

Employment

(...)

23. It is common ground, at any rate in this class of case, that there is a contract between the parties and the arbitrator or arbitrators appointed under a contract and that his or their services are rendered pursuant to that contract. It is not suggested that such a contract provides for ‘employment under a contract of service or of apprenticeship’. The question is whether it provides for ‘employment under... a contract personally to do any work’. There is in my opinion some significance in the fact that the definition does not simply refer to a contract to do work but to ‘employment under’ such a contract. I would answer the question in the negative on the ground that the role of an arbitrator is not naturally described as one of employment at all. I appreciate that there is an element of circularity in that approach but the definition is of ‘employment’ and this approach is consistent with the decided cases.

(...)

41. The arbitrator is in critical respect independent of the parties. His functions and duties require him to rise above the partisan interests of the parties and not to act in, or so as to further, the particular interests of either party. As the International Chamber of Commerce (‘the ICC’) puts it, he must determine how to resolve their competing interests. He is in no sense in a position of subordination to the parties; rather the contrary. He is in effect a ‘quasi-judicial adjudicator’: *K/s Norjarl A/S / Hyundai Heavy Industries Co Ltd* [1992] QB 863, 885.

(...)

43. The Regulations themselves include provisions which would be wholly inappropriate as between the parties and the arbitrator or arbitrators. For example, regulation 22(1) provides:

“Anything done by a person in the course of his employment shall be treated for the purposes of these Regulations as done by his employer as well as by him, whether or not it was done with the employer’s knowledge or approval.”

It is evident that such a provision could not apply to an arbitrator.

(...)

Further, in so far as dominant purpose is relevant, I would hold that the dominant purpose of appointing an arbitrator or arbitrators is the impartial resolution of the dispute between the parties in accordance with the terms of the agreement and, although the contract between the parties and the arbitrators would be a contract for the provision of personal services, they were not personal services under the direction of the parties.

(...)

50. For these reasons I prefer the conclusion of the judge to that of the Court of Appeal. I agree with the judge that the Regulations are not applicable to the selection, engagement or appointment of arbitrators. It follows that I would hold that no part of clause 8 of the JVA is invalid by reason of the Regulations and would allow the appeal on this ground.

(...)

Noot

Stating the obvious? Een arbiter is geen werknemer!

*Marijn De Ruyscher*²

I. HET ARREST

A. Feiten

1. Op 29 januari 1981 sloten de heren Jivraj en Hashwani een joint venture voor vastgoedinvesteringen. De toepassing van Engels recht werd gekozen en er werd voor een arbitrageclausule geopteerd. Daarin stond dat elke partij een arbiter mocht aanduiden en de voorzitter van het arbitraal college moest de voorzitter zijn van de “HH Aga Khan National Council for the United Kingdom”. Er werd uitdrukkelijk bepaald dat alle arbiters gerespecteerde leden van de Ismail-

ische gemeenschap³ moesten zijn en een belangrijke functie daarin moesten uitoefenen.

Toen uiteindelijk enkele geschillen waren ontstaan die niet minnelijk konden worden opgelost, richtte dhr. Hashwani op 31 juli 2008 een verzoek tot arbitrage aan dhr. Jivraj en duidde daarbij Sir Anthony Colman als arbiter aan. Dhr. Hashwani gaf daarbij aan dat hij zich niet gebonden voelde door de vereiste uit de arbitrageclausule dat de arbiters uit de Ismailische gemeenschap moesten komen, omdat deze ver-

² Advocaat te Brussel.

³ Het Ismailisme is een stekking binnen het sjiisme, een ideologische stroming binnen de islam (<http://en.wikipedia.org/wiki/Ismailism>).

eiste een religieuze discriminatie was en aldus in strijd was met de Human Rights Act 1998. In een latere fase argumenteerde hij ook dat deze religieuze vereiste strijdig was met antidiscriminatiewetgeving in arbeidszaken (Employment Equality (Religion or Belief) Regulations 2003).

B. Eerste aanleg

2. De eerste rechter sprak zich op 26 juni 2009 over de zaak uit⁴. Hij oordeelde dat (i) de arbiters geen werknemers zijn in de zin van de antidiscriminatiewetgeving in arbeidszaken, (ii) dat als dit toch het geval zou zijn, het vereiste lidmaatschap van de Ismailische gemeenschap te beschouwen was als een ‘genuine occupational requirement’ en aldus een uitzondering vormde en niet in strijd was met de wetgeving ter zake, en (iii) dat in elk geval het vereiste lidmaatschap niet los te zien was van de rest van de arbitrageclausule, zodat bij strijdigheid met de antidiscriminatiewetgeving de gehele arbitrageclausule nietig zou zijn.

C. Hoger beroep

3. Het Appeal Court had een heel andere mening over de zaak⁵, wat de plotse interesse van de (internationale) arbitragegemeenschap tot gevolg had.

Het Hof oordeelde immers dat de aanstelling van een arbiter in een overeenkomst tot het leveren van diensten kadert, waarbij aan de definitie van ‘employment’ is voldaan. Degene die de arbiter aanstelt is daarbij te beschouwen als een ‘employer’. Onder de antidiscriminatiewetgeving in arbeidszaken was het vereiste lidmaatschap van de Ismailische gemeenschap bijgevolg discriminatoir en onaanvaardbaar. Er was volgens het Hof geen sprake van een ‘genuine occupational requirement’. Het Hof volgde de eerste rechter wel in diens standpunt dat het schrappen van deze vereiste uit de arbitrageclausule deze zodanig zou veranderen, dat daardoor heel de arbitrageclausule onafdwingbaar werd.

D. Supreme Court

4. Uiteindelijk moest het Supreme Court⁶ van het Verenigd Koninkrijk zich over de zaak buigen. Wegens het belang van de zaak voor de internationale arbitragewereld kwamen de bekende arbitrage-instellingen LCIA (London

Court of International Arbitration) en ICC (International Chamber of Commerce) in de procedure tussen.

5. Het Supreme Court erkende dat er een contractuele relatie bestaat tussen arbiters en partijen, via dewelke arbiters hun diensten verlenen. Op de vraag of er in deze relatie sprake is van ‘employment’ in de zin van de antidiscriminatiewetgeving in arbeidszaken, antwoordde het Supreme Court negatief, omdat de rol van de arbiter van nature uit niet zo wordt omschreven.

Het Supreme Court erkende voorts dat de arbiter in essentie onafhankelijk van de partijen fungeert en hoegenaamd niet in een ondergeschikte positie ten aanzien van de partijen staat, net integendeel. Aangezien de bewuste antidiscriminatiewetgeving in arbeidszaken bepalingen bevat die niet te verenigen zijn met de rol van de arbiter, konden deze dan ook niet op de relatie partijen-arbiter van toepassing zijn.

6. Bij wijze van intellectuele uitstap ging het Supreme Court nog na of, indien de bewuste antidiscriminatiewetgeving toch van toepassing zou zijn, de vereiste religieuze kwalificaties van de arbiters geoorloofd zouden zijn. Het Supreme Court oordeelde dat dit het geval was en steunde zich daarbij op één van de basisbeginselen van arbitrage, met name de ruime keuzevrijheid die aan partijen wordt gegeven om de arbitrageprocedure in te richten. In een *concurring opinion* betwijfelt Lord Mance evenwel dat het opleggen van religieuze vereisten aan arbiters gerechtvaardigd of proportioneel is.

E. Besluit

7. Toen het Court of Appeal haar omstreden beslissing nam, ging er een schokgolf door de Engelse en internationale arbitragewereld. Dat een arbiter plots als werknemer van de partijen zou worden gekwalificeerd – zij het voor de toepassing van antidiscriminatiewetgeving – kon verstreckende gevolgen hebben. De tenuitvoerlegging van arbitrale beslissingen in het Verenigd Koninkrijk kon worden geweigerd indien de arbitrage had plaatsgevonden overeenkomstig een op basis van het arrest nietige arbitrageovereenkomst en bepaalde arbitragereglementen die vereisten van nationaliteit aan de arbiter opleggen (zie *infra*, III.B.1.), zouden in het Verenigd Koninkrijk niet langer afdwingbaar zijn⁷.

8. Verschillende auteurs keurden het arrest dan ook af⁸.

⁴ *Jivraj / Hashwani* [2009] EWHC 1364 (comm.).

⁵ *Jivraj / Hashwani* [2010] EWCA Civ 712.

⁶ Sinds 1 oktober 2009 heeft het Supreme Court de rol van hoogste rechtscollege van het Verenigd Koninkrijk van het House of Lords overgenomen (www.supremecourt.gov.uk).

⁷ J. ROGERS en I. JAHN, “Commentary on the case of *Jivraj / Hashwani*”, *Int Arb L R* 2011, 14(3), N12-N13.

⁸ I. YANG, “Nuridin *Jivraj v. Sadruddin Hashwani*: The English Court of Appeal erects a regulatory barrier to appointment of arbitrators in the name of anti-discrimination”, *J Int Arb* 2011, (243) 254; J. TUMBRIDGE, “Arbitration: can you choose your arbitrator or not? *Jivraj / Hashwani*”, *ICCLR* 2011, (201) 203; E. POULTON, R. DAVIES en K. LIM, “United Kingdom” in X, *The Baker & McKenzie International Arbitration Yearbook 2010-2011*, New York, Juris, 2001, 464; J. D’AGOSTINO, “Impartial: Yes. Neutral: maybe not”, *Kluwer Arbitration Blog* 2010, <http://kluwerarbitrationblog.com/blog/2010/09/14/impartial-yes-neutral-maybe-not>; anders: S. ZAIWALLA, “Are arbitrators not human? Are they from Mars? Why should arbitrators be a separate species?”, *J Int Arb* 2011, (273) 281-282.

Niet geheel onverwacht heeft het Supreme Court de beroepsbeslissing nadien evenwel verbroken, waardoor in elk geval de positie van Londen als belangrijke plaats voor internatio-

nale arbitrage is gevrijwaard gebleven, maar ook de internationale arbitragewereld van een gevaarlijk precedent is verlost.

II. EVEN HERHALEN: DE RELATIE ARBITER-PARTIJEN

9. Het besproken arrest geeft de gelegenheid om de precieze relatie tussen arbiters en partijen in herinnering te brengen. Een essentieel kenmerk van arbitrage is dat partijen kunnen kiezen aan wie zij hun geschil ter beslechting voorleggen. Dit is een wezenlijk onderscheid met geschillenbeslechting via de hoven en rechtbanken, waar deze vrijheid niet bestaat en partijen genoeg moeten nemen met de rechters of raadsheren aan wie de zaak volgens de interne organisatieregels wordt toegewezen. Deze vrijheid van partijen om hun eigen arbiters te kiezen, moet weliswaar worden uitgeoefend binnen het wettelijk kader en volgens de arbitrage-reglementen of andere contractuele bepalingen die zij overeenkomen. Indien een partij onwillig is om een arbiter aan te wijzen op het ogenblik dat een geschil ontstaat, kan via tussenkomen van de rechtbank⁹ (*ad hoc* arbitrage) of via beslissingen van arbitrage-instellingen (institutionele arbitrage)¹⁰, deze een arbiter worden opgedrongen.

10. Eens de arbiters zijn aangesteld, stelt zich de vraag naar hun relatie met de partijen, in het bijzonder met de partij die een bepaalde arbiter heeft aangesteld. Er bestaat een grote eensgezindheid dat eens een arbiter is aangesteld, deze zijn rol als onafhankelijke geschillenbeslechter moet vervullen en in geen enkele mate een partij vertegenwoordigt¹¹. Aldus is er geen sprake van een mandaat dat de arbiter van de partij(en) krijgt¹². Toch is er sprake van een contractuele relatie tussen partijen en arbiters, die meestal als *sui generis* wordt omschre-

ven¹³, omdat er een jurisdictioneel kantje aan zit. Partijen kiezen arbiters om hun geschil te beslechten en door de wil van de wetgever is de beslissing van de arbiters, behoudens vernietiging door de rechter, finaal en bindend voor de partijen. Dat arbiters bij institutionele arbitrage eventueel door de arbitrage-instelling worden aangesteld, verandert het karakter van de relatie partijen-arbiters overigens niet¹⁴.

Deze *sui generis*-overeenkomst tussen partijen en arbiter wordt veelal arbitercontract (contrat d'arbitre – arbitrator's contract – Schiedsrichtervertrag) genoemd. Deze overeenkomst komt tot stand op het ogenblik dat de arbiters hun opdracht aanvaarden, maar bestaat niet noodzakelijk op papier¹⁵. Zeker bij institutionele arbitrage volstaat het dat bepaalde afspraken in de akte van opdracht worden vastgelegd, zodat deze akte van opdracht in een bepaalde mate het instrumentum van het arbitercontract zal zijn¹⁶. De typische inhoud van een arbitercontract¹⁷ betreft afspraken omtrent de te betalen erelonen, vergoeding van kosten, betaling van voorschotten, confidentialiteitsverplichtingen, aansprakelijkheidsbeperkingen¹⁸, enz.

11. Met dit in het achterhoofd is het dan ook merkwaardig dat het Court of Appeal de relatie tussen partijen en arbiters als een werkgever-werknemerrelatie kwalificeerde, wat meteen een band van ondergeschiktheid impliceert die onverenigbaar is met de taak die de arbiter moet vervullen. Deze onverenigbaarheid werd terecht door het Supreme Court erkend.

⁹. Art. 1684, 1. Ger.W.

¹⁰. Zie bv. art. 9, 2. en 9, 3. van het CEPINA arbitragereglement en art. 12, 2. en 12, 4. van het ICC arbitragereglement (2012).

¹¹. G. KEUTGEN, "L'arbitrage (1993-2003)", *JT* 2004, 434; P. FOUCHARD, "Les rapports entre l'arbitre et les parties et l'institution arbitrale", *Bull.CCI*, bijz. nr., *Le statut de l'arbitre*, 1995, nr. 16, tevens opgenomen in P. FOUCHARD, *Ecrits*, Parijs, Comité français de l'arbitrage, 2007, 431, nr. 16.

¹². M. STORME en M. VOORDECKERS, "Overzicht van Belgische rechtspraak. Arbitrage (1989-2005)", *TPR* 2005, 1266; R.-O. DALCQ en A. VAN OEVELEN, "La responsabilité de l'arbitre – De aansprakelijkheid van de arbiter" in G.-A. DAL (ed.), *Macht en onmacht van de arbiter*, Brussel, Bruylant, 2003, 24; P. DE BOURNONVILLE, *Droit judiciaire. L'arbitrage*, Brussel, Larcier, 2000, 143. Zie ook art. 4 van de gedragsregels voor CEPINA-procedures: "De op voorstel van een partij benoemde arbiter is noch haar vertegenwoordiger, noch haar mandataris." (bijlage II bij het CEPINA-arbitragereglement, te raadplegen op www.cepina.be).

¹³. G. B. BORN, *International Commercial Arbitration*, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2009, 1608; P. DE BOURNONVILLE, *Droit judiciaire. L'arbitrage*, Brussel, Larcier, 2000, 143; "Principes élémentaires d'un statut de l'arbitre international" in *Rapport de la Commission de l'arbitrage international de la CCI sur le statut de l'arbitre*, *Bull.CCI* mei 1996, 28 e.v.; P. FOUCHARD, "Les rapports entre l'arbitre et les parties et l'institution arbitrale", *Bull.CCI*, bijz. nr., *Le statut de l'arbitre*, 1995, nr. 18, tevens opgenomen in P. FOUCHARD, *Ecrits*, Comité français de l'arbitrage, 2007, 432, nr. 18.

¹⁴. J. SCHÄFER, "The arbitrator as a private judge" in G. KEUTGEN (ed.), *Walking a thin line. What an arbitrator can do, must do or must not do*, Brussel, Bruylant, 2010, 28; M. PIERS, *Sectorale arbitrage*, Antwerpen, Intersentia, 2007, 357; G. KEUTGEN en G.-A. DAL, *L'arbitrage en droit belge et international*, Brussel, Bruylant, 2006, 288. Anders: R.-O. DALCQ en A. VAN OEVELEN, "La responsabilité de l'arbitre – De aansprakelijkheid van de arbiter" in G.-A. DAL (ed.), *Macht en onmacht van de arbiter*, Brussel, Bruylant, 2003, 226.

¹⁵. J. SCHÄFER, "The arbitrator as a private judge" in G. KEUTGEN (ed.), *Walking a thin line. What an arbitrator can do, must do or must not do*, Brussel, Bruylant, 2010, 27.

¹⁶. G. B. BORN, *International Commercial Arbitration*, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2009, 1611; T. CLAY, *L'arbitre*, Parijs, Dalloz, 2001, 541.

¹⁷. Zie de uitgebreide bespreking bij E. ONYEMA, *International Commercial Arbitration and the Arbitrator's Contract*, Oxon, Routledge, 2010, 118-166.

¹⁸. Bij institutionele arbitrage zullen deze aansprakelijkheidsbeperkingen vaak al via het arbitragereglement zijn ingevoerd. Zie voor een overzicht: M. DE RUYSSCHER, "De aansprakelijkheid van arbiters in België", *TBH* 2010, (833) 842-844. Ook het vernieuwde UNCITRAL arbitragereglement (2010), dat voornamelijk voor *ad hoc* arbitrage wordt gebruikt, bevat nu een aansprakelijkheidsbeperking van de arbiters (art. 16).

III. WELKE VEREISTEN WORDEN ER AAN ARBITERS OPGELEGD?

12. Het besproken arrest geeft tevens de gelegenheid om na te gaan aan welke vereisten een arbiter bij het uitvoeren van zijn taak moet voldoen, wat hiervan de bron is en waarom het opleggen van dergelijke vereisten al dan niet nuttig is.

A. Vereisten opgelegd door de wet¹⁹

13. Arbiters moeten eerst en vooral voldoen aan de vereisten die de wet hen oplegt. Volgens de Belgische arbitragewet (deel VI van het Gerechtelijk Wetboek) betekent dit dat een arbiter (i) bekwaam, (ii) onpartijdig en (iii) onafhankelijk moet zijn. Er worden geen bijzondere kwalificaties opgelegd²⁰, zodat ook niet-juristen arbiters kunnen zijn²¹.

De vereiste van bekwaamheid vinden we terug in artikel 1680 Ger.W.²². Wie in het algemeen niet zelfstandig rechtshandelingen kan stellen, kan vanzelfsprekend ook geen arbitrale beslissingen vellen. De vereiste onpartijdigheid en onafhankelijkheid volgt uit artikel 1690, 1. Ger.W. dat bepaalt dat arbiters bij gebrek hieraan kunnen worden gewraakt²³. Deze vereisten liggen in lijn met wat buitenlandse arbitragewetgeving uitdrukkelijk voorschrijft, zowel wat betreft de vereiste bekwaamheid²⁴, onpartijdigheid²⁵ als onafhankelijkheid²⁶, al legt niet elke arbitragewet (uitdrukkelijk) elk van deze drie vereisten op²⁷. Sommige buitenlandse arbitragewetten leggen bovendien religieuze vereisten aan de arbiters op²⁸.

14. Onrechtstreeks legt ook artikel 298 Ger.W. een vereiste op. Dit artikel bepaalt dat de leden van hoven, rechtbanken, parketten en griffies niet tegen bezoldiging in een scheidsgerecht mogen optreden. Het niet behoren tot deze groep van personen is dus tevens een vereiste om als arbiter (in een normale bezoldigde arbitrage) te kunnen fungeren.

B. Vereisten opgelegd door de partijen

15. Ook de partijen die ervoor opteren om hun geschillen via arbitrage te beslechten, leggen vaak vereisten op waaraan arbiters moeten voldoen. Dit kan ofwel onrechtstreeks gebeuren via de keuze voor een bepaald arbitragereglement (voornamelijk bij institutionele arbitrage) ofwel rechtstreeks door in de arbitrageovereenkomst bepaalde vereisten op te nemen. Beiden kunnen uiteraard ook worden gecombineerd. We bespreken hieronder welke vereisten er vaak onrechtstreeks en rechtstreeks door partijen worden opgelegd en welke de motieven hiervoor zijn. Vervolgens gaan we na wat de gevolgen zijn indien niet aan de opgelegde vereisten is voldaan.

1. Onrechtstreeks

16. Wanneer partijen ervoor opteren om hun geschil te onderwerpen aan een arbitragereglement, ofwel in het kader van een institutionele arbitrage (bv. CEPINA, ICC) ofwel in het kader van een *ad hoc* arbitrage (bv. via het UNCITRAL arbitragereglement), dan kiezen zij er voor, al dan niet bewust, om bijkomende vereisten aan de arbiters die hun geschil gaan beslechten, op te leggen. Dit kan een bevestiging zijn van hetgeen reeds door de arbitragewetgeving wordt vereist ofwel geheel nieuwe vereisten. De volgende vereisten komen in belangrijke arbitragereglementen aan bod:

(i) Onafhankelijkheid en/of onpartijdigheid

17. Sommige arbitragereglementen vereisen enkel dat de arbiter onafhankelijk is. Zie bijvoorbeeld artikel 10.1 van het CEPINA-arbitragereglement²⁹ dat bepaalt dat uitsluitend personen die onafhankelijk zijn ten opzichte van de partijen

¹⁹. De toepasselijke arbitragewet of *lex arbitri* wordt in principe ook door de partijen gekozen, door middel van de keuze van de plaats van arbitrage.

²⁰. G. KEUTGEN en G.-A. DAL, *L'arbitrage en droit belge et international*, T. I, *Le droit belge*, Brussel, Bruylant, 2006, 222.

²¹. Dit is niet in alle landen het geval. Art. 15.1 van de Spaanse arbitragewet (2003) vereist dat, behoudens akkoord van partijen en indien er niet volgens billijkheid uitspraak mag worden gedaan, de alleenzettelende arbiter een jurist moet zijn. Bij een arbitraal college moet minstens één arbiter een jurist zijn. Tot vóór een wetswijziging in 2011 vereiste dit artikel dat bij nationale arbitrage de arbiters niet alleen jurist maar zelfs advocaat moesten zijn. Hierop kwam kritiek omdat deze voorwaarde ook voor meerhoofdige arbitrale colleges gold. Ook de nieuwe regeling blijft niet zonder kritiek, aangezien het begrip 'jurist' voor interpretatie vatbaar blijkt (zie hierover M. DEL PILAR PERALES VISCASILLAS, "La reforma de la Ley de Arbitraje (Ley 11/2011, de 20 de Mayo)", *Revista de arbitraje comercial y de inversiones* 2011, 685-687).

²². "Ieder die bekwaam is tot het aangaan van een overeenkomst kan arbiter zijn, met uitzondering van, zelfs ontvoogde, minderjarigen, van personen wie een gerechtelijk raadsman is toegevoegd en van hen die onherroepelijk zijn uitgesloten van het kiesrecht of in de uitoefening van het kiesrecht zijn geschorst."

²³. "Arbiters kunnen worden gewraakt wanneer er omstandigheden zijn die gerechtvaardigde twijfel doen ontstaan over hun onpartijdigheid of onafhankelijkheid."

²⁴. Art. 1450 Code de procédure civile (Frankrijk); art. 1023 Nederlandse arbitragewet; § 7 Zweedse arbitragewet.

²⁵. Art. 12(2) UNCITRAL modelwet; art. 1033 Nederlandse arbitragewet; § 1036 ZPO (Duitsland); § 8 Zweedse arbitragewet.

²⁶. Art. 12(2) UNCITRAL modelwet; art. 1033 Nederlandse arbitragewet; § 1036 ZPO (Duitsland).

²⁷. H. VAN HOUTTE, "Les critères de récusation de l'arbitre" in X, *Les arbitres internationaux*, Parijs, Société de législation comparée, 2005, 95.

²⁸. N. BLACKABY en C. PARTASIDES met A. REDFERN en M. HUNTER, *Redfern and Hunter on International Arbitration*, Oxford, Oxford University Press, 2009, 259; D. LAMÉTHE, "Portraits de groupe d'arbitres internationaux" in X, *Les arbitres internationaux*, Parijs, Société de législation comparée, 2005, 40-41.

²⁹. Te raadplegen op www.cepina.be.

en hun raadslieden en die de gedragsregels opgenomen in bijlage II naleven, als arbiter in een CEPINA-arbitrage kunnen optreden. Ook de vorige versie van het ICC-arbitragereglement (1998) vereiste enkel onafhankelijkheid.

Andere arbitragereglementen vereisen dat arbiters zowel onpartijdig als onafhankelijk moeten zijn. Dit wordt bijvoorbeeld vereist door artikel 11.1 van het ICC-arbitragereglement (2012)³⁰, artikel 14(1) van het SCC-arbitragereglement³¹, artikel 15 van het DIS-arbitragereglement³², artikel 5.2 van het LCIA-arbitragereglement³³, artikel 19 van het CIETAC-arbitragereglement³⁴ en artikel 11-12 van het UNCITRAL-arbitragereglement (2010)³⁵.

(ii) Nationaliteit en kwalificatie van de alleenzetelende arbiter/voorzitter van het arbitraal college

18. Enkele arbitragereglementen bepalen uitdrukkelijk dat de voorzitter van het arbitraal college een andere nationaliteit dan de partijen moet hebben. Dit dient de neutraliteit van de internationale arbitrageprocedure³⁶. Zoals hoger reeds aangegeven vertegenwoordigt een arbiter echter hoegenaamd niet de partij die hem heeft aangesteld. Het lijkt dan ook vooral over een gevoelsmatige zaak te gaan, al mag zeker ook de wijze waarop verschillende nationaliteiten (en dus rechtssystemen) bepaalde problematieken benaderen niet worden onderschat. Als een partij bijvoorbeeld zwak staat op het vlak van schriftelijk bewijs, kan het voordelig zijn om een arbiter te hebben uit een land waar getuigenbewijs minstens zo belangrijk is³⁷.

Als voorbeeld kunnen we verwijzen naar artikel 13.5 van het ICC-arbitragereglement (2012) dat als regel oplegt dat de alleenzetelende arbiter of de voorzitter van het arbitraal college een andere nationaliteit moet hebben dan de partijen. De regel is echter niet absoluut en in gepaste omstandigheden en behoudens verzet van de partijen kan hiervan worden afge-

weken. Artikel 13(5) van het SCC-arbitragereglement is iets genuanceerder. Enkel indien de partijen een verschillende nationaliteit hebben, moet de alleenzetelende arbiter of de voorzitter van het arbitraal college een andere nationaliteit hebben, tenzij de partijen anders zijn overeengekomen of indien het SCC dit gepast acht. Artikel 6 van het LCIA-arbitragereglement bepaalt ongeveer hetzelfde dan dit van het SCC, maar zegt er nog uitdrukkelijk bij dat de nationaliteit van partijen tevens de nationaliteit van haar controleaandeelhouders inhoudt.

19. Artikel 2.3 van het DIS-arbitragereglement legt bovendien de vereiste op dat de alleenzetelende arbiter of de voorzitter van het arbitraal college een jurist moet zijn. Dit zal de facto ook bij de andere arbitrage-instellingen het geval zijn en is uiteraard bedoeld om zoveel mogelijk garanties te hebben dat de arbitrageprocedure rechtsgeldig en efficiënt zal verlopen³⁸.

20. Arbitragereglementen van sectorale arbitrage-instellingen leggen vaak gedetailleerde vereisten, zoals lidmaatschap van de bewuste sectorale vereniging of ervaring in de sector, aan de arbiter op³⁹.

(iii) Diverse benoemingscriteria die de arbitrage-instelling hanteert

21. In situaties waar partijen er niet in slagen om arbiters aan te wijzen of hiertoe onwillig zijn, in geval van meerpartijenarbitrages of gewoon omdat het reglement dit zo voorschrijft, zal de arbitrage-instelling zelf tot de benoeming van arbiters overgaan. Hierbij zal zij bepaalde criteria hanteren vooraleer een arbiter te benoemen. We denken hierbij aan de vereiste juridische ervaring (in functie van de waarde van het geschil), kennis van het toepasselijk recht, bekendheid met arbitrage (inzonderheid in het geval er slechts één arbiter moet worden aangesteld), nationaliteit (in geval van een

³⁰. Het arbitragereglement van de arbitrage-instelling van de International Chamber of Commerce is te raadplegen op www.iccwbo.org/ICCDRSRules.

³¹. Het arbitragereglement van het Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce is te raadplegen op www.sccinstitute.com.

³². Het arbitragereglement van het Deutsche Institution für Schiedsgerichtsbarkeit is te raadplegen op www.dis-arb.de.

³³. Het arbitragereglement van het London Court of International Arbitration is te raadplegen op www.lcia.org.

³⁴. Het arbitragereglement van de China International Economic and Trade Commission is te raadplegen op www.cietac.org.

³⁵. Het arbitragereglement uitgevaardigd door de United Nations Commission on International Trade Law (dat zelf geen arbitrage-instelling is, maar een arbitragereglement aanbiedt voor *ad hoc* arbitrage) is te raadplegen op www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/arb-rules-revised/arb-rules-revised-2010-e.pdf.

³⁶. G. B. BORN, *International Commercial Arbitration*, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2009, 1440. Volgens Wilske is het in Duitse nationale *ad hoc* arbitrages met betrekking tot aandeelhoudersgeschillen zelfs niet ongebruikelijk dat er een Zwitserse voorzitter van het arbitraal college wordt aangesteld, omdat neutraliteit belangrijker wordt aanzien dan kennis van het toepasselijk recht (S. WILSKE, "Ad hoc arbitration in Germany" in K.-H. BÖCKSTIEGEL, S. M. KRÖLL en P. NACIMIENTO (eds.), *Arbitration in Germany. The Model Law in Practice*, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2007, 815).

³⁷. Zie over de invloed van juridische achtergrond op bewijsvoering in arbitrage: S. H. ELSING, "The influence of the English language: a gradual acceptance of Anglo-American legal culture in international arbitration" in S. KRÖLL, L. A. MISTELIS, P. PERALES VISCASILLAS en V. ROGERS (eds.), *International arbitration and international commercial law: synergy, convergence and evolution*, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2011, 85-94; W. W. PARK, "Arbitrators and Accuracy", *J Int Disp Res* 2009, (1) 10-14.

³⁸. S. ELSING, "Section 2 – Selection of arbitrators" in K.-H. BÖCKSTIEGEL, S. M. KRÖLL en P. NACIMIENTO (eds.), *Arbitration in Germany. The Model Law in Practice*, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2007, 671.

³⁹. G. B. BORN, *International Commercial Arbitration*, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2009, 1456; M. PIERS, *Sectorale arbitrage*, Antwerpen, Intersentia, 2007, 167-170.

internationale arbitrage), talenkennis (actieve kennis van de taal van de procedure, maar ook passieve kennis van de taal van het dossier om vertaal- en tolkkosten te vermijden). De diverse arbitragereglementen bevatten op dit punt slechts algemene bewoordingen en niet de precieze criteria die worden gehanteerd. Dit zorgt ervoor dat benoemingen met de nodige flexibiliteit kunnen gebeuren. Te strikte – geschreven – regels zouden ertoe kunnen leiden dat er in een bepaald geval géén geschikte arbiters kunnen worden gevonden. Flexibele – ongeschreven of geheime – regels bieden hiertoe de nodige zekerheid.

Artikel 9.1 van het CEPINA-arbitragereglement bepaalt dat bij de keuze van arbiters door het benoemingscomité of de voorzitter van CEPINA rekening wordt gehouden met “*de beschikbaarheid, de kwalificaties en de bekwaamheid van de arbiter om de arbitrage te voeren overeenkomstig dit reglement*”. Artikel 13.1 van het ICC-arbitragereglement (2012) geeft aan dat het ICC bij de bevestiging of benoeming van arbiters rekening zal houden met “*the prospective arbitrator’s nationality, residence and other relationships with the countries of which the parties or the other arbitrators are nationals and the prospective arbitrator’s availability and ability to conduct the arbitration in accordance with the Rules*”⁴⁰. Het SCC zal bij het benoemen van arbiters dan weer rekening houden met “*the nature and circumstances of the dispute, the applicable law, the seat and language of the arbitration and the nationality of the parties*”. (art. 13(6) SCC-arbitragereglement).

2. Rechtstreeks

22. Partijen kunnen er ook voor opteren om in de arbitrage-overeenkomst zelf bepaalde vereisten aan de arbiter op te leggen⁴¹, zoals ook in het besproken arrest het geval was. Volgende vereisten zijn denkbaar: nationaliteit, beroep(skwalificatie), beroepservaring⁴² (in bepaalde domeinen van het recht en/of met het voeren van (complexe) arbitrages), minimumleeftijd, talenkennis. Het is ook mogelijk dat omgekeerd te werk wordt gegaan en personen die aan bepaalde voorwaarden voldoen worden uitgesloten⁴³: niet de nationa-

liteit van de partijen, géén advocaten, géén lid van een bepaalde beroepsvereniging.

23. Het voordeel van het opleggen van dergelijke vereisten is dat partijen echt heel specifiek de arbiters kunnen kiezen die later mogelijke geschillen gaan beslechten. Het grote gevaar schuilt er echter in dat op het ogenblik dat het geschil zich daadwerkelijk voordoet, er misschien geen arbiters kunnen worden gevonden die bijvoorbeeld Spaanstalig zijn, twintig jaar ervaring hebben in verzekeringen, advocaat zijn, al minimum vijf arbitrageprocedures hebben volbracht, én ook nog eens onpartijdig, onafhankelijk en beschikbaar zijn. Indien geen arbiters kunnen worden gevonden die aan alle opgelegde vereisten voldoen, is de arbitrageclausule onwerkzaam en zullen de partijen zich noodgedwongen tot de gewone rechtbanken moeten richten. Bovendien kan een contract tot een resem verschillende geschillen aanleiding geven (gaande van de geldigheid van de overeenkomst tot de kwaliteit van het geleverde goed) zodat de nuttige ervaring van de arbiter slechts gekend is op het ogenblik dat het geschil ontstaat en niet reeds bij de contractsluiting⁴⁴.

Het is dan ook raadzaam om slechts vereisten in een arbitrageclausule op te nemen indien deze vereisten:

- (a) *niet te specifiek* van aard zijn (bv. advocaat – Belgische nationaliteit) en er dus zeker arbiters kunnen worden gevonden⁴⁵; en
- (b) *duidelijk en objectief* zijn en er geen discussie tussen de partijen over de al dan niet vervulling van de voorwaarden kan ontstaan (wat het geval kan zijn indien er vage vereisten worden opgelegd zoals ‘met voldoende ervaring’ of ‘met hoog aanzien’)⁴⁶.

C. Gevolgen indien aan de opgelegde vereisten niet werd voldaan

24. Indien één of meerdere arbiters worden benoemd die niet aan de door de wet of partijen gestelde vereisten beantwoorden, is het scheidsgerecht onregelmatig samengesteld. Dit kan leiden tot de wraking van de arbiters in het geval van omstandigheden die gerechtvaardigde twijfel doen ont-

⁴⁰. Zie hierover P. HEITZMANN, “The International Chamber of Commerce (ICC)” in P. GOLA, G. GÖTZ STAEHELIN en K. GRAF (eds.), *Institutional Arbitration. Tasks and Powers of different Arbitration Institutions*, Zurich, Schulthess, 2009, 127-128.

⁴¹. G. KEUTGEN en G.-A. DAL, *L’arbitrage en droit belge et international*, T. I, *Le droit belge*, Brussel, Bruylant, 2006, 221-222; J. D. LEW, L. A. MISTELIS en S. M. KRÖLL, *Comparative international commercial arbitration*, Den Haag, Kluwer Law International, 2003, 235; M. LOOYENS, “Commentaar bij art. 1692 Ger.W.” in *Gerechtelijk recht. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Mechelen, Kluwer, losbl., 2; art. 19 van de English Arbitration Act 1996 bepaalt uitdrukkelijk dat de rechtbank hiermee moet rekening houden: “*In deciding whether to exercise, and in considering how to exercise, any of its powers under section 16 (procedure for appointment of arbitrators) or section 18 (failure of appointment procedure), the court shall have due regard to any agreement of the parties as to the qualifications required of the arbitrators.*”

⁴². Zie voor enkele voorbeelden bij T. CLAY, *L’arbitre*, Parijs, Dalloz, 2001, 436.

⁴³. Zie art. 1692, 1. Ger.W.: “*Partijen kunnen in de overeenkomst tot arbitrage bepalen dat bepaalde groepen van personen van het vervullen van de functie van arbiter zijn uitgesloten.*” en G. KEUTGEN en G.-A. DAL, *L’arbitrage en droit belge et international*, T. I, *Le droit belge*, Brussel, Bruylant, 2006, 223.

⁴⁴. N. BLACKBAY en C. PARTASIDES met A. REDFERN en M. HUNTER, *Redfern and Hunter on International Arbitration*, Oxford, Oxford University Press, 2009, 259.

⁴⁵. M. PIERS, *Sectorale arbitrage*, Antwerpen, Intersentia, 2007, 164.

⁴⁶. G. B. BORN, *International Commercial Arbitration*, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2009, 1455; G. KEUTGEN en G.-A. DAL, *L’arbitrage en droit belge et international*, T. I, *Le droit belge*, Brussel, Bruylant, 2006, 223.

staan over de onpartijdigheid en de onafhankelijkheid van de arbiters (art. 1690 Ger.W.) en indien er bij de samenstelling van het scheidsgerecht geen rekening is gehouden met de uitsluiting van bepaalde groepen van personen overeenkomstig artikel 1692, 1. Ger.W. (art. 1692, 2. Ger.W.). Volgens Van Compernelle kunnen ook andere opgelegde vereisten via het mechanisme van wraking worden gesanctioneerd⁴⁷.

Bovendien bepaalt artikel 1704, 2., f) Ger.W. dat een arbitrale uitspraak kan worden vernietigd indien uitspraak is gedaan door een op onregelmatige wijze samengesteld scheidsgerecht⁴⁸. Een partij die tijdens de arbitrageprocedure weet dat het arbitraal college onregelmatig is samengesteld maar er zich op dat ogenblik niet op beroept, kan later echter niet meer op die basis de nietigverklaring vorderen

(art. 1704, 4. Ger.W.).

25. De onregelmatige samenstelling van het arbitraal college zal tevens de tenuitvoerlegging van de arbitrale uitspraak kunnen verhinderen onder toepassing van artikel V.1(d) van het Verdrag van New York⁴⁹, dat de tenuitvoerlegging van internationale arbitrale uitspraken in de 146 lidstaten⁵⁰ bij het verdrag regelt.

26. Het is dan ook raadzaam dat arbiters, die geconfronteerd worden met specifiek door partijen opgelegde vereisten, deze partijen schriftelijk laten verklaren dat de arbiters voldoen aan deze vereisten en dat zij afstand doen om zich later op een argument van onregelmatigheid op dit punt te beroepen⁵¹.

⁴⁷. J. VAN COMPERNOLLE, "L'arbitre et le Code judiciaire", *RDIDC* 2005, 25.

⁴⁸. B. HANOTIAU en O. CAPRASSE, "L'annulation des sentences arbitrales", *JT* 2004, 421-422.

⁴⁹. Art. V.1(d) van de New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards bepaalt: "*Recognition and enforcement of the award may be refused, at the request of the party against whom it is invoked, only if that party furnishes to the competent authority where the recognition and enforcement is sought, proof that: (...) (d) The composition of the arbitral authority or the arbitral procedure was not in accordance with the agreement of the parties, or, failing such agreement, was not in accordance with the law of the country where the arbitration took place.*" (te raadplegen op www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/NY-conv/XXII_1_e.pdf).

⁵⁰. Op 14 maart 2012.

⁵¹. N. BLACKABY en C. PARTASIDES met A. REDFERN en M. HUNTER, *Redfern and Hunter on International Arbitration*, Oxford, Oxford University Press, 2009, 259.