and practice, give rise to an appearance of bias'.⁴⁹³

Evenals in de hiervoor besproken uitspraak van het Amerikaanse Court of Appeals for the Second Circuit legde het High Court de nadruk op de afwezigheid van enig direct financieel belang. Ook het niet-mededelen van de benoemingen leidde niet tot toewijzing van het wrakingsverzoek: de arbiter 'has explained in correspondence that he did not do so because it did not occur to him that there was any obligation to do so' en '[t]he accuracy and honesty' van deze verklaring waarom hij geen mededeling had gedaan, was 'not challenged'.⁴⁹⁴ Deze laatste overweging is mijns inziens om twee redenen interessant. Enerzijds is de nadruk die het gerecht op

489 High Court (Commercial Court) 3 februari 2017, [2017] EWHC 137 (Comm), r.o. 12. Vgl. id. r.o. 15: 'H relies on three elements of M's conduct as giving rise to an appearance of bias: (1) his acceptance of the appointments in the R arbitrations; (2) his failure to disclose those appointments to H; (3) his response to the challenge to his impartiality'.

490 High Court (Commercial Court) 3 februari 2017, [2017] EWHC 137 (Comm), r.o. 20, 21 en 36. Vgl. id. r.o. 21: '(...) In such cases it is common for those with relevant expertise as arbitrators to sit in different arbitrations arising out of the same factual circumstances or subject matter', waarna het gerecht in r.o. 22-24 drie redenen gaf waarom het 'desirable' is 'that they should be able to do so'.

491 Court of Appeal (Civil Division) 19 april 2018 (*Halliburton Company/Chubb Bermuda Insurance Ltd c.s.*), [2018] EWCA Civ 817, r.o. 53.

492 Court of Appeal (Civil Division) 19 april 2018, [2018] EWCA Civ 817, r.o. 53. Vgl. id. r.o. 100: '(...) we agree with the judge's overall conclusion that the fair-minded and informed observer, having considered the facts, would not conclude that there was a real possibility that M was biased' jo. r.o. 96.

493 Supreme Court 27 november 2020 (*Halliburton Company/Chubb Bermuda Insurance Ltd*), [2020] UKSC 48, r.o. 131. Vgl. id. r.o. 149: 'Having regard to the circumstances known to the court at the date of the hearing at first instance, I am not persuaded that the fair-minded and informed observer would infer from the oversight that there was a real possibility of unconscious bias on Mr Rokison's party First, there appears to have been a lack of clarity in English case law as to whether there was a legal duty of disclosure and whether disclosure was needed; (...). Secondly, the time sequence of the three references may explain why Mr Rokison saw the need to disclose reference 1 to Transocean but did not identify the need to tell Halliburton about reference 2. Thirdly, his measured response to Halliburton's robust challenge disclosed that it was likely that references 2 and 3 would be resolved by the preliminary issue and that there would not be any overlap in evidence or legal submissions between them and reference 1. (...) As a result of Mr Rokison's response, there was no likelihood of Chubb gaining any advantage by reason of the overlapping references. Fourthly, there is no question of Mr Rokison having received any secret financial benefit in this case; if that objection were valid it would mean that every party-appointed arbitrator receives a disqualifying benefit. (...) Fifthly, I am satisfied that there is no basis for inferring unconscious bias in the form of subconscious ill-will in response to the robustness of the challenge which K & L Gates mounted on behalf of Halliburton. (...)'

494 High Court (Commercial Court) 3 februari 2017 (*H/L c.s.*), [2017] EWHC 137 (Comm), r.o. 41.

de reputatie van de betreffende arbiter legt niet iets wat men vaak in het kader van handelsarbitrage(s), anders dan in investeringsarbitrages, naar voren ziet komen.⁴⁹⁵ Anderzijds lijkt met de overweging van het High Court de motiveringsplicht voor de verzoekende of eisende partij nog wat verder te worden opgerekt. Wel kunnen vraagtekens worden gezet bij de uitvoerbaarheid van een dergelijke plicht: men kan zich afvragen of het de arbiter(s), vanuit het oogpunt van vertrouwelijkheid, wel is dan wel zou moeten zijn toegestaan om mededeling te doen over andere arbitrages.

Niet alleen Amerikaanse en Engelse overheidsrechters hebben zich in onderhavig verband uitgesproken: ook kan worden gewezen op een procedure ten overstaan van een LCIA Division.⁴⁹⁶ De feiten die tot de procedure aanleiding gaven, kunnen als volgt worden samengevat. In het kader van een (verzekerings)geschil entameerde eiser in september 2008 een LCIA-arbitrageprocedure. Eiser stelde gedaagde voor dat beide partijen één arbiter zouden benoemen, waarna het LCIA de voorzitter van het scheidsgerecht zouden benoemen.⁴⁹⁷ Gedaagde deed op 22 oktober 2008 een voorstel voor de benoeming van zijn partij-arbiter waarna partijen afspraken dat de beide arbiters de voorzitter van het scheidsgerecht zouden benoemen 'within a determined period, failing which the LCIA would select the Chair'.⁴⁹⁸ Nadat eiser zich tegen deze arbiter verzette, schoof gedaagde op 12 november 2008 een andere arbiter naar voren in wiens 'Statement of Independence' naar voren kwam dat de arbiter in het verleden als advocaat 'both for and against various of the Respondent syndicates' had opgetreden, en 'recently' als voorzitter in een arbitrage tussen twee van gedaagden.⁴⁹⁹ Ondanks bezwaren van eiser tegen de benoeming ging het LCIA Court akkoord met de benoeming van de betreffende arbiter.⁵⁰⁰ Op 8 februari 2009 werd het scheidsgerecht benoemd, waarna eiser met succes een wrakingsverzoek indiende.⁵⁰¹ In haar beslissing wees de divisie onder meer op 'the obvious professional importance to the arbitrator of his relationship with Respondents' Counsel, combined with his barrister/client relationship with one of the Respondents',⁵⁰² en op de omstandigheid dat de arbiter 'had made five disclosures which were, by and large, general, selective and incomplete'.⁵⁰³ Interessant is de wijze waarop de divisie zich in scherpe bewoordingen uitliet over de gebrekkig mededelingen door de arbiter. De

495 Vgl. Supreme Court 27 november 2020 (*Halliburton Company/Chubb Bermuda Insurance Ltd*), [2020] UKSC 48, r.o. 67: '(...) The professional reputation and experience of an individual arbitrator is a relevant consideration for the objective observer when assessing whether there is apparent bias as an established reputation for integrity and wide experience in arbitration may make any doubts harder to justify. (...) In the context of many international arbitrations, it is likely to be a factor of only limited weight. The weight of that consideration may also be reduced if the circumstances give rise to a material risk of unconscious bias on the part of a person of the utmost integrity: (...)'. Vgl. CA Parijs 29 oktober 2013, nr. 12/05855 (bron van de uitspraak: via dalloz.fr).

496 LCIA Division 28 augustus 2009, nr. 81160.

497 LCIA Division 28 augustus 2009, nr. 81160, par. 1.1, 1.2 en 1.3.

498 LCIA Division 28 augustus 2009, nr. 81160, par. 1.4 en 1.5.

499 LCIA Division 28 augustus 2009, nr. 81160, par. 1.6-1.7.

500 LCIA Division 28 augustus 2009, nr. 81160, par. 1.13-1.22.

501 LCIA Division 28 augustus 2009, nr. 81160, par. 1.22-1.23. Hoewel het vermelden van louter dit eindoordeel de gedegen en interessante afweging van de verschillende belangen die de divisie in paragrafen 4.1-4.20 bespreekt tekort doet.

502 LCIA Division 28 augustus 2009, nr. 81160, par. 4.6. Vgl. id. par. 1.10. Zie ook Walsh & Teitelbaum 2011, p. 299.

503 LCIA Division 28 augustus 2009, nr. 81160, par. 4.16. Vgl. id. par. 4.18.

divisie kwam uiteindelijk tot het oordeel dat 'a fair-minded and informed observer could reasonably have concluded that' een arbiter 'who would *accept future retainers* by a Respondent whilst sitting on an arbitration case involving any such Respondent, and in which he had been appointed by that Respondent, would run a *real risk of exhibiting bias*' (curs. PR).⁵⁰⁴ Opvallend is dat uitdrukkelijk wordt benoemd dat de arbiter een belang heeft bij toekomstige benoemingen (vgl. nr. 267).

De hiervoor besproken (scheids)rechterlijke uitspraken laten zien dat het gezichtspunt dat sprake moet zijn van enige financiële afhankelijkheid een rol speelt in het kader van de beantwoording van de vraag in hoeverre een herbenoeming aanleiding geeft tot twijfels aan de arbitrale onafhankelijkheid en onpartijdigheid. De enkele aanwezigheid van een financiële band - in de Franse literatuur verwoord als: '[i]l faut que la répétition caractérise un courant d'affaires'⁵⁰⁵ - is niet voldoende: om te kunnen beoordelen in hoeverre sprake is van financiële afhankelijkheid speelt de relatieve omvang van de inkomsten een belangrijke rol.⁵⁰⁶ Ter illustratie kan worden gewezen op hetgeen een LCIA Division in maart 2010 overwoog: relaties met een advocaat 'are relevant only if the arbitrator draws an important part of his or her revenues from an ongoing relationship with the Counsel of the appointing party'.⁵⁰⁷ Het Cour d'appel van Parijs overwoog in juni 2015 dat de omstandigheid dat een partij-arbiter twee keer door hetzelfde advocatenkantoor in het kader van 'deux arbitrages achevés en 2006 et 2007' was benoemd en in 2005 en 2008 voor twee adviezen was gevraagd, niet voldoende was om te kunnen spreken over het bestaan van een 'courant d'affaires *suffisamment significatif* pour être de nature à affecter l'indépendance d'esprit de l'arbitre' (curs. PR).⁵⁰⁸ Het ligt voor de hand dat de uitleg van de (open) termen 'important' en 'suffisamment significatif' afhangt van de omstandigheden van het geval.

277. Gezichtspunt 2 - beschikbare kennis

In mei 2003 overwoog het Tribunal fédéral dat rekening dient te worden gehouden met de verschillende relaties tussen enerzijds een overheidsrechter en partijen en hun advocaten, en tussen anderzijds een arbiter en partijen en hun advocaten.⁵⁰⁹ Ten aanzien van de laatstgenoemde situatie voegde het gerecht toe dat banden 'sont plus fréquents et *impliqués par les nécessités économiques ou professionnelles*,

504 LCIA Division 28 augustus 2009, nr. 81160, par. 4.19.

505 Henry 2005, nr. 18. Vgl. Wilske & Stock 2005, p. 47.

506 Zie bijv. Koh 2017, p. 734. In vergelijkbare zin: Born 2021a, p. 2020; El Chazli 2020, nr. 164, nr. 169. In andere zin: CA Reims 31 januari 2012 (*Batard e.a./S.A.S. Carrefour Proximité France (anciennement Prodim) e.a.*) waarin het hof overwoog dat 'l'existence d'un courant d'affaires n'est pas liée à l'importance du revenu perçu par l'arbitre, mais à la régularité de ce revenu constitué par un grand nombre d'arbitrages, même pour des honoraires peu importants' (bron van de uitspraak en de geciteerde rechtsoverweging: El Chazli 2020, vn. 147 (nr. 168); Sommaires de jurisprudence, *Revue de l'Arbitrage* 2012, afl. 1, p. 206-208).

507 LCIA Division 15 maart 2010, nr. 81224, par. 4.4, onder verwijzing naar Tribunal fédéral 30 juni 1994, ASA Bulletin 1997, afl. 1, p. 99-107.

508 CA Parijs 23 juni 2015, *Revue de l'Arbitrage* 2017, afl. 2, p. 599-600 (*Etablissement public économique e.a./SARL CTI Group Inc. c.s.*) (bron van de uitspraak: El Chazli 2020, nr. 168).

509 Tribunal fédéral 27 mei 2003, nrs. 4P.267/2002, 4P.268/2002, 4P.269/2002 & 4P.270/2002, r.o. 4.2.2.2 (bron van de uitspraak: Oetiker 2018; Kaufmann-Kohler & Rigozzi 2015, nr. 4.114). Vgl. Münchener Kommentar zur ZPO, ZPO § 1036, nr. 34 (online, 5. Auflage 2017).

en ce qui concerne les personnes actives dans le domaine de l'arbitrage privé, de sorte qu'ils ne doivent pas sans autre être considérés comme un motif de récusation' (curs. PR).⁵¹⁰ Bewoordingen waarin de bijzondere context van de arbitrage eveneens wordt benadrukt, zijn afkomstig van verschillende Amerikaanse Courts of Appeals. Begin november 1984 overwoog het Court of Appeals for the Second Circuit: '[i]n assessing a given relationship, courts must remain cognizant of peculiar commercial practices and factual variances. Thus, the small size and population of an industry might require a relaxation of judicial scrutiny, while a totally unnecessary relationship between arbitrator and party may heighten it'.⁵¹¹ In mei 1998 overwoog het Court of Appeals for the Eleventh Circuit dat 'an arbitrator's experience in an industry, far from requiring a finding of partiality, is one of the factors that can make arbitration a superior means of resolving disputes'.⁵¹² In september 2002 overwoog hetzelfde hof: '(...) an arbitrator's experience in an industry, far from requiring a finding of partiality, is one of the factors that can make arbitration a superior means of resolving disputes'.⁵¹³

Hoewel de onafhankelijkheid en onpartijdigheid van een partij-arbiter niet op voorhand boven alle twijfel verheven is (vgl. par. 2.5.2),⁵¹⁴ komt uit deze uitspraken naar voren dat overheidsrechters oog hebben voor de mogelijkheid dat een arbiter wordt (her)benoemd juist vanwege zijn specifieke kennis.⁵¹⁵ Daarnaast komt in rechterlijke uitspraken naar voren dat een (her)benoeming juist (ook) kan plaatsvinden op het moment dat de hoeveelheid geschikte arbiters (relatief) klein is.⁵¹⁶ Het tweede gezichtspunt dat wordt onderscheiden, ziet dan ook op de beschikbare kennis. Uit (scheids)rechterlijke uitspraken lijkt, kort samengevat, naar voren te komen dat

510 Tribunal fédéral 27 mei 2003, nrs. 4P.267/2002, 4P.268/2002, 4P.269/2002 & 4P.270/2002, r.o. 4.2.2.2, onder verwijzing naar jurisprudentie.

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

512 U.S. Court of Appeals for the Eleventh Circuit 18 mei 1998 (*Scott/Prudential Securities, Inc.*), 141 F.3d 1007, onder verwijzing naar U.S. Supreme Court 18 november 1968 (*Commonwealth Coatings Corp./Continental Cas. Co.*), 393 U.S. 145.

513 U.S. Court of Appeals for the Eleventh Circuit 13 september 2002 (*University Commons-Urbana, Ltd./Universal Constructors Inc.*), nr. 01-11864, onder verwijzing naar U.S. Court of Appeals for the Eleventh Circuit 18 mei 1998, 141 F.3d 1007.

514 Snijders 2018, p. 259.

515 U.S. Court of Appeals for the Second Circuit 8 januari 1981 (*International Produce, Inc./A-S Rosshavet*), 638 F.2d 548: 'The most sought-after arbitrators are those who are prominent and experienced members of the specific business community in which the dispute to be arbitrated arose'. Zie ook bijv. U.S. Court of Appeals for the Seventh Circuit 12 juli 1983 (*Merit Insurance Co./Leatherby Insurance Co.*), 714 F.2d 673. In dit verband kan ook worden gewezen op de weigering door het ICC Court in 2008 om een arbiter te benoemen die in vijf eerdere procedures had opgetreden als arbiter waarin eiser partij was; in drie van de procedures was de arbiter benoemd door eiser, in de twee andere procedures was hij door de co-arbiters als voorzitter benoemd. Het ICC Court nam een aantal factoren in ogenschouw: niet alleen 'the existence of only a small pool of experienced arbitrators in the claimant's country', maar ook 'the fact that the arbitrator was sitting as arbitrator in a pending dispute involving the claimant' (bron van de informatie en de geciteerde woorden: Fry & Greenberg 2009, nr. 49, vgl. Daele 2012, nr. 6.165). Vgl. Gómez-Acebo 2016, vn. 89 (nr. 5.64). Vgl. Rb. 's-Hertogenbosch 18 november 2009, ECLI:NL:RBSHE:2009:BK3971, r.o. 2.14: '(...) Dat in een scheidsgerecht veel arbiters met een vakinhoudelijke achtergrond zijn opgenomen, wil nog niet zeggen dat de kwaliteit en onpartijdigheid van het scheidsgerecht voldoende gewaarborgd zou zijn. (...)'. Vgl. Cairns 2018, p. 68; Pihlblad & Tufte-Kristensen 2016, p. 591.

516 Er kan ook sprake zijn van kennis in de zin van (specifieke) talenkennis, zie bijv. LCIA Division 31 januari 2011, nr. 101642, par. 25.

hoe kleiner de vijver met geschikte arbiters is, des te terughoudender met het oordeel wordt omgegaan dat sprake is van twijfels aan de arbitrale onafhankelijkheid en onpartijdigheid. Illustratief is hetgeen het Amerikaanse Court of Appeals for the Eighth Circuit overwoog in juli 2003: '[w]hen the parties agree to arbitration before disinterested persons who have experience in a specialized business or type of problem, the relatively small number of qualified arbitrators may make it common, if not inevitable, that parties will nominate the same arbitrators repeatedly'.⁵¹⁷ Hoe onvermijdelijk een herbenoeming ook is, het laat onverlet dat vragen kunnen rijzen die zien op (mogelijke) arbitrale vooringenomenheid. Hoe gaan (scheids)rechters met dit spanningsveld om?

Allereerst kan worden gewezen op een uitspraak van de Appellate Division van het Supreme Court van New York, First Department uit juni 1934.⁵¹⁸ Dit gerecht weigerde een arbitraal vonnis te vernietigen dat door een drieledig scheidsgerecht 'selected pursuant to the rules of the Silk Association of America' was gewezen ter beslechting van een geschil tussen twee handelaren in zijde.⁵¹⁹ Het vonnis was vervolgens door een gerecht 'at Special Term' vernietigd op grond van de (niet-medegedeelde) omstandigheid dat de voorzitter van het scheidsgerecht als 'officer' in dienst was van een onderneming die bepaalde verplichtingen jegens de in het gelijk gestelde partij had. De Appellate Division kon zich niet in de vernietiging van het arbitraal vonnis vinden en overwoog: '[i]t is idle to urge that, simply because of his connections with a corporation which occasionally purchased raw silk from the appellant, he was thereby disqualified from acting as an impartial member of the board of arbitrators'.⁵²⁰ Het gerecht weigerde aldus de gevolgtrekking dat de omstandigheid dat sprake was van banden van een arbiter met een onderneming uit een specifieke sector maakte dat niet langer van zijn onpartijdigheid kan worden uitgegaan. Bewoordingen met een vergelijkbare strekking, zij het toegespitst op de maritieme sector, zijn afkomstig van het District Court for the Southern District van New York uit juni 1979: '[t]he maritime community in New York is relatively small, and closely knit. There are not that many experienced maritime arbitrators: (...). Commercial relationships in the industry interweave and overlap; the leaders of the industry come in constant contact with each other; on occasion disputes, arbitration, and litigation

517 U.S. Court of Appeals for the Eighth Circuit 9 juli 2003 (*Dow Corning Corp./Safety National Casualty Corp.*), nr. 02-2048, onder verwijzing naar andere jurisprudentie (bron van de uitspraak: Born 2021a, vn. 818 (p. 1900)).

518 U.S. Appellate Division of the Supreme Court of New York, First Department 21 juni 1934 (*E. Richard Meinig Co./Katakura & Co.*), 241 App. Div. 406.

519 Vgl. de volgende toevoeging, al dan niet ter (in)kleuring van het geval: 'It appears that men of the highest standing in the trade are designated as members of the arbitrators' panel'.

520 Het gerecht wees ook op nadelige (neven)effecten van een dergelijke benadering: 'If we were to give heed to the contentions of every unsuccessful litigant, based upon the flimsy ground assigned here, it would be well nigh impossible to carry out that part of the contract pertaining to arbitration, which is usually found in agreements entered into by silk merchants'. In vergelijkbare zin: LCIA Division 28 augustus 2009, nr. 81160, par. 4.13; ICSID 25 juni 2008, nr. ARB/03/23 (*EDF International S.A., SAUR International S.A. and León Participaciones Argentinas S.A. v. The Argentine Republic*), 'Challenge Decision Regarding Professor Gabrielle Kaufmann-Kohler', par. 121; U.S. Court of Appeals for the Second Circuit 5 november 1984 (*Morelite Construction Corp./New York City District Council Carpenters Benefit Funds*), 748 F.2d 79: 'For to disqualify any arbitrator who had professional dealings with one of the parties (to say nothing of a social acquaintanceship) would make it impossible, in some circumstances, to find a qualified arbitrator at all'.

result. It would be disruptive of the resolution of maritime disputes by arbitration in this City to disqualify an arbitrator simply because a party to an arbitration proclaims, in circumstances such as these, "the appearance of bias." (curs. PR).⁵²¹ Het Court of Appeal van Californië overwoog in juli 1980: '[b]ecause arbitrators are selected for their familiarity with the type of business dispute involved, they are not expected to be entirely without business contacts in the particular field, but they should disclose any repeated or significant contacts which they may have with a party to the dispute, his attorney or his chosen arbitrator'.⁵²² In december 1984 overwoog het Court of Appeals for the Second Circuit: '[a]s arbitrators are usually knowledgeable individuals in a given field, often they have interests and relationships that overlap with the matter they are considering as arbitrators. The mere appearance of bias that might disqualify a judge will not disqualify an arbitrator'.⁵²³

Niet alleen Amerikaanse overheidsrechters hebben zich uitgesproken; verschillende uitspraken in onderhavig verband zijn van Franse gerechten afkomstig. Zo overwoog het Cour d'appel van Rouen in oktober 1998 dat in het geval van 'un arbitrage professionnel (...) les arbitres sont nécessairement en relations d'affaires avec les personnes qui exercent leurs activités dans le même secteur économique'; deze omstandigheid 'ne suffit pas à caractériser un état de dépendance ou une partialité des arbitres' (curs. PR).⁵²⁴ Hoewel het hof op het eerste oog vrij stellig overkomt, valt dit bij nader inzien mee, daar in het oordeel besloten lijkt te liggen dat rekening zal (moeten) worden gehouden met de omstandigheden van het geval. Bewoordingen met een vergelijkbare strekking zijn afkomstig van het Tribunal de grande instance van Parijs dat zich boog over een verzoek tot wraking van arbiters in het kader van een arbitrage onder auspiciën van de 'Association Française du Commerce des Cacaos' (hierna: A.F.C.C.).⁵²⁵ Het gerecht overwoog dat verzoekster, door een arbitraal beding op te nemen dat het A.F.C.C. als bevoegd arbitrage-instituut aanwees, 'en toute connaissance de cause et sans réserve' de toepasselijkheid van het reglement van het arbitrage-instituut had geaccepteerd.⁵²⁶ In haar hoedanigheid van 'membre associé' had zij op de hoogte kunnen zijn van 'la spécificité de tels arbitrages confiés à des professionnels en tant qu'arbitres', waaronder de omstandigheid dat de arbiters van het instituut 'sont nécessairement en relation d'affaires les uns avec les autres, les uns contre les autres selon les circonstances', zonder dat het bestaan van een dergelijke band 'doive, par principe, mettre en doute et même en cause leur indépendance à

521 U.S. District Court for the Southern District of New York 15 juni 1979 (*Transmarine Seaways Corp. of Monrovia/March Rich & Co. A.G.*), 480 F. Supp. 352. Vgl. Yang 2007, p. 172.

522 U.S. Court of Appeal of California, Fourth Appellate District, Division One 30 juli 1980 (*Figi/New Hampshire Insurance Co.*), 108 Cal. App. 3d 772, zie ook bijv. U.S. Court of Appeal of California, Second Appellate District, Division Seven 16 april 1985 (*Ray Wilson Co./Anaheim Memorial Hospital Association*), 166 Cal. App. 3d 1082.

523 U.S. Court of Appeals for the Second Circuit 6 december 1984 (*Florasynth, Inc./Pickholz*), 750 F.2d 171. Zie ook bijv. U.S. Court of Appeals for the Second Circuit 8 januari 1981 (*International Produce, Inc./A-S Ross-havet, Owners of the S.S. Ross Isle, en Cross*), 638 F.2d 548; U.S. District Court for the Southern District of New York 6 februari 1986 (*Sofia Shipping Co. Ltd./Amoco Transport Co.*), 628 F. Supp. 116.

524 CA Rouen 28 oktober 1998, *Revue de l'Arbitrage* 1999, afl. 2, p. 371 (*société Jean Lion/société Etablissements Gortzounian*) (bron van de uitspraak: Castres Saint-Martin 2016, nrs. 55, 62).

525 TGI Parijs 29 juni 1989, *Revue de l'Arbitrage* 1990, afl. 2, p. 497 (*société Philipp Brothers/société Drexel c.s.*). Id. p. 497: 'Sur les demandes de récusations formées contre chacun des arbitres: (...)'.
526 TGI Parijs 29 juni 1989, *Revue de l'Arbitrage* 1990, afl. 2, p. 497.

l'égard des parties et leur impartialité pour statuer sur le litige comme arbitre (...)’ (curs. PR), aldus het gerecht.⁵²⁷ Interessant is de nadruk die het gerecht legt op de vrijwillige keuze die eiseres voor het arbitrage-instituut heeft gemaakt en de gevolgtrekking dat eiseres van de omstandigheid - waar zij zich later tegen keert - op de hoogte had kunnen zijn. Anders gezegd, de omstandigheid dat eiseres niet feitelijk op de hoogte was, laat onverlet dat zij dit had kunnen zijn.

In juni 2002 overwoog het Cour d'appel van Parijs in het kader van een vernietigingsprocedure waarin werd geprobeerd om een arbitraal vonnis te laten vernietigen dat door een vijfledig scheidsgerecht was gewezen onder auspiciën van de ‘Chambre arbitrale’ van de ‘Fédération du Commerce du Cacao’⁵²⁸: ‘(...) s’agissant d’arbitrage professionnel, les parties ne pouvaient méconnaître la spécificité de tels arbitrages confiés à des professionnels en tant qu’arbitres, *lesquels sont nécessairement en relation d'affaires* les uns avec les autres ou les uns contre les autres (...)’ (curs. PR).⁵²⁹ In juni 2004 boog het Cour d'appel van Parijs zich in het kader van een vernietigingsprocedure over het verwijt dat de voorzitter van een scheidsgerecht onder auspiciën van de ‘Union professionnelle belge pour l’importation de denrées alimentaires’ niet onafhankelijk zou zijn gelet op zijn functie als administrateur van een organisatie die zich onder meer bezig hield met de import en export van pecannoten, aangezien hij collega was van de Europa-vertegenwoordiger van één van de partijen in de arbitrage.⁵³⁰ Het hof was niet overtuigd en overwoog: ‘(...) le seul critère de l’appartenance de [de arbiter, PR] au milieu professionnel du commerce de la noix de pécan ne constitue pas une circonstance objective permettant d’établir en elle-même l’absence d’indépendance du président du tribunal alors que les commerçants de cette branche d’activité *sont nécessairement en relations d'affaires*, comme vendeur ou acheteur’ (curs. PR).⁵³¹ Evenals in de in de hiervoor aangehaalde uitspraken wordt onderstreept dat het in bepaalde sectoren - in de hiervoor aangehaalde uitspraken kwamen de maritieme en grondstoffenarbitrage naar voren - ‘nécessairement’ (vrij vertaald: onvermijdelijk) is dat men als arbiter zakelijke banden onderhoudt met partijen die bij een arbitrage betrokken zijn.⁵³²

527 TGI Parijs 29 juni 1989, *Revue de l'Arbitrage* 1990, afl. 2, p. 497.

528 CA Parijs 27 juni 2002, *Revue de l'Arbitrage* 2003, afl. 2, p. 431: ‘(...) l’Association Française du Commerce du Cacao (AFCC), devenue la Fédération du Commerce du Cacao, (...)’.

529 CA Parijs 27 juni 2002, *Revue de l'Arbitrage* 2003, afl. 2, p. 431 (*société Comecim/société Theobroma*) (bron van de uitspraak: Castres Saint-Martin 2016, vn. 141 (nr. 62), nr. 92; Henry 2005, nr. 3). Vgl. Rb. Den Haag 12 februari 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:1752, r.o. 4.6: ‘(...) dat internationale arbiters zoals prof. dr. [arbiter 1] vaak al lange en uiteenlopende loopbanen achter de rug hebben en dat de internationale ICC-bouwarbitrage een relatief kleine wereld is waarbij men elkaar in verschillende hoedanigheden vaak tegenkomt en de spoeling dus dun is, waardoor niet alle denkbare wrakingsgronden vooraf moeten of kunnen worden vermeld door de aangezochte arbiters, mede met het oog op een effectief functionerende internationale arbitrale rechtspleging in de zeer specifieke context zoals die zich feitelijk tussen Bursa en Güris voordoet (...)’.

530 CA Parijs 10 juni 2004, *Revue de l'Arbitrage* 2006, afl. 1, p. 154-160 (*société Bargues Agro Industries/société Young Pecan Company*) (bron van de uitspraak: Born 2021a, vn. 1482 (p. 2027); Fadlallah & Hascher 2019, p. 167).

531 CA Parijs 10 juni 2004, *Revue de l'Arbitrage* 2006, afl. 1, p. 154-160.

532 Vgl. hetgeen het Engelse High Court overwoog in oktober 1999: ‘(...) if the arbitrators are themselves to be active traders there every likelihood that at least one member of the tribunal will at some time have had commercial dealings with one or both of the parties to the dispute’, zie: High Court 13 oktober 1999 (*Rustal Trading Ltd/Gill & Duffus SA*) (bron van de geciteerde rechtsoverweging: High Court (Commercial

Niet alleen de omstandigheid dat een arbiter en een partij een zakelijke band met elkaar onderhouden omdat de arbiter werkzaam is in en/of kennis heeft van een bepaalde sector kan onder het tweede gezichtspunt worden geschaard. Ook kan worden gedacht aan de omstandigheid dat een arbiter en een partij een zakelijke band met elkaar onderhouden omdat deze arbiter uit een staat komt met relatief weinig arbiters die beschikbaar en/of geschikt zijn om het geschil te beslechten. Ter illustratie hiervan wordt gewezen op een procedure die zich ten overstaan van het Cour d'appel van Parijs afspeelde.⁵³³ Het hof boog zich over een door de Griekse onderneming Mytilineos Holdings SA ingestelde vordering tot vernietiging van een arbitraal vonnis dat door een *ad hoc*-scheidsrecht 'd'après le règlement d'arbitrage de la CNUDCI' (afkorting van 'Commission des Nations Unies pour le droit commercial international', UNCITRAL) was gewezen. Eiseres betoogde dat de door haar benoemde Roemeense arbiter niet onafhankelijk was aangezien de arbiter diverse malen en zonder dit mede te delen, door haar wederpartij was benoemd. Het hof wees de vordering in februari 2005 af, daar het in casu 'parfaitement compréhensible' was dat een Roemeense partij koos 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'.⁵³⁴

Hierboven werd al gerefereerd aan een Franse uitspraak waarin, kort samengevat, werd overwogen dat als een partij bewust de keuze voor een bepaald arbitrage-instituut maakt dat zich op geschillenbeslechting in een bepaalde sector richt waarin de arbiters ook actief zijn en er later vragen rondom mogelijke (zakelijke) banden tussen een arbiter en de wederpartij rijzen, dit voor (risico en) rekening komt van de eerstgenoemde partij. Een vergelijkbaar oordeel is afkomstig van twee Amerikaanse gerechtshoven.⁵³⁵ Allereerst kan worden gewezen op hetgeen het Court of Appeals for

Court) 19 oktober 2005 (*A.S.M. Shipping Ltd of India/T.T.M.I. Ltd of England*), [2005] EWHC 2238 (Comm), r.o. 26, zie ook: Luttrell 2009, p. 51-52, vgl. Chatterjee 2002, p. 370-373). Vgl. Rb. 's-Gravenhage 25 februari 2009, ECLI:NL:RBSGR:2009:BJ3581 waarin door eiser (een aardappelteler) werd geprobeerd om twee arbitrale vonnissen te laten vernietigen die waren gewezen in het kader van een geschil tussen de teler en Agroplant (een handelshuis dat onder meer aardappels inkocht van telers); de arbitrageprocedure was gevoerd onder de auspiciën van het Arbitragebureau van de Nederlandse Aardappel Organisatie. Eiser stelde, kort samengevat, dat beide scheidsrechtshoven als 'branchevriendelijk voor aardappeltelers' dienden te worden gezien. Hoewel twee arbiters afkomstig waren van telersorganisaties, traden deze organisaties 'enkel' op als afnemers van aardappelen - 'en nooit als telers' - 'zodat hun (commerciële) belangen niet afweken van die van andere aardappelhandelshuizen, zoals Agroplant', aldus eiser. De rechtbank wees dit betoog op een formele grond af: eiser had het 'aanwezige gebrek aan neutraliteit van de arbitragecommissies c.q. onpartijdigheid moeten trachten op te heffen' door de arbiters te wraken (r.o. 4.6). Interessant zijn de '[t]en overvloede'-overwegingen in onder meer r.o. 4.7.

533 CA Parijs 17 februari 2005, *Revue de l'Arbitrage* 2005, afl. 3, p. 716-718 (*société Mytilineos Holdings/The Authority for Privatization and State Equity Administration*). Vgl. Henry 2005, vn. 37 (nr. 19): '(...) Cette affaire est un parfait exemple de la nécessité de révéler au moment de la désignation puis postérieurement tout au long de la procédure arbitrale, toutes circonstances susceptibles de créer un doute raisonnable sur l'indépendance et l'impartialité de l'arbitre. (...)'.
534 CA Parijs 17 februari 2005, *Revue de l'Arbitrage* 2005, afl. 3, p. 718.

535 Zie ook bijv. U.S. District Court for the Southern District of New York 8 februari 1957 (*Ilios Shipping & Trading Corp./American Anthracite & Bituminous Coal Corp.*), 148 F.Supp. 698: 'Where a party has knowledge of facts possibly indicating bias or partiality on the part of an arbitrator he cannot remain silent and later object to the award of the arbitrators on that ground'; in vergelijkbare bewoordingen: U.S. District Court for the Southern District of New York 12 augustus 1946 (*San Carlo Opera Co./Conley*), 72 F.Supp. 825. Vgl. Rb. Rotterdam 26 september 2007, ECLI:NL:RBROT:2007:BB6061, r.o. 5.6.

the Second Circuit in oktober 1970 overwoog: de omstandigheid dat een arbiter had nagelaten mededeling te doen van bepaalde 'dealings' die hij met één van de partijen onderhield, was onvoldoende om tot vernietiging van het arbitraal vonnis over te kunnen gaan.⁵³⁶ Het hof overwoog onder meer: '(...) in the present case [eiseres, PR] agreed to arbitration before a panel of arbitrators who almost necessarily would have had dealings in the ordinary course of Exchange business with any potential opposing party who is also a member of the Exchange'. Evenals het Franse gerecht legt het hof nadruk op de omstandigheid dat partijen 'have agreed to arbitration with full awareness that there will have been certain, almost necessary, dealings between a potential arbitrator and one of the opposing parties' (curs. PR). In tegenstelling tot hetgeen in de Franse uitspraak naar voren komt, overweegt het hof: '(...), when parties have agreed to arbitration with full awareness that there will have been certain, almost necessary, dealings between a potential arbitrator and one of the opposing parties, disclosure of these dealings is not required by *Commonwealth Coatings* inasmuch as the parties are deemed to have waived any objections based on these dealings'. Interessant is de pennenstreek waarmee het hof een einde maakt aan enige illusies die een partij zou kunnen hebben dat op dit punt sprake is van een mededelingsplicht van de arbiter. Ik vraag mij af of een dergelijke plicht, en in het verlengde hiervan wellicht zelfs een onderzoeksplicht, niet onder bepaalde omstandigheden de (efficiënte) arbitrageprocedure ten goede zou kunnen komen. Ter illustratie wijs ik op hetgeen een LCIA Division overwoog in augustus 2009: '(...) a proper balance between arbitrator independence and impartiality, and the characteristic of a niche market was to be resolved through the disclosure process' (curs. PR).⁵³⁷

Een andere uitspraak waarin tot het oordeel werd gekomen dat sprake was van afstand van recht is eveneens afkomstig van het Court of Appeals for the Second Circuit. De feiten die aanleiding tot deze uitspraak gaven waren, kort samengevat, als volgt. In het kader van een New York Produce Exchange-arbitrage werd graanhandelaar Cook in het ongelijk gesteld. Cook probeerde vervolgens het arbitraal vonnis van tafel te krijgen omdat sprake zou zijn van 'evident partiality'. In dit verband voerde Cook aan dat de werkgever (Cargill Inc.) van één van de vier arbiters 'substantial business dealings' met de wederpartij zou hebben, een omstandigheid die niet door de arbiter was medegedeeld.⁵³⁸ In september 1971 wees het hof de vordering af. Het hof wees eerst op de specifieke context van de onderhavige zaak. De beide partijen en Cargill waren allen 'corn dealers in an industry made up of comparatively few companies'. Daarnaast hadden beide partijen zaken met Cargill gedaan en waren 'many' werknemers van Cook voormalig werknemer van Cargill en 'knew of its dealings with the appellee'. Het hof besloot zich dan ook aan te sluiten bij het (eerdere) oordeel van het District Court for the Southern District van New York en overwoog dat Cook 'was fully aware at the time of the submission to arbitration of the relati-

536 U.S. Court of Appeals for the Second Circuit 20 oktober 1970 (*Garfield Co./Wiest*), 432 F.2d 849. Onduidelijk is waar de 'dealings' precies uit bestonden. De uitspraak ging voor een belangrijk deel over de vraag of (de rechtsregel van) U.S. Supreme Court 18 november 1968 (*Commonwealth Coatings Corp./Continental Cas. Co.*), 393 U.S. 145 kon worden toegepast.

537 LCIA Division 28 augustus 2009, nr. 81160, par. 4.20.

538 U.S. Court of Appeals for the Second Circuit 16 september 1971 (*Cook Industries, Inc./C. Itoh Co. (America) Inc.*), 449 F.2d 106.

onship between appellee and Cargill'.⁵³⁹ In het licht van de twee andere uitspraken is de toerekening van (de kennis van) het bestaan van (zakelijke) banden tussen de arbiter en één van de partijen weinig verrassend. Interessant aan de onderhavige casus is dat het hier niet gaat om de band tussen een arbiter en een partij, zoals het geval was bij de hiervoor besproken twee uitspraken, maar om de band die de werkgever van de arbiter met één van de partijen onderhield.

In het licht van het voorgaande zou men zich kunnen afvragen hoe de uitkomst van een afstand van recht zou kunnen worden gerechtvaardigd. Ik wijs op hetgeen het Amerikaanse Court of Appeals for the Second Circuit in juni 1978 overwoog: '[t]he very intimacy of the group from which specialized arbitrators are chosen suggests that the parties can justifiably be held to know at least some kinds of basic information about an arbitrator's personal and business contacts'.⁵⁴⁰ In net iets andere bewoordingen: de omstandigheid dat een partij uit een beperkte vijver met arbiters vist, geeft niet alleen het voordeel van een arbiter met bepaalde (voor)kennis, maar brengt ook met zich mee dat de partij op de hoogte geacht wordt te zijn van bepaalde banden van deze arbiter.⁵⁴¹

278. Gezichtspunt 3 - tijd

Het derde gezichtspunt ziet op het tijdsverloop tussen de verschillende (her)benoemingen. Uit (scheids)rechterlijke uitspraken komt, kort samengevat, naar voren dat de omstandigheid dat sprake is van meerdere benoemingen in het verleden kan leiden tot twijfels aan de arbitrale onafhankelijkheid en onpartijdigheid.⁵⁴² Ter illustratie kan worden gewezen op hetgeen het Cour d'appel van Parijs in januari 2004 overwoog: '(...) le caractère « systématique » de ces désignations, (...), leur fréquence et leur régularité, (...), ont créé les conditions d'un courant d'affaires (...)'.⁵⁴³ In oktober 2010 overwoog het Cour de cassation in bewoordingen met een vergelijkbare strekking: '(...) le caractère systématique de la désignation d'une personne donnée par les socié-

539 Vgl. de Dissenting Opinion van Judge Oakes waarin werd gewezen op § 8 Grain Arbitration Rules op grond waarvan partijen schriftelijk afstand konden doen van de 'disqualification' van een arbiter die 'has any financial or personal interest in the result of the arbitration'. In de ogen van de rechter leek het erop dat de betreffende arbiter 'would appear to have had a 'personal' interest under § 8 of the Grain Arbitration Rules'. De rechter stelde (zichzelf) onder meer de volgende vragen: 'How are the parties to know in advance whether to waive unless there is full disclosure? How are they to know whether there are transactions 'out of the ordinary course of business' unless pending transactions are disclosed?'.

540 U.S. Court of Appeals for the Second Circuit 7 juni 1978 (*Andros Compania Maritima/Marc Rich & Co.*), 579 F.2d 691.

541 Vgl. Cour de cassation (chambre civile 1) 19 december 2012, nr. 10-27.474 (*société Rocco Giuseppe E Figli Spa/société Agralys*) over 'un arbitrage corporatif' (bron van de uitspraak: Castres Saint-Martin 2016, vn. 141 (nr. 62)).

542 Een interessante vraag is ook wanneer deze termijn begint te lopen. Vgl. ICSID 20 mei 2011, nr. ARB/10/9 (*Universal Compression International Holdings, S.L.U. v. The Bolivarian Republic of Venezuela*), 'Decision on the Proposal to Disqualify Prof. Brigitte Stern and Prof. Guido Santiago Tawil, Arbitrators', par. 24: '(...) Claimant submits that the relevant date is not the date of appointment but the date of constitution of the tribunal, which was within the relevant three-year period.¹³ (...)'. De arbiters gingen niet op dit punt in (par. 66 e.v.).

543 CA Parijs 29 januari 2004, *Revue de l'Arbitrage* 2005, afl. 3, p. 713 (*SA Serf/société DV Construction*). De arbiter zou sinds 1994 in 51 'affaires' waarin 'le Groupe Bouygues' partij was als arbiter hebben opgetreden (id. p. 712).

tés d'un même groupe, sa fréquence et sa régularité *sur une longue période*, dans des contrats comparables, *ont créé* les conditions d'un courant d'affaires (...)' (curs. PR).⁵⁴⁴ In de uitspraken wordt de nadruk gelegd op de omstandigheid dat sprake is van herbenoemingen die gedurende een lange periode ('sur une longue durée') plaatsvonden. De vraag rijst wanneer een periode als lang kan worden gekwalificeerd. Een vergelijkbare vraag komt op na bestudering van hetgeen de Rechtbank Den Haag overwoog in februari 2014; '[h]et enkele feit dat [de arbiter, PR] in een zeer ver verleden voor een ander Bouwconsortium waarvan Güris deel uitmaakte als advocaat was opgetreden in een andere ICC-arbitrage' was onvoldoende om over te kunnen gaan tot vernietiging van een arbitraal vonnis.⁵⁴⁵ Inzicht wordt gegeven door de voorzitter van de ICSID Administrative Council (Zoellick) in mei 2011.⁵⁴⁶ De Staat Venezuela had een wrakingsverzoek ingediend dat tegen de partij-arbiter van eiseres was gericht en was gegrond op de (niet-medegedeelde) omstandigheid dat de arbiter al meer dan tien jaar een professionele relatie zou onderhouden met 'several members' van het advocatenkantoor van eiseres.⁵⁴⁷ De twee niet-gewraakte arbiters wezen het verzoek af, daar geen sprake was van een 'ongoing relationship' tussen de arbiter en het advocatenkantoor waarbij zij ook wezen op de toepasselijkheid van (par. 4.4.2 van) de 'Green List' van de IBA Guidelines 2004.⁵⁴⁸ De verwijzing van de arbiters naar de IBA Guidelines is interessant omdat in de literatuur door verschillende auteurs kritisch is gereageerd op de termijn van drie jaren die hierin naar voren komt. Zo is gesteld dat 'la limitation dans le temps des liens à révéler (3 ans) semble être trop brève, et mériterait sans doute d'être allongée de façon à gagner en transparence'.⁵⁴⁹ Een andere auteur tekende op: '[i]t is difficult to accept the IBA's logic that repeat appointments vanish after three years, no matter the number, unless the arbitrator decides otherwise'.⁵⁵⁰ Daarentegen stelde een andere auteur juist voor 'as a rule of thumb, the same arbitrator should not be nominated by the same party more than once a year'.⁵⁵¹ Het is duidelijk dat de meningen op dit punt verdeeld zijn. In lijn met de eerder aangehaalde auteurs, evenals ten aanzien van het aantal (her)benoemingen zelf (nr. 274), zou ik niet voor één vaste termijn willen pleiten. Gelet op de hierboven besproken uitspraken en de daaraan ten grondslag liggende, uiteenlopende feitenconstellaties lijkt het mij niet realistisch om

544 Cour de cassation (chambre civile 1) 20 oktober 2010, nr. 09-68.997 (*Somoclest bâtiment/DV construction*).

545 Rb. Den Haag 12 februari 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:1752, r.o. 4.8. Vgl. SCC Arbitration nr. 177/2011 waarin de SCC Board een wrakingsverzoek toewees in het kader waarvan gedaagde had aangevoerd dat 'until a few months before the filing of this Request for Arbitration' de partij-arbiter van eiser als 'counsel' had opgetreden voor eiser in 'a dispute before national courts' (bron van de informatie: Mutis Tellez 2013, p. 13).

546 ICSID 20 mei 2011, nr. ARB/10/9 (*Universal Compression International Holdings, S.L.U. v. The Bolivarian Republic of Venezuela*), 'Decision on the Proposal to Disqualify Prof. Brigitte Stern and Prof. Guido Santiago Tawil, Arbitrators'.

547 ICSID 20 mei 2011, nr. ARB/10/9, par. 48-53, m.n. par. 50.

548 ICSID 20 mei 2011, nr. ARB/10/9, par. 101.

549 'IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration 2004 French', *Revue de l'Arbitrage* 2004, afl. 4, p. 995.

550 Gómez-Acebo 2016, nr. 5.72. De auteur noemt een aantal 'capricious results' waartoe de 'IBA quantitative limits to the duty of disclosure of repeat appointments' zouden kunnen leiden (id. nr. 5.73). Vgl. id. nr. 5.74: 'Just taking into account the wide range of fees that arbitrators may receive in one case alone, there is no justification to presume that a low number of repeat appointments is, for disclosure purposes, trivial'.

551 Slaoui 2009, p. 115, onder verwijzing naar de bron.

tot één termijn te komen. Zelfs als een dergelijke termijn is bepaald, vraag ik mij af of niet juist het geheel van de omstandigheden van het geval doorslaggevend zou moeten zijn.⁵⁵² Is een arbiter die vóór de termijn is (her)benoemd wel echt ontheven van de onafhankelijkheids- en/of onpartijdigheidsverdenking?⁵⁵³ En hoe dient te worden omgegaan met (relatief) veel herbenoemingen die wel binnen de (vaste) termijn hebben plaatsgevonden?

279. Gezichtspunt 4 - de arbitrale besluitvorming

Het vierde gezichtspunt ziet op de vraag naar de (on)partijdige besluitvorming door een arbiter die verschillende keren is herbenoemd: is deze arbiter geneigd om kant te kiezen voor de benoemende partij?⁵⁵⁴ Hoewel uit empirisch onderzoek dat naar besluitvorming door 'elite arbitrators' in het kader van investeringsarbitrages is verricht, naar voren is gekomen dat niet onomstotelijk vaststaat dat deze arbiters er een bepaald beslispatroon op nahouden,⁵⁵⁵ komt het gezichtspunt wel terug in de discussie rondom de zgn. 'repeat arbitrator'.⁵⁵⁶ ICSID-arbiters hebben zich hierover verschillend uitgelaten. Allereerst kan worden gewezen op de afwijzing van een wrakingsverzoek van de Staat Argentinië door twee niet-gewraakte ICSID-arbiters in oktober 2007.⁵⁵⁷ Het wrakingsverzoek was gericht tegen de partij-arbiter van eise-

552 In gelijke zin: Rivera-Lupu & Timmins 2012, p. 118.

553 Vgl. ICSID 23 december 2010, nr. ARB/10/5 (*Tidewater Inc., Tidewater Investment SRL, Tidewater Caribe, C.A. c.s. v. The Bolivarian Republic of Venezuela*), 'Decision on Claimants' Proposal to Disqualify Professor Brigitte Stern, Arbitrator', par. 48. Vgl. Brower, Melikian & Dal 2015, p. 336.

554 Vgl. Conclusie A-G Ten Kate (ECLI:NL:PHR:1982:AG4512) bij HR 24 december 1982, ECLI:NL:HR:1982:AG4512, NJ 1984/86.

555 Vgl. Kapeliuk 2010 waarin de resultaten van een empirisch onderzoek worden gepresenteerd die zouden aantonen dat 'contrary to what one might expect, elite presiding arbitrators are less averse to extreme outcomes than party-appointed arbitrators' (p. 90). Voorts zou het onderzoek aantonen dat 'arbitration tribunals involving elite arbitrators do not have a tendency to render compromise awards' (id. p. 90 - in het artikel wordt het begrip 'compromise awards' niet gedefinieerd; wel worden de woorden 'split the difference' gebruikt). Kapeliuk heeft 131 ICSID-arbitrages geanalyseerd die in de periode tussen januari 1994 en september 2009 werden geregistreerd waarin 175 arbiters zijn benoemd waarvan 26 'elite arbitrators'; bij 105 van de 131 bekeken procedures was minstens 'one elite arbitrator' benoemd (p. 74-75). Een 'elite arbitrator' is gedefinieerd als een arbiter die minstens viermaal is (her)benoemd in de bekeken arbitrages (p. 78). Vgl. Waibel & Wu 2017, p. 18: 'None of the incentive and appointment factors seem to matter for the decision outcomes except that there exists a weak negative correlation between the past appointment as respondent arbitrators and the likelihood of affirming liability'. De auteurs hebben gebruik gemaakt van twee datasets. De eerste dataset bevatte de gegevens van 633 ICSID-zaken van 1972 tot 2016 waaronder 'all decided, discontinued, settled and pending cases' (p. 11, vgl. id. p. 12: '(...), we end up with a sample of 231 cases, in which the tribunal has issued at least a decision on jurisdiction'). De tweede set data bevatte 'an extensive list of personal characteristics of 517 arbitrators who sat in at least one ICSID arbitration' (p. 11, drie categorieën zijn onderscheiden: (i) 'Policy preferences', (ii) 'Incentives', (iii) 'Other background information'). Zie voor empirisch onderzoek dat is verricht onder zowel ICA-arbiters als ITA-arbiters waarin drie vragen werden gesteld 'designed to elucidate aspects of arbitrator collegiality and future appointments': Franck e.a. 2015a, p. 87 e.v.

556 In andere zin: U.S. Court of Appeals for the Second Circuit 7 juni 1978 (*Andros Compania Maritima/Marc Rich & Co.*), 579 F.2d 691: 'And Andros points out that in all but one of those arbitrations, the award was unanimous. We simply do not regard this as the sort of information an arbitrator would reasonably regard as creating an impression of possible bias'. Vgl. (investeringsarbitrage): Puig 2014, p. 400.

557 ICSID 22 oktober 2007, nr. ARB/03/17 (*Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. and InterAguas Servicios Integrales del Agua S.A. v. The Argentine Republic*), 'Decision on the Proposal for the Disqualification of a Member of the Arbitral Tribunal' (bron van de uitspraak: zie bijv. Cleis 2017, p. 71; Sheppard 2009, p. 154).

ressen. Argentinië baseerde haar verzoek, kort gezegd, op de omstandigheid dat de arbiter onderdeel uitmaakte van een ICSID-scheidsgerecht dat op 20 augustus 2007 arbitraal vonnis had gewezen dat in haar nadeel was uitgevallen.⁵⁵⁸ Hoewel het verzoek op een 'issue conflict' leek te zijn gericht, zijn de volgende (algemene) bewoordingen van de twee niet-gewraakte arbiters in het licht van het vierde gezichtspunt interessant: '[a] finding of an arbitrator's or a judge's lack of impartiality *requires far stronger evidence than that such arbitrator participated in a unanimous decision with two other arbitrators in a case in which a party in that case is currently a party in a case now being heard by that arbitrator or judge*' (curs. PR).⁵⁵⁹ Bewoordingen met een vergelijkbare strekking zijn afkomstig van de toenmalige Secretaris-Generaal van het ICSID (Kinneer) in november 2009.⁵⁶⁰ Zij wees een wrakingsverzoek van de Staat Gabon af dat tegen de partij-arbiter van eiseres was gericht. Gabon had het verzoek gebaseerd op grond van onder meer de omstandigheid dat de arbiter reeds eerder (in maart 2008) een arbitraal vonnis mede had gewezen in het kader van een andere ICSID-procedure waarin de staat partij was.⁵⁶¹ De Secretaris-Generaal overwoog dat 'le fait d'avoir participé à un tribunal *ayant pris position à l'égard de l'une des parties ne peut en soi établir le manque d'impartialité d'un arbitre*' (curs. PR).⁵⁶² Vrij vertaald: de enkele omstandigheid dat een arbiter reeds eerder (mede) arbitraal vonnis heeft gewezen in een zaak waarin één van de onderhavige partijen ook partij was, is onvoldoende voor het oordeel dat sprake is van arbitrale vooringenomenheid. Interessant zijn ook de woorden: '[l]e fait que cet arbitre ait agit précédemment en qualité de président ne modifie pas cette conclusion'.⁵⁶³ Vrij vertaald: een andere hoedanigheid van de arbiter wijzigt deze conclusie niet. De omstandigheid dat sprake moet zijn van overtuigend bewijs dat aanleiding geeft tot vermoedens van daadwerkelijke vooringenomenheid komt ook naar voren in een beslissing uit december 2010.⁵⁶⁴ Met deze beslissing werd een wrakingsverzoek, dat tegen de partij-arbiter van de Staat Venezuela was gericht, door twee niet-gewraakte

558 ICSID 22 oktober 2007, nr. ARB/03/17, par. 12, vgl. par. 34.

559 ICSID 22 oktober 2007, nr. ARB/03/17, par. 36. Vgl. U.S. District Court for the Southern District of Ohio 9 juni 1981 (*Fertilizer Corp. of India/IDI Management, Inc.*), 517 F. Supp. 948 waarin het gerecht weigerde de tenuitvoerlegging van een arbitraal vonnis tegen te houden op grond van (onder meer) strijd met de openbare orde ex artikel V lid 2 sub b Verdrag van New York 1958 nu de partij-arbiter van FCI 'in at least two other legal or arbitral proceedings' voor FCI als 'counsel' had opgetreden en over welke omstandigheid geen mededeling was gedaan. Het gerecht overwoog onder meer dat, gelet op 'the unanimity' van het arbitraal vonnis, er niets was 'to suggest actual bias or prejudice' aan de zijde van de arbiter. Hoewel het gerecht aangaf dat 'full disclosure of any possible interest or bias is the better rule whenever one is in a position to determine the rights of others', overwoog het ook: '(...), we do not find that nondisclosure of Mr. Sen's relationship with FCI has so tainted the proceedings as to nullify the award' (bron van de uitspraak: Born 2021b, vn. 156 (p. 478)).

560 ICSID 12 november 2009, nr. ARB/08/17 (*Participaciones Inversiones Portuarias SARL v. Gabonese Republic*), 'Decision on the Proposal to Disqualify an Arbitrator' (bron van de uitspraak: zie o.a. Born 2021a, vn. 1449 (p. 2022); Cleis 2017, p. 65; Castres Saint-Martin 2016, nr. 113; Kim 2014, p. 626-627; Ziadé 2012, p. 318-319; Hwang & Lim 2011, nr. 46). Meer specifiek: de arbiter had in de procedure als voorzitter opgetreden; het scheidsgerecht had ten nadele van Gabon arbitraal vonnis gewezen op 7 maart 2008; het scheidsgerecht in de onderhavige procedure was opgericht op 9 juni 2009.

561 ICSID 12 november 2009, nr. ARB/08/17, par. 15.

562 ICSID 12 november 2009, nr. ARB/08/17, par. 30.

563 ICSID 12 november 2009, nr. ARB/08/17, par. 30.

564 ICSID 23 december 2010, nr. ARB/10/5 (*Tidewater Inc., Tidewater Investment SRL, Tidewater Caribe, C.A. c.s. v. The Bolivarian Republic of Venezuela*), 'Decision on Claimants' Proposal to Disqualify Professor Brigitte

ICSID-arbiters terzijde geschoven. Eiseres had haar verzoek gebaseerd op grond van onder meer de (niet-medegedeelde) omstandigheid dat de arbiter viermaal door 'Venezuela's Attorney General' was benoemd en driemaal door hetzelfde advocatenkantoor.⁵⁶⁵ De twee arbiters onderstreepten dat zij 'no basis' vonden 'to infer that Professor Stern would be influenced in her decision in any way by the fact of such multiple appointments by one party'.⁵⁶⁶ Zelfs wanneer een combinatie van omstandigheden naar voren wordt gebracht die aanleiding zou moeten geven tot het oordeel dat sprake is van arbitrale vooringenomenheid is de bewijslast zwaar. Zo wezen in februari 2008 twee niet-gewraakte ICSID-arbiters een wrakingsverzoek af dat tegen de partij-arbiter van de Staat Hongarije was gericht.⁵⁶⁷ Eiseres had het verzoek gebaseerd op een 'combination' van omstandigheden: zij wees op de omstandigheid dat de arbiter door Hongarije in een parallelle ICSID-procedure was benoemd, dat Hongarije in beide procedures door hetzelfde advocatenkantoor werd vertegenwoordigd, en dat de beide procedure op dezelfde dag waren geregistreerd, en 'will likely run more or less in parallel'.⁵⁶⁸ De twee niet-gewraakte arbiters waren niet overtuigd: de 'combination' van de omstandigheden 'do not impugn the independent judgment to be exercised' door de arbiter.⁵⁶⁹

Daarnaast komt naar voren dat de arbitrale vooringenomenheid betrekking dient te hebben op dezelfde inhoudelijke en/of feitelijke (geschil)punten. Ter illustratie kan worden gewezen op de afwijzing door de voorzitter van de ICSID Administrative Council (Yong Kim) in december 2013 van een wrakingsverzoek van de Staat Argentinië dat tegen de voorzitter van het scheidsgerecht was gericht.⁵⁷⁰ Argentinië had het verzoek gebaseerd op grond van onder meer de omstandigheid dat de arbiter ook in een andere ICSID-arbitrage tegen Argentinië was benoemd.⁵⁷¹ De voorzitter van de ICSID Administrative Council overwoog onder meer dat in de andere procedure andere feiten en een ander juridisch kader een rol speelden en dat deze procedure al in 2009 was geëindigd zonder dat het scheidsgerecht een inhoudelijk oordeel had gegeven: '[n]o existe ninguna base para considerar que la participación' van de arbiter in de andere ICSID-arbitrage 'conduce a una carencia manifiesta de imparcialidad en este caso' (curs. PR).⁵⁷²

Stern, Arbitrator' (bron van de uitspraak: Cleis 2017, p. 65-67; Daele 2012, nrs. 6.158-6.159; Allen & Mallett 2011, vn. 38 (p. 136-137)).

565 ICSID 23 december 2010, nr. ARB/10/5, par. 14, vgl. par. 30, vgl. par. 49.

566 ICSID 23 december 2010, nr. ARB/10/5, par. 64. Id. par. 64: '(...) On the contrary, her conduct has been demonstrably independent of such influence. (...)'.
 567 ICSID 25 februari 2008, nr. ARB/07/19 (*Electrabel S.A. v. Republic of Hungary*), 'Decision on the Claimant's Proposal to Disqualify a Member of the Tribunal' (bron van de uitspraak: zie bijv. Cleis 2017, p. 64-65; Sheppard 2009, p. 154).

568 ICSID 25 februari 2008, nr. ARB/07/19, par. 38 jo. par. 37. Vgl. id. par. 37: de niet genoemde (vier) omstandigheden (sub c t/m sub f) zien op een mogelijk *issue conflict* (zie par. 6.5).
 569 ICSID 25 februari 2008, nr. ARB/07/19, par. 39. Vgl. id. par. 40 voor omstandigheid sub c ('similar factual circumstances').

570 ICSID 13 december 2013, nr. ARB/12/38 (*Repsol, S.A. and Repsol Butano, S.A. v. The Argentine Republic*), 'Decision on the Proposal for Disqualification of Francisco Orrego Vicuña and Claus von Wobeser' (bron van de uitspraak en (een gedeelte van de) informatie: Cleis 2017, p. 68-70; Vasani & Palmer 2015, p. 208-209).

571 ICSID 13 december 2013, nr. ARB/12/38, par. 82.

572 ICSID 13 december 2013, nr. ARB/12/38, par. 83. In par. 84-86 gaat de voorzitter in op de twee andere aangevoerde wrakingsgronden.

In het kader van handelsarbitrage kan, tot slot, worden gewezen op een beslissing van een LCIA Division.⁵⁷³ Naar aanleiding van een geschil dat 'out of a distribution agreement and a manufacturing agreement' was gerezen, begon eiser een LCIA-arbitrage in het kader waarvan iedere partij een arbiter benoemde.⁵⁷⁴ Eiser kon zich niet vinden in de arbiter van gedaagde en diende een wrakingsverzoek in. In dit verband verwees eiser onder meer naar (par. 3.1.3 en 3.1.5 van) de IBA Guidelines 2004, aangezien de partij-arbiter van gedaagde in drie arbitrages door gedaagde zou zijn benoemd. Eiser wees onder meer op 'the close proximity in time in which all three references will be heard' en gaf aan bezorgd te zijn dat 'consciously or sub-consciously, [the Respondent's appointed arbitrator]'s ability to evaluate afresh the evidence and submissions on law he is to hear in the [present arbitration] will be hampered by his appointment to the earliest two disputes'.⁵⁷⁵ De betreffende divisie wees het verzoek af. Zij overwoog dat een 'concern about the knowledge derived by that arbitrator from participation in previous cases' geen 'automatic reason for disqualifying an arbitrator' was.⁵⁷⁶ Wel liet zij enige ruimte open door te overwegen dat het oordeel anders kon uitvallen indien sprake was van andere omstandigheden die erop wezen dat 'the knowledge could be used to an unfair advantage of a party'.⁵⁷⁷ Deze beslissing is in lijn met hetgeen in de hiervoor besproken ICSID-beslissingen naar voren kwam: de enkele omstandigheid dat een arbiter eerder was betrokken bij een arbitrage waarin één van de partijen ook partij was, is onvoldoende voor het oordeel dat sprake is van arbitrale vooringenomenheid. Ik sta achter dit uitgangspunt daar mijns inziens, evenals in het kader van het derde gezichtspunt is bepleit (nr. 278), (meer) gewicht zou moeten toekomen aan de omstandigheden van het geval.

280. Uitbreiding van de disclosure-verplichting?

De hiervoor besproken vier gezichtspunten spelen een rol in het kader van hetgeen men kan aanduiden als *ex post*-beoordeling: nadat een arbiter is herbenoemd, wordt tegen deze arbiter bezwaar gemaakt. Dit kan door middel van het indienen van een wrakingsverzoek, het na afloop van de arbitrage vorderen van vernietiging van het arbitraal vonnis, of tijdens een erkennings- en/of tenuitvoerleggingsprocedure tegen de (her)benoeming opkomen. Zou het vanuit het oogpunt van efficiëntie niet de voorkeur verdienen om de herbenoeming als - al dan niet verplicht⁵⁷⁸ - onderdeel op te nemen in het kader van de disclosure-verplichting?

In de literatuur is wisselend gereageerd op een dergelijke uitbreiding van de disclosure-verplichting.⁵⁷⁹ In enkele (scheids)rechterlijke uitspraken komt in algemene

⁵⁷³ LCIA Division 28 oktober 2010, nr. UN101693.

⁵⁷⁴ LCIA Division 28 oktober 2010, nr. UN101693, par. 1.1-1.3.

⁵⁷⁵ LCIA Division 28 oktober 2010, nr. UN10169, par. 1.3, 17 en 20.

⁵⁷⁶ LCIA Division 28 oktober 2010, nr. UN101693, par. 25.

⁵⁷⁷ LCIA Division 28 oktober 2010, nr. UN101693, par. 25. Vgl. OLG Frankfurt am Main 28 maart 2011, nr. 26 Sch 02/11, r.o. II (bron van de uitspraak: Froitzheim 2016, vn. 1136 (nr. 545); vindplaats van de uitspraak: DIS Datenbank).

⁵⁷⁸ Vgl. IBA Guidelines 2014, Introduction, par. 1: '(...) Disclosure of any relationship, no matter how minor or serious, may lead to unwarranted or frivolous challenges. (...)'.
⁵⁷⁹ Zie bijv. Gómez-Acebo 2016, nrs. 5.60, 5.61, 5.75; Khambata 2015, p. 630-631; Allen & Mallet 2011, p. 136-137; Slaoui 2009, p. 108-109, p. 119; Henry 2005, nr. 9; Clay 2004, p. 995. Vgl. Kuo 2011, p. 264. In andere

bewoordingen naar voren dat een herbenoeming bij voorkeur op tafel komt voorafgaande aan de inhoudelijke behandeling. De (scheids)gerechten lijken niet zover te willen gaan dat arbiters een mededelingsplicht op dit punt wordt opgelegd. Zo overwoog het High Court in maart 2017: '[c]learly this is an issue often addressed, in the first stage at least, through disclosure to the parties, leaving them to make their own challenge, as information to be provided to an appointing institution (...)'.⁵⁸⁰ Een LCIA Division overwoog in augustus 2009: '(...) a proper balance between arbitrator independence and impartiality, and the characteristic of a niche market was to be resolved through the disclosure process'.⁵⁸¹ Het ICC Court lijkt daarentegen een strikt(er) beleid te voeren. Zo komt in de literatuur naar voren dat het ICC Court 'has ordinarily expected such prior appointments to be disclosed, (...)'.⁵⁸² Meer specifiek zou het ICC Court de benoeming van een door eiser voorgedragen arbiter hebben geweigerd nadat de arbiter een 'unqualified Statement of Independence' had ingediend waarin informatie ontbrak over het feit dat hij in drie gerelateerde ICC-arbitrages door dezelfde partij was benoemd die door dezelfde advocaat werd bijgestaan, en had geweigerd om hierover alsnog een mededeling te doen.⁵⁸³

281. De inhoud en reikwijdte van de disclosure-verplichting

Vanuit het oogpunt van efficiëntie van de arbitrage zou uitbreiding van de disclosure-verplichting met de factor van de herbenoeming op het eerste oog niet verkeerd zijn. Met een enkele uitbreiding is men er echter nog niet. Een belangrijke vraag is hoe uitgebreid de mededeling van een arbiter over zijn benoemingsverleden dient te zijn. Verschillende (scheids)rechters hebben zich over deze vraag uitgelaten. Zo kwam het Cour de cassation in oktober 2010 tot het oordeel dat een algemene mededeling in onderhavig verband niet voldoende was: de arbiter was gehouden 'de révéler l'intégralité de cette situation à l'autre partie à l'effet de la mettre en mesure d'exercer son droit de récusation (...)'.⁵⁸⁴ In september 1992 vernietigde

zin: De Vietri & Dharmananda 2011 waarin wordt betoogd dat '[s]trict mandatory regulations concerning disclosure or disqualification of repeat arbitrators' ten koste zullen gaan van andere 'core values' als partijautonomie en expertise (p. 195).

580 High Court (Commercial Court) 30 maart 2017 (*Aldcroft/The International Cotton Association Ltd*), [2017] EWHC 642 (Comm), r.o. 104. Vgl. ook de schaduwzijden waar het gerecht in r.o. 105 op wijst.

581 LCIA Division 28 augustus 2009, nr. 81160, par. 4.20. Vgl. Court of Appeal (Civil Division) 19 april 2018 (*Halliburton Company/Chubb Bermuda Insurance Ltd c.s.*), [2018] EWCA Civ 817 waarin het niet-mededelen van andere benoemingen de arbiter (voorzitter van het scheidsgerecht) niet werd aangerekend, hoewel 'disclosure ought, as a matter of law, to have been made' (r.o. 91). Het hof kwam - onder meer na een afweging van vijf factoren (r.o. 96) - tot het oordeel dat 'the fair-minded and informed observer, having considered the facts, would not conclude that there was a real possibility that M was biased' (r.o. 100). Vgl. id. r.o. 94: 'We conclude that M ought as a matter of good practice and, in the circumstances of this case, as a matter of law to have made disclosure to Halliburton at the time of his appointments in references 2 and 3'. Zie ook: Supreme Court 27 november 2020 (*Halliburton Company/Chubb Bermuda Insurance Ltd*), [2020] UKSC 48, r.o. 149-150.

582 Derains & Schwartz 2005, p. 129.

583 ICC Court, Case 1 (i - Unqualified Statement of Independence with no objection) (bron van de informatie: Whitesell 2007, p. 20).

584 Cour de cassation (chambre civile 1) 20 oktober 2010, nr. 09-68.997 (*Somoclest bâtiment/DV construction*). Vgl. Cour de cassation (chambre civile 2) 6 december 2001, nr. 00-10.711 (*Frémarc/ITM Entreprises*) en na verwijzing: CA Parijs 2 april 2003, *Revue de l'Arbitrage* 2003, afl. 4, p. 1231-1236 (*Frémarc/ITM Entreprises*); Henry 2005, nr. 5: '(...) la Cour d'appel de Paris a donc bien semblé marquer une évolution pour apprécier

het Amerikaanse Court of Appeal, Second District, Division 3 een arbitraal vonnis op grond van de omstandigheid dat de 'neutral arbitrator' van het driedelige *ad hoc*-scheidsgerecht niet had medegedeeld dat hij in vijf eerdere arbitrages door dezelfde partij was benoemd. Het hof overwoog dat zijn relatie met deze partij 'a substantial business relationship' was die had moeten worden medegedeeld.⁵⁸⁵ Deze gerechten verlangen aldus volledige opening van zaken. Daarentegen rekende het Cour d'appel van Besançon in oktober 2015 het een arbiter niet aan dat hij geen mededeling had gedaan van de omstandigheid dat hij drie keer was benoemd 'dans des litiges intéressant une même partie'.⁵⁸⁶ Het hof overwoog dat 'ces trois interventions, dont deux n'ont d'ailleurs pas été menées à leur terme, n'étaient pas susceptibles de constituer un élément d'information majeure qui aurait pu raisonnablement mettre en doute la croyance de la Sarl CDRI en une indépendance totale de l'arbitre désigné' (curs. PR).⁵⁸⁷ Mijns inziens enigszins opmerkelijk is de(ze) *ex post*-beoordeling door het hof: aangezien de niet-medegedeelde omstandigheid niet interessant (genoeg) werd bevonden omdat hierdoor niet aan de onafhankelijkheid van de arbiter zou kunnen worden getwijfeld, werd met terugwerkende kracht geoordeeld dat de arbiter hierover ook geen mededeling had hoeven doen. Los van het feit dat de redenering mij wat gekunsteld overkomt, vraag ik mij af of arbiters, en ook partijen, niet voorafgaande aan de arbitrage gebaat zijn met informatie over de omvang en reikwijdte van de disclosure-verplichting.

In het verlengde hiervan is niet alleen onduidelijk of een arbiter mededeling over zijn herbenoeming(en) moet doen, ook is niet duidelijk welke informatie precies dient te worden verstrekt. Dient een arbiter ook mededeling te doen tot welk (inhoudelijk) oordeel hij eerder is gekomen?⁵⁸⁸ In de literatuur is voorgesteld om paragraaf 3.3.7 van de IBA Guidelines 2004 als volgt te wijzigen: 'the arbitrator has been appointed on two or more occasions ... unless the award or awards,

dorénavant la désignation répétée d'un même arbitre par une partie comme un fait objectif susceptible à lui seul de préjudicier à l'indépendance de l'arbitre. (...)'. Vgl. U.S. Court of Appeal of California, Second District, Division Three 30 april 2001 (*Michael/Aetna Life & Casualty Insurance Co.*), 88 Cal. App. 4th 925 waarin het hof, kort samengevat, tot het oordeel kwam dat de omstandigheid dat een 'appraiser' die diensten verrichtte voor de benoemende partij in 'only two prior cases', die eveneens waren geëindigd voordat de onderhavige procedure begon, geen mededeling door de arbiter behoeft (bron van de uitspraak: Born 2021a, vn. 1436 (p. 2019)).

585 U.S. Court of Appeal of California, Second District, Division Three 22 september 1992 (*Neaman/Kaiser Foundation Hospital*), 9 Cal. App. 4th 1170 (bron van de uitspraak: zie o.a. Born 2021a, vn. 1438 (p. 2019); Koh 2017, vn. 13 (p. 715); De Vietri & Dharmananda 2011, p. 191-192). Onder 'substantial' werd verstaan: '(...) Drummond stated 30 percent of his professional time since his retirement from the bench had been spent as an arbitrator in Kaiser matters; 65 percent of that time was spent as a claimant's party arbitrator, 30 percent as the neutral arbitrator, and 5 percent (about 5 cases) as Kaiser's arbitrator'. Het 'trial court' was tot een ander oordeel gekomen.

586 CA Besançon 13 oktober 2015, nr. 14/01431 (bron van de uitspraak: El Chazli 2020, nr. 168; bron van de geciteerde woorden: T. Clay, 'Arbitrage et modes alternatifs de règlement des litiges (1)', *Recueil Dalloz* 2015, p. 2588; vindplaats van de uitspraak: via dallos.fr).

587 CA Besançon 13 oktober 2015, nr. 14/01431. Het hof overwoog eveneens: '(...) il n'est pas établi en l'espèce que M. D. d'Auerstaedt se serait trouvé, par des désignations récurrentes et massives, sous la dépendance économique et financière du groupe Bouygues'.

588 Vgl. Mullerat 2012, p. 86-87. Vgl. Standard 7 (d) Ethics Standards for Neutral Arbitrators in Contractual Arbitration, California Rules of Court, 1 januari 2022 waarin een disclosure-verplichting is neergelegd op grond waarvan een arbiter onder bepaalde omstandigheden mededeling dient te doen van '[t]he results of each prior case arbitrated to conclusion, including the date of the arbitration award, identification of the prevailing party, the amount of monetary damages awarded, if any, and the names of the parties' attorneys'. In kritische zin: Gómez-Acebo 2016, nr. 5.64.

which have been previously rendered by the arbitration have been adverse in the majority or all occasions to the interests of the appointing party'.⁵⁸⁹ Vanuit het oogpunt van (de) vertrouwelijkheid vind ik een dergelijk voorstel niet gelukkig: niet alleen zal de arbiter de – al dan niet uitdrukkelijk afgesproken – vertrouwelijkheid moeten verbreken, ook een derde partij kan onaangenaam worden verrast wanneer op deze wijze de uitkomst van zijn arbitrage bekend wordt.⁵⁹⁰ Overigens kwam hierboven, in het kader van de bespreking van het vierde gezichtspunt (nr. 279), naar voren dat de enkele omstandigheid dat een arbiter in arbitrages heeft opgetreden waarin één van de onderhavige partijen ook partij was, onvoldoende was voor het oordeel dat sprake is van arbitrale vooringenomenheid. In dit licht zou men zich eveneens kunnen afvragen hoe zinvol het verplicht verstrekken van dergelijke informatie is.

282. Een onderzoeksplicht voor arbiters?

In het verlengde van een mededelingsplicht zou men zich eveneens kunnen afvragen in hoeverre arbiters in onderhavig verband een onderzoeksplicht zou kunnen worden opgelegd.

Interessant is hetgeen naar voren komt in een beslissing die afkomstig is van twee niet-gewraakte ICSID-arbiters uit mei 2008 (vgl. nr. 228).⁵⁹¹ De feiten waren, kort samengevat, als volgt. De Staat Argentinië probeerde de partij-arbiter van eiseressen te wraken op grond van onder meer de omstandigheid dat de arbiter tijdens de arbitrage voor een termijn van drie jaar, was benoemd tot 'Director' van het bestuur van de (Zwitserse) investeringsbank UBS terwijl UBS aandeelhoudster in de onderneming van twee van de drie eiseressen (Suez en Vivendi) was.⁵⁹² De arbiter had onder meer aangegeven niet op de hoogte te zijn van de omstandigheid dat UBS aandeelhoudster was.⁵⁹³ De twee niet-gewraakte arbiters vroegen zich af of de arbiter desalniettemin een mededelingsplicht had. Hun antwoord hierop was 'plainly 'no''.⁵⁹⁴ Wel twijfelden zij of sprake zou (kunnen) zijn van enigerlei onderzoeksplicht.⁵⁹⁵ Zij overwogen dat, daar de ICSID Arbitration Rules de arbiter op dit punt geen specifieke onderzoeksplicht oplegden noch 'standards as to the extent and nature of such investigation' voorschreven, waarbij van belang was dat een arbiter ook geen redenen had om aan te nemen dat 'a possible compromising situation' bestond, het niet redelijk zou zijn om van een disclosure-verplichting uit te gaan.⁵⁹⁶ Zij legden de nadruk op de volgende omstandigheden. De arbiter had, als onderdeel van de

⁵⁸⁹ Mullerat 2012, p. 87. Vgl. IBA Guidelines 2014, par. 3.3.8.

⁵⁹⁰ Henry 2005, nrs. 14 en 18. Vgl. ASIL/ICCA Report 2016, par. 55: '(...) The fact that an arbitrator is required to know and disclose this information may put undue pressure on arbitrators and counsel to engage in a substantive "interview" concerning the issues in a case. (...)'.
⁵⁹¹ ICSID 12 mei 2008, nr. ARB/03/17 (*Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. and InterAguas Servicios Integrales del Agua S.A. v. The Argentine Republic*), 'Decision on a Second Proposal for the Disqualification of a Member of the Arbitral Tribunal'.

⁵⁹² ICSID 12 mei 2008, nr. ARB/03/17, par. 11-12.
⁵⁹³ ICSID 12 mei 2008, nr. ARB/03/17, par. 14, 46.
⁵⁹⁴ ICSID 12 mei 2008, nr. ARB/03/17, par. 46.
⁵⁹⁵ ICSID 12 mei 2008, nr. ARB/03/17, par. 46.
⁵⁹⁶ ICSID 12 mei 2008, nr. ARB/03/17, par. 47.

procedure om te bekijken of zij een 'potentially independent director' zou zijn, UBS geïnformeerd over alle arbitrages waarbij zij op dat moment was betrokken. UBS had deze informatie beoordeeld en de arbiter laten weten dat haar betrokkenheid 'presented a problem' in slechts één arbitrage, waarna zij zich uit deze arbitrage terugtrok.⁵⁹⁷ De arbiters benadrukten dat UBS een 'strong incentive' had om de onafhankelijkheid van de arbiter vast te stellen gelet op mogelijke 'legal and regulatory difficulties' in de toekomst. Het was dan ook redelijk om af te gaan op het onderzoek van UBS waaruit naar voren was gekomen dat 'no conflict existed' tussen de arbiter en partijen in één van haar arbitrages 'as a result of becoming a UBS director'.⁵⁹⁸ De arbiters geloofden niet dat op de arbiter een verdergaande onderzoeksplicht rustte en gaven aan volledig achter haar te staan. Sterker nog, mocht al sprake zijn van een dergelijke plicht, dan was niet-nakoming hiervan 'the result of an honest exercise of judgment and was not part of a pattern of circumstances raising doubts about impartiality', aldus de arbiters.⁵⁹⁹ Mijns inziens opvallend is het vertrouwen dat de arbiters hebben in het onderzoek dat door de benoemende partij zelf is verricht. Anders gezegd, het belang dat de benoemende partij bij een onafhankelijke arbiter had, legde voldoende gewicht in de schaal om in casu geen onderzoeksplicht voor de arbiter aan te nemen. Niet alleen vraag ik mij af of het gelukkig is om op deze wijze aan een (eigen) verantwoordelijkheid van de arbiter in dit verband voorbij te gaan, ook roept de argumentatie de vraag op of dit oordeel anders uitvalt op het moment dat sprake is van een minder groot belang van de benoemende partij.

283. Een onderzoeksplicht voor partijen?

In de hiervoor besproken ICSID-uitspraak raakt men - zij het indirect - aan een onderzoeksplicht voor de benoemende partij. Het roept de vraag op wat voor verantwoordelijkheid op de schouders van partijen rust dan wel kan komen te rusten op het moment dat geen mededeling over een herbenoeming is gedaan.

597 ICSID 12 mei 2008, nr. ARB/03/17, par. 47.

598 ICSID 12 mei 2008, nr. ARB/03/17, par. 48.

599 ICSID 12 mei 2008, nr. ARB/03/17, par. 48. Vgl. U.S. Court of Appeals for the District of Columbia Circuit 3 juli 2018 (*Republic of Argentina/AWG Group Ltd.*), nr. 16-7134: 'Because UBS's interests in Suez and Vivendi were trivial, and therefore Kaufmann-Kohler's interests in these parties were insignificant, they could not have created evident partiality, and there is no basis for vacating the panel's award under Sect. 10(a)(2)'. Tijdens de door Argentinië geëntameerde vernietigingsprocedure werd geprobeerd om het eindvonnis te laten vernietigen op onder meer de vernietigingsgrond 'that the Tribunal was not properly constituted' (art. 52 lid 1 aanhef en sub a ICSID Convention), zie: ICSID 10 augustus 2010, nr. ARB/97/3 (*Compañía de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal S.A. v. The Argentine Republic*), 'Decision on the Argentine Republic's Request for Annulment of the Award rendered on 20 August 2007'. Hoewel het *ad hoc* comité laat zien zich bewust te zijn van de commotie die naar aanleiding van het eerder gegeven oordeel van het wrakingscomité was ontstaan (par. 230), ving Argentinië opnieuw bot: het comité overwoog onder meer dat 'the relationship between UBS and the Claimants had no material effect on the final decision of the Tribunal' (par. 235), en 'the fact remains, however, that despite most serious shortcomings, Professor Kaufmann-Kohler's exercise of independent judgment under Article 14 of the ICSID Convention was in the circumstances not impaired' (par. 238). Interessant is de nadruk die het *ad hoc* comité op de onderzoeksplicht van de arbiter legt: 'Any arbitrator who still seeks to combine both functions must therefore make a special effort that the conflicts that may so arise are managed properly and handled with the greatest care.'⁶³ (par. 221).

Interessant is een wrakingsbeslissing van twee niet-gewraakte ICSID-arbiters uit december 2010.⁶⁰⁰ Ten aanzien van de 'disclosure-statement' werd overwogen dat een dergelijke verklaring 'ought to include even publicly available arbitral appointments, in the case of ICSID appointments'; 'in the case of ICSID appointments, this must be out of an abundance of caution, given the ready accessibility of this information in the records of the very Centre with which the parties are dealing', aldus de twee niet-gewraakte arbiters.⁶⁰¹ In het verlengde hiervan overwogen zij: '(...) the fact that this information is publicly available can and should be taken into account by them in determining the separate question of whether that non-disclosure may itself amount to a manifest lack of independence or impartiality' (curs. PR).⁶⁰² Het feit dat informatie over de herbenoeming(en) publiekelijk toegankelijk is, kan dus een rol spelen bij de beantwoording van de vraag of het feit dat geen mededeling is gedaan aanleiding geeft tot het oordeel dat aan de arbitrale onafhankelijkheid en onpartijdigheid kan worden getwijfeld.⁶⁰³

Ook in een andere ICSID-beslissing uit december 2013 werd de nadruk gelegd op de omstandigheid dat informatie over de herbenoemingen publiek toegankelijk was.⁶⁰⁴ In casu wees de voorzitter van de ICSID Administrative Council (Yong Kim) een wrakingsverzoek af dat afkomstig was van de Staat Ecuador en tegen de partij-arbiter van eiseres was gericht. Ecuador had haar verzoek gebaseerd onder meer op de (niet-medegedeelde) omstandigheid dat de arbiter tussen 2007 en 2013 in acht ICSID-arbitrages door hetzelfde advocatenkantoor was benoemd.⁶⁰⁵ De voorzitter ging op formele gronden aan het verzoek voorbij: '[t]here is no doubt that all relevant information concerning the Repsol, Ampal and Rusoro cases was publicly available on the ICSID website before, or by, March 7, 2013'.⁶⁰⁶ Ecuador beschikte dan ook over 'sufficient information' om haar wrakingsverzoek 'well before' in te dienen.⁶⁰⁷

600 ICSID 23 december 2010, nr. ARB/10/5 (*Tidewater Inc., Tidewater Investment SRL, Tidewater Caribe, C.A. c.s. v. The Bolivarian Republic of Venezuela*), 'Decision on Claimants' Proposal to Disqualify Professor Brigitte Stern, Arbitrator'.

601 ICSID 23 december 2010, nr. ARB/10/5, par. 54.

602 ICSID 23 december 2010, nr. ARB/10/5, par. 54. Vgl. ICSID 20 mei 2011, nr. ARB/10/9 (*Universal Compression International Holdings, S.L.U. v. The Bolivarian Republic of Venezuela*), 'Decision on the Proposal to Disqualify Prof. Brigitte Stern and Prof. Guido Santiago Tawil, Arbitrators', par. 92, onder verwijzing naar ICSID 23 december 2010, nr. ARB/10/5.

603 Interessant is dat het Cour d'appel van Parijs in de *Frémarc*-zaak (na verwijzing) een deskundige liet benoemen om na te gaan om hoeveel benoemingen het nu feitelijk ging, zie: CA Parijs 2 april 2003, *Revue de l'Arbitrage* 2003, afl. 4, p. 1236 (*Frémarc/ITM Entreprises*). Vgl. CA Parijs 16 mei 2002, *Revue de l'Arbitrage* 2003, afl. 4, p. 1231-1240 (*STPIF/SB Ballestrero*). Zie ook: Gaillard 2003, p. 1245.

604 ICSID 13 december 2013, nr. ARB/08/5 (*Burlington Resources Inc. v. Republic of Ecuador*), 'Decision on the Proposal for Disqualification of Professor Francisco Orrego Vicuña' (bron van de uitspraak: Cleis 2017, p. 70).

605 ICSID 13 december 2013, par. 21. In een andere procedure was al eerder geprobeerd om deze arbiter te wraken 'because of his repeat appointments by Freshfields'; dit verzoek werd verworpen in juni 2013, zie: ICSID 14 juni 2013, nr. ARB(AF)/12/5 (*Rusoro Mining Ltd. v. The Bolivarian Republic of Venezuela*), 'Challenge to Arbitrator Francisco Orrego Vicuña' (niet gepubliceerd) (bron van de uitspraak en de (minimale) informatie: Cleis 2017, p. 72). Vgl. een ander wrakingsverzoek dat tegen deze arbiter was gericht maar dan in het kader van een mogelijk *issue conflict*: ICSID 13 december 2013, nr. ARB/12/38 (*Repsol, S.A. and Repsol Butano, S.A. v. The Argentine Republic*), 'Decision on the Proposal for Disqualification of Francisco Orrego Vicuña and Claus von Wobeser'.

606 ICSID 13 december 2013, nr. ARB/08/5, par. 74.

607 ICSID 13 december 2013, nr. ARB/08/5, par. 75. Vgl. id. par. 73: 'As the ICSID Convention and Rules do not specify a number of days within which a proposal for disqualification must be filed, the timeliness of a

In tegenstelling tot de hiervoor besproken uitspraak komt het feit dat informatie over de herbenoemingen publiek toegankelijk was in dit geval voor rekening van Ecuador.⁶⁰⁸ Hoe interessant de hier besproken ICSID-uitspraken ook zijn, de kans dat een scheidsgerecht in het kader van een handelsarbitrage tot een vergelijkbaar oordeel komt, lijkt vanuit het oogpunt van (de) vertrouwelijkheid klein (vgl. nr. 281).⁶⁰⁹

6.4.4 Deelconclusie

284. Overzicht van bevindingen

In deze paragraaf stond de vraag centraal of, en zo ja in hoeverre, de herbenoeming van een arbiter aanleiding kan geven tot twijfels aan de arbitrale onafhankelijkheid en/of onpartijdigheid.

Allereerst is stilgestaan bij de terminologie: wanneer is nu sprake van een herbenoeming? Een eenduidig antwoord op deze vraag is niet eenvoudig, aangezien de invulling van de term sterk afhankelijk is van de omstandigheden van het geval. Wel zijn drie niveaus onderscheiden die behulpzaam kunnen zijn bij de beantwoording van deze vraag: i) het scheidsrechterlijk niveau, ii) het niveau van de arbiter, en iii) het partij-niveau.

Vervolgens is gekeken naar het verband tussen de factor en de onafhankelijkheid en onpartijdigheid van arbiters. Verschillende argumenten zijn naar voren gebracht die pleiten voor de stelling dat sprake is van een dergelijk verband. Zo kan worden betoogd dat een (her)benoeming een bepaald financieel belang voor de arbiter vertegenwoordigt, hetgeen kan leiden tot een zekere loyaliteit ten opzichte van de benoemende partij. Daarnaast zou ook de reputatie van een (al dan niet) herbenoemde arbiter een rol kunnen spelen in het kader van de (onpartijdige) besluitvorming. Ook zou een herbenoeming kunnen leiden tot een tunnelvisie en/of kennisvoorsprong ten opzichte van de mede-arbiters en/of partijen. Toch lijken (scheids)gerechten terughoudend te zijn met het aannemen van een dergelijk verband. Interessant is de link die in dit verband is gelegd met de vrijheid van partijen om een 'eigen' arbiter te

proposal must be determined on a case by case basis. (...). Het wrakingsverzoek werd op een andere grond toegewezen: schriftelijke uitlatingen door de arbiter over het gedrag van de advocaat van Ecuador - of in de woorden van de voorzitter: 'some ethical assertions' - deden hem de (wrakings)das om (id. par. 79-80).

608 Vgl. ICSID 20 mei 2011, nr. ARB/10/9 (*Universal Compression International Holdings, S.L.U. v. The Bolivarian Republic of Venezuela*), 'Decision on the Proposal to Disqualify Prof. Brigitte Stern and Prof. Guido Santiago Tawil, Arbitrators' waarin het niet-mededelen van 'publicly available information' over de benoemingen door Venezuela in haar 'Arbitration Rule 6(2) declaration' de arbiter niet werd aangerekend: het was 'apparent' dat deze 'omission' het resultaat was van 'an honest exercise of discretion' van de arbiter onder meer nu zij, nadat zij op de hoogte was geraakt van het verlangen van bepaalde partijen om ook publieke informatie mede te delen, een brief had geschreven met informatie over de andere benoemingen door Venezuela (par. 94 jo. par. 95).

609 Vgl. Supreme Court 27 november 2020 (*Halliburton Company/Chubb Bermuda Insurance Ltd*), [2020] UKSC 48, r.o. 154: 'That legal duty of disclosure, which is a component of the arbitrator's statutory duty to act fairly and impartially, does not override the arbitrator's duty of privacy and confidentiality in English law; but, absent a contract restricting or prohibiting disclosure or binding rules which have different effect, the disclosure of information of the nature described at (...) may be made without obtaining the express consent of the parties to the relevant arbitration where the needed consent is inferred. Such consent may be inferred from the arbitration agreement itself in the context of the practice in the relevant field (...)'.

mogen kiezen. Naar voren kwam dat deze vorm van partijautonomie ook de andere kant op kan werken: op het moment dat een partij van een herbenoeming op de hoogte is maar zich hiertegen niet verzet, kan dit leiden tot het oordeel dat sprake is van afstand van recht. Naar voren is gebracht dat dit partijen noopt tot oplettendheid en (al dan niet) tot tijdige actie.

Opvallend was de constatering dat - hoewel de factor met regelmaat in (scheids)-rechtspraak en literatuur naar voren komt - nauwelijks arbitrale wet- en/of regelgeving voorhanden is. Het meest uitvoerig zijn de IBA Guidelines 2014 waar in het kader van de 'Orange List' op twee plaatsen aandacht aan de herbenoeming is besteed. Daarnaast wordt in de IBA Rules of Ethics 1987 en in de ICC 'Note to Parties and Arbitral Tribunals on the Conduct of the Arbitration' 2021 enige aandacht aan de factor besteed, zij het met de kanttekening dat in tegenstelling tot de IBA Guidelines 2014 geen tijdslimiet wordt genoemd.

In verschillende (scheids)rechterlijke uitspraken kwam naar voren dat de enkele omstandigheid dat sprake was van een herbenoeming niet voldoende was voor het oordeel dat kon worden getwijfeld aan de arbitrale onafhankelijkheid en onpartijdigheid. Naar voren werd gebracht dat een kwalitatieve benadering lijkt te zijn aangewezen. In het verlengde hiervan werd onderstreept dat een enkel verwijt dat sprake is van een herbenoeming niet volstaat: een partij dient zijn stelling voldoende gemotiveerd te onderbouwen. Vervolgens zijn vier gezichtspunten onderscheiden die behulpzaam kunnen zijn in het kader van de beantwoording van de vraag in hoeverre een herbenoeming van een arbiter aanleiding kan geven tot twijfels aan de arbitrale onafhankelijkheid en onpartijdigheid. Het eerste gezichtspunt zag op de vraag naar de financiële (on)afhankelijkheid van de arbiter. Uit (scheids)rechterlijke uitspraken kwam, kort samengevat, naar voren dat een financiële afhankelijkheidsrelatie tussen de arbiter en de benoemende partij aanleiding kan geven tot twijfels. Het bestaan van een dergelijke band alleen is echter niet voldoende: van belang is ook de relatieve omvang van de inkomsten die een herbenoeming oplevert. Het tweede gezichtspunt zag op de beschikbare kennis. Uit (scheids)rechterlijke uitspraken kwam, kort samengevat, naar voren dat hoe kleiner de vijver met beschikbare en geschikte arbiters is, des te terughoudender (scheids)rechters lijken te zijn met het oordeel dat aan de arbitrale onafhankelijkheid en onpartijdigheid kan worden getwijfeld. In verschillende uitspraken kwam daarnaast naar voren dat het in bepaalde sectoren onvermijdelijk is dat men bepaalde zakelijke banden heeft. Ook interessant waren de overwegingen dat op het moment dat een partij bewust de keuze heeft gemaakt voor een bepaald arbitrage-instituut, dat zich richt op geschillenbeslechting in een bepaalde sector waarin de arbiters ook zelf actief zijn en er later vragen rijzen rondom mogelijke (zakelijke) banden tussen een arbiter en de wederpartij, dit voor (risico en) rekening van de eerstgenoemde partij komt. Het derde gezichtspunt had betrekking op het tijdsverloop tussen de herbenoemingen. In tegenstelling tot hetgeen in de IBA Guidelines 2014 naar voren komt, werd onder meer gepleit om juist niet aan één vaste termijn vast te houden. Het vierde gezichtspunt zag op de vraag naar de (on)partijdige besluitvorming. Anders gezegd, in hoeverre is een arbiter geneigd om kant te kiezen voor de hem/haar benoemende partij? In met name ICSID-uitspraken kwam naar voren dat de enkele omstandigheid dat een arbiter eerder aan een arbitrage had deelgenomen waarin één van de partijen

van de onderhavige arbitrage ook partij was, onvoldoende was voor het oordeel dat sprake was van arbitrale vooringenomenheid.

Aangezien de vier gezichtspunten een rol spelen in het kader van een *ex post*-beoordeling is ook de gedachte besproken om de disclosure-verplichting uit te breiden met een mededeling over (een) herbenoeming(en). In de literatuur is hierop wisselend gereageerd. In enkele (scheids)rechterlijke uitspraken kwam in algemene bewoordingen naar voren dat een dergelijke mededeling bij voorkeur op tafel komt tijdens de fase voorafgaande aan de inhoudelijke behandeling. De (scheids)gerechten leken echter niet zover te willen gaan dat arbiters daadwerkelijk een mededelingsplicht wordt opgelegd. Daarnaast leidde de uitbreiding tot nieuwe vragen: hoe uitgebreid dient een mededeling over het (her)benoemingsverleden te zijn? Dient een arbiter ook mededeling te doen over het oordeel waartoe hij/zij eerder is gekomen? In dit verband is naar voren gebracht dat een uitbreiding van de mededelingsplicht in het kader van handelsarbitrages - in tegenstelling tot investeringsarbitrages - strijd kan opleveren met (de) vertrouwelijkheid. Tot slot is besproken in hoeverre in onderhavig verband een onderzoeksplicht op de arbiter en/of partijen rust.

6.5 Het *issue conflict*

6.5.1 Inleiding

285. Intellectuele vooringenomenheid

Een belangrijk uitgangspunt in de arbitrale wet- en regelgeving van de vier jurisdicties en vier arbitrage-instituten van onderzoek is dat het scheidsgerecht partijen op voet van gelijkheid behandelt.⁶¹⁰ Niet alleen speelt dit uitgangspunt een rol tijdens de procedure: wellicht nog belangrijker is om aan deze 'gelijkheidsgedachte' vast te houden in het kader van de arbitrale besluitvorming. Treffend is hetgeen het Engelse Court of Appeal overwoog in april 2018: '(...), the starting point is that an arbitrator should be trusted to decide the case solely on the evidence or other material adduced in the proceedings in question'.⁶¹¹ Illustratief is General Standard 2 van de IBA Guidelines 2014: twijfels aan de arbitrale onpartijdigheid of onafhankelijkheid zijn gerechtvaardigd 'if a reasonable third person, having knowledge of the relevant facts and circumstances, would reach the conclusion that there is a likelihood that the arbitrator *may be influenced by factors other than the merits* of the case as presented

610 Art. 1036 lid 2 Rv; art. 182 lid 3 LDIP; (indirect) art. 33 lid 1 Arbitration Act 1996; art. 1520 CPC. Zie ook bijv. art. 21 lid 2 NAI Arbitragereglement 2015.

611 Court of Appeal (Civil Division) 19 april 2018 (*Halliburton Company/Chubb Bermuda Insurance Ltd c.s.*), [2018] EWCA Civ 817, r.o. 50. Vgl. Court of Appeal (Civil Division) 28 oktober 2004 (*Amec Capital Projects Ltd/Whitefriars City Estates Ltd*), [2004] EWCA Civ 1418, r.o. 20; ICSID 12 augustus 2010, nr. ARB/07/26 (*Urbaser S.A. and Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa v. The Argentine Republic*), 'Decision on Claimants' Proposal to Disqualify Professor Campbell McLachlan', par. 40. Vgl. Canon V (B) AAA/ABA Code of Ethics for Arbitrators in Commercial Disputes 2004; Standard 13 (b) Ethics Standards for Neutral Arbitrators in Contractual Arbitration, California Rules of Court, 1 januari 2022; art. 34 TAI Code of Ethics and Conduct for Arbitrators. Vgl. Basic Principles on the Independence of the Judiciary 1985, par. 2.

by the parties *in reaching his or her decision*' (curs. PR).⁶¹² In het verlengde hiervan kan worden gewezen op verschillende ICSID-uitspraken waarin de volgende overweging terugkeert: de verplichting tot arbitrale onafhankelijkheid en onpartijdigheid dient partijen te beschermen 'against arbitrators being influenced by factors other than those related to the merits of the case'.⁶¹³

Wat nu wanneer een dergelijke factor - anders dan 'those related to the merits of the case' - met de gedachtegang van een arbiter zelf verband houdt? In de IBA Rules of Ethics 1987 staat dat van partijdigheid onder meer sprake is wanneer een arbiter 'is prejudiced in relation to the subject-matter of the dispute'.⁶¹⁴ Van arbitrale vooringenomenheid kan sprake zijn op het moment dat een arbiter 'has already taken a position in relation to' de uitkomst van de arbitrage, aldus deze Rules.⁶¹⁵ Onder bepaalde omstandigheden zou vooringenomenheid ten aanzien van het geschil dus strijd met de arbitrale onpartijdigheid kunnen opleveren. Anders gezegd, er is sprake van een 'conflict' ten aanzien van het 'issue'.⁶¹⁶ Een legitieme (voor)vraag rijst: waarom levert dit strijd op met de arbitrale onpartijdigheid? Een begin van een antwoord op deze vraag kan worden gevonden in een beslissing die afkomstig is van twee niet-gewraakte ICSID-arbiters uit maart 2014 waarin naar voren komt dat de omstandigheid dat een arbiter over bepaalde informatie beschikt voorafgaande aan de inhoudelijke behandeling van de arbitrage 'would possibly permit a judgment based on elements not in the record in the present arbitration'.⁶¹⁷ Een belangrijke

612 General Standard 2 (c) IBA Guidelines 2014. De bepaling is ten opzichte van General Standard 2 van de IBA Guidelines 2004 gewijzigd: niet alleen wordt in de versie van 2004 gesproken over 'a reasonable and informed third party', ook wordt de verleden tijd gebruikt: 'that there was a likelihood that' (curs. PR).

613 ICSID 23 maart 2018, nr. ARB/17/32 (*Elitech B.V. and Razvoj Golf D.O.O. v. Republic of Croatia*), 'Decision on the Proposal to Disqualify Prof. Brigitte Stern', par. 44; ICSID 5 mei 2014, nr. ARB/07/30 (*ConocoPhillips Petrozuata B.V., Conoco-Phillips Hamaca B.V. and ConocoPhillips Gulf of Paria B.V. v. The Bolivarian Republic of Venezuela*), 'Decision on the Proposal to Disqualify a Majority of the Tribunal', par. 51; ICSID 4 februari 2014, nr. ARB/07/5 (*Abaclat c.s. v. The Argentine Republic*), 'Decision on the Proposal to Disqualify a Majority of the Tribunal', par. 75; ICSID 13 december 2013, nr. ARB/08/5 (*Burlington Resources Inc. v. Republic of Ecuador*), 'Decision on the Proposal for Disqualification of Professor Francisco Orrego Vicuña', par. 66; ICSID 13 december 2013, nr. ARB/12/38 (*Repsol, S.A. and Repsol Butano, S.A. v. The Argentine Republic*), 'Decision on the Proposal for Disqualification of Francisco Orrego Vicuña and Claus von Wobeser', par. 71; ICSID 12 november 2013, nr. ARB/12/20 (*Blue Bank International & Trust (Barbados) Ltd. v. The Bolivarian Republic of Venezuela*), 'Decision on the Parties' Proposals to Disqualify a Majority of the Tribunal', par. 59; ICSID 20 mei 2011, nr. ARB/10/9 (*Universal Compression International Holdings, S.L.U. v. The Bolivarian Republic of Venezuela*), 'Decision on the Proposal to Disqualify Prof. Brigitte Stern and Prof. Guido Santiago Tawil, Arbitrators', par. 70; ICSID 12 augustus 2010, nr. ARB/07/26 (*Urbaser S.A. and Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa v. The Argentine Republic*), 'Decision on Claimants' Proposal to Disqualify Professor Campbell McLachlan, Arbitrator', par. 43.

614 IBA Rules of Ethics for International Arbitrators 1987, par. 3.1.

615 IBA Rules of Ethics for International Arbitrators 1987, par. 3.2.

616 Vgl. PCA 30 september 2013, nr. 2013-09 (*CC/Devas (Mauritius) Ltd., Devas Employees Mauritius Private Limited and Telcom Devas Mauritius Limited v. The Republic of India*), 'Decision on the Respondent's Challenge to the Hon. Marc Lalonde and Prof. Francisco Orrego Vicuña', par. 58. In de literatuur komt ook de term 'subject matter conflict' naar voren; dit begrip zou een ruimer toepassingsgebied hebben dan 'issue conflict', zie bijv. Mouawad 2008, vn. 4 (p. 2). Vgl. Luttrell 2009 waarin wordt gesproken over 'outcome preference' (p. 15); Ziadé 2012 waarin wordt gesproken over 'l'indépendance d'esprit' (p. 309), onder verwijzing naar literatuur. Vgl. ASIL/ICCA Report 2016, par. 16: '(...) Early on, the phrase "doctrinal predisposition" was examined as a possible alternative, but this turned out to be unsatisfactory for reasons that illustrate the problem. (...)'.⁶¹⁷

617 ICSID 20 maart 2014, nr. ARB/13/13 (*Caratube International Oil Company LLP en Devincci Salah Hourani v. Republic of Kazakhstan*), 'Decision on the Proposal for Disqualification of Bruno Boesch', par. 89. Vgl.

vraag is dus de vraag wat de arbiter met de informatie zal doen. Enerzijds is de vrees geuit dat de arbiter de informatie voor zichzelf houdt, hetgeen de vraag oproept wat voor invloed dit heeft op zijn besluitvorming(sproces).⁶¹⁸ Anderzijds is de vrees geuit dat de arbiter zijn kennis met de andere arbiters deelt, waardoor ook deze arbiters kunnen worden beïnvloed.⁶¹⁹ Daarnaast zou de arbiter de informatie kunnen delen met de partij die hem heeft benoemd.⁶²⁰ Of deze zorgen terecht zijn, is lastig na te gaan.⁶²¹ Mocht zich dit voordoen, dan lijkt buiten twijfel te staan dat de gelijkheid van partijen in het gedrang komt.⁶²²

286. Opbouw

Om inzicht te krijgen in de verschillende vormen waarin deze vorm van intellectuele vooringenomenheid zich kan voordoen, wordt in deze paragraaf de factor van het zgn. *issue conflict* besproken. Centraal staat de vraag in hoeverre de factor aanleiding kan geven tot twijfels aan de arbitrale onafhankelijkheid en onpartijdigheid.⁶²³ Hoewel in de literatuur is gesteld dat de factor 'particularly' in het kader van investeringsarbitrages speelt aangezien dergelijke arbitrages zich over het algemeen kenmerken door een beperkt aantal terugkerende rechtsvragen die door een kleine groep arbiters worden beantwoord, en inzicht in hun beslissingen mogelijk is dank-

ICSID 12 november 2009, nr. ARB/08/17 (*Participaciones Inversiones Portuarias SARL v. Gabonese Republic*), 'Decision on the Proposal to Disqualify an Arbitrator', par. 15. Zie ook Reymond 1991 waarin wordt gesproken over 'des connaissances personnelles' (p. 4).

618 Vgl. Froitzheim 2016, nr. 683; Gómez-Acebo 2016, nr. 5.51; Castres Saint-Martin 2016, nr. 123; Daele 2012, nr. 7.089; Reymond 1991, p. 11. Interessant is hetgeen door twee niet-gewraakte ICSID-arbiters naar voren werd gebracht: de omstandigheid dat een arbiter in eerdere arbitrages heeft opgetreden en documenten in overweging kan hebben genomen die de andere arbiters niet kennen, maar die wel relevant kunnen zijn voor hun beslissing 'tampoco parece constituir un factor determinante de un conflicto de interés, porque ningún tribunal puede decidir sobre la base de documentos que no se encuentran en el expediente' (ICSID 9 juni 2015, nr. ARB/14/10 (*Highbury International AVV, Compañía Minera de Bajo Caroní AVV, and Ramstein Trading Inc. v. The Bolivarian Republic of Venezuela*), 'Decision on the Proposal for Disqualification of Professor Brigitte Stern', par. 107).

619 Castres Saint-Martin 2016, nr. 123. Een dergelijk 'uit de school klappen' door een arbiter zou strijd op kunnen leveren met (de) vertrouwelijkheid, zie bijv. Canon VI (B) AAA/ABA Code of Ethics for Arbitrators in Commercial Disputes 2004. Vgl. Standard 15 (a) Ethics Standards for Neutral Arbitrators in Contractual Arbitration, California Rules of Court, 1 januari 2022.

620 Zie bijv. Cour de cassation (chambre civile 1) 24 maart 1998, *Revue de l'Arbitrage* 1999, afl. 2, p. 255 (*société Excelsior Film/société UGC-PH*) (zie voor een Engelse samenvatting: A.J. van den Berg (red.), *Yearbook Commercial Arbitration 1999 - Volume XXIVa*, ICCA & Kluwer Law International 1999, p. 643-644, zie ook: Hoffmann 2018, vn. 19 (nr. 47)). Vgl. Court of Appeal (Civil Division) 19 april 2018 (*Halliburton Company/Chubb Bermuda Insurance Ltd c.s.*), [2018] EWCA Civ 817, r.o. 43.

621 Vgl. Court of Appeal (Civil Division) 19 april 2018 (*Halliburton Company/Chubb Bermuda Insurance Ltd c.s.*), [2018] EWCA Civ 817, r.o. 49; LCIA Division 28 oktober 2010, nr. UN101693, par. 21.

622 Castres Saint-Martin 2016, nr. 122.

623 Het scharen van de factor onder de term 'onafhankelijkheid' of onder de term 'onpartijdigheid' is afhankelijk van de wijze waarop de termen worden gedefinieerd, vgl. UNCITRAL, Report of Working Group III on the work of its thirty-sixth session (Wenen, 29 oktober - 2 november 2018), A/CN.9/964, 6 november 2018, par. 70. Vgl. CA Parijs 2 juni 1989, *Revue de l'Arbitrage* 1991, afl. 1, p. 87 (*société Gemanco/sociétés S.A.E.P.A. & S.I.A.P.E.*) waar de factor ('liens intellectuels') onder de term 'onafhankelijkheid' wordt geschaard (bron van de uitspraak: Castres Saint-Martin 2016, nrs. 117-119; Hascher 2007; Henry 2001, p. 348-349; Reymond 1991, p. 7, 13), vgl. TGI Parijs 29 juni 1989, *Revue de l'Arbitrage* 1990, afl. 2, p. 497 (*société Philipp Brothers/société Drexel c.s.*). Vgl. Hwang & Lim 2011, nr. 9; Train 2012.

zij de publicatie ervan,⁶²⁴ komt in (scheids)rechterlijke uitspraken naar voren dat de factor ook een rol speelt in het kader van handelsarbitrages.⁶²⁵ Hieronder zal worden gekeken naar arbitrale wet- en regelgeving (par. 6.6.2) en de wijze waarop de vraag door (scheids)gerechten is beantwoord (par. 6.6.3). In het kader van de invulling van de factor door (scheids)rechters zal in verhouding tot de andere factoren de nodige aandacht uitgaan naar beslissingen die afkomstig zijn van ICSID-arbiters, gelet op de relatief grote hoeveelheid uitspraken waarin de factor een rol speelt tegenover de beperkte beschikbaarheid van (scheids)rechterlijke uitspraken in het kader van handelsarbitrages.

Eerst zal aandacht worden besteed aan het begrip *issue conflict* (nr. 287) en wordt besproken op welke wijze de factor in verband kan worden gebracht met de verplichting tot arbitrale onafhankelijkheid en onpartijdigheid (nr. 288).

287. Begripsafbakening

Ondanks de hoeveelheid literatuur en de nodige (scheids)rechterlijke uitspraken bestaat geen consensus over één definitie van het begrip *issue conflict*.⁶²⁶ Wel hebben verschillende auteurs zich aan een omschrijving van het begrip gewaagd.⁶²⁷ Ik citeer een aantal auteurs. Van een 'issue conflict' zou sprake zijn wanneer een arbiter 'op grond van kennis en/of ervaring te vertrouwd is met bepaalde geschilpunten die in de arbitrage beslecht moeten worden',⁶²⁸ dan wel 'when an arbitrator has a close prior connection to a specific issue which is in dispute',⁶²⁹ Een 'issue conflict' zou zich voordoen op het moment dat 'an arbitrator has previously expressed a view on a particular legal problem in a certain area of law',⁶³⁰ in een situatie waarin 'there is an appearance of bias on the part of an adjudicator based on his or her commitment

624 Born 2021b, p. 165; Reed & Atanasova 2018, nr. 8; Sicard-Mirabal & Derains 2018, p. 98; Thomas & Lemon 2018, p. 61; Redfern & Hunter 2015, nr. 4.132; Ziadé 2015, p. 216; Van Houtte & Brunetti 2013, p. 559-560; Castres Saint-Martin 2016, nr. 112; Daele 2012, nr. 7.003. Vgl. Hwang & Lim 2011 waarin vijf redenen naar voren worden gebracht 'Why Issue Conflicts are Prevalent in International Investment Arbitration' (nrs. 59-64); González de Cossío 2010, p. 7.

625 Carlevaris & Digón 2016; Foster & Barratt 2013, nr. 16.21. Vgl. Burgos 2018, p. 90 e.v.; Redfern & Hunter 2015, nr. 4.137.

626 Vgl. Rogers 2014, nr. 8.19: '(...) Disagreement over so-called issue conflicts remains so profound that the terminology used to describe the cluster of concerns is itself muddled'. Vgl. inzake 'double hatting': UNCITRAL, Report of Working Group III on the work of its thirty-fifth session (New York, 23-27 april 2018), A/CN.9/935, 14 mei 2018, par. 79. Men lijkt zich minder bezig te houden met het vinden van een vertaling van het begrip *issue conflict*: (zelfs) in Franse literatuur wordt de Engelse term gehanteerd, zie bijv. Castres Saint-Martin 2016, nr. 116; Mantilla-Serrano 2011. Een uitzondering kan worden gevonden in Spaanse literatuur (Díaz-Candia 2013, p. 96 en het 'conflicto de temas'). Vgl. Arbitral Council of the Milan Chamber of Arbitration (CAM) 1 juni 2014, nr. 5.2016, p. 6: 'Il secondo elemento dichiarato dall'arbitro è l'aver già svolto l'incarico di arbitro tra le stesse parti, relativamente allo stesso contratto e con una parziale coincidenza dell'oggetto del contendere (il cosiddetto "issue conflict" nella prassi dell'arbitrato internazionale)' (vindplaats: via Kluwer Arbitration).

627 Niet alleen wordt 'omschreven', ook is sprake van 'illustratie' en/of 'categorisering', zie bijv. Hanotiau 2016 (p. 167) en Voser & Petti 2015 (p. 30-31) en de driedeling die Rogers 2014 (nr. 8.22) en Hwang & Kim 2011 (nrs. 39-58) maken. Ziadé 2012 onderscheidt 'quatre principales catégories' (p. 311). Zie ook bijv. Čech 2016, nrs. 2.27-2.34; Kim 2014, p. 626; Díaz-Candia 2012, p. 287; González de Cossío 2010, p. 5; Brubaker 2008, p. 111; Sinclair & Gearing 2008; Levine 2006, p. 64.

628 De Ly 2008.

629 Draye 2016, nr. 27.

630 Thomas & Lemon 2018, p. 61.

to a particular idea, related to a material issue in dispute',⁶³¹ of juist op het moment dat 'an arbitrator has a connection/relationship to the issue before him/her and not (...) to one of the parties, counsel or another arbitrator'.⁶³² Een 'issue conflict' zou het resultaat zijn van 'views expressed or positions taken by arbitrators in academic publications, when acting as counsel in other proceedings, or when rendering prior arbitral awards'.⁶³³

Op basis van deze omschrijvingen, in combinatie met hetgeen in de bestudeerde arbitrale wet- en regelgeving en (scheids)rechterlijke uitspraken naar voren is gekomen, kunnen vier verschijningsvormen van het/een *issue conflict* worden onderscheiden.⁶³⁴ De indeling houdt verband met de verschillende hoedanigheden die een arbiter kan aannemen; in de rechtspraak is in dit verband wel gesproken over zgn. 'conflict d'intérêts verticaux'.⁶³⁵ Aan iedere verschijningsvorm ligt het uitgangspunt ten grondslag dat sprake is van vooringenomenheid ten aanzien van een bepaald geschilpunt.⁶³⁶ In het kader van de eerste verschijningsvorm komt de dubbelrol naar voren die een arbiter kan spelen wanneer hij niet alleen arbiter is, maar ook advocaat. De verschijningsvorm ziet, kort gezegd, op de situatie waarin een arbiter als advocaat optreedt of heeft opgetreden in een procedure waarin eenzelfde of een vergelijkbare juridische vraag centraal stond dan wel waaraan eenzelfde of een vergelijkbaar feitencomplex ten grondslag lag. In het kader van de tweede verschijningsvorm is sprake van een arbiter die reeds eerder als arbiter heeft opgetreden of juist gelijktijdig deel uitmaakt van een scheidsgerecht. De verschijningsvorm ziet, kort gezegd, op de situatie waarin een arbiter reeds een arbitraal vonnis (mede) heeft gewezen in een procedure waaraan eenzelfde of een vergelijkbaar feitencomplex ten grondslag lag dan wel waarin eenzelfde of een vergelijkbare juridische vraag centraal stond. In het kader van de derde verschijningsvorm is sprake van een arbiter die reeds eerder als (partij)deskundige heeft opgetreden. De verschijningsvorm ziet, kort gezegd, op de situatie waarin een arbiter zich eerder, in de hoedanigheid van (partij)deskundige, heeft uitgelaten over eenzelfde of een vergelijkbare feitelijke en/of juridische vraag die thans aan hem wordt voorgelegd. De vierde verschijningsvorm ziet, kort gezegd, op de situatie waarin een arbiter zich in het kader van een publicatie reeds eerder heeft uitgelaten over eenzelfde of een vergelijkbare juridische vraag die hem thans wordt voorgelegd.

Hieronder zal eerst aandacht worden besteed aan de vraag op welke wijze de factor in verband kan worden gebracht met de verplichting tot arbitrale onafhan-

631 Reed & Atanasova 2018, nr. 1.

632 Voser & Petti 2015, p. 30, onder verwijzing naar literatuur.

633 Carlevaris & Digón 2016.

634 Vgl. het onderscheid dat Luttrell 2009 op dit punt maakt tussen 'ISA issue conflicts' en 'ICA issue conflicts'; waar in het kader van handelsarbitrages 'issue conflicts tend to focus on the arbitrator's previous expressions of opinion in lectures (...) and their consecutive service in matters of similar or identical facts', kunnen 'issue conflicts' in het kader van investeringsarbitrages 'arise out of wholly separate (but concurrent or consecutive) arbitral proceedings' (p. 240-241).

635 CA Brussel 29 oktober 2007, nr. 2007/AR/70 (*La République de la Pologne, Eureko B.V./X, Y. Z.*) (bron van de uitspraak: B. Hanotiau, A contribution by the ITA Board of Reporters, via: Kluwer Arbitration, zie ook bijv. Luttrell 2009, p. 241); Mouawad 2008, p. 5-7.

636 Vgl. Luttrell 2009 die in dit verband over 'outcome preference' spreekt (p. 15).

kelijkheid en onpartijdigheid (nr. 288) waarna de vier verschijningsvormen zullen worden besproken.

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

Zoals naar voren kwam, staat in de IBA Rules of Ethics 1987 dat van partijdigheid onder meer sprake is wanneer een arbiter 'is prejudiced in relation to the subject-matter of the dispute'.⁶³⁷ In verschillende ICSID-arbitrages is het begrip 'onpartijdigheid' omschreven als 'the absence of bias or predisposition towards a party'.⁶³⁸ Een LCIA Division overwoog in december 2014: '[i]t can hardly be disputed that bias or partiality includes the circumstance where an arbitrator has prejudged an issue by expressing a firm and definitive opinion on it'.⁶³⁹ In de drie citaten wordt een verband gelegd tussen (on)partijdigheid en arbitrale vooringenomenheid ten aanzien van (de inhoud van) het geschil zelf. Op het eerste oog lijkt inderdaad geen twijfel te zijn over het bestaan van een verband tussen de factor van het *issue conflict* en de arbitrale onafhankelijkheid en onpartijdigheid: vooringenomenheid ten aanzien van een geschil(punt) kan immers de onafhankelijke en/of onpartijdige besluitvorming in gevaar brengen.⁶⁴⁰

Betoogd kan worden dat een dergelijke vooringenomenheid twee verschijningsvormen kan aannemen. Enerzijds kan sprake zijn van zgn. 'onbewuste vooringenomenheid': bepaalde (voor)kennis leidt tot beïnvloeding van de gedachten van een arbiter.⁶⁴¹ Illustratief is hetgeen twee niet-gewraakte ICSID-arbiters overwogen in augustus 2010: '[n]o arbitrator and, more generally, no human being of a certain age is, in absolute terms, independent and impartial. Simply put, every individual

637 IBA Rules of Ethics for International Arbitrators 1987, par. 3.1. In vergelijkbare zin: SIAC Code of Ethics 2015, par. 3.1. Vgl. Daele 2012, nr. 7.001.

638 ICSID 23 maart 2018, nr. ARB/17/32 (*Elitech B.V. and Razvoj Golf D.O.O. v. Republic of Croatia*), 'Decision on the Proposal to Disqualify Prof. Brigitte Stern', par. 44; ICSID 5 mei 2014, nr. ARB/07/30 (*ConocoPhillips Petrozuata B.V., ConocoPhillips Hamaca B.V. and ConocoPhillips Gulf of Paria B.V. v. The Bolivarian Republic of Venezuela*), 'Decision on the Proposal to Disqualify a Majority of the Tribunal', par. 51; ICSID 4 februari 2014, nr. ARB/07/5 (*Abaclat c.s. v. The Argentine Republic*), 'Decision on the Proposal to Disqualify a Majority of the Tribunal', par. 75; ICSID 13 december 2013, nr. ARB/08/5 (*Burlington Resources Inc. v. Republic of Ecuador*), 'Decision on the Proposal for Disqualification of Professor Francisco Orrego Vicuña', par. 66; ICSID 13 december 2013, nr. ARB/12/38 (*Repsol, S.A. and Repsol Butano, S.A. v. The Argentine Republic*), 'Decision on the Proposal for Disqualification of Francisco Orrego Vicuña and Claus von Wobeser', par. 71; ICSID 12 november 2013, nr. ARB/12/20 (*Blue Bank International & Trust (Barbados) Ltd. v. The Bolivarian Republic of Venezuela*), 'Decision on the Parties' Proposals to Disqualify a Majority of the Tribunal', par. 59.

639 LCIA Division 24 december 2014, nr. 132498, par. 45. Vgl. Court of Appeal (Civil Division) 14 oktober 2014 (*Otkritie International Investment Management Ltd c.s./Urumov*), [2014] EWCA Civ 1315, r.o. 1.

640 Vgl. LCIA, Notes for Arbitrators, 26 oktober 2017, par. 6 waarin (onder meer) staat dat partijen 'are entitled to expect' arbiters 'to reach their decision in an impartial manner'.

641 Vgl. LCIA 27 februari 2004, nr. UN3481 (*EnCana Corporation v. Republic of Ecuador*), 'Partial Award on Jurisdiction', par. 45 (bron van de uitspraak: ASIL/ICCA Report 2016, par. 138; Daele 2012, nr. 7.066; via www.italaw.com/cases/393); ICSID 20 maart 2014, nr. ARB/13/13 (*Caratube International Oil Company LLP en Devinci Salah Hourani v. Republic of Kazakhstan*), 'Decision on the Proposal for Disqualification of Bruno Boesch', par. 89. Vgl. High Court (Commercial Court) 29 april 2016 (*Guidant LLC/Swiss Re International SE e.a.*), [2016] EWHC 1201 (Comm), r.o. 9. Vgl. Schwebel 2015a, p. 7: 'Of course there is no such thing as perfect objectivity. Each of us sees the world through his or her own eyes, each of us is a prisoner of his or her own experience', zie ook: Schwebel 2015b, p. 188.

is conveying ideas and opinions based on its moral, cultural, and professional education and experience'.⁶⁴² Anders gezegd, van geen enkel mens – dus ook niet van een arbiter – kan worden gezegd dat hij volkomen onafhankelijk en onpartijdig is. Scherper verwoordde het Amerikaanse Supreme Court in oktober 1972: '[p]roof that a Justice's mind at the time he joined the Court was a complete *tabula rasa* in the area of constitutional adjudication would be evidence of lack of qualification, not lack of bias'.⁶⁴³ In de ogen van het gerecht zou een (te) open geest eerder tot een diskwalificatie van een rechter moeten leiden dan tot het oordeel dat sprake is van vooringenomenheid. In minder ferme bewoordingen, maar met een vergelijkbare strekking, overwoog het Court of Appeals for the Seventh Circuit in januari 2011: '[k]nowledge acquired in a judicial capacity does not require disqualification. (...) Likewise with knowledge acquired in arbitration'.⁶⁴⁴ Anderzijds kan sprake zijn van zgn. 'bewuste vooringenomenheid'. Treffende bewoordingen in dit verband zijn afkomstig van de voorzitter van het International Court of Justice (Tomka) in september 2013: '[t]he conflict is based on a concern that an arbitrator will (...) approach an issue (...) with a desire to conform to his or her own previously expressed view (...)'.⁶⁴⁵ Anders gezegd, in tegenstelling tot een onbewust vooringenomen arbiter is hier sprake van een bewuste beïnvloeding van de eigen besluitvorming. Meerdere beweegredenen kunnen aan bewuste vooringenomenheid ten grondslag liggen. Zo kan de eigen geloofwaardigheid van een arbiter in relatie tot eerder gedane uit(lat)ingen een rol spelen.⁶⁴⁶ Illustratief zijn de bewoordingen van twee niet-gewraakte ICSID-arbiters in februari 2013: '[i]t seems possible that the arbitrator in such a case could take a certain position on a certain issue, having in mind that if he took a different position as arbitrator, he could undermine his credibility as counsel as which he is arguing on the same, or very similar, issue'.⁶⁴⁷ Daarnaast kan een

642 ICSID 12 augustus 2010, nr. ARB/07/26 (*Urbaser S.A. and Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa v. The Argentine Republic*), 'Decision on Claimants' Proposal to Disqualify Professor Campbell McLachlan, Arbitrator', par. 40. In vergelijkbare zin: PCA 11 januari 1995 (*Country X v. Company Q*), 'Challenge Decision', par. 21 (bron van de uitspraak: Froitzheim 2016, nr. 697; Brubaker 2008, p. 129; A.J. van den Berg (red.), *Yearbook Commercial Arbitration 1997 - Volume XXII*, ICCA & Kluwer Law International 1997, p. 227-242). Zie ook bijv. Born 2021a, p. 2026-2027; ASIL/ICCA Report 2016, par. 16: '(...) Arbitrators do not approach each case with a mental *tabula rasa*; each arbitrator is the product of a body of education and experience that inevitably predisposes her to certain doctrines'; Hanotiau 2016, p. 157, vgl. Díaz-Candía 2012, p. 296.

643 U.S. Supreme Court 10 oktober 1972 (*Laird/Tatum*), 409 U.S. 824. In vergelijkbare bewoordingen: U.S. Supreme Court 27 juni 2002 (*Republican Party of Minnesota c.s./White, Chairperson, Minnesota Board of Judicial Standards, c.s.*), 536 U.S. 765. Vgl. Paulsson 1997, p. 15; Froitzheim 2019, p. 14.

644 U.S. Court of Appeals for the Seventh Circuit 31 januari 2011 (*Trustmark Insurance Co./John Hancock Life Insurance Co.*), nr. 09-3682.

645 PCA 30 september 2013, nr. 2013-09 (*CC/Devas (Mauritius) Ltd., Devas Employees Mauritius Private Limited and Telcom Devas Mauritius Limited v. The Republic of India*), 'Decision on the Respondent's Challenge to the Hon. Marc Lalonde and Prof. Francisco Orrego Vicuña', par. 58. In vergelijkbare zin: Daele 2012, nr. 7.190.

646 Vgl. Effer-Uhe 2018 waarin wordt gesproken over 'Konsistenzproblematik': een onderscheid wordt gemaakt tussen 'parteibenannten Schiedsrichtern' (p. 79) en 'Obmann oder Einzelschiedsrichter' (p. 79-80), vgl. (in kritische zin) Froitzheim 2019, p. 15.

647 ICSID 27 februari 2013, nr. ARB/12/13 (*Saint-Gobain Performance Plastics Europe v. The Bolivarian Republic of Venezuela*), 'Decision on Claimant's Proposal to Disqualify Mr. Bottini from the Tribunal under Article 57 of the ICSID Convention', par. 84. Vgl. Bjorklund 2016, p. 308.

financieel belang tot een dergelijke vooringenomenheid leiden (vgl. par. 6.3.5).⁶⁴⁸ In investeringsarbitrageliteratuur, in het kader waarvan in dit verband wel is gesproken over een 'arrière pensée',⁶⁴⁹ is betoogd dat een arbitraal vonnis een zekere 'commercial value' vertegenwoordigt die op een later moment door de arbiter in een andere hoedanigheid zou kunnen worden verzilverd.⁶⁵⁰ Het zal geen verbazing wekken dat bewuste vooringenomenheid ten aanzien van een geschil(punt) niet samengaat met de verplichting tot arbitrale onafhankelijkheid en onpartijdigheid. Daarentegen lijkt onbewuste vooringenomenheid - in ieder geval tot op zekere hoogte - onvermijdelijk. Waar ligt de grens?⁶⁵¹

289. Absolute en relatieve vooringenomenheid

Gelet op de bevindingen in eerdere paragrafen is het weinig verrassende antwoord op deze vraag dat dit zal afhangen van de omstandigheden van het geval.⁶⁵² Evenals in het kader van de bespreking van andere factoren naar voren kwam, ontbreekt een beoordelingskader dat kan worden gebruikt om te beoordelen wanneer sprake is van een toelaatbaar (geacht) 'issue conflict'.⁶⁵³ In een aantal (scheids)rechterlijke uit-

⁶⁴⁸ Zie bijv. Díaz-Candia 2012, p. 294.

⁶⁴⁹ Park 2011, p. 488, vgl. Kim 2014, p. 623; Díaz-Candia 2012, p. 295.

⁶⁵⁰ Luttrell 2009, p. 240, zie ook: Lalonde 2015, p. 643. Vgl. UNCITRAL, Report of Working Group III on the work of its thirty-sixth session (Wenen, 29 oktober - 2 november 2018), A/CN.9/964, 6 november 2018, par. 72. Interessant is Standard 17 (a) Ethics Standards for Neutral Arbitrators in Contractual Arbitration, California Rules of Court, 1 januari 2022: een arbiter 'may advertise a general willingness to serve as an arbitrator', maar 'must not make any representation that directly or indirectly implies favoritism or a specific outcome'. Vgl. CA Brussel 29 oktober 2007, nr. 2007/AR/70 (*La République de la Pologne, Eureko B.V./X, Y, Z*): in hoger beroep werd als 'nouveau motif de récusation' door de Staat Polen naar voren gebracht dat één van de co-arbiters die gelijktijdig als advocaat in een andere ICSID-procedure optrad, zou hebben geprobeerd 'de tirer profit de sa qualité d'arbitre (...) pour trancher par la sentence partielle (...) des questions de droit international public controversées pour s'y référer, comme conseil, (...)'. (par. 9). Het Cour d'appel van Brussel schoof de (wrakings)grond terzijde op een formele grond en overwoog daarnaast dat het betoog van Polen niet als 'un moyen de récusation à part entière' kon worden aangemerkt, maar als 'un élément étroitement lié à la question des relations' tussen de arbiter en het advocatenkantoor (bron van de geciteerde woorden: B. Hanotiau, A contribution by the ITA Board of Reporters, via: Kluwer Arbitration, zie ook bijv. Hwang & Lim 2011, nr. 43, vgl. Luttrell 2009, p. 241).

⁶⁵¹ Vgl. ASIL/ICCA Report 2016, par. 159: '(...) how to distinguish between unobjectionable forms of predisposition and those triggering reasonable concerns about bias'. Zie ook bijv. Ziadé 2015, p. 216; Kim 2014, p. 626; Hwang & Lim 2011, nr. 65. Een duidelijke grens komt naar voren in het commentaar op Canon I van de AAA/ABA Code of Ethics for Arbitrators in Commercial Disputes 2004: '(...) an arbitrator may not have prejudged any of the specific factual or legal determinations to be addressed during the arbitration. (...)'. Vgl. Hascher 1995, p. 10.

⁶⁵² Zie bijv. Court of Appeal of the Commonwealth of the Bahamas 18 oktober 2018, [2018] UKPC 30, r.o. 16. Vgl. ASIL/ICCA Report 2016 waarin drie gezichtspunten worden opgesomd: i) 'The Degree of Commitment', ii) 'Concurrency, Proximity', iii) 'Specificity/Proximity to the Current Case' (par. 161-168). Vgl. Brubaker 2008, p. 134-135; Čech 2016, nr. 2.46: 'The most important factors which decide whether an arbitrator is predisposed or biased concern: (i) the specificity of the respective previous opinions; (ii) the strength of the language which was used in expressing them; (iii) equality of arms with respect to related proceedings; and (iv) the similarity of circumstances with respect to parallel proceedings'.

⁶⁵³ Daarnaast speelt de vraag naar de aan te leggen maatstaf om te beoordelen of sprake is van arbitrale vooringenomenheid. Illustratief is de vergelijking die in de literatuur is gemaakt tussen de ICSID-arbitrage *Perenco v. Ecuador* (nr. ARB/08/6) en de ICSID-arbitrages *Urbaser v. Argentinië* (nr. ARB/07/26) en *Saint-Gobain v. Venezuela* (nr. ARB/12/13). Waar in het kader van de eerstgenoemde arbitrage de maatstaf 'whether a reasonable bystander would come to a conclusion that there exists a real possibility of bias' werd aangelegd, zou hetgeen in de andere twee arbitrages naar voren kwam, suggereren 'that a higher

spraken wordt in onderhavig verband verwezen naar de mate van (on)veranderlijkheid van geest ('an open mind').⁶⁵⁴ Zo overwogen twee niet-gewraakte ICSID-arbiters in juli 2014 dat de gewraakte arbiter 'has not been shown to have expressed any views (...) that would raise doubts as to his ability to approach the interpretation of Article VII(2) of the BIT, and the related legal issues, with an open mind'.⁶⁵⁵ De voorzitter (Tomka) van het International Court of Justice overwoog in september 2013 dat sprake diende te zijn van 'an appearance of prejudgment of an issue likely to be relevant to the dispute on which the parties have a reasonable expectation of an open mind'.⁶⁵⁶ In oktober 2004 overwoog het Engelse Court of Appeal: '[t]here needs to be something of substance to lead the fair-minded and informed observer to conclude that there is a real possibility that the tribunal will not bring an open mind and objective judgment to bear'.⁶⁵⁷ Waar zgn. 'absolute vooringenomenheid' - ofwel een 'gesloten geest' van de arbiter die zich ook niet (meer) laat openen⁶⁵⁸ - strijd oplevert met de verplichting tot arbitrale onafhankelijkheid en onpartijdigheid,⁶⁵⁹ zou kunnen worden betoogd dat dit anders ligt ten aanzien van zgn. 'relatieve vooringenomenheid'. Aan deze vorm van vooringenomenheid ligt het volgende uitgangspunt ten grondslag: iedere arbiter houdt er in beginsel bepaalde gedachten op na, maar staat open voor 'für neue und bessere Argumente'.⁶⁶⁰ In dit verband zou het element tijd een rol kunnen spelen: '[t]he passage of time seems to restore an adjudicator's ability to declare law, determine facts, and resolve a dispute and therefore mitigates

threshold is to be applied, closer to a test of "actual bias."'. Gesteld wordt dat onder de laatstgenoemde maatstaf 'it would be unlikely that the mere fact of acting as counsel (...) would preclude an individual from also acting as arbitrator where the same legal terms were in issue', terwijl bij de eerstgenoemde maatstaf 'the simultaneous exercise of the two roles is likely to be more problematic' (Sands 2015, p. 664, vgl. Kim 2014, p. 638).

654 Zie bijv. Court of Appeal (Civil Division) 17 november 1999 (*Locabail (UK) Ltd/ Bayfield Properties Ltd e.a.*), [1999] EWCA Civ 3004, r.o. 25, onder verwijzing naar High Court of Australia 5 oktober 1989 (*Vakautu/ Kelly*), [1989] 167 CLR 568.

655 ICSID 11 juli 2014, nr. ARB/10/24 (*Içkale İnşaat Limited Şirketi v. Turkmenistan*), 'Decision on Claimant's Proposal to Disqualify Professor Philippe Sands', par. 122.

656 PCA 30 september 2013, nr. 2013-09 (*CC/Devas (Mauritius) Ltd., Devas Employees Mauritius Private Limited and Telcom Devas Mauritius Limited v. The Republic of India*), par. 58.

657 Court of Appeal (Civil Division) 28 oktober 2004 (*Amec Capital Projects Ltd/Whitefriars City Estates Ltd*), [2004] EWCA Civ 1418, r.o. 21.

658 Vgl. Tribunal fédéral 7 november 2006, nr. 4P.247/2006, r.o. 3.3: '(...), wenn der Richter zu den sich stellenden Streitfragen derart Stellung bezieht, dass die Meinungsbildung im konkreten Fall nicht mehr offen erscheint oder eine "Betriebsblindheit" zu befürchten ist (...)', onder verwijzing naar eerdere jurisprudentie. Vgl. Díaz-Candia 2012, vn. 1 (p. 287), p. 291; vgl. (overheidsrechtspraak) Court of Appeal (Civil Division) 27 juni 2007 (*Steadman-Byrne/Amjad c.s.*), [2007] EWCA Civ 625, r.o. 16: '(...) The appearance of bias includes a clear indication of a prematurely closed mind. (...)'.
659 Zo overwoog het Tribunal fédéral in november 2006 in het kader van een procedure waarin werd opgekomen tegen de wraking van de partij-arbiter van gedaagde, die was benoemd nadat de eerste partij-arbiter zich na twee arbitrale vonnissen (mede) te hebben gewezen had teruggetrokken, maar in een 'Fachzeitschrift' het eerste oordeel 'grob falsch' had genoemd, dat de bewoordingen van de arbiter 'bei objektiver Betrachtungsweise befürchten lässt, er habe sich seine Meinung dazu abschliessend gebildet', zie: Tribunal fédéral 7 november 2006, nr. 4P.247/2006, r.o. 3.1 jo. r.o. 3.5. Zie over deze uitspraak ook bijv. Čech 2016, nr. 2.24.

660 OLG Hamburg 11 maart 2003, nr. 6 SchH 03/02, *SchiedsVZ* 2003, afl. 4, p. 191-192 (bron van de uitspraak: Froitzheim 2016, nr. 705; vindplaats van de uitspraak: DIS Datenbank). Vgl. ASIL/ICCA Report 2016, par. 175.

the appearance of bias arising from an issue conflict', zo komt in de literatuur naar voren.⁶⁶¹

Hoewel hiermee de vraag waar de grens ligt van het toelaatbare 'issue conflict' nog niet is beantwoord,⁶⁶² vindt de gedachte dat relatieve vooringenomenheid niet per definitie leidt tot het oordeel dat sprake is van strijd met de verplichting tot arbitrale onafhankelijkheid en onpartijdigheid bevestiging in de navolgende twee bronnen. Allereerst overwogen twee niet-gewraakte ICSID-arbiters in augustus 2010: '(...) the mere showing of an opinion, even if relevant in a particular arbitration, is not sufficient to sustain a challenge for lack of independence or impartiality of an arbitrator'.⁶⁶³ Anders gezegd, een enkele mening van een arbiter maakt nog niet dat hem/haar een gebrek aan onafhankelijkheid of onpartijdigheid kan worden verweten. Daarnaast komt in het commentaar op Canon I van de AAA/ABA Code of Ethics for Arbitrators in Commercial Disputes 2004 naar voren: '[a] prospective arbitrator is not necessarily partial or prejudiced by having acquired knowledge of the parties, the applicable law or the customs and practices of the business involved'.⁶⁶⁴

Een andere gedachte die in een aantal scheidsrechterlijke uitspraken naar voren komt, is dat sprake moet zijn van een band tussen de (beweerdelijke) arbitrale vooringenomenheid en het onderhavige geschil(punt).⁶⁶⁵ Ter illustratie kan worden gewezen op de maatstaf die door twee niet-gewraakte ICSID-arbiters is aangelegd in augustus 2010: '[w]hat matters is whether the opinions expressed by [de arbiter, PR] on the two issues (...) are *specific* and clear enough that a reasonable and informed third party would find that the arbitrator will rely on such opinions without having

661 Brubaker 2008, p. 139.

662 Vgl. Park 2014, vn. 39 (p. 420): '(...) a fine line exists between knowing enough to decide the case, and knowing so much as to have a closed mind'; ASIL/ICCA Report 2016, par. 30.

663 ICSID 12 augustus 2010, nr. ARB/07/26 (*Urbaser S.A. and Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa v. The Argentine Republic*), 'Decision on Claimants' Proposal to Disqualify Professor Campbell McLachlan, Arbitrator', par. 45.

664 Vgl. Comment to Standard 5 Ethics Standards for Neutral Arbitrators in Contractual Arbitration, California Rules of Court, 1 januari 2022: '(...) An arbitrator does not become partial, biased, or prejudiced simply by having acquired knowledge of the parties, the issues or arguments, or the applicable law'. Vgl. Castres Saint-Martin 2016, nr. 131.

665 Zo wees de voorzitter van de ICSID Administrative Council (Yong Kim) medio september 2013 een wrakingsverzoek af van de Staat Argentinië dat was gericht tegen de partij-arbiter van eiseressen onder meer nu deze arbiter een bepaald standpunt in een publicatie had ingenomen. De voorzitter overwoog onder meer: '(...) que esta publicación refleja una opinión sobre una disposición legal que no se encuentra presente en el instrumento jurídico invocado en este caso. (...)'; zie: ICSID 13 december 2013, nr. ARB/12/38 (*Repsol, S.A. and Repsol Butano, S.A. v. The Argentine Republic*), 'Decision on the Proposal for Disqualification of Francisco Orrego Vicuña and Claus von Wobeser', par. 79 (bron van de uitspraak: ASIL/ICCA Report 2016, par. 113-114; Kim 2014, p. 632-634). Zie ook bijv. PCA 30 september 2013, nr. 2013-09 (*CC/Devas (Mauritius) Ltd., Devas Employees Mauritius Private Limited and Telcom Devas Mauritius Limited v. The Republic of India*), par. 58; Court of Appeal of the Commonwealth of the Bahamas 18 oktober 2018, [2018] UKPC 30, r.o. 16. Vgl. SCC Arbitration nr. 2013/094 waarin eiser de voorzitter van het scheidsgerecht probeerde te wraken op grond van de omstandigheid dat de arbiter ook als advocaat voor gedaagde in een andere arbitrage optrad. Gedaagde betoogde onder meer dat 'claimant had not shown that there were overlapping issues in the two arbitrations'. De arbiter voerde aan dat de uitspraken in beide procedures 'would be based on different laws, facts and evidence' en dat het enige 'overlapping issue was a jurisdictional one that turned on a factual rather than legal assessment'. De SCC verwierp het wrakingsverzoek (bron van de informatie en de geciteerde woorden: Ipp, Carè & Dubeshka 2019, par. 3.1.2). Vgl. Brubaker 2008, p. 140: '(...), the most important factor in the analysis of an issue conflict is proximity'; Paulsson 1997: 'In reality, a predisposition is disqualifying only if it relates directly to the relevant case'. Vgl. Comment to Canon I, AAA/ABA Code of Ethics for Arbitrators in Commercial Disputes 2004.

proper consideration to the facts, circumstances, and arguments presented by the Parties in this proceeding' (curs. PR).⁶⁶⁶ Een overlap in algemene (rechts)vragen of vragen die vaak terugkomen lijkt minder problematisch te zijn.⁶⁶⁷ Eenzelfde conclusie zou (kunnen) opgaan voor zaken waarin algemene feiten een rol spelen.⁶⁶⁸ Illustratief is hetgeen twee niet-gewraakte ICSID-arbiters overwogen in juni 2015.⁶⁶⁹ Zij wezen een wrakingsverzoek af van eiseressen dat tegen de partij-arbiter van de Staat Venezuela was gericht en gebaseerd was op onder meer de omstandigheid dat sprake zou zijn van een 'issue conflict'. Enerzijds legden zij de nadruk op de kleine kans dat een 'issue conflict' daadwerkelijk aanwezig was nu 'los hechos de cada caso son únicos, como también son únicos los argumentos esgrimidos por las Partes y la prueba aportada' (curs. PR) (vrij vertaald: de feiten van elke zaak zijn uniek evenals de argumenten van de partijen en het geleverde bewijs).⁶⁷⁰ Anderzijds overwogen de arbiters dat zelfs indien het beweerdelijk geschonden recht vergelijkbaar zou zijn, de beoordeling van 'los hechos relevantes, y su posterior subsunción en la norma, frecuentemente llevará a resultados distintos' (vrij vertaald: de relevante feiten, en deze vervolgens in een oordeel neerleggen, zullen vaak tot verschillende resultaten leiden).⁶⁷¹

Toch kan het oordeel ook anders uitvallen. Ter illustratie wijs ik op twee investeringsarbitrages. De eerste investeringsarbitrage werd op basis van de UNCITRAL Arbitration Rules gevoerd.⁶⁷² De Staat Argentinië probeerde de partij-arbiter van eiseres te wraken op grond van de omstandigheid dat de arbiter en zijn advocatenkantoor gelijktijdig een andere partij bijstonden in een andere zaak tegen de staat. Hoewel eiseres had betoogd dat de beide zaken niet verwant waren en sprake was van technische verschillen, was de 'appointing authority in this matter' (Sekolec) een andere mening toegedaan.⁶⁷³ Sekolec overwoog dat de zaken 'not entirely dissimilar' waren omdat zij beiden zagen op 'investment protection actions of considerable magnitude' die aanleiding gaven tot 'broadly similar concerns against the same State party in a manner that reinforces any justifiable doubts as to the arbitrator's impartiality or independence'. Sekolec nodigde eiseres vervolgens uit 'to appoint a sub-

666 ICSID 12 augustus 2010, nr. ARB/07/26 (*Urbaser S.A. and Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa v. The Argentine Republic*), 'Decision on Claimants' Proposal to Disqualify Professor Campbell McLachlan, Arbitrator', par. 44.

667 Zie bijv. ICSID 12 november 2009, nr. ARB/08/17 (*Participaciones Inversiones Portuarias SARL v. Gabonese Republic*), 'Decision on the Proposal to Disqualify an Arbitrator', par. 28. Vgl. Daele 2012, nr. 7.188.

668 Zie bijv. ICSID 11 juli 2014, nr. ARB/10/24 (*İçkale İnşaat Limited Şirketi v. Turkmenistan*), 'Decision on Claimant's Proposal to Disqualify Professor Philippe Sands', par. 120; ICSID 20 maart 2014, nr. ARB/13/13 (*Caratube International Oil Company LLP and Devincci Salah Hourani v. Republic of Kazakhstan*), 'Decision on the Proposal for Disqualification of Bruno Boesch', par. 65. Vgl. daarentegen ook bijv. High Court of Australia 20 mei 1983 (*Livesey/NSW Bar Association*), [1983] HCA 17.

669 ICSID 9 juni 2015, nr. ARB/14/10 (*Highbury International AVV, Compañía Minera de Bajo Caroní AVV, and Ramstein Trading Inc. v. The Bolivarian Republic of Venezuela*), 'Decision on the Proposal for Disqualification of Professor Brigitte Stern' (bron van de uitspraak: Cleis 2017, p. 166-167).

670 ICSID 9 juni 2015, nr. ARB/14/10, par. 104.

671 ICSID 9 juni 2015, nr. ARB/14/10, par. 104.

672 PCA 17 december 2009, nr. 2010-9 (*ICS Inspection and Control Services Limited (United Kingdom) v. The Republic of Argentina*), 'Decision on Challenge to Arbitrator' (bron van de uitspraak: Redfern & Hunter 2015, nr. 4.136; Daele 2012, nrs. 7.012-7.015, 7.083; Bernasconi-Osterwalder, Johnson & Marshall 2010, p. 18-19).

673 PCA 17 december 2009, nr. 2010-9, p. 5.

stituted arbitrator' binnen dertig dagen.⁶⁷⁴ Mijns inziens opvallend is de stelligheid waarmee Sekolec het betoog van eiseres dat de zaken niet verwant waren van tafel schoof zonder concreet aan te geven waarom de zaken niet helemaal 'dissimilar' waren.

De tweede investeringsarbitrage is een ICSID-arbitrage waarin eiseressen probeerden de partij-arbiter van de Staat Kazachstan te wraken.⁶⁷⁵ Eiseressen voerden, kort samengevat, aan dat de arbiter ook in een andere (UNCITRAL-)arbitrage door de staat was benoemd die 'obvious similarities' met de onderhavige arbitrage zou vertonen, en dat beide zaken 'rely on essentially the same factual allegations (...) as well as legal grounds'.⁶⁷⁶ In het licht van niet alleen 'the significant overlap in the underlying facts', maar ook de 'relevance of these facts for the determination of legal issues in the present arbitration', kwamen de twee niet-gewraakte arbiters in maart 2014 tot het oordeel dat 'a reasonable and informed third party would find it highly likely that [de arbiter, PR] would prejudge legal issues in the present arbitration based on the facts underlying' de andere arbitrage.⁶⁷⁷ Het eindoordeel was dat de arbiter niet aan alle vereisten van artikel 14 lid 1 van de ICSID Convention 2006 voldeed.⁶⁷⁸ Uit deze beslissing zou kunnen worden afgeleid dat bij de vraag of sprake is van een (on)toelaatbaar *issue conflict* niet alleen wordt gekeken naar de feitelijke overlap, maar ook naar de rol die deze feiten spelen bij het bepalen van de juridische punten van geschil.

290. De subjectieve aard van de factor

Een concreet antwoord op de vraag wanneer sprake is van een ontoelaatbaar *issue conflict* wordt bemoeilijkt door de subjectieve aard - in de literatuur wel omschreven als 'state of mind'- van de factor.⁶⁷⁹ Een verband tussen arbitrale vooringenomenheid en de arbitrale besluitvorming is niet alleen lastig om aan te tonen,⁶⁸⁰ ook kan het lastig zijn om het bestaan van een dergelijk verband in een concreet geval te bewijzen.⁶⁸¹ Interessant in laatstgenoemd verband is hetgeen de voorzitter van het Inter-

674 PCA 17 december 2009, nr. 2010-9, p. 5. Vgl. id. p. 4: '(...), I am of the opinion that the conflict in question is sufficiently serious to give rise to objectively justifiable doubts as to Mr. Alexandrov's impartiality and independence'.

675 ICSID 20 maart 2014, nr. ARB/13/13 (*Caratube International Oil Company LLP en Devinci Salah Hourani v. Republic of Kazakhstan*), 'Decision on the Proposal for Disqualification of Bruno Boesch'. Zie over deze uitspraak ook bijv. Hoffmann 2018, vn. 28 (nr. 55); Popova & Polebaum 2018, p. 942-943; Reed & Atanasova 2018, nrs. 37-38; ASIL/ICCA Report 2016, par. 134-136; Kim 2014, p. 627-628.

676 ICSID 20 maart 2014, nr. ARB/13/13, par. 24-25 en par. 26, vgl. id. par. 61 en 62, par. 71.

677 ICSID 20 maart 2014, nr. ARB/13/13, par. 90 jo. par. 91.

678 ICSID 20 maart 2014, nr. ARB/13/13, par. 91 waarna de arbiters eveneens overwogen dat 'a third party would find that there is an evident or obvious appearance of imbalance within the Tribunal' (par. 95), vgl. par. 109-110.

679 Reed & Atanasova 2018, nr. 10; Daele 2012, nr. 5.034.

680 Vgl. ICSID 20 maart 2014 (*Caratube International Oil Company LLP en Devinci Salah Hourani v. Republic of Kazakhstan*), nr. ARB/13/13, 'Decision on the Proposal for Disqualification of Bruno Boesch', par. 77.

681 Zie bijv. ICSID 12 augustus 2010, nr. ARB/07/26 (*Urbaser S.A. and Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa v. The Argentine Republic*), 'Decision on Claimants' Proposal to Disqualify Professor Campbell McLachlan, Arbitrator', par. 45. Vgl. PCA 19 december 2011, nr. IR-2011/1 (*Abacat c.s. v. The Argentine Republic*), 'Recommendation Pursuant to the Request by ICSID on the Respondent's Proposal for the Disqualification of Arbitrator', par. 108; PCA 6 oktober 2014, nr. AA518 (*Valeri Belokon v. The Kyrgyz Republic*), 'Decision on Challenges to Arbitrators Professor Kaj Hober and Professor Jan Paulsson', par. 66 (bron van de uitspraak: Reed & Atanasova 2018, nr. 33). Vgl. Kim 2014, p. 635 waarin het onderscheid tus-

national Court of Justice (Tomka) in september 2013 overwoog.⁶⁸² In mei 2013 had de Staat India een wrakingsverzoek tegen de voorzitter van het scheidsgerecht en de partij-arbiter van eiseressen ingediend op grond van onder meer de omstandigheid dat de beide arbiters samen reeds eerder hadden opgetreden in twee ICSID-scheids-gerechten die een positie hadden ingenomen over een bepaalde juridische kwestie 'expected to arise in the present proceedings'.⁶⁸³ Daarnaast nam de partij-arbiter deel in 'a third tribunal that also took up the same issue', en had de arbiter een artikel geschreven 'in which he discussed his view on the issue'.⁶⁸⁴ Tomka wees het verzoek dat tegen de partij-arbiter was gericht toe. Hij overwoog dat de arbiter 'has assumed a consistent position in three decisions' en, onder verwijzing naar een wetenschappelijke publicatie waarin de arbiter 'further affirmed that position', overwoog de voorzitter: '(...) being confronted with the same legal concept in this case arising from the same language on which he has already pronounced on the four aforementioned occasions could raise doubts for an objective observer as to [de arbiter, PR]'s ability to approach the question with an open mind'.⁶⁸⁵ In lijn met de hiervoor besproken uitspraken wordt aldus gekeken naar eerder door de arbiter ingenomen standpunten. Interessant is daarnaast dat de voorzitter nadrukkelijk meeweegt dat de arbiter zijn standpunt in een artikel over de juridische kwestie heeft bevestigd.

Niet alleen een wetenschappelijke publicatie kan worden gebruikt ter onderbouwing van het oordeel dat de arbiter al eerder een standpunt over een bepaald juridisch vraagstuk heeft ingenomen, ook uit de schrijfstijl van een arbiter zou het nodige kunnen worden afgeleid, zo komt naar voren in een uitspraak van het Tribunal de grande instance van Parijs uit maart 2012.⁶⁸⁶ In deze zaak had het gerecht zich over een wrakingsverzoek gebogen dat was gericht tegen de partij-arbiter van Lamotte Distribution die reeds tweemaal door de onderneming was benoemd ter beslechting van een 'même affaire'. Het gerecht wees het verzoek toe. Kort samengevat overwoog het gerecht dat uit de omstandigheid dat 'l'arbitre décrit dans des écritures développées les affaires liant la société Lamotte Distribution au Groupe Carrefour' volgde dat de arbiter 'connaît parfaitement le dossier', hetgeen kon 'instil-

sen '[o]bjective evidence' en 'subjective belief' wordt benadrukt. Vgl. Cour de cassation (chambre civile 1) 29 juni 2011, nr. 09-17.346 (*société Papillon group corporation/République arabe de Syrie c.s.*) waarin het gerecht, kort samengevat, overwoog dat het hof de inhoud van 'deux articles de presse concernant la situation géopolitique de la région sans révéler être un zélateur de la cause syrienne' die door de voorzitter van het scheidsgerecht waren geschreven, niet hoefde te bestuderen ('sans avoir à analyser le contenu des articles de presse') nu het geschil draaide om 'un contrat de marketing' (bron van de uitspraak: Castres Saint-Martin 2016, nr. 131).

682 PCA 30 september 2013, nr. 2013-09 (*CC/Devas (Mauritius) Ltd., Devas Employees Mauritius Private Limited and Telcom Devas Mauritius Limited v. The Republic of India*). Zie over deze uitspraak ook bijv. Popova & Polebaum 2018, p. 941-942; Paulsson & Petrochilos 2017, p. 80-81; ASIL/ICCA Report 2016, par. 118-122; Kim 2014, p. 630-632; Schill 2014, p. 4.

683 PCA 30 september 2013, nr. 2013-09, par. 3. Vgl. id. par. 18.

684 PCA 30 september 2013, nr. 2013-09, par. 3.

685 PCA 30 september 2013, nr. 2013-09, par. 62 jo. par. 64. Het wrakingsverzoek dat tegen de voorzitter was gericht, werd afgewezen onder meer vanwege de 'more limited pronouncements on the relevant text', en de omstandigheid dat de arbiter 'has not taken a position on the legal concept in issue'. Er was dan ook 'no appearance of his prejudgment on the issue of "essential security interests" which will have to be considered by the Tribunal in the ongoing arbitration' (par. 66).

686 TGI Parijs 2 maart 2012, *Revue de l'Arbitrage* 2013, afl. 1, p. 183-185 (*SAS CSF/SARL Lamotte Distribution e.a.*). Zie over deze uitspraak ook bijv. Castres Saint-Martin 2016, nr. 121; Ortscheidt 2013.

ler un doute dans l'esprit de la partie adverse sur ses qualités d'indépendance et d'impartialité'.⁶⁸⁷ Hoewel mij niet duidelijk is wat het gerecht onder 'écritures développées' verstaat, is het interessant dat uit een bepaalde schrijfstijl zou kunnen worden afgeleid dat de arbiter teveel (dossier)kennis heeft, hetgeen kan leiden tot het oordeel dat sprake is van arbitrale vooringenomenheid.

291. Op zoek naar de grenzen van het (on)toelaatbare *issue conflict*: vier gezichtspunten

Om enig inzicht te krijgen in de vraag wat als een toelaatbaar 'issue conflict' kan worden beschouwd, worden vier gezichtspunten naar voren gebracht die behulpzaam kunnen zijn bij de beantwoording van deze vraag.

Het eerste gezichtspunt ziet op de 'besluitvormingsvrijheid' van de arbiter (vgl. nr. 34). Betoogd kan worden dat het een arbiter in beginsel vrijstaat om tot een eigen inhoudelijk oordeel te komen.⁶⁸⁸ Dit oordeel kan evenwel afwijken van het oordeel waartoe een andere arbiter zou zijn gekomen. Illustratief op dit punt is hetgeen twee niet-gewraakte ICSID-arbiters in oktober 2007 overwogen: 'a difference of opinion over an interpretation of a set of facts is not in and of itself evidence of lack of independence or impartiality'.⁶⁸⁹ Hieraan voegden zij toe dat, zelfs als 'an appellate body should ultimately reverse such determination, that reversal in and of itself would by no means be evidence of a failure of impartiality or independence', omdat ook een arbiter 'may be wrong on a point of law or wrong on a finding of fact but still be independent and impartial'.⁶⁹⁰ Anders gezegd, een arbiter mag de juridische plank dan wel hebben misgeslagen, maar kan nog steeds onafhankelijk en onpartijdig zijn.

687 TGI Parijs 2 maart 2012, *Revue de l'Arbitrage* 2013, afl. 1, p. 185. Id. p. 184: '(...), la société CSF étant elle-même une filiale de Carrefour (...)'. Vgl. Čech 2016, nr. 2.46: 'The most important factors which decide whether an arbitrator is predisposed or biased concern: (...) (ii) the strength of the language which was used in expressing them; (...)'.
 688 Vgl. U.S. Court of Appeals for the Second Circuit 2 juni 2011 (*STMicroelectronics, N.V./Credit Suisse Securities (USA)*), nr. 10-3847-cv: '(...), it does not follow that all cases dealing with similar issues must reach the same result. Rather, such decisions are naturally open to distinction. And because we here review an arbitration award rather than the judgment of a district court, we do not require that a potential distinction be correct, only that it be at least "barely colorable." (...)'.
 689 ICSID 22 oktober 2007, nr. ARB/03/17 (*Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. and InterAgua Servicios Integrales del Agua S.A. v. The Argentine Republic*), 'Decision on the Proposal for the Disqualification of a Member of the Arbitral Tribunal', par. 35.
 690 ICSID 22 oktober 2007, nr. ARB/03/17, par. 35. In vergelijkbare bewoordingen: PCA 19 december 2011, nr. IR-2011/1 (*Abaclat c.s. v. The Argentine Republic*), 'Recommendation Pursuant to the Request by ICSID on the Respondent's Proposal for the Disqualification of Arbitrator', par. 65. Vgl. U.S. District Court for the District of Columbia 7 juni 2010 (*Republic of Argentina/BG GROUP PLC*), 715 F. Supp. 2d 108: 'Jan van den Berg's failure to provide an explanation for his decision is hardly evidence of nefarious intent on his party especially given the well-settled principle that arbitrators have no obligation to disclose the basis upon which their awards are made. (...). Furthermore, there could be a number of innocuous reasons to explain why Jan van den Berg reached a different conclusion in the first case' (bron van de uitspraak: ICSID 23 december 2010, nr. ARB/10/5 (*Tidewater Inc., Tidewater Investment SRL, Tidewater Caribe, C.A. c.s. v. The Bolivarian Republic of Venezuela*), 'Decision on Claimants' Proposal to Disqualify Professor Brigitte Stern, Arbitrator', vn. 55 (par. 68), zie ook bijv. Wilske & Eckardt 2016, p. 378; Daele 2012, nrs. 7.055-7.056; Mouawad 2008, p. 8-9).

De vrijheid op dit punt is echter niet onbegrensd, zo komt naar voren in een uitspraak van het Oberlandesgericht Frankfurt am Main van oktober 2009.⁶⁹¹ Hoewel het gerecht erkende dat 'Verfahrensfehler des Schiedsrichters und Fehler in der Tatsachenfeststellung und Rechtsanwendung die Besorgnis der Befangenheit begründen', onderstreepte het dat dergelijke 'Fehler' slechts tot wraking kunnen leiden 'wenn sie in besonderer Häufung und Schwere auftreten'.⁶⁹² Het gerecht benadrukte dat wraking geen middel was 'um eine Fehler- oder Verfahrenskontrolle auszuüben'.⁶⁹³ Wanneer kunnen dergelijke 'Fehler' dan wel tot toewijzing van een wrakingsverzoek leiden? Het gerecht overwoog dat de 'Fehlerhaftigkeit der Sachbehandlung mit einiger Deutlichkeit auf eine Voreingenommenheit des Richters gegenüber der ablehnenden Partei oder auf Willkür [moet, PR] hinweisen'.⁶⁹⁴ Een duidelijke, zij het mijns inziens weinig verrassende, grens is aldus indien sprake is van duidelijke arbitrale vooringenomenheid en/of willekeur jegens één van de partijen. De bewijslat in dit verband zal hoog liggen.

In het kielzog van de arbitrale besluitvormingsvrijheid verschijnt, met name in ICSID-uitspraken, het vraagstuk van (de) arbitrale precedentwerking ten tonele.⁶⁹⁵ Hoewel in artikel 53 lid 1 van de ICSID Convention 2006 staat dat '[t]he award shall be binding on the parties (...)' is in de investeringsarbitrageliteratuur betoogd dat van een 'de facto doctrine of precedent' kan worden gesproken.⁶⁹⁶ Dit betoog wordt ondersteund door de gedachte dat investeringsarbitrages onderdeel uitmaken van 'an evolving body of international law, which arbitrators are in a position to influence through their awards'.⁶⁹⁷ Niet alleen in de literatuur kunnen aanknopingspunten worden gevonden. Zo kan worden gewezen op hetgeen twee niet-gewraakte ICSID-arbiters in augustus 2010 overwoogen: 'in a system like ICSID arbitration' zou de persoonlijke opvatting van een arbiter 'of greater weight' zijn dan 'in most other systems of judicial adjudication worldwide'.⁶⁹⁸ Waar '[i]n other judicial systems, decisions are based on precedent' en 'the opinion of an individual judge counts for

691 OLG Frankfurt am Main 29 oktober 2009, nr. 26 Sch 12/09, *SchiedsVZ* 2010, afl. 1, p. 52-56 (bron van de uitspraak: Daele 2012, nr. 7.119; vindplaats van de uitspraak: DIS Datenbank).

692 OLG Frankfurt am Main 29 oktober 2009, nr. 26 Sch 12/09, r.o. 1.aa).

693 OLG Frankfurt am Main 29 oktober 2009, nr. 26 Sch 12/09, r.o. 1.aa). Vgl. Tribunal fédéral 27 juni 2012, nr. 4A_54/2012, r.o. 2.2.3 (zie voor een Engelse samenvatting: G. von Segesser & A. Truttmann, A contribution by the ITA Board of Reporters, via: Kluwer Arbitration); Tribunal fédéral 20 december 1989, 115 Ia 400, r.o. 3.b); Tribunal fédéral 17 november 1987, 113 Ia 407, r.o. 2.b).

694 OLG Frankfurt am Main 29 oktober 2009, nr. 26 Sch 12/09, r.o. 1.aa).

695 Guillaume 2011, p. 17. Vgl. Franck e.a. 2017, p. 1126. Vgl. Tribunal fédéral 9 oktober 2012, nr. 4A_110/2012, r.o. 3.2.2; ICSID 15 januari 2008, nr. ARB (AF)/04/1 (*Corn Products International, Inc. v. United Mexican States*), 'Decision on Responsibility (redacted version)', par. 77. Zie voor een (mogelijk) verband tussen arbitrale vooringenomenheid en precedentwerking: Froitzheim 2016, nr. 706; Luttrell 2009, p. 239-242.

696 McLachlan, Shore & Weiniger 2017, nr. 3.164, ook wel 'a system of soft precedent' genoemd (Rogers 2014, nr. 8.32). Vgl. Luttrell 2009, p. 240; Gaillard & Savage 1999, nr. 384; Wilske & Eckardt 2016, p. 368.

697 Hwang & Lim 2011, nr. 64. Zie ook bijv. Rogers 2014, nr. 8.17.

698 ICSID 12 augustus 2010, nr. ARB/07/26 (*Urbaser S.A. and Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa v. The Argentine Republic*), 'Decision on Claimants' Proposal to Disqualify Professor Campbell McLachlan, Arbitrator', par. 49. De omstandigheid dat beslissingen van 'Annulment Committees' geen 'precedential value' hebben 'necessarily implies that weight is given to the opinion of each member of an ICSID Tribunal' (id. par. 49). Vgl. ICSID 20 mei 2011, nr. ARB/10/9 (*Universal Compression International Holdings, S.L.U. v. The Bolivarian Republic of Venezuela*), 'Decision on the Proposal to Disqualify Prof. Brigitte Stern and Prof. Guido Santiago Tawil, Arbitrators', par. 83.

little to the extent that previous precedents have to be followed', zou ieder ICSID-scheidsgerecht 'sovereign in its decision making' zijn, aldus de twee arbiters.⁶⁹⁹

Het tweede gezichtspunt houdt verband met een spanningsveld dat zich aandient tussen de vrijheid van partijen om voor een 'eigen' (partij-)arbiter te kunnen kiezen en de voorkennis van deze arbiter.⁷⁰⁰ Partijen zouden actief op onderzoek uitgaan naar informatie over arbiters - wat voor arbitrale vonnissen heeft hij/zij gewezen, met welke arbiters heeft hij/zij samengewerkt, wat heeft hij/zij zoal gepubliceerd? - en uiteindelijk kunnen kiezen voor de meest geschikte arbiter.⁷⁰¹ Niets menselijks is ook een benoemende partij vreemd? Nee, aldus het Amerikaanse Court of Appeals for the Seventh Circuit dat in januari 2011 overwoog: '(...), private parties often select arbitrators precisely *because* they know something about the controversy'.⁷⁰² Interessant zijn ook de woorden van het hof die hierop volgen: '[a]rbitration need not follow the pattern of jury trials, in which a factfinder's ignorance is a prime desideratum' aangezien '[n]othing in the parties' contract requires arbitrators to arrive with empty heads', en '[f]ederal judges, of all people, should not confuse knowledge with a disqualifying "interest."'.⁷⁰³

Het derde gezichtspunt is een observatie van de wijze waarop scheidsgerechten omgaan met de hierboven genoemde relatieve vooringenomenheid van een arbiter (nr. 289). Allereerst kan een zgn. 'directe wijze' worden onderscheiden: men gelooft op basis van de persoon van de arbiter zelf dat hij tot onafhankelijke en onpartijdige oordeelsvorming in staat is.⁷⁰⁴ Ter illustratie van de directe wijze kan worden gewezen op hetgeen naar voren komt in een beslissing die afkomstig is van twee niet-gewraakte ICSID-arbiters uit augustus 2010. De arbiters hechtten de nodige waarde aan 'the trust' in de 'ability' van de gewraakte arbiter 'to examine the matter from a more broad perspective, and in taking full account of the facts, circumstances and arguments presented by the Parties in the present proceeding (...)'.⁷⁰⁵ De nadruk wordt dus gelegd op het vermogen van de arbiter om de kwestie op een niet-vooringenomen wijze te beoordelen. Woorden met een vergelijkbare strekking zijn afkom-

699 ICSID 12 augustus 2010, nr. ARB/07/26, par. 49.

700 Vgl. ASIL/ICCA Report 2016, par. 158; Popova & Polebaum 2018, p. 952.

701 Brower & Rosenberg 2013, p. 17-18; Daele 2012, nr. 7.002. Vgl. Cleis 2017, p. 225-228; Hanotiau 2016, p. 168; Castres Saint-Martin 2016, nr. 129; Kim 2014, p. 622; Lew, Mistelis & Kröll 2003, nr. 11.15.

702 U.S. Court of Appeals for the Seventh Circuit 31 januari 2011 (*Trustmark Insurance Co./John Hancock Life Insurance Co.*), nr. 09-3682.

703 U.S. Court of Appeals for the Seventh Circuit 31 januari 2011, nr. 09-3682.

704 Hoewel in onderhavig verband ook uitspraken bekend zijn waarin tot een ander oordeel werd gekomen, zie bijv. LCIA 31 juli 2012, nr. 122053, par. 76; PCA 17 december 2009, nr. 2010-9 (*ICS Inspection and Control Services Limited (United Kingdom) v. The Republic of Argentina*), 'Decision on Challenge to Arbitrator', p. 5; High Court (Commercial Court) 29 april 2016 (*Guidant LLC/Swiss Re International SE e.a.*) [2016] EWHC 1201 (Comm), r.o. 11. Interessant is ook hetgeen naar voren komt in PCA 8 december 2009, nr. IR-2009/1 (*Perenco Ecuador Ltd. v. The Republic of Ecuador and Empresa Estatal Petróleos del Ecuador (Petroecuador)*), 'Decision on Challenge to Arbitrator', par. 63: '(...), given Judge Brower's experience and reputation, it can be assumed that he must have been aware of the risks his interview could entail as far as raising justifiable doubts regarding his impartiality or independence'.

705 ICSID 12 augustus 2010, nr. ARB/07/26 (*Urbaser S.A. and Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa v. The Argentine Republic*), 'Decision on Claimants' Proposal to Disqualify Professor Campbell McLachlan, Arbitrator', par. 58. Vgl. ICSID 23 december 2010, nr. ARB/10/5 (*Tidewater Inc., Tidewater Investment SRL, Tidewater Caribe, C.A. c.s. v. The Bolivarian Republic of Venezuela*), 'Decision on Claimants' Proposal to Disqualify Professor Brigitte Stern, Arbitrator', par. 71.

stig van het Tribunal de grande instance van Parijs in januari 1986.⁷⁰⁶ Het gerecht overwoog: '[a]ttendu que, pour cet arbitre, la connaissance de la procédure antérieure n'est pas de nature à mettre en cause son impartialité ainsi que son objectivité, ni même son aptitude à juger sereinement le nouveau litige, dès lors que sa personne ne fait l'objet d'aucune contestation sérieuse'.⁷⁰⁷ Het gerecht overweegt (vrij vertaald) dat de omstandigheid dat de persoon van de arbiter zelf niet het onderwerp is van enig 'sérieus(e)' debat zwaarder weegt dan de omstandigheid dat de arbiter kennis heeft van een eerdere procedure. Een welhaast blind vertrouwen in de persoon van de arbiter heeft het Handelsgericht van Wenen in juli 2007.⁷⁰⁸ Het gerecht overwoog: '[g]erade einem erfahrenen, intellektuellen Schiedsrichter, (...), ist aufgrund seines Aufgabenbereiches zuzutrauen, dass er zwischen dem im konkreten Akt notwendigen und zu erarbeitenden Sachverhalt und Sachverhalten unterscheiden kann, die, wenn auch in ähnlicher Konstellation, im Vorverfahren relevant waren' (curs. PR).⁷⁰⁹

Naast de directe wijze kan een zgn. 'indirecte wijze' worden onderscheiden. In dit verband wordt waarde gehecht aan een verklaring waarin de arbiter aangeeft niet vooringenomen te zijn. Ter illustratie van de indirecte wijze kan worden gewezen op hetgeen naar voren komt in een uitspraak die afkomstig is van de voorzitter van de ICSID Administrative Council (Zoellick) in mei 2011.⁷¹⁰ De voorzitter overwoog dat de verklaring die door de gewraakte (partij-)arbiter was afgegeven en waarin werd verklaard dat "the fact of whether I am convinced or not convinced by a pleading depends on the intrinsic value of the legal arguments and not on the number of times I hear the pleading"⁷¹¹ has not been put in question'.⁷¹¹ Interessant is dat partijen een plicht lijken te krijgen opgelegd om niet alleen feiten en omstandigheden naar voren te brengen die aanleiding geven tot het oordeel dat sprake is van een ontoelaatbaar 'issue conflict', maar ook om een door de arbiter uitgebrachte verklaring op dit punt te weerleggen. Een andere interessante beslissing is afkomstig van een LCIA Division uit juni 2008.⁷¹² In algemene bewoordingen overwoog de betreffende divisie eerst dat 'an arbitrator's declaration of open-mindedness is not conclusive of an open mind, and could in fact evidence the opposite'.⁷¹³ In het onderhavige geval gaf de omstandigheid dat de arbiter 'had expressly stated in his dissent that his conclusion 'did not involve forming a final view of the contract, defences, or of matters such as affirmation' aanleiding voor de divisie 'to conclude that he had contemplated the possibility that his view of the contract and of the merits might change'.⁷¹⁴ Niet alleen op basis van hetgeen in een verklaring tot arbitrale onafhankelijkheid en/of

706 TGI Parijs 13 januari 1986, *Revue de l'Arbitrage* 1987, afl. 1, p. 63-65 (*société anonyme Setec Bâtiment (S.E.T.E.C.)/société anonyme Sicca*).

707 TGI Parijs 13 januari 1986, *Revue de l'Arbitrage* 1987, afl. 1, p. 65.

708 Handelsgericht Wenen 24 juli 2007, nr. 16 Nc 2/07w.

709 Handelsgericht Wenen 24 juli 2007, nr. 16 Nc 2/07w (bron van de geciteerde rechtsoverweging: www.trans-lex.org/311410).

710 ICSID 20 mei 2011, nr. ARB/10/9 (*Universal Compression International Holdings, S.L.U. v. The Bolivarian Republic of Venezuela*), 'Decision on the Proposal to Disqualify Prof. Brigitte Stern and Prof. Guido Santiago Tawil'.

711 ICSID 20 mei 2011, nr. ARB/10/9, par. 84. Vgl. ICSID 11 juli 2014, nr. ARB/10/24 (*İçkale İnşaat Limited Şirketi v. Turkmenistan*), 'Decision on Claimant's Proposal to Disqualify Professor Philippe Sands', par. 122.

712 LCIA Division 16 juni 2008, nrs. 81007, 81008, 81024 & 81025.

713 LCIA Division 16 juni 2008, nrs. 81007, 81008, 81024 & 81025, par. 4.16.

714 LCIA Division 16 juni 2008, nrs. 81007, 81008, 81024 & 81025, par. 4.16.

onpartijdigheid staat opgenomen, kan dus tot het oordeel worden gekomen dat geen sprake is van arbitrale vooringenomenheid, dit zou ook kunnen worden afgeleid uit een 'dissent(ing opinion)'.

Het vierde gezichtspunt houdt verband met een spanningsveld dat zich aandient tussen de hoeveelheid beschikbare arbiters en de voorkennis van deze arbiters. Hoewel de roep om een onafhankelijk en onpartijdig scheidsgerecht nadrukkelijk klinkt, dient niet te snel voorbij te worden gegaan aan de waarde die partijen kunnen hechten aan een arbiter die over bepaalde (voor)kennis beschikt.⁷¹⁵ Dit spanningsveld, dat hierboven reeds naar voren kwam tijdens de bespreking van de factor van de herbenoeming (nr. 277), speelt met name een rol in investeringsarbitrages omdat het aantal 'repeat players' hier hoger zou zijn dan in handelsarbitrages.⁷¹⁶ In meerdere ICSID-beslissingen is gewaarschuwd om de oren niet te zeer te laten hangen naar de roep om een onafhankelijk en onpartijdig scheidsgerecht in het kader waarvan een, hetgeen ik aanduid als, 'systeemargument' veelvuldig van stal is gehaald. Ter illustratie wijs ik op drie beslissingen waarin, kort samengevat, naar voren kwam dat op het moment dat te snel wordt geoordeeld dat een arbiter die over bepaalde (voor)kennis beschikt hij/zij niet meer als arbiter geschikt is, hetgeen de functionaliteit van ICSID-arbitrages in gevaar zou kunnen brengen. Zo overwogen twee niet-gewraakte ICSID-arbiters in augustus 2010: '[s]uch an approach would lead to the disqualification of as many arbitrators, including in particular those who have acquired the greatest experience, thus leading to the paralysis of the ICSID arbitral process'.⁷¹⁷ In mei 2011 overwoog de voorzitter van de ICSID Administrative Council (Zoellick): '[t]he international investment arbitration framework would cease to be viable if an arbitrator was disqualified simply for having faced similar factual or legal issues in other arbitrations'.⁷¹⁸ In februari 2008, tot slot, overwogen twee niet-gewraakte ICSID-arbiters dat niet alleen investeringsarbitrage, maar ook commerciële arbitrage 'would become unworkable if an arbitrator were automatically disqualified on the ground only that he or she was exposed to similar legal or factual issues in concurrent or consecutive arbitrations'.⁷¹⁹

715 Vgl. Daele 2012 waarin in dit verband drie belangen worden onderscheiden: i) 'the interest of the community of arbitrators', ii) 'the interest of the users of arbitration at large', iii) 'the interest of arbitration as a suitable and popular means of dispute resolution' (nr. 7.109). Vgl. Sands 2015 waarin het belang van bescherming van 'the integrity of the system' wordt genoemd (p. 659). In vergelijkbare zin: Schill 2011, p. 35-36; Schwebel 2015a, p. 7; Schwebel 2015b, p. 188; Mouawad 2008, p. 14.

716 Door Saenger 2021, nr. 3 en Froitzheim 2016, nr. 705 (mooi) verwoord met het woord 'systemimmanent'. Vgl. Luttrell 2016, p. 313; Van Houtte & Brunetti 2013, p. 559-560.

717 ICSID 12 augustus 2010, nr. ARB/07/26 (*Urbaser S.A. and Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa v. The Argentine Republic*), 'Decision on Claimants' Proposal to Disqualify Professor Campbell McLachlan, Arbitrator', par. 54. Vgl. id. par. 48 waarin de twee arbiters overwogen dat '[t]he wide spreading of ICSID awards' er 'greatly' aan heeft bijgedragen 'to dense exchanges of views throughout the world on matters of international investment law'.

718 ICSID 20 mei 2011, nr. ARB/10/9 (*Universal Compression International Holdings, S.L.U. v. The Bolivarian Republic of Venezuela*), 'Decision on the Proposal to Disqualify Prof. Brigitte Stern and Prof. Guido Santiago Tawil, Arbitrators', par. 83.

719 ICSID 25 februari 2008, nr. ARB/07/19 (*Electrabel S.A. v. Republic of Hungary*), 'Decision on the Claimant's Proposal to Disqualify a Member of the Tribunal', par. 41.

292. Enige arbitrale wet- en regelgeving

Het is tijd om te kijken naar relevante arbitrale wet- en/of regelgeving. Een lange zoektocht kan achterwege blijven: de factor wordt in de arbitrale wet- en regelgeving van de vier jurisdicties en vier arbitrage-instituten van onderzoek niet afzonderlijk als grond genoemd die aanleiding kan geven tot twijfels aan de arbitrale onafhankelijkheid en/of onpartijdigheid. Het is mij niet duidelijk waarom de factor, die niet alleen de nodige aandacht krijgt in de literatuur maar ook in (scheids)rechterlijke uitspraken, op dit punt niet ook de aandacht heeft gekregen van wetgevers en/of arbitrage-instituten.⁷²⁰ Een verklaring zou kunnen zijn dat de factor pas relatief recent (meer) aandacht geniet. Ook het hierboven genoemde gebrek aan consensus over een definitie van het 'issue conflict' zou een verklaring kunnen zijn (nr. 287).⁷²¹

Daarentegen is wel enige aandacht voor de factor in het kader van de disclosure-verplichting. Zo staat in de IBA Rules of Ethics 1987 onder de 'Duty of Disclosure' onder meer dat een arbiter 'should disclose (...) the extent of any prior knowledge he may have of the dispute'.⁷²² In de ICC 'Note to Parties and Arbitral Tribunals on the Conduct of the Arbitration' 2021 komt naar voren dat iedere (kandidaat-)arbiter 'should consider all potentially relevant circumstances' waaronder de omstandigheid dat hij of zijn/haar advocatenkantoor 'is or has been involved in the dispute, or has expressed a view on the dispute in a manner that might affect his or her impartiality'.⁷²³ Het valt op dat in beide documenten een disclosure-verplichting in algemene bewoordingen is opgenomen. Interessant is daarnaast om te wijzen op een door het ICSID Secretariaat in oktober 2004 gepubliceerd 'Discussion Paper' waarin het Secretariaat voorstelde om de 'disclosure requirements' voor ICSID-arbiters uit te breiden door de (toenmalige) Rule 6 lid 2 van de Arbitration Rules en artikel 13 lid 2 van de Additional Facility Arbitration Rules te amenderen.⁷²⁴ Voorgesteld werd om arbiters ook te vragen 'to disclose, not only any past or present relationships with the parties, but more generally any circumstances likely to give rise to justifiable doubts as to the arbitrator's relia-

720 Vgl. Brubaker 2008, p. 150: '(...), impartiality standards in international arbitration are sufficiently general to provide for the regulation of issue conflicts'.

721 Vgl. Castres Saint-Martin 2016 waarin twee redenen naar voren worden gebracht waarom 'l'issue conflict n'a pas été accueilli par le système juridique française' en de Franse wetgever zouden verhinderen 'de reconnaître en l'issue conflict une véritable notion de droit'. Enerzijds zou dit verband houden met de onbekendheid van het systeem 'à la règle du précédent', anderzijds zou het begrip tot verwarring leiden bij de Franse doctrine (nrs. 107-108). In de literatuur wordt voorts gewaarschuwd voor overregulering, zie bijv. González de Cossío 2010, p. 6; Nappert 2010, p. 152.

722 IBA Rules of Ethics for International Arbitrators 1987, par. 4.2. In vergelijkbare bewoordingen: SIAC Code of Ethics 2015, par. 2.2. Zie ook bijv. Standard 7 (d) Ethics Standards for Neutral Arbitrators in Contractual Arbitration, California Rules of Court, 1 januari 2022. Interessant is ook hetgeen naar voren komt in Annex 29 - B (Code of conduct for arbitrators and mediators) CETA, par. 4: '(...), candidates shall disclose the following interest, relationships and matters: (...) (4) public advocacy or legal or other representation concerning an issue in dispute in the proceeding or involving the same matters' (vindplaats: via ec.europa.eu/trade/policy/in-focus/ceta/ceta-chapter-by-chapter), zie ook: Annex II (Code of Conduct for Arbitrators) bij het 'Investment Cooperation and Facilitation Treaty between the Federative Republic of Brazil and the Republic of India', ondertekend op 25 januari 2020, art. 10 sub g (vindplaats: via investment-policy.unctad.org, vgl. Volterra & Mandelli 2017, p. 102-104).

723 ICC, Note to Parties and Arbitral Tribunals on the Conduct of the Arbitration, 1 januari 2021, par. 27.

724 ICSID Secretariaat, 'Possible Improvements of the Framework of ICSID Arbitration', Discussion Paper, 22 oktober 2004.

bility for independent judgment', waarbij het Secretariaat overwoog: '[t]his might in particular be helpful in addressing perceptions of issue conflicts among arbitrators'.⁷²⁵ De voorgestelde aanpassing is in de gewijzigde Additional Facility Arbitration Rules overgenomen die met ingang van 10 april 2006 in werking zijn getreden.⁷²⁶ Tot slot kan worden gewezen op de voorbereidingen van de UNCITRAL Working Group III (Investor-State Dispute Settlement Reform) en het ICSID om een 'code of conduct' op te stellen waarin ook aandacht voor het *issue conflict* zal zijn.⁷²⁷

Nu aandacht is besteed aan de vraag op welke wijze de factor van het *issue conflict* in verband kan worden gebracht met de arbitrale onafhankelijkheid en/of onpartijdigheid is het tijd om nader in te gaan op vier verschijningsvormen van een *issue conflict*.

6.5.2 Verschijningsvorm 1: arbiter ↔ advocaat

293. Algemeen

In deze paragraaf staat de verschijningsvorm centraal die, kort gezegd, betrekking heeft op de situatie waarin een arbiter gelijktijdig optreedt of in het verleden als advocaat heeft opgetreden in een arbitrage waarin eenzelfde of een vergelijkbare juridische vraag centraal stond dan wel waaraan eenzelfde of een vergelijkbaar feitencomplex ten grondslag lag.⁷²⁸ In de literatuur gaat de nodige aandacht naar deze verschijningsvorm uit: gesproken is van 'double hats',⁷²⁹ 'double-hatting',⁷³⁰ 'double hat dilemma',⁷³¹ 'hat-switching',⁷³² 'role confusion',⁷³³ 'revolving doors',⁷³⁴ en 'twin roles'.⁷³⁵ Is voor deze verschijningsvorm ook zoveel aandacht in arbitrale wet- en regelgeving (nr. 294) en (scheids)rechterlijke uitspraken (nrs. 295-298)?

294. Invulling: arbitrale regelgeving

Ten aanzien van de arbitrale wet- en regelgeving van de vier jurisdicties en vier arbitrage-instituten van onderzoek kan de vraag ontkennend worden beantwoord. Een belangrijke kanttekening is echter dat het reguleringsdebat zich met name in

725 ICSID Secretariat, Discussion Paper, 22 oktober 2004, par. 17. Vgl. Working Paper of the ICSID Secretariat, 'Suggested Changes to the ICSID Rules and Regulations', 12 mei 2005, p. 12.

726 Zie ook: Parra 2006, p. 248.

727 Zie bijv. Report of Working Group III on the work of its thirty-fifth session (New York, 23-27 april 2018), A/CN.9/935, 14 mei 2008, par. 79. In de literatuur zijn de meningen verdeeld over de vraag of er 'separate bars' regels moeten komen, zie voor een overzicht van argumenten: Hwang & Lim 2011, nrs. 72-73.

728 Zie over dit gevalstype ook bijv. Bernasconi-Osterwalder, Johnson & Marshall 2010, p. 17-27; Redfern & Hunter 2015, nr. 4.132.

729 Hanotiau 2016, p. 169. Vgl. Ziadé 2012, p. 330: 'le système de la "double casquette"'.

730 Burgos 2018, p. 87; Reed & Atanasova 2018, nrs. 15-25. Vgl. Report of Working Group III on the work of its thirty-fifth session (New York, 23-27 april 2018), A/CN.9/935, 14 mei 2018, par. 79: '(...) that "triple" or even "quadruple" hatting had been observed in practice, where certain individuals acted as party-appointed experts in certain ISDS cases or advisers to third-party funders. (...)'.

731 Čech 2016, nr. 2.36.

732 Rogers 2014, nr. 8.22.

733 Sands 2015, p. 655-656; Park 2011, p. 487.

734 Langford, Behn & Lie 2017, p. 302; Sands 2015, p. 666; Rogers 2014, nr. 8.23.

735 Mouawad 2008, p. 2.

het domein van investeringsarbitrages afspeelt.⁷³⁶ Ook in geen van de drie lijsten van de IBA Guidelines 2014 is de eerste verschijningsvorm opgenomen. Wel staat in de toelichting op de 'Orange List' dat, aangezien de lijst 'a non-exhaustive list of examples' is, het kan voorkomen dat bepaalde situaties niet worden genoemd, maar waarin 'disclosure' wel op zijn plaats zou zijn. Als voorbeeld wordt de situatie genoemd waarin 'an arbitrator concurrently acts as counsel in an unrelated case in which similar issues of law are raised'.⁷³⁷ Hoewel de eerste verschijningsvorm niet in het kader van de 'Orange List' naar voren komt, wordt deze dus wel genoemd in de bijbehorende toelichting. Ofschoon bekend is dat de IBA Guidelines niet uitputtend van aard zijn, vind ik het opnemen van de factor in een toelichting op één van de lijsten ongelukkig. Wat is hiervan de status? Ook vraag ik mij af onder welke omstandigheden 'disclosure' dan wel is aangewezen.

Hoewel de eerste verschijningsvorm op het gebied van regulering in de kinderschoenen lijkt te staan,⁷³⁸ heeft deze van het ICSID wel aandacht gekregen. In de ICSID Arbitration Rules 2006 komt als volgt naar voren: '[n]o person who had previously acted as a conciliator or arbitrator in any proceeding for the settlement of the dispute may be appointed as a member of the Tribunal'.⁷³⁹ Hoewel buiten de methodologische reikwijdte van dit onderzoek, maar wel interessant, kan ook worden gewezen op hetgeen in de Statutes of the Bodies Working for the Settlement of Sports-Related Disputes naar voren komt: CAS-arbiters 'may not act as counsel or expert for a party before the CAS'.⁷⁴⁰

295. Invulling: (scheids)rechterlijke uitspraken

Misschien is het wel dankzij een gebrek aan arbitrale wet- en regelgeving dat diverse (scheids)rechters zich over de vraag hebben gebogen hoe deze verschijningsvorm zich tot de verplichting tot arbitrale onafhankelijkheid en onpartijdigheid verhoudt. Allereerst kan worden gewezen op een aantal algemene overwegingen. Zo overwoog de voorzieningenrechter van de Rechtbank 's-Gravenhage in november 2004 dat het 'algemeen bekend [is, PR] dat in (internationale) arbitrages advocaten dikwijls als arbiter optreden',⁷⁴¹ en dat het '[a]ldus' in arbitrages 'geredelijk [kan, PR] voorkomen dat een arbiter moet oordelen omtrent enige vraag waarover hij voordien

736 Een terugkerende kwestie is de vraag in hoeverre men financieel 'genoodzaakt' is tot een dergelijke dubbelrol, zie bijv. Sands 2015, p. 667; Daele 2012, nrs. 7.003, 7.185; Díaz-Candía 2012, p. 294. Vgl. Levine 2006 waarin voor '[g]reater clarity' wordt gepleit (p. 65). Vgl. Luttrell 2009, p. 93: 'ICA is not exposed to the problem of *Telekom Malaysia* bias because the community of practitioners is bigger, and the substantive legal principles applied by tribunals are usually municipal in origin'.

737 IBA Guidelines 2014, Part II: Practical Application of the General Standards, par. 6.

738 Vgl. Ziadé 2015 waarin wordt gepleit voor een 'code of conduct' die antwoord zou kunnen geven op 'questions as diverse as a person serving simultaneously as counsel and as arbitrator in two different cases yet dealing with the same legal issues' (p. 220).

739 Rule 1 lid 4 ICSID Arbitration Rules 2006.

740 S18 Statutes of the Bodies Working for the Settlement of Sports-Related Disputes (m.i.v. 1 juli 2020). Zie nader bijv. Rigozzi, Hasler & Noth 2018, nr. 20; Sands 2015, p. 666; Sands 2011, p. 38-39. Vgl. Practice Direction VII International Court Justice (vindplaats: www.icj-cij.org/en/practice-directions), zie ook: Ziadé 2012, p. 330; Bernasconi-Osterwalder, Johnson & Marshall 2010, p. 36-38.

741 Vgl. LCIA Division 22 juni 2012, nrs. 101689 & 101691, par. 89.

in een andere zaak reeds een standpunt heeft verdedigd'.⁷⁴² Behoudens 'bijzondere omstandigheden' is er 'geen reden om aan te nemen dat zo een arbiter over die vraag minder onbevangen zou oordelen dan wanneer hij dat standpunt niet eerder zou hebben verdedigd', aldus de rechtbank.⁷⁴³ Anders gezegd, de enkele omstandigheid dat een arbiter reeds eerder een bepaald standpunt heeft ingenomen, leidt niet automatisch tot het oordeel dat sprake is van arbitrale vooringenomenheid.⁷⁴⁴

Andere (scheids)gerechten kwamen tot een vergelijkbaar oordeel. Zo overwoog het Cour d'appel van Reims in juli 1981 in het kader van een hoger beroep in een executurprocedure dat de enkele omstandigheid dat een arbiter die in eerste instantie mede arbitraal vonnis had gewezen en daarna in hoger beroep optrad als advocaat voor Coakley in de 'Grain And Feed Trade Association'-arbitrage, niet strijdig was met 'la conception française de l'ordre public international' noch strijd opleverde met 'des droits de la défense'.⁷⁴⁵ Ter onderbouwing van dit oordeel bracht het hof onder meer naar voren dat Reverdy 'n'établit nullement que la sentence arbitrale (...) aurait été rendue en violation de l'ordre public international français'. In mei 1990 werd in het kader van een ICSID-vernietigingsprocedure overwogen dat de dubbelrol van een advocaat die in eerste instantie als arbiter had opgetreden geen schending van de vertrouwelijkheid van de scheidsrechterlijke beraadslagingen opleverde, en dat geen sprake was van informatievoordeel voor de partij die door deze advocaat werd bijgestaan.⁷⁴⁶ Onder de (algemene) noemer van de arbitrale onafhankelijkheid en/of onpartijdigheid kunnen in het kader van de eerste verschijningsvorm dus ook vragen rijzen die zien op het geheim van arbitrale raadkamer (par. 2.4.2) en een kennisvoorsprong (vgl. nr. 267).

⁷⁴² Rb. 's-Gravenhage (vzr.) 5 november 2004, r.o. 11, TvA 2005, afl. 3, nr. 52, p. 110-111. Id. r.o. 11: '(...) In een dergelijke situatie is er dan ook naar ons oordeel niet zonder meer sprake van een schijn van partijdigheid jegens de partij die in de arbitrage het tegengestelde standpunt inneemt'.

⁷⁴³ Rb. 's-Gravenhage (vzr.) 5 november 2004, r.o. 11, TvA 2005, afl. 3, nr. 52, p. 111. In vergelijkbare zin: ICSID Deputy Secretary-General (Ziadé) in het kader van de beoordeling van een wrakingsverzoek, zie: NAFTA 14 oktober 2009, nr. 55798 (*Vito G. Gallo v. The Government of Canada*), 'Decision on the Challenge to Mr. J. Christopher Thomas, QC', par. 28 (zie over deze uitspraak ook bijv. Reed & Atanasova 2018, nr. 21; ASIL/ICCA Report 2016, par. 129; Rogers 2014, nr. 8.24; Reinisch & Knahr 2012, p. 120; Ziadé 2012, p. 326; Bernasconi-Osterwalder, Johnson & Marshall 2010, p. 23, zie ook: www.italaw.com/cases/471).

⁷⁴⁴ Toch kan het oordeel wel anders uitvallen. Zo zou het ICC Court een wrakingsverzoek hebben toegewezen dat was gericht tegen de partij-arbiter van eiser nu de door de arbiter tijdens de zitting gestelde vragen op vooringenomenheid zouden wijzen ten aanzien van de toepasselijkheid van een gerechtelijke uitspraak die 'several years prior to the arbitration' was gewezen en waarin de 'same legal issues' een rol speelden en de arbiter als advocaat had opgetreden, alsmede gelet op de omstandigheid dat de arbiter had nagelaten mededeling over zijn rol als advocaat te doen 'despite being aware of the impact the decision could have on the arbitration' (bron van de informatie en de geciteerde woorden: Carlevaris & Digón 2016). Daarnaast zou het ICC Court de benoeming van een door eiser naar voren geschoven arbiter hebben geweigerd: de arbiter zou de voorganger van gedaagde in een eerdere ICC-arbitrage 'with a fact pattern similar to the new case' hebben vertegenwoordigd, ICC Court, Case 2 (ii - Unqualified Statement of Independence with objection) (bron van de informatie en de geciteerde woorden: Whitesell 2007, p. 21).

⁷⁴⁵ CA Reims 23 juli 1981 (*Denis Coakley Limited/société Michel Reverdy*) (bron van de uitspraak: Born 2021a, vn. 1456 (p. 2023); Gaillard & Savage 1999, vn. 35 (nr. 1030); bron van de geciteerde rechtsoverweging: [via newyork-convention1958.org](http://www.newyork-convention1958.org), zie voor een Engelse samenvatting: P. Sanders (red.), *Yearbook Commercial Arbitration 1984 - Volume IX*, ICCA & Kluwer Law International 1984, p. 400-402).

⁷⁴⁶ ICSID 17 mei 1990, nr. ARB/81/2 (*Klöckner Industrie-Anlagen GmbH c.s. v. United Republic of Cameroon and Société Camerounaise des Engrais*), 'Second ad hoc Committee Decision on Annulment' (bron van de uitspraak en de informatie: Born 2021a, vn. 1456 (p. 2023), vgl. Sinclair & Gearing 2008, p. 2; icsid.worldbank.org/en/Pages/process/Decisions-on-Annulment.aspx).

296. De zaak *Telekom Malaysia Berhad v. Ghana*

Wellicht het bekendste, in de literatuur althans breed uitgemeten, voorbeeld van een zaak waarin de eerste verschijningsvorm naar voren kwam, speelde ten overstaan van de Rechtbank Den Haag.⁷⁴⁷ In het kader van een investeringsarbitrage die werd gevoerd op basis van de UNCITRAL Arbitration Rules naar aanleiding van een geschil dat was ontstaan met betrekking tot een belang van Telekom Malaysia Berhad (hierna: TMB) in Ghana Telecommunications Company Limited, verzocht de Republiek Ghana (hierna: Ghana) het scheidsgerecht in juli 2004 om de partij-arbiter van TMB te wraken. Ghana voerde, kort samengevat, aan dat de arbiter ook als advocaat optrad voor een partij in het kader van een ICSID-vernietigingsprocedure tegen het Koninkrijk Marokko, hetgeen een 'vergelijkbaar' geschil zou zijn als het onderhavige.⁷⁴⁸ Nadat het scheidsgerecht had overwogen dat de arbitrage 'voortgezet' diende te worden en de 'secretaris' van het PCA een wrakingsverzoek had verworpen,⁷⁴⁹ had de staat wel succes bij de voorzieningenrechter van de Rechtbank 's-Gravenhage. In oktober 2004 overwoog de voorzieningenrechter onder meer dat '[z]elfs al zou deze arbiter in staat zijn om zich in raadkamer voldoende te distantiëren van de rol als advocaat in de vernietigingsprocedure' rekening zou moeten worden gehouden 'met de uiterlijke schijn dat hij die distantie niet zal weten op te brengen'.⁷⁵⁰ In het verlengde hiervan overwoog de voorzieningenrechter dat - '[n]u hij twee rollen moet vervullen' - hij 'in ieder geval' de schijn niet kon vermijden 'dat hij deze rollen niet strikt gescheiden kan houden'.⁷⁵¹ Interessant is de tweedeling die in deze rechts-overwegingen naar voren komt: hoewel de bewuste arbiter zich mogelijk wel in de (arbitrale) raadkamer 'voldoende' zou kunnen distantiëren, deed de schijn dat geen sprake was van distantie buiten de raadkamer hem de das om. De rechtbank overwoog dat het wrakingsverzoek gegrond zou worden verklaard indien de arbiter niet binnen tien dagen na de uitspraak 'uitdrukkelijk en zonder voorbehoud' aan partijen

747 Rb. 's-Gravenhage (vzr.) 18 oktober 2004, TvA 2005, afl. 3, nr. 51. Zie over deze uitspraak bijv. Reed & Atanasova 2018, nr. 23; Thomas & Lemon 2018, p. 61; Hoffmann 2018, vn. 24 (nr. 54); ASIL/ICCA Report 2016, par. 127-128; Bjorklund 2016, p. 307-308; Čech 2016, nrs. 2.31-2.33; De Ly 2016, p. 98; Wilske & Eckardt 2016, p. 372; Redfern & Hunter 2015, nrs. 4.133-4.135; Castres Saint-Martin 2016, nr. 113; Castello 2015a, nr. 4; Van Haersolte-van Hof 2015, vn. 7 (p. 641); Voser & Petti 2015, vn. 91 (p. 31); Ziadé 2015, p. 217; Rogers 2014, nrs. 8.25-8.26, 8.36; Van Houtte & Brunetti 2013, vn. 37 (p. 560); Daele 2012, nrs. 7.022-7.024; Waincymer 2012, p. 306; Ziadé 2012, p. 311-312, p. 325-326; Bernasconi-Osterwalder, Johnson & Marshall 2010, p. 24-25; Hwang & Lim 2011, nrs. 40-42; González de Cossío 2010, p. 5-6; McIlwrath & Savage 2010, vn. 50 (nr. 5.068); Ziadé 2009, p. 51; Brubaker 2008, p. 130-132; De Ly 2008; Mouawad 2008, p. 3-5; Sinclair & Gearing 2008, p. 3; Levine 2006, p. 62-63. Vgl. Luttrell 2009, p. 18: '(...) the result of an arbitrator's prior determination of a matter that is factually or legally similar to the case now before him or her (*'Telekom Malaysia bias'*), (...)'.
748 Rb. 's-Gravenhage (vzr.) 18 oktober 2004, r.o. 3, TvA 2005, afl. 3, nr. 51, p. 107. Vgl. hetgeen de twee niet-gewraakte arbiters over deze feitenconstellatie overwogen in ICSID 27 februari 2013, nr. ARB/12/13 (*Saint-Gobain Performance Plastics Europe v. The Bolivarian Republic of Venezuela*), 'Decision on Claimant's Proposal to Disqualify Mr. Bottini from the Tribunal under Article 57 of the ICSID Convention', par. 84, zie n.a.v. deze overweging: Sands 2015, p. 661.
749 Rb. 's-Gravenhage (vzr.) 18 oktober 2004, r.o. 1, TvA 2005, afl. 3, nr. 51, p. 106-107.

750 Rb. 's-Gravenhage (vzr.) 18 oktober 2004, r.o. 5, TvA 2005, afl. 3, nr. 51, p. 109. Vgl. Rb. 's-Gravenhage (vzr.) 5 november 2004, r.o. 7, TvA 2005, afl. 3, nr. 52, p. 110: '(...) Bovendien is ook - of misschien wel juist - voor internationale arbitrages het vermijden van een dergelijke schijn een belangrijke voorwaarde voor het vertrouwen in, en daarmee het gezag en de effectiviteit van die arbitrale rechtspraak'.
751 Rb. 's-Gravenhage (vzr.) 18 oktober 2004, r.o. 5, TvA 2005, afl. 3, nr. 51, p. 109.

zou mededelen dat hij zijn taak als advocaat in de andere zaak zou neerleggen.⁷⁵² Hoewel de arbiter zich uiteindelijk als advocaat terugtrok, diende Ghana opnieuw een wrakingsverzoek in, in het kader waarvan zij onder meer betoogde dat reeds 'diverse beslissingen' door het scheidsgerecht in de andere procedure waren genomen waarvan zou moeten worden 'aangenomen' dat de betreffende arbiter daaraan had meegewerkt.⁷⁵³ In november 2004 werd dit verzoek door een andere voorzieningenrechter van de Rechtbank 's-Gravenhage terzijde geschoven.⁷⁵⁴ De voorzieningenrechter overwoog onder meer dat er geen grond was voor 'een veronderstelling of schijn van partijdigheid of vooringenomenheid van [de arbiter, PR] in het kader van zijn bijdrage aan die niet-inhoudelijke beslissingen van het scheidsgerecht'.⁷⁵⁵ Ook 'voor het overige' werd geen reden voor toewijzing van het wrakingsverzoek gezien.⁷⁵⁶ Dit eindoordeel komt mij logisch voor, daar het neerleggen door de arbiter van zijn taken als advocaat de vermeende wrakingsgrond heeft doen oplossen.

297. Nadruk op de hoedanigheid van de arbiter

Wat nu wanneer een dergelijke omstandigheid wel blijft voortbestaan? In de literatuur is naar voren gebracht dat een arbiter die tegelijkertijd als advocaat in een andere procedure optreedt, verleid kan raken 'to deviate from his/her duty by adjudicating a point of law in one case to provide support for a perspective preferred in the case in which he/she is acting as counsel'.⁷⁵⁷ In januari 2000 overwoog de voorzieningenrechter van de Rechtbank Breda dat de omstandigheid dat de partij-arbiter van de wederpartij 'in het kader van de uitoefening van zijn advocatenpraktijk' ten behoeve van de wederpartij 'jaarlijks enkele arbeids- en/of incassozaken behartigt/procedures voert', en dat in de arbitrage het voor verzoekers geldende concurrentie- en relatiebeding 'mede een rol speelt', aanleiding gaf voor het oordeel dat sprake was van 'een voor verzoekers gerechtvaardigde twijfel, dat deze arbiter (...), toereikend onpartijdig en onafhankelijk als arbiter op zal treden'.⁷⁵⁸

752 Rb. 's-Gravenhage (vzr.) 18 oktober 2004, r.o. 6, TvA 2005, afl. 3, nr. 51, p. 109.

753 Rb. 's-Gravenhage (vzr.) 5 november 2004, r.o. 2, TvA 2005, afl. 3, nr. 52, p. 110.

754 Rb. 's-Gravenhage (vzr.) 5 november 2004, r.o. 12, TvA 2005, afl. 3, nr. 52, p. 111.

755 Rb. 's-Gravenhage (vzr.) 5 november 2004, r.o. 10, TvA 2005, afl. 3, nr. 52, p. 110.

756 Rb. 's-Gravenhage (vzr.) 5 november 2004, r.o. 11, TvA 2005, afl. 3, nr. 52, p. 110.

757 Daele 2012, nr. 7.003, onder verwijzing naar literatuur, vgl. Elsing 2019, p. 21-22. Vgl. OLG Dresden 27 januari 2005, nr. 11 SchH 02/04, *SchiedsVZ* 2005, afl. 3, p. 161: '(...) Der Prozessvertreter einer Partei ist immer zugleich auch Interessenvertreter der Partei. Er soll seiner Partei helfen, ihre Rechte bestmöglich durchzusetzen und zu realisieren. Demgegenüber ist ein Schiedsrichter zur Unparteilichkeit und Unabhängigkeit verpflichtet. Er soll gerade nicht einseitig die Interessen einer Partei durchsetzen, sondern, einen überparteilichen Schiedsspruch sprechen. Soweit der Schiedsrichter hier zugleich Prozessvertreter der Schiedsklägerin in einem gerichtlichen Verfahren gegen die Schiedsbeklagte ist, ist eine Pflichtenkollosion gegeben, die nach verständiger Würdigung des Sachverhalts, Zweifel an der Unparteilichkeit des Schiedsrichters erregt' (vindplaats van de uitspraak: DIS Datenbank).

758 Rb. Breda (pres.) 21 januari 2000, r.o. 3.2 (bron van de uitspraak: Snijders 2018, vn. 8 (p. 260); bron van de informatie en het citaat: *NJ Kort* 2000, afl. 6, nr. 25, zie ook: TvA 2000, afl. 4, p. 169). Vgl. de casus die ten grondslag ligt aan HR 18 februari 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1266, *NJ* 1994/765 (*Nordström/Van Nieuvelt Goudriaan & Co*), waarin eiseressen - nadat arbitraal vonnis was gewezen door een drieledig NAI-scheidsgerecht - erachter kwamen dat één van de arbiters zowel voorafgaande aan als tijdens het begin van de arbitrage (bij brief van 16 juli 1984 hadden Nordström c.s. het NAI om arbitrage verzocht) als advocaat had opgetreden voor een derde partij (Ciaputa), die als 'minderheidsaandeelhouder' de zeggenschap over Nigoco verkreeg bij overeenkomst van 21 december 1984, en welke partij in maart 1985 bij de arbiter nog

Diverse (scheids)gerechten kwamen tot een ander oordeel: in verschillende uitspraken komt naar voren dat de (scheids)rechterlijke wenkbrauwen niet onmiddellijk rijzen wanneer een advocaat eenzelfde rechtsvraag op verschillende manieren beantwoordt.⁷⁵⁹ Interessant is de terugkerende verwijzing naar de bijzondere verantwoordelijkheid van de advocaat: het behartigen van het partijbelang. Ter illustratie kan worden verwezen naar hetgeen het Oberlandesgericht Hamburg in maart 2003 overwoog: '[a]ls Parteivertreter ist ein Rechtsanwalt gehalten, all diejenigen Argumente vorzubringen, von denen er annimmt, dass sie für die Sache seiner Partei förderlich sein können. Das bedeutet indes nicht, dass die vom Parteivertreter vertretene Auffassung ihn auch tatsächlich selbst überzeugt. In seiner Eigenschaft als Schiedsrichter in einer anderen Angelegenheit mag er die Rechtsfrage anders beurteilen, zumal wenn völlig neue Erwägungen von den Parteien angestellt werden. *Nur wenn* ein Schiedsrichter nicht bereit ist, eine früher geäußerte Meinung kritisch zu überprüfen und gegebenenfalls zu ändern, kann sich hieraus ein Ablehnungsgrund ergeben' (curs. PR).⁷⁶⁰ Vrij vertaald komt de redenering op het volgende neer: als advocaat dient men alle argumenten naar voren te brengen waarvan men denkt dat deze gunstig zijn voor de zaak van de cliënt. Deze verantwoordelijkheid die men als partijvertegenwoordiger heeft, betekent echter niet dat het naar voren gebrachte standpunt de advocaat ook zelf overtuigt. In de hoedanigheid van arbiter krijgt de (voormalige) advocaat vervolgens de mogelijkheid om de kwestie op een andere manier te bekijken en te beoordelen. Slechts wanneer een arbiter niet bereid is hiervoor open te staan, kan dit leiden tot het oordeel dat sprake is van arbitrale vooringenomenheid. Anders gezegd: op het moment dat een advocaat in diens nieuwe hoedanigheid van arbiter geen openheid van geest toont (vgl. nr. 289), kan sprake zijn van twijfels aan zijn onafhankelijkheid en/of onpartijdigheid.

De nadruk die wordt gelegd op de verschillende hoedanigheden waarin men optreedt (en de daarbij behorende verantwoordelijkheden), komt ook in een uitspraak van het Handelsgericht van Wenen uit juli 2007 naar voren.⁷⁶¹ Enerzijds onderkende het gerecht dat partijen 'naturgemäß' zullen kiezen voor een arbiter die beschikt over 'besondere Kenntnisse (...), wozu eben auch Kenntnis der Sachverhalte aus Vorprozessen zählen wird', anderzijds benadrukte het dat het de taak van een partij-arbiter niet was 'den Standpunkt der entsendenden Partei wider besseres

advies had ingewonnen 'in verband met de omvang van zijn goedkeuringsrecht bij Nigoco' (r.o. 3.4, vgl. H.J. Snijders, *NJ* 1994/765, sub 1). Vgl. Rb. Rotterdam (pres.) 8 januari 1993, *TvA* 1993, afl. 2, p. 105 (niet gepubliceerd) (bron van de uitspraak: Snijders 2018, vn. 8 (p. 260)).

⁷⁵⁹ Zie ook bijv. Hwang & Lim 2011, nr. 42. Vgl. art. 5.3 LCIA Rules 2020.

⁷⁶⁰ OLG Hamburg 11 maart 2003, nr. 6 SchH 03/02, *SchiedsVZ* 2003, afl. 4, p. 192 (bron van de uitspraak: BeckOK ZPO/Wolf/Eslami ZPO § 1036 (44. Edition, 1 maart 2022), nr. 28; Saenger 2021, nr. 3; Froitzheim 2016, nr. 705; vindplaats van de uitspraak: DIS Datenbank). Vgl. SCC Arbitration nr. 2017/123 waarin eiser de voorzitter van het scheidsgerecht probeerde te wraken op grond van onder meer de omstandigheid dat de arbiter eerder als 'lead counsel' voor een andere partij - 'adverse to respondent in this case' - optrad, in welke rol de arbiter stelling nam 'against the positions taken by respondent in this case'. De arbiter bracht naar voren dat men als advocaat de positie en belangen van de partij voor wie men optrad op instructie vertegenwoordigde; er was dan ook een 'temporal limit beyond which one's prior work as counsel ceases to be meaningful from an impartiality perspective and need not even be disclosed'. De SCC Board verwierp het wrakingsverzoek (bron van de informatie en de geciteerde woorden: Ipp, Carè & Dubeshka 2019, par. 3.1.18).

⁷⁶¹ Handelsgericht Wenen 24 juli 2007, nr. 16 Nc 2/07w.

Wissen durchzudrücken im Schiedsgericht'.⁷⁶² Daarnaast is interessant hetgeen naar voren komt in de hiervoor besproken uitspraak van de voorzieningenrechter van de Rechtbank 's-Gravenhage uit oktober 2004. De voorzieningenrechter overwoog 'dat er rekening mee moet worden gehouden dat de arbiter in de hoedanigheid van advocaat het als zijn taak zal beschouwen om alle mogelijk denkbare bezwaren tegen de RFCC/Marokkaanse-beslissing aan te voeren'.⁷⁶³

Op het terrein van investeringsarbitrage kan, tot slot, worden gewezen op de volgende twee zaken. De eerste zaak is een ICSID-arbitrage waarin eiseres in oktober 2012 een wrakingsverzoek indiende tegen de partij-arbiter van de Staat Venezuela op grond van (onder meer) de omstandigheid dat de arbiter was 'a current employee of the Argentine Government at the point in time when he was appointed'.⁷⁶⁴ Eiseres voerde onder meer aan dat zij bezorgd was dat, nu de arbiter 'was a government employee and advocate for Argentina and, as such, had an interest that certain issues were decided in a way which is favorable to Argentina', thans wel geacht wordt een arbiter te zijn 'without any prejudice to the issues which stand to be decided in this arbitration'.⁷⁶⁵ De twee niet-gewraakte arbiters waren niet van de vooringenomenheid van de arbiter overtuigd. Onder verwijzing naar eerdere wrakingsbeslissingen overwogen zij dat eiseres niet alleen geen feiten naar voren had gebracht die aanleiding zouden geven tot een 'reasonable doubt' aan de arbitrale onpartijdigheid, maar ook geen feiten die het 'obvious and highly probable' maakten dat het de arbiter hieraan zou ontbreken.⁷⁶⁶ Daarnaast legden de arbiters de nadruk op het feit dat van enige (werk)relatie met de Staat Argentinië geen sprake was.⁷⁶⁷ Zelfs indien zou worden verondersteld dat de arbiter feitelijk de standpunten van Argentinië in andere investeringsarbitrages verdedigde, zagen de arbiters niet in waarom de arbiter 'would be locked in the views he presented at the time', daar het immers 'at the core of the job description of legal counsel' was om stelling te nemen in het voordeel van 'their instructor's case'.⁷⁶⁸ Met andere woorden: de omstandigheid dat 'a lawyer has taken a certain stance in the past does not necessarily mean that he will take the same stance in a future case'.⁷⁶⁹ Mijns inziens enigszins opmerkelijk is hetgeen de arbiters vervolgens overwogen: bij gebrek aan concrete feiten die erop wezen dat de arbiter niet in staat zou zijn om op professionele wijze afstand te nemen van de procedures waarin hij als 'counsel' optrad, had de arbiter 'the assumption in his favor that he is a legal professional with the ability to keep a professional distance'.⁷⁷⁰ Anders gezegd,

762 Handelsgericht Wenen 24 juli 2007, nr. 16 Nc 2/07w (bron van de geciteerde rechtsoverweging: www.trans-lex.org/311410).

763 Rb. 's-Gravenhage (vzr.) 18 oktober 2004, r.o. 5, TvA 2005, afl. 3, nr. 51, p. 108-109.

764 ICSID 27 februari 2013, nr. ARB/12/13 (*Saint-Gobain Performance Plastics Europe v. The Bolivarian Republic of Venezuela*), 'Decision on Claimant's Proposal to Disqualify Mr. Bottini from the Tribunal under Article 57 of the ICSID Convention', par. 15 jo. par. 16-25. Zie over deze uitspraak bijv. Born 2021a, p. 2023; Reed & Atanasova 2018, nr. 20; Wilske & Eckardt 2016, p. 371-372; Cleis 2017, p. 79; ASIL/ICCA Report 2016, par. 126, 133; Sands 2015, p. 660-661. Vgl. id. par. 77.

765 ICSID 27 februari 2013, nr. ARB/12/13, par. 19.

766 ICSID 27 februari 2013, nr. ARB/12/13, par. 78.

767 ICSID 27 februari 2013, nr. ARB/12/13, par. 79, zie ook: par. 85.

768 ICSID 27 februari 2013, nr. ARB/12/13, par. 80.

769 ICSID 27 februari 2013, nr. ARB/12/13, par. 80.

770 ICSID 27 februari 2013, nr. ARB/12/13, par. 81. Zie ook: id. par. 81. Vgl. de ICSID-arbitrage *Tethyan Copper Company Pty Limited v. Islamic Republic of Pakistan* (nr. ARB/12/1) waarin de Staat Pakistan de partij-arbi-

aangezien geen feiten naar voren waren gebracht waaruit kon worden afgeleid dat de arbiter geen afstand hield, kreeg de arbiter het voordeel van de twijfel ('in his favor') en werd ervan uit gegaan dat hij voldoende afstand zou houden. Ik vraag mij af waar de 'assumption' vandaan komt en waar deze op is gebaseerd.

De tweede zaak betrof een NAFTA-procedure die op basis van de UNCITRAL Arbitration Rules 1976 werd gevoerd en in het kader waarvan door de Verenigde Staten werd geprobeerd om de partij-arbiter van eiseres te wraken.⁷⁷¹ De Verenigde Staten voerden aan dat de arbiter ook partijen zou vertegenwoordigen of bijstaan 'in procedures before the Inter American Commission on Human Rights and the United Nations Committee on the Elimination of Racial Discrimination', welke procedures 'are ongoing', terwijl de onderhavige arbitrage 'similarly aims at the evaluation of compliance by the Respondent with its international commitments'.⁷⁷² De toenmalige plaatsvervangend Secretaris-Generaal van het ICSID (Ziadé) schreef de arbiter dat 'representing or assisting parties in the first set of procedures would be incompatible with simultaneous service as arbitrator in the NAFTA proceeding'.⁷⁷³ Ziadé gaf aan dat een oordeel over het wrakingsverzoek zou volgen nadat de arbiter een reactie had gegeven. Op 25 oktober 2007 liet de arbiter weten dat hij zijn 'involvement' in de procedures ten overstaan van de Inter-American Commission on Human Rights zou staken, maar nog wel als 'Instructor in a clinical course' aan de Universiteit van Arizona was verbonden.⁷⁷⁴ Als docent hielp de arbiter studenten met zaken 'relevant to their work in connection with the Western Shoshone, other indigenous peoples, and the CERD'.⁷⁷⁵ De Verenigde Staten besloten alsnog een wrakingsverzoek in te dienen. De Secretaris-Generaal van het ICSID (Palacio) wees het verzoek af. Zij overwoog dat 'the continued provision of orientation to students' door de arbiter 'does not (...) amount to representing or assisting parties in procedures before the CERD such as to give rise to justifiable doubts as to impartiality or independence for purposes of Article 10(1) of the UNCITRAL Rules'.⁷⁷⁶ Interessant is dat de arbiter hier niet gelijktijdig in de hoedanigheid van advocaat optrad hetgeen wel het geval was in de hiervoor besproken zaken, maar in de hoedanigheid van docent. Hoewel de uitkomst

ter van eiseres zou hebben geprobeerd te wraken op grond van onder meer de omstandigheid dat eiseres een deskundigenrapport had ingebracht waarin een bepaalde berekeningsmethode werd gehanteerd die eveneens naar voren kwam in een andere procedure waarin de arbiter als advocaat optrad 'and has retained the same expert' (bron van de uitspraak: Popova & Polebaum 2018, p. 942; bron van de informatie en de geciteerde woorden: Barnes 2017).

771 NAFTA 28 november 2007 (*Grand River Enterprises Six Nations, Ltd. c.s. v. United States of America*), 'Decision on the Challenge to Arbitrator James Anaya'. Zie over deze uitspraak ook bijv. Reed & Atanasova 2018, nr. 22; ASIL/ICCA Report 2016, par. 132; Castres Saint-Martin 2016, nr. 114; Kim 2014, p. 638; Daele 2012, nrs. 7.007-7.009; Bernasconi-Osterwalder, Johnson & Marshall 2010, p. 24; Mouawad 2008, p. 9; vindplaats van de uitspraak: www.italaw.com/cases/510. Ook in de NAFTA-arbitrage *Glamis Gold v. The United States*, die op grond van de UNCITRAL Arbitration Rules 1976 werd gevoerd, zouden de Verenigde Staten de partij-arbiter van eiseres hebben gewraakt nu de arbiter - parallel aan de arbitrage - een (eisende) partij bijstond in een gerechtelijke procedure tegen de Verenigde Staten. De beide zaken draaiden om 'mining claims'. Hoewel de arbiter zich in eerste instantie weigerde terug te trekken, trok hij zich alsnog terug (bron van de informatie: Daele 2012, nr. 7.006, vgl. www.italaw.com/cases/487).

772 NAFTA, brief van de 'Secretary-General' van 28 november 2007, p. 1.

773 NAFTA, brief van de 'Deputy Secretary-General' van 23 oktober 2007, p. 2.

774 NAFTA, brief van de 'Secretary-General' van 28 november 2007, p. 1-2.

775 NAFTA, brief van de 'Secretary-General' van 28 november 2007, p. 2.

776 NAFTA, brief van de 'Secretary-General' van 28 november 2007, p. 2.

van de zaak gelijk is aan de uitkomst van de hiervoor besproken zaken (namelijk: er zijn geen twijfels aan de arbitrale onafhankelijkheid en onpartijdigheid) dient voor ogen te worden gehouden dat het ging om arbiters in verschillende hoedanigheden.

298. De zaak *Blue Bank International & Trust (Barbados) Ltd. v. The Bolivarian Republic of Venezuela*

Hoewel strikt genomen (net) buiten het materiële toepassingsgebied van de eerste verschijningsvorm waarin de verhouding arbiter ↔ advocatenkantoor centraal staat, wijs ik ter afsluiting van deze paragraaf op de ICSID-arbitrage *Blue Bank International & Trust (Barbados) Ltd. v. The Bolivarian Republic of Venezuela*.⁷⁷⁷ De zaak valt op omdat het één van de weinige (mij althans bekende) uitspraken is waarin werd geoordeeld dat sprake was van een ontoelaatbaar 'issue conflict'.⁷⁷⁸ De feiten die tot dit oordeel aanleiding gaven zijn, kort samengevat, als volgt. In november 2012 maakte de Staat Venezuela in het kader van een ICSID-arbitrage bezwaar tegen de partij-arbiter van eiseres.⁷⁷⁹ De staat voerde aan dat twee vestigingen van het advocatenkantoor waar de arbiter werkzaam was een partij bijstonden in het kader van een andere ICSID-arbitrage tegen de staat.⁷⁸⁰ De voorzitter van de ICSID Administrative Council (Yong Kim) ging hierin mee en overwoog dat gelet op 'the similarity of issues likely to be discussed' in de andere arbitrage en de omstandigheid dat beide zaken tegelijkertijd speelden het 'highly probable' was dat de arbiter in de positie zou komen om een oordeel te geven over kwesties die ook in de andere arbitrage relevant waren.⁷⁸¹ Het eindoordeel luidde dat was aangetoond dat 'a third party would find an evident or obvious appearance of lack of impartiality on a reasonable evaluation of the facts in this case'.⁷⁸² In mijn ogen enigszins opmerkelijk zijn de woorden dat het 'highly

777 ICSID 12 november 2013, nr. ARB/12/20 (*Blue Bank International & Trust (Barbados) Ltd. v. The Bolivarian Republic of Venezuela*), 'Decision on the Parties' Proposals to Disqualify a Majority of the Tribunal'. Zie over deze uitspraak bijv. Born 2021a, p. 2023; Popova & Polebaum 2018, p. 942; ASIL/ICCA Report 2016, par. 130-131; Wilske & Eckardt 2016, p. 372; Redfern & Hunter 2015, vn. 170 (nr. 4.136).

778 Vgl. ASIL/ICCA Report 2016, par. 4 waarin drie geslaagde *issue conflict*-wrakingsverzoeken worden genoemd: ICSID 20 maart 2014, nr. ARB/13/13 (*Caratube International Oil Company LLP en Devincci Salah Hourani v. Republic of Kazakhstan*), 'Decision on the Proposal for Disqualification of Bruno Boesch'; ICSID 12 november 2013, nr. ARB/12/20 (*Blue Bank International & Trust (Barbados) Ltd. v. The Bolivarian Republic of Venezuela*), 'Decision on the Parties' Proposals to Disqualify a Majority of the Tribunal'; PCA 30 september 2013, nr. 2013-09 (*CC/Devas (Mauritius) Ltd., Devas Employees Mauritius Private Limited and Telcom Devas Mauritius Limited v. The Republic of India*), 'Decision on the Respondent's Challenge to the Hon. Marc Lalonde and Prof. Francisco Orrego Vicuña'.

779 ICSID 12 november 2013, nr. ARB/12/20, par. 7.

780 De arbiter was partner bij Baker & McKenzie Madrid; in de parallelle ICSID-arbitrage verleenden Baker & McKenzie New York en Baker & McKenzie Caracas 'the claimant investor' juridische bijstand, zie: ICSID 12 november 2013, nr. ARB/12/20, par. 22-23, zie ook: par. 66.

781 ICSID 12 november 2013, nr. ARB/12/20, par. 68.

782 ICSID 12 november 2013, nr. ARB/12/20, par. 69. Vgl. LCIA Division 27 januari 2000, nr. 9147, 'Summary'. Vgl. SCC Arbitration nr. 2016/157 waarin gedaagde de partij-arbiter van eiser probeerde te wraken op grond van onder meer de omstandigheid dat de arbiter en de advocaat van eiser 'had represented similarly situated clients in related proceedings' tegen een overheidsagentschap in 2015; in de procedures vertegenwoordigde de advocaat een zustervenootschap van eiser, terwijl de arbiter 'acted as counsel for a large group of similarly situated companies in the same industry'. In de 'related cases' werd een 'joint hearing' gehouden en hetzelfde eindoordeel gegeven. De arbiter bracht naar voren dat - 'even though the 2015 cases had basic issues in common' - zijn cliënten 'had framed their cases differently from' de zustervenootschap van eiser; er zouden dan ook 'differences in their claims and legal grounds' zijn. De

probable' was dat de arbiter zich uit zou spreken over kwesties die ook in de andere arbitrage een rol spelen. De voorzitter anticipeert hiermee niet alleen op het verloop van de onderhavige arbitrage, maar ook op het verloop van een andere arbitrage. Is dit wenselijk?

6.5.3 Verschijningsvorm 2: arbiter ↔ arbiter

299. Algemeen

De tweede verschijningsvorm die wordt besproken, ziet op de situatie waarin een arbiter reeds eerder als arbiter heeft opgetreden. Deze verschijningsvorm heeft betrekking op, kort gezegd, de situatie waarin een arbiter reeds een arbitraal vonnis (mede) heeft gewezen in een procedure waaraan eenzelfde of een vergelijkbaar feitencomplex ten grondslag lag dan wel waarin eenzelfde of een vergelijkbare juridische vraag centraal stond.^{783,784} De verschijningsvorm vertoont overeenkomsten met de factor van de herbenoeming (par. 6.4),⁷⁸⁵ maar heeft een beperkter materieel toepassingsgebied daar ook sprake dient te zijn van vooringenomenheid ten aanzien van een bepaald geschilpunt. In het kader van een herbenoeming is hiervan niet altijd sprake. In deze paragraaf zal worden besproken of, en zo ja op welke wijze, in de bestudeerde arbitrale wet- en regelgeving (nr. 300) en (scheids)rechterlijke uitspraken (nrs. 301-307) aandacht voor deze verschijningsvorm is.

300. Invulling: arbitrale regelgeving en (scheids)rechterlijke uitspraken

Evenals bij de bespreking van de vorige verschijningsvorm kan ten aanzien van de tweede verschijningsvorm worden genoteerd dat deze niet terugkomt in de arbitragewetten van de vier jurisdicties van onderzoek. De verschijningsvorm heeft wel de aandacht gekregen van de IBA. In het kader van de 'Orange List' van de IBA Guidelines 2014 komt naar voren: '[t]he arbitrator currently serves, or has served within the past three years, as arbitrator in another arbitration on a related issue involving one of the parties, or an affiliate of one of the parties'.⁷⁸⁶ Anders gezegd, de

SCC Board verwierp het wrakingsverzoek (bron van de informatie en de geciteerde woorden: Ipp, Carè & Dubeshka 2019, par. 3.1.10).

783 Rogers 2014 stelt zich de vraag waarom het rechters 'in many systems' is toegestaan 'to sit in related cases, or to preside over cases that raise the same issue', maar arbiters niet. Zij beantwoordt de vraag door te wijzen op de 'functional role' van rechters die bestaat uit 'a decisional hierarchy that includes appellate review' (nr. 8.30). Vgl. Ziadé 2012, p. 323-324.

784 Buiten beschouwing wordt de *dissenting opinion* gelaten. Zie voor een mogelijk verband tussen een *issue conflict* en een dergelijke 'opinion' bijv. ICSID 16 maart 2018, nr. ARB/15/23 (*Mathias Kruck c.s. v. Kingdom of Spain*), 'Decision on the Proposal to Disqualify Mr. Gary B. Born' (bron van de uitspraak: Reed & Atanasova 2018, nr. 33); Mouawad 2008, p. 13. Vgl. Report of Working Group III on the work of its thirty-sixth session (Wenen, 29 oktober - 2 november 2018), A/CN.9/964, 6 november 2018, par. 71. Vgl. par. 2.4.3.

785 Zie bijv. ICSID 23 december 2010, nr. ARB/10/5 (*Tidewater Inc., Tidewater Investment SRL, Tidewater Caribe, C.A. c.s. v. The Bolivarian Republic of Venezuela*), 'Decision on Claimants' Proposal to Disqualify Professor Brigitte Stern, Arbitrator', par. 62.

786 IBA Guidelines 2014, par. 3.1.5. De bepaling is inhoudelijk niet gewijzigd ten opzichte van de bepaling in de IBA Guidelines 2004 (slechts in redactionele zin: tussen de woorden 'parties' en 'or' is een komma ingevoegd). In kritische zin over de bepaling: ASIL/ICCA Report 2016, par. 55, vgl. Luttrell 2009, p. 256. Vgl. ICSID 23 december 2010, nr. ARB/10/5 (*Tidewater Inc., Tidewater Investment SRL, Tidewater Caribe, C.A. c.s.*

omstandigheid dat de arbiter gelijktijdig, dan wel de afgelopen drie jaar, als arbiter in een andere arbitrage heeft opgetreden waarin sprake was van 'a related issue' en waarbij (een onderneming van) één van de partijen was betrokken, kan twijfels doen rijzen aan de arbitrale onafhankelijkheid en/of onpartijdigheid. Ook door de ICC 'Note to Parties and Arbitral Tribunals on the Conduct of the Arbitration' 2021 is in het kader van de disclosure-verplichting aandacht aan de verschijningsvorm besteed. In tegenstelling tot hetgeen in de IBA Guidelines 2014 naar voren komt, vindt geen temporele begrenzing plaats: iedere (kandidaat-)arbiter 'should consider all potentially relevant circumstances' waaronder de omstandigheid dat hij/zij 'acts or has acted as arbitrator in a related case'.⁷⁸⁷ Daarnaast wordt door het NAI verwezen naar banden die bestaan tussen de arbiter en partijen en/of (hun) advocaten en/of de mede-arbiter(s). In de Toelichting op het NAI Arbitragereglement 2015 staat dat 'de eisen van onpartijdigheid en onafhankelijkheid' met zich meebrengen 'dat een arbiter geen nauwe persoonlijke of zakelijke banden mag hebben met een van de partijen of een van zijn medearbiters'.⁷⁸⁸ Het LCIA houdt het op algemene bewoordingen: in de 'Notes for Arbitrators' 2017 staat dat arbiters '[i]n completing their statements of independence (...) 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'.⁷⁸⁹ Ook in de Swiss Rules 2021 komt een disclosure-verplichting in algemene bewoordingen naar voren: '[p]rospective arbitrators shall disclose (...) any circumstances likely to give rise to justifiable doubts as to their impartiality or independence (...)'.⁷⁹⁰

Hoewel de verschijningsvorm door één gemeenschappelijke deler - de dubbelrol van een arbiter - wordt gekenmerkt, is de wijze waarop invulling aan de verschijningsvorm is gegeven divers. Vijf situaties kunnen worden onderscheiden om inzichtelijk te maken op welke wijze de tweede verschijningsvorm in (scheids)-rechterlijke uitspraken naar voren komt.⁷⁹¹ Hieronder komen aan bod: i) de situatie waarin de arbiter gelijktijdig optreedt in meerdere arbitrages tegen dezelfde partij (nr. 301), ii) de situatie waarin de arbiter gelijktijdig optreedt in meerdere arbitrages met eenzelfde rechtsvraag (nr. 302), iii) de situatie waarin de arbiter gelijktijdig optreedt in meerdere arbitrages rondom dezelfde feiten (nr. 303), iv) de situatie waarin de arbiter reeds eerder (mede) arbitraal vonnis heeft gewezen (nr. 304), en

v. *The Bolivarian Republic of Venezuela*), 'Decision on Claimants' Proposal to Disqualify Professor Brigitte Stern, Arbitrator', par. 67; LCIA Division 31 januari 2011, nr. 101642, par. 15.

787 ICC, Note to Parties and Arbitral Tribunals on the Conduct of the Arbitration, 1 januari 2021, par. 27. Vgl. de vraag in de ICDR 'Notice of Appointment': 'Have you, any member of your family, or any close social or business associate been involved in the last five years in a dispute involving the subject matter contained in the case which you are assigned?' (bron van de informatie: González de Cossío 2010, p. 8).

788 Toelichting op het NAI Arbitragereglement 2015, par. 10.1.

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

790 Art. 12 lid 2 Swiss Rules 2021. Een toelichting op het reglement van het SAC ontbreekt.

791 Buiten beschouwing wordt gelaten de situatie waarin sprake zou kunnen zijn van vooringenomenheid bij een arbiter op het moment dat hij/zij een voorlopig oordeel geeft met als doel om partijen een schikking te laten beproeven, zie hiertoe par. 2.4.1, vgl. bijv. Tribunal fédéral 7 januari 2004, nr. 4P_196/2003, r.o. 3.2.1: '(...) Dans la mesure où, comme en l'espèce, cette prise de position ne débouche pas sur un préjugement, elle n'est pas propre objectivement à éveiller des doutes quant à l'indépendance d'esprit de celui qui en assume la paternité. (...)'

v) de situatie waarin de arbiter reeds eerder heeft opgetreden in een arbitrage met eenzelfde rechtsvraag (nrs. 305-307).

301. Situatie 1: de arbiter treedt gelijktijdig op in meerdere arbitrages tegen dezelfde partij

In de eerste situatie is sprake van een arbiter die optreedt in twee (of meer) arbitrages die gelijktijdig aanhangig zijn. Levert deze omstandigheid strijd op met de verplichting tot arbitrale onafhankelijkheid en onpartijdigheid?

Nee, aldus het Engelse Court of Appeal in april 2018. Het hof overwoog dat 'the mere fact that an arbitrator accepts appointments in multiple references concerning the same or overlapping subject matter with only one common party does not of itself give rise to an appearance of bias'.⁷⁹² De enkele omstandigheid dat een arbiter meerdere benoemingen accepteert in arbitrages rondom hetzelfde of een overlappend onderwerp, doch met een gemeenschappelijke partij, leidt dus niet tot het oordeel dat sprake is van arbitrale vooringenomenheid.⁷⁹³ Bewoordingen met een vergelijkbare strekking zijn afkomstig van het Cour d'appel van Parijs in september 2014.⁷⁹⁴ Het hof overwoog dat de omstandigheid dat een arbiter, 'fût-ce le président du tribunal arbitral', in 'deux instances parallèles' optreedt 'n'est pas, par lui-même, de nature à faire raisonnablement douter de son indépendance et de son impartialité'.⁷⁹⁵ Tot zo ver niets nieuws onder de zon, getuige ook hetgeen de voorzitter van de ICSID Administrative Council (Zoellick) overwoog in mei 2011: 'the fact that an arbitrator made a finding of fact or a legal determination in one case does not preclude that arbitrator from deciding the law and the facts impartially in another case'.⁷⁹⁶ Dit kan echter anders liggen op het moment dat de beoordeling

⁷⁹² Court of Appeal (Civil Division) 19 april 2018 (*Halliburton Company/Chubb Bermuda Insurance Ltd c.s.*), [2018] EWCA Civ 817, r.o. 53, zie ook r.o. 77 en r.o. 81.

⁷⁹³ Zie bijv. LCIA 27 februari 2004, nr. UN3481 (*EnCana Corporation v. Republic of Ecuador*), 'Partial Award on Jurisdiction', par. 43 (bron van de uitspraak: ASIL/ICCA Report 2016, par. 136; Daele 2012, nr. 7.066). Vgl. SCC Arbitration nrs. 2017/012, 2017/015 & 2017/016 waarin eiser de partij-arbiter van gedaagden probeerde te wraken op grond van onder meer de omstandigheid dat de (verschillende) gedaagden de arbiter in drie parallelle SCC-arbitrages tegen eiser hadden benoemd alsmede in twee andere (niet-SCC) arbitrages. Eiser betoogde dat de benoeming van de arbiter in vijf arbitrages 'with overlapping or identical issues' het voor hem onmogelijk zou maken 'to segregate the evidence and arguments made in one case from those made in others'. De SCC Board verwierp het wrakingsverzoek (bron van de informatie en de geciteerde woorden: Ipp, Carè & Dubeshka 2019, par. 3.1.15). Vgl. SCC Arbitration nr. 2016/019 waarin gedaagde probeerde de partij-arbiter van eiser te wraken op grond van onder meer de omstandigheid dat de arbiter eveneens als arbiter in een 'related proceeding' optrad en daarmee 'had access to privileged information to which the other arbitrators did not have access'; de arbiter voerde onder meer aan dat de andere procedure 'involved the claimant and an affiliate of the respondent, not the respondent itself'. De SCC Board verwierp het wrakingsverzoek (bron van de informatie en de geciteerde woorden: Ipp, Carè & Dubeshka 2019, par. 3.1.5).

⁷⁹⁴ CA Parijs 9 september 2014, *Revue de l'Arbitrage* 2014, afl. 4, p. 1021-1022 (*Faisal bin Fayyadh al Gobain/S.A. Crédit Foncier de France*) (bron van de uitspraak: Castres Saint-Martin 2016, nrs. 117, 120, zie ook: *Revista Brasileira de Arbitragem* 2015, afl. 45, p. 218-223).

⁷⁹⁵ CA Parijs 9 september 2014, *Revue de l'Arbitrage* 2014, afl. 4, p. 1021.

⁷⁹⁶ ICSID 20 mei 2011, nr. ARB/10/9 (*Universal Compression International Holdings, S.L.U. v. The Bolivarian Republic of Venezuela*), 'Decision on the Proposal to Disqualify Prof. Brigitte Stern and Prof. Guido Santiago Tawil, Arbitrators', par. 83, onder verwijzing naar twee andere ICSID-arbitrages. Zie over deze uitspraak bijv. Born 2021a, p. 2021; Cleis 2017, p. 65-67; ASIL/ICCA Report 2016, par. 147; Daele 2012, nrs. 7.064-7.065. De voorzitter kwam tot het oordeel dat de 'assertion' van eiseres - 'that the cases may involve

door de arbiter in de eerste arbitrage over 'un ensemble indissociable de fait et de droit' logischerwijs implicaties heeft voor vragen die in de tweede instantie worden behandeld, aldus het Cour d'appel van Parijs in september 2014.⁷⁹⁷ Anders gezegd, de omstandigheid dat een arbiter zich in tweede instantie zal buigen over een bepaalde kwestie waarover hij zich in eerste instantie reeds heeft uitgelaten, kan aanleiding geven tot twijfels aan de arbitrale onafhankelijkheid en onpartijdigheid. Hoewel ik mij kan vinden in de gedachte dat het een arbiter niet is toegestaan om op deze wijze zijn 'eigen vlees' nogmaals te keuren, lijkt (meer) duidelijkheid in dit verband aangewezen. Waar ligt de grens?

Enig licht op deze vraag is geworpen door twee niet-gewraakte ICSID-arbiters in april 2008. Zij zouden als volgt hebben overwogen: '[t]he fact that an arbitrator sits in two different cases brought against the same respondent State *does not qualify* - *absent any other objective circumstances demonstrating that the two cases are related in such a matter that the arbitrator's determination in one case would manifestly affect the challenged arbitrator's reliability to exercise independent judgment in the other case* - as a situation that falls within the scope of Article 57 of the ICSID Convention and warrants the disqualification of the arbitrator' (curs. PR).⁷⁹⁸ Uit deze woorden kan worden afgeleid dat een grens wordt overschreden op het moment dat het eerdere arbitrale oordeel de betrouwbaarheid van de arbiter om tot een onafhankelijk oordeel te komen, aantast. In casu had eiser een wrakingsverzoek ingediend dat tegen de partij-arbiter van de Staat Turkije was gericht. Eiser zou hebben betoogd dat de arbiter ook in een andere ICSID-arbitrage door Turkije was benoemd en dat de beide scheidsgerechten 'would concurrently examine and resolve overlapping factual and legal issues'. De twee niet-gewraakte arbiters verwierpen het wrakingsverzoek. Niet alleen zouden de arbiters niet voldoende overtuigd zijn van de onderlinge raakvlakken, ook zouden zij hebben overwogen dat beide arbitrages betrekking hadden op 'different administrative actions', verschillende ministeries, verschillende sectoren, en op onderscheidenlijk toepasselijk recht.⁷⁹⁹

Enig licht op de vraag is daarnaast geworpen door het Amerikaanse Court of Appeals for the Second Circuit in februari 2012.⁸⁰⁰ Dit hof boog zich over de vraag of de vernietiging door het District Court of the Southern District van New York van een arbitraal vonnis op grond van onder meer de omstandigheid dat twee van de drie arbiters van het scheidsgerecht hadden nagelaten mede te delen dat zij in een andere arbitrage optraden die een overlap vertoonde in tijd, 'similar issues' had-

similar issues such that [de arbiter, PR] would not be able to judge impartially and independently' - 'lacks basis' (id. par. 85).

797 CA Parijs 9 september 2014, *Revue de l'Arbitrage* 2014, afl. 4, p. 1021 (*Faisal bin Fayyadh al Gobain/S.A. Crédit Foncier de France*). Vgl. TGI Parijs 17 februari 1999 (*P. Volant/X.*), 'inédit' waarin zou zijn overwogen dat de onafhankelijkheid van een arbiter niet wordt aangetast 'par le seul fait que l'arbitre ait, antérieurement, participé à un arbitrage similaire' (bron van de uitspraak en de geciteerde woorden: Henry 1999, nr. 23).

798 ICSID 26 april 2008, nr. ARB/07/20 (*Saba Fakes v. Republic of Turkey*), 'Decision on Disqualification of an Arbitrator' (niet gepubliceerd) (bron van de uitspraak en de geciteerde woorden: Daele 2012, nr. 7.061. Zie ook bijv. ASIL/ICCA Report 2016, par. 142).

799 ICSID 26 april 2008, nr. ARB/07/20 (bron van de uitspraak, informatie en de geciteerde woorden: Daele 2012, nr. 7.061).

800 U.S. Court of Appeals for the Second Circuit 3 februari 2012 (*Scandinavian Reinsurance Co./Saint Paul Fire & Marine Insurance*), 668 F.3d 60.

den, en 'related parties' waaronder 'a common witness'. Het District Court was tot het oordeel gekomen dat deze factoren 'together' maakten dat sprake was van 'a material conflict of interest'.⁸⁰¹ Het hof kon zich in dit oordeel niet vinden. Het hof overwoog dat onvoldoende bewijs aanwezig was voor het oordeel dat sprake was van 'evident partiality'.⁸⁰² Allereerst overwoog het hof 'as a general matter' dat de omstandigheid dat twee arbiters gelijktijdig in twee arbitrages optreden 'without more' geen bewijs was voor het oordeel 'that they were predisposed to favor one party over another in either arbitration'. In het verlengde hiervan overwoog het hof dat het geen van de door het District Court aangewezen overeenkomsten als bewijs van arbitrale vooringenomenheid beschouwde. Interessant is ook de overweging dat geen sprake zou zijn van 'a material conflict of interest if it does not itself tend to show that the arbitrator might be predisposed in favour of one (or) more of the parties'.⁸⁰³ In plaats van de nadruk te leggen op (de) onafhankelijke oordeelsvorming benadrukte het hof het belang van de afwezigheid van vooringenomenheid ten aanzien van één van de partijen.

Het ICC Court laat een wisselend beeld zien. Zo zou het de benoeming van een door gedaagde naar voren geschoven partij-arbiter hebben geweigerd die ook als partij-arbiter in een gerelateerde arbitrage optrad, in welke procedure hij door dezelfde gedaagde was benoemd, maar waarin sprake was van een andere eiser.⁸⁰⁴ Daarentegen zou het ICC Court een wrakingsverzoek hebben verworpen dat tegen de partij-arbiter van gedaagde was gericht op grond van de omstandigheid dat de arbiter eveneens voor benoeming door gedaagde in een andere, gerelateerde procedure was geselecteerd.⁸⁰⁵

302. Situatie 2: de arbiter treedt gelijktijdig op in meerdere arbitrages met eenzelfde rechtsvraag

In het verlengde van de eerste situatie kan een tweede situatie worden onderscheiden. In deze situatie is sprake van een arbiter die optreedt in twee of meer arbitrages die gelijktijdig aanhangig zijn en waarin eenzelfde of een vergelijkbare juridische vraag centraal staat. Hoe te denken over deze situatie vanuit het oogpunt van de verplichting tot arbitrale onafhankelijkheid en onpartijdigheid?

Hoewel mij weinig (scheids)rechterlijke uitspraken bekend zijn waarin deze situatie een rol speelt, springen toch twee zaken in het oog. De eerste zaak is een ICSID-arbitrage waarin eiser een wrakingsverzoek indiende dat tegen de partij-arbiter van de Staat Venezuela was gericht.⁸⁰⁶ Eiser probeerde de arbiter te wraken op grond van onder meer de omstandigheid dat de arbiter in een andere ICSID-arbitrage eveneens

801 U.S. Court of Appeals for the Second Circuit 3 februari 2012, 668 F.3d 60.

802 U.S. Court of Appeals for the Second Circuit 3 februari 2012, 668 F.3d 60.

803 U.S. Court of Appeals for the Second Circuit 3 februari 2012, 668 F.3d 60.

804 ICC Case 8 (ii - Unqualified Statement of Independence with objection) (bron van de informatie: Whitesell 2007, p. 22, zie ook: Daele 2012, nr. 7.067).

805 ICC Case 10 (Challenges rejected) (bron van de informatie: Whitesell 2007, p. 32, zie ook: Daele 2012, nr. 7.068). Wel besloot het ICC Court om de benoeming van de arbiter in de andere procedure niet te bevestigen.

806 ICSID 23 december 2010, nr. ARB/10/5 (*Tidewater Inc., Tidewater Investment SRL, Tidewater Caribe, C.A. c.s. v. The Bolivarian Republic of Venezuela*), 'Decision on Claimants' Proposal to Disqualify Professor Brigitte

door Venezuela was benoemd. Van belang was dat in beide zaken een identiek 'dispositive issue' zou zijn gerezen en dat de arbiter zich hierover in de andere arbitrage eerder zou buigen, aldus eiser.⁸⁰⁷ De twee niet-gewraakte arbiters wezen het verzoek af. Allereerst overwogen zij dat het in deze fase van de procedure 'premature' was 'to make any judgment as to what issues of law may be pleaded by the parties' nu slechts het 'Request for Arbitration' was ingediend.⁸⁰⁸ Vervolgens overwogen zij dat er geen 'material difference' was tussen 'prior consideration of issues of international law and issues of host state law which may arise in for determination in the course of the proceedings'.⁸⁰⁹ De arbiters benadrukten dat een scheidsgerecht 'is legally bound to arrive at its decision according to the applicable law as it finds it to be'.⁸¹⁰ Vrij vertaald: ongeacht de omstandigheid dat een arbiter zich eerder heeft uitgelaten over een bepaalde juridische kwestie is hij/zij vrij om zich uit te spreken over het recht zoals dit hem/haar voor ogen staat.

De tweede zaak betrof de weigering door het ICC Court van de benoeming van een door eiseres naar voren geschoven partij-arbiter. De betreffende arbiter was reeds als partij-arbiter benoemd in een gerelateerde ICC-arbitrage met dezelfde eiser en onderaannemers van gedaagde waarin contracten een rol speelden die nauwe overeenkomsten met elkaar vertoonden en 'mirror provisions' hadden waarvan sommige reeds waren geanalyseerd door het scheidsgerecht in de eerste procedure.⁸¹¹

303. Situatie 3: de arbiter treedt gelijktijdig op in meerdere arbitrages rondom dezelfde feiten

In het verlengde van de eerste situatie kan een derde situatie worden onderscheiden. In deze situatie is sprake van een arbiter die optreedt in twee of meer arbitrages die gelijktijdig aanhangig zijn en waaraan eenzelfde of een vergelijkbaar feitencomplex ten grondslag ligt.⁸¹² Hoe over deze situatie te denken vanuit het oogpunt van de verplichting tot arbitrale onafhankelijkheid en onpartijdigheid?

Uit (scheids)rechterlijke uitspraken komt het beeld naar voren dat men terughoudend is met het oordeel dat in onderhavig verband sprake is van arbitrale vooringenomenheid. Ter illustratie kan worden gewezen op hetgeen het Engelse Court of Appeal in juni 1982 in algemene bewoordingen zou hebben overwogen: 'a sole arbitrator may be appointed in two different arbitral procedures in which the set of facts is closely interrelated'.⁸¹³ Interessant is ook de onderbouwing door het hof: een

Stern, Arbitrator' (bron van de uitspraak: ASIL/ICCA Report 2016, par. 146; Daele 2012, nrs. 7.062-7.063; Ziadé 2012, p. 322-323).

807 ICSID 23 december 2010, nr. ARB/10/5, par. 18. Vgl. id. par. 66.

808 ICSID 23 december 2010, nr. ARB/10/5, par. 69.

809 ICSID 23 december 2010, nr. ARB/10/5, par. 70.

810 ICSID 23 december 2010, nr. ARB/10/5, par. 70.

811 ICC Case 17 (iv - Qualified Statement of Independence with objection) (bron van de informatie en de geciteerde woorden: Whitesell 2007, p. 25-26, vgl. Daele 2012, nr. 7.048). Daarnaast verzette gedaagde zich tegen 'the nominated arbitrator's failure to make the appropriate disclosure in his Statement of Independence'.

812 Vgl. Bedjaoui 1994, p. 94.

813 Court of Appeal 23 juni 1982 (*Abu-Dhabi Gas Liquefaction/Eastern Bechtel Co.*), [1982] 2 Lloyd's Rep 425 (bron van de uitspraak en de geciteerde rechtsoverweging: Luttrell 2009, p. 87, zie ook bijv. Reymond

dubbele benoeming zou 'desirable' zijn 'to avoid contradictory findings of fact'.⁸¹⁴ Daarnaast kan worden gewezen op twee zaken die meer inzicht geven in de (mogelijk) relevante omstandigheden van het geval. De eerste zaak is een ICSID-arbitrage waarin eiseres de partij-arbiter van de Staat Hongarije probeerde te wraken op grond van de omstandigheid dat de arbiter door dezelfde partij in een andere ICSID-arbitrage was benoemd.⁸¹⁵ Eiseres betoogde onder meer dat aan de beide arbitrages 'similar factual circumstances' ten grondslag zouden liggen 'relating to the generation of electricity' in Hongarije, dat beide arbitrages zouden zijn voortgekomen uit 'long-term Power Purchase Agreements' met geschillen over onder meer de bepaling van tarieven, en dat beide arbitrages aan het Energy Charter Treaty zouden zijn gerelateerd.⁸¹⁶ De twee niet-gewraakte arbiters wezen het verzoek af. Onder verwijzing naar voornoemde omstandigheden waren de twee arbiters niet overtuigd dat een combinatie van de omstandigheden de onafhankelijke oordeelsvorming van de arbiter in gevaar zou brengen. Het maakte geen verschil wanneer eiseres 'packages all these factors together', aangezien de methodologie van eiser 'brings about its own demise: 0⁷ remains 0 and not 7'.⁸¹⁷ De omstandigheid dat aan de beide arbitrages 'similar factual circumstances' ten grondslag zouden liggen 'could potentially fall into a different category', maar het was voor de arbiters 'at this very early stage of these proceedings' niet mogelijk 'to know enough about any relevant issue in these proceedings'.⁸¹⁸ Hoewel eiseres met lege handen achterblijft, is de laatste overweging interessant daar de arbiters de mogelijkheid openlaten dat het feit dat een arbiter die optreedt in twee arbitrages die gelijktijdig aanhangig zijn en waaraan eenzelfde feitencomplex ten grondslag ligt, tot een ander eindoordeel zou kunnen leiden.

De tweede zaak speelde zich af ten overstaan van een LCIA Division.⁸¹⁹ In juli 2013 begon eiser drie LCIA-arbitrages naar aanleiding van gerezen geschillen rondom drie overeenkomsten die waren gesloten om de financiering van een kopermijn mogelijk te maken.⁸²⁰ Nadat gedaagden met voeging van de procedures akkoord weigerden te gaan, besloot het LCIA Court dezelfde arbiter drie keer te benoemen: tweemaal als unus-arbiter en in de andere arbitrage als voorzitter van het scheidsgerecht.⁸²¹ Gedaagden dienden een wrakingsverzoek in dat op 23 december 2013 door een LCIA Division werd afgewezen.⁸²² De betreffende divisie overwoog onder meer dat 'it does

1991, p. 17; P. Sanders (red.), *Yearbook Commercial Arbitration 1984 - Volume IX*, ICCA & Kluwer Law International 1984, p. 448-450).

814 Court of Appeal 23 juni 1982 (bron van de uitspraak en de geciteerde woorden: Luttrell 2009, p. 87).

815 ICSID 25 februari 2008, nr. ARB/07/19 (*Electrabel S.A. v. Republic of Hungary*), 'Decision on the Claimant's Proposal to Disqualify a Member of the Tribunal' (bron van de uitspraak: Reed & Atanasova 2018, nr. 32; Daele 2012, nr. 7.060; Sheppard 2009, p. 154; ASIL/ICCA Report 2016, par. 142).

816 ICSID 25 februari 2008, nr. ARB/07/19, par. 37. Vgl. id. par. 22, 29.

817 ICSID 25 februari 2008, nr. ARB/07/19, par. 39. Vgl. id. par. 39: '(...) Two or more factors which do not satisfy the test required under Article 57 cannot, by mere "combination," meet that test'.

818 ICSID 25 februari 2008, nr. ARB/07/19, par. 40 jo. par. 37. Interessant is de overweging van de twee arbiters dat zij niet 'the theoretical possibility' uitsluiten dat deze omstandigheid 'a procedural problem in the future' wordt: een eventuele overlap 'might possibly embarrass' de arbiters en de twee andere leden van het scheidsgerecht 'and it might possibly also cause difficulties for the Claimant' (par. 44).

819 LCIA Division 23 december 2013, nrs. 132445 & 132456.

820 LCIA Division 23 december 2013, nrs. 132445 & 132456, par. 1.1 jo. par. 1.2.

821 LCIA Division 23 december 2013, nrs. 132445 & 132456, par. 1.3-1.4.

822 LCIA Division 23 december 2013, nrs. 132445 & 132456, par. 1.5: 'On 30 October 2013, the First Respondent in arbitration 132445 and the only Respondent in 132456 (the "Common Respondent") challenged the Arbitrator's appointment in those two arbitrations. (...)'

not follow that if [the Arbitrator] knows what went on in the other two arbitrations, he is disqualified from sitting in all three'.⁸²³ In het licht van de hiervoor besproken zaak is deze overweging op het eerste oog ferm te noemen. Bij nader inzien valt dit mee: in lijn met de hierboven geciteerde rechtsoverweging van het Engelse Court of Appeal uit juni 1982 lijkt de divisie niets anders te zeggen dan dat de enkele omstandigheid dat sprake is van (feitelijke) overeenkomsten niet tot het oordeel leidt dat de arbiter van alle zaken dient te worden gehaald.

Een voorbeeld van een zaak waarin de omstandigheid dat sprake is van eenzelfde feitencomplex lijkt te hebben bijgedragen aan het oordeel dat niet sprake zou zijn van een niet-vooringenomen arbiter is afkomstig van het ICC Court. Het ICC Court zou de benoeming hebben geweigerd van een door eiser naar voren geschoven partij-arbiter die reeds in een andere arbitrage optrad die niet direct verband hield met de onderhavige procedure, maar waarin wel sprake was van eenzelfde feitelijk relaas.⁸²⁴ Eiser was volledig eigenaar van eiser in de andere arbitrage, in beide arbitrages waren partijen betrokken die afkomstig waren uit dezelfde staat, het onderwerp van geschil was vergelijkbaar, en beide eisers werden door dezelfde advocaat vertegenwoordigd. Omdat niet meer inzicht wordt gegeven in de afwijking die het ICC Court heeft gemaakt, blijft het gissen naar het (precieze) gewicht dat de omstandigheid dat sprake was van eenzelfde feitencomplex in de schaal heeft gelegd.

304. Situatie 4: de arbiter heeft reeds eerder (mede) arbitraal vonnis gewezen

De vierde situatie is van de hiervoor besproken drie situaties te onderscheiden omdat deze ziet op een situatie waarin de arbiter reeds eerder (mede) arbitraal vonnis heeft gewezen ter beslechting van een geschil tussen dezelfde partijen. Levert deze omstandigheid strijd op met de verplichting tot arbitrale onafhankelijkheid en onpartijdigheid?⁸²⁵

Ja, aldus de voorzieningenrechter van de Rechtbank 's-Gravenhage in april 2007.⁸²⁶ De voorzieningenrechter wees een wrakingsverzoek van gedaagde in de arbitrage toe dat was gericht tegen de voorzitter van een driedig scheidsgerecht (hierna: X) die eveneens voorzitter was geweest van een scheidsgerecht in het kader van een eerdere arbitrage tussen onder meer gedaagde en eiseres. Dit scheidsgerecht had een arbitraal vonnis gewezen waarin volgens gedaagde oordelen waren gegeven die ook een rol in de onderhavige arbitrage zouden spelen.⁸²⁷ De voorzieningenrechter overwoog dat het optreden van de arbiters onder het voorzitterschap van

823 LCIA Division 23 december 2013, nrs. 132445 & 132456, par. 3.7. Vgl. LCIA Division 28 oktober 2010, nr. UN101693, par. 21.

824 ICC Case 5 (iii - Qualified Statement of Independence with no objection) (bron van de informatie: Whitesell 2007, p. 23, zie ook: Daele 2012, nr. 7.067): 'The non-participating respondent did not raise an objection'.

825 Vgl. Castres Saint-Martin 2016, nr. 205: '(...), la nature du réexamen de l'affaire au second degré fait l'objet de controverses. (...)'; Henry 1999, nr. 20. Vgl. (overheidsrecht) § 41 ZPO (Duitsland).

826 Rb. 's-Gravenhage (vzr.) 24 april 2007, ECLI:NL:RBSGR:2007:BB3218. Zie over de uitspraak ook bijv. Meijer 2016, p. 67-68.

827 Rb. 's-Gravenhage (vzr.) 24 april 2007, ECLI:NL:RBSGR:2007:BB3218, r.o. 2.1.

X en het 'duidelijke oordeel' over onder meer de directeur van gedaagde omstandigheden waren die 'rechtvaardigen' dat bij gedaagde de schijn was gewekt dat X in de arbitrage 'niet onbevangen zal oordelen'.⁸²⁸ Het gebruik van het (bijvoeglijk naam)woord 'duidelijk' door de voorzieningenrechter valt op. Wat verstaat de voorzieningenrechter hieronder? Zou een minder 'duidelijk' oordeel tot een andere uitkomst hebben geleid?

Hoewel buiten de methodologische reikwijdte van dit onderzoek kan voor een antwoord op de laatste vraag worden gewezen op een uitspraak van het Supreme Court van India. In augustus 2017 overwoog dit gerecht dat de omstandigheid dat een arbiter 'has already rendered an award in a previous arbitration between the parties would not, by itself, on the ground of reasonable likelihood of bias, render him ineligible to be an arbitrator in a subsequent arbitration'.⁸²⁹ Een vergelijkbaar oordeel was het Engelse Court of Appeal toegegaan. Dit hof overwoog in oktober 2004 dat '[t]he mere fact that the tribunal has decided the issue before' niet genoeg is voor het oordeel dat sprake is van 'apparent bias'.⁸³⁰ Het hof vervolgde met de woorden dat er 'needs to be something of substance to lead the fair-minded and informed observer to conclude that there is a real possibility that the tribunal will not bring an open mind and objective judgment to bear'.⁸³¹ Anders geformuleerd: omstandigheden zullen naar voren moeten worden gebracht waaruit kan worden afgeleid dat niet langer sprake is van een niet-vooringenomen arbiter. Woorden met een vergelijkbare strekking kwamen ook tijdens de bespreking van de factor van de herbenoeming naar voren. Ik vraag mij af wat het hof onder 'an open mind' verstaat: zou een 'relatief vooringenomen' arbiter (vgl. nr. 289) hieronder vallen?

Een duidelijk geval waarvan in onderhavig verband zou kunnen worden betoogd dat sprake was van arbitrale vooringenomenheid is de weigering door het ICC Court om een door eiser naar voren geschoven partij-arbiter te benoemen.⁸³² De arbiter had als unus-arbiter in een ICC-arbitrage reeds arbitraal vonnis gewezen tussen dezelfde partijen. In het vonnis was gedaagde veroordeeld tot betaling van schadevergoeding aan eiser wegens contractuele niet-nakoming. Nadat betaling door gedaagde uitbleef, maakte eiser een nieuwe arbitrageprocedure aanhangig waarin de inzet de beëindiging van voornoemd contract was. Daarnaast zou het ICC Court een andere benoeming van een door gedaagde naar voren geschoven partij-arbiter hebben geweigerd.⁸³³ Eiser had bezwaar tegen de benoeming aangetekend op grond van de omstandigheid dat de arbiter reeds in een eerdere arbitrage tussen partijen arbitraal

828 Rb. 's-Gravenhage (vzr.) 24 april 2007, ECLI:NL:RBSGR:2007:BB3218, r.o. 4.10. Vgl. Castres Saint-Martin 2016, nr. 128. Interessant is ook hetgeen naar voren komt in artikel 40 lid 4 Concordat sur l'arbitrage du 27 mars 1969: op het moment dat een arbitrale uitspraak is vernietigd, 'les arbitres statuent à nouveau, à moins qu'ils ne soient récusés pour le motif qu'ils ont participé à la procédure antérieure (...)'.
829 Supreme Court of India 31 augustus 2017, nr. 20675/2017 (*HRD Corporation (Marcus Oil and Chemical Division)/Gail (India) Limited (formerly Gas Authority of India Ltd.)*), r.o. 25.
830 Court of Appeal (Civil Division) 28 oktober 2004 (*Amec Capital Projects Ltd/Whitefriars City Estates Ltd*), [2004] EWCA Civ 1418, r.o. 21.
831 Court of Appeal 28 oktober 2004, [2004] EWCA Civ 1418, r.o. 21.
832 ICC Case 16 (iv - Qualified Statement of Independence with objection) (bron van de informatie: Whitesell 2007, p. 25, zie ook: Daele 2012, nr. 7.048).
833 Bron van de informatie en de geciteerde woorden: Hascher 1995, p. 10. Vgl. TGI Parijs 29 juni 1989, *Revue de l'Arbitrage* 1990, afl. 2, p. 497 (*société Philipp Brothers/société Drexel c.s.*): 'Attendu que | K | a déjà connu de la question de la force majeure au premier degré, même si les litiges ont opposé la société Phibro à

vonnis had gewezen, de uitspraak thans onderwerp was van een vernietigingsprocedure, en dat in de beide arbitrages 'la question de force majeure' identiek was.

305. Situatie 5: de arbiter heeft reeds eerder opgetreden in een arbitrage met eenzelfde rechtsvraag

De vijfde situatie ligt in het verlengde van de vierde situatie. Het gaat hier om de situatie waarin een arbiter reeds eerder heeft opgetreden in een arbitrage waarin eenzelfde of een vergelijkbare juridische vraag centraal stond. Hoe over deze situatie te denken vanuit het oogpunt van de verplichting tot arbitrale onafhankelijkheid en onpartijdigheid? Opvallend is dat deze situatie in (scheids)rechterlijke uitspraken ten opzichte van de hiervoor besproken situaties relatief het vaakst naar voren kwam. De uitspraken zijn niettemin divers te noemen wat feiten en (rechts)overwegingen betreft en zullen hieronder in willekeurige volgorde worden besproken.

Allereerst kan worden gewezen op een aantal uitspraken waarin (scheids)gerechten zich in algemene bewoordingen over deze situatie hebben uitgelaten. In oktober 1993 overwoog het Cour d'appel van Parijs: '(...), le jugement antérieur de la même question de droit ne peut constituer un préjugé dans la mesure où les engagements sont distincts et les parties différentes'.⁸³⁴ Vrij vertaald: een eerder oordeel over dezelfde juridische vraag levert geen vooringenomenheid op voor zover de verbintenissen onderscheidenlijk zijn en de partijen verschillend. Anders gezegd: de enkele omstandigheid dat een arbiter reeds eerder (mede) arbitraal vonnis heeft gewezen in een zaak waarin dezelfde rechtsvraag centraal stond, levert niet per definitie strijd op met de verplichting tot arbitrale onafhankelijkheid en onpartijdigheid. Bewoordingen met een vergelijkbare strekking zijn afkomstig van de SCC Board. In 2018 zou de SCC Board hebben overwogen dat 'a decision on an issue of law, albeit a significant one, does not *per se* give rise to justifiable doubts as to [the arbitrator's] impartiality and independence'.⁸³⁵ De stelligheid die in de voorgaande overwegingen besloten ligt, roept de vraag op waarom een dergelijke situatie geen strijd oplevert met de verplichting tot arbitrale onafhankelijkheid en onpartijdigheid.

In februari 2017 overwoog het Engelse High Court dat 'a regular feature of international arbitration in London' was dat 'the same underlying subject matter gives rise to more than one claim and more than one arbitration without identity of par-

d'autres sociétés et que le point juridique se pose sous un aspect différent'; zie over deze uitspraak ook bijv. Reymond 1991, p. 14.

834 CA Parijs 14 oktober 1993, *Revue de l'Arbitrage* 1994, afl. 2, p. 385 (*Ben Nasser e.a./BNP & Crédit Lyonnais*). In 2001 vernietigde het Cour de cassation daarentegen een arrest van het Cour d'appel van Parijs nu het hof niet voldoende inzichtelijk had gemaakt waarom de omstandigheid dat een partij-arbiter had nagelaten mede te delen dat hij door dezelfde partij in drie andere arbitrages - 'antérieures ou concomitantes' - was benoemd 'relatives au même contentieux opposant cette société à plusieurs franchisées', 'n'est pas pour autant de nature à démontrer son défaut d'indépendance et d'impartialité' noch vernietiging van het arbitraal vonnis rechtvaardigde, zie: Cour de cassation (chambre civile 2) 6 december 2001, nr. 00-10.711 (*Fremarc/ITM Entreprises*).

835 SCC Arbitration nrs. 2018/112 & 2018/113 (bron van de informatie en de geciteerde woorden: Ipp, Carè & Dubeshka 2019, par. 3.1.22). Vgl. SCC Arbitration nr. 148/2003 waarin een wrakingsverzoek zou zijn afgewezen dat tegen een arbiter was gericht die in eerdere, gerelateerde procedures had opgetreden (bron van de informatie: Daele 2012, nr. 7.051, onder verwijzing naar literatuur).

ties'.⁸³⁶ Het is een 'false hypothesis' om uit te gaan van de stelling dat 'a degree of overlap disqualifies an arbitrator from acting in both references', aldus het gerecht.⁸³⁷ In plaats van een toelichting te geven, houdt het gerecht het kort: het zijn van 'a regular feature' zou voldoende zijn om geen nadere vraagtekens te hoeven zetten. Ook het Cour d'appel van Parijs hield het in januari 1996 kort. Het hof boog zich over een vordering die door de Staat Qatar was ingediend om vier ICC-vonnissen te laten vernietigen op grond van, kort samengevat, de omstandigheid dat de vonnissen in dezelfde ICC-arbitrage mede waren gewezen door een arbiter die in een gerelateerde ICC-arbitrage zou hebben opgetreden. Het hof wees de vordering af waarbij het overwoog: 'aucun principe ne s'oppose à ce qu'un arbitre soit appelé à statuer sur une procédure connexe à une autre instance dont il a eu précédemment à connaître comme arbitre'.⁸³⁸ Vrij vertaald komt deze overweging op het volgende neer: geen beginsel verzet zich tegen de omstandigheid dat een arbiter zich al eerder over een gerelateerde procedure heeft gebogen. Enig inzicht in de vraag om welk 'principe' het zou kunnen gaan, gaf het Cour d'appel van Parijs in oktober 1993.⁸³⁹ In het kader van een vernietigingsprocedure werd geprobeerd om een arbitraal vonnis te laten vernietigen op grond van de omstandigheid dat de door de ICC benoemde voorzitter van een driedig scheidsgerecht in een parallelle procedure een vergelijkbaar geschil had beslecht. Het hof overwoog niet alleen dat 'le principe de la contradiction' niet werd geschonden, maar ook dat 'les droits de la défense' niet werden geschonden 'lorsqu'un même arbitre statue dans deux instances parallèles'.⁸⁴⁰ Het hof onderstreepte dat 'il n'y a ni prévention ni préjugé lorsque l'arbitre est appelé

836 High Court (Commercial Court) 3 februari 2017 (H/L c.s.), [2017] EWHC 137 (Comm), r.o. 21.

837 High Court (Commercial Court) 3 februari 2017, [2017] EWHC 137 (Comm), r.o. 36.

838 CA Parijs 12 januari 1996, *Revue de l'Arbitrage* 1996, afl. 3, p. 427-428 (*Gouvernement de l'Etat du Qatar/Creighton Ltd*). Zie over deze uitspraak ook bijv. Henry 2001, p. 352; Castres Saint-Martin 2016, vn. 255 (nr. 120); Daele 2012, nr. 7.054; Luttrell 2009, p. 86-87; Henry 1999, nr. 21. Het Cour de cassation verwierp het cassatieberoep van Qatar, zie over deze uitspraak: Cour de cassation (chambre civile 1) 16 maart 1999, nr. 96-12.748. Vgl. Supreme Court of Victoria 15 april 1996 (*Gascon/Ellicott*) waarin het gerecht weigerde een wrakingsverzoek toe te wijzen op grond van de omstandigheid dat een arbiter zich reeds in twee eerdere procedures over rechtsvragen had uitgelaten die in de onderhavige procedure opnieuw relevant zouden kunnen worden (bron van de uitspraak en de informatie: Froitzheim 2016, vn. 1372 (nr. 700), zie ook bijv. Gaillard & Savage, vn. 48 (nr. 1034)). In december 2006 zou de Rechtbank van eerste aanleg van Brussel, in het kader van een geschil tussen een bank en een klant die schadevergoeding vorderde van de bank, een wrakingsverzoek hebben toegewezen dat was gericht tegen een arbiter (benoemd door de klant) die reeds elf keer door andere klanten van de bank was benoemd, die eveneens de bank met succes hadden aangesproken tot schadevergoeding, zie: Rechtbank van eerste aanleg Brussel 14 december 2006 (*CBC Banque*) (bron van de uitspraak en de informatie: Hollander 2008, p. 4, vgl. Hanotiau 2016, p. 167; Gómez-Acebo 2016, nr. 5.64; Daele 2012, nr. 7.053).

839 CA Parijs 14 oktober 1993, *Revue de l'Arbitrage* 1994, afl. 2, p. 380-385 (*Ben Nasser e.a./BNP & Crédit Lyonnais*). Zie over deze uitspraak ook bijv. Hascher 2007; Lew, Mistelis & Kröll 2003, nr. 11.28; Henry 2001, p. 349-350; Henry 1999, nr. 21; zie ook bijv. Hanotiau 2016, p. 168; Castres Saint-Martin 2016, nr. 127; Daele 2012, vn. 108 (nr. 7.071).

840 CA Parijs 14 oktober 1993, *Revue de l'Arbitrage* 1994, afl. 2, p. 384. Vgl. TGI Parijs 13 januari 1986, *Revue de l'Arbitrage* 1987, afl. 1, p. 65 (*société anonyme Setec Bâtiment (S.E.T.E.C.)/société anonyme Sicca*). Het Cour d'appel van Parijs overwoog begin april 1998 dat 'le principe de la contradiction n'est pas violé, pas plus que les droits de la défense, lorsqu'un même arbitre statue dans deux instances parallèles', maar dat tot een andere conclusie kan worden gekomen 'si est intervenue dans l'autre instance une décision pouvant constituer de la part de cet arbitre un préjugé défavorable, en particulier si l'arbitre a participé, dans la première affaire, à une sentence qui entraîne logiquement certaines conséquences pour les questions à trancher dans la seconde', zie: CA Parijs 2 april 1998, *Revue de l'Arbitrage* 1999, afl. 4 (*société Technip/société Asmidal*), p. 827 (bron van de uitspraak: Daele 2012, nr. 7.071; Hanotiau 2016, p. 167 en p. 168).

à se prononcer sur une situation de fait proche de celle examinée antérieurement, mais entre des parties différentes, et encore moins lorsqu'il doit trancher une question de droit sur laquelle il s'est précédemment prononcé'.⁸⁴¹ Bewoordingen met een vergelijkbare strekking in dit verband zijn afkomstig van hetzelfde hof in oktober 1999. Interessant is dat het hof de volgende woorden toevoegde: '(...) dès lors qu'il n'est pas lié par ses propres précédents'.⁸⁴² Niet alleen zou aldus geen sprake zijn van schending van het beginsel van hoor en wederhoor en/of van schending van de rechten van de verdediging, een andere reden zou zijn dat een arbiter nu eenmaal niet is gebonden aan zijn eerdere (inhoudelijke) oordelen.

Niet alle (scheids)gerechten denken evenwel hetzelfde over het terzijde schuiven van arbitrale precedentwerking in dit verband (vgl. nr. 291). Ter illustratie kan worden gewezen op een uitspraak van het Tribunal de grande instance van Parijs uit januari 1986.⁸⁴³ In algemene bewoordingen overwoog het gerecht eerst: 'la connaissance de la procédure antérieure n'est pas de nature à mettre en cause son impartialité ainsi que son objectivité, ni même son aptitude à juger sereinement le nouveau litige'.⁸⁴⁴ Tot zover niets nieuws onder de zon. Toch oordeelde het gerecht dat de arbiter die in twee procedures door dezelfde opdrachtgever was benoemd, diende te worden uitgesloten van deelname aan de tweede procedure. De tweede procedure speelde tussen de opdrachtgever en een ingenieur, terwijl de arbiter in het kader van de eerste procedure, die tussen de opdrachtgever en opdrachtnemer speelde, reeds een arbitraal vonnis had gewezen waarin onder meer werd ingegaan op de aansprakelijkheid van de ingenieur; een punt dat in de tweede procedure centraal stond.⁸⁴⁵

Een ander argument dat is gebruikt ter onderbouwing van het oordeel dat geen sprake was van een ontoelaatbaar *issue conflict* komt in een uitspraak van het Handelsgericht van Wenen uit juli 2007 naar voren.⁸⁴⁶ Verzoeker had een wrakingsverzoek ingediend dat tegen de partij-arbiter van verweerder ('Antragsgegnerin') was gericht op grond van de omstandigheid dat de arbiter (inclusief de onderhavige procedure) vijf keer door verweerder was benoemd.⁸⁴⁷ De vijf procedures zouden 'im Wesentlichen alle die gleiche Sache' betreffen, aldus verzoeker.⁸⁴⁸ Het gerecht wees het wrakingsverzoek af. Enigszins opmerkelijk is zijn overweging dat de omstandigheid dat de arbiter 'schon zum fünften mal [sic, PR] als Schiedsrichter durch die beklagte Partei benannt is' naar 'österreichischem Verständnis geradezu als Vorteil,

841 CA Parijs 14 oktober 1993, *Revue de l'Arbitrage* 1994, afl. 2, p. 384.

842 CA Parijs 28 oktober 1999, *Revue de l'Arbitrage* 2000, afl. 2, p. 299-312 (SA Fretal/SA ITM Entreprises).

843 TGI Parijs 13 januari 1986, *Revue de l'Arbitrage* 1987, afl. 1, p. 63-65 (*société anonyme Setec Bâtiment (S.E.T.E.C.)/société anonyme Sicca*) (bron van de uitspraak: Luttrell 2009, p. 86-87; Hascher 2007; Henry 2001, p. 348; Gaillard & Savage 1999, nr. 1034; Reymond 1991, p. 10, zie ook: Castres Saint-Martin 2016, vn. 255 (nr. 120); Bellet 1987, p. 70).

844 TGI Parijs 13 januari 1986, *Revue de l'Arbitrage* 1987, afl. 1, p. 65.

845 TGI Parijs 13 januari 1986, *Revue de l'Arbitrage* 1987, afl. 1 (bron van de informatie: Luttrell 2009, p. 87; Gaillard & Savage 1999, nr. 1034).

846 Handelsgericht Wenen 24 juli 2007, nr. 16 Nc 2/07w. Zie over deze uitspraak ook bijv. Froitzheim 2016, vn. 1379 (nr. 704); Daele 2012, nr. 6.173; Mullerat 2012, vn. 58 (p. 82); Scherer 2008, p. 3-5; bron van de geciteerde woorden: www.trans-lex.org/311410.

847 Handelsgericht Wenen 24 juli 2007, nr. 16 Nc 2/07w.

848 Daarnaast zou de arbiter in twee van de vijf procedures waarin eiser niet was betrokken 'vertraulichtes Wissen' hebben opgedaan.

und nicht als Nachteil' zou worden gezien.⁸⁴⁹ Interessant en belangwekkend is hetgeen het gerecht vervolgens overwoog: het eindoordeel in deze zaak ligt niet in de handen van de 'einzelne Schiedsrichter als Einzelrichter', maar er is sprake van 'ein Schiedsrichtergremium von drei Richtern vorliegend'.⁸⁵⁰ De omstandigheid dat de bewuste arbiter zich met (twee) andere arbiters over de zaak zal buigen, wordt aldus gebruikt als argument ter onderbouwing van het oordeel dat in casu geen sprake was van een ontoelaatbaar *issue conflict*.

Tot slot wijs ik op een beslissing die afkomstig is van twee niet-gewraakte ICSID-arbiters uit oktober 2007.⁸⁵¹ De Staat Argentinië probeerde de partij-arbiter van eiseressen te wraken op grond van de omstandigheid dat de arbiter onderdeel had uitgemaakt van een ander ICSID-scheidsgerecht dat in augustus 2007 vonnis had gewezen en dat nadelig voor de staat was uitgevallen.⁸⁵² Kort samengevat, betoogde de staat dat het vonnis in deze procedure 'so flawed' was, met name 'in its findings of fact and its appraisal of the evidence', dat de 'very participation in that decision' op een gebrek aan onpartijdigheid van de arbiter zou wijzen.⁸⁵³ De twee niet-gewraakte arbiters gingen hierin niet mee. Allereerst overwogen zij dat de staat geen objectief bewijs of feiten naar voren had gebracht die de 'reputation and standing' van de arbiter betwistten.⁸⁵⁴ Vervolgens bogen de arbiters zich over de vraag in hoeverre de enkele omstandigheid dat de arbiter een vonnis mede had gewezen in een eerdere arbitrage zou kunnen leiden tot het oordeel dat de arbiter in de onderhavige arbitrage niet onpartijdig of onafhankelijk zou zijn. In lijn met hetgeen eerder door andere ICSID-arbiters was overwogen, onderstreepten zij dat 'a difference of opinion over an interpretation of a set of facts is not in and of itself evidence of lack of independence or impartiality'.⁸⁵⁵ Met het oog op de onderhavige kwestie benadrukten de arbiters dat - hoewel Argentinië in beide arbitrages gedaagde was en in

849 Handelsgericht Wenen 24 juli 2007, nr. 16 Nc 2/07w.

850 Handelsgericht Wenen 24 juli 2007, nr. 16 Nc 2/07w. Vgl. Rb. Breda (pres.) 21 januari 2000 waarin de voorzieningenrechter van de Rechtbank Breda een door één van de partijen in het kader van een wrakingsprocedure aangevoerde stelling - dat een eventuele afhankelijkheid van een partij-arbiter teniet zou worden gedaan door de inbreng van de andere twee arbiters - resoluut afwees: niet alleen werd met de stelling 'misken[d]' dat 'een arbiter zijn taak onpartijdig en onafhankelijk dient te verrichten, los van de vraag of besluitvorming in meervoudige samenstelling plaatsvindt', ook ging deze eraan voorbij 'dat die besluitvorming het resultaat behoort te zijn van beraadslaging van in onpartijdigheid en onafhankelijkheid opererende scheidslieden' (bron van de geciteerde rechtsoverweging: *NJ Kort* 2000, afl. 6, nr. 25, zie ook bijv. *Snijders* 2018, vn. 8 (p. 260); *Meijer* 2016, p. 68; *TvA* 2000, afl. 4, p. 169).

851 ICSID 22 oktober 2007, nr. ARB/03/17 (*Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. and InterAguas Servicios Integrales del Agua S.A. v. The Argentine Republic*), 'Decision on the Proposal for the Disqualification of a Member of the Arbitral Tribunal' (bron van de uitspraak: *ASIL/ICCA Report* 2016, par. 139; *Froitzheim* 2016, vn. 1379 (nr. 704); *Kim* 2014, p. 627; *Ziadé* 2012, p. 319-320; *Bernasconi-Osterwalder, Johnson & Marshall* 2010, p. 23-24; *Luttrell* 2009, vn. 137 (p. 58)).

852 ICSID 22 oktober 2007, nr. ARB/03/17, par. 12. De zaak draaide om een conflict dat was gerezen naar aanleiding van de privatisering van het water- en rioleringssysteem in de Argentijnse provincie Tucumán; een eerste ICSID-procedure werd in 1996 geïnitieerd, in het kader van welke procedure in 2000 vonnis werd gewezen dat begin juli 2002 werd vernietigd waarna een nieuw scheidsgerecht werd benoemd in april 2004, in welk gerecht de beweerdelijk voorgenomen arbiter zitting nam (id. par. 13).

853 ICSID 22 oktober 2007, nr. ARB/03/17, par. 13. Vgl. id. par. 34.

854 ICSID 22 oktober 2007, nr. ARB/03/17, par. 32. Vgl. id. par. 38-39.

855 ICSID 22 oktober 2007, nr. ARB/03/17, par. 35. Zelfs als 'an appellate body should ultimately reverse such determination, that reversal in and of itself would by no means be evidence of a failure of impartiality or independence' nu ook een arbiter 'may be wrong on a point of law or wrong on a finding of fact but still be independent and impartial' (id. par. 35).

beide arbitrages werd geoordeeld over geschillen die naar aanleiding van de privatisering van water- en rioleringsystemen rezen – de twee situaties desalniettemin ‘distinctly different’ waren. Het (duidelijke) verschil zag zowel op de (omvang van de) te beslechten geschillen als op de toepasselijke BITS en de verschillende feiten, aldus de twee arbiters.⁸⁵⁶ Interessant is niet alleen de maatstaf die wordt aangelegd (‘distinctly different’ situaties leiden niet tot het oordeel dat sprake is van een ontoelaatbaar ‘issue conflict’), maar ook de toets van de omstandigheden van het geval aan deze maatstaf die door de arbiters wordt uitgevoerd. Hoewel het inherent aan het ICSID-systeem is dat in beginsel de niet-gewraakte arbiters zich over het wrakingsverzoek buigen, vraag ik mij af of deze eigen ‘vleeskeuring’ wenselijk is.

306. Situatie 5 en de zaak *Mutu v. Chelsea Football Club Limited*

Een interessante zaak die in het kader van de vijfde situatie kan worden genoemd, is de zaak *Mutu v. Chelsea Football Club Limited*.⁸⁵⁷ Ik licht deze zaak niet alleen uit vanwege de relevantie voor deze situatie, maar ook omdat het EHRM zich over de zaak heeft gebogen. De feiten kunnen als volgt worden samengevat. Ten overstaan van het Tribunal fédéral probeerde professioneel voetballer Adrian Mutu een CAS-vonnis te laten vernietigen onder meer op de (vernietigings)grond ‘composition irrégulière de la Formation du TAS’. Mutu betoogde, kort samengevat, dat sprake was van een ontoelaatbare dubbelrol van arbiter X in een tweetal CAS-procedures. In de eerste (appel)procedure was de arbiter voorzitter van het scheidsgerecht geweest dat een beslissing van het ‘Comité d’appel de la Première Ligue anglaise’ had bekrachtigd. Dit Comité was, kort gezegd, tot het oordeel gekomen dat sprake was van een eenzijdige opzegging door Mutu van zijn contract met voetbalclub Chelsea. In de tweede (appel)procedure had Chelsea de betreffende arbiter als partij-arbiter gekozen. Deze procedure had tot een veroordeling van Mutu geleid tot de betaling van een schadevergoeding aan Chelsea.⁸⁵⁸ Het Tribunal fédéral wees de vordering tot vernietiging af. Allereerst schoof het gerecht de toepasselijkheid van twee door Mutu ingeroepen bepalingen van de IBA Guidelines 2004 terzijde, daar niet zeker was of deze bepalingen wel van toepassing waren.⁸⁵⁹ Interessant is dat het gerecht vervolgens onderkende dat de omstandigheid dat een rechter die reeds in een bepaald geschil heeft opgetreden ‘peut éveiller un soupçon de partialité’.⁸⁶⁰ Een ‘cumul des fonctions’ is slechts toegestaan op het moment dat de rechter over bepaalde kwesties nog niet op zodanige wijze een bepaald standpunt heeft ingenomen dat hij in de toekomst niet langer vrij van vooroordelen lijkt te zijn en dat, dientengevolge ‘le sort du procès paraît déjà scellé’, aldus het gerecht.⁸⁶¹ Van belang is dat een rechter in dit verband rekening houdt met de feiten en procedurele bijzonderheden, alsmede met de con-

⁸⁵⁶ ICSID 22 oktober 2007, nr. ARB/03/17, par. 37.

⁸⁵⁷ Tribunal fédéral 10 juni 2010, nr. 4A_458/2009.

⁸⁵⁸ Tribunal fédéral 10 juni 2010, nr. 4A_458/2009, r.o. 3.3.1 jo. r.o. B.a)-B.d). Vgl. id. r.o. B.d): ‘(...) la somme de 17'173'990 euros avec intérêts à 5% l'an dès le 12 septembre 2008. (...)’.

⁸⁵⁹ Tribunal fédéral 10 juni 2010, nr. 4A_458/2009, r.o. 3.3.3.1. Mutu deed zowel een beroep op paragraaf 2.1.2 (‘Waivable Red List’) als op paragraaf 3.1.5 (‘Orange List’) van de IBA Guidelines 2004.

⁸⁶⁰ Tribunal fédéral 10 juni 2010, nr. 4A_458/2009, r.o. 3.3.3.2.

⁸⁶¹ Tribunal fédéral 10 juni 2010, nr. 4A_458/2009, r.o. 3.3.3.2. Vgl. LCIA 31 januari 2011, nr. 101642, par. 24.

crete vragen die zijn gerezen tijdens de verschillende stadia van de procedure; '[i]l n'en va pas autrement dans le domaine de l'arbitrage', aldus het gerecht.⁸⁶² Uiteindelijk overwoog het Tribunal fédéral - vrij vertaald - dat objectief gezien niet het oordeel kon worden aanvaard dat de arbiter zich op een zodanige wijze had gedragen dat twijfels konden rijzen over zijn onpartijdigheid of het idee ondersteunden 'qu'il avait d'ores et déjà pris fait et cause pour l'intimé'.⁸⁶³ Het gerecht legde aldus de nadruk op de (mate van) vooringenomenheid van de arbiter. Toegespitst op de omstandigheden van het geval kwam het gerecht tot de conclusie dat de arbiter niet zo(danig) vooringenomen was dat sprake was van strijd met de verplichting tot arbitrale onpartijdigheid.

Met de uitspraak van het Tribunal fédéral nam Mutu geen genoegen en hij wendde zich tot het EHRM.⁸⁶⁴ Het Hof legde de volgende maatstaf aan om te beoordelen of sprake was van arbitrale vooringenomenheid: '(...) that the arbitrator in question successively dealt with identical facts and that he had to answer the same question or, at least, that the difference between the questions that he had to address was tenuous'.⁸⁶⁵ Anders gezegd, van een ontoelaatbaar *issue conflict* is sprake op het moment dat de arbiter achtereenvolgens te maken krijgt met identieke feiten en dezelfde (rechts)vraag dan wel is sprake van een klein verschil tussen de (rechts)vragen. Onder verwijzing naar onder meer hetgeen het Tribunal fédéral had overwogen, kwam ook het EHRM tot het oordeel dat, hoewel de feiten die aanleiding tot de procedures hadden gegeven dezelfde waren, de rechtsvragen 'clearly different' waren.⁸⁶⁶ De uitspraak van het EHRM is mijns inziens niet alleen interessant omdat het een oordeel is van het 'hoogste' Europese rechtsorgaan, maar ook omdat het Hof de omstandigheden van het concrete geval aan de verplichting tot arbitrale onafhankelijkheid en onpartijdigheid toetst.⁸⁶⁷ De uitkomst van de toets is in lijn met hetgeen hierboven in andere uitspraken naar voren kwam, en om die reden weinig verrassend te noemen.

307. Situatie 5 en het ICC Court

Ter afsluiting van de bespreking van de vijfde situatie wijd ik enkele woorden aan de wijze waarop het ICC Court met de vijfde situatie om zou gaan. Uit de in de literatuur besproken beslissingen komt terughoudendheid van het Court naar voren. Zo zou het ICC Court de benoeming hebben geweigerd van een door gedaagde naar voren geschoven partij-arbiter die in zijn 'Statement of Independence' had opgenomen dat hij als voorzitter van een scheidsgerecht had opgetreden in een gerelateerde zaak 'involving an entity with a similar name to the respondent', maar met een andere

⁸⁶² Tribunal fédéral 10 juni 2010, nr. 4A_458/2009, r.o. 3.3.3.2.

⁸⁶³ Tribunal fédéral 10 juni 2010, nr. 4A_458/2009, r.o. 3.3.3.2.

⁸⁶⁴ EHRM 2 oktober 2018, nrs. 40575/10 en 67474/10 (*Mutu en Pechstein/Zwitserland*).

⁸⁶⁵ EHRM 2 oktober 2018, nrs. 40575/10 en 67474/10, r.o. 162, onder verwijzing naar EHRM 17 mei 2016, nr. 4687/11 (*Liga Portuguesa de Futebol Profissional/Portugal*), r.o. 69.

⁸⁶⁶ EHRM 2 oktober 2018, nrs. 40575/10 en 67474/10, r.o. 164.

⁸⁶⁷ Hoewel hier wellicht vanuit het oogpunt van de aan de Verdragsstaten toekomende 'margin of appreciation' vraagtekens bij kunnen worden gezet, in gelijke zin: H.J. Snijders, *NJ* 2020/245, sub 5 (p. 4072).

eiser.⁸⁶⁸ Daarnaast zou het ICC Court de benoeming hebben geweigerd van een door eiser naar voren geschoven partij-arbiter die als arbiter in een andere ICC-arbitrage voor eiser (maar met andere gedaagden) had opgetreden; het vonnis dat in deze procedure was gewezen, werd door eiser 'as one of the grounds' aan zijn vorderingen in de onderhavige arbitrage ten grondslag gelegd.⁸⁶⁹ Het ICC Court zou voorts een wrakingsverzoek hebben toegewezen dat tegen de partij-arbiter van eiser was gericht op grond van nieuwe informatie waaruit zou blijken dat de arbiter 'on several previous occasions expressly advocated the same stance on an issue central to the arbitration'.⁸⁷⁰ Daarentegen zou het ICC Court een wrakingsverzoek hebben afgewezen dat tegen een partij-arbiter was gericht die ook als arbiter betrokken was geweest in een eerdere procedure met dezelfde partijen in relatie tot hetzelfde contract.⁸⁷¹ Er zou geen sprake zijn van 'un préjugé direct pour la seconde affaire' aangezien het ging om tegenvorderingen die niet in de eerste procedure waren onderzocht, aldus het ICC Court.

6.5.4 Verschijningsvorm 3: arbiter ↔ (partij)deskundige

308. Algemeen

De derde verschijningsvorm die wordt besproken, ziet op de situatie waarin een arbiter reeds eerder als (partij)deskundige heeft opgetreden. De verschijningsvorm heeft, kort gezegd, betrekking op de situatie waarin een arbiter zich eerder in de hoedanigheid van (partij)deskundige heeft uitgelaten over eenzelfde of een vergelijkbare feitelijke en/of juridische vraag die thans aan hem wordt voorgelegd.⁸⁷² Hieronder wordt kort ingegaan op relevante arbitrale regelgeving (nr. 309) en (scheids)-rechterlijke uitspraken (nr. 310).

868 ICC Case 1 (Other issues related to independence in ICC arbitration - 1. IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration) (bron van de informatie en de geciteerde woorden: Whitesell 2007, p. 37). Eiser verzette zich tegen de benoeming van de arbiter door naar paragraaf 2.1.2 ('Waivable Red List') van de IBA Guidelines te verwijzen, vgl. id. vn. 43: 'The Secretariat, in analysing the case, found that the situation was closer to Article 3.1.5 on the Orange List, (...)'.
869 ICC Case 7 (ii - Unqualified Statement of Independence with objection) (bron van de informatie en de geciteerde woorden: Whitesell 2007, p. 22, zie ook: Daele 2012, nr. 7.048). Een enigszins opmerkelijk feitencomplex lag ten grondslag aan de toewijzing door het ICC Court van een wrakingsverzoek van gedaagde. Het wrakingsverzoek was gericht tegen de partij-arbiter van gedaagde (die door het Court was benoemd 'on behalf of the respondent') nu de arbiter had nagelaten mede te delen dat hij als voorzitter had opgetreden in een andere, niet-ICC-arbitrage die draaide om hetzelfde 'construction project'. Hoewel de arbiter aangaf dat de andere procedure in der minne was afgedaan zonder een 'hearing on the issues' en 'no witness testimony' en dat het scheidsrecht zich slechts over procedurele kwesties had gebogen, wees het ICC Court het wrakingsverzoek toe, zie: ICC Case 12 (Challenges accepted) (bron van de informatie en de geciteerde woorden: Whitesell 2007, p. 30, vgl. Daele 2012, nr. 7.050).

870 Bron van de informatie en de geciteerde woorden: Carlevaris & Digón 2016.

871 Bron van de informatie en de geciteerde woorden: Hascher 1995, p. 14. Vgl. SCC Arbitration nr. 2016/159 waarin gedaagde de partij-arbiter van eiser probeerde wraken op grond van de omstandigheid dat eiser de arbiter eerder had benoemd in het kader van een SCC-procedure tussen dezelfde partijen 'disputing the same contract'. De SCC Board verwierp het wrakingsverzoek (bron van de informatie en de geciteerde woorden: Ipp, Carè & Dubeshka 2019, par. 3.1.11).

872 Vgl. Hanotiau 2016, p. 167.

309. Invulling: arbitrale regelgeving

Evenals bij de bespreking van de eerste en tweede verschijningsvorm kan ten aanzien van de derde verschijningsvorm worden genoteerd dat deze niet in de arbitrale wet- en regelgeving van de vier jurisdicties en de vier arbitrage-instituten van onderzoek naar voren komt. Alleen hetgeen in de IBA Guidelines 2014 is opgenomen, raakt aan de derde verschijningsvorm. In het kader van de 'Waivable Red List' komt naar voren: '[t]he arbitrator has given legal advice, or provided an expert opinion, on the dispute to a party or an affiliate of one of the parties' (curs. PR).⁸⁷³ Anders geformuleerd, de omstandigheid dat een arbiter zich reeds als 'expert' heeft uitgelaten over het geschil geeft aanleiding tot twijfels aan zijn/haar onafhankelijkheid en onpartijdigheid. Hoewel de omstandigheid op de 'Red List' staat, hebben de opstellers van de lijst partijen wel vrijgelaten om afstand van de omstandigheid te doen, daar de omstandigheid is opgenomen in het 'Waivable'-gedeelte.

Hoewel buiten de methodologische reikwijdte van dit onderzoek is interessant om te vermelden dat in de Zweedse Arbitragewet staat opgenomen dat de omstandigheid dat een arbiter in de hoedanigheid van deskundige of anderszins een standpunt over het geschil heeft ingenomen dan wel een partij met de voorbereiding van de procedure heeft geholpen, aan benoeming in de weg staat.⁸⁷⁴

310. Invulling: (scheids)rechterlijke uitspraken

Niet alleen is (mij) weinig regelgeving bekend, ook lijkt door (scheids)gerechten weinig invulling aan de derde verschijningsvorm te zijn gegeven. Dit wekt enige verbazing gelet op de aanwezigheid van ingeroepen deskundigen in veel arbitrages, de mogelijkheid van 'double hat(s)', en de vragen die over de arbitrale onafhankelijkheid en onpartijdigheid kunnen rijzen.

Enig inzicht wordt niettemin gegeven door een LCIA Division in oktober 1997.⁸⁷⁵ De betreffende divisie overwoog, kort samengevat, dat de omstandigheid dat een (unus-)arbiter die eerder als 'expert witness' had opgetreden 'on behalf of a party who had instructed the lawyer now acting in this arbitration as Claimant's Counsel' minder aanleiding gaf tot twijfels aan zijn onafhankelijkheid of onpartijdigheid dan de omstandigheid dat 'a barrister and a solicitor on the same side' een band met elkaar hadden.⁸⁷⁶ De divisie wees erop dat 'the expert's role was to express his own opinion regardless of whether it furthered the client's interests'.⁸⁷⁷ De nadruk die de divisie op de hoedanigheid van de arbiter als de deskundige legt, kwam ook naar voren in het kader van de bespreking van de eerste verschijningsvorm (nr. 301).

⁸⁷³ IBA Guidelines 2014, par. 2.1.1. Deze bepaling komt overeen met (de inhoud van) de bepaling in de IBA Guidelines 2004.

⁸⁷⁴ Art. 8 lid 3 Lag (1999:116) om skiljeförfarande t.o.m. SFS 2018:1954. Vgl. Report of Working Group III on the work of its thirty-fifth session (New York, 23-27 april 2018), A/CN.9/935, 14 mei 2018, par. 81: '(...) Another view was that tools such as a code of conduct could address the matter, and that it should not be limited to the functions of arbitrator and counsel but should cover other actors in the field of ISDS, such as experts'.

⁸⁷⁵ LCIA Division 23 oktober 1997, nr. 97/X27.

⁸⁷⁶ LCIA Division 23 oktober 1997, nr. 97/X27, par. 1.5 jo. par. 4.3.

⁸⁷⁷ LCIA Division 23 oktober 1997, nr. 97/X27, par. 4.3.

Daarnaast kan worden gewezen op een uitspraak van het Amerikaanse Court of Appeals for the Second Circuit uit juni 2011.⁸⁷⁸ Dit hof weigerde een FINRA-vonnis te vernietigen op grond van de omstandigheid dat één van de drie arbiters (de 'non-public arbitrator') eerder als expert voor eisers had opgetreden, hetgeen 'colored his outlook in their favor or demonstrates that his outlook was already so colored', aldus gedaagde. Het hof overwoog onder meer dat geen 'contention' was dat de arbiter 'had any prior knowledge of, or misconception about, the facts of this case'. Anders gezegd: naar voren had moeten komen dat de arbiter op een bepaalde wijze vooringenomen was. Bewoordingen met een vergelijkbare strekking zijn afkomstig van het Cour de cassation dat in april 1985 overwoog: 'le seul fait d'avoir, avant la naissance du différend, effectué une expertise pour l'une des parties n'était pas de nature à vicier la composition du tribunal arbitral'.⁸⁷⁹ Vrij vertaald: de enkele omstandigheid dat de arbiter eerder deskundig onderzoek voor één van de partijen heeft verricht, tast niet de rechtsgeldige samenstelling van het huidige scheidsgerecht aan. Het Court of Appeals for the Second Circuit schoof daarnaast ook het betoog van gedaagde dat de 'testimony' van de arbiter suggereerde dat hij 'had pre-existing views about potentially relevant propositions of law' terzijde aangezien het welhaast onmogelijk zou zijn om arbiters te vinden die geen vooroordelen zouden hebben over het recht en de arbiter juist vanwege 'his industry connection' was gekozen.⁸⁸⁰ Interessant is dat het hof hier gebruik maakt van een met name in het kader van de partij-arbiter veelgebruikte rechtvaardigingsgrond: de betreffende arbiter is gekozen juist vanwege zijn specifieke (voor)kennis en/of netwerk (nr. 291). Dat hij/zij deze kennis heeft vergaard en/of netwerk heeft opgebouwd in de hoedanigheid van (partij)deskundige, lijkt geen bijzonder gewicht in de schaal te leggen.

In onderhavig verband springen daarnaast twee uitspraken die afkomstig zijn van Duitse overheidsrechters in het oog. De eerste uitspraak is afkomstig van het Oberlandesgericht Hamburg in juni 2004.⁸⁸¹ Dit gerecht boog zich over een wrakingsverzoek dat al door de andere (twee) arbiters was afgewezen. Het verzoek was gericht tegen een partij-arbiter van gedaagde die voorafgaande aan de arbitrage gedaagde van advies had voorzien. Het advies had betrekking op kwesties die ook in de onderhavige arbitrage speelden.⁸⁸² Het gerecht wees het verzoek toe. Interessant is de nadruk die het gerecht legt op de voormalige hoedanigheid van de arbiter. Een dergelijke nadruk kwam ook naar voren kwam in de hiervoor aangehaalde beslissing van een LCIA Division uit oktober 1997.⁸⁸³ Het Oberlandesgericht onderstreepte

878 U.S. Court of Appeals for the Second Circuit 2 juni 2011 (*STMicroelectronics, N.V./Credit Suisse Securities (USA)*), nr. 10-3847-cv (bron van de uitspraak: Díaz-Candia 2012, p. 287-297; Daele 2012, nr. 7.059).

879 Cour de cassation (chambre civile 2) 19 april 1985, *Revue de l'Arbitrage* 1986, afl. 1, p. 57 (*société Résidence du Bois d'Aurouze/société Devoluy Vacances*) (bron van de uitspraak: Castres Saint-Martin 2016, vn. 238 (nr. 113)).

880 U.S. Court of Appeals for the Second Circuit 2 juni 2011, nr. 10-3847-cv.

881 OLG Hamburg 28 juni 2004, nr. 11 SchH 01/04 (bron van de uitspraak: Münchener Kommentar zur ZPO, ZPO § 1036 (6. Auflage 2022), vn. 111 (nr. 38); ICCI (red.), *Gerechtelijke en buitengerechtelijke opdrachten van de bedrijfsrevisor*, Antwerpen: Maklu 2016, p. 194; vindplaats van de uitspraak: DIS Datenbank).

882 OLG Hamburg 28 juni 2004, nr. 11 SchH 01/04, r.o. I.

883 Vgl. PCA 11 januari 1995 (*Country X v. Company Q*), 'Challenge Decision' waarin door eiser (Staat X) werd geprobeerd de partij-arbiter van gedaagde te wraken nu de arbiter een 'legal advisor' van de overheid van Staat A was geweest 'during a period of political involvement of Country A with Country X'. In het kader van zijn onderbouwing bracht Staat X onder meer een 'legal opinion' in die was geschreven door de

dat voor ogen diende te worden gehouden dat een dergelijk advies geen 'neutrale wissenschaftliche Äußerung zu einer für das Verfahren bedeutsamen Rechtsfrage' was, maar 'eine rechtliche Stellungnahme zur Unterstützung des Standpunktes der Gegenseite' (curs. PR).⁸⁸⁴ Onder deze omstandigheden was de bezorgdheid dat een voormalig deskundige als arbiter de aan hem voorgelegde vragen 'nicht mehr offen und unbefangen beurteilen wird' vanuit het oogpunt van 'einer vernünftigen Partei' dan ook begrijpelijk.⁸⁸⁵ Opvallend is dat de voormalige hoedanigheid in de ogen van de LCIA Division bijdroeg aan het oordeel dat geen twijfels waren over de arbitrale onafhankelijkheid en onpartijdigheid, terwijl het Oberlandesgericht juist oordeelde dat hierdoor niet langer sprake was van onafhankelijkheid en onpartijdigheid.

De tweede uitspraak is afkomstig van het Oberlandesgericht Karlsruhe in juli 2006.⁸⁸⁶ Dit gerecht boog zich over een wrakingsverzoek dat tegen een partij-arbiter van eiser was gericht die in het kader van een losstaande bewijsprocedure tussen partijen ten overstaan van het Landgericht van Frankfurt am Main 'gerichtliche Gutachten' had opgesteld.⁸⁸⁷ Waar in de hiervoor besproken uitspraken arbiters naar voren kwamen die eerder als partij-deskundige hadden opgetreden, was in dit geval dus sprake van een gerechtelijk deskundige. Het Oberlandesgericht wees het wrakingsverzoek toe. Het uitbrengen van het rapport gaf aanleiding om bij verzoeker de vrees op te wekken dat de arbiter 'nicht unvoreingenommen' tegenover de onderhavige zaak stond, aldus het gerecht.⁸⁸⁸ Een 'objektiver Grund' was aanwezig om te vrezen dat de arbiter de uitkomst van zijn eigen rapport zou kunnen overnemen 'ohne dieses gegebenenfalls aufgrund von Einwendungen der Antragstellerin kritisch zu überdenken'.⁸⁸⁹ De aanname die het gerecht hier doet - dat de arbiter zijn eigen werk 'klakkeloos' in de arbitrage zou overnemen - gaat mijns inziens (te) ver: het gaat wel erg makkelijk aan de integriteit en eigen verantwoordelijkheid van de arbiter voorbij. Daarnaast vraag ik mij af of het gerecht niet meer rekening had moeten houden met de omstandigheid dat de arbiter in samenspraak met de andere arbiters tot een oordeel dient te komen (vgl. nr. 305). Anders gezegd: een arbiter

arbiter in zijn hoedanigheid van juridisch adviseur, alsmede 'excerpts' van een door de arbiter geschreven brief 'to an official being investigated in connection with Country A's activities in Country X'. Het wrakingsverzoek werd afgewezen: geen 'established relationship' tussen de brief 'in the sense of indication potential bias' werd gevonden, de opinie was 'for a specific purpose' en 'on a peripheral but not directly related issue', en niet was sprake van een 'direct relationship to the disputed factual issues in this case' (bron van de uitspraak: Daele 2012, nr. 7.032; bron van de geciteerde woorden: A.J. van den Berg (red.), *Yearbook Commercial Arbitration 1997 - Volume XXII, Yearbook Commercial Arbitration*, ICCA & Kluwer Law International 1997, p. 227-242). Vgl. SCC Arbitration nr. 207/2009: eiser diende een wrakingsverzoek in dat was gericht tegen de partij-arbiter van gedaagden nu de arbiter onder meer als juridisch adviseur van gedaagden had optreden in 1993, 1994, 1999 en 2005. Gedaagden ontkenden niet dat de arbiter 'in a number of expert panels' had opgetreden, maar betoogden dat deze activiteiten 'were of a purely expert and scientific nature and were performed on a *pro bono* basis'. De SCC Board wees het wrakingsverzoek toe (bron van de informatie en de geciteerde woorden: Lindström 2013, p. 12-14; Daele 2012, nr. 7.033).

884 OLG Hamburg 28 juni 2004, nr. 11 SchH 01/04, r.o. 2.

885 OLG Hamburg 28 juni 2004, nr. 11 SchH 01/04, r.o. 2.

886 OLG Karlsruhe 4 juli 2006, nr. 10 Sch 02/06 (bron van de uitspraak: Münchener Kommentar zur ZPO, ZPO § 1036 (6. Auflage 2022), vn. 115 (nr. 38); ICCI (red.), *Gerechtelijke en buitengerechtelijke opdrachten van de bedrijfsrevisor*, Antwerpen: Maklu 2016, p. 193; Theune 2013, p. 243; vindplaats van de uitspraak: DIS Datenbank).

887 OLG Karlsruhe 4 juli 2006, nr. 10 Sch 02/06, r.o. 1.

888 OLG Karlsruhe 4 juli 2006, nr. 10 Sch 02/06, r.o. 2.

889 OLG Karlsruhe 4 juli 2006, nr. 10 Sch 02/06, r.o. 2.

kan zijn eerdere werk wel willen overnemen, maar dat betekent niet dat hiermee de inhoud van het arbitraal vonnis vaststaat.

Ter afsluiting van de bespreking van de derde verschijningsvorm wijs ik op drie beslissingen die van het ICC Court zouden zijn. Opvallend is opnieuw de terughoudendheid van het ICC Court (vgl. nr. 307). Zo zou het ICC Court de benoeming van een door gedaagde naar voren geschoven partij-arbiter hebben geweigerd die in de hoedanigheid van 'independent expert' vier 'legal opinions' in de twee jaren voorafgaande aan de arbitrage had uitgebracht.⁸⁹⁰ Eiser zou naar voren hebben gebracht dat deze adviezen 'a significant impact on the present dispute' zouden kunnen hebben. Het ICC Court zou een wrakingsverzoek hebben toegewezen dat was gericht tegen de partij-arbiter van gedaagden, die had nagelaten mededeling te doen van het vertegenwoordigen van één van de gedaagden in een 'judicial expertise procedure that was linked to the arbitration'.⁸⁹¹ De arbiter, die geen jurist was, gaf niet alleen aan dat hij directeur was geweest van een 'independent expertise company' en door het bedrijf betaald werd 'and not by any of the respondents', maar ook dat zijn rol beperkt was gebleven tot het geven van advies. Het ICC Court zou niet overtuigd zijn, omdat duidelijk was dat de arbiter een 'expert opinion' had uitgebracht 'concerning the subject matter of the dispute, without indicating this on his Statement of Independence'. Tot slot zou het ICC Court een wrakingsverzoek hebben toegewezen dat tegen de partij-arbiter van gedaagde was gericht.⁸⁹² Nadat de arbiter was benoemd, had hij medegedeeld dat hij als juridisch adviseur van gedaagde betrokken was geweest bij een project 'that led to the contract underlying the arbitration'. Hoewel het lastig is om de drie beslissingen te evalueren daar ik mij baseer op secundaire bronnen die weinig inzicht in de argumenten van het ICC Court geven, lijkt de enkele omstandigheid dat sprake is van een band tussen een eerder gegeven advies en het onderhavige geschil voldoende voor het ICC Court om de benoeming van de arbiter te weigeren of een wrakingsverzoek toe te wijzen.

6.5.5 Verschijningsvorm 4: arbiter ↔ de publicatie

311. Algemeen

Een vierde verschijningsvorm van de factor van het *issue conflict* ziet op de situatie waarin een arbiter zich in een publicatie reeds heeft uitgelaten over eenzelfde of een vergelijkbare juridische vraag die thans aan hem wordt voorgelegd. Onder de term 'publicatie' versta ik in onderhavig verband een schriftelijk werk, maar het kan

890 ICC Case 13 (iv - Qualified Statement of Independence with objection) (bron van de informatie en de geciteerde woorden: Whitesell 2007, p. 25, zie ook: Daele 2012, nr. 7.034).

891 ICC Case 1 (Challenges accepted) (bron van de informatie en de geciteerde woorden: Whitesell 2007, p. 28, vgl. Daele 2012, nr. 7.035).

892 ICC Case 3 (Challenges accepted) (bron van de informatie en de geciteerde woorden: Whitesell 2007, p. 29). Een spanningsveld zou zich kunnen voordoen op het moment dat een arbiter juist is benoemd met het oog op zijn specifieke deskundigheid. Hoe dient de arbiter in een dergelijk geval om te gaan met (de) bewijsvergaring? Vgl. HR 29 juni 2007, ECLI:NL:HR:2007:AV7405, NJ 2008/177 (N/Aegon), r.o. 3.3.4; Court of Appeal (Civil Division) 6 februari 2003 (*Checkpoint Ltd/Strathclyde Pension Fund*), [2003] EWCA Civ 84, r.o. 32, onder verwijzing naar Court of Appeal 6 mei 1981 (*Fox c.s./P G Wellfair Ltd*), [1981] 1 Lloyd's Rep 514.

ook gaan om een mondelinge bijdrage aan bijvoorbeeld een conferentie. Hieronder wordt besproken of, en zo ja hoe, deze verschijningsvorm in arbitrale wet- en regelgeving (nr. 312) en (scheids)rechterlijke uitspraken (nr. 313) naar voren komt.

312. Invulling: arbitrale regelgeving

Het is inmiddels een weinig verrassende observatie: evenals bij de bespreking van de andere verschijningsvormen kan ook ten aanzien van de vierde verschijningsvorm worden genoteerd dat deze niet in de arbitragewetten van de vier jurisdicties van onderzoek naar voren komt. Ook in de arbitragereglementen van de vier arbitrage-instituten wordt aan deze verschijningsvorm geen aandacht besteed.⁸⁹³ In dit licht is de uitvoerige aandacht die in de IBA Guidelines 2014 naar de verschijningsvorm uitgaat opvallend. De verschijningsvorm komt zowel naar voren in het kader van de 'Green List' als van de 'Orange List'. Interessant is dat de beide omstandigheden die in IBA Guidelines 2014 naar voren komen inhoudelijk zijn gewijzigd ten opzichte van de Guidelines van 2004. Waar in het kader van de 'Orange List' van de versie van 2004 naar voren kwam dat sprake dient te zijn van een arbiter die 'has publicly advocated a *specific* position regarding the case that is being arbitrated, whether in a published paper or speech or otherwise',⁸⁹⁴ houden de Guidelines van 2014 een meer algemene formulering aan: '[t]he arbitrator has publicly advocated a *position* on the case, whether in a published paper, or speech, or otherwise' (curs. PR).⁸⁹⁵ Een vergelijkbare wijziging heeft zich voorgedaan ten aanzien van de omstandigheid die op de 'Green List' staat: waar in het kader van de 'Green List' van de versie van 2004 naar voren kwam dat sprake dient te zijn van een arbiter die 'previously published a *general* opinion (such as in a law review article or public lecture) concerning an issue which also arises in the arbitration (but this opinion is not focused on the case that is being arbitrated)',⁸⁹⁶ is de formulering van de Guidelines van 2014 op dit punt als volgt: '[t]he arbitrator has previously expressed a *legal opinion* (such as in a law review article or public lecture) concerning an issue that also arises in the arbitration (but this opinion is not focused on the case)' (curs. PR).⁸⁹⁷

893 Vgl. art. 5 lid 2 sub d van de Code of Conduct for Adjudicators in Investor-State Dispute Settlement, versie mei 2020, en de toelichting (par. 60). Vgl. (overheidsrecht) § 18 Gesetz über das Bundesverfassungsgericht (Duitsland).

894 IBA Guidelines 2004, par. 3.5.2.

895 IBA Guidelines 2014, par. 3.5.2. Vgl. ASIL/ICCA Report 2016, par. 59.

896 IBA Guidelines 2004, par. 4.1.1. Kritisch over het gebruik van het begrip 'general opinion': ICSID 12 augustus 2010, nr. ARB/07/26 (*Urbaser S.A. and Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa v. The Argentine Republic*), 'Decision on Claimants' Proposal to Disqualify Professor Campbell McLachlan, Arbitrator', par. 52. De titel van paragraaf 4.1 ('legal opinion') komt niet overeen met de inhoud van par. 4.1.1 ('general opinion'); wellicht is dit een reden geweest om de bepaling inhoudelijk aan te passen in de Guidelines van 2014.

897 IBA Guidelines 2014, par. 4.1.1. Vgl. PCA 8 december 2009, nr. IR-2009/1 (*Perenco Ecuador Ltd. v. The Republic of Ecuador and Empresa Estatal Petróleos del Ecuador (Petroecuador)*), 'Decision on Challenge to Arbitrator', par. 61 (bron van de uitspraak: Reed & Atanasova 2018, nrs. 47-48; ASIL/ICCA Report 2016, par. 124; Čech 2016, nr. 2.23; Wilske & Eckardt 2016, p. 369-370; Sands 2015, p. 661-662; Voser & Petti 2015, vn. 92 (p. 31); Kim 2014, p. 629; Daele 2012, nrs. 7.086-7.089; Ziadé 2012, p. 315-317).

313. Invulling: (scheids)rechterlijke uitspraken

De afwezigheid van de vierde verschijningsvorm in de arbitrale wet- en regelgeving zou zich kunnen laten verklaren door hetgeen in de literatuur naar voren komt: een te lage wrakings- en/ of vernietigingsdrempel in onderhavig verband zou een ‘chilling effect’ kunnen hebben op de uitwisseling van (nieuwe) gedachten en ideeën.⁸⁹⁸ Daarentegen wordt ook voor een te hoge drempel gewaarschuwd: onder omstandigheden zou ook deze verschijningsvorm aanleiding moeten kunnen geven tot het oordeel dat sprake is van arbitrale vooringenomenheid.⁸⁹⁹ Dit genuanceerde beeld vindt bevestiging in de (scheids)rechtspraak.⁹⁰⁰

Allereerst kan worden gewezen op een aantal uitspraken waarin, kort samengevat, naar voren komt dat de enkele omstandigheid dat een arbiter zich eerder in een publicatie heeft uitgelaten over een kwestie die ook relevant is in de arbitrage nog niet tot het oordeel leidt dat sprake is van arbitrale vooringenomenheid. Zo overwoog een LCIA Division in augustus 2005: ‘(...) it was generally accepted that professional writings relating to legal or commercial issues arising in an arbitration may not lead to the disqualification of an arbitrator’.⁹⁰¹ In oktober 2005 overwoog twee niet-gewraakte ICSID-arbiters dat doctrinaire opvattingen van een partij-arbiter ‘without reference to any particular case do not affect the arbitrator’s impartiality and independence’.⁹⁰² Anders gezegd: er dient sprake te zijn van een verband tussen de opvatting van de arbiter en een specifieke zaak. Het Tribunal fédéral overwoog in november 2006 dat ‘die Meinungsäusserung zu Rechtsfragen ausserhalb des Gerichts durch einen Richter erweckt bei objektiver Betrachtungsweise grundsätzlich *noch nicht* den Anschein der Voreingenommenheit für den Entscheid eines konkreten Streitfalls, selbst wenn sie für die Entscheidung erheblich ist’ (curs. PR).⁹⁰³ Vrij vertaald: de omstandigheid dat een (scheids)rechter buiten het gerecht zijn mening over juridische kwesties geeft, leidt nog niet tot een schijn van vooringenomenheid ten aanzien van de beoordeling van een specifieke kwestie, zelfs als dit relevant is voor de onderhavige beslissing. Enigszins opmerkelijk is mijns inziens

898 ASIL/ICCA Report 2016, par. 184. Vgl. Froitzheim 2016, nr. 711. Vgl. de ‘kruisbestuiving’ die in artikel 38 lid 1 sub d van het Statute van het International Court of Justice naar voren komt: ‘The Court, whose function is to decide in accordance with international law such disputes as are submitted to it, shall apply: (...), judicial decisions and the teachings of the most highly qualified publicists of the various nations, as subsidiary means for the determination of rules of law’.

899 Zie bijv. Schill 2014, p. 5. Vgl. Train 2012, p. 734; Lew, Mistelis & Kröll 2003, nr. 11.15.

900 Vgl. Tribunal fédéral 4 juni 2007, nr. 9C_149/2007, r.o. 5.2 (bron van de uitspraak: Froitzheim 2016, vn. 1399 (nr. 715)). Zie voorts bijv. Danish High Court, 21st Chamber Eastern Division 27 november 2008 nr. B-1752-08 (bron van de uitspraak: Binder 2019, p. 223; ICCI (red.), *Gerechtelijke en buitengerechtelijke opdrachten van de bedrijfsrevisor*, Antwerpen: Maklu 2016, p. 193; vindplaats van de uitspraak: CLOUT case 1178).

901 LCIA Division 5 augustus 2005, nr. 5660, par. 4.4, onder verwijzing naar literatuur. In vergelijkbare zin: PCA 6 oktober 2014, nr. AA518 (*Valeri Belokon v. The Kyrgyz Republic*), ‘Decision on Challenges to Arbitrators Professor Kaj Hober and Professor Jan Paulsson’, par. 97 (bron van de uitspraak: Reed & Atanasova 2018, nr. 42; vindplaats: www.italaw.com/cases/3800).

902 ICSID 11 oktober 2005, nr. ARB/05/7 (*Saipem S.p.A. v. People’s Republic of Bangladesh*), ‘Decision on Proposal to Disqualify an Arbitrator’ (niet gepubliceerd) (bron van de uitspraak en de informatie: Griffith & Kalderimis 2015, p. 615; Daele 2012, nrs. 6.049-6.050, nr. 7.074; Hwang & Lim 2011, nr. 52, zie ook: ASIL/ICCA Report 2016, par. 116; bron van het citaat: Schreuer e.a. 2010, p. 1206).

903 Tribunal fédéral 7 november 2006, nr. 4P.247/2006, r.o. 3.3, onder verwijzing naar literatuur.

de toevoeging van de woorden: 'selbst wenn sie für die Entscheidung erheblich ist'. In het verlengde hiervan kan ook worden gewezen op hetgeen het Kammergericht van Berlijn overwoog in juli 2010: '[s]o 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' (curs. PR).⁹⁰⁴ Vrij vertaald: een arbiter die zich reeds over een juridische vraag heeft uitgelaten die voor de arbitrage relevant is ('einer im Schiedsgerichtsverfahren relevanten Rechtsfrage'), kan niet op basis van de voor rechters geldende maatstaven als vooringenomen worden beschouwd, tenzij sprake is van bijzondere omstandigheden die tot een ander oordeel leiden.

Evenals bij de bespreking van de tweede en de derde verschijningsvorm naar voren kwam, wordt eveneens gekeken naar de hoedanigheid van de arbiter tijdens het tot stand komen van de publicatie.⁹⁰⁵ Illustratief is hetgeen twee niet-gewraakte ICSID-arbiters in augustus 2010 overwoog: '[o]ne of the main qualities of an academic is the ability to change his/her opinion as required in light of the current state of academic knowledge'.⁹⁰⁶ Aan deze (algemene) overweging was het volgende voorafgegaan. In maart 2009 dienden eiseressen in het kader van een ICSID-arbitrage een wrakingsverzoek in dat tegen de partij-arbiter van de Staat Argentinië was gericht. Eiseressen vreesden vooringenomenheid van de arbiter vanwege enkele wetenschappelijke publicaties waarin hij 'views' zou hebben geuit 'on two questions that Claimants consider crucial to this arbitration'.⁹⁰⁷ Zij brachten naar voren dat de arbiter niet onpartijdig zou zijn: hij zou niet vrij zijn 'to give his opinion and to make a decision with respect to the facts and circumstances of this case' daar hij 'already had prejudged those facts and circumstances, issued his opinion, and made it known'.⁹⁰⁸ De twee niet-gewraakte arbiters waren niet overtuigd. Zij legden een maatstaf aan waarin zij de nadruk legden op de vraag of een arbiter nog wel openstond voor (andere) feiten, omstandigheden en voor door partijen naar voren gebrachte argumenten.⁹⁰⁹ Zij onderstreepten dat de enkele omstandigheid dat de arbiter een bepaalde mening had geuit niet voldoende was voor toewijzing van een wrakingsverzoek: '(...) there must be a showing that such opinion or position is supported by factors related to and supporting a party to the arbitration (or a party closely related to such party), by a direct or indirect interest of the arbitrator in the

904 KG Berlijn 7 juli 2010, nr. 20 SchH 02/10, *SchiedsVZ* 2010, afl. 4, p. 226, onder verwijzing naar literatuur (bron van de uitspraak: Froitzheim 2016, nr. 715).

905 Vgl. Castres Saint-Martin 2016 waarin een onderscheid wordt gemaakt tussen de arbiter met 'une opinion purement scientifique en sa qualité de spécialiste' en de arbiter die 'opinions politiques, voire religieuses, en tant qu'homme ou femme du monde' geeft (nr. 109), zie ook: Wilske & Eckardt 2016, p. 376.

906 ICSID 12 augustus 2010, nr. ARB/07/26 (*Urbaser S.A. and Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa v. The Argentine Republic*), 'Decision on Claimants' Proposal to Disqualify Professor Campbell McLachlan, Arbitrator', par. 51. Zie over deze uitspraak bijv. Born 2021a, p. 2021; ASIL/ICCA Report 2016, par. 109-112; Čech 2016, nrs. 2.28-2.29; Wilske & Eckardt 2016, p. 370; Redfern & Hunter 2015, nr. 4.141; Sands 2015; Voser & Petti 2015, vn. 32 (p. 30-32); Kim 2014, p. 629; Schill 2014, p. 5; Daele 2012, nrs. 7.077-7.081; Díaz-Candia 2012, p. 292-293; Ziadé 2012, p. 314-315; Hwang & Lim 2011, nrs. 53-54.

907 ICSID 12 augustus 2010, nr. ARB/07/26, par. 20. Vgl. id. par. 30. De juridische kwesties zagen op de 'Most Favored Nation (MFN) Clause' (vgl. id. par. 21-23) en de 'state of necessity' (vgl. id. par. 24-25).

908 ICSID 12 augustus 2010, nr. ARB/07/26, par. 26.

909 ICSID 12 augustus 2010, nr. ARB/07/26, par. 44, zie ook: par. 49.

outcome of the dispute, or by a relationship with any other individual involved, such as a witness or fellow arbitrator'.⁹¹⁰ Een enkel verwijt dat de arbiter vooringenomen is omdat hij eerder een mening in een publicatie naar voren heeft gebracht, volstaat aldus niet voor het oordeel dat aan de arbitrale onafhankelijkheid en onpartijdigheid kan worden getwijfeld.

Interessant is hetgeen de twee arbiters vervolgens naar voren brachten. De arbiter benadrukte dat meegaan met het betoog ertoe zou leiden dat 'no potential arbitrator of an ICSID Tribunal would ever express views on any such matter'. Dit zou een ongewenst (neven)effect van hun beslissing kunnen zijn, aangezien juist het wijdverspreid zijn van ICSID-uitspraken eraan had bijgedragen 'to dense exchanges of views throughout the world on matters of international investment law'.⁹¹¹ Specifiek ten aanzien van hetgeen door de arbiter naar voren was gebracht, benadrukten de arbiters dat het ging om uitingen 'in his capacity as a scholar'.⁹¹² Zij brachten naar voren dat 'a legal scholar' die een ICSID-arbiter werd de hoedanigheid van wetenschapper niet verloor. In de laatstgenoemde hoedanigheid zouden meningen kunnen worden verkondigd 'which might become relevant to the legal analysis undertaken in the resolution of a particular dispute'.⁹¹³ De arbiters benadrukten dat de 'focus' moest liggen op uitingen 'as they stand in order to determine whether they prevent him from taking an independent and impartial judgment in the instant case'.⁹¹⁴ Ook hier komt naar voren dat een enkele uiting op zichzelf genomen nog geen reden is voor het oordeel dat niet langer sprake is van een onafhankelijke en/of onpartijdige arbiter. De twee arbiters kwamen uiteindelijk tot het eindoordeel dat de publicaties 'do not meet the threshold of presenting an appearance that he is not prepared to hear and consider each Parties' position with full independence and impartiality'.⁹¹⁵ Aldus wordt niet alleen gekeken naar de hoedanigheid waarin een uiting is gedaan, maar ook naar de vraag op welke wijze de uiting in verband kan worden gebracht met de niet-vooringenomenheid. Duidelijk is dat ook arbiters zich in het debat mogen mengen.⁹¹⁶

910 ICSID 12 augustus 2010, nr. ARB/07/26, par. 45.

911 ICSID 12 augustus 2010, nr. ARB/07/26, par. 48.

912 ICSID 12 augustus 2010, nr. ARB/07/26, par. 51.

913 ICSID 12 augustus 2010, nr. ARB/07/26, par. 52.

914 ICSID 12 augustus 2010, nr. ARB/07/26, par. 52.

915 ICSID 12 augustus 2010, nr. ARB/07/26, par. 58. Vgl. de NAFTA-procedure *Canfor Corporation v. United States of America* waarin de Verenigde Staten zouden hebben geprobeerd de partij-arbiter van eiseres te wraken op grond van de omstandigheid dat de arbiter anderhalf jaar voor zijn benoeming een toespraak ten overstaan van een Canadese regeringsraad had gehouden waarin de arbiter kritiek had geuit op Amerikaanse overheidsmaatregelen tegen Canadees naaldhout. De ICSID Secretaris-Generaal adviseerde de arbiter zich terug te trekken, hetgeen ook gebeurde (bron van de uitspraak en de informatie: Daele 2012, nr. 7.082; Luttrell 2009, p. 230-231; Legum 2005, p. 243-245, zie ook bijv. Čech 2016, nr. 2.22; Kim 2014, p. 628; Hwang & Lim 2011, nr. 57; Brubaker 2008, p. 129-130; Mouawad 2008, p. 6-7; Sinclair & Gearing 2008; Levine 2006, p. 62-63; Legum 2005, p. 243-245).

916 Vgl. CA Parijs 5 juli 1990, *Revue de l'Arbitrage* 1991, afl. 2, p. 345-359 (*société Uni-Inter/société Maillard*): 'La qualité d'arbitre n'est pas incompatible avec un engagement dans un débat entre professionnels, (...)' (bron van de uitspraak: Castres Saint-Martin 2016, nr. 131; Waincymer 2012, Appendix 1 bij hoofdstuk 5). Het ICC Court zou een wrakingsverzoek hebben afgewezen dat was gericht tegen een arbiter die 'several years prior to the arbitration' een artikel had geschreven waarin de arbiter een wet had bekritiseerd waarop één van de partijen in het kader van haar bezwaar tegen de bevoegdheid van het scheidsgerecht een beroep deed (bron van de informatie en de geciteerde woorden: Carlevaris & Digón 2016). Vgl. een zaak die door Hascher 1995 wordt genoemd waarin het ICC Court een wrakingsverzoek afwees dat was

314. Verschijningsvorm 4 en uit(lat)ingen door een arbiter tijdens de arbitrageprocedure

Ter afsluiting van de bespreking van de vierde verschijningsvorm richt ik de blik nog kort op de vraag in hoeverre uit(lat)ingen die door een arbiter tijdens een arbitrage zijn gedaan en die verband houden met de voorliggende kwestie aanleiding kunnen geven tot twijfels aan de arbitrale onafhankelijkheid en/of onpartijdigheid. In dit verband kan worden gewezen op twee uitspraken van Duitse overheidsrechters. Interessant is dat de beide gerechten tot een tegenovergesteld (eind)oordeel komen.

Allereerst wordt gewezen op een uitspraak van het Oberlandesgericht Frankfurt am Main van oktober 2007.⁹¹⁷ De feiten waren, kort samengevat, als volgt. In het kader van een DIS-arbitrage probeerde eiser de voorzitter van het driedelige scheidsgerecht in februari 2007 te wraken op grond van de omstandigheid dat de advocaat ('der Bevollmächtigte') van gedaagden een presentatie tijdens de 'DIS Frühjahrsveranstaltung' in mei 2006 had gegeven, welke mondelinge bijdrage, waarin een hypothetische casus centraal stond die gelijkenissen met de arbitrage vertoonde, vervolgens in een deel van de 'DIS-Schriftenreihe' werd opgenomen. Dit (boek)deel zou in september 2006 mede door de voorzitter van het scheidsgerecht worden uitgegeven.⁹¹⁸ In maart 2007 werd het wrakingsverzoek van eiser afgewezen, waarna eiser bij het Oberlandesgericht Frankfurt am Main aanklopte.⁹¹⁹ Ook dit gerecht was niet overtuigd. Het gerecht onderkende dat 'die Äußerung einer Rechtsansicht des Richters in einer Fachzeitschrift oder Kommentierung im Zusammenhang mit einem anhängigen oder bevorstehenden Verfahren' tot twijfels aan de niet-vooringenomenheid van een (scheids)rechter kon leiden nu hij 'bereits' een mening zou hebben gevormd en niet meer ontvankelijk voor de argumenten van de andere partij zou zijn. In casu was hiervan echter geen sprake, noch had de arbiter een 'dahingehenden Eindruck erweckt', aldus het gerecht.⁹²⁰ Ook in deze uitspraak wordt dus de nadruk gelegd op de (afwezigheid van een) door de arbiter gewekte indruk van vooringenomenheid. Ter onderbouwing van dit oordeel wees het gerecht onder meer op de omstandigheid dat de arbiter de voordracht 'nicht einmal selbst gehört hat', het niet vaststond 'dass der abgelehnte Richter an der inhaltlichen Ausgestaltung der Veranstaltung beteiligt war', of dat 'der Inhalt des Aufsatzes bis zur Ablehnung überhaupt bekannt war'.⁹²¹ Zelfs indien de arbiter met de bijdrage bekend zou zijn geweest, zou dit geen 'Befangenheitsgrund' opleveren daar een dergelijke publicatie nog geen bewijs was

gericht tegen een arbiter op grond van de omstandigheid dat hij een juridisch artikel had gepubliceerd 'sur un sujet ayant déjà opposé les parties'. Wel werd de arbiter vervangen, omdat hij niet langer 'la liberté d'esprit requise pour continuer la procédure' zou hebben (p. 13).

917 OLG Frankfurt am Main 4 oktober 2007, nr. 26 Sch 8/07, *SchiedsVZ* 2008, afl. 2, p. 96-102 (bron van de uitspraak: Born 2021a, vn. 1478 (p. 2026); Effer-Uhe 2018, vn. 64 (p. 78); Daele 2012, nrs. 7.090-7.091; IBA Conflicts of Interest Subcommittee, 'The IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration: The First Five Years 2004-2009', *Dispute Resolution International* 2010, afl. 1, p. 12-14).

918 OLG Frankfurt am Main 4 oktober 2007, nr. 26 Sch 8/07, *SchiedsVZ* 2008, afl. 2, p. 97.

919 OLG Frankfurt am Main 4 oktober 2007, nr. 26 Sch 8/07, *SchiedsVZ* 2008, afl. 2, p. 96.

920 OLG Frankfurt am Main 4 oktober 2007, nr. 26 Sch 8/07, *SchiedsVZ* 2008, afl. 2, p. 99.

921 OLG Frankfurt am Main 4 oktober 2007, nr. 26 Sch 8/07, *SchiedsVZ* 2008, afl. 2, p. 100.

van een ‘inhaltliche Autorisierung des Beitrages durch den oder die Herausgeber’.⁹²² Hoewel het gerecht het bij de omstandigheden van het geval had kunnen laten – kort gezegd, de arbiter is van de inhoud van de bijdrage niet op de hoogte – wijdt het ook enkele woorden aan de hypothetische situatie waarin de arbiter wel op de hoogte zou zijn. Het oordeel wijzigt niet: ook in dat geval is geen sprake van arbitrale vooringenomenheid.

De tweede uitspraak is afkomstig van het Landgericht van München uit juni 2002.⁹²³ In casu had gedaagde ontdekt dat één van de drie arbiters tijdens de arbitrage een artikel in een tijdschrift had gepubliceerd waarin deze, zij het in geanonimiseerde vorm, een boekje over de procedure opendeed. Gedaagde betoogde dat niet alleen de arbitrage in het artikel ‘haarklein dargestellt’ zou worden, maar ook dat de arbiter zijn mening over de gedaagde ‘nicht verhehle[n]’ zou.⁹²⁴ Hoewel het gerecht geen aanstoot nam aan de omstandigheid dat de arbitrage publiekelijk werd gemaakt, zouden ‘die Art der Darstellung und die journalistische Aufbereitung’ wel tot twijfel aan de onbevangenheid van de arbiter leiden.⁹²⁵ In dit kader wees het gerecht onder meer op de kop van het artikel waaruit een duidelijke ironie zou spreken die ‘als journalistische Pointierung durchaus legitim ist’, maar door een partij in een procedure ‘als kränkend empfunden werden kann’.⁹²⁶ Interessant is dat het gerecht dus niet valt over het naar buiten brengen van het bestaan van de arbitrage, iets waaraan met het oog op (de) vertrouwelijkheid onder bepaalde omstandigheden wel aanstoot zou kunnen worden genomen. In plaats daarvan wijst het gerecht de schrijfstijl van het artikel af die door de betrokken partij als beledigend zou kunnen worden ervaren. Ik kan mij echter voorstellen dat onder bepaalde omstandigheden de eerste omstandigheid meer bijdraagt aan twijfels aan de arbitrale onafhanke-

922 OLG Frankfurt am Main 4 oktober 2007, nr. 26 Sch 8/07, *SchiedsVZ* 2008, afl. 2, p. 100. Het gerecht schoof ook het beroep van eiser op strijd met (par. 3.5.2 van) de ‘Orange List’ van de IBA Guidelines 2004 terzijde: ‘(...) nicht glaubhaft gemacht ist, dass der abgelehnte Schiedsrichter in dem laufenden Schiedsverfahren öffentlich für eine bestimmte Rechtsposition eingetreten ist’ (id. p. 101).

923 Landgericht München 27 juni 2002, nr. 2 OH 1728/01. Zie over deze uitspraak bijv. Born 2021a, vn. 1480 (p. 2027); Binder 2019, p. 226; Froitzheim 2016, nr. 717; ICCI (red.), *Gerechtelijke en buitengerechtelijke opdrachten van de bedrijfsrevisor*, Antwerpen: Maklu 2016, p. 193; vindplaats van de uitspraak: DIS Datenbank, zie ook CLOUT case 902.

924 Landgericht München 27 juni 2002, nr. 2 OH 1728/01, r.o. I.

925 Landgericht München 27 juni 2002, nr. 2 OH 1728/01, r.o. II.

926 Landgericht München 27 juni 2002, nr. 2 OH 1728/01. Net buiten het toepassingsgebied van het vierde gevalstype, maar wel interessant zijn de volgende uitspraken: Moscow Circuit Federal Arbitrazh Court 26 juli 2007, nr. KG-A40/6616-07 waarin een arbitraal vonnis werd vernietigd op grond van de omstandigheid dat één van de partij-arbiters had gesproken tijdens een conferentie ‘which was co-sponsored by law firm representing party’ (bron van de uitspraak, de informatie en de geciteerde woorden: Born 2021a, vn. 1479 (p. 2027), zie ook bijv. Marisin & Sergeeva 2010, p. 163; Budylin 2009, vn. 84 (p. 159)); SCC Arbitration nr. 2016/154 waarin gedaagde de partij-arbiter van eiser probeerde te wraken op grond van de omstandigheid dat op de website van het advocatenkantoor van de arbiter een artikel was gepubliceerd dat door twee partners van het advocatenkantoor was geschreven en waarin ‘extensively’ commentaar werd geleverd op de geschilbeslechtsingsclausule die in de onderhavige procedure centraal stond. De auteurs waren ‘clearly sceptical of the hybrid dispute resolution clause’. Ondanks het verweer van de arbiter dat hij het artikel niet had geschreven noch had gelezen, wees de SCC Board het wrakingsverzoek toe (bron van de informatie en de geciteerde woorden: Ipp, Carè & Dubeshka 2019, par. 3.2.4). Zie ook bijv. NAFTA 13 november 2000 (*S.D. Myers, Inc. v. Government of Canada*), ‘Partial Award’, par. 28 (bron van de uitspraak: Daele 2012, nr. 7031; Markert 2010, vn. 101 (p. 258); vindplaats: www.italaw.com/cases/969).

lijkheid en/of onpartijdigheid dan de tweede omstandigheid. Een nadere toelichting door het gerecht in onderhavig verband had dan ook niet misstaan.

6.5.6 Deelconclusie

315. Overzicht van bevindingen

Hoewel de factor van het *issue conflict* een relatief recente loot aan de stam van de arbitrale onafhankelijkheids- en onpartijdigheidsboom in het kader van handelsarbitrages is, is de hoeveelheid verschenen literatuur reeds omvangrijk. Het gebrek aan een definitie en de verschillende omstandigheden die aanleiding tot een *issue conflict* kunnen geven, maakten het lastig om antwoord te geven op de vraag of een dergelijk conflict aanleiding geeft tot twijfels aan de arbitrale onafhankelijkheid en onpartijdigheid.⁹²⁷ Een genuanceerder antwoord is als volgt. Niet betwist is de stelling dat arbitrale vooringenomenheid ten aanzien van een bepaald geschilpunt de onafhankelijke en/of onpartijdige besluitvorming in gevaar kan brengen. In dit verband is onderscheid gemaakt tussen zgn. 'bewuste vooringenomenheid' en 'onbewuste vooringenomenheid'. De eerste vorm van vooringenomenheid - omschreven als de situatie waarin een arbiter reeds een oordeel heeft voordat hij/zij zich in de omstandigheden van het geval verdiept - gaat niet met de verplichting tot arbitrale onafhankelijkheid en/of onpartijdigheid samen. Men kan milder zijn gestemd ten aanzien van (de) onbewuste vooringenomenheid: het lijkt onvermijdelijk dat enige (voor)kennis tot beïnvloeding van de (gedachten van een) arbiter leidt.

Evenals bij andere factoren het geval was, ontbreekt ook bij de factor van het *issue conflict* een kader dat kan worden gebruikt om te beoordelen of al dan niet sprake is van een (on)toelaatbaar *issue conflict*. Op basis van hetgeen in (scheids)rechtelijke uitspraken naar voren is gekomen, zijn twee gezichtspunten onderscheiden die enig licht op de grenzen van het toelaatbare 'issue conflict' kunnen werpen. Een eerste gezichtspunt zag op de mate van (on)veranderlijkheid van geest. In dit kader is onderscheid gemaakt tussen zgn. 'absolute vooringenomenheid' en 'relatieve vooringenomenheid'. De eerste vorm van vooringenomenheid, die is omschreven als een gesloten geest die zich ook niet (meer) laat openen, levert strijd op met de verplichting tot arbitrale onafhankelijkheid en onpartijdigheid. Dit ligt anders ten aanzien van relatieve vooringenomenheid: betoogd kan worden dat iedere arbiter bepaalde gedachten en/of denkbeelden heeft, hetgeen te billijken is mits men voor (nieuwe) argumenten en/of invalshoeken blijft openstaan. Een ander gezichtspunt zag op de aanwezigheid van een band tussen (mogelijke) arbitrale vooringenomenheid en het geschil(punt). Kort gezegd: een overlap in algemene rechtsvragen en/of algemene feiten leek niet problematisch te zijn. Naar voren werd gebracht dat een verband tussen vooringenomenheid en (de) arbitrale oordeelsvorming lastig is om aan te tonen, gelet op het subjectieve karakter van de factor. Daarnaast kwam naar voren dat het bestaan van een dergelijk verband lastig kan zijn om te bewijzen, evenals het aanwijzen van het moment waarop een *issue conflict* zich voordoet.

⁹²⁷ Vgl. Born 2021b, p. 165.

Vervolgens zijn vier gezichtspunten besproken die behulpzaam kunnen zijn om tot een beoordelingskader te komen. Allereerst is gewezen op de arbitrale besluitvormingsvrijheid: binnen bepaalde grenzen is een arbiter vrij om tot een eigen oordeel te komen. In het verlengde hiervan is aandacht besteed aan een spanningsveld dat zich aandient tussen de vrijheid van partijen om voor een 'eigen' (partij-)arbiter te kiezen en de (voor)kennis van deze arbiter. In dit verband is onder meer de vraag besproken op welke wijze scheidsgerechten omgaan met relatieve vooringenomenheid van een partij-arbiter. Vervolgens is enerzijds een zgn. 'directe wijze' onderscheiden: men gelooft op basis van de persoon van de arbiter zelf dat hij/zij tot onafhankelijke en/of onpartijdige oordeelsvorming in staat is. Anderzijds is een zgn. 'indirecte wijze' onderscheiden: men hecht waarde aan een verklaring die door een arbiter is afgegeven en waarin hij/zij verklaart niet vooringenomen te zijn. Tot slot is aandacht besteed aan een spanningsveld dat verband houdt met de hoeveelheid beschikbare arbiters. In dit verband is onder meer gewezen op een zgn. 'systeemargument' dat in verschillende ICSID-uitspraken naar voren komt en neerkomt op de gedachte dat het systeem van (ICSID-)arbitrage juist bestaat bij de gratie van arbitrale voorkennis.

Na dit algemene kader is besproken op welke wijze het *issue conflict* in de arbitrale wet- en regelgeving van de vier jurisdicties en de vier arbitrage-instituten van onderzoek en (scheids)rechterlijke uitspraken naar voren komt. Vier verschijningsvormen zijn onderscheiden. De eerste verschijningsvorm heeft betrekking op de situatie waarin een arbiter gelijktijdig optreedt dan wel in het verleden heeft opgetreden als advocaat in een procedure waarin eenzelfde of een vergelijkbare juridische vraag centraal stond of waaraan eenzelfde of een vergelijkbaar feitencomplex ten grondslag lag. In tegenstelling tot de aandacht die in de literatuur naar deze verschijningsvorm uitgaat, werd genoteerd dat arbitrale wet- en/of regelgeving op dit punt (vooralsnog) ontbreekt. Wel hebben diverse (scheids)rechters zich over de vraag gebogen hoe de verschijningsvorm zich tot de verplichting tot arbitrale onafhankelijkheid en/of onpartijdigheid verhoudt. Opmerkelijk was dat in bepaalde (scheids)rechterlijke uitspraken naar voren leek te komen dat er geen reden is om aan te nemen dat een arbiter minder onbevangen zou oordelen indien hij/zij een bepaald standpunt reeds eerder zou hebben verdedigd. Ter nuancering hiervan werd naar voren worden gebracht dat in diverse uitspraken is gewezen op het belang van de hoedanigheid waarin het standpunt naar voren werd gebracht.

De tweede verschijningsvorm heeft betrekking op de situatie waarin een arbiter reeds een arbitraal vonnis (mede) heeft gewezen in een procedure waaraan eenzelfde of vergelijkbaar feitencomplex ten grondslag lag dan wel waarin eenzelfde of een vergelijkbare juridische vraag centraal stond. In tegenstelling tot de eerste verschijningsvorm was in dit kader wel enige arbitrale regelgeving voorhanden, zij het dat deze regelgeving met name op de disclosure-verplichting betrekking had. Hoewel de verschijningsvorm door één gemeenschappelijke deler - de 'dubbelrol' van een arbiter - wordt gekenmerkt, waren de situaties die in (scheids)rechterlijke uitspraken naar voren kwamen divers. Zo hebben (scheids)gerechten zich niet alleen uitgelaten over de vraag of een optreden in hoger beroep door een arbiter die in eerste aanleg (mede) arbitraal vonnis heeft gewezen strijd kan opleveren met de verplichting tot arbitrale onafhankelijkheid en onpartijdigheid (kort

antwoord: ja, dat kan), maar ook over de vraag of een optreden van een arbiter in twee arbitrages die gelijktijdig aanhangig zijn strijd met deze verplichting kan opleveren (kort antwoord: ja, hoewel meer nodig is dan alleen een 'dubbel-optreden'). Uit deze laatste vraag vloeiden twee andere vragen voort: enerzijds de vraag of een optreden van een arbiter in twee arbitrages die gelijktijdig aanhangig zijn en waarin eenzelfde of een vergelijkbare juridische vraag centraal staat strijd kan opleveren met de verplichting tot arbitrale onafhankelijkheid en onpartijdigheid (kort antwoord: dit is niet duidelijk), anderzijds de vraag of een optreden van een arbiter in twee arbitrages die gelijktijdig aanhangig zijn en waaraan eenzelfde of vergelijkbaar feitencomplex ten grondslag ligt hiermee strijdig is (kort antwoord: dit is niet duidelijk). Tot slot hebben (scheids)gerechten zich over de vraag gebogen of het optreden van een arbiter die eerder in een procedure heeft opgetreden waarin eenzelfde of een vergelijkbare juridische vraag centraal stond strijd kan opleveren met de verplichting tot arbitrale onafhankelijkheid en onpartijdigheid (kort antwoord: ja, maar slechts wanneer sprake is van een onlosmakelijke verbandenheid van feiten en/of recht).

De derde verschijningsvorm had betrekking op de situatie waarin een arbiter zich eerder in de hoedanigheid van (partij)deskundige heeft uitgelaten over eenzelfde of een vergelijkbare feitelijke en/of juridische vraag die thans aan hem/haar wordt voorgelegd. In de arbitrale wet- en regelgeving van de vier jurisdicties en de vier arbitrage-instituten van onderzoek kwam de verschijningsvorm niet met zoveel woorden terug. Ook in (scheids)rechterlijke uitspraken kwam deze vorm nauwelijks naar voren. In de besproken uitspraken kwam een wisselend beeld naar voren. Wel werd duidelijk dat de dubbelrol in onderhavig verband niet per definitie op gespannen voet met de verplichting tot arbitrale onafhankelijkheid en onpartijdigheid hoeft te staan. Naar voren kwam dat ook hier de hoedanigheid waarin het advies is gegeven van belang is.

De vierde verschijningsvorm had betrekking op de situatie waarin een arbiter zich in het kader van een publicatie reeds eerder heeft uitgelaten over eenzelfde of een vergelijkbare juridische vraag die thans aan hem/haar wordt voorgelegd. Onder het begrip 'publicatie' werd in dit verband verstaan een schriftelijk werk, maar het kan ook gaan om een mondelinge bijdrage. Bij gebrek aan arbitrale wet- en/of regelgeving viel de relatief uitvoerige aandacht die in de IBA Guidelines 2014 naar deze verschijningsvorm uitgaat op. Een diffuus beeld kwam in (scheids)rechterlijke uitspraken naar voren. Hoewel naar voren kwam dat een arbiter zich moet kunnen (blijven) uitspreken over (rechts)vragen en zo een bijdrage aan het debat kan leveren, is de arbitrale uitingsvrijheid niet onbegrensd. Daarnaast werd, evenals in het kader van de bespreking van de tweede en derde verschijningsvorm naar voren kwam, de nadruk gelegd op de hoedanigheid van de arbiter ten tijde van de totstandkoming van de publicatie.

6.6 De nauwe persoonlijke band

6.6.1 Inleiding

316. Opbouw

In het Oude Griekenland zou het mogelijk zijn geweest om een arbiter te benoemen die tot de vriendenkring van één van de partijen behoorde.⁹²⁸ Het is de vraag of een dergelijke benoeming vandaag de dag door de onafhankelijkheids- en onpartijdigheidsbeugel kan. In deze paragraaf wordt besproken in hoeverre de factor van de nauwe persoonlijke band aanleiding kan geven tot twijfels aan de arbitrale onafhankelijkheid en/of onpartijdigheid. Hiertoe zal worden gekeken naar relevante arbitrale wet- en regelgeving (par. 6.6.2) en de wijze waarop deze vraag door (scheids)rechters is beantwoord (par. 6.6.3). Eerst wordt stilgestaan bij de vraag wat onder de term 'nauwe persoonlijke band' kan worden verstaan (nr. 317) en op welke wijze de factor in verband kan worden gebracht met de verplichting tot arbitrale onafhankelijkheid en/of onpartijdigheid (nr. 318).

317. Begripsverkenning

Evenals in het kader van de bespreking van de factor van het *issue conflict* naar voren kwam (nr. 287), roept ook de term 'nauwe persoonlijke band' vragen op: niet alleen is geen sprake van een vastomlijnde betekenis die aan de woorden 'nauwe' en 'persoonlijke' kan worden gegeven, ook de combinatie van de beide woorden heeft geen eenduidige betekenis. Illustratief zijn de uiteenlopende wijzen waarop de factor in arbitrale wet- en regelgeving en (scheids)rechterlijke uitspraken naar voren komt. Gesproken wordt over 'significant personal relationship',⁹²⁹ 'close personal relationship',⁹³⁰ 'personal social contacts',⁹³¹ 'nahe persönliche Beziehung',⁹³² en 'so enge persönliche Verflechtungen'.⁹³³ Illustratief is daarnaast hetgeen het Tribunal fédéral in april 1990 overwoog: 'il faut en effet, pour justifier la récusation, qu'entre l'arbitre et l'une des parties existent de solides liens d'amitié, alors que des rapports de camaraderie ne suffisent pas à cet égard (...)'.⁹³⁴ Vrij vertaald: om tot toewijzing van een

928 Roebuck 2001, p. 349, zie ook: Gómez-Acebo 2016, nr. 2.6; Todd 2007, p. 367: 'ἑταῖροι ... συνήλλαξαν' ('friends had brought us to agree'). Vgl. Velissaropoulos-Karakostas 2000, p. 21-22: 'Un terme qui revient particulièrement souvent dans les sources pour désigner les arbitres est celui d'amis (*philoi*) ((31)). Le choix du mot est révélateur quant à la nature et la fonction de l'institution'. Vgl. over de arbiter die met beide partijen was bevriend, bijv. Konstan 1997, p. 87-88; Gómez-Acebo 2016, nr. 2.6.

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

930 Code of Professional Responsibility for Arbitrators of Labor-Management Disputes of the National Academy of Arbitrators, geamendeerd, september 2007 (vindplaats: naarb.org/code-of-professional-responsibility).

931 U.S. Court of Appeals of Texas, Fifth District 9 september 2011 (*Karlseng/Cooke*), 346 S.W.3d 85 (bron van de uitspraak: Born 2021a, vn. 1398 (p. 2008)).

932 KG Berlijn 7 juli 2010, nr. 20 SchH 02/10, *SchiedsVZ* 2010, afl. 4, p. 226.

933 OLG Frankfurt am Main 4 oktober 2007, nr. 26 Sch 8/07, *SchiedsVZ* 2008, afl. 2, p. 100.

934 Tribunal fédéral 24 april 1990 (bron van de uitspraak en de geciteerde rechtsoverweging: Poudret 1991, p. 367). Vgl. hetgeen ten aanzien van de disclosure-verplichting naar voren komt in de 'Rules on the Im-

wrakingsverzoek over te kunnen gaan, dient sprake te zijn van een stevige vriendschap tussen de arbiter en één van de partijen; een band in de vorm van 'camaraderie' volstaat niet. Illustratief is ook een uitspraak van het Amerikaanse Court of Appeals for the Ninth Circuit uit december 1991. Het hof bekrachtigde het vonnis van het District Court for the District van Alaska dat een arbitraal vonnis had vernietigd op grond van onder meer de omstandigheid dat de derde 'supposedly neutral' arbiter van het scheidsgerecht vooringenomen was omdat de arbiter een niet-medegedeelde vriendschap van twintig jaar met één van de partij-arbiters bleek te onderhouden.⁹³⁵ Het hof bekrachtigde het oordeel van het gerecht zonder zich overigens uitdrukkelijk over voornoemde omstandigheden uit te spreken.⁹³⁶

Door de nadruk op een bepaalde mate van verbinding te leggen, zou onderscheid kunnen worden gemaakt met de in dit proefschrift niet nader besproken factor van de sociale band. In tegenstelling tot een sociale band lijkt bij een nauwe persoonlijke band sprake te zijn van een band die niet alleen enige vorm van bestendigheid vertoont, maar ook wordt gekenmerkt door (gevoelens van) genegenheid. Ter illustratie van het onderscheid tussen de factoren kan worden verwezen naar een 'Opinion' van het 'Advisory Committee on Judicial Ethics of the New York State Unified Court System' uit oktober 2011.⁹³⁷ In deze Opinion wordt onderscheid gemaakt tussen enerzijds de zgn. 'Close Social Relationship' en anderzijds de zgn. 'Close Personal Relationship'. De tweede categorie wordt als volgt omschreven: '(...) where the judge and the attorney share intimate aspects of their personal lives'.⁹³⁸ De tweede categorie geeft aanleiding tot gerechtvaardigde twijfels aan de rechterlijke onpartijdigheid en verschoning is dan ook aangewezen, aldus de 'Opinion'.

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

De stelling dat kan worden getwijfeld aan de niet-vooringenomenheid van een arbiter die een nauwe persoonlijke band met één van de partijen onderhoudt, lijkt onbetwist. Minder eenduidig is het antwoord op de vraag of in deze situatie kan worden getwijfeld aan de arbitrale onafhankelijkheid of juist aan de arbitrale onpartijdigheid. In (scheid)srechterlijke uitspraken en de literatuur is deze vraag wisselend beantwoord. Zo overwoog een LCIA Division in augustus 2005 dat, waar arbitrale onpartijdigheid 'may be concerned with the bias of an arbitrator either in favour of

partiality and Independence of Arbitrators approved by the Chamber of Commerce and Industry of the Russian Federation' 2010: '(...), the arbitrator and the representative of the party on a regular basis devote considerable time to personal communication unrelated to their professional activities or participation in the work of professional or public associations' (bron: Kotelnikov, Kurochkin & Skvortsov 2019, p. 76-77; vgl. Romanovich Karabelnikov 2020, p. 38-39).

935 Ook bleek dat de arbiters na de eerste zitting samen hadden gedineerd en 'Levin paid for the dinner'.

936 U.S. Court of Appeals for the Ninth Circuit 30 december 1991 (*Pacific & Arctic Railway and Navigation Co./United Transportation Union*), 952 F.2d 1144 (bron van de uitspraak: Born 2021a, vn. 1386 (p. 2005); Rau 1998, p. 117).

937 Advisory Committee on Judicial Ethics of the New York State Unified Court System, Opinion 11-125, 27 oktober 2011 (vindplaats: www.nycourts.gov/legacy/html/judicialethics/opinions/11-125.htm).

938 Waaronder '[f]or example' wordt geschaard: '(...) the judge, the attorney, and/or members of their immediate families share confidences, socialize regularly, vacation together, celebrate significant events in each other's lives and/or share interests that are important to them personally (...)'.

one of the parties or in relation to the issues in dispute', arbitrale onafhankelijkheid 'was concerned with the financial, professional or *personal* relationship between an arbitrator and a party' (curs. PR).⁹³⁹ Door andere (scheids)rechters is de factor niet alleen onder onafhankelijkheid geschaard,⁹⁴⁰ maar ook onder de noemer van onpartijdigheid.⁹⁴¹ Ook in de literatuur zijn de meningen verdeeld.⁹⁴²

Daarentegen lijken de meningen minder verdeeld te zijn over de assumptie dat gevoelens van genegenheid, in de literatuur wel onder de meer algemene 'intérêts extrapatrimoniaux' geschaard,⁹⁴³ bij de factor om de hoek (kunnen) komen kijken en invloed kunnen hebben op de arbitrale oordeelsvorming. Voor dit gevaar werd al in 1998 in de literatuur gewaarschuwd: '[t]he arbitrator may be more likely to find in favour of the friend's client because of a desire to help (or at least not to hurt) the friend, to maintain the friendship or because of the friend's proven credibility'.⁹⁴⁴ Niet alleen zou het behoud van de vriendschap reden kunnen zijn om kant te kiezen voor een bepaalde partij, een ander motief zou een streven kunnen zijn naar het zijn van een 'geloofwaardige' vriend. Ook in de rechtspraak is aandacht voor het bestaan van de factor gevraagd. Zo overwoog het Court of Appeals van Texas in september 2011: '[w]hile the courts have primarily addressed issues related to business and financial transactions, they are not unaware of other important relationships that certainly impact an arbitrator's judgment, such as personal and social relationships'.⁹⁴⁵ Vrij vertaald: de aandacht van gerechten mag dan wel primair uitgaan naar de zakelijke en/of financiële band, zij zijn niet onbekend met andere banden die zeker (ook) van invloed zijn op het oordeel van een arbiter, zoals de persoonlijke band. Interessant is ook hetgeen het Tribunal fédéral in oktober 2001 overwoog: '(...), une activité passée ne peut fonder une apparence de prévention *que si l'on peut en déduire qu'il subsiste, au moment de l'arbitrage, un certain rapport économique ou affectif* de nature à entraver l'arbitre dans sa liberté de décision' (curs. PR).⁹⁴⁶ Vrij vertaald: een bepaalde activiteit uit het verleden kan tot 'une apparence de prévention' leiden als tijdens de arbitrage blijkt dat een bepaalde affectieve relatie bestaat die

939 LCIA Court 5 augustus 2005, nr. 5660, par. 4.3, onder verwijzing naar literatuur. Vgl. Born 2021a, p. 1908-1909.

940 Zie bijv. CA Parijs 12 november 1998, *Revue de l'Arbitrage* 1999, afl. 2, p. 378 (*société civile financière Azzaro c.s./consorts Cattani*): '(...) l'existence d'une amitié notoire entre les intéressés ni même d'ailleurs celle de relations antérieures propres à remettre en cause l'indépendance de l'arbitre; (...)'.
941 Supreme Court of Texas 20 juni 1997 (*Burlington Northern Railroad/TUCO Inc.*), 960 S.W.2d 629: '(...) the parties should have access to all information that might reasonably affect the potential arbitrator's impartiality. This could obviously include, for example, a familial or close social relationship' (bron van de uitspraak: Born 2021a, vn. 1386 (p. 2005)). Vgl. House of Lords 15 januari 1999 (*Pinochet, In re*), [1999] UKHL 1: '(...) but in some other way his conduct or behaviour may give rise to a suspicion that he is not impartial, for example because of his friendship with a party. (...)'.
942 Zie bijv. Gordon-Vrba & Vock 2018a, nr. 9; Tay 2013, p. 130; Daele 2012, nr. 6.001; Tupman 1989, p. 29. Vgl. El Chazli 2020, vn. 2 (nr. 122); Mullerat 2012, p. 85-86. Niet helemaal consequent lijkt Park 2011 te zijn: i) (on)partijdigheid (vn. 13 (p. 477)); ii) onafhankelijkheid (p. 478).
943 Castres Saint-Martin 2016, nr. 84.
944 Bishop & Reed 1998, p. 418. In vergelijkbare zin: Wälde 2006, p. 216; Lowenfeld 1991, p. 86-87. Vgl. Code of Professional Responsibility for Arbitrators of Labor-Management Disputes of the National Academy of Arbitrators, geamendeerd, september 2007: '(...) An arbitrator must not permit personal relationships to affect decision-making (...)'. Zie ook bijv. NVvR-Rechterscode, par. 2.3.3.
945 U.S. Court of Appeals of Texas, Fifth District 9 september 2011 (*Karlseng/Cooke*), 346 S.W.3d 85.
946 Tribunal fédéral 15 oktober 2001, nr. 4P.188/2001, r.o. 2.d).

de arbiter in zijn arbitrale beslissingsvrijheid kan belemmeren. Vrijer vertaald: een persoonlijke band die te nauw wordt - in de zin dat de vrije arbitrale besluitvorming in gevaar komt - kan aanleiding geven tot twijfels aan de arbitrale onafhankelijkheid en/of onpartijdigheid.⁹⁴⁷

Nu enig licht is geworpen op het verband tussen de factor en de onafhankelijkheid en onpartijdigheid van arbiters is het tijd om te kijken naar de wijze waarop invulling aan de factor is gegeven in arbitrale wet- en regelgeving (par. 6.6.2) en (scheids)rechterlijke uitspraken (par. 6.6.3).

6.6.2 Invulling: enige arbitrale wet- en regelgeving

319. Algemeen

Allereerst kan worden genoteerd dat de factor van de nauwe persoonlijke band in de arbitrale wet- en regelgeving van de vier jurisdicties en de vier arbitrage-instituten van onderzoek niet naar voren komt als grond die aanleiding kan geven tot twijfels aan de arbitrale onafhankelijkheid en/of onpartijdigheid. Een uitzondering hierop is hetgeen in de toelichting op het NAI Arbitragereglement 2015 naar voren komt. In de toelichting staat dat de eisen van onafhankelijkheid en onpartijdigheid met zich meebrengen dat 'een arbiter geen *nauwe persoonlijke* of zakelijke banden mag hebben met een van de partijen of een van zijn medearbiters' (curs. PR).⁹⁴⁸ Hoewel het interessant is dat het NAI aandacht aan de factor besteedt, vind ik het minder gelukkig dat hiervoor de toelichting op het reglement wordt gebruikt. Ik vraag mij af welk gewicht aan een dergelijke vermelding toekomt, gelet op het feit dat de factor in het hiervoor geldende reglement nog wél in de bepaling inzake de arbitrale onafhankelijkheid en onpartijdigheid stond opgenomen.⁹⁴⁹ Het roept de volgende vragen op: kan de factor onder het Arbitragereglement 2015 (nog steeds) als wrakingsgrond worden beschouwd? En dienen NAI-arbiters hierover mededeling te doen in hun verklaring van onafhankelijkheid en onpartijdigheid?

Hoewel de volgende vlag de onderhavige lading niet helemaal dekt, wijs ik eveneens op hetgeen in artikel L. 111-6 van de Franse Code de l'organisation judiciaire staat opgenomen.⁹⁵⁰ Op grond van dit artikel kan een arbiter worden gewraakt '[s]'il y a amitié ou inimitié notoire entre le juge et l'une des parties' (sub 8).⁹⁵¹ In de Franse literatuur is kritiek op de bepaling geuit: niet alleen zou de reikwijdte van het mate-

947 Toch zou de factor nog altijd minder invloed hebben op de arbitrale onafhankelijkheid en/of onpartijdigheid dan 'l'amour-propre', aldus Pierre Bellet (voormalig voorzitter van het Cour de cassation) van wie de woorden '[l]'est plus grave d'avoir connu de l'affaire que de connaître la partie, car il s'agit non plus d'amitié, mais d'amour-propre (beaucoup plus puissant que l'amitié (...))' afkomstig zouden zijn (bron van het citaat: El Chazli 2020, nr. 240; Castres Saint-Martin 2016, vn. 221 (voorafgaande aan nr. 105), vgl. Bedjaoui 1988, p. 16; Paulsson 1997, p. 15).

948 Toelichting NAI Arbitragereglement, par. 10.1.

949 Artikel 10 lid 1 NAI-Arbitragereglement 2010.

950 Zie ook par. 4.4.2.

951 Zie ook: art. 323 lid 9 Loi marocaine sur l'arbitrage et la médiation conventionnelle du 30 novembre 2007, Section I, Sous-section I (bron: *Revue de l'Arbitrage* 2009, afl. 1, p. 247, zie ook: Zaher 2009, nrs. 21-22). Daarnaast zou ook in Irak het bestaan van een vriendschap tussen een arbiter en één van de partijen onder omstandigheden kunnen leiden tot wraking van de arbiter (El-Ahdab & El-Ahdab 2011, p. 244).

riële toepassingsgebied van het artikel onduidelijk (en daarmee beperkt) zijn,⁹⁵² ook zou een beroep op het artikellid in de praktijk weinig kans van slagen hebben, daar rechters terughoudend met een beroep op het lid omgaan onder meer omdat zij verdragings tactieken vrezen.⁹⁵³ Zoals hierboven in het kader van de begripsafbakening naar voren kwam (nr. 317), is een omschrijving van het begrip nauwe persoonlijke band geen sinecure.

320. De factor in het kader van de disclosure-verplichting

In het kader van de disclosure-verplichting is meer aandacht voor de factor.⁹⁵⁴ Allereerst kan worden gewezen op hetgeen in de IBA Guidelines 2014 is opgenomen, zij het met de kanttekening dat hier de term 'close personal friendship' wordt gebruikt. De term komt tweemaal op de 'Orange List' voor. Enerzijds wordt in het kader van de verhouding tussen een arbiter en een advocaat van een partij in de arbitrage naar een vriendschappelijke band verwezen: '[a] close personal friendship exists between an arbitrator and a counsel of a party'.⁹⁵⁵ Anderzijds komt het begrip naar voren in het kader van de verhouding tussen arbiter en een partij en/of anderen die bij de arbitrage zijn betrokken.⁹⁵⁶ De formulering van de twee omstandigheden komt inhoudelijk overeen met hetgeen in de IBA Guidelines 2004 stond. De versie van 2004 is op dit punt evenwel uitvoeriger. Zo wordt de term 'close personal friendship' in het kader van de verhouding tussen een arbiter en een andere arbiter of advocaat in dezelfde paragraaf ook toegelicht: '(...), as demonstrated by the fact that the arbitrator and the counsel regularly spend considerable time together unrelated to professional work commitments or the activities of professional associations or social organizations'.⁹⁵⁷ Vrij vertaald: de omstandigheid dat een arbiter en een advocaat buiten het werk op regelmatige basis veel tijd met elkaar hebben doorgebracht kan leiden tot twijfels aan de arbitrale onafhankelijkheid en/of onpartijdigheid. Een vergelijkbare toelichting kan worden gevonden in het kader van de verhouding tussen arbiter en een partij en/of anderen die bij de arbitrage zijn betrokken.⁹⁵⁸

Ook in de ICC 'Note to Parties and Arbitral Tribunals on the Conduct of the Arbitration' 2021 wordt aandacht aan de factor besteed. In de notitie staat allereerst dat iedere (kandidaat-)arbiter moet nagaan welke omstandigheden in de ogen van

952 Het artikellid heeft alleen betrekking op een vriendschappelijke relatie tussen een arbiter en één van de partijen, terwijl ook sprake kan zijn van een relatie tussen een arbiter en de advocaat van één van de partijen. In kritische zin: Castres Saint-Martin 2016, nr. 103.

953 Castres Saint-Martin 2016, nr. 100: '(...) En pratique, elle est rarement retenue par les juges', onder verwijzing (in voetnoot 214) naar zes uitspraken en één uitspraak waarin wel een geslaagd beroep op het artikellid werd gedaan.

954 Zie ook bijv. SIAC Code of Ethics 2015, par. 2.2; Code of Ethics for Vancouver Maritime Arbitrators Association 2013, par. 6. Vgl. Wiśniewski 2020, p. 31; (overheidsrecht) § 34 Gesetz über das Bundesverfassungsgericht (Duitsland).

955 IBA Guidelines 2014, par. 3.3.6. Vgl. IBA Guidelines 2014, par. 3.3.7: 'Enmity exists between an arbitrator and counsel appearing in the arbitration'. Vgl. art. 815 sub 4 Codice di procedura civile (Italië), zie ook: Cutolo & Esposito 2007, p. 54-55. Vgl. Burghetto 2004, p. 483-484.

956 IBA Guidelines 2014, par. 3.4.3.

957 IBA Guidelines 2004, par. 3.3.6. Een bepaling als par. 3.3.7 komt in de versie van 2004 niet voor. In kritische zin over de toevoeging 'spend considerable time together': Mullerat 2012, p. 85-86, 88.

958 IBA Guidelines 2004, par. 3.4.3.

partijen aanleiding geven tot gerechtvaardigde twijfels aan de arbitrale onafhankelijkheid en/of onpartijdigheid. In dit kader dient onder meer de omstandigheid in overweging te worden genomen dat '[t]he arbitrator or prospective arbitrator has a professional or close personal relationship with counsel to one of the parties or the counsel's law firm'.⁹⁵⁹ Interessant is ook dat het ICC Court de factor zou meenemen in het kader van de beoordeling van een voorstel tot benoeming. In 2008 zou een benoeming van een kandidaat-arbiter niet zijn bevestigd door het ICC Court op grond van de omstandigheid dat de arbiter een 'close friend' van de advocaat van gedaagde was.⁹⁶⁰ De positie van het ICC Court zou echter niet zijn dat 'ordinary' sociale banden die advocaten en/of andere professionals onderling onderhouden hen zouden beletten om als arbiter op te treden.⁹⁶¹ Anders gezegd, een persoonlijke band is toegestaan mits deze niet te nauw is.

De LCIA 'Notes for Arbitrators' 2017 houden het op een algemene formulering: '[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. (...)'.⁹⁶² Dit geldt ook voor hetgeen in de 'Model statement of independence' bij de UNCITRAL Arbitration Rules 2013 naar voren komt: 'I am impartial and independent of each of the parties and intend to remain so. Attached is a statement made pursuant to article 11 of the UNCITRAL Arbitration Rules of (a) my past and present professional, business and other relationships with the parties and (b) any other relevant circumstances (...)'.⁹⁶³ Hoewel dergelijke, algemene formuleringen als voordeel hebben dat hieronder veel kan worden geschaard, kunnen zij tegelijkertijd een potentiële bron van rechtsonzekerheid zijn. Zijn arbiters nu wel of niet gehouden om mededeling te doen van de nauwe persoonlijke band die zij met één van de partijen onderhouden?⁹⁶⁴

Buiten de methodologische reikwijdte van onderhavig onderzoek maar wel interessant, tot slot, is hetgeen in de 'Code of Professional Responsibility for Arbitrators of Labor-Management Disputes' 2007 staat opgenomen. De code is opgesteld door de National Academy of Arbitrators, de American Arbitration Association en de Federal Mediation and Conciliation Service: '[a]rbitrators establish personal relationships with many company and union representatives, with fellow arbitrators, and with

959 ICC, Note to Parties and Arbitral Tribunals on the Conduct of the Arbitration, 1 januari 2021, par. 27. Vgl. Calvo 1998, p. 67-68 over de 'statement of independence' ex artikel 7 lid 2 van de 'new Rules' (ICC Rules 1 januari 1998). Vgl. (ICSID) Daele 2012, nr. 1.016: 'Disclosure is required of 'professional, business and other' relationships. (...) 'Other' relationships can also include personal relationships, for example, when the arbitrator is a long-standing friend of a party'.

960 Daele 2012, nr. 6.059; Fry & Greenberg 2009, nr. 52. Vgl. Schreuer e.a. 2010, p. 513.

961 Derains & Schwartz 2005, p. 126.

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

963 In de AAA/ICDR International Arbitration Rules 'notice of appointment questionnaire' wordt een (kandidaat-)arbiter onder meer gevraagd of hij/zij 'any professional or social relationship' heeft onderhouden met enige partij in de procedure dan wel met de advocaat van enige partij of het advocatenkantoor waarvoor zij werken, zie: Appendix C, AAA-ICDR-International Arbitration Rules, 1 juni 2009, nrs. 3 en 4 (bron van de informatie: Fellas & Mosquera 2015, p. 613; nr. 3 wordt ook genoemd in Pinsolle 2011, p. 200).

964 Wel als het aan het Supreme Court van Texas zou liggen: '(...) the parties should have access to all information that might reasonably affect the potential arbitrator's impartiality. This could obviously include, for example, a familial or close social relationship', zie: Supreme Court of Texas 20 juni 1997 (*Burlington Northern Railroad/UTCO Inc.*), 960 S.W.2d 629. In gelijke zin: Lew, Mistelis & Kröll 2003, nr. 11.33; Bishop & Reed 1998, p. 419. Zie over een onderzoeksplicht van de arbiter(s) in dit verband: Clay 2009, nr. 35.

fellow members of various professional associations. There should be no attempt to be secretive about such friendships or acquaintances but disclosure is not necessary unless some feature of a particular relationship might reasonably appear to impair impartiality'.⁹⁶⁵ Vrij vertaald: (ook) in de arbitragewereld is het geen onbekend verschijnsel dat persoonlijke relaties worden opgebouwd. Het is niet de bedoeling dat hierover geheimzinnig wordt gedaan maar een uitdrukkelijke mededeling hoeft ook niet te worden gedaan, tenzij - en dan wordt het interessant, maar opnieuw ook vaag - een dergelijke band de arbitrale onpartijdigheid kan aantasten.

6.6.3 Invulling: (scheids)rechterlijke uitspraken

321. Opbouw

Hoewel in de arbitrale wet- en regelgeving weinig tot geen aandacht aan de factor is besteed, hebben verschillende (scheids)gerechten zich uitgelaten over de vraag in hoeverre de factor aanleiding geeft tot twijfels aan de arbitrale onafhankelijkheid en onpartijdigheid. In deze paragraaf zal allereerst naar een aantal uitspraken worden verwezen waarin gerechten zich in algemene bewoordingen over deze vraag hebben uitgelaten (nr. 322). In dit verband zullen drie observaties naar voren worden gebracht die bij de beantwoording van de vraag behulpzaam kunnen zijn (nr. 323). Vervolgens zal worden gekeken naar vijf omstandigheden die in het kader van de factor tot het oordeel hebben geleid dat sprake was van twijfels aan de arbitrale onafhankelijkheid en/of onpartijdigheid (nrs. 324-329).

322. Een nauwe persoonlijke band is (g)een bewijs van arbitrale vooringenomenheid

De volgende citaten zijn afkomstig uit diverse gerechtelijke uitspraken en vormen tezamen een bont pallet. Allereerst kan worden gewezen op hetgeen het Court of Appeal, Second District van California in april 2001 overwoog: '[s]ocial acquaintance, even of long duration and of a personal nature, without a substantial business relationship does not create an impression of possible bias'.⁹⁶⁶ Vrij vertaald: de enkele omstandigheid dat sprake is van een sociale band die al lang bestaat en persoonlijk van aard is, leidt niet tot het oordeel dat sprake is van arbitrale vooringenomenheid. Interessant zijn de woorden 'without a substantial business relationship'. Zou uit deze woorden een bepaalde 'vooringenomenheidsrangorde' kunnen worden afgeleid in het kader waarvan de zakelijke band boven de (nauwe) persoonlijke band staat? Bewoordingen met een vergelijkbare strekking zijn afkomstig van het Tribunal fédéral dat in september 2006 overwoog: '[s]elbst ein freundschaftliches Verhältnis zwischen einem Schiedsrichter und dem Anwalt einer Partei reicht zur Annahme

⁹⁶⁵ Code of Professional Responsibility for Arbitrators of Labor-Management Disputes of the National Academy of Arbitrators, geamendeerd, september 2007. Vgl. Lazareff 1999, p. 328-329.

⁹⁶⁶ U.S. Court of Appeal of California, Second District, Division Three 30 april 2001 (*Michael/Aetna Life & Casualty Insurance Co.*), 88 Cal. App. 4th 925 (bron van de uitspraak: Born 2021a, vn. 1399 (p. 2009)).

einer Befangenheit im Allgemeinen nicht aus'.⁹⁶⁷ Onder verwijzing naar Duitse literatuur overwoog het Kammergericht van Berlijn in juli 2010: '[e]ine Freundschaft oder sonstige nahe Beziehung zu einem Bevollmächtigten einer Partei ist kein Ablehnungsgrund'.⁹⁶⁸

Voor zover mij bekend, leidde slechts een enkele uitspraak tot een ander oordeel.⁹⁶⁹ In dit verband kan worden gewezen op een uitspraak van de Poolse Hoge Raad uit september 2010. Dit gerecht vernietigde een arbitraal vonnis op grond van de omstandigheid dat één van de partij-arbiters van het driedelige scheidsgerecht 'a social relationship' met de benoemende partij bleek te onderhouden. De band was door de arbiter niet medegedeeld, maar kwam boven water nadat het arbitraal vonnis was gewezen.⁹⁷⁰ Interessant is daarnaast een uitspraak van het Audiencia Provincial Madrid uit juni 2008. Dit hof zou een vernietigingsvordering hebben afgewezen op grond van de omstandigheid dat de partij-arbiter 'revealed kinship and friendship relationships in due course' waardoor eiser op de hoogte was geweest van deze omstandigheden. Aangezien eiser niet eerder in wrakingsactie was gekomen, had hij afstand gedaan van zijn 'powers of legal challenge', aldus het gerecht.⁹⁷¹ Uit de redenering van het gerecht zou (indirect) kunnen worden afgeleid dat de factor niet absoluut van aard is, daar afstand kan worden gedaan mits men van de band op de hoogte is.⁹⁷²

De geciteerde (rechts)overwegingen geven enig inzicht in de wijze waarop door overheidsrechters naar de factor van de nauwe persoonlijke band is gekeken. Op basis van hetgeen in (scheids)rechterlijke uitspraken naar voren is gekomen, zijn vijf omstandigheden onderscheiden die aanleiding hebben gegeven tot twijfels aan de arbitrale onafhankelijkheid en/of onpartijdigheid waarna toewijzing van een

967 Tribunal fédéral 4 augustus 2006, nr. 4P105/2006, r.o. 4 (bron van de uitspraak: Noth & Haas 2018, nr. 11; Mavromati & Reeb 2015, p. 141-142). Zie ook bijv. (overheidsrechtspraak) Tribunal fédéral 10 mei 2010, nr. 5A_253/2010, r.o. 2.2 (bron van de uitspraak: Scherer 2013, vn. 3 (nr. 2)). In vergelijkbare bewoordingen: Tribunal fédéral 25 maart 2009, nr. 1B_303/2008, r.o. 2.2; Tribunal fédéral 31 januari 2012, nr. 4A_672/2011, r.o. 2.4. Vgl. Tribunal fédéral 20 maart 2000, r.o. 3.a), *ASA Bulletin* 2002, afl. 1, p. 70-73.

968 KG Berlijn 7 juli 2010, nr. 20 SchH 02/10, *SchiedsVZ* 2010, afl. 4, p. 226 (zie voor een Engelse samenvatting: R. Kreindler, A contribution by the ITA Board of Reporters, via: Kluwer Arbitration, zie ook bijv. Nacimientto, Abt & Stein 2015, nr. 35).

969 Reeds in december 1927 zou een arbiter door het Oberlandesgericht Stuttgart zijn uitgesloten van deelname aan het scheidsgerecht wegens 'a personal friendship' tussen de arbiter en één van de partijen, zie: Schwarz & Konrad 2009, vn. 209 (nr. 7.112), onder verwijzing naar OLG Stuttgart 21 december 1927, 563/27, JW 1928-1322.

970 Sąd Najwyższy 9 september 2010, I CSK 535/09 (bron van de uitspraak, de informatie en de geciteerde woorden: Wiśniewski 2020, vn. 48 (p. 32), zie ook bijv. Born 2021a, vn. 1386 (p. 2005)).

971 Audiencia Provincial Madrid 16 juni 2008 (bron van de uitspraak, de informatie en de citaten: Montero 2010, p. 13). Vgl. Bishop & Reed 1998, p. 419: '(...), parties should be able to waive friendship as a disqualifying factor if they know the arbitrator to be a person of great integrity'.

972 Vgl. District Court of Appeal of Florida, Third District 26 juli 2000 (*Dadeland Square/Gould*), 763 So. 2d 524 waarin sprake was van afstand van (wrakings)recht nu geen bezwaren waren geuit tegen de benoeming van de unus-arbiter, terwijl de arbiter onder meer had medegedeeld 'close friends' te zijn met iemand die een 'limited partner in the property' dat een rol speelde in de arbitrage. Vgl. Perezniето Castro & Graham 2005 waarin een (niet gepubliceerde) uitspraak van 10 september 2003 wordt besproken van de '4e Juge civil de la ville de Mexico' waarin één van de arbiters 'un ami intime' van de advocaat van gedaagde zou zijn (nr. 18): 'Toutefois, en ne récusant pas l'arbitre en question, la partie adverse serait censée avoir tacitement accepté le principe de sa désignation, même dans le cas où l'arbitre aurait lui-même mentionné sa relation d'amitié avec l'avocat concerné' (nr. 20). De uitspraak zou zijn bevestigd door de 'Troisième chambre du Tribunal suprême de la ville de Mexico, 692/2004' (niet gepubliceerd) (id. nr. 18).

wrakingsverzoek of vernietiging van het arbitraal vonnis volgde. Hieronder komen achtereenvolgens aan bod: i) een werkrelatie (nrs. 324-325), ii) het gezamenlijk uitvoeren van één (of meer) activiteit(en) (nr. 326), iii) een gedeeld studieverleden (nr. 327), iv) de omgangsvorm (nr. 328), en v) een digitale band (nr. 329). In de literatuur is naar voren gebracht dat ook een herbenoeming tot het oordeel kan leiden dat sprake is van een nauwe persoonlijke band,⁹⁷³ maar mij zijn geen uitspraken bekend die deze stelling ondersteunen. Voorafgaande aan de bespreking van vijf omstandigheden worden drie algemene observaties naar voren gebracht die tijdens de bestudering van de (scheids)rechterlijke uitspraken naar voren kwamen.

323. Drie observaties

Hoewel de toon in de geciteerde rechtsoverwegingen anders lijkt te suggereren - sprake zou zijn van één uitgangspunt - vindt in veel (scheids)rechterlijke uitspraken een afweging van de omstandigheden van het geval plaats.⁹⁷⁴ Een eerste observatie is dan ook dat het (eind)oordeel dat sprake is van een nauwe persoonlijke band sterk afhankelijk is van de omstandigheden van het onderhavige geval. Ter illustratie kan worden gewezen op een uitspraak van het Audiencia Provincial van Madrid uit juni 2011.⁹⁷⁵ In het kader van een vernietigingsprocedure zou het gerecht, kort samengevat, hebben overwogen dat de (niet-medegedeelde) omstandigheid dat de voorzitter van het scheidsgerecht een 'good friendship' ('una relación de buena amistad') onderhield met de managing partner van het advocatenkantoor dat gedaagde ('Socio Director del despacho defensor') bijstond op zichzelf genomen niet voldoende was om de arbiter te wraken. Omdat ook andere omstandigheden niet waren medegedeeld - waaronder de omstandigheid dat de managing partner als stagiair gedurende 2-3 jaren voor de arbiter had gewerkt, de arbiter lid was van 'the academic board of a school having the same name as the said law firm', en de schoonzoon van de arbiter voor het advocatenkantoor van de managing partner werkte - zou het gerecht hebben overwogen dat 'all those circumstances, when considered jointly, raise justifiable doubts as to the Chairman's independence and impartiality, since they proved a close and cooperative relationship between the Chairman and the law firm representing the respondent' (curs. PR).

Een tweede observatie ziet op het gewicht dat aan de context van bepaalde arbitrages wordt toegekend. Deze context zou maken dat het niet verwonderlijk is dat arbiters bepaalde, al dan niet nauwe persoonlijke, banden met partijen en/of hun advocaten onderhouden. Ter illustratie kan worden gewezen op hetgeen het Court of Appeal, Second District van Californië in augustus 1978 overwoog: '[i]t is not unusual in this day and age for attorneys practicing law in the same community to be friendly

973 Gómez-Acebo 2016, nr. 5.46. Vgl. Burghetto 2004, p. 483-484.

974 Vgl. 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. 69: '(...) that it is the nature and the extent of the acquaintance that have significance for Articles 14(1) and 57 of the ICSID Convention and for Arbitration Rule 6(2), and not the fact of acquaintance without more'.

975 Audiencia Provincial Madrid 30 juni 2011, nr. 506/2011 (*Delforca 2008, Sociedad de Valores, S.A./Banco Santander, S.A.*) (bron van de uitspraak, de informatie en de citaten: F. Mantilla-Serrano, A contribution by the ITA Board of Reporters, via: Kluwer Arbitration).

acquaintances'.⁹⁷⁶ In juni 2009 liet het Tribunal fédéral zich, onder verwijzing naar eerdere uitspraken, in sterke(re) bewoordingen uit: '(...), il faut tenir compte du contexte différent des relations entre un juge d'un tribunal étatique ou un arbitre, d'une part, et les parties, respectivement leurs avocats, d'autre part. Ces rapports sont plus fréquents et impliqués par les nécessités économiques ou professionnelles lorsqu'ils sont le fait de personnes actives dans le domaine de l'arbitrage privé, de sorte qu'ils ne doivent pas sans autre être considérés comme un motif de récusation (...)'.⁹⁷⁷ Vrij vertaald: rekening dient te worden gehouden met de verschillende context van relaties tussen een overheidsrechter en partijen enerzijds, en tussen een arbiter en partijen anderzijds. In het laatstgenoemde geval komen onderlinge banden nu eenmaal vaker voor, al dan niet uit economische of professionele nood geboren, (maar) zonder dat deze banden per definitie als een wrakingsgrond moeten worden aangemerkt. Woorden met een vergelijkbare strekking zijn afkomstig van het Tribunal de grande instance van Parijs in juni 1989. In reactie op een poging om meerdere arbiters te wraken overwoog het gerecht: '(...) qu'il résulte de l'ensemble de ces observations que les griefs opposés à tous les arbitres sus énoncés sont seulement relatifs à l'existence de relations d'affaires, inhérentes au caractère professionnel de ces arbitrages, qui, en l'espèce, ne permettent pas d'apporter la preuve d'un lien de dépendance, d'une amitié ou d'une inimitié notoire à l'égard d'une partie, (...)'.⁹⁷⁸ Vrij vertaald: de grieven die tegen de arbiters zijn aangevoerd, hebben alleen betrekking op het bestaan van zakelijke banden, die evenwel aan het professionele karakter van deze arbitrages inherent zijn en die (ook) geen bewijs van afhankelijkheid of van een vriendschap leveren. Ook hier wordt gewezen op de specifieke context van bepaalde arbitrages in het kader waarvan dergelijke banden zouden kunnen bestaan.

Een derde observatie is dat wordt gewezen op de bijzondere figuur van de partij-arbiter (vgl. par. 2.5.2). Illustratief is hetgeen twee niet-gewraakte ICSID-arbiters overwogen in maart 2010: het leek hen niet onredelijk 'to expect that where a party-appointed arbitrator is involved, (...), and as specifically contemplated by the arbitral process that the ICSID Convention establishes, the party making the selection will, in many instances, have some form of acquaintance with that person'.⁹⁷⁹ Anders gezegd, het is niet verwonderlijk dat de mogelijkheid om voor een 'eigen' arbiter te kiezen tot gevolg heeft dat voor een arbiter wordt gekozen waarmee men enige vorm van verwantschap heeft. Ferm(ere) bewoordingen komen in de literatuur naar

976 U.S. Court of Appeal of California, Second District, Division Three 21 augustus 1978 (*Gonzales/Interinsurance Exchange*), 84 Cal. App. 3d 58. Zie ook bijv. U.S. Court of Appeal of California, Second Appellate District, Division Seven 16 april 1985 (*Ray Wilson Co./Anaheim Memorial Hospital Association*), 166 Cal. App. 3d 1082: 'A personal relationship (acquaintance) between an arbitrator and a party to the arbitration does not require vacation of an award for possible bias'. Vgl. Lani Bader 1995, p. 47; Disco 1993, p. 136.

977 Tribunal fédéral 12 juni 2009, nr. 4A_586/2008, r.o. 3.1.2. In gelijke bewoordingen: Tribunal fédéral 27 mei 2003, nrs. 4P.267/2002, 4P.268/2002, 4P.269/2002 & 4P.270/2002, r.o. 4.2.2.2, zie voor een Engelse vertaling van (een groot deel van) de uitspraak: A.J. van den Berg (red.), *Yearbook Commercial Arbitration 2004 - Volume XXIX*, ICCA & Kluwer Law International 2004, p. 206-231, vgl. Reeb 2004, p. 674-695.

978 TGI Parijs 29 juni 1989, *Revue de l'Arbitrage* 1990, afl. 2, p. 497 (*société Philipp Brothers/société Drexel c.s.*). Vgl. TGI Parijs 28 oktober 1988, *Revue de l'Arbitrage* 1990, afl. 2, p. 497 (*société Drexel Burnham Lambert Limited c.s./société Philipp Brothers c.s.*).

979 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. 69, onder verwijzing naar literatuur. In vergelijkbare zin: De Vietri & Dharmananda 2011, p. 199, vgl. Werner 1990, p. 5.

voren: '[t]o oblige parties to appoint persons they do not know obviously defeats the very purpose of party-appointed arbitrators'.⁹⁸⁰

324. Omstandigheid 1: een werkrelatie

Het is tijd om te kijken naar de verschillende omstandigheden die kunnen leiden tot het oordeel dat sprake is van twijfels aan de arbitrale onafhankelijkheid en/of onpartijdigheid. De eerste omstandigheid houdt verband met een werkrelatie die een arbiter met een advocaat van één van de partijen onderhoudt op basis waarvan een nauwe persoonlijke band is ontstaan die (uiteindelijk) kan leiden tot twijfels aan de arbitrale onafhankelijkheid en/of onpartijdigheid. In (scheids)rechterlijke uitspraken komt naar voren dat het niet ondenkbaar is dat advocaten een dergelijke (nauwe) persoonlijke band met (voormalige) cliënten ontwikkelen. Zo overwoog een LCIA Division in december 2004: '(...) lawyers may develop personal relationships with their clients that may last a long time, and that such relationships could be an obstacle to their impartiality'.⁹⁸¹ Het lijkt logisch dat een persoonlijke band die een arbiter met een advocaat onderhoudt, maar die dermate nauw wordt, uiteindelijk kan leiden tot twijfels aan de arbitrale onpartijdigheid. Het is evenwel de vraag wanneer sprake is van een dergelijke, zodanig nauwe persoonlijke band. In mei 2011 overwoog de Rechtbank Rotterdam in het kader van een procedure waarin vernietiging van een ICC-vonnis werd gevorderd dat op 28 november 2008 door een driedelig scheidsgerecht was gewezen dat uit de omstandigheid dat de partij-arbiter en de advocaat van de benoemende partij in oktober 1996 bij de oprichting van een vennootschap met winstoogmerk betrokken waren geweest,⁹⁸² niet kon worden afgeleid dat sprake was van een 'persoonlijke relatie'.⁹⁸³

Wanneer dan wel? Uit (scheids)rechterlijke uitspraken komt naar voren dat onder meer de omvang van het advocatenkantoor waaraan de advocaat is verbonden een rol speelt in het kader van de beantwoording van de vraag hoe nauw de bewuste (persoonlijke) band is. Illustratief is hetgeen het Canadese Superior Court of Justice van Ontario in juli 2010 overwoog: '[t]here is the distinction of a multi-office national or international law firm with hundreds of partners spread over the globe, many of whom a partner may have never met. This, Chairperson however is one of a three partner law firm where the professional and personal relationship must be

980 Paulsson 1997, p. 18. Vgl. Born 2021a, p. 1924, 1941.

981 LCIA Division 24 december 2004, nr. UN3476, par. 4.2. In het onderhavige geval probeerde eiser de partij-arbiter van gedaagde te wraken nadat de arbiter op 2 juli 2003 had medegedeeld dat hij gedaagde in 1999 had geassisteerd in het kader van 'an oilfield engineering procurement and construction contract', maar dat hij sinds december 1999 'had not provided any assistance in that matter' (par. 1.5). De betreffende divisie verwierp het wrakingsverzoek: '(...) the professional ties that might have continued to form an obstacle to his independence had been severed' (par. 4.1). Hoewel nog sprake was van 'a possible personal relationship that might have developed between Respondent's appointee and employees of the Respondent' (par. 4.2), wees de divisie op de verklaring van de arbiter dat hij 'had had no contact with anybody with whom he had worked at the Respondent company since December 1999', en op de houding van eiser: '(...) nor had the Claimant raised this as an issue' (par. 4.3).

982 Voluit: *Chambre Indépendante de Conciliation en de Médiation SARL*.

983 Rb. Rotterdam 11 mei 2011, ECLI:NL:RBROT:2011:BQ6204, r.o. 4.16.

very close'.⁹⁸⁴ Vrij vertaald: onderscheid dient te worden gemaakt tussen enerzijds een internationaal advocatenkantoor met honderden partners die voor filialen van het kantoor verspreid over de hele wereld werken, en anderzijds een advocatenkantoor waaraan drie partners zijn verbonden. In het laatstgenoemde geval ligt het (meer) voor de hand om aan te nemen dat sprake is van een bijzonder nauwe persoonlijke band. Niet alleen de beperkte omvang van het advocatenkantoor waaraan een advocaat is verbonden die een (nauwe) persoonlijke band met de arbiter heeft, kan aanleiding geven tot het oordeel dat sprake is van arbitrale vooringenomenheid. In (scheidings)rechtspraak is ook naar voren gekomen dat een persoonlijke relatie kan worden ontwikkeld tussen een arbiter en advocaat die tot dezelfde 'chambers' behoren.⁹⁸⁵ Daarnaast kan de omstandigheid dat de partij-arbiter van gedaagde gedurende lange tijd in hetzelfde gebouw (als advocaat) werkte waar de advocaat van gedaagde ook werkte, tot een nauwe persoonlijke band - in casu: een hechte vriendschap ('un rapporto di amicizia talmente stretto') - leiden die de onpartijdigheid van de arbiter in gevaar brengt, aldus het Tribunale di Genova in mei 2006.⁹⁸⁶

Tot slot kan de vraag rijzen wat rechtens is wanneer sprake is van een nauwe persoonlijke band tussen een advocaat en (een scheidsgerecht van) een arbitrage-instituut. Interessant in dit verband is een uitspraak van het Tribunal fédéral uit september 2018.⁹⁸⁷ De feiten kunnen als volgt worden samengevat. Eisers probeerden een arbitraal vonnis van tafel te krijgen op de (vernietigings)grond van een (beweerdelijk) onregelmatige samenstelling van het CAS-scheidsgerecht (art. 190 lid 2 sub a LDIP).⁹⁸⁸ Eisers betoogden dat de omstandigheid dat de advocaat van gedaagde

984 Superior Court of Justice 16 juli 2010 (*Telesat Canada/Boeing Satellite Systems International, Inc.*), [2010] ONSC 4023, r.o. 146 (bron van de geciteerde rechtsoverweging: H.C. Alvarez, A contribution by the ITA Board of Reporters, via: Kluwer Arbitration). In 2008 zou ook het Court of First Instance van Hongkong (*Jung Science Information Technology Corp Ltd./ZTE Corporation*), [2008] 4 HKLRD 776 hebben overwogen dat een 'ongoing' zakelijk en sociale relatie tussen een arbiter en de advocaat van een partij geen bewijs was van vooringenomenheid nu de arbitragegemeenschap in Hongkong klein was en het onvermijdelijk is dat advocaten en arbiters 'meet socially and professionally' (bron van de uitspraak, de informatie en de geciteerde woorden: Peard 2013, p. 87, zie ook bijv. Born 2021a, vn. 1399 (p. 2009); Reed, Choong & Wei Chan 2015, p. 389-390). Vgl. SCC Arbitration nr. 002/2006 waarin gedaagden probeerden de partij-arbiter van eiser te wraken nu de arbiter vier jaar partner was geweest van het advocatenkantoor waar de advocaat van eiser werkte en zij 'assumed there would be a deep and long going friendship between the arbitrator and the Claimant's counsel'. De arbiter ontkende dat sprake zou zijn van een diepe en langdurige vriendschap tussen hem en de advocaat, wees erop dat toen de arbiter het advocatenkantoor verliet de advocaat nog niet voor het kantoor werkte, en verklaarde onder meer 'To his knowledge, they had never met'. De SCC Board verwierp het wrakingsverzoek (bron van de informatie en de geciteerde woorden: Jung 2008, p. 8-11). Vgl. Redfern 2017, p. 16-17.

985 Vgl. ICSID 6 mei 2008, nr. ARB/05/24 (*Hrvatska Elektroprivreda, d.d. v. The Republic of Slovenia*), 'Order Concerning the Participation of Counsel' waarin de voorzitter van een scheidsgerecht en één van de (voorgestelde) 'counsels at the hearing' van de Staat Slovenië tot dezelfde 'chambers' behoorden (par. 3). Eiseres eiste volledige openheid van zaken van de arbiter op dit punt. Vervolgens vroeg eiseres 'an order from the Tribunal that the Respondent refrain from using the services' van de betreffende counsel (par. 12) (bron van de uitspraak en de geciteerde woorden: Daele 2012, nrs. 1.124, 6.080-6.081, zie ook bijv. Bishop & Stevens 2011, p. 401-403).

986 Tribunale di Genova 4 mei 2006, nr. CIV-2001-404-1974 (bron van de uitspraak en de informatie: Ferrario 2010, p. 424-425, zie ook bijv. Cohen 2011, p. 633; bron van de geciteerde woorden: B. Coppo & S. Azzali, A contribution by the ITA Board of Reporters, via: Kluwer Arbitration).

987 Tribunal fédéral 23 september 2008, nr. 4A_176/2008 (bron van de uitspraak: Mavromati & Reeb 2015, p. 141-142).

988 Tribunal fédéral 23 september 2008, nr. 4A_176/2008, r.o. 3.

tussen 2003 en juni 2007 als 'hochrangiger Funktionär' bij het CAS werkzaam was geweest, meer dan 400 zaken had 'geführt', bij iedere zitting als 'Gerichtsschreiber' had opgetreden en aan 'unzähligen Weiterbildungen' had deelgenomen in het kader waarvan CAS-arbiters als sprekers hadden opgetreden, 'zu einer Befangenheit der am Schiedsverfahren beteiligten Schiedsrichter geführt'.⁹⁸⁹ Eisers betoogden onder meer dat de jarenlange werkzaamheden bij het CAS tot een 'weit über den normalen beruflichen Kontakt hinausgehenden Bezug' met de CAS-arbiters zouden hebben geleid. De advocaat zou 'einen starken persönlichen Bezug zu den Schiedsrichtern' hebben ontwikkeld die ertoe zou hebben geleid dat de advocaat voor en na de mondelinge behandeling met de arbiter 'kollegialer Weise den Fall besprochen habe', aldus eisers.⁹⁹⁰ Hoewel het gerecht de vordering tot vernietiging (uiteindelijk) afwees, voegde het nog wel toe dat het 'fraglich ist' of voornoemde omstandigheden aanleiding tot 'eine Ablehnung der Schiedsrichter' zouden kunnen geven.⁹⁹¹ Het is jammer dat het Tribunal fédéral zich niet nader uitsprak over de vraag in hoeverre de omstandigheid dat, kort samengevat, een advocaat jarenlang werkzaam was bij het arbitrage-instituut waarvan een scheidsgerecht zich thans over een zaak van deze advocaat buigt, zou leiden tot het oordeel dat sprake was van een (nauwe) persoonlijke band tussen de advocaat en het scheidsgerecht. In het licht van hetgeen eerder naar voren kwam in het kader van onder meer de begripsafbakening kan ik mij niet-temin voorstellen dat een eenduidig antwoord op deze vraag niet eenvoudig is.⁹⁹²

325. Omstandigheid 1 en de zaak *Universal Compression International Holdings, S.L.U. v. The Bolivarian Republic of Venezuela*

Ter afsluiting van de bespreking van de eerste omstandigheid wordt aandacht besteed aan een beslissing die afkomstig is van de voorzitter van de Administrative Council van het ICSID (Zoellick).⁹⁹³ Begin november 2010 had de Staat Venezuela een wrakingsverzoek ingediend dat tegen de partij-arbiter van eiseres was gericht.⁹⁹⁴ Ter onderbouwing van haar verzoek wees de staat onder meer op de omstandigheid

989 Tribunal fédéral 23 september 2008, nr. 4A_176/2008, r.o. 3.1.

990 Tribunal fédéral 23 september 2008, nr. 4A_176/2008, r.o. 3.1.

991 Tribunal fédéral 23 september 2008, nr. 4A_176/2008, r.o. 3.3.

992 Vgl. ICSID 5 juli 2001, nr. ARB/00/9 (*Generation Ukraine, Inc. v. Ukraine*), 'Challenge Decision' waarin eiseres probeerde de door de Staat Oekraïne benoemde arbiter te wraken nu de arbiter tijdens zijn aanstelling als 'Deputy General Counsel' van het 'Multilateral Investment Guarantee Agency' betrokken was geweest bij 'studies and investment policy reviews' van Oekraïne voor de OECD. Eiseres vreesde dat de arbiter 'personal connections' met politieke functionarissen van Oekraïne had ontwikkeld die hem zouden beletten om tot een onafhankelijk oordeel te komen. De twee niet-gewraakte arbiters waren over de kwestie verdeeld en het verzoek werd voorgelegd aan de voorzitter van de ICSID Administrative Council. Nu het wrakingsverzoek van de arbiter betrekking had op zijn band met een agentschap van de Wereldbank 'and the person being asked to judge his independence was the President of the World Bank', werd de Secretaris-Generaal van het PCA om advies gevraagd. De Secretaris-Generaal adviseerde om het wrakingsverzoek af te wijzen, welke aanbeveling werd overgenomen (bron van de uitspraak, de informatie en de geciteerde woorden: Luttrell 2009, p. 231, zie ook bijv. Cleis 2017, p. 61-62; Daele 2012, nr. 6.039). Ook hier is de vraag wat onder het begrip 'personal connections' kan worden verstaan.

993 ICSID 20 mei 2011, nr. ARB/10/9 (*Universal Compression International Holdings, S.L.U. v. The Bolivarian Republic of Venezuela*), 'Decision on the Proposal to Disqualify Prof. Brigitte Stern and Prof. Guido Santiago Tawil, Arbitrators'.

994 ICSID 20 mei 2011, nr. ARB/10/9, par. 13.

dat de arbiter in drie eerdere ICSID-arbitrages had opgetreden met de advocaat van eiseres, en altijd aan de kant van de investeerder(s).⁹⁹⁵ De staat betoogde dat sprake was van 'a long professional relationship' die 'lasted for at least ten years', en dat 'all circumstances, including the nature, scope, length and recentness of the relationship lead to the conclusion that a very significant relationship exists' tussen de arbiter en de advocaat van eiseres.⁹⁹⁶ Voorts zou deze band 'more recent, protracted, and close' zijn dan door de arbiter in zijn verklaring van onafhankelijkheid was aangegeven.⁹⁹⁷ Tot slot voegde de staat toe dat het 'evident' was dat 'a close relationship between an arbitrator and the lawyers of the party who appointed him to serve in such capacity creates an appearance of impropriety'.⁹⁹⁸ De voorzitter was niet overtuigd. Onder verwijzing naar onder meer (par. 4.4 van) de 'Green List' van de IBA Guidelines 2004, en de vaststelling dat '[i]t is undisputed between the parties that the previous relationship (...) was as joint representatives of different parties to those involved in this case and in cases involving different fact patterns', en dat niet was aangetoond 'to what extent this case will involve similar legal issues to those arising in cases in which they were co-counsel',⁹⁹⁹ verwierp Zoellick het wrakingsverzoek in mei 2011.

Hoewel Zoellick niet met zoveel woorden op de nauwe persoonlijke band ingaat, is de kritiek die in de literatuur op de uitspraak naar voren komt interessant. De voornaamste kritiek kan in twee punten worden samengevat. Een eerste punt was dat de lengte van de onderhavige relatie niet door Zoellick was meegenomen. Betoogd is dat 'over such a long time, the arbitrator and the counsel must have built a strong personal relationship with each other', in het kader waarvan onder meer naar voren is gebracht dat in beide procedures meerdere 'hearings of several days' waren gehouden 'at which the arbitrator and the counsel were acting shoulder to shoulder'.¹⁰⁰⁰ Hoewel het niet onaannemelijk is dat een werkrelatie met de jaren tot een persoonlijke band kan uitgroeien, vind ik de gedachte dat daarmee ook sprake is van een 'sterke' persoonlijke band (te) stellig. Niet alleen stuit men hier op onduidelijke terminologie - wanneer kan van een 'sterke' band worden gesproken? - ook de aard van de band die een arbiter heeft met een advocaat kan door beide actoren anders worden ervaren. Een tweede punt van kritiek zag op de overweging dat in de onderhavige zaak, in vergelijking met eerdere zaken, verschillende partijen en feiten een rol speelden op basis waarvan de conclusie door Zoellick werd getrokken dat de advocaat niet op de opvattingen van de arbiter in de onderhavige zaak zou kunnen anticiperen.¹⁰⁰¹ In de literatuur is naar voren gebracht dat 'the real issue' niet zozeer de vraag was 'whether the counsel is able to anticipate the arbitrator's position on a number of legal issues', maar eerder de vraag naar 'the value that the arbitrator attributes to the arguments made by counsel on behalf of his/her client'.¹⁰⁰² Het is niet onvoorstelbaar, aldus een auteur, dat vanwege hun 'long-

995 ICSID 20 mei 2011, nr. ARB/10/9, par. 50.

996 ICSID 20 mei 2011, nr. ARB/10/9, par. 50 en par. 51.

997 ICSID 20 mei 2011, nr. ARB/10/9, par. 51.

998 ICSID 20 mei 2011, nr. ARB/10/9, par. 53.

999 ICSID 20 mei 2011, nr. ARB/10/9, par. 102.

1000 Daele 2012, nr. 6.056.

1001 Zie: ICSID 20 mei 2011, nr. ARB/10/9, par. 102.

1002 Daele 2012, nr. 6.056.

standing professional relationship', de arbiter 'attributes a particular credibility to counsel and that, because of their long-standing personal relationship, the arbitrator has a natural sympathy for the arguments made by counsel'.¹⁰⁰³ De omstandigheid dat een arbiter een zeker gewicht toekent aan de argumenten die door één van de advocaten naar voren worden gebracht - juist vanwege een persoonlijke band die hij met deze advocaat onderhoudt - zou mijns inziens aanleiding kunnen geven voor het oordeel dat aan de arbitrale onafhankelijkheid en onpartijdigheid kan worden getwijfeld. Het is niet alleen de vraag hoe een dergelijke vooringenomenheid aan het licht komt, maar ook of, en zo ja, hoe deze kan worden bewezen.

326. Omstandigheid 2: het gezamenlijk uitoefenen van één (of meer) activiteit(en)

De tweede omstandigheid houdt verband met het gezamenlijk uitoefenen van één (of meer) activiteit(en) door de arbiter en de advocaat van één van de partijen in de arbitrage. Op basis van hetgeen in (scheids)rechterlijke uitspraken naar voren kwam, zijn twee verschijningsvormen onderscheiden. Enerzijds kan sprake zijn van een situatie waarin de arbiter en de advocaat gezamenlijk het recht beoefenen (nr. 326a). De term 'recht' wordt in onderhavig verband ruim uitgelegd: de term ziet niet alleen op het werkzaam zijn in een bepaald rechtsgebied, maar ook op het (samen)-werken aan wetenschappelijke publicaties. Anderzijds kan sprake zijn van een situatie waarin zowel de arbiter als de advocaat ergens lid van zijn (nr. 326b). Het woord 'lid' wordt eveneens ruim uitgelegd: het kan gaan om het gezamenlijk zitting nemen in een bestuur of raadgevend orgaan, en/of een gezamenlijk lidmaatschap van een (niet-)juridische vereniging.

326a. Beoefening van het recht

Overheidsrechters lijken terughoudend te zijn met verwijten die zien op een gebrek aan arbitrale onafhankelijkheid en/of onpartijdigheid op het moment dat zowel de arbiter als de advocaat zich bezighouden met hetzelfde recht(sgebied). Zo leidde de omstandigheid dat de voorzitter van een scheidsgerecht en de advocaat van één van de partijen vier- tot vijfmaal per jaar gezamenlijk aan een 'Medizinrechtsstamm-tisch' deelnamen niet tot het oordeel dat tussen hen 'eine Freundschaft oder sonstige nahe Beziehung' bestond, aldus het Kammergericht van Berlijn in juli 2010.¹⁰⁰⁴ Het gerecht overwoog, kort samengevat, dat het 'zwangsläufig' was dat juristen die zich in het medische recht hadden gespecialiseerd 'sich kennen und gemeinsam in Fach-gremien oder fachspezifischen Treffen auftreten'. Het Cour d'appel van Parijs zou in juni 1988 tot een vergelijkbaar oordeel zijn gekomen.¹⁰⁰⁵ Daarnaast zou in het kader van een SCC-arbitrage tevergeefs zijn geprobeerd om de partij-arbiter van gedaagde

1003 Daele 2012, nr. 6.056. In het verlengde hiervan betoogt de auteur dat de IBA Guidelines in onderhavig verband 'may be less suited to an investment arbitration context' (id. nr. 6.056).

1004 KG Berlijn 7 juli 2010, nr. 20 SchH 02/10, *SchiedsVZ* 2010, afl. 4, p. 226.

1005 CA Parijs 14 juni 1988 (*société Editions Médicafrique/société Le concours médical*) (niet gepubliceerd) (bron van de uitspraak en de informatie: Fouchard 1996, nr. 30: '(...), la participation commune d'une partie et de l'arbitre au bureau du Syndicat national de la Presse médicale ne crée aucun lien de subordination

te wraken op grond van (onder meer) een (beweerdelijk) nauwe persoonlijke band met de advocaat van gedaagde, met wie de arbiter verschillende juridische boeken en artikelen had geschreven en met wie de arbiter samen als professor werkzaam was voor dezelfde universiteit.¹⁰⁰⁶ Illustratief is voorts hetgeen het Tribunal fédéral eind juni 1994 overwoog in reactie op een wrakingsverzoek dat tegen een arbiter was gericht die zich evenals de advocaat van één van de partijen met een bepaald rechtsgebied bezighield. Gelet op het feit dat het aantal advocaten in dit rechtsgebied 'erfahrungsgemäss nicht sehr zahlreich' was, overwoog het gerecht dat men onderling 'regelmässig beruflich verbunden' was.¹⁰⁰⁷ Interessant is het slotakkoord van het Tribunal fédéral: '[s]elbst eine daraus resultierende Freundschaft aber reicht zur Annahme einer Befangenheit im allgemeinen nicht aus (...)'.¹⁰⁰⁸ Vrij vertaald: de omstandigheid dat sprake is van een beperkt aantal juristen dat gespecialiseerd is in een bepaald rechtsgebied tussen welke juristen vriendschappen (kunnen) zijn ontstaan, is niet voldoende voor het oordeel dat sprake is van arbitrale vooringenomenheid. Hoewel ik mij kan vinden in de aanname dat, kort gezegd, hoe kleiner het aantal juristen dat in een bepaald rechtsgebied actief is, hoe groter de kans is dat persoonlijke(r) banden worden ontwikkeld, vind ik het te ver gaan om hieraan volledig voorbij te gaan. Hoe onvermijdelijk het bestaan van persoonlijke banden in dit verband ook lijkt te zijn, ook hier ligt ergens een grens.

326b. Lidmaatschap

Uit rechterlijke uitspraken kan daarnaast worden afgeleid dat het gezamenlijk zitting nemen in een bestuur of raadgevend orgaan en/of een gezamenlijk lidmaatschap niet altijd strijd met de verplichting tot arbitrale onafhankelijkheid en onpartijdigheid hoeft op te leveren. Illustratief is hetgeen het Oberste Gerichtshof van Oostenrijk in november 2014 overwoog: het 'Mitgliedschaft (...) in verschiedenen Rotary Clubs' van een arbiter en één van de partijen is 'ohne eine weitergehende Verbindung zwischen diesen beiden Personen nicht geeignet, die Unbefangenheit in Zweifel zu ziehen'.¹⁰⁰⁹ Vrij vertaald: de omstandigheid dat sprake is van een lidmaatschap van verschillende Rotaryclubs, zonder dat sprake is van een verdergaande band, is op zichzelf genomen niet voldoende voor het in twijfel kunnen trekken van de arbitrale onbevangenheid. In een procedure waarin dezelfde verhouding (arbiter ↔ partij)

entre eux et ne permet pas de présumer qu'ils soient liés par une amitié notoire', vgl. vn. 50 (id. nr. 28): '(...), maintenu par Cass. civ. 2e, 8 novembre 1989, (...)').

1006 SCC Arbitration nr. U 115/2010 (bron van de informatie: Mutis Tellez 2013, p. 5-6, zie ook bijv. Born 2021a, vn. 1399 (p. 2009); Koh 2017, vn. 151 (p. 736)). Vgl. Santiago 2017 waarin een wrakingsprocedure wordt beschreven waarin gedaagde probeerde de partij-arbiter van eiser te wraken op grond van onder meer de omstandigheid dat de arbiter voorafgaande aan zijn benoeming had ingestemd 'to assist in the preparation of' een hoofdstuk voor een arbitrageboek waarvan een aantal advocaten van het advocatenkantoor dat eiser bijstond 'the principal authors' waren. Het HKIAC verwierp het wrakingsverzoek nu 'the relationship did not equate to the existence of a close personal friendship between the challenged arbitrator and the claimant's counsel' (p. 64).

1007 Tribunal fédéral 30 juni 1994, r.o. 4.b), ASA Bulletin 1997, afl. 1, p. 107. Zie over deze uitspraak ook bijv. Fernández Rozas 2010, p. 429-430.

1008 Tribunal fédéral 30 juni 1994, r.o. 4.b), ASA Bulletin 1997, afl. 1, p. 107.

1009 Oberste Gerichtshof 13 november 2014, nr. 18 ONc 5/14a, r.o. 3.6 (bron van de uitspraak: Schifferl & Wong 2016, p. 124-125; vindplaats van de uitspraak: via www.ris.bka.gv.at).

centraal stond, weigerde ook het Amerikaanse Court of Appeals for the Second Circuit kant te kiezen voor appellant die betoogde dat de voorzitter van het scheids-gerecht (Arnold) een 'close personal' vriend was van de voorzitter (Nelson) van het bedrijf (Orion) van het schip waar de arbitrage om draaide (zie ook nr. 276).¹⁰¹⁰ Appellant onderbouwde zijn stelling door te wijzen op de omstandigheid dat Arnold en Nelson 'had "served together" on 19 arbitration panels', in het kader waarvan Arnold twaalfmaal door Nelson zou zijn voorgedragen. In juni 1978 overwoog het hof dat eiser in dit verband 'furnished no other concrete support', dat Nelson onder meer had gezworen dat zijn contact met Arnold beperkt was tot gevallen 'where we happen to be members of the same panel and to occasions associated with our membership in the Society of the Maritime Arbitrators' en dat geen sprake was van een sociale band aangezien 'the two men had never so much as visited each other's homes'.¹⁰¹¹ In de uitspraak komt naar voren dat de enkele omstandigheid dat sprake is van een gezamenlijk lidmaatschap niet voldoende is om aan te nemen dat sprake is van een bepaalde (sociale) band tussen de arbiter en de partij. Interessant is dat het hof onderstreept dat hun contact in relatie stond tot het lidmaatschap. Ook benadrukt het hof dat men elkaar thuis niet opzoekt. Zou het hof tot een ander oordeel zijn gekomen op het moment dat men wel bij elkaar over de vloer kwam, ook al was dit in het kader van de vereniging?

Interessant is daarnaast een argumentatie van het Hof Den Haag in januari 2014 in het kader van een vernietigingsprocedure waarin onder meer werd betoogd dat sprake was van een gebrek aan onpartijdigheid van de voorzitter van een SGOA-scheidsgerecht, daar de arbiter lid was van de Raad van Advies van Internet Society Nederland en één van de partijen in de arbitrage (Capgemini) 'één van de sponsors (derhalve financiers)' van Internet Society Nederland zou zijn.¹⁰¹² Ook de 'Corporate Vice President' van Capgemini nam zitting in deze Raad van Advies.¹⁰¹³ Allereerst overwoog het hof dat 'redelijkerwijs' niet kon worden uitgesloten dat de arbiter en de partij elkaar 'zakelijk en/of persoonlijk goed kennen' en, '[i]ndien dit juist is', hierdoor de schijn van partijdigheid werd gewekt.¹⁰¹⁴ Het vervolg neemt een onverwachte wending: of in casu een dergelijke schijn was gewekt, kon 'in het midden blijven, nu een dergelijke schijn van partijdigheid op zichzelf genomen onvoldoende is voor vernietiging van het arbitrale vonnis op de voet van artikel 1065 lid 1 sub e Rv', aldus het hof (vgl. nr. 130).¹⁰¹⁵ Het hof vervolgde met de woorden dat '[o]bjectieve feiten of omstandigheden' waaruit zou blijken dat de arbiter bij de beoordeling van de arbitrage niet onafhankelijk en onpartijdig was geweest, niet waren gesteld of gebleken.¹⁰¹⁶ Wat het lidmaatschap van de Raad van Advies betreft, oordeelde het hof slechts dat dit 'geen voldoende grond' was 'voor ernstige twijfel' aan de onafhankelijkheid en onpartijdigheid van de arbiter, 'ook niet indien hierbij de overige

1010 U.S. Court of Appeals for the Second Circuit 7 juni 1978 (*Andros Compania Maritima/Marc Rich & Co.*), 579 F.2d 691.

1011 U.S. Court of Appeals for the Second Circuit 7 juni 1978, 579 F.2d 691.

1012 Hof Den Haag 28 januari 2014, ECLI:NL:GHDHA:2014:71, r.o. 11.

1013 Hof Den Haag 28 januari 2014, ECLI:NL:GHDHA:2014:71, r.o. 11.

1014 Hof Den Haag 28 januari 2014, ECLI:NL:GHDHA:2014:71, r.o. 14.

1015 Hof Den Haag 28 januari 2014, ECLI:NL:GHDHA:2014:71, r.o. 14.

1016 Hof Den Haag 28 januari 2014, ECLI:NL:GHDHA:2014:71, r.o. 14.

omstandigheden zoals het sponsorschap worden betrokken'.¹⁰¹⁷ Hoewel het oordeel dat de enkele omstandigheid dat een arbiter en één van de partijen elkaar persoonlijk goed kennen onvoldoende is voor het oordeel dat sprake is van arbitrale vooringenomenheid begrijpelijk is, is mijns inziens minder begrijpelijk waarom het hof niet nader onderbouwt waarom eenzelfde oordeel opgaat ten aanzien van het gezamenlijke lidmaatschap.

Tot een vergelijkbaar eindoordeel, maar dan in de verhouding arbiter ↔ advocaat kwam het District Court for the Middle District van Florida begin juli 2006. Ten overstaan van dit gerecht werd, kort samengevat, geprobeerd om een ICC-vonnis te laten vernietigen: de arbitrage en de samenstelling van het scheidsgerecht zouden niet in overeenstemming zijn met de overeengekomen ICC-regels aangezien sprake was van een niet-medegedeelde 'substantial friendship' tussen de voorzitter van het driedelige scheidsgerecht en één van de advocaten van gedaagde.¹⁰¹⁸ Naar voren werd gebracht dat de arbiter en de advocaat beiden lid waren van de 'Board of Directors' van de AAA en de 'Advisory Board' van het Institute of Transnational Arbitration. Het gerecht was niet overtuigd en overwoog - 'based on the evidence in the record and the argument of the parties at the hearing' - dat de band tussen de arbiter en de advocaat 'anything but substantial' was en dat deze 'appears to this Court to be casual at best and stems solely from (...) membership and positions in the same organizations'.¹⁰¹⁹ Ook hier komt, zij het impliciet, naar voren dat de enkele omstandigheid dat sprake is van een bepaalde band die uit een gezamenlijk lidmaatschap is voortgekomen niet voldoende is voor het oordeel dat sprake is van arbitrale vooringenomenheid.

327. Omstandigheid 3: een gedeeld studieverleden

De derde omstandigheid houdt verband met het studieverleden van de arbiter en de advocaat van één van de partijen. Het is niet ondenkbaar dat op basis van een gedeeld studieverleden een nauwe persoonlijke band is ontstaan die leidt tot twijfels aan de arbitrale onafhankelijkheid en/of onpartijdigheid. Evenals bij de tweede omstandigheid naar voren kwam, zijn (scheids)gerechten ook in dit verband terughoudend. Zo zou het Tribunal cantonal van het kanton Zürich in mei 1954 hebben overwogen dat de omstandigheid dat de arbiter en de advocaat van één van de partijen in het verleden samen hadden gestudeerd niet aan de benoeming van de arbiter in de weg stond: '(...) les relations d'amitié entre un juge et le mandataire d'une partie ne constituent pas un motif de récusation'.¹⁰²⁰ Daarnaast kan worden gewezen op

¹⁰¹⁷ Hof Den Haag 28 januari 2014, ECLI:NL:GHDHA:2014:71, r.o. 14.

¹⁰¹⁸ U.S. District Court for the Middle District of Florida, Tampa Division 5 juli 2006 (*HSN Capital LLC (USA) c.s./Productora Y Comercializador De Television, S.A.*), nr. 8:05-cv-1769-T-30TBM. Zie over deze uitspraak ook bijv. Born 2021a, vn. 1482 (p. 2027); A.J. van den Berg (red.), *Yearbook Commercial Arbitration 2007 - Volume XXXII*, ICCA & Kluwer Law International 2007, p. 774-779.

¹⁰¹⁹ Vgl. U.S. District Court for the Middle District of Florida, Tampa Division 5 juli 2006, nr. 8:05-cv-1769-T-30TBM: '(...), the mere fact Haigh and Abascal serve on the same board of directors and are members of the same organization is insufficient to support vacatur of the award, particularly in light of the fact that the AAA board of directors in 2005 consisted of ninety four people, (...)'.¹⁰²⁰

¹⁰²⁰ Tribunal cantonal du canton de Zürich 12 mei 1954 (bron van de uitspraak, de informatie en de geciteerde woorden: Tribunal fédéral 9 februari 1998, r.o. 3.aa), *ASA Bulletin* 1998, afl. 3, p. 647, zie ook bijv. Tschanz 2000, p. 528-529).

een beslissing van twee niet-gewraakte ICSID-arbiters uit maart 2010.¹⁰²¹ De Staat Oekraïne probeerde de partij-arbiter van eiseres (het Oostenrijkse bedrijf Alpha Projektholding) te wraken op grond van zijn 'personal relations' met de advocaat van Alpha Projektholding.¹⁰²² De staat wees onder meer op de niet-medegedeelde 'shared matriculation' van de arbiter en de advocaat,¹⁰²³ en op de 'neither sufficient nor, strictly speaking, entirely' reactie van de advocaat in een brief aan de secretaris van het scheidsgerecht op de vraag van de staat of inderdaad sprake was van een 'social relationship'.¹⁰²⁴ De twee niet-gewraakte arbiters waren niet overtuigd. Zij zagen 'no grounds or authority on which to determine that the shared educational experience and resulting acquaintance between [de arbiter en de advocaat, PR], in and of themselves evidence either a relationship that might influence [de arbiter, PR]'s freedom of decision-making or the presence of any predisposition toward the positions of one party over those of the other'.¹⁰²⁵ Daarnaast werd het niet-mededelen van het gezamenlijke studieverblijf de arbiter niet aangerekend. Ter onderbouwing wezen de twee arbiters onder meer op de IBA Guidelines 2004 waarin deze omstandigheid (ook) niet stond opgenomen.¹⁰²⁶ Het verwijt dat 'from the universe of available arbitrators' geen andere arbiter was benoemd met 'no links to' de advocaat van eiseres,¹⁰²⁷ werd eveneens terzijde geschoven: niet alleen was 'some previous association' in casu geen 'unusual circumstance',¹⁰²⁸ ook kwam het de arbiters niet onredelijk voor dat in het kader van partij-arbitrage '(...), the party making the selection will, in many instances, have some form of acquaintance with that person'.¹⁰²⁹ Interessant is dat de twee arbiters de omstandigheid van het gedeelde studieverleden in verband brengen met zowel de arbitrale besluitvormingsvrijheid als de arbitrale vooringenomenheid ten opzichte van één van de partijen. Minder overtuigend vind ik de verwijzing naar de IBA Guidelines 2004 ter onderbouwing van de beslissing om geen gevolg te verbinden aan het niet-mededelen van het gedeelde studieverleden: niet alleen staat in de IBA Guidelines 2004 opgenomen dat zij niet (al)omvattend zijn,¹⁰³⁰ juist bij gebrek aan een precedent op dit punt en de vrijheid die hen toekomt, hadden de twee niet-gewraakte arbiters ook de gelegenheid kunnen aangrijpen om een eigen licht op de kwestie te laten schijnen.

328. Omstandigheid 4: de omgangsvorm

De vierde omstandigheid houdt verband met de wijze waarop een arbiter met één van de partijen en/of de advocaat van één van de partijen omgaat. Op basis van hetgeen

1021 ICSID 19 maart 2010, nr. ARB/07/16 (*Alpha Projektholding GmbH v. Ukraine*), 'Decision on Respondent's Proposal to Disqualify Arbitrator Dr. Yoram Turbowicz' (bron van de uitspraak: Daele 2012, nrs. 6.051-6.052).

1022 ICSID 19 maart 2010, nr. ARB/07/16, par. 10. Zie ook: id. par. 12.

1023 Zij zouden allebei zijn 'enrolled' in 'LLM (1987-1988) and SJD programs' (id. par. 10).

1024 ICSID 19 maart 2010, nr. ARB/07/16, par. 12.

1025 ICSID 19 maart 2010, nr. ARB/07/16, par. 45.

1026 ICSID 19 maart 2010, nr. ARB/07/16, par. 63, vgl. par. 61.

1027 ICSID 19 maart 2010, nr. ARB/07/16, par. 19; vgl. par. 67.

1028 ICSID 19 maart 2010, nr. ARB/07/16, par. 68.

1029 ICSID 19 maart 2010, nr. ARB/07/16, par. 69, onder verwijzing naar literatuur.

1030 IBA Guidelines 2004, Introduction, par. 7.

in (scheids)rechterlijke uitspraken naar voren kwam, zijn twee verschijningsvormen onderscheiden. Enerzijds worden de omgangsvormen tijdens de arbitrageprocedure onderscheiden, die ik aanduid als het 'tutoyeren' (in Zwitserse jurisprudentie ook aangeduid als de zgn. 'Duzverhältnis') (nr. 328a). Anderzijds wordt de omgang buiten de arbitrage - in de privésfeer van de betrokkenen - onderscheiden (nr. 328b).

328a. Tutoyeren

Overheidsrechters lijken terughoudend te zijn met verwijten die zien op een gebrek aan arbitrale onafhankelijkheid en/of onpartijdigheid op het moment dat een arbiter de advocaat van één van de partijen tutoyeert.¹⁰³¹ Zo overwoog het Tribunal fédéral in juni 1994 dat de omstandigheid dat een arbiter en de advocaat van één van de partijen elkaar tutoyeerden, 'selbst wenn das unter Düsseldorfer Anwälten nicht üblich sein sollte', niet betekende dat de arbiter vooringenomen was.¹⁰³² Interessant is ook de volgende rechtsoverweging: '[v]on einem Anwalt darf durchaus erwartet werden, dass er kollegiale Verbundenheit und schiedsrichterliche Neutralität auseinanderzuhalten vermag'.¹⁰³³ Vrij vertaald: van een advocaat mag worden verwacht dat hij collegialiteit en arbitrale neutraliteit uit elkaar kan houden. Het vertrouwen dat het gerecht in een dergelijk 'onderscheidingsvermogen' heeft, is interessant. In juni 2009 werd door hetzelfde gerecht overwogen dat een 'rapport amical (tutoiement et recommandations mutuelles) entre un arbitre et l'avocat d'une des parties ne suffisait pas, en principe, à fonder un motif de récusation (...)'.¹⁰³⁴ Vrij vertaald: een vriendschappelijke band, waaronder het tutoyeren wordt geschaard, is in beginsel niet voldoende om als wrakingsgrond aan te merken. Evenals bij de andere omstandigheden naar voren kwam, kan uit deze woorden (impliciet) worden afgeleid dat sprake dient te zijn van andere omstandigheden.

Niet alleen wordt naar de (andere) omstandigheden van het geval gekeken: ook kan waarde worden gehecht aan een verklaring die door de arbiter over zijn gedrag is afgegeven. Illustratief is een uitspraak van het Cour d'appel van Parijs uit november 1998.¹⁰³⁵ Het hof verwees, in reactie op een bezwaar dat door eiseres werd gemaakt tegen het 'tutoiement' tussen één van de arbiters en één van gedaagden ('Monsieur Gérard Cattan'), naar een door de arbiter afgelegde verklaring waarin de arbiter verklaarde dat hij de gedaagde voor de arbitrage niet kende en hem 'fortuite' had getutoyeerd vanwege 'leur profession commune'.¹⁰³⁶ Het hof overwoog: '[c]onsidérant qu'en tout cas et compte tenu de ces explications parfaitement plausibles, les faits rapportés ne sont pas à eux seuls, suffisants à démontrer l'existence d'une amitié notoire entre les intéressés (...)'.¹⁰³⁷ Vrij vertaald: rekening houdend met

1031 Dit kan ook cultureel bepaald zijn, zie bijv. Barrington 2003, p. 203.

1032 Tribunal fédéral 30 juni 1994, r.o. 4.b), ASA Bulletin 1997, afl. 1, p. 107. Zie ook: Obergericht des Kantons Schaffhausen 25 oktober 1991 (bron van de uitspraak: Voser & Fischer 2013, p. 65).

1033 Tribunal fédéral 30 juni 1994, r.o. 4.b), ASA Bulletin 1997, afl. 1, p. 107.

1034 Tribunal fédéral 12 juni 2009, nr. 4A_586/2008, r.o. 3.1.2.

1035 CA Parijs 12 november 1998, Revue de l'Arbitrage 1999, afl. 2, p. 374-378 (société civile financière Azzaro c.s./consorts Cattan) (bron van de uitspraak: El Chazli 2020, vn. 114 (nr. 156); Castres Saint-Martin 2016, vn. 186 (nr. 22)).

1036 CA Parijs 12 november 1998, Revue de l'Arbitrage 1999, afl. 2, p. 378.

1037 CA Parijs 12 november 1998, Revue de l'Arbitrage 1999, afl. 2, p. 378.

de plausibele verklaring die door de arbiter is gegeven, zijn de feiten op zichzelf niet voldoende om het bestaan van een vriendschap tussen de betrokkenen aan te nemen. Anders gezegd, de inhoud van de door de arbiter gegeven verklaring was dermate overtuigend dat het hof in het 'tutoiement' door de arbiter in casu geen gevaar zag. Ook het Kammergericht van Berlijn hechtte waarde aan de verklaring die (in casu) mondeling door een arbiter werd gegeven. In juli 2010 overwoog het gerecht dat de omstandigheid dat het buiten de arbitrage in het kader van een 'Medizinrechtsstammtisch' informeel aanspreken van een voorzitter van het scheidsgerecht en de advocaat van een van partijen 'nicht die Besorgnis rechtfertigen, zwischen den Beteiligten bestünde eine nahe persönliche Beziehung'.¹⁰³⁸ Het gerecht wees op de stelling van de arbiter dat het slechts ging om 'ein kollegiales Duz-verhältnis' die door alle deelnemers aan de 'Medizinrechtsstammtisch' werd gebezigd en dat buiten de 'Stammtischrunde' geen 'privaten' ontmoetingen plaatsvonden.¹⁰³⁹ In vergelijking met eerder besproken (scheids)rechterlijke uitspraken is mijns inziens opvallend dat in onderhavig verband waarde aan een door de arbiter afgelegde verklaring wordt gehecht. Hoewel in het kader van diverse ICSID-arbitrages en beslissingen van verschillende LCIA Divisions naar voren komt hoe de gewraakte arbiter tegen de omstandigheid aankijkt, lijkt dit in het kader van (andere) procedures ten overstaan van andere (scheids)rechters minder gebruikelijk te zijn. Hoewel een arbiter in dergelijke procedures vaak geen procespartij is, zou het geen verkeerde gedachte (kunnen) zijn om ook hier een verklaring van de arbiter mee te wegen om te achterhalen waarom een arbiter zich op een bepaalde wijze heeft gedragen. Een dergelijke verklaring zou kunnen helpen bij de (scheids)rechterlijke beoordeling van de vraag of sprake is van een omstandigheid die in het voorliggende geval aanleiding geeft tot twijfels aan de arbitrale onafhankelijkheid en/of onpartijdigheid.

328b. De privésfeer

Waar overheidsrechters terughoudend lijken te zijn met verwijten die zien op een gebrek aan arbitrale onafhankelijkheid en/of onpartijdigheid op het moment dat een arbiter de advocaat van één van de partijen tutoyeert, lijken (scheids)gerechten minder terughoudend te zijn met verwijten die zien op een gebrek aan arbitrale onafhankelijkheid en/of onpartijdigheid wanneer sprake is van omgang in de privésfeer tussen een arbiter en (de advocaat van) één van de partijen. Een eerste voorbeeld van een omgang in de privésfeer die niet-toelaatbaar werd geacht, komt naar voren in een uitspraak van het Court of Appeals van Texas.¹⁰⁴⁰ In september 2011 vernietigde dit hof een arbitraal vonnis op grond van 'evident partiality' van de unus-arbiter nu hij in het kader van een JAMS-arbitrage had nagelaten mededeling te doen van zijn persoonlijke (en professionele) relatie met de advocaat van geïntimeerde. De 'social relationship' werd afgeleid uit onder meer kostbare diners, die zowel binnen- als

1038 KG Berlijn 7 juli 2010, nr. 20 SchH 02/10, *SchiedsVZ* 2010, afl. 4, p. 226, onder verwijzing naar jurisprudentie (zie voor een Engelse samenvatting: R. Kreindler, A contribution by the ITA Board of Reporters, via: Kluwer Arbitration).

1039 KG Berlijn 7 juli 2010, nr. 20 SchH 02/10, *SchiedsVZ* 2010, afl. 4, p. 226.

1040 U.S. Court of Appeals of Texas, Fifth District 9 september 2011 (*Karlseng/Cooke*), 346 S.W.3d 85.

buitenhuis hadden plaatsgevonden en zelfs 'immediately after the award', gezamenlijke bezoeken aan basketbalwedstrijden, en verstuurde (Kerst)kaarten en geschenken. Een verstuurde Kerstkaart deed ook een partij-arbiter de das om die al jaren 'des relations d'amitié nouées' met gedaagde bleek te onderhouden, zo komt naar voren in een uitspraak van het Cour d'appel van Lyon uit mei 2002.¹⁰⁴¹ Het hof wees op 'les correspondances échangées' die zouden getuigen van banden die 'avaient dépassé le plan professionnel pour devenir des rapports d'amitié'.¹⁰⁴² Vrij vertaald: sprake was van een band die het professioneel niveau was ontstegen en tot een vriendschap was uitgegroeid. Het hof vernietigde het arbitraal vonnis. Niet alleen het gezamenlijk bezoeken van sportwedstrijden, ook de gezamenlijke beoefening van een activiteit in de vrije tijd zou aanleiding kunnen geven tot twijfels aan de arbitrale onafhankelijkheid en onpartijdigheid. In augustus 2012 besloot het wrakingscomité van het Danish Institute of Arbitration (het 'Voldgiftsinstituttet', hierna: DIA) de door eiser naar voren geschoven partij-arbiter van deelname aan het scheidsgerecht uit te sluiten daar de arbiter samen met de advocaat van gedaagde, en 'a few other people', eigenaar was van een 'hunting consortium'.¹⁰⁴³ Wellicht voor de hand liggend, maar desalniettemin illustratief, werd de aanwezigheid van een arbiter - vier maanden voorafgaande aan zijn benoeming - bij de bruiloft van de advocaat van gedaagde niet toelaatbaar geacht. De aanwezigheid gaf aanleiding tot twijfels aan de onpartijdigheid en onafhankelijkheid van de arbiter, aldus het wrakingscomité van het DIA in februari 2015.¹⁰⁴⁴

Ook een op het eerste oog zakelijke transactie kan te 'persoonlijk' worden. Ter illustratie kan worden gewezen op een uitspraak van het Oberlandesgericht Frankfurt am Main uit januari 2008.¹⁰⁴⁵ Ten overstaan van dit gerecht werd geprobeerd de voorzitter van een drieledig scheidsgerecht te wraken op grond van de omstandigheid dat de arbiter had nagelaten mede te delen dat hij een woning huurde van de advocaat van eiser in een gebouw waarin zich ook het kantoor van de advocaat bevond ('im selben Haus').¹⁰⁴⁶ Het gerecht wees het wrakingsverzoek toe. Het gerecht overwoog dat sprake was van 'ein so vertrautes Verhältnis' dat de arbiter en de advocaat elkaar in de privésfeer tutoyeerden.¹⁰⁴⁷ De omstandigheden - de huur(overeenkomst), het tutoyeren en het schenden van de mededelingsplicht - in onderlinge samenhang beschouwd gaven aanleiding voor het oordeel dat sprake

1041 CA Lyon 6 mei 2002, nr. 2000/06316 (*SARL Hephaistos/Pons*) (bron van de uitspraak, de informatie en de geciteerde woorden: Castres Saint-Martin 2016, nr. 99, zie ook bijv. Kiffer 2020, p. 47).

1042 CA Lyon 6 mei 2002, nr. 2000/06316 (bron van de informatie en de geciteerde woorden: Castres Saint-Martin 2016, nr. 99). De uitgewisselde correspondentie bestond uit een brief die door de partij aan de arbiter was gestuurd waarin stond: 'les liens d'amitié que nous avons pu nouer depuis plusieurs années' en een 'lettre de vœux' van de arbiter aan de partij waarin was geschreven: 'Vous devinez à quel point je suis heureux d'apprendre que le rêve de Philippe devient réalité'.

1043 Voldgiftsinstituttet (DIA) 16 augustus 2012, nr. D-1917 (bron van de informatie: Pihlblad & Tufte-Kristensen 2016, p. 614).

1044 Voldgiftsinstituttet (DIA) 5 februari 2015, nr. D-2245 (bron van de informatie: Pihlblad & Tufte-Kristensen 2016, p. 606-607).

1045 OLG Frankfurt am Main 10 januari 2008, nr. 26 Sch 21/07, *SchiedsVZ* 2008, afl. 4, p. 199-200 (vindplaats van de uitspraak: DIS Datenbank, zie ook bijv. R. Kreindler, A contribution by the ITA Board of Reporters, via: Kluwer Arbitration).

1046 OLG Frankfurt am Main 10 januari 2008, nr. 26 Sch 21/07, r.o. I.

1047 OLG Frankfurt am Main 10 januari 2008, nr. 26 Sch 21/07, r.o. II.B).

was van gerechtvaardigde twijfels aan de arbitrale onpartijdigheid en onafhankelijkheid zodat het 'Ablehnungsgesuch gerechtfertigt' was, aldus het gerecht.¹⁰⁴⁸ Interessant is dat niet alleen het tutoyeren werd aangehaald als omstandigheid die kan leiden tot twijfels aan de arbitrale onafhankelijkheid en onpartijdigheid, maar ook dat het gerecht tot zijn oordeel kwam door meerdere omstandigheden op één hoop te gooien.

Is iedere gebeurtenis die tussen een arbiter en (de advocaat van) één van de partijen in de privésfeer plaatsvindt dan verdacht? Nee, zo komt naar voren in een uitspraak van twee niet-gewraakte ICSID-arbiters uit januari 2001.¹⁰⁴⁹ De Staat Georgië had geprobeerd een arbiter te wraken op grond van de omstandigheid dat de arbiter aanwezig was geweest bij een diner waar ook de 'senior executive' van één van de drie aandeelhouders van eiseres was. Daarnaast zouden de arbiter en de 'senior executive' elkaar 'occasionally' op informele bijeenkomsten zien. Georgië stelde zich op het standpunt dat de 'senior executive' een centrale rol in de arbitrage speelde en dat zijn geloofwaardigheid buitengewoon belangrijk was voor de uitkomst van de arbitrage. De staat vreesde dat de contacten van de arbiter met de 'senior executive' afbreuk zouden doen aan de onafhankelijke oordeelsvorming door de arbiter. De twee niet-gewraakte arbiters wezen het wrakingsverzoek af. Zij wezen, kort samengevat, op de afwezigheid van een professionele of zakelijke relatie tussen de arbiter en de 'senior executive'. Ook zouden zij naar voren hebben gebracht dat 'to suggest that a merely occasional personal contact could manifestly affect the judgment of an arbitrator, in the absence of any further facts, was purely speculative'.¹⁰⁵⁰ Vrij vertaald: de suggestie dat een louter incidenteel persoonlijk contact het oordeel van een arbiter duidelijk zou kunnen beïnvloeden zonder dat van andere feiten sprake is, is puur speculatief. De enkele omstandigheid dat een arbiter en (de advocaat van) één van de partijen elkaar eens in de privésfeer hebben gezien, leidde dan ook nog niet tot het oordeel dat sprake was van ongeoorloofde beïnvloeding van de arbitrale oordeelsvorming.

Een mijns inziens opvallend (eind)oordeel in onderhavig verband, tot slot, is afkomstig van het DIA-wrakingscomité. Eind september 2010 overwoog dit comité dat de relatie tussen de partij-arbiter van eiser en 'an attorney who is associated with a party',¹⁰⁵¹ die bestond uit het zijn van (over)buren, het samen organiseren en bijwonen van buurtfeesten, het elkaar helpen met sneeuwruimen en met het maaien van het gazon en het geven van geschenken voor het afstuderen van hun kinderen van de middelbare school, niet als 'a close personal friendship' kon worden gekwa-

1048 OLG Frankfurt am Main 10 januari 2008, nr. 26 Sch 21/07, r.o. II.B). Vgl. id. r.o. II.B): '(...) Zu offenbaren sind dabei geschäftliche und engere gesellschaftliche Beziehungen des Schiedsrichters zu einer Schiedspartei (...), aber auch zu deren Verfahrensbevollmächtigten. (...)'.
1049 ICSID 19 januari 2001, nr. ARB/00/1 (*Zhinvali Development Ltd. v. Republic of Georgia*), 'Decision on Respondent Proposal to Disqualify Arbitrator' (niet gepubliceerd) (bron van de uitspraak, de informatie en de geciteerde woorden: Daele 2012, nr. 6.038, zie ook bijv. Cleis 2017, p. 61-62; Redfern & Hunter 2015, vn. 140 (nr. 4.122)).

1050 Bron van het citaat: ICSID 3 oktober 2001, nr. ARB/97/3 (*Compañía de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal S.A. v. The Argentine Republic*), 'Decision on the Challenge to the President of the Committee', par. 23.

1051 Pihlblad & Tufte-Kristensen 2016, p. 631: '(...) an attorney who had assisted the claimant in the course of events that gave rise to the dispute. (...)'.
485

lificeerd.¹⁰⁵² In het licht van de hierboven besproken uitspraken kunnen vraagtekens worden gezet bij deze relatie tussen de arbiter en de advocaat.

329. Omstandigheid 5: een digitale band

De vijfde en laatste omstandigheid is een relatief recente loot aan stam van de onafhankelijkheids- en onpartijdigheidsboom. De omstandigheid ziet op hetgeen zou kunnen worden omschreven als de 'digitale' band. In hoeverre zou een nauwe persoonlijke band in de vorm van een digitale band strijd kunnen opleveren met de verplichting tot arbitrale onafhankelijkheid en onpartijdigheid?

Zowel het Tribunal fédéral als het Cour de cassation hebben, zij het in het kader van gerechtelijke procedures, geoordeeld dat de enkele omstandigheid dat een rechter een digitale (Facebook-)vriendschap met één van de partijen onderhoudt op zichzelf genomen geen wrakingsgrond oplevert.¹⁰⁵³ Interessant is de onderbouwing van het Tribunal fédéral. In mei 2018 onderstreepte het gerecht allereerst dat de term Facebook-vriend niet zag op 'des relations d'amitié au sens traditionnel', aangezien het hierbij niet ging om 'un sentiment *réciroque* d'affection et de sympathie ou une connaissance *intime* qui implique une certaine proximité allant au-delà du simple fait de connaître quelqu'un ou de le tutoyer' (curs. PR).¹⁰⁵⁴ Vrij vertaald: er is geen wederzijds gevoel van genegenheid en sympathie noch van een intieme kennis die een zekere nabijheid impliceert en die verder gaat dan het enkel kennen van iemand of hem tutoyeren. Wel zou de omstandigheid dat sprake is van een Facebook-vriendschap in samenhang met andere omstandigheden voldoende grond kunnen zijn voor wraking, aldus het Tribunal fédéral.¹⁰⁵⁵ Anders gezegd, het 'onpersoonlijke' dat van een digitale Facebook-vriendschap uitgaat, leidt ertoe dat een dergelijke band op zichzelf niet voldoende is voor twijfels aan de rechterlijke onafhankelijkheid en onpartijdigheid. Een vergelijkbare redenering is afkomstig van het Court of Appeals van Texas. In mei 2013 overwoog het hof in het kader van een wrakingsprocedure waarin een (straf)rechter onder meer werd verweten op Facebook 'bevriend' te zijn met de vader van het slachtoffer: '[m]erely designating someone as a "friend" on Facebook "does not show the degree or intensity of a judge's relationship with a person." (...) One cannot say, based on this designation alone, whether the judge and the "friend" have met; are acquaintances that have met only once; are former business acquaintances; or have some deeper, more meaningful relationship. Thus, the designation, standing alone, provides no insight into the nature of the relation-

1052 Voldgiftsinstituut (DIA) 27 september 2010, nr. D-1594 (bron van de informatie: Pihlblad & Tufte-Kristensen 2016, p. 631-632).

1053 Tribunal fédéral 14 mei 2018, nr. 5A_701/2017, vgl. 'Introduction to the Case Law Section', *ASA Bulletin* 2018, afl. 4, p. 932: 'However, the circumstance that gave rise to the challenge, a Facebook friendship between a judge and a party, might also arise in arbitration'; Cour de cassation (chambre civile 2) 5 januari 2017, nr. 16-12.394. Vgl. OLG Stuttgart 12 juli 2018, nr. 1 Sch 1/18, zie: Kröll 2019, p. 192-193.

1054 Tribunal fédéral 14 mei 2018, nr. 5A_701/2017, r.o. 4.5.

1055 Tribunal fédéral 14 mei 2018, nr. 5A_701/2017, r.o. 4.5. In een 'Opinion' van mei 2013 liet het 'Advisory Committee on Judicial Ethics of the New York State Unified Court System' zich als volgt uit: 'The Committee believes that the mere status of being a "Facebook friend," without more, is an insufficient basis to require recusal' (Opinion 13-39, 28 mei 2013, vindplaats: www.nycourts.gov/legacyhtm/ip/judicialethics/opinions/13-39.htm), zie ook: Redfern & Hunter 2015, vn. 140 (nr. 4.122).

ship'.¹⁰⁵⁶ De gezichtspunten dat onder meer moet worden gekeken naar de intensiteit en de precieze verhouding tussen de betrokkenen kwamen ook naar voren in het kader van de bespreking van de factor van het financieel belang.

Eén van de weinige (mij althans bekende) procedures waarin werd geprobeerd om een arbitraal vonnis te laten vernietigen op grond van de omstandigheid dat sprake was van een digitale band tussen een arbiter en de advocaat van partijen speelde ten overstaan van Franse gerechten.¹⁰⁵⁷ In juli 2009 klopte de onderneming Tecso bij het Cour d'appel van Parijs aan met een vordering tot vernietiging van een arbitraal vonnis op (de vernietigings)grond van 'composition irrégulière du tribunal arbitral'. Tecso voerde onder meer aan dat de voorzitter van het scheidsgerecht een Facebook-vriend was van de advocaat van gedaagde (Neoelectra Group).¹⁰⁵⁸ Het hof wees de vordering toe, zij het op grond van onder meer de omstandigheid dat een andere arbiter van het scheidsgerecht van februari 1989 tot oktober 2000 'of counsel' was geweest van het advocatenkantoor dat gedaagde bijstond en het advocatenkantoor na 2000 twee tot drie keer van juridisch advies had voorzien 'sur des points de droit précis'.¹⁰⁵⁹ In oktober 2012 vernietigde het Cour de cassation het arrest: het hof had nagelaten inzichtelijk te maken welke omstandigheden precies aanleiding hadden gegeven 'à provoquer dans l'esprit des parties un doute raisonnable quant à l'impartialité'.¹⁰⁶⁰ Dit gerecht verwees de zaak naar het Cour d'appel van Lyon. Ten overstaan van dit hof vorderde Tecso opnieuw vernietiging van het arbitraal vonnis. Zij voerde opnieuw aan dat onder meer sprake was van een 'lien d'amitié notoire' tussen de arbiter en de advocaat 'visible par toute personne se rendant sur "Facebook"'.¹⁰⁶¹ In tegenstelling tot het Cour d'appel van Parijs ging het Cour d'appel van

1056 Court of Appeals of Texas, Fifth District 15 mei 2013 (*Youkers/The State of Texas*), nr. 05-11-01407-CR. Vgl. Højesteret 11 september 2015, nr. 100/2015 waarin de Deense Hoge Raad zich over de vraag boog in hoeverre een Facebook-vriendschap tussen één van de leken-rechters en het slachtoffer (lid van de gemeenteraad van Kopenhagen) in het kader van een strafrechtelijke procedure aanleiding kon geven tot twijfel aan de onpartijdigheid van de lekenrechter van de rechtbank in eerste aanleg. Hoewel de lekenrechter tot twee keer toe 'positive comments' had geplaatst op Facebook-berichten van het slachtoffer en eenmaal een 'supportive statement' had uitgebracht voor het slachtoffer in reactie op een kritische campagne tegen de politieke denkbeelden van het slachtoffer, kenden de lekenrechter en het slachtoffer elkaar niet persoonlijk en hadden zij elkaar nooit ontmoet noch met elkaar gesproken; ook het op Facebook geplaatste commentaar hield geen verband met de strafrechtelijke procedure. De Hoge Raad zou hebben overwogen dat 'the fact that the lay judge was a registered 'friend' of the victim on Facebook and the interaction between the parties on Facebook did not cause doubt as to the complete impartiality of the lay judge' (bron van de uitspraak, de informatie en de geciteerde woorden: P. Thommesen, A contribution by the ITA Board of Reporters, via: Kluwer Arbitration).

1057 Zie ook: Sanubari 2017, p. 485; Castres Saint-Martin 2016, nr. 100.

1058 CA Parijs 10 maart 2011, nrs. 09/28537 & 09/28540, *Revue de l'Arbitrage* 2011, afl. 3, p. 739 (*Tecso EURL/Neoelectra Group SAS*). Zie over de uitspraak ook bijv. *ASA Bulletin* 2013, afl. 2, p. 443-447; B. Derains & Y. Derains, A contribution by the ITA Board of Reporters, via: Kluwer Arbitration.

1059 CA Parijs 10 maart 2011, nrs. 09/28537 & 09/28540, *Revue de l'Arbitrage* 2011, afl. 3, p. 740.

1060 Cour de cassation (chambre civile 1) 10 oktober 2012, nr. 11-20.299, *Revue de l'Arbitrage* 2013, afl. 1, p. 129-130.

1061 CA Lyon 11 maart 2014, nr. 13/00447 (vindplaats van de uitspraak: via dalloz.fr). Vgl. ICSID 5 mei 2017, nr. ARB/12/21 (*Fábrica de Vidrios Los Andes, C.A. and Owens-Illinois de Venezuela, C.A. v. The Bolivarian Republic of Venezuela*), 'Decision on the Proposal to Disqualify L. Yves Fortier, Q.C.' (bron van de uitspraak: Malintoppi & Yap 2018, nrs. 8.111-8.112) waarin door de Staat Venezuela werd geprobeerd de partij-arbiter van eiseressen te wraken op grond van onder meer de omstandigheid dat één van de assistenten van de arbiter zou werken bij een advocatenkantoor dat eiseressen regelmatig bijstond in procedures tegen Venezuela en dankzij haar dienstverband bij informatie(bestanden, 'the Box folder') kon die nadelig zou-

Lyon wel in op (het verwijt dat zag op) de Facebook-vriendschap. Het hof overwoog dat 'le soutien' door de advocaat aan de arbiter in het kader van verkiezingen die door de orde van advocaten van Parijs werden georganiseerd, één jaar na de arbitrage, als zodanig geen redelijke twijfel deed ontstaan 'sur l'impartialité ou l'indépendance de cet arbitre à l'égard de la société Tecso'. Hoewel het interessant is dat het hof zich over deze digitale band uitlaat, is de wijze waarop mager te noemen, daar het hof zijn oordeel op dit punt niet onderbouwt.¹⁰⁶²

Ook in de literatuur staat de digitale band in de belangstelling. Naar voren is gebracht dat het in onderhavig verband moeilijk is om grip op arbitrale onafhankelijkheid en onpartijdigheid te houden door een gebrek aan zicht op het gebruik van 'social media'.¹⁰⁶³ Daarnaast is opgeroepen tot het opstellen van regels en/of richtlijnen om duidelijk te maken welke banden zou moeten worden medegedeeld door arbiters, van welke banden afstand kan worden gedaan, en welke banden aanleiding zouden moeten geven tot het uitsluiten van een arbiter aan deelname in een scheids-gerecht.¹⁰⁶⁴ Het idee is onder meer naar voren gebracht om een onderscheid te maken tussen het meer zakelijke LinkedIn en een persoonlijk(er) medium als Facebook.¹⁰⁶⁵ In mei 2014 heeft de IBA een reguleringsstap gezet door de 'International Principles on Social Media Conduct for the Legal Profession' aan te nemen; een verzameling van zes 'principles' met als doel 'to alert bar associations and regulatory bodies of the challenges in order to promote and encourage professionally responsible social media usage within the legal profession'.¹⁰⁶⁶ Interessant is het beginsel van 'independence', in het kader waarvan onder meer staat opgenomen dat commentaar en (andere) inhoud die online wordt geplaatst 'ought to project the same professional independence and the appearance of independence that is required in practice'.¹⁰⁶⁷ Hoewel dit beginsel in een dergelijke lijst niet mag ontbreken, vraag ik mij af of het gelukkig is om de vereisten van de 'digitale onafhankelijkheid' gelijk te stellen aan het beginsel dat in de niet-digitale wereld geldt.

den kunnen zijn voor de staat (par. 23 jo. par. 68). In dit verband wees de staat onder meer op informatie die op het LinkedIn account van de assistente stond (par. 23, vgl. par. 65). Hoewel de twee niet-gewraakte arbiters overwogen dat, indien het juist was dat de assistente werkzaam was bij het advocatenkantoor 'a serious question would arise concerning the integrity of the information exchanged in these proceedings', overwogen de twee arbiters ook dat 'a serious question relating to the integrity of information exchanged in these proceedings does not necessarily translate into a serious ground for questioning the impartiality or independence of Mr. Fortier' (par. 69). Het wrakingsverzoek werd uiteindelijk afgewezen (par. 75). Vgl. Malintoppi & Yap 2018, nr. 8.113.

1062 Uit de uitspraak wordt (ook) niet duidelijk waar 'de steun' ('le soutien') uit zou hebben bestaan, vgl. Sanubari 2017, nr. 7.

1063 Bassiri 2018, p. 252. Vgl. Jarrosson 2013, p. 132. Vgl. Tribunal fédéral 22 december 2020, nr. 4A_318/2020 waarin het Tribunal fédéral overging tot vernietiging van een CAS-vonnis vanwege bepaalde uitlatingen die de voorzitter van het scheidsrecht op Twitter had gedaan. Zie over deze uitspraak bijv. Jain 2021; Kyriakou & Thommen 2021.

1064 Kalicki 2012. Vgl. het gevaar van misbruik ('maliciously use [of, PR] social networks to manipulate and to challenge arbitrators') waar Bedoya 2018 op wijst.

1065 Sanubari 2017, p. 505. Vgl. El Chazli 2020, nr. 157.

1066 IBA International Principles on Social Media Conduct for the Legal Profession, Adopted on 24 May 2014 by the International Bar Association, p. 3 (vindplaats: via www.ibanet.org). Zie ook bijv. (*ad hoc*) Social Media Guidance Note Committee, Guidance Note: Arbitration and Social Media, 15 augustus 2014 (vindplaats: ciarbny.org/wp-content/uploads/Social-Media-Guidance-Note-Final062015.pdf).

1067 IBA International Principles on Social Media Conduct for the Legal Profession, p. 3. De andere principes zijn: 'Integrity', 'Responsibility', 'Confidentiality', 'Maintaining public confidence', en 'Policy'.

330. Een zijpad: een nauwe persoonlijke band tussen de arbiters onderling

Ter afsluiting van de bespreking van de factor van de nauwe persoonlijke band wordt kort stilgestaan bij de situatie waarin sprake is van een nauwe persoonlijke band tussen de arbiters onderling. Ook hier kunnen twijfels rijzen over de arbitrale onafhankelijkheid en onpartijdigheid. Toch lijkt in (scheids)rechterlijke uitspraken sprake te zijn van terughoudendheid op dit punt. Zo zou in het kader van een SCC-arbitrage tevergeefs zijn geprobeerd om een arbiter te wraken op grond van de omstandigheid dat 'a personal friend' van de arbiter in het kader van een andere arbitrage reeds had besloten over 'the same matters as would be decided upon by the tribunal in which the challenged arbitrator participated'.¹⁰⁶⁸ Eind mei 2003 overwoog het Tribunal fédéral dat de omstandigheid dat de drie arbiters van het scheidsgerecht samen aten, in hetzelfde hotel verbleven en samen hadden gereisd, geen reden was om over te gaan tot wraking van de arbiters omdat '[l]a qualité des personnes concernées permet de penser que ces contacts ne sont pas propres à altérer leur indépendance d'esprit et d'opinion'.¹⁰⁶⁹ Vrij vertaald: uit de hoedanigheid van de arbiters kan worden afgeleid dat dergelijke contacten hun onafhankelijkheid van geest en oordeel(svorming) naar alle waarschijnlijkheid niet zullen aantasten. Interessant is het gewicht dat het Tribunal fédéral op de scheidsrechterlijke hoedanigheid legt.

Hoewel de beide wrakingsverzoeken werden afgewezen, geven zij wel aanleiding om kort stil te staan bij de vraag in hoeverre een nauwe persoonlijke band tussen twee arbiters die zitting in hetzelfde scheidsgerecht nemen,¹⁰⁷⁰ dan wel wanneer zij worden gevraagd over eenzelfde vraagstuk te oordelen, aanleiding kan geven tot twijfels aan de arbitrale onafhankelijkheid en/of onpartijdigheid.¹⁰⁷¹ In het licht van hetgeen eerder werd opgemerkt over de 'club des arbitres'¹⁰⁷² is het immers niet ondenkbaar dat arbiters die in hetzelfde scheidsgerecht zitting nemen een bepaalde band met elkaar onderhouden.¹⁰⁷³ Het is onzeker of een dergelijke band invloed heeft op de (onafhankelijke) oordeelsvorming, een onzekerheid die mij, bezien vanuit het perspectief van partijen, niet wenselijk lijkt. Daarnaast zou ook de 'derde' arbiter zich door een dergelijke band achtergesteld kunnen voelen. In de literatuur is naar voren gebracht dat het belangrijk is om op dit punt alert te zijn: '[e]xclusion, whether actual or perceived, is more likely to drive the third arbitrator into writing a dissent, as the only media for his/her voice to be heard'.¹⁰⁷⁴ Een eerste stap zou kunnen zijn

1068 Bron van de uitspraak, de informatie en de citaten: Lindström 2011, p. 11, zie ook: Daele 2012, nr. 6.044.

1069 Tribunal fédéral 27 mei 2003, nrs. 4P.267/2002, 4P.268/2002, 4P.269/2002 & 4P.270/2002, r.o. 4.2.2.2.

1070 Het Oberlandesgericht Frankfurt am Main overwoog in oktober 2007, in meer algemene zin en onder verwijzing ('Vgl.') naar literatuur: '[e]ine Freundschaft oder eine sonstige nahe Beziehung der Schiedsrichter untereinander oder zu einem Bevollmächtigten einer Partei oder zu einem Repräsentanten der Schiedsorganisation ist regelmäßig kein Ablehnungsgrund (...)', zie: OLG Frankfurt am Main 4 oktober 2007, nr. 26 Sch 8/07, *SchiedsVZ* 2008, afl. 2, p. 100.

1071 Zie ook bijv. Park 2001, p. 270.

1072 Tercier 2015.

1073 Vgl. hetgeen in de sternoot van de bijdrage van Bernardini in een Liber Amicorum voor zijn 'vriend' El-Kosheri naar voren komt: '(...) The many opportunities offered to the present writer to work with Ahmed El-Kosheri in arbitration cases, (...), have strengthened the ties of friendship and solidified the admiration for Ahmed and his professional qualities' (Bernardini 2015, p. 249). Zie ook bijv. Melis 2017, p. 225; González de Cossío 2002, vn. 57.

1074 Sheppard & Kapeliuk-Klinger 2017, p. 330.

dat alle betrokken partijen op de hoogte zijn van de (mogelijk) nauwe persoonlijke band die de arbiters met elkaar onderhouden. In dit kader zou arbiters een verplichting kunnen worden opgelegd om mededeling te doen over een (nauwe) persoonlijke band die zij onderhouden met een ander lid van het scheidsgerecht zodat voor alle betrokkenen duidelijk is hoe de stand van (vriendschaps)zaken ervoor staat.¹⁰⁷⁵ Inspiratie zou kunnen worden ontleend aan de vraag die staat opgenomen in de 'notice of appointment questionnaire' (Appendix C) bij de AAA/ICDR International Arbitration Rules 2009: '[i]f there is more than one arbitrator appointed to this case, have you had any professional or social relationships with any of the other arbitrators?'¹⁰⁷⁶

6.6.4 Deelconclusie

331. Overzicht van bevindingen

In 1997 werd in de literatuur naar voren gebracht dat een vriendschap tussen een arbiter en de advocaat van één van de partijen een omstandigheid is die kan leiden tot het oordeel dat sprake is van arbitrale vooringenomenheid.¹⁰⁷⁷ Op basis van hetgeen in deze paragraaf naar voren is gekomen, kan worden geconcludeerd dat het bestaan van een nauwe persoonlijke band op zichzelf genomen geen grond is die per definitie leidt tot toewijzing van een wrakingsverzoek en/of vordering tot vernietiging van een arbitraal vonnis.¹⁰⁷⁸ Hoewel de meningen zijn verdeeld over de vraag of de factor onder de noemer van de arbitrale onafhankelijkheid of juist onder de noemer van de arbitrale onpartijdigheid dient te worden geschaard, lijken de meningen minder te zijn verdeeld over de aanname dat (gevoelens van) genegenheid invloed kan (/kunnen) hebben op de arbitrale oordeelsvorming.

Zowel het gebrek aan één duidelijke begripsomschrijving alsook de diverse verschijningsvormen van een nauwe persoonlijke band maakten het moeilijk om grip op de factor te krijgen. In dit licht was het dan ook weinig verrassend dat de factor niet in de bestudeerde arbitrale wet- en regelgeving naar voren kwam. Een uitzondering hierop was de toelichting op het NAI Arbitragereglement 2015 waarin naar voren komt dat de eisen van onafhankelijkheid en onpartijdigheid met zich meebrengen dat 'een arbiter geen nauwe persoonlijke of zakelijke banden mag hebben met een van de partijen of een van zijn medearbiters'. Hoewel het interessant is dat het NAI aandacht aan de factor besteedt, is naar voren gebracht dat het minder gelukkig is dat hiervoor de toelichting op het reglement is gebruikt. In het kader van de disclosure-verplichting was meer aandacht voor de factor. Besproken is op welke wijze de IBA Guidelines 2014 en de ICC 'Note to Parties and Arbitral tribunals on the Conduct of the Arbitration' 2021 aandacht aan de factor besteden.

¹⁰⁷⁵ Vgl. Castres Saint-Martin 2016, nr. 251.

¹⁰⁷⁶ Appendix C, AAA-ICDR-International Arbitration Rules, 1 juni 2009, nr. 13 (bron: Fellas & Mosquera 2015, p. 613).

¹⁰⁷⁷ Paulsson 1997, p. 15.

¹⁰⁷⁸ Zie ook bijv. Mayer 2015, nr. 7.

Hoewel naar voren kwam dat de factor in de arbitrale wet- en regelgeving niet of nauwelijks genoemd wordt, is door verschillende (scheids)gerechten wel een nadere invulling aan de factor gegeven. Voorafgaande aan de bespreking van de (scheids)rechterlijke invulling was aandacht voor drie observaties die naar voren kwamen tijdens de bestudering van (scheids)rechterlijke uitspraken. Allereerst viel op dat, evenals bij de bespreking van de factoren van het financieel belang, de herbenoeming en het *issue conflict* naar voren kwam, in veel uitspraken een genuanceerde afweging plaatsvond aan de hand van de omstandigheden van het geval.¹⁰⁷⁹ Daarnaast viel op dat gewicht werd toegekend aan de specifieke context van bepaalde arbitrages. Deze context zou maken dat het niet verwonderlijk is dat arbiters bepaalde, al dan niet nauwe persoonlijke, banden met partijen en/of hun advocaat onderhouden. Een derde observatie was dat op de bijzondere figuur van de partij-arbiter werd gewezen: het zou niet verwonderlijk zijn dat de mogelijkheid om voor een 'eigen' arbiter te kiezen leidt tot de keuze voor een arbiter waarmee men enige vorm van verwantschap heeft.

Op basis van hetgeen in (scheids)rechterlijke uitspraken naar voren kwam, zijn vijf omstandigheden onderscheiden die aanleiding hebben gegeven tot het oordeel dat sprake was van twijfels aan de arbitrale onafhankelijkheid en/of onpartijdigheid. De eerste omstandigheid hield verband met een zgn. werkrelatie die een arbiter met een advocaat van één van de partijen onderhield, op basis waarvan een (nauwe) persoonlijke band is ontstaan die (uiteindelijk) leidt tot twijfels aan de arbitrale onafhankelijkheid en/of onpartijdigheid. Uit de uitspraken kwam naar voren dat het niet ondenkbaar was dat advocaten een persoonlijke band met (voormalige) cliënten ontwikkelen die tot dergelijke twijfels zou kunnen leiden. De vraag werd gesteld wanneer sprake is van een dergelijke, zodanig nauwe persoonlijke band. Naar voren kwam dat de omvang van het advocatenkantoor waaraan de bewuste advocaat is verbonden een rol kan spelen. Daarnaast zou een dergelijke band kunnen worden ontwikkeld tussen een arbiter en advocaat die tot dezelfde 'chambers' behoren. Ook de omstandigheid dat de partij-arbiter van een partij gedurende lange tijd als advocaat in hetzelfde gebouw werkte waar ook de advocaat van deze partij werkte, werd gezien als een omstandigheid die afbreuk deed aan de arbitrale onbevangenheid. Tot slot werd een wrakingsbeslissing in het kader van de ICSID-arbitrage *Universal Compression International Holdings, S.L.U. v. The Bolivarian Republic of Venezuela* besproken en werd stilgestaan bij kritiek die in de literatuur op deze beslissing is geuit.

De tweede omstandigheid hield verband met het gezamenlijk uitoefenen van één (of meer) activiteit(en) door de arbiter en de advocaat van één van de partijen. In dit verband zijn twee verschijningsvormen onderscheiden. Enerzijds werd de situatie onderscheiden waarin de arbiter en de advocaat gezamenlijk het recht beoefenen. Naar voren kwam dat overheidsrechters terughoudend zijn met verwijten die zien op een gebrek aan arbitrale onafhankelijkheid en/of onpartijdigheid op het moment

1079 Vgl. Park 2011, vn. 181 (p. 512): '(...) An acronym coined by a long forgotten Bostonian runs through five elements for arbitrator disqualification, asking whether a financial or personal relationship can be characterised as (i) substantial, (ii) continuing, (iii) recent, (iv) obvious and/or (v) direct. The initial letters of each word spell 'SCROD', a name found on menus at New England restaurants to describe a white fish in the cod or haddock family, served split and deboned. (...)', zie ook: Park 2010b, vn. 179 (p. 231). Zie ook bijv. Redfern 2017, p. 17; Bishop & Reed 1998, p. 414.

dat zowel de arbiter als de advocaat zich met hetzelfde recht(sgebied) bezighouden. Hoewel ik mij kon vinden in de aanname dat, kort gezegd, hoe kleiner het aantal juristen dat in een bepaald rechtsgebied actief is hoe groter de kans is dat persoonlijke(r) banden ontstaan, vond ik het te ver gaan om hieraan volledig voorbij te gaan. Anderzijds werd de situatie onderscheiden van een gezamenlijk lidmaatschap. Naar voren kwam dat het gezamenlijk zitting nemen in een bestuur of raadgevend orgaan en/of een gezamenlijk lidmaatschap niet altijd strijd hoeft op te leveren met de verplichting tot arbitrale onafhankelijkheid en onpartijdigheid.

De derde omstandigheid hield verband met een gedeeld studieverleden van de arbiter en de advocaat van één van de partijen in de arbitrage. Hoewel sprake was van een beperkt aantal (scheids)rechterlijke uitspraken in dit verband, kwam naar voren dat (scheids)gerechten niet direct overtuigd leken te zijn dat de omstandigheid aanleiding kan geven tot twijfels aan de arbitrale onafhankelijkheid en onpartijdigheid.

De vierde omstandigheid hield verband met de wijze waarop een arbiter met één van de partijen en/of de advocaat van één van de partijen in de arbitrage omgaat. Twee verschijningsvormen zijn onderscheiden. Enerzijds werd de situatie onderscheiden waarin een arbiter de advocaat van één van de partijen tutoyeert (of andersom). Overheidsrechters waren terughoudend met verwijten die in dit verband zagen op een gebrek aan arbitrale onafhankelijkheid en onpartijdigheid. Daarnaast kwam naar voren dat sprake diende te zijn van andere omstandigheden. Ook werd uit twee gerechtelijke uitspraken afgeleid dat waarde kan worden gehecht aan een verklaring die door de arbiter over zijn/haar gedrag is afgegeven. Ik sta achter het in beschouwing nemen van een dergelijke verklaring om beter te (kunnen) achterhalen waarom de arbiter zich op een bepaalde wijze heeft gedragen. Anderzijds werd de situatie onderscheiden waarin sprake was van een bepaalde omgang in de privésfeer tussen een arbiter en (de advocaat van) één van de partijen. Wellicht voor de hand liggend kwam naar voren dat (scheids)gerechten in dit verband weinig terughoudend omgingen met verwijten die zagen op een gebrek aan arbitrale onafhankelijkheid en/of onpartijdigheid.

De vijfde omstandigheid hield verband met de omstandigheid dat een arbiter een digitale band, in de vorm van bijvoorbeeld een digitale vriendschap, met één van de partijen onderhield. In overheidsrechtspraak kwam naar voren dat onder meer werd gekeken naar de intensiteit en de precieze verhouding waarmee de betrokkenen tot elkaar staan. Hoewel de omstandigheid nog in de arbitrale kinderschoenen staat, lijkt een dergelijke band op zichzelf genomen geen grond te zijn voor twijfels aan de arbitrale onafhankelijkheid en/of onpartijdigheid, zo kwam naar voren in een zaak die ten overstaan van Franse gerechten speelde. In het verlengde hiervan werd kort stilgestaan bij de IBA International Principles on Social Media Conduct for the Legal Profession uit 2014.

Ter afsluiting is kort stilgestaan bij de situatie waarin sprake is van een nauwe persoonlijke band tussen de arbiters onderling. Hoewel deze situatie in (scheids)rechterlijke uitspraken nauwelijks naar voren lijkt te komen, is betoogd dat de omstandigheid dat sprake is van een nauwe persoonlijke band tussen twee arbiters die zitting nemen in hetzelfde scheidsgerecht en/of worden gevraagd over eenzelfde vraagstuk te oordelen aanleiding kan geven tot twijfels aan de arbitrale

onafhankelijkheid en/of onpartijdigheid. In dit verband is een uitbreiding van de disclosure-verplichting voorgesteld.

6.7 De institutionele band

6.7.1 Inleiding

332. Opbouw

In juni 1976 wees het Oberlandesgericht Köln een verzoek af tot tenuitvoerlegging van een arbitraal vonnis dat was gewezen door het 'Copenhagen Arbitration Committee For Grain and Feed Stuff Trade' ('Københavns Bedømmelses-og Voldgiftsudvalg for Korn- og Foderstofhandelen') in het kader van een geschil tussen een Deense koper en een Duitse verkoper (onder meer) omdat de verkoper alleen was medege-deeld wie de voorzitter van het scheidsgerecht was en niet wie de andere arbiters waren.¹⁰⁸⁰ Weinig verrassend lijkt dit oordeel niet: hoe kan de arbitrale onafhankelijkheid en/of onpartijdigheid immers worden beoordeeld op het moment dat onbekend is om welke arbiter(s) het gaat? Wat nu wanneer één van de onbekende arbiters (te) nauwe banden heeft met het arbitrage-instituut dat de arbitrage administreert en/of de leden van het scheidsgerecht heeft benoemd?

In deze paragraaf staat de factor van de zgn. institutionele band centraal. Deze factor ziet, kort gezegd, op de banden die (kunnen) bestaan tussen een arbitrage-instituut en een arbiter die deel uitmaakt van een scheidsgerecht dat onder de auspiciën van het instituut optreedt. Evenals in de vorige paragrafen staat ook in deze paragraaf de vraag centraal in hoeverre de factor aanleiding kan geven tot twijfels aan de arbitrale onafhankelijkheid en/of onpartijdigheid. In de literatuur is betoogd dat de factor - zij het na 'full disclosure' - geen aanleiding geeft tot diskwalificatie van een arbiter.¹⁰⁸¹ Toch blijkt uit (scheids)rechterlijke uitspraken dat hier ook anders over wordt gedacht.¹⁰⁸² Hieronder wordt gekeken naar arbitrale wet- en regelgeving in dit verband (par. 6.7.2) en naar de wijze waarop de vraag door (scheids)gerechten is beantwoord (par. 6.7.3). Om enig inzicht te krijgen in de mogelijke banden tussen de arbiter en een arbitrage-instituut zal eerst aandacht worden besteed aan het vraagstuk van hetgeen ik aanduid als 'institutionele (on)afhankelijkheid'.¹⁰⁸³

1080 Oberlandesgericht Köln 10 juni 1976 (bron van de uitspraak: Mantilla-Serrano 2004, p. 346; bron van de informatie: P. Sanders (red.), *Yearbook Commercial Arbitration 1979 - Volume IV, Yearbook Commercial Arbitration*, ICCA & Kluwer Law International 1979, p. 258-260).

1081 Bishop & Reed 1998, p. 412. Zie ook: id. p. 415.

1082 Vgl. No. XIII.2.3, Commentary, par. 4 (bron: www.trans-lex.org/968935/_/grounds-for-challenge-of-an-arbitrator); Gaillard & Savage 1999, nr. 1032.

1083 Vgl. Cleis 2017 waarin wordt betoogd dat een 'appearance of institutional dependence would be at least as pernicious as bias towards one of the parties' (p. 195). Zie ook bijv. Marian 2012: '(...), institutional bias is considerably more difficult to manage'.

333. Institutionele (on)afhankelijkheid

Op het moment dat partijen institutionele arbitrage overeenkomen, ontstaat een contractuele relatie tussen het arbitrage-instituut en de partijen.¹⁰⁸⁴ Interessant is hetgeen het Tribunal de grande instance van Parijs in januari 1987 overwoog: de 'liens contractuels' leggen de verplichting op een arbitrage-instituut 'de mettre en œuvre les instances arbitrales dans des conditions qui assurent à chacun une égalité de traitement, au cours d'une procédure conduite de façon normale et raisonnable, respectant les principes essentiels de la neutralité et l'objectivité, propres à toute instance juridictionnelle'.¹⁰⁸⁵ Vrij vertaald: ieder arbitrage-instituut dient ervoor te zorgen dat eenieder gelijk wordt behandeld tijdens een procedure die op een normale en redelijke manier wordt gevoerd, waarbij de essentiële beginselen van neutraliteit en objectiviteit worden gerespecteerd. Anders gezegd, een arbitrage-instituut draagt (impliciet) de verantwoordelijkheid dat het door het instituut geadmisteerde geschil op een neutrale en objectieve wijze wordt beslecht. In het verlengde hiervan ligt de volgende taakverdeling voor de hand: het instituut mengt zich niet in het arbitrale besluitvormingsproces, de arbiter laat op zijn beurt de 'administratie' over aan het arbitrage-instituut.¹⁰⁸⁶ De praktijk lijkt niettemin weerbarstiger.¹⁰⁸⁷ Onder meer een gebrek aan informatie op het gebied van de organisatiestructuur en de wijze waarop het arbitrage-instituut wordt gefinancierd,¹⁰⁸⁸ kan leiden tot vragen over de zgn. institutionele (on)afhankelijkheid van het betreffende instituut.^{1089*1090}

1084 Born 2021a, p. 2128; Redfern & Hunter 2015, nr. 5.63; Timár 2013, p. 108; Onyema 2010; Lew, Mistelis & Kröll 2003, nrs. 12.62-12.63; Gaillard & Savage 1999, nr. 1109; 'Final Report on the Status of the Arbitrator', ICC International Court of Arbitration Bulletin 1996, afl. 1. Zie meer in het algemeen over 'het' arbitrage-instituut: Gerbay 2016a.

1085 TGI Parijs 28 januari 1987, *Revue de l'Arbitrage* 1987, afl. 3, p. 371 (*République de Guinée/Chambre arbitrale de Paris* c.s.). Zie over deze uitspraak ook bijv. Castres Saint-Martin 2016, nr. 187; Loquin 1990, nr. 57.

1086 In vergelijkbare zin: Castres Saint-Martin 2016, nr. 153; Dupeyrré 2014, p. 284.

1087 Vgl. H.R.3010 - Arbitration Fairness Act of 2007, 110th Congress (2007-2008), 12 juli 2007: '(4) Private arbitration companies are sometimes under great pressure to devise systems that favor the corporate repeat players who decide whether those companies will receive their lucrative business. (...) (vindplaats: via www.congress.gov).

1088 Interessant is de (analoge) vergelijking die het EHRM maakt: EHRM 2 oktober 2018, nrs. 40575/10 & 67474/10 (*Mutu en Pechstein/Zwitserland*), r.o. 151.

1089 Vgl. Castres Saint-Martin 2016 waarin wordt gesproken over 'conflits d'intérêts structurels': 'les conflits d'intérêts tenant à l'organisation interne de l'institution d'arbitrage' (nr. 181).

1090 Op de website van het LCIA staat dat het arbitrage-instituut een 'not-for-profit company limited by guarantee' is (www.lcia.org/LCIA/organisation.aspx). Het instituut heeft een 'three-tier structure' bestaande uit 'the Company, the Arbitration Court and the Secretariat'. De inkomsten van het LCIA vloeien voort uit drie bronnen: 'Administrative fees', 'Membership fees', en 'Tickets to events and conferences' (bron: www.lcia.org/Frequently_Asked_Questions.aspx#21). In de literatuur komt naar voren dat de ICC een vereniging zou zijn terwijl het ICC Court 'n'a aucun statut autonome' (Castres Saint-Martin 2016, nr. 189; Mourre 2019, p. 90; Hascher 2007, vgl. CA Parijs 15 september 1998, *Revue de l'Arbitrage* 1999, afl. 1, p. 103-112 (*société Cubic Defense Systems Inc./Chambre de commerce internationale*)). Het NAI is een stichting 'zonder winstoogmerk' met als doel 'het bevorderen van een aantal verschillende vormen van alternatieve geschillenbeslechting en oplossing: arbitrage, bindend advies en mediation, met name door het bedrijfsleven een goed geregelde arbitrage-, bindend advies- en mediationprocedure te bieden' (bron: www.nai-nl.org/nl/nai/doelstelling). Nu het NAI geen overheidsinstelling is en van de overheid noch van het bedrijfsleven 'enige subsidie' ontvangt, kan het NAI 'volledig onafhankelijk en onpartijdig zijn taak uitoefenen'. De inkomsten en uitgaven zouden 'zodanig op elkaar afgestemd' zijn 'dat noch winst noch verlies wordt gemaakt' (bron: www.nai-nl.org/nl/faq/nai). Het SAC is 'a Swiss limited company'; de Swiss Arbitration Association (ASA) is de 'majority shareholder' (bron: www.swissarbitration.org/new-swiss).

Bekende voorbeelden in onderhavig verband zijn het ICSID en zijn (vermeende) banden met de Wereldbank¹⁰⁹¹ en het CAS en zijn (vermeende) financiële afhankelijkheid van zijn gebruikers. Interessant is dat het EHRM in oktober 2018 overwoog dat er 'insufficient grounds' waren 'to reject the settled caselaw of the Federal Court to the effect that the system of the list of arbitrators meets the constitutional requirements of independence and impartiality applicable to arbitral tribunals, and that the CAS, when operating as an appellate body external to international federations, is similar to a judicial authority independent of the parties'.¹⁰⁹²

Het vraagstuk van de institutionele (on)afhankelijkheid is breder dan alleen de organisatie- en financieringsstructuur van een arbitrage-instituut¹⁰⁹³; het kan ook betrekking hebben op de wijze waarop een arbitrage-instituut de benoemingsprocedure van arbiters heeft ingericht.¹⁰⁹⁴ Ook in dit verband is kritiek op het ICSID geuit. Hoewel het partijen in beginsel vrijstaat om een arbiter naar eigen keuze aan te dragen,¹⁰⁹⁵ biedt de voorzitter van het ICSID - op het moment dat het scheidsrecht niet binnen negentig dagen na 'notice of registration of the request' (of binnen een andere periode die door de partijen is overeengekomen) is samengesteld - partijen 'in respect of the Sole Arbitrator or President of the Tribunal' een 'ballot form' aan met namen van verschillende kandidaat-arbiters die al dan niet lid zijn van het 'Panel of Arbitrators'.¹⁰⁹⁶ In de praktijk zou deze bevoegdheid, alsmede de bevoegdheid van de voorzitter om leden van een 'ad hoc Committee' in het kader van vernietigingsprocedures aan te wijzen, worden gedelegeerd aan de Secretaris-Generaal van het ICSID, wiens 'benoemingsmonopolie' is omschreven als een 'monarchy, and an absolute rather than a constitutional one'.¹⁰⁹⁷ Ook op nationale arbitrage-instituten die louter

arbitration-centre-and-revised-swiss-rules, zie ook bijv. Ross 2021). Ik heb niet kunnen achterhalen hoe de financiering van de ICC en het SAC in elkaar zitten.

1091 Zie bijv. Luttrell 2009, p. 243.

1092 EHRM 2 oktober 2018, nrs. 40575/10 & 67474/10 (*Mutu en Pechstein/Zwitserland*), r.o. 157. Vgl. Tribunal fédéral 10 februari 2010, nr. 4A_612/2009, r.o. 3.1.3; Tribunal fédéral 27 mei 2003, nrs. 4P.267/2002, 4P.268/2002, 4P.269/2002 & 4P.270/2002, r.o. 3.3.4; Tribunal fédéral 15 maart 1993, 119 II 271, r.o. 3.b), vgl. BGH 7 juni 2016, KZR 6/15: 'Der CAS ist ein "echtes" Schiedsgericht im Sinne der Zivilprozessordnung (...)'. Zie ook bijv. Palermo & Sokolovskaya 2018. Het EHRM was eind januari 2020 een ander oordeel toegedaan over het 'Arbitration Committee' van de Turkish Football Federation ('Türkiye Futbol Federasyonu Tahkim Kurulu'), zie: EHRM 28 januari 2020, nrs. 30226/10, 17880/11, 17887/11, 17891/11 & 5506/16 (*Ali Rıza c.s./Turkije*), r.o. 222. Dit oordeel werd in mei 2021 bevestigd: EHRM 18 mei 2021, nr. 48909/14 (*Sedat Doğan/Turkije*), r.o. 27; EHRM 18 mei 2021, nr. 48924/16 (*Naiki en Amed Sportif Faaliyetler Kulübü Derneği/Turkije*), r.o. 26; EHRM 18 mei 2021, nr. 54540/16 (*İbrahim Tokmak/Turkije*), r.o. 22.

1093 EHRM 28 januari 2020, nrs. 30226/10, 17880/11, 17887/11, 17891/11 & 5506/16, r.o. 196; EHRM 2 oktober 2018, nrs. 40575/10 & 67474/10, r.o. 140.

1094 Vgl. Tribunal fédéral 10 augustus 1971, 97 I 488, r.o. 1. Vgl. EHRM 28 januari 2020, nrs. 30226/10, 17880/11, 17887/11, 17891/11 & 5506/16, r.o. 209.

1095 Vgl. art. 40 lid 2 jo. 14 lid 1 ICSID Convention 2006: de arbiters dienen 'persons of high moral character' te zijn met 'recognized competence in the fields of law, commerce, industry or finance' en op wie 'may be relied upon to exercise independent judgment'.

1096 Art. 38 ICSID Convention 2006 jo. [icsid.worldbank.org/en/Pages/process/Selection-and-Appointment-of-Tribunal-Members-Convention-Arbitration.aspx](https://www.icsid.worldbank.org/en/Pages/process/Selection-and-Appointment-of-Tribunal-Members-Convention-Arbitration.aspx). Zie voor de benoeming van een 'ad hoc Committee': art. 52 lid 3 ICSID Convention 2006.

1097 Thomson 2016. Vgl. ICSID 10 augustus 2010, nr. ARB/97/3 (*Compañía de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal S.A. v. The Argentine Republic*), 'Additional Opinion of Professor JH Dalhuisen under Article 48(4) of the ICSID Convention', par. 22: '(...) What is particularly necessary is that any semblance of collusion between the Secretariat and the Arbitrators or Committee Members it effectively appoints is avoided'. Vgl. Cleis 2017, p. 195. Een voorbeeld van een 'benoemingsmonopolie' kon bij de 'Chamber of

werken met (gesloten) lijsten, met arbiters is kritiek geuit.¹⁰⁹⁸ Gesproken is wel van 'institutionele vooringenomenheid' om, kort gezegd, een (veronderstelde) neiging van een arbitrage-instituut 'to appoint arbitrators likely to favour one category of litigants over others' tot uitdrukking mee te brengen.¹⁰⁹⁹ Ook de spiegelbeeldige situatie kan opgaan: een arbiter die door een arbitrage-instituut is benoemd, houdt er een bepaalde loyaliteit ten opzichte van het instituut op na.¹¹⁰⁰

334. Een verplichting tot onafhankelijkheid en onpartijdigheid voor arbitrage-instituten?

Aangezien arbitrage-instituten een belangrijke rol kunnen spelen in het kader van niet alleen de benoeming van arbiters, maar ook bijvoorbeeld in het kader van de beoordeling van wrakingsverzoeken,¹¹⁰¹ is in de literatuur gepleit om ook voor deze actoren na te denken over onafhankelijkheids- en/of onpartijdigheidseisen.¹¹⁰² In het verlengde hiervan is betoogd dat personen van een arbitrage-instituut die een bepaald belang hebben bij een arbitrage, die door het instituut wordt geadminiistreerd, geen informatie mogen ontvangen die met de arbitrage verband houdt.¹¹⁰³ Interessant is dat zowel de 'Internal Rules van het International Court of Arbitration' van de ICC als de 'Internal Rules' van het SAC Court in een bepaling op dit punt voorzien.¹¹⁰⁴ Tevens is betoogd dat ook het orgaan van een arbitrage-instituut dat verantwoordelijk is voor de zgn. 'Scrutiny of the Award by the Court' - een praktijk die onder meer gangbaar is in het kader van ICC-arbitrages¹¹⁰⁵ - 'dans sa composition

Commerce and Industry of Romania' ('Camera de Comerț și Industrie a României') worden gevonden dat haar reglement 'on the Organization and Operation of the Court of International Commercial Arbitration' van 2012 ('Regulament privind organizarea și funcționarea Curții de Arbitraj Comercial Internațional') in die zin had gewijzigd dat vanaf dat moment de benoeming van alle arbiters in handen was van de voorzitter van de CCIR die tien procent van 'the administration fee for its services' kreeg vergoed en werd aangesteld voor een (hernieuwbare) termijn van zeven jaren (bron van de informatie: Marian 2012). Inmiddels zijn de(ze) regels herzien, zie: Bizic 2018.

1098 Zie bijv. het Portugese 'Tribunal Arbitral do Desporto', een instituut dat bij wet van 6 september 2013 (Lei nr. 74/2013) in het leven is geroepen (www.tribunalarbitraldesporto.pt) maar waarvan de gesloten lijst van 40 arbiters een 'controversial topic among the Portuguese legal community' zou zijn (Mirante & Flaminio da Silva 2018, p. 17, onder verwijzing naar literatuur). Vgl. Wang 2005 waarin (empirisch) verweer wordt gevoerd tegen de stelling dat 'CIETAC arbitration favored the Chinese parties' (p. 37-40).

1099 Park 2011, p. 489; Park 2010b, p. 207.

1100 Vgl. Working Group 6, 'Lack of Independence and Impartiality of Arbitrators', maart 2019, p. 14 (vindplaats: via www.cids.ch/academic-forum-concept-papers). Zie voor een (tevergeefs gevoerd) verweer in het kader van een erkennings- en tenuitvoerleggingsprocedure: Rb. Zutphen (pres.) 3 september 1996, nr. 3942 KG-RK 96/220, r.o. 3 (vindplaats van de uitspraak: via www.newyorkconvention.org, zie ook: A.J. van den Berg (red.), *Yearbook Commercial Arbitration 1997 - Volume XXII*, ICCA & Kluwer Law International 1997, p. 766-767).

1101 Pfister 2017, p. 169. Vgl. de vraag die door Castres Saint-Martin 2016 wordt gesteld: '(...), l'institution d'arbitrage peut-elle, en pratique, rester neutre à l'égard d'arbitres qui sont ses propres membres? (...)' (nr. 195).

1102 Zie bijv. Ziadé 2015, p. 220-221; Hofbauer e.a. 2013, p. 20.

1103 Weber-Stecher 2013, p. 47-50.

1104 Art. 2 lid 5 Appendix II ICC Rules 2021: 'Such person will not receive any material documentation or information pertaining to such proceedings'; art. 9 lid 2 SAC Internal Rules of the Arbitration Court 2022: '(...) They shall not receive any documentation or information pertaining to such proceedings'. Vgl. Anlage 1 Geschäftsordnung, DIS-Schiedsgerichtsordnung 2018, art. 4.3, 6.4.

1105 Art. 34 ICC Rules 2021. Vgl. art. 32.3 SIAC Rules 2016; art. 51 CIETAC Arbitration Rules 2015.

[moet, PR] être en situation d'indépendance à l'égard des parties' en dat ieder lid van het orgaan dat hieraan niet voldoet 'doit s'abstenir de siéger'.¹¹⁰⁶

6.7.2 Invulling: enige arbitrale regelgeving

335. Nadruk op *ex ante*-regulering

Nu enig inzicht in het vraagstuk van de institutionele (on)afhankelijkheid is gegeven, wordt thans bekeken op welke wijze in de bestudeerde arbitrale wet- en regelgeving aan de factor is besteed. Een lange zoektocht kan achterwege blijven: het enige voorbeeld kan in de IBA Guidelines 2014 worden gevonden waarin in het kader van de 'Orange List' onder de (algemene) paragraaf 'Other circumstances' de omstandigheid is opgenomen dat '[t]he arbitrator holds a position with the appointing authority with respect to the dispute'.¹¹⁰⁷ Anders gezegd, de omstandigheid dat een arbiter een positie bij een orgaan bekleedt dat met de benoeming van arbiters is belast die verband houdt met het geschil, kan twijfels doen rijzen omtrent de arbitrale onpartijdigheid of onafhankelijkheid. Niet alleen is de woordkeuze 'position' wat vaag, ook is de betekenis van de woorden 'with respect to the dispute' mij niet helemaal duidelijk.

In de andere bestudeerde arbitrale wet- en regelgeving wordt de factor niet afzonderlijk als grond genoemd die aanleiding kan geven tot twijfels aan de arbitrale onafhankelijkheid en/of onpartijdigheid. Dit lijkt verband te houden met maatregelen die *ex ante* door de arbitrage-instituten zijn getroffen. Zo staat in de 'Internal Rules of the International Court of Arbitration' 2021 van de ICC dat de voorzitter en de leden van het 'Secretariat of the Court' noch als arbiters noch als advocaat in ICC-arbitrages mogen optreden.¹¹⁰⁸ In beginsel 'shall' het ICC Court ook niet de vicevoorzitter(s) of leden van het ICC Court als arbiter benoemen; wel kunnen zij 'be proposed for such duties by one or more of the parties, or pursuant to any other procedure agreed upon by the parties, subject to confirmation'.¹¹⁰⁹ Het is dus niet zo dat de vicevoorzitter(s) of leden van het ICC Court gedurende hun aanstelling helemaal

1106 Loquin 1990, nr. 57. Vgl. Castres Saint-Martin 2016, nr. 183.

1107 IBA Guidelines 2014, par. 3.5.3. Vgl. IBA Guidelines 2004, par. 3.5.3: 'The arbitrator holds one position in an arbitration institution with appointing authority over the dispute'. Vgl. Voser & Petti 2015, p. 27. Interessant is ook hetgeen naar voren komt in par. 2.3.7 IBA Guidelines 2004: 'The arbitrator regularly advises the appointing party or an affiliate of the appointing party, but neither the arbitrator nor his or her firm derives a significant financial income therefrom'; de (door mij) gecursiveerde woorden zijn uit de relevante bepaling in de versie van 2014 verdwenen (IBA Guidelines 2014, par. 2.3.7).

1108 Art. 2 lid 1 Appendix II ICC Rules 2021, vgl. TGI Parijs 23 juni 1988, *Revue de l'Arbitrage* 1988, afl. 4, p. 657 (*République de Guinée/MM. R. & O.*). In vergelijkbare zin: art. 5 Appendix 1 - The Organisation of the Danish Institute of Arbitration, Rules of Arbitration 2021. Vgl. art. 16 lid 5 VIAC Arbitration and Mediation Rules 2018. Een interessante vraag is wat wijsheid is op het moment dat de voorzitter van het ICC Court, op de dag van zijn aanstelling, nog als arbiter fungeert in een (of meerdere) ICC-arbitrage(s); een vraag die opkwam bij het aantreden van de voorzitter van het ICC Court (Mourre) in juli 2015 (Castres Saint-Martin 2016, nr. 196). Het standpunt van het ICC Court zou, kort samengevat, zijn dat dit afhangt van de vraag hoever de procedure reeds is gevorderd. Op het moment dat het scheidsgerecht reeds is begonnen met 'la rédaction' van het arbitraal vonnis zijn partijen vrij in de keuze om door te gaan met de voorzitter; dit ligt anders op het moment dat 'la rédaction' nog niet is begonnen: dan is de voorzitter 'prié' om uit het scheidsgerecht te stappen (id. nr. 196).

1109 Art. 2 lid 2 Appendix II ICC Rules 2021.

niet als arbiter mogen optreden. In de LCIA Rules 2020 staat dat de voorzitter van het LCIA Court 'shall only be eligible' om als arbiter te worden benoemd op het moment dat partijen schriftelijk overeenkomen hem/haar als unus-arbiter of als voorzitter van het scheidsrecht te benoemen.¹¹¹⁰ Ook de vicevoorzitters van het LCIA Court en de voorzitter van het LCIA 'Board of Directors' die 'ex officio' ook lid van het LCIA Court is, 'shall only be eligible' om als arbiter te worden benoemd op het moment dat dit schriftelijk wordt overeengekomen door (één van) de partijen 'or by the other candidates or arbitrators'.¹¹¹¹ Interessant in dit verband is de volgende voorwaarde: 'provided that no such nominee shall have taken or shall take thereafter any part in any function of the LCIA Court or LCIA relating to such arbitration'.¹¹¹² Ook hier rijst de vraag wat onder de woorden 'any function' kan worden verstaan. In de Swiss Rules 2021 en het NAI Arbitragereglement 2015 staan geen bepalingen op dit punt opgenomen.

336. Belangenverstrengeling tussen een arbiter en een lid van het Arbitration Court

Interessant zijn de maatregelen die het LCIA, de ICC en het voormalige SCAI hebben genomen die op een (eventuele) belangenverstrengeling tussen een arbiter en een lid van het *Arbitration Court* zien. De voorziening die door het LCIA is getroffen, is resoluut: '[n]o member or former member of the Court who has a connection with an arbitration in relation to which the LCIA exercises any functions of any kind *may participate in or influence* any decision of the Court relating to such arbitration' (curs. PR).¹¹¹³ Vrij vertaald: (voormalige) leden van het LCIA Court die een band met een arbitrage hebben in het kader waarvan het LCIA enige bemoeienis van welke aard dan ook heeft, dienen zich te onthouden van deelname in of beïnvloeding van enige beslissing van het LCIA Court die met deze arbitrage verband houdt. Een bepaling met een vergelijkbare strekking kan in de 'Internal Rules of the International Court of Arbitration' 2021 van de ICC worden gevonden. In deze regels staat dat op het moment dat de voorzitter, de vicevoorzitter of een lid van het ICC Court of het Secretariaat 'is involved in any capacity whatsoever in proceedings pending before the Court', hij/zij 'must inform the Secretary General of the Court upon becoming aware of such involvement'.¹¹¹⁴ Evenals bij het LCIA dient ook hier de bewuste persoon afwezig te zijn 'from the Court session whenever the matter is considered by the Court and shall not participate in the discussions or in the decisions of the Court'.¹¹¹⁵

¹¹¹⁰ Art. 5.10 LCIA Rules 2020.

¹¹¹¹ Art. 5.10 LCIA Rules 2020.

¹¹¹² Art. 5.10 LCIA Rules 2020.

¹¹¹³ Constitution of the LCIA Arbitration Court 2017, Onderdeel D, par. 6 (vindplaats: www.lcia.org/LCIA/constitution-of-the-lcia-court.aspx). Vgl. Annex 2 - Internal Rules of the Board VIAC Arbitration and Mediation Rules 2018, par. 5.

¹¹¹⁴ Art. 2 lid 3 Appendix II ICC Rules 2021. Vgl. Verbist, Schäfer & Imhoos 2015, p. 18.

¹¹¹⁵ Art. 2 lid 4 Appendix II ICC Rules 2021. Hoewel expliciet in artikel 1 lid 2 van de Statutes of the International Court of Arbitration (Appendix I ICC Rules 2021) staat dat '[a]s an autonomous body, it carries out these functions in complete independence from the ICC and its organs', zijn (ook) over de onafhankelijkheid van (de leden van) het ICC Court vragen gerezen onder meer nu de voorzitter wordt gekozen door de ICC World Council 'upon the recommendation of the Executive Board of the ICC' (art. 3 lid 1 Appendix

Opvallend is dat de 'Internal Rules' van de ICC alleen spreken over 'shall not participate (...) in the decisions of the Court', terwijl in de 'Constitution' van het LCIA ook is gekozen voor het gebruik van de woorden 'may (...) influence any decision of the Court'. Het gebruik van zowel de woorden 'participate in' als het woord 'influence' lijkt te suggereren dat beïnvloeding kan plaatsvinden buiten de besluitvorming door het Court. Ik vraag mij niet alleen af aan wat voor 'beïnvloeding' zou kunnen worden gedacht, maar ook waarom dit met zoveel woorden niet staat opgenomen in de Internal Rules van de ICC.

Naast de regels van het LCIA en de ICC kan worden gewezen op hetgeen naar voren komt in de 'Internal Rules' van het SAC Court: '[a] Member shall not be involved in the administration of a case if he/she has a conflict of interest'.¹¹¹⁶ In vergelijking met de algemene formuleringen die door het LCIA ('has a connection with an arbitration') en de ICC ('is involved in any capacity whatsoever') zijn gebruikt, valt op dat door het SAC voor een meer normatieve insteek is gekozen. Bekeken dient te worden of sprake was van 'a conflict of interest'. Bij gebrek aan een duidelijke omschrijving van het begrip vraag ik mij af of de keuze voor deze woorden gelukkig was. Een eventuele belangenverstrengeling leidt ertoe dat '[s]uch Members may not participate in the discussions and in the decisions of the Court, or any of its committees, concerning the proceedings in question'.¹¹¹⁷ Interessant is de gevolgtrekking die in de 'Internal Rules' van het voormalige SCAI Court naar voren kwam: '[s]uch Members must refrain from participating in the discussions and in the decisions of the Court, or any of its committees, concerning the proceedings in question. Such Members must also be physically absent whenever the proceedings are being considered either by the Court or by any of its committees', aldus de 'Internal Rules'.¹¹¹⁸ Vrij vertaald: op het moment dat sprake was van een belangenverstrengeling bij een lid van het SCAI Court diende te worden afgezien van deelname aan de discussie in en beslissingen van het Court die betrekking hebben op de betreffende arbitrage. Interessant zijn de woorden 'physically absent': niet alleen diende men zich te onthouden van enige vorm van inmenging, ook de fysieke afwezigheid van het bewuste lid werd uitdrukkelijk genoemd. Zou uit deze formuleringwijze *a contrario* kunnen worden afgeleid dat leden van het LCIA Court, het ICC Court en/of het SAC Court wel aanwezig mogen zijn bij de bespreking en/of beraadslaging(en) door het *Arbitration Court*?¹¹¹⁹

Ten aanzien van het NAI kan het volgende worden opgemerkt. Hoewel dit arbitrage-instituut, in tegenstelling tot het LCIA, de ICC en het SAC, geen afzonderlijk *Arbitration Court* heeft, heeft het wel een comité in het leven geroepen dat zich,

I ICC Rules 2021), en worden zijn leden door de ICC World Council benoemd 'on the proposal of National Committees or Groups, one member for each National Committee or Group' (art. 3 lid 3 Appendix I ICC Rules 2021), zie: Castres Saint-Martin 2016, nr. 191. Daarnaast kunnen vraagtekens worden gezet bij de samenstelling (en regulering) van de nationale comités nu deze comités zouden zijn samengesteld uit onder meer ondernemingen, banken en advocatenkantoren (Castres Saint-Martin 2016, nr. 192). Zie voor de verhouding van de nationale comités tot (de leden van) het ICC Court: art. 1 lid 3 Appendix I ICC Rules 2021; art. 3 lid 1 Appendix II - Internal Rules of the International Court of Arbitration, ICC Rules 2021.

1116 Art. 9 lid 2 SAC Internal Rules of the Arbitration Court 2022.

1117 Art. 9 lid 2 SAC Internal Rules of the Arbitration Court 2022.

1118 Art. 9 Internal Rules of the Arbitration Court of the Swiss Chambers' Arbitration Institution, versie 14 september 2016 (vindplaats: www.acerislaw.com/wp-content/uploads/2019/02/Internal-Rules.pdf).

1119 Vgl. de discussie over de zgn. 'reservisten' en de (Nederlandse) Hoge Raad, zie o.a. Snijders 2016.

evenals de *Arbitration Courts* van de andere drie arbitrage-instituten, over wrakings-verzoeken kan buigen. In dit licht is het dan ook wellicht opmerkelijk te noemen dat voor het comité in onderhavig verband geen (nadere) voorzieningen lijken te zijn getroffen.¹¹²⁰

Hoewel buiten het onderzoeksgebied van dit onderzoek, tot slot, is interessant om te verwijzen naar de Spaanse Arbitragewet - de 'Ley de Arbitraje' - die zich in onderhavig verband uitdrukkelijk tot arbitrage-instituten richt: '[l]as instituciones arbitrales velarán por el cumplimiento de las condiciones de capacidad de los árbitros y por la transparencia en su designación, así como su independencia'.¹¹²¹ Vrij vertaald: arbitrage-instituten dienen toe te zien op de naleving van de eisen die zien op de bekwaamheid van de arbiters, alsmede dienen zij te zorgen voor transparantie bij hun benoeming, evenals voor hun onafhankelijkheid. Interessant is dat uit deze bepaling niet alleen (indirect) kan worden afgeleid dat arbiters onafhankelijk dienen te zijn, maar ook dat de arbitrage-instituten de verantwoordelijkheid wordt opgelegd om toe te zien op de(ze) arbitrale onafhankelijkheid. Ik vind het op het eerste oog een enigszins opmerkelijke gang van zaken: een arbitrage-instituut is verantwoordelijk voor iets waar het niet volledig verantwoordelijk voor kan zijn. Spaanse overheidsrechters zien daarnaast streng toe op de onafhankelijkheid en onpartijdigheid van de arbitrage-instituten zelf. Illustratief is hetgeen het Tribunal Superior de Justicia van Madrid overwoog in november 2016: '(...) la obligación de independencia e imparcialidad, con los consiguientes motivos de abstención, y los deberes de revelación y de información que asisten a los árbitros, *mutatis mutandis*, son exigibles a las instituciones llamadas a administrar el arbitraje' (curs. PR).¹¹²² Vrij vertaald: de verplichting tot onafhankelijkheid en onpartijdigheid - waaruit onder meer de mededelings- en informatieplichten voortvloeien - geldt niet alleen voor de arbiters, maar is van overeenkomstige toepassing op arbitrage-instituten.

1120 Wel staat, voor zover hier relevant, opgenomen: '(...) De leden van het Comité worden benoemd en ontslagen door het bestuur. (...) (art. 3 lid 1 Reglement voor het Comité van het NAI, 18 juni 2019, vindplaats: via www.nai-nl.org/nl/documenten/reglementen).

1121 Art. 14 lid 3 Ley de Arbitraje (Ley 60/2003) (vindplaats: www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2003-23646). Sinds mei 2011 staat het artikellid in de wet, zie: Ley 11/2011, 20 mayo, de reforma de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje y de regulación del arbitraje institucional en la Administración General del Estado (vindplaats: www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2011-8847).

1122 Tribunal Superior de Justicia Madrid 4 november 2016, nr. 70/2016 (*Bajoz Eólica S.L./Caixabank, S.A.*) (bron van de uitspraak: Cremades & Cairns 2020, p. 15; Cairns 2018, p. 67-68, vindplaats van de geciteerde rechtsoverweging: via www.poderjudicial.es). Vgl. Standard 8 Ethics Standards for Neutral Arbitrators in Contractual Arbitration, California Rules of Court, 1 januari 2022: '(c) Relationship between provider organization and arbitrator - If a relationship or affiliation is disclosed under subdivision (b), the arbitrator must also provide information about the following: (1) Any financial relationship or affiliation the arbitrator has with the provider organization other than receiving referrals of cases, including whether the arbitrator has a financial interest in the provider organization or is an employee of the provider organization; (...)'.

6.7.3 Invulling: (scheids)rechterlijke uitspraken**337. Algemeen en opbouw**

Het gebrek aan arbitrale wet- en regelgeving roept de vraag op of, en zo ja welke invulling, door (scheids)gerechten aan de factor is gegeven. Allereerst wordt een opsomming gegeven van een aantal (scheids)rechterlijke uitspraken waarin de factor in algemene bewoordingen enige(rlei) rol speelt. Ter illustratie kan worden gewezen op de afwijzing van een wrakingsverzoek door de Rechtbank Leeuwarden in november 1988 op grond van de omstandigheid dat twee van de drie arbiters bestuurslid waren van het NAI.¹¹²³ In het kader van een procedure waarin vernietiging van een arbitraal vonnis wegens strijd met de openbare orde ('orden público') werd gevorderd, overwoog de Audiencia Provincial van Madrid in november 2010 dat de enkele omstandigheid dat de advocaat van één van de partijen lid was van een arbitrage-instituut ('Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio e Industria de Madrid') dat de unus-arbiter in de onderhavige arbitrage had benoemd, niet betekende dat de arbiter partijdig was.¹¹²⁴ In de uitspraken komt naar voren dat de enkele omstandigheid dat sprake is van een bepaalde band met het arbitrage-instituut dat de arbitrage administreert, niet per definitie tot het oordeel leidt dat sprake is van arbitrale vooringenomenheid. Woorden met een vergelijkbare strekking zijn afkomstig van een LCIA Division dat begin april 2011 overwoog: '[t]he involvement of a Board member of the relevant arbitral institution in a commercial arbitration conducted under the rules of such institution should create no cause for concern'.¹¹²⁵ Sterker nog: van een dergelijke bezorgdheid zou juist sprake zijn op het moment dat 'a voluntary unremunerated member of the Board' wordt uitgesloten van deelname aan een arbitrage die onder auspiciën van het arbitrage-instituut wordt gevoerd.¹¹²⁶

De stelligheid in bovenstaande (scheids)rechterlijke uitspraken waarmee twijfels aan de arbitrale onafhankelijkheid en/of onpartijdigheid van tafel worden geschoven, roept de vraag op hoe andere (scheids)rechters de factor van de institutionele band zien.¹¹²⁷ Hoewel sprake is van een diverse verzameling van (scheids)rechterlijke uitspraken zijn drie situaties onderscheiden. In de eerste situatie is sprake van een dubbelfunctie van de arbiter: men is niet alleen arbiter, maar bekleedt ook een functie binnen het arbitrage-instituut (nr. 338). In de tweede situatie is sprake van een financiële band tussen de arbiter en een arbitrage-instituut (nr. 340). In het kader

1123 Rb. Leeuwarden (pres.) 4 november 1988, TvA 1989, afl. 1, p. 29-32. Zie over deze uitspraak ook bijv. Meijer 2016, p. 69; Sanders 1996, p. 120. Vgl. P. Sanders, 'Overheidsrechtspraak', TvA 1989, afl. 1, p. 31: 'Partijen kunnen derhalve volgens de President in een NAI-arbitrage zonder bezwaar een bestuurslid van het NAI (niet zijnde Voorzitter of Secretaris) tot arbiter benoemen. (...)'. Vgl. id. p. 31: 'Het geval van President Leeuwarden is in zoverre uniek, dat in de veertig jaar dat het NAI bestaat (sinds 1949) nimmer de hier besproken wrakingsgrond werd aangevoerd'.

1124 Audiencia Provincial de Madrid 26 november 2010 (*Santiago, María Inés/Juan Manuel*), nr. 582/2010 (bron van de uitspraak en de informatie: F. Mantilla-Serrano, A contribution by the ITA Board of Reporters, via: Kluwer Arbitration, zie ook: Daele 2012, nr. 6.078).

1125 LCIA Division 5 april 2011, nr. 91431-91442, par. 58.

1126 LCIA Division 5 april 2011, nr. 91431-91442, par. 58. In dit verband werd onderstreept dat 'the LCIA (in common with all other arbitral institutions) plays no part in any Decision of the Tribunal, whether procedural or substantive' (id. par. 58).

1127 Vgl. Tschanz 2000, p. 532.

van de derde situatie komt het vraagstuk van de institutionele (on)afhankelijkheid naar voren (nr. 341). In tegenstelling tot de eerste twee situaties, waarin de verhouding arbiter ↔ arbitrage-instituut centraal staat, ziet de derde situatie op de verhouding partij ↔ arbitrage-instituut.

338. Situatie 1: een dubbelfunctie van de arbiter

In het kader van de eerste situatie worden (scheids)rechterlijke uitspraken besproken waarin de vraag naar voren is gekomen in hoeverre een dubbelfunctie aanleiding kan geven tot twijfels aan de arbitrale onafhankelijkheid en/of onpartijdigheid. Onder het woord 'dubbelfunctie' wordt in onderhavig verband verstaan: men is niet alleen arbiter, maar heeft ook een functie bij het arbitrage-instituut (te denken valt aan een bestuursfunctie of lidmaatschap van een institutioneel wrakingscomité). Allereerst kan worden gewezen op een procedure die zich ten overstaan van het District Court for the Southern District van New York afspeelde.¹¹²⁸ Door gedaagden werd geprobeerd om een arbitraal vonnis dat door een driedelig FINRA-scheids-gerecht was gewezen, te laten vernietigen op grond van (onder meer) de omstandigheid dat de 'chief executive officer' (hierna: CEO) van één van de partijen had verklaard lid te zijn van de FINRA Board of Governors. Gedaagden betoogden dat deze verklaring 'raised the specter of arbitrator bias against the defendants because the arbitration was convened by FINRA [Dispute Resolution, PR]'.¹¹²⁹ Het gerecht was niet overtuigd: niet alleen hadden gedaagden geen 'credible argument' van 'evident partiality' van de arbiters naar voren gebracht, ook de deelname van de CEO aan de FINRA Board of Governors was 'insufficient to meet the objective test for assessing bias'.¹¹³⁰ Het gerecht onderstreepte dat gedaagden niet hadden aangetoond dat een individueel lid van de Raad dan wel de Raad 'as a whole' enige invloed had op de selectie van FINRA-arbiters, hun vergoeding of hun toewijzing aan een scheids-gerecht.¹¹³¹ Het verwijt van gedaagden dat zag op de (beweerdelijk) oneerlijke selectie van de FINRA-arbiters werd dus met enkele penningen van tafel geveegd, daar (arbitrale) invloed op de selectie op de (eerste) selectie van de FINRA-arbiters zou zijn uitgesloten.¹¹³²

1128 U.S. District Court for the Southern District of New York 7 februari 2012 (*Freedom Investors Corp./Hadath & Pinter*), 11 Civ. 5975 (DLC) (bron van de uitspraak: Born 2021a, vn. 708 (p. 1880)).

1129 U.S. District Court for the Southern District of New York 7 februari 2012, 11 Civ. 5975 (DLC).

1130 U.S. District Court for the Southern District of New York 7 februari 2012, 11 Civ. 5975 (DLC).

1131 U.S. District Court for the Southern District of New York 7 februari 2012, 11 Civ. 5975 (DLC). FINRA-arbiters werden juist geselecteerd met behulp van het computerprogramma 'FINRA DR's Neutral List Selection System' waarna partijen een scheidsgerecht konden samenstellen op basis van 'random lists of panelists'.

1132 Vgl. U.S. District Court for the Western District of Wisconsin 28 september 2009 (*Employers Insurance Co. of Wausau/Certain Underwriters at Lloyds of London c.s.*), nr. 09-cv-201-bbc waarin door gedaagden werd geprobeerd de partij-arbiter van eiseres te wraken op grond van onder meer de omstandigheid dat de arbiter door de 'AIDA Reinsurance and Insurance Arbitration Society' was gecertificeerd terwijl de 'senior counsel' van de moedervernootschap van eiseres vice-voorzitter van dit arbitrage-instituut was. Het gerecht wees het wrakingsverzoek af (onder meer) nu de 'connections' van de arbiter met eiseres 'too attenuated' waren 'to create actual or apparent impartiality'. Daarnaast onderstreepte het gerecht dat de 'continued certification as an arbitrator' 'on objective criteria' was gebaseerd en niet was onderworpen aan goedkeuring door de moedervernootschap (bron van de uitspraak: Daele 2012, nr. 6.075).

Een andere zaak die rondom een dubbelfunctie van een arbiter draaide, zou zich ten overstaan van een DIA-wrakingscomité hebben afgespeeld. Begin december 2008 zou door eiser zijn geprobeerd om de partij-arbiter van gedaagde te wraken op grond van onder meer de (niet-medegedeelde) omstandigheid dat de partij-arbiter van gedaagde ook voorzitter van het DIA-bestuur was.¹¹³³ De arbiter zou naar voren hebben gebracht dat het DIA 'generally' benoemingen van de voorzitter of andere leden van het bestuur als co-arbiters of voorzitters van scheidsgerechten aanvaardde. De advocaat van gedaagde zou naar voren hebben gebracht dat de positie van de voorzitter van het bestuur een administratieve functie was 'with no relation to the specific case', waarna de arbiter eveneens naar voren zou hebben gebracht dat hij niet betrokken was (geweest) bij de benoeming van de voorzitter van het scheidsgerecht in de onderhavige arbitrage.¹¹³⁴ Het wrakingscomité zou het wrakingsverzoek hebben verworpen, in het kader waarvan het zou hebben benadrukt dat de arbiter niet was betrokken bij de benoeming van de voorzitter noch bij 'any other decisions regarding the case on behalf of the DIA'.¹¹³⁵ Interessant is dat het wrakingscomité de feitelijke gang van zaken leidend vindt: onder meer daar de arbiter geen betrokkenheid had bij de benoeming van de voorzitter van het scheidsgerecht werd het wrakingsverzoek afgewezen. In het licht van deze beslissing is het wellicht opvallend te noemen dat het DIA in 2013 het (eigen) arbitragereglement in die zin wijzigde dat de voorzitter en vicevoorzitter van het bestuur niet meer als arbiter zouden kunnen optreden.¹¹³⁶ Zou het DIA niet gelukkig zijn geweest met de beslissing van het wrakingscomité? Of wilde het (enige) discussie op dit punt in de toekomst voor zijn?

Een interessante vraag daarnaast is de vraag of de omstandigheid dat een arbiter in de hoedanigheid van lid van een institutioneel wrakingscomité zich eerder over een wrakingsverzoek heeft gebogen dat was gericht tegen een partij-arbiter die was benoemd door een partij die ook in de huidige arbitrage is betrokken, aanleiding kan geven tot twijfels aan de arbitrale onafhankelijkheid en/of onpartijdigheid van de eerstgenoemde arbiter. Een zaak waarin dergelijke feiten een rol speelden, zou zich bij de SCC Board hebben aangediend.¹¹³⁷ De feiten zouden als volgt zijn. Eiser probeerde de partij-arbiter van gedaagde te wraken op grond van de omstandigheid dat de arbiter lid was van het 'Presidium' van het 'International Commercial Arbitration Court of the Russian Federation' (hierna: ICACRF), welk gerecht 'found that it lacked jurisdiction to decide over' een ander wrakingsverzoek - dat door X tegen de arbiter van eiser was gericht - omdat het verzoek reeds zou zijn beoordeeld door de twee andere arbiters van het scheidsgerecht. X had zich vervolgens tot de voorzitter van

1133 Voldgiftsinstituttet (DIA) 1 december 2008/13 januari 2009, nrs. E-1272/1275 (bron van de informatie: Pihlblad & Tufte-Kristensen 2016, p. 640). Vgl. Centre for Arbitration and Dispute Resolution 15 juli 2004, nr. 10/04: tijdens het benoemingsproces van een unus-arbiter zou de arbiter tot 'executive director' van het Centre for Arbitration and Dispute Resolution (CADER) zijn benoemd hetgeen tegen 'the rules of natural justice' was (vindplaats van de zaak: Clout case 900).

1134 Voldgiftsinstituttet (DIA) 1 december 2008/13 januari 2009, nrs. E-1272/1275 (bron van de informatie en de geciteerde woorden: Pihlblad & Tufte-Kristensen 2016, p. 641).

1135 Voldgiftsinstituttet (DIA) 1 december 2008/13 januari 2009, nrs. E-1272/1275 (bron van de informatie en de geciteerde woorden: Pihlblad & Tufte-Kristensen 2016, p. 641). Vgl. (CEPANI) Cox 2016, p. 44.

1136 Pihlblad & Tufte-Kristensen 2016, p. 641. Vgl. art. 5 Appendix 1 - The Organisation of the Danish Institute of Arbitration, Rules of Arbitration 2021.

1137 SCC Arbitration nr. 081/2007 (bron van de informatie en de geciteerde woorden: Jung 2007, p. 15-17).

de 'Russian Federation Chamber of Commerce and Industry' (hierna: RFCCI) gericht die het wrakingsverzoek wel inwilligde en de arbiter van zijn functie onthief. In de procedure ten overstaan van de SCC Board betoogde eiser dat deze beslissing op instructie van het 'Presidium' van het ICACRF was gemaakt. Aangezien de partij-arbiter van gedaagde van dit orgaan lid was, zou hij niet onpartijdig zijn, aldus eiser. Hoewel de arbiter aangaf aan dat '[a]fter the regular meeting' de voorzitter van de RFCCI aan de individuele leden van het 'Presidium' gevraagd had hun persoonlijke opvatting over de kwestie te delen, stelde de arbiter dat hij niet had deelgenomen aan de discussie noch enig standpunt had ingenomen 'due to a conflict of interest'. De SCC Board zag in voornoemde gang van zaken geen wrakingsgrond en zou het wrakingsverzoek hebben verworpen. Hoewel mij geen motivering van de SCC Board bekend is, kan worden opgemerkt, mits van de juistheid van de verklaring van de arbiter kan worden uitgegaan dat hij niet had deelgenomen aan enige discussie, dat de beslissing in lijn is met hiervoor beschreven arbitrale regelgeving inzake de dubbelfunctie van een arbiter bij een *Arbitration Court* (nr. 336).

339. Een zijpad: de dubbelfunctie van een advocaat en het (ver)nietig(bar)e arbitragebeding

Niet alleen kan sprake zijn van een dubbelfunctie van de arbiter; ook een advocaat van één van de partijen kan onder vuur (komen te) liggen vanwege een functie die hij bij een arbitrage-instituut heeft dat het geschil administreert.¹¹³⁸ Nu in dit kader niet de arbitrale onafhankelijkheid en/of onpartijdigheid ter discussie staat, zijn de pijlen gericht op het van tafel krijgen van het arbitragebeding. Ter illustratie kan worden gewezen op een zaak die ten overstaan van het Cour de cassation speelde.¹¹³⁹ Eiseres probeerde, kort samengevat, een arbitrageovereenkomst te laten vernietigen op grond van dwaling ('cause d'erreur').¹¹⁴⁰ Zij voerde aan dat zij niet op de hoogte was geweest van de dubbelfunctie van de advocaat van de wederpartij: de advocaat was eveneens vicevoorzitter van het ICC Court. Deze dubbelfunctie zou maken dat het ICC Court de arbitrage niet langer meer onafhankelijk en onpartijdig zou kunnen administreren, aldus eiseres. Het Cour de cassation ging hierin niet mee. In maart 1978 bekrachtigde het gerecht het eerder door het Cour d'appel van Parijs gewezen arrest waarin de vordering van eiseres was afgewezen. Het Cour de cassation overwoog eerst in algemene bewoordingen dat 'lorsqu'un membre de la Cour d'arbitrage est le conseil d'une partie dans un litige soumis au règlement d'arbitrage de la Chambre, ce membre s'abstient de siéger et ne serait pas admis à siéger'.¹¹⁴¹ Vrij vertaald: op het moment dat een lid van het ICC Court eveneens de advocaat is van een partij

¹¹³⁸ Ook een dubbelfunctie van een secretaris kan onder vuur liggen, zie bijv. U.S. Court of Appeals for the Seventh Circuit 25 april 1980 (*Tamari/Bache Halsey Stuart Inc.*), 619 F.2d 1196 (bron van de uitspraak: Bishop & Reed 1998, p. 416).

¹¹³⁹ Cour de cassation (chambre civile 2) 31 maart 1978, nr. 77-10.416 (*Metal Profil/Interkraft*) (bron van de uitspraak en de informatie: Gaillard & Savage 1999, nr. 531, zie ook bijv. Castres Saint-Martin 2016, nr. 185; Derains & Schwartz 2005, vn. 10 (p. 15); Reiner 1998, p. 74).

¹¹⁴⁰ Cour de cassation (chambre civile 2) 31 maart 1978, nr. 77-10.416 (bron van de geciteerde woorden: Reiner 1998, p. 74).

¹¹⁴¹ Cour de cassation (chambre civile 2) 31 maart 1978, nr. 77-10.416 (bron van de geciteerde woorden: Castres Saint-Martin 2016, nr. 185; Loquin 1990, nr. 57).

in een geschil waarop het reglement van het ICC Court van toepassing is, onthoudt dit lid zich van deelname aan de zitting van het ICC Court waartoe hij ook niet wordt toegelaten. Vervolgens overwoog het Cour de cassation dat niet was komen vast te staan dat 'lors de la conclusion des contrats comportant la clause compromissoire, le vice-président de la Cour d'arbitrage ait été déjà l'avocat de la société Intercraft et qu'en conséquence, la preuve n'était pas rapportée de l'erreur ou dol allégué par [eiseres, PR]'.¹¹⁴² Vrij vertaald: ten tijde van het sluiten van de overeenkomsten waarin het arbitragebeding stond opgenomen, was de vicevoorzitter van het ICC Court reeds advocaat van gedaagde, maar bewijs van dwaling of bedrog was op dat moment door eiseres niet naar voren gebracht. Anders gezegd: aangezien de betreffende omstandigheid reeds bij eiseres bekend was, had zij hiertegen eerder bezwaar moeten maken. Hoewel eiseres met lege handen naar huis werd gestuurd, is naar aanleiding van deze uitspraak in de Franse literatuur wel betoogd dat onder bepaalde omstandigheden een arbitrageovereenkomst wel vernietigbaar op grond van dwaling zou (moeten) kunnen zijn: hoewel een arbitrage-instituut het geschil niet zelf beslecht, kan het immers wel een belangrijke rol spelen in het kader van de benoeming.¹¹⁴³ Hoewel ik mij kan vinden in de gedachte dat onder bepaalde omstandigheden tot vernietiging moet kunnen worden overgegaan, vraag ik mij af welke omstandigheden hiertoe aanleiding zouden moeten geven. Wellicht kan de volgende zaak enig licht op deze vraag werpen. Ten overstaan van de '4e Juge civil de la ville' van Mexico zou X, kort samengevat, hebben gesteld dat sprake was van een nietig arbitragebeding, omdat de advocaat van wederpartij Z tijdens contractuele onderhandelingen niet had vermeld dat hij ook lid was van de 'conseil d'administration' van het door partijen gekozen arbitrage-instituut.¹¹⁴⁴ X zou hebben betoogd dat sprake was van schending van het gelijkheidsbeginsel, daar de advocaat 'probablement' invloed op de keuze van de arbiters door het instituut had kunnen uitoefenen.¹¹⁴⁵ De rechter zou hierin niet zijn meegegaan. Allereerst was geen wettelijke bepaling voorhanden die het een lid van de directie of het comité van het arbitrage-instituut dan wel een

1142 Cour de cassation (chambre civile 2) 31 maart 1978, nr. 77-10.416 (bron van de geciteerde woorden: Reiner 1998, p. 74).

1143 Zie ook: Gaillard & Savage 1999, nr. 531. Vgl. CA Parijs 8 april 2014, *Revue de l'Arbitrage* 2014, afl. 2, p. 512 (*société Nykcool AB/société Helvetia c.s.*): 'Le différend opposant l'une des parties à l'institution d'arbitrage à l'occasion d'une autre procédure n'affecte pas intrinsèquement la clause compromissoire relative au litige en question. L'institution d'arbitrage n'ayant pas de fonction juridictionnelle, (...) (bron van de uitspraak: Castres Saint-Martin 2016, nr. 155, nr. 458). Vgl. TGI Parijs 23 juni 1988, *Revue de l'Arbitrage* 1988, afl. 4, p. 657 (*République de Guinée/MM. R. & O.*) waarin geprobeerd werd om twee arbiters te wraken die deel uitmaakten van een vijftal scheidsrecht dat door de 'Chambre arbitrale de Paris' was benoemd op grond van de omstandigheid dat zij, nu zij voorzitter respectievelijk vice-voorzitter van voornoemde 'Chambre' waren, 'ne peuvent plus conserver l'indépendance d'esprit et d'impartialité exigées de tout juge et donc de tout arbitre'. Onder verwijzing naar onder meer artikel 1463 CPC, 'n'étant pas une disposition d'ordre public', verklaarde het gerecht zich onbevoegd om kennis te nemen van de wrakingsverzoeken nu het arbitrage-instituut zelf in een wrakingsprocedure voorzag (bron van de uitspraak: Castres Saint-Martin 2016, nr. 155; Gaillard & Savage 1999, nr. 1032, zie ook Fouchard 1988, nr. 20 e.v.).

1144 '4e Juge civil de la ville de Mexico' 10 september 2003 (bron van de uitspraak, de informatie en de geciteerde woorden: Perezniato Castro & Graham 2005, nrs. 18-19). De uitspraak zou zijn bekrachtigd door de derde kamer van het 'Tribunal suprême de la ville de Mexico', nr. 692/2004 (Perezniato Castro & Graham 2005, nr. 18).

1145 Daarnaast zou één van de arbiters een 'ami intime' van de advocaat zijn (Perezniato Castro & Graham 2005, nr. 18).

persoon die anderszins in dienst was bij het instituut verbod om ook arbiter te zijn. Daarnaast stond in het reglement van het arbitrage-instituut opgenomen dat een lid van de 'conseil d'administration' op geen enkele wijze in de beslissingen van het arbitrage-instituut kon ingrijpen wanneer hij/zij één van de partijen in een arbitrage bijstond. Tot slot zou de rechter hebben opgemerkt dat zowel de Mexicaanse Arbitragewet als het arbitragereglement in de mogelijkheid van wraking voorzagen; voor zover partijen deze route niet hadden bewandeld, zou men kunnen veronderstellen dat zij ook niet de bedoeling hadden om de leden van het scheidsgerecht te wraken, aldus de rechter. Evenals in de hierboven besproken uitspraken naar voren kwam, wordt de nadruk gelegd op het (al dan niet) kunnen uitoefenen van invloed op de besluiten die door het arbitrage-instituut worden genomen. Anders gezegd: een administratieve dubbelfunctie lijkt te zijn toegestaan. Enigszins opmerkelijk is mijns inziens de laatste overweging van de Mexicaanse rechter: wordt hier niet wat (te) snel verwerking van recht aangenomen nu X juist beweerde dat zij niet van de dubbelfunctie op de hoogte was (geweest)?

340. Situatie 2: een financiële band tussen de arbiter en het arbitrage-instituut

Waar (scheids)rechters terughoudend lijken te zijn met het aannemen van arbitrale vooringenomenheid op het moment dat sprake is van een dubbelfunctie, lijkt dit anders op het moment dat sprake is van een financiële band tussen de arbiter en een arbitrage-instituut.¹¹⁴⁶ Een zaak die in het oog springt, speelde zich af ten overstaan van het Amerikaanse Court of Appeals for the Ninth Circuit in het kader van een tenuitvoerleggingsprocedure van een arbitraal vonnis dat door een unus-arbiter was gewezen die aan de ADR-dienstverlener Judicial Arbitration and Mediation Services, Inc. (hierna: JAMS¹¹⁴⁷) was verbonden.¹¹⁴⁸ Olympic Eagle verzette zich tegen de verlening van een exequatur aan een arbitraal vonnis dat door een JAMS-arbiter was gewezen. Met een eis in reconventie probeerde zij het vonnis te laten vernietigen op grond van, kort samengevat, 'later-discovered information' waaruit bleek dat

1146 Vgl. TGI Parijs 15 juli 1989, *Revue de l'Arbitrage* 1990, afl. 2, p. 497 (*société Philipp Brothers/société Drexel c.s.*) waarin het gerecht de kans kreeg om zich, kort samengevat, uit te laten over de vraag in hoeverre sprake was van belangenverstrengeling (in de procedure ingestoken als 'violation des droits de la défense') op het moment dat de voorzitter van een arbitrage-instituut (in casu: de 'Association Française du Commerce des Cacaos') 'se trouve rémunéré par une filiale à 75 % de Sucden'; Sucden was de concurrent van eiseres. Het gerecht stond (zichzelf) beantwoording van de vraag niet toe nu dit 'fait nouveau' dan wel 'moyen nouveau' niet tijdig (genoeg) zou zijn opgeworpen (bron van de uitspraak: Castres Saint-Martin 2016, nr. 184).

1147 Vgl. www.jamsadr.com/about-the-jams-name.

1148 U.S. Court of Appeals for the Ninth Circuit 22 oktober 2019 (*Monster Energy Company, FKA Hansen Beverage Company/City Beverages, LLC, DBA Olympic Eagle Distributing*), 940 F.3d 1130. Vgl. de volgende overweging van het hof: 'We acknowledge that previous cases did not address an arbitrator's interest in his own arbitration service. Nonetheless, the Court did not distinguish between an arbitrator's organization and other entities, nor do we see any reason to insulate arbitration services from the principles that the Court articulated *Commonwealth Coatings*'. Op 29 juni 2020 'denied' het Supreme Court de door Monster ingediende 'petition', zie: www.supremecourt.gov/search.aspx?filename=/docket/docketfiles/html/public/19-1333.html. Interessant is ook de 'amicus curiae' die door JAMS, ter ondersteuning van Monster, werd ingediend op 15 juni 2020.

de arbiter een 'co-owner' van JAMS was.¹¹⁴⁹ Na bot bij het District Court te hebben gevangen, slaagde het ingestelde hoger beroep wel. Het Court of Appeals overwoog allereerst dat, hoewel de arbiter had medegedeeld een 'economic interest' in JAMS te hebben,¹¹⁵⁰ Olympic Eagle niet wist dat het om 'an ownership interest' ging. De 'key issue' was de vraag of Olympic Eagle 'had constructive notice of the Arbitrator's potential non-neutrality', aldus het hof. Hoewel de arbiter had medegedeeld enig 'economic interest' in JAMS te hebben en mededeling had gedaan over 'previous arbitration activities' waarin Monster was betrokken en tegen de onderneming had geoordeeld, deden deze mededelingen vermoeden dat de arbiter - 'like any other JAMS arbitrator or employee' - 'had a general interest in JAMS's reputation and economic wellbeing', terwijl '[t]he crucial fact' - namelijk het 'ownership interest' - niet 'unearthed through public sources' was.¹¹⁵¹ Olympic Eagle had dan ook geen 'constructive notice' van dit belang, terwijl dit juist het 'key fact' was 'that triggered the specter of partiality'.¹¹⁵² Het hof stelde zich ten doel om het volgende onderzoek te verrichten: enerzijds zou het hof bekijken of het 'ownership interest' in JAMS 'sufficiently substantial' was, anderzijds zou het hof beoordelen of JAMS en Monster 'were engaged in nontrivial business dealings'. Zowel de eerste vraag als de tweede vraag werden bevestigend beantwoord: de arbiter had recht op 'a portion of profits from all of arbitrations' van JAMS en gedurende de afgelopen vijf jaar had JAMS 97 arbitrages voor Monster geadministreerd; '[s]uch a rate of business dealing is hardly trivial', aldus het hof. Het hof overwoog: 'these facts demonstrate that the Arbitrator had a "substantial interest in [JAMS,] which has done more than trivial business with [Monster]" - facts that create an impression of bias, should have been disclosed, and therefore support vacatur'.¹¹⁵³

De uitspraak van het hof is om meerdere redenen interessant. Zo geeft de uitspraak enig inzicht in de wijze waarop JAMS is georganiseerd: een wijze die afwijkt van de wijze waarop de vier arbitrage-instituten van onderzoek zijn georganiseerd (vgl. nr. 333). Daarnaast komt naar voren dat een arbiter in beginsel enig belang mag hebben in het (economisch) reilen en zeilen van het arbitrage-instituut waaraan hij

1149 In de Dissenting Opinion van Judge Friedland komt naar voren dat 'about a third of JAMS arbitrators' eigenaar van JAMS is.

1150 In de 'multi-page disclosure statement' van de arbiter stond onder meer: 'I practice in association with JAMS. Each JAMS neutral, including me, has an economic interest in the overall financial success of JAMS'.

1151 Het hof overwoog, in tegenstelling tot het District Court, dat eiseres geen afstand van haar 'evident partiality claim' had gedaan. Vgl. CA Parijs 29 januari 2004, *Revue de l'Arbitrage* 2005, afl. 3, p. 709-713 (*SA Serff/société DV Construction*); High Court (Commercial Court) 17 februari 2016 (*Cofely Ltd/Bingham & Knowles Ltd*), [2016] EWHC 240 (Comm), r.o. 110.

1152 Interessant is dat het hof benadrukte dat sprake was van 'an arbitrator's duty to investigate and disclose potential conflicts' waarbij het eveneens overwoog dat '[t]he Arbitrator undoubtedly knew of his ownership interest in JAMS prior to arbitration yet failed to disclose it'.

1153 Interessant is de overweging van het hof over een eventuele precedentwerking van de uitspraak: '(...) the applicable statute of limitations to vacate an arbitration award, which is only three months, will limit the impact of our ruling on recently decided arbitrations'. Interessant is voorts de Dissenting Opinion van Judge Friedland waarin de rechter aangeeft niet in te zien op welke wijze de niet-medegedeelde informatie 'would have made a material difference in Olympic Eagle's evaluation of the Arbitrator' waarbij de rechter betoogt dat niet alleen '[o]wners of JAMS' een belang hebben (het maximaliseren van 'JAMS's amount of business, because they share in JAMS's profits'), maar ook 'non-owner arbitrators' ('an interest in advancing their professional careers and maintaining their status with JAMS').

is verbonden. Niet toegestaan is echter de omstandigheid dat een arbiter een substantieel zakelijk belang in het instituut heeft. Een dergelijk belang zou kunnen worden afgeleid uit de omstandigheid dat de arbiter in de 'winsten' van het instituut deelt, al dan niet in combinatie met de omstandigheid dat het instituut relatief veel zaken voor één van de partijen heeft geadministreerd. Tevens speelt een belangrijke rol de vraag in hoeverre de arbiter mededeling heeft gedaan over zijn (financiële) band met het instituut. Kort gezegd, dient een arbiter op dit punt volledige openheid van zaken te geven om te voorkomen dat achteraf tot vernietiging van het arbitraal vonnis wordt overgegaan.

Illustratief in laatstgenoemd verband is een uitspraak van het Amerikaanse Court of Appeals for the First Circuit uit januari 1998.¹¹⁵⁴ In navolging van het District Court ging ook het hof voorbij aan door Matrix geuite bezwaren die, kort samengevat, zagen op een overeenkomst die MCI met JAMS had gesloten op grond waarvan JAMS als administrateur van het 'arbitration program' van MCI optrad, in ruil waarvoor zij 'various payments and services' aan JAMS zou verstrekken. Matrix betoogde dat de overeenkomst 'reveals an improper relationship' die uit 'substantial financial and reporting ties' tussen JAMS en eiseres zou bestaan en dat de voorwaarden van de overeenkomst 'so obviously suggestive of bias' in het voordeel van MCI waren 'that its mere existence is enough to invalidate the contested arbitration provision'. Het gerecht was niet overtuigd: Matrix 'knew from the outset, or should have known' dat JAMS een 'substantial relationship' met MCI onderhield 'simply by virtue of its role as administrator of MCI's arbitration program'. Daarbij kwam dat '[n]one of the contacts between MCI and JAMS specified in the Agreement involve the arbitrators who are deciding cases'. Tot slot schoof het hof de suggestie van Matrix dat iedere JAMS-arbiter 'would have an inherent bias toward [eiseres, PR], as JAMS' customer' terzijde: de suggestie werd tegengesproken door de 'explicit assurance' van Matrix zelf dat zij 'did not doubt the impartiality of the arbitrator assigned to its case', aldus het hof.¹¹⁵⁵ Met in het achterhoofd de uitspraak van het Court of Appeals for the Ninth Circuit vraag ik mij af of de laatste overweging vandaag de dag nog stand houdt. Anders gezegd, wordt afstand van (vernietigings)recht gedaan op het moment dat een partij verklaart dat hij/zij geen twijfels heeft aan de onpartijdigheid van een arbiter die aan een bepaald arbitrage-instituut is verbonden terwijl bekend is dat tussen dit instituut en de arbiter een financiële band bestaat?

341. Situatie 3: het vraagstuk van de institutionele (on)afhankelijkheid

De derde en laatste situatie houdt verband met het eerder besproken vraagstuk van de institutionele (on)afhankelijkheid (nr. 333). Overheidsrechters hebben wisselend geoordeeld over (beweerdelijke) institutionele afhankelijkheid. Zo zou het Landgericht van Hamburg in december 1985 hebben overwogen dat geen sprake was van een onafhankelijk en/of onpartijdig scheidsgerecht dat onder een vereniging (in casu: de 'Netherlands Coffee Trade Association') ressorteerde, op het moment

1154 U.S. Court of Appeals for the First Circuit 27 januari 1998 (*MCI Telecommunications Corp./Matrix Communications Corp.*), 135 F.3d 27 (bron van de uitspraak: Born 2021a, vn. 787 (p. 3563)).

1155 Vgl. (SCC) Lindström 2010, p. 6, zie ook: Daele 2012, nr. 6.063.

dat een scheidsgerecht dat zich over een geschil moest buigen tussen een partij die lid van de vereniging was en een partij die geen lid was, 'dominantly or exclusively' uit leden van de vereniging was samengesteld.¹¹⁵⁶ In mei 2011 zou het Russische 'Supreme Commercial Court' hebben geweigerd om een verzoek tot tenuitvoerlegging van een arbitraal vonnis toe te wijzen.¹¹⁵⁷ Het arbitraal vonnis was door een scheidsgerecht gewezen dat onder de auspiciën van een arbitrage-instituut optrad dat door eiseres (een bank) was opgericht en ook door haar werd gefinancierd. Daarnaast benoemde eiseres de voorzitter van het instituut en keurde zij de lijst met arbiters goed. Het gerecht zou hebben overwogen dat zowel het gelijkheidsbeginsel was geschonden als het beginsel van de objectieve partijdigheid, gelet op de wijze waarop het arbitrage-instituut was opgericht en werd gefinancierd.¹¹⁵⁸ Uit deze uitspraken komt naar voren dat een te nauwe band tussen een arbitrage-instituut en één van de partijen aanleiding kan geven tot het oordeel dat niet (langer) kan worden gesproken van een onafhankelijk en/of onpartijdig scheidsgerecht dat onder dit instituut ressorteert.

Daarentegen zou de Hoge Raad van Polen ('Sąd Najwyższy') in juni 2010 hebben overwogen dat de omstandigheid dat een *Arbitration Court* aan een specifieke brancheorganisatie was verbonden niet betekende dat dit Court niet onafhankelijk zou zijn.¹¹⁵⁹ Het gerecht zou onder meer hebben overwogen dat dergelijke Courts nu eenmaal onder de vleugels van brancheorganisaties opereerden. Niet onbelangrijk was daarnaast de omstandigheid dat eiser op de hoogte van de organisatie(structuur) was toen hij de arbitrage overeenkwam.¹¹⁶⁰ In januari 1994 zou ook

1156 Landgericht Hamburg 10 december 1985 (bron van de uitspraak, de informatie en de geciteerde woorden: A.J. van den Berg (red.), *Yearbook Commercial Arbitration 1987 - Volume XII*, ICCA & Kluwer Law International 1987, p. 488, zie evenwel Van den Berg 2005, p. 310).

1157 Supreme Commercial Court 24 mei 2011, nr. N A55-11220/2010 (*Sberbank/Business-Lada, Lada-Forward LLC c.s.*) (bron van de uitspraak en de informatie: Weber-Stecher 2013, p. 48; Belomestnova 2011, zie ook bijv. Kostin & Davydenko 2017, nr. 1.154).

1158 Het gerecht zou hebben benadrukt dat niet alleen dient te worden nagedaan of aan de subjectieve onpartijdigheid (gedrag van de arbiters) is voldaan, maar ook aan de objectieve onpartijdigheid (de oprichting van het scheidsgerecht). In november 2014 vernietigde het Tribunal Superior de Justicia van Madrid een arbitraal vonnis op grond van de omstandigheid dat het arbitrage-instituut (het 'Institución Ferial de Madrid') dat de arbitrage had geadministreerd tot de 'Cámara de Comercio e Industria de la Comunidad de Madrid' behoorde, welke organisatie een belang van 31 procent had in gedaagde. Het gerecht overwoog, kort samengevat, dat sprake was van schending van het gelijkheidsbeginsel ('el principio de igualdad en el arbitraje') en dat 'esa participación es lo suficientemente significativa como para evidenciar el interés, como mínimo indirecto, de la Cámara Oficial de Comercio e Industria de Madrid en el resultado de este arbitraje' (Tribunal Superior de Justicia Madrid 13 november 2014, nr. 63/2014 (*E. Life Europe S.L./Institución Ferial de Madrid*), bron van de uitspraak en de informatie: Cremades & Cairns 2020, p. 15; Cairns 2018, vn. 55 (p. 68); vindplaats van de geciteerde rechtsoverwegingen: via www.poderjudicial.es). Zie ook: Menéndez Arias 2015, p. 135-145. Vgl. Tribunal Superior de Justicia Madrid 4 november 2016, nr. 70/2016 (*Bajoz Eólica S.L./Caixabank, S.A.*): het gerecht zou een arbitraal vonnis hebben vernietigd dat was gewezen door het 'Tribunal Arbitral de Barcelona' nu het arbitrage-instituut had nagelaten mededeling te doen over zijn relatie 'with a multiple user of its services' (bron van de uitspraak, de informatie en de geciteerde woorden: Cairns 2018, p. 67).

1159 Sąd Najwyższy 18 juni 2010, nr. V CSK 434/09 (bron van de uitspraak: Born 2021a, vn. 708 (p. 1880); bron van de informatie: via arbitration-poland.com/case-law). Het ging in casu om het *Arbitration Court* van de Polish Bank Association.

1160 Vgl. Appellate Court of Illinois, Second District 15 november 1983 (*J & K Cement Construction, Inc./Montalano Builders, Inc.*), 456 N.E.2d 889 waarin werd geprobeerd om onderuit te komen aan arbitrage ten overstaan van de 'Northern Illinois Home Builders Association' nu de wederpartij lid was van de vereniging. Het gerecht was niet overtuigd nu onder meer vaststond dat 'the Falbos were expressly aware that

het High Court van Tokyo tot een ander oordeel zijn gekomen. In het kader van een procedure rondom de tenuitvoerlegging van een CIETAC-vonnis zou het gerecht hebben overwogen dat, nu CIETAC 'the only arbitration commission and permanent organization for international arbitration in the People's Republic of China' was, de enkele omstandigheid dat één van de partijen een door de Chinese Staat gecontroleerde onderneming was, nog niet de conclusie rechtvaardigde 'that there is a lack of impartiality'.¹¹⁶¹

6.7.4 Deelconclusie

342. Overzicht van bevindingen

In deze paragraaf stond, kort gezegd, de vraag centraal in hoeverre de omstandigheid dat een arbiter een bepaalde band heeft met een arbitrage-instituut aanleiding kan geven tot twijfels aan de arbitrale onafhankelijkheid en/of onpartijdigheid. In het kader van de beantwoording van deze vraag is eerst stilgestaan bij het vraagstuk van de institutionele (on)afhankelijkheid. In dit verband is stilgestaan bij vragen die kunnen rijzen inzake de organisatiestructuur van een arbitrage-instituut, de wijze waarop het arbitrage-instituut wordt gefinancierd, en de wijze waarop het instituut de benoeming van arbiters heeft ingericht. Vervolgens is besproken op welke wijze in de arbitrale wet- en regelgeving aandacht aan de factor is besteed. Opmerkelijk was dat de factor, met uitzondering van hetgeen in het kader van de 'Orange List' van de IBA Guidelines 2014 naar voren komt, niet afzonderlijk als grond wordt genoemd die aanleiding kan geven tot twijfels aan de arbitrale onafhankelijkheid en/of onpartijdigheid. Een verklaring hiervoor zou de aanwezigheid kunnen zijn van verschillende 'voorzorgsmaatregelen' - aangeduid als *ex ante*-regulering - die door de arbitrage-instituten zijn getroffen.

Door verschillende (scheids)gerechten is invulling aan de factor gegeven. Allereerst werden enkele algemene (scheids)rechterlijke overwegingen geciteerd waarin de factor naar voren kwam. Enigszins opmerkelijk was de stelligheid waarmee twijfels aan de arbitrale onafhankelijkheid en/of onpartijdigheid van tafel werden geschoven. Hoewel sprake was van een bonte verzameling van uitspraken, zijn drie situaties onderscheiden waarin de factor een rol speelde. In de eerste situatie stond de dubbelfunctie van de arbiter centraal: men was niet alleen arbiter, maar ook

Montalbano was a member of the Association when they signed the contract' (bron van de uitspraak: Born 2021a, vn. 708 (p. 1880)).

1161 High Court Tokyo 27 januari 1994 (bron van de uitspraak, de informatie en de geciteerde woorden: A.J. van den Berg (red.), *Yearbook Commercial Arbitration 1995 - Volume XX*, ICCA & Kluwer Law International 1995, p. 744). Vgl. U.S. District Court for the District of Delaware 7 september 1990 (*China Resource Products (U.S.A.) Ltd./Fayda International, Inc.*), 747 F. Supp. 1101 waarin Fayda zich tegen een arbitrage verzette die was overeengekomen ten overstaan van de 'Foreign Trade Arbitration Commission of the China Council for the Promotion of International Trade'. Het gerecht overwoog onder meer: 'Fayda neither argues nor presents evidence to show that arbitration under the auspices of the China Council would somehow be unjust because of, for example, institutional bias or other like reason'. Vgl. over een benoeming van arbiters 'door de door Roemeense staatsoverheid beheerste Kamer van Koophandel en Industrie': Rb. Amsterdam 14 december 1977 (vindplaats van de uitspraak: via www.newyorkconvention.org, zie voor een Engelse vertaling: P. Sanders (red.), *Yearbook Commercial Arbitration 1979 - Volume IV*, ICCA & Kluwer Law International 1979, p. 307-308).

op enigerlei wijze verbonden aan het arbitrage-instituut dat de arbitrage administreerde. In dit verband was aandacht voor een tweetal zaken waarin tot het oordeel was gekomen dat geen sprake was van een oneerlijke benoeming van de arbiters. Daarnaast werd aandacht besteed aan de vraag in hoeverre de omstandigheid dat een arbiter in de hoedanigheid van lid van een institutioneel wrakingscomité zich eerder over een wrakingsverzoek had gebogen dat gericht was tegen een partij-arbiter, die was benoemd door een partij die ook in de huidige arbitrage is betrokken, aanleiding zou kunnen geven tot twijfels aan de arbitrale onafhankelijkheid en/of onpartijdigheid van de eerstgenoemde arbiter. In de tweede situatie stond de financiële band tussen de arbiter en een arbitrage-instituut centraal. In dit verband zijn twee uitspraken besproken van twee Amerikaanse Courts of Appeals. In deze uitspraken kwam onder meer naar voren dat een arbiter een bepaald belang mag hebben in het economisch reilen en zeilen van het arbitrage-instituut waaraan hij/zij is verbonden, maar dat een substantieel zakelijk belang niet is toegestaan. De derde situatie hield verband met het vraagstuk van de institutionele (on)afhankelijkheid. Overheidsrechters hebben wisselend geoordeeld over (beweerdelijke) institutionele afhankelijkheid. Enerzijds kwamen uitspraken naar voren waarin, kort samengevat, werd geoordeeld dat een te nauwe band tussen een arbitrage-instituut en één van de partijen aanleiding kan geven tot het oordeel dat niet (langer) van een onafhankelijk en/of onpartijdig scheidsgerecht kan worden gesproken. Anderzijds werden twee uitspraken besproken waarin tot een ander oordeel was gekomen.

6.8 Samenvatting

343. Opbouw

In dit hoofdstuk stonden de exogene factoren centraal. Besproken is in hoeverre de factoren van het financieel belang, de herbenoeming, het *issue conflict*, de nauwe persoonlijke band, en de institutionele band aanleiding kunnen geven tot twijfels aan de arbitrale onafhankelijkheid en/of onpartijdigheid. In de onderhavige paragraaf wordt een beknopte samenvatting van de bevindingen gegeven.

344. De factor van het financieel belang

Allereerst is stilgestaan bij de factor van het financieel belang. Weinig twijfel lijkt te bestaan over de stelling dat een arbiter die een financieel belang in de arbitrage heeft, geacht wordt niet langer onafhankelijk en/of onpartijdig te zijn: het erop nahouden van een dergelijk belang druist in tegen de gedachte dat niemand rechter in eigen zaak mag zijn. Daarnaast speelt de 'beeldvorming' een rol: een financieel belang - hoe onbeduidend ook qua omvang - kan leiden tot twijfels daar niet langer zou kunnen worden vertrouwd op (de) onafhankelijke en/of onpartijdige besluitvorming. Een antwoord op de vraag of het hebben van enig(erlei) financieel belang altijd strijdig is met de arbitrale onafhankelijkheid en/of onpartijdigheid, was minder eenduidig. Vijf categorieën zijn onderscheiden om meer inzicht in de factor te krijgen: i) de verticale band, ii) de horizontale band, iii) de diagonale band, iv) het eigenbelang, en v) de afgeleide relatie.

Omstandigheden die onder de eerste categorie (de verticale band) zijn geschaard, zagen op diensten die een arbiter voor een partij (heeft) verricht: dit kon gaan om een adviesrelatie, maar ook om een (voormalig) dienstverband bij een partij. Hoewel in de bestudeerde arbitrale wet- en regelgeving niet afzonderlijk aandacht aan deze categorie is besteed, zijn wel aanwijzingen gevonden in onder meer de IBA Guidelines 2014. Op basis van hetgeen in de besproken scheidsrechterlijke uitspraken naar voren is gekomen, zijn drie algemene vragen geformuleerd die een rol kunnen spelen in het kader van de beantwoording van de vraag of, en zo ja hoe, de factor aanleiding kan geven tot twijfels aan de arbitrale onafhankelijkheid en/of onpartijdigheid: van belang is de vraag wanneer de dienst is verricht, de vraag hoe lang sprake is/was van een dienstverband, en de vraag naar de (financiële) waarde van de verrichte dienst.

Omstandigheden die onder de tweede categorie (de horizontale band) zijn geschaard, zagen op de arbiter die bestuurder van één van de partijen is/was, of de arbiter die (een bepaald soort) aandelen bezit. Daar de bestudeerde arbitrale wet- en regelgeving ook aan deze categorie niet afzonderlijk aandacht besteedt, is opnieuw te rade gegaan bij onder meer de IBA Guidelines 2014. Een aantal (scheids)rechters heeft zich gebogen over de vraag naar de toelaatbaarheid van een 'gedeelde investering' door zowel de arbiter als één van de partijen. Minder (scheids)rechterlijke uitspraken zijn gevonden waarin de betrokkenheid van een arbiter bij één van de partijen in de hoedanigheid van bijvoorbeeld directeur dan wel aandelenbezit door een arbiter in één van de partijen een rol speelde.

De derde categorie (de diagonale band) had betrekking op de situatie waarin een arbiter een bepaalde band heeft met een partij die niet rechtstreeks bij de arbitrage is betrokken. Waar de arbitrale wet- en regelgeving niet met zoveel woorden aandacht aan deze categorie besteden, kwam de 'derde' partij wel in diverse verschijningsvormen naar voren in (scheids)rechterlijke uitspraken: niet alleen kan sprake zijn van een dochteronderneming en/of een onderneming die met één van de partijen deel uitmaakt van één concern, een andere terugkerende 'derde' partij was de concurrent van één van de partijen in de arbitrage. De derde partij hoeft niet altijd alleen concurrent te zijn, maar kan ook op het overname-vinkentouw zitten. Tot slot kwam naar voren dat ook een procesfinancier als derde partij kan worden aangemerkt.

De vierde categorie hield verband met het eigenbelang van de arbiter. In tegenstelling tot de eerste, tweede en derde categorie zag deze categorie op een belang dat alleen de arbiter heeft bij een bepaalde uitkomst van de arbitrage. Twee omstandigheden zijn onder deze categorie geschaard: de omstandigheid waarin de arbiter een (geld)lening aan één van de partijen heeft verstrekt en het vraagstuk van het (verschuldigde) honorarium. Hoewel de eerste omstandigheid in de bestudeerde arbitrale wet- en regelgeving niet met zoveel woorden naar voren komt, hebben diverse gerechten zich over de ontoelaatbaarheid van een verstrekte (geld)lening uitgesproken. Ook ten aanzien van (de vraag naar) het honorarium waren overheidsrechters voorzichtig: niet alleen was een 'contingent fee' uit den boze, ook een twist over de verschuldigdheid van het honorarium leidde tot het oordeel dat de betrokken arbiters jegens de niet-betalende partij als vooringenomen konden worden aangemerkt.

De vijfde categorie zag op de zgn. afgeleide relatie, in het kader waarvan de band centraal stond die het advocatenkantoor van een arbiter met één van de partijen in de arbitrage onderhoudt of heeft onderhouden. Bepaalde arbitrale regelgeving gaat

in onderhavig verband uit van (een vorm van) vereenzelviging. Naar voren kwam dat vereenzelviging niet altijd tot het oordeel hoeft te leiden dat sprake is van arbitrale vooringenomenheid: in (scheids)rechterlijke uitspraken kwam naar voren dat de omstandigheden van het geval een belangrijke rol spelen. Een ander gezichtspunt zag op de vraag naar de band met (het onderwerp van) de arbitrage. Daarnaast kwam naar voren dat de omvang en duur van de bewuste relatie van belang was, alsmede het (relatieve) belang van de relatie en de vraag wanneer de relatie zich heeft voortgedaan.

345. De factor van de herbenoeming

Na de factor van het financieel belang is stilgestaan bij de factor van de herbenoeming. Allereerst is besproken op welke wijze de factor in verband kan worden gebracht met de onafhankelijkheid en onpartijdigheid van arbiters. Naar voren werd gebracht dat een (her)benoeming een bepaald financieel belang kan vertegenwoordigen, hetgeen kan leiden tot een zekere loyaliteitsverplichting ten opzichte van de benoemde partij waardoor de arbitrale onpartijdigheid in gevaar kan komen. Daarnaast zou ook de reputatie van een (al dan niet) herbenoemde arbiter een rol kunnen spelen in het kader van de (onpartijdige) besluitvorming: een arbiter zou gezichtsverlies kunnen leiden op het moment dat geen herbenoeming plaatsvindt en hiermee rekening houden tijdens zijn/haar besluitvorming. Voorts zou herbenoeming tot een tunnelvisie en/of kennisvoorsprong ten opzichte van de mede-arbiters en/of partijen kunnen leiden. Daarentegen leken (scheids)gerechten terughoudend te zijn met het aannemen van een dergelijk verband tussen een herbenoeming en arbitrale vooringenomenheid. Een tussenconclusie was dat de stelling dat een herbenoeming tot twijfels aan de arbitrale onafhankelijkheid en/of onpartijdigheid leidt te kort door de bocht is. Opvallend was de nadruk die op de vrijheid van partijen werd gelegd om een 'eigen' arbiter te mogen kiezen. Naar voren kwam dat deze 'partijautonomie' ook een andere kant op kan werken: wanneer een partij op de hoogte is van een herbenoeming maar zich niet hiertegen verzet, kan dit leiden tot het oordeel dat sprake is van afstand van recht. Voornoemde noopt partijen dan ook tot oplettendheid en (al dan niet) tot tijdige actie.

Hoewel de factor met regelmaat in literatuur en (scheids)rechtspraak onderwerp van debat is, bleek minder arbitrale wet- en/of regelgeving voorhanden te zijn; het meest uitvoerig in onderhavig verband waren de IBA Guidelines 2014. De richtlijnen besteden in het kader van de 'Orange List' op twee plaatsen aandacht aan de herbenoeming. Op basis van hetgeen in verschillende (scheids)rechterlijke uitspraken naar voren kwam, werd de tussenconclusie getrokken dat de enkele omstandigheid dat sprake is van een herbenoeming niet voldoende is voor het oordeel dat sprake is van twijfels aan de arbitrale onafhankelijkheid en/of onpartijdigheid. Betoogd werd dat een kwalitatieve benadering lijkt te zijn aangewezen.

Vervolgens zijn vier algemene gezichtspunten onderscheiden die kunnen helpen bij de beantwoording van de vraag in hoeverre een herbenoeming van een arbiter aanleiding kan geven tot twijfels. Het eerste gezichtspunt zag op de vraag naar de financiële (on)afhankelijkheid van de arbiter. De voor de hand liggende observatie volgde dat (een) financiële afhankelijkheid(srelatie) tussen de arbiter en de benoe-

mende partij aanleiding tot twijfels kan geven. Het bestaan van een dergelijke band is op zichzelf genomen echter niet voldoende: naar voren kwam dat de relatieve omvang van de inkomsten een belangrijke rol speelt. Het tweede gezichtspunt zag op de vraag naar de beschikbare kennis. Uit (scheids)rechterlijke uitspraken kwam, kort samengevat, naar voren dat hoe kleiner de vijver met geschikte arbiters was, des te terughoudender (scheids)rechters met het oordeel leken om te gaan dat aan de arbitrale onafhankelijkheid en/of onpartijdigheid kon worden getwijfeld. Interessant was de observatie dat het in bepaalde sectoren als onvermijdelijk werd beschouwd dat men (bepaalde) zakelijke banden heeft. Ook interessant waren (rechts)overwegingen waarin naar voren kwam dat op het moment dat een partij bewust de keuze voor een bepaald arbitrage-instituut maakte dat gespecialiseerd was in geschillen-beslechting in een bepaalde sector en later vragen rezen rondom mogelijke zakelijke banden tussen een arbiter en de wederpartij, dit voor rekening en risico van de eerstgenoemde partij kwam. Het derde gezichtspunt had betrekking op de vraag naar het tijdsverloop tussen de herbenoemingen. In zaken waarin tot het oordeel werd gekomen dat sprake was van arbitrale vooringenomenheid was veelal sprake van herbenoemingen gedurende een 'lange' periode. Het vierde gezichtspunt zag op de vraag naar de (on)partijdige besluitvorming door de arbiter. In met name ICSID-uitspraken kwam naar voren dat de enkele omstandigheid dat een arbiter eerder aan een arbitrage had deelgenomen waarin één van de onderhavige partijen ook partij was, onvoldoende was voor het oordeel dat sprake was van arbitrale vooringenomenheid.

Daar de vier gezichtspunten een rol spelen in het kader van een *ex post*-beoordeling werd eveneens het idee besproken om de disclosure-verplichting uit te breiden met een mededeling over een herbenoeming. Niet alleen is in de literatuur wisselend op dit idee gereageerd, ook (scheids)gerechten leken niet zover te (willen) gaan dat arbiters in onderhavig verband een mededelingsplicht werd opgelegd. Daarnaast kwam naar voren dat de uitbreiding nieuwe vragen oproep en dat een uitbreiding van de mededelingsplicht strijd kan opleveren met (de) vertrouwelijkheid.

346. De factor van het *issue conflict*

Na de factor van de herbenoeming is stilgestaan bij de factor van het *issue conflict*. Evenals bij de factor van de herbenoeming het geval was, ontbrak ook hier een beoordelingskader dat kan worden gebruikt om te beoordelen of sprake was van een (on)-toelaatbaar *issue conflict*. In ieder geval leek niet te worden betwist dat vooringenomenheid ten aanzien van een bepaald geschilpunt de arbitrale onafhankelijke en/of onpartijdige besluitvorming in gevaar kan brengen. Onderscheid werd gemaakt tussen de zgn. 'bewuste' en 'onbewuste' vooringenomenheid. Betoogd werd dat bewuste vooringenomenheid - omschreven als de situatie waarin een arbiter reeds een oordeel klaar heeft voordat hij/zij zich over de zaak buigt - niet met de arbitrale onafhankelijkheid en/of onpartijdigheid samengaat. Daarentegen werd gepleit voor een mildere houding ten aanzien van (de) onbewuste vooringenomenheid: betoogd werd dat het onvermijdelijk is dat voorkennis tot enige(rlei) beïnvloeding van (de gedachten van) een arbiter kan leiden.

Vervolgens zijn een aantal gezichtspunten onderscheiden die in (scheids)rechterlijke uitspraken naar voren kwamen en die de grenzen van een 'toelaatbaar' geacht *issue conflict* kunnen aangeven, ofwel een *issue conflict* dat geen strijd met de verplichting tot arbitrale onafhankelijkheid en onpartijdigheid oplevert. Het eerste gezichtspunt zag op de mate van (on)veranderlijkheid van geest. Betoogd werd dat absolute vooringenomenheid - een 'gesloten geest' die zich niet meer laat openen - strijd met de arbitrale onafhankelijkheid en/of onpartijdigheid oplevert. Dit lag anders ten aanzien van relatieve vooringenomenheid: het zou (moeten) zijn toegestaan dat iedere arbiter in beginsel bepaalde gedachten en/of denkbeelden heeft mits men voor (nieuwe) argumenten en/of invalshoeken blijft openstaan. Een ander gezichtspunt was dat sprake moet zijn van een band tussen de vooringenomenheid en het onderhavige geschil(punt). Naar voren kwam dat een overlap in te algemene (rechts)vragen en/of feiten niet problematisch hoeft te zijn. Eveneens werd naar voren gebracht dat een verband tussen (de) vooringenomenheid en (de) arbitrale oordeelsvorming lastig is om aan te tonen, gelet op het subjectieve karakter van de factor.

In aanvulling op de gezichtspunten zijn vier algemene opmerkingen gemaakt die meer inzicht in de context van de factor kunnen geven en behulpzaam kunnen zijn om tot een beoordelingskader te komen. Allereerst is gewezen op de arbitrale besluitvormingsvrijheid die de arbiter (binnen zekere grenzen) vrijlaat om tot een eigen (inhoudelijk) oordeel te komen. Vervolgens is aandacht besteed aan een spanningsveld dat zich aandient tussen de vrijheid van partijen om voor een 'eigen' arbiter te kiezen en de voorkennis van deze arbiter. Hierna is besproken op welke wijze scheidsgerechten met relatieve vooringenomenheid van de partij-arbiter omgaan. Enerzijds is een zgn. 'directe wijze' onderscheiden: men gelooft op basis van de persoon van de arbiter zelf dat hij/zij tot een onafhankelijke en onpartijdige oordeelsvorming in staat is. Anderzijds is een zgn. 'indirecte wijze' onderscheiden: men hecht waarde aan een verklaring waarin de arbiter verklaart niet vooringenomen te zijn. Vervolgens is een spanningsveld belicht dat verband houdt met de hoeveelheid beschikbare arbiters. In dit verband is aandacht besteed aan een zgn. systeemargument dat in verschillende ICSID-uitspraken naar voren komt en erop neerkomt dat het systeem van (ICSID-)arbitrage juist bestaat bij de gratie van arbitrale voorkennis.

Na dit algemene kader is besproken op welke wijze het *issue conflict* naar voren komt in literatuur, arbitrale wet- en regelgeving en (scheids)rechterlijke uitspraken. Vier verschijningsvormen zijn onderscheiden. De eerste verschijningsvorm had betrekking op de situatie waarin een arbiter gelijktijdig optreedt dan wel in het verleden heeft opgetreden als advocaat in een procedure waarin eenzelfde of een vergelijkbare juridische vraag centraal stond of waaraan eenzelfde of een vergelijkbaar feitencomplex ten grondslag lag. In tegenstelling tot de aandacht die in de literatuur naar deze verschijningsvorm uitgaat, werd opgemerkt dat concrete arbitrale wet- en/of regelgeving vooralsnog achterwege is gebleven. Wel hebben verschillende (scheids)rechters zich over de vraag gebogen hoe deze verschijningsvorm zich verhoudt tot de arbitrale onafhankelijkheid en/of onpartijdigheid. Opmerkelijk was het beeld dat uit bepaalde uitspraken naar voren kwam: er was geen reden om aan te nemen dat een arbiter minder onbevangen zou oordelen indien hij/zij een bepaald standpunt eerder zou hebben verdedigd. Genoteerd werd dat de hoedanigheid van

de arbiter een belangrijke rol speelde. De tweede verschijningsvorm had betrekking op de situatie waarin een arbiter reeds een arbitraal vonnis mede heeft gewezen in een procedure waaraan eenzelfde of een vergelijkbaar feitencomplex ten grondslag lag dan wel waarin eenzelfde of een vergelijkbare juridische vraag centraal stond. In tegenstelling tot de eerste verschijningsvorm was op dit punt wel enige arbitrale regelgeving voorhanden. Deze regelgeving had betrekking op de disclosure-verplichting. De situaties die in (scheids)rechterlijke uitspraken naar voren kwamen, waren divers. Ik verwijs naar de paragraaf waarin verschillende uitspraken worden besproken (par. 6.5.3) en naar de afsluitende samenvatting (par. 6.5.6). De derde verschijningsvorm had betrekking op de situatie waarin een arbiter zich eerder in de hoedanigheid van (partij)deskundige heeft uitgelaten over eenzelfde of een vergelijkbare feitelijke en/of juridische vraag die thans aan hem/haar wordt voorgelegd. In de bestudeerde arbitrale wet- en regelgeving kwam de verschijningsvorm niet met zoveel woorden naar voren; ook in (scheids)rechterlijke uitspraken kwam de verschijningsvorm weinig voor. Wel werd duidelijk dat een dubbelrol in onderhavig verband niet per definitie op gespannen voet met de arbitrale onafhankelijkheid en/of onpartijdigheid hoeft te staan. Ook hier speelde de hoedanigheid waarin het advies is gegeven een belangrijke rol. De vierde verschijningsvorm had betrekking op de situatie waarin een arbiter zich in het kader van een publicatie reeds eerder heeft uitgelaten over eenzelfde of vergelijkbare juridische vraag die thans aan hem/haar wordt voorgelegd. Onder het begrip 'publicatie' werd in onderhavig verband verstaan een schriftelijk werk, maar het kan ook gaan om een mondelinge bijdrage. Bij gebrek aan arbitrale wet- en regelgeving viel de relatief uitvoerige aandacht die in de IBA Guidelines 2014 naar deze verschijningsvorm uitgaat op. De (scheids)rechterlijke uitspraken lieten een diffuus beeld zien. Hoewel naar voren kwam dat een arbiter zich moet kunnen (blijven) uitspreken over (rechts)vragen om een bijdrage aan het debat te kunnen leveren, is de arbitrale uitingenvrijheid niet onbegrensd. Ook in dit verband speelde de hoedanigheid van de arbiter ten tijde van de totstandkoming van de publicatie een belangrijke rol.

347. De factor van de nauwe persoonlijke band

Niet alleen belangen van 'stoffelijk voordeel' stonden in dit hoofdstuk centraal: de vierde factor die werd besproken, zag op de nauwe persoonlijke band tussen een arbiter en een advocaat en/of één van de partijen in de arbitrage. Hoewel de meningen waren verdeeld over de vraag of de factor onder de noemer van de arbitrale onafhankelijkheid of onder de noemer van de arbitrale onpartijdigheid dient te worden geschaard, leken de meningen minder te zijn verdeeld over de aanname dat (gevoelens van) genegenheid invloed kan (/kunnen) hebben op de arbitrale oordeelsvorming. Zowel het gebrek aan één duidelijke begripsomschrijving als de diverse verschijningsvormen van een nauwe persoonlijke band maakten het moeilijk om grip op de factor te krijgen. In dit licht was een weinig verrassende observatie dan ook dat de factor in de bestudeerde arbitrale wet- en regelgeving - met uitzondering van hetgeen in de toelichting op het NAI Arbitragereglement 2015 staat - niet met zoveel woorden naar voren komt.

Door verschillende (scheids)gerechten is wel invulling aan de factor gegeven. Allereerst was aandacht voor drie algemene observaties die tijdens de bestudering van (scheids)rechtspraak naar voren kwamen. Zo viel het op dat, evenals bij de bespreking van de vorige drie factoren, in veel uitspraken een genuanceerde afwijking plaatsvond aan de hand van de omstandigheden van het geval. Daarnaast viel op dat ook in onderhavig verband gewicht werd toegekend aan de specifieke context van bepaalde arbitrages. Deze context zou maken dat het niet verwonderlijk is dat arbiters bepaalde, al dan niet nauwe persoonlijke, banden met een partij en/of haar advocaat onderhouden. Een derde observatie was dat op de bijzondere figuur van de partij-arbiter werd gewezen: het zou niet verwonderlijk zijn dat de mogelijkheid om voor een 'eigen' arbiter te kiezen tot de keuze voor een arbiter leidt waarmee men enige vorm van verwantschap heeft.

Op basis van hetgeen in (scheids)rechterlijke uitspraken naar voren kwam, zijn vijf omstandigheden onderscheiden die tot het oordeel hebben geleid dat sprake was van twijfels aan de arbitrale onafhankelijkheid en/of onpartijdigheid. De eerste omstandigheid hield verband met een zgn. werkrelatie die een arbiter met een advocaat van één van de partijen onderhoudt op basis waarvan een (nauwe) persoonlijke band is ontstaan die (uiteindelijk) kan leiden tot twijfels aan de arbitrale onafhankelijkheid en/of onpartijdigheid. Uit de uitspraken kwam naar voren dat het niet ondenkbaar was dat advocaten een persoonlijke band met (voormalige) cliënten ontwikkelden die tot dergelijke twijfels kan leiden. De tweede omstandigheid hield verband met het gezamenlijk uitoefenen van één (of meer) activiteit(en) door de arbiter en de advocaat van één van de partijen in de arbitrage. Twee verschijningsvormen zijn onderscheiden: i) de situatie waarin de arbiter en de advocaat gezamenlijk het recht beoefenen en ii) de situatie waarin sprake is van een gezamenlijk lidmaatschap. De derde omstandigheid hield verband met een gedeeld studieverleden van de arbiter en de advocaat van één van de partijen. De vierde omstandigheid hield verband met de wijze waarop een arbiter met één van de partijen en/of de advocaat van één van de partijen omgaat. Twee verschijningsvormen zijn onderscheiden: i) de situatie waarin een arbiter de advocaat van één van de partijen tutoyeert en/of andersom en ii) de situatie waarin sprake is van een bepaalde omgang in de privésfeer tussen een arbiter en (de advocaat van) één van de partijen. De vijfde omstandigheid hield verband met de omstandigheid dat een arbiter een digitale band in de vorm van bijvoorbeeld een digitale vriendschap met één van de partijen onderhoudt. In overheidsrechtspraak kwam naar voren dat onder meer wordt gekeken naar de intensiteit en de precieze verhouding tussen de betrokkenen. Hoewel werd opgemerkt dat deze omstandigheid in de arbitrale kinderschoenen staat, kwam ook naar voren dat een dergelijke band op zichzelf genomen geen grond lijkt te zijn die aanleiding geeft tot twijfels aan de arbitrale onafhankelijkheid en/of onpartijdigheid, zo kwam althans naar voren in een zaak die ten overstaan van Franse gerechten speelde.

348. De factor van de institutionele band

De laatste factor was de factor van de institutionele band. Allereerst werd stilgegaan bij het vraagstuk van de zgn. 'institutionele (on)afhankelijkheid'. In dit ver-

band is stilgestaan bij vragen die kunnen rijzen over de organisatiestructuur van een arbitrage-instituut, de wijze waarop het instituut wordt gefinancierd, en de wijze waarop het instituut de benoeming van arbiters heeft ingericht. Vervolgens is besproken op welke wijze in de arbitrale wet- en regelgeving aandacht aan de factor is besteed. Opmerkelijk was dat de factor, met uitzondering van hetgeen in de IBA Guidelines 2014 staat, niet afzonderlijk als grond is genoemd die aanleiding kan geven tot twijfels aan de arbitrale onafhankelijkheid en/of onpartijdigheid. Wel was *ex ante*-regulering aanwezig die afkomstig was van arbitrage-instituten.

Vervolgens werd besproken op welke wijze door (scheids)gerechten invulling aan de factor is gegeven. Allereerst werden enkele (scheids)rechterlijke overwegingen geciteerd waarin de factor in algemene bewoordingen naar voren kwam. Opmerkelijk was de stellingheid waarmee twijfels aan de arbitrale onafhankelijkheid en/of onpartijdigheid van tafel werden geschoven. Vervolgens zijn drie situaties onderscheiden waarin de factor een rol speelde. In de eerste situatie stond een dubbelfunctie van de arbiter centraal: men is niet alleen arbiter, maar ook op enige(rlei) wijze verbonden aan het arbitrage-instituut dat de arbitrage administreert. In dit verband was onder meer aandacht voor twee zaken waarin tot het oordeel was gekomen dat geen sprake was van een oneerlijke benoeming van FINRA-arbiters. In de tweede situatie stond de financiële band tussen de arbiter en een arbitrage-instituut centraal. In dit verband zijn twee uitspraken van twee Amerikaanse Courts of Appeals besproken. In deze uitspraken kwam onder meer naar voren dat een arbiter een bepaald belang mag hebben in het economisch reilen en zeilen van het arbitrage-instituut waaraan hij/zij is verbonden, maar dat het hebben van een substantieel zakelijk belang niet is toegestaan. De derde situatie hield verband met het vraagstuk van de institutionele (on)afhankelijkheid.