

Arbitrage, afstand van recht en artikel 6 EVRM

TvA 2017/20

Parties that opt for arbitration are, to a certain extent, free to organize the arbitral process. The exact scope of this freedom is unclear, especially where fundamental rights of the European Convention of Human Rights (ECHR) are at stake. This article focuses on the relationship between Article 6 ECHR and waivers of recourse against arbitral awards. By means of such waivers, parties exclude, in advance, their right to set aside proceedings against an arbitral award. A recent decision of the European Court of Human Rights (1 March 2016, Appl. no. 41069/12) sheds more light on the compatibility of waivers of recourse with Article 6 ECHR. This article analyses the decision of the European Court and addresses questions such as: must parties, who have agreed to exclude the right to set an award aside, be regarded as having waived all of their rights guaranteed by Article 6 ECHR? To what extent could states be held responsible for violations of Article 6 ECHR during arbitration proceedings? And, are states allowed to avoid responsibility, by limiting the grounds on which arbitral awards may be set aside?

1. Inleiding

In onder meer Zwitserland, België en Frankrijk kunnen partijen onder voorwaarden een zogenoemde ‘uitsluitingsovereenkomst’ sluiten.² Door middel van een dergelijke overeenkomst doen partijen op voorhand afstand van het recht tot aantasting van een arbitraal vonnis door de overheidsrechter.³ Het is de vraag in hoeverre de uitsluitingsovereenkomst verenigbaar is met art. 6 EVRM. In de uitspraak *Çukurova/Sonera* van mei 2015 is de Hoge Raad op dit punt stellig:

“[A]ngenomen [moet worden] dat art. 6 EVRM zich niet ertegen verzet dat partijen een beding overeenkomen waarbij zij op voorhand afstand doen van het recht om een arbitraal vonnis in een geding ten overstaan van de overheidsrechter aan te tasten.”⁴

De stelligheid van de Hoge Raad is opvallend, omdat het Europese Hof voor de Rechten van de Mens (hierna: EHRM) zich op dat moment nog niet had uitgelaten over de verenigbaarheid van de uitsluitingsovereenkomst met art. 6 EVRM en in de literatuur over deze vraag discussie bestond.⁵ In een recente beslissing van het EHRM lijkt de Hoge Raad echter gelijk te krijgen. Het EHRM verklaarde in de zaak *Tabbane/Zwitserland* de klacht dat art. 6 EVRM was geschonden omdat de klager als gevolg van een uitsluitingsovereenkomst geen vordering tot vernietiging had kunnen instellen, niet-ontvankelijk.⁶

De zaak *Tabbane* roept vragen op over de precieze verhouding tussen vrijwillige arbitrage en het EVRM. Blijkens de jurisprudentie van het EHRM dient een overeenkomst tot arbitrage niet noodzakelijkerwijs te worden gezien als een afstand van *alle* rechten beschermd door art. 6 EVRM.⁷ Wat geldt echter indien partijen de vordering tot vernietiging contractueel hebben uitgesloten? Kunnen zij in dat geval *wel* worden geacht afstand te hebben gedaan van al hun rechten onder art. 6 EVRM? En hoever reikt de verantwoordelijkheid van staten voor de gang van zaken tijdens een particuliere geschilbeslechtingsprocedure?

Om meer inzicht in deze vragen te krijgen, zal de uitspraak *Tabbane* in dit artikel worden geanalyseerd (par. 4-7). Eerst zullen de feiten van deze uitspraak kort worden besproken (par. 2) en eerdere jurisprudentie van het EHRM en literatuur over de verhouding tussen arbitrage en art. 6 EVRM worden belicht (par. 3).

2. EHRM 1 maart 2016, 41069/12 (*Tabbane/Zwitserland*)

De zaak *Tabbane* draaide om een in Zwitserland gevoerde arbitrageprocedure. Naar Zwitsers recht kunnen partijen op grond van art. 192 lid 1 van de *Loi fédérale sur le droit international privé* (LDIP) rechtsgeldig een uitsluitingsovereenkomst sluiten:

1 Mr. M.W. Knigge is universitair docent Burgerlijk recht aan de Universiteit Leiden. Mr. P.L.F. Ribbers is als PhD-fellow Burgerlijk procesrecht verbonden aan de Universiteit Leiden. De auteurs danken prof. mr. H.J. Snijders voor zijn waardevolle commentaar op een eerdere versie van dit artikel.
2 Zie art. 192 lid 1 van de Zwitserse *Loi fédérale sur le droit international privé*; art. 1718 van het Belgische *Gerechdelijk Wetboek*; art. 1522 van de Franse *Code de procédure civile*; art. 51 van de Zweedse *Lag om skiljeförfarande*.
3 Zie over de uitsluitingsovereenkomst onder meer: N. Krausz, ‘Waiver of Appeal to the Swiss Federal Tribunal: Recent Evolution of the Case Law and Compatibility with ECHR, Article 6’, *Journal of International Arbitration* 2011, afl. 2, p. 137-162, D.A.M.H.W. Strik & J.B.J. Hoefnagel, Uitsluitingsovereenkomsten en het consultatie-wetsontwerp herziening arbitrage-wetgeving: een gemiste kans?, *TvA 2012/20*; L. Guglya, ‘Waiver of Annulment Action in Arbitration: Progressive Development globally, Realities in and Perspectives for the Russian Federation (“Different Beds – Similar Dreams?”)’, in: A.J. Bělohávek & N. Rozehnalová (red.), *Party autonomy versus autonomy of arbitrators*, Czech (& Central European) yearbook of arbitration, Huntington, NY: Juris 2012, M. Scherer, ‘The fate of parties’ agreements on judicial review of awards: a comparative and normative analysis of party-autonomy at the post-award stage’, *Arbitration International* 2016, afl. 3. Vgl. specifiek met het oog op uitsluitingsovereenkomsten en ICSID: M. Blome, ‘Contractual waiver of Article 52 ICSID: a solution to the concerns with annulment?’, *Arbitration International* 2016, afl. 4.

4 HR 1 mei 2015, ECLI:NL:HR:2015:1194, NJ 2015/454, m.nt. L. Strikwerda (*Çukurova/Sonera*), r.o. 3.3.6. Vgl. ook de uitspraak van het Zwitserse *Tribunal fédéral* in de zaak *Tabbane* van 4 januari 2012, 4A.238/2011, r.o. 3.2.
5 Zie bijv. A. Samuel, ‘Arbitration, Alternative Dispute Resolution Generally and the European Convention on Human Rights’, *Journal of International Arbitration* 2004/5, p. 427; J.C. Landrove, ‘European Convention on Human Rights’ Impact on Consensual Arbitration – An État des Lieux of Strasbourg Case-Law and of a Problematic Swiss Law’, in: S. Besson, H. Hottelier en F. Werro (red.), *Human Rights Recentered*, Troisième Cycle des Facultés de droit de Berne, Fribourg, Genève, Lausanne et Neuchâtel 2006, p. 98-99; Krausz 2011, p. 158; Strik & Hoefnagel 2012, par. 3.
6 EHRM 1 maart 2016, 41069/12 (*Tabbane/Zwitserland*).
7 EHRM 23 februari 1999, 31737/96 (*Suovaniemi c.s./Finland*).

“Si deux parties n'ont ni domicile, ni résidence habituelle, ni établissement en Suisse, elles peuvent, par une déclaration expresse dans la convention d'arbitrage ou un accord écrit ultérieur, exclure tout recours contre les sentences du tribunal arbitral; elles peuvent aussi n'exclure le recours que pour l'un ou l'autre des motifs énumérés à l'art. 190, al. 2.”

Wanneer twee partijen woonachtig noch gevestigd zijn in Zwitserland, dan staat het hen vrij afstand van recht tot aantasting te doen door middel van een uitdrukkelijke verklaring in de arbitrageovereenkomst dan wel door middel van een latere schriftelijke overeenkomst. Het is vaste jurisprudentie dat onmiskenbaar uit de verklaring moet blijken dat beide partijen gebruik hebben willen maken van art. 192 lid 1 LDIP.⁸ Niet alleen zijn de bewoordingen van de verklaring van belang; ook moet sprake zijn van een wederkerige afstand. Aan de hand van een interpretatie van de verklaring zal worden bepaald of de afstand rechtsgeldig is.⁹

In de zaak *Tabbane/Zwitserland* ging Tabbane, een zakenman uit Tunesië, een samenwerkingsverband aan met het Franse bedrijf Colgate-Palmolive Services SA. Om deze samenwerking nader (juridische) vorm te geven, sloten partijen een 'Option Agreement' af. Onderdeel van deze overeenkomst vormde een arbitragebeding op grond waarvan geschillen beslecht zouden worden door een scheidsgerecht van drie arbiters en in overeenstemming met de ICC Rules. Partijen bepaalden niet zelf de plaats van arbitrage, maar kwamen overeen dat de arbitrage zou worden gehouden in een land dat door arbiters zou worden gekozen. Daarnaast bevatte het arbitragebeding de volgende clausule:

“The decision of the arbitration shall be final and binding and neither party shall have any right to appeal such decision to any court of law.”

In augustus 2008 maakte Colgate een arbitrale procedure aanhangig naar aanleiding van een geschil dat tussen partijen was ontstaan. Het scheidsgerecht koos Genève als plaats van arbitrage. In maart 2011 beslechtte het scheidsgerecht het geschil in het voordeel van Colgate. Tabbane stapte vervolgens naar het *Tribunal fédéral* en vorderde primair vernietiging van het arbitrale vonnis. De 'Zwitserse Hoge Raad' verklaarde de vordering niet-ontvankelijk nu het partijen op grond van art. 192 lid 1 LDIP vrijstond de aantasting van een arbitraal vonnis door een overheidsrechter uit te sluiten. Tabbane legde zijn zaak voor aan het EHRM. Hij stelde ten eerste dat Zwitserland zijn recht op toegang tot een gerecht ex art. 6 EVRM en art. 13 EVRM schond doordat hij geen mogelijkheid had gehad een vernietigingsprocedure aanhangig te maken. Daarnaast klaagde hij dat art. 6 EVRM was geschonden doordat de arbitrageprocedure niet eerlijk

was verlopen. Het Hof verklaarde het verzoek van Tabbane niet-ontvankelijk.

3. Arbitrage en artikel 6 EVRM

Over de verhouding tussen art. 6 EVRM en arbitrage is al veel geschreven.¹⁰ Ook het EHRM heeft zich in enkele uitspraken over deze verhouding uitgelaten.

Het EHRM maakt in zijn jurisprudentie onderscheid tussen vrijwillige en verplichte arbitrage. Indien sprake is van verplichte arbitrage, dient de procedure te voldoen aan alle waarborgen die zijn neergelegd in art. 6 EVRM.¹¹ Dit is anders in het geval van vrijwillige arbitrage. In de zaak *Deweert/België* overwoog het EHRM dat het EVRM er in beginsel niet aan in de weg staat dat partijen door middel van een overeenkomst tot arbitrage afstand doen van hun recht op toegang tot een gerecht. Wel moet de afstand van recht aan bepaalde voorwaarden voldoen.¹² Deze voorwaarden zijn verder uitgewerkt in latere jurisprudentie van het EHRM. Er zit enige variatie in de precieze voorwaarden die het EHRM hanteert, maar in ieder geval geldt dat de afstand van recht vrijwillig dient te zijn gedaan.¹³ Zowel een uitdrukkelijke als een stilzwijgende afstand van recht is toelaatbaar, zolang de afstand ondubbelzinnig geschiedt.¹⁴ Voor procedurele rechten geldt voorts dat de afstand van recht omkleed moet zijn met een minimum aan waarborgen die overeenstemmen met de ernst ervan.¹⁵ Ten slotte mag de afstand van recht niet in strijd komen met enig belangrijk openbaar belang.¹⁶

8 Zie onder meer: *Tribunal fédéral* 11 januari 2010, 4A.258/2009; *Tribunal fédéral* 22 maart 2007, 4P.172/2006; *Tribunal fédéral* 31 oktober 2005, 4P.198/2005 en *Tribunal fédéral* 4 februari 2005, 4P.236/2004.

9 *Tribunal fédéral* 11 januari 2010, 4A.258/2009, r.o. 2.2. Vgl. Krausz 2011, p. 147 en 162.

10 Zie bijv. O. Jacot-Guillarmod, 'L'arbitrage privé face à l'article 6 § 1 de la Convention européenne des Droits de l'Homme', in: F. Matscher & H. Petzold (red.), *Protecting Human Rights: The European Dimension/Protection des droits de l'homme: la dimension européenne*, Keulen/Berlijn/Bonn/München: Carl Heymanns 1988, p. 281-294; R.A. Lawson, 'Arbitrage en artikel 6 EVRM: vrijheid in gebondenheid', *TvA* 1996/4 (p. 157-166); M. Kuijter, *The blindfold of Lady Justice: Judicial Independence and Impartiality in Light of the Requirements of Article 6 ECHR* (diss. Leiden 2004), p. 140-143; Samuel 2004, p. 413-437; F.J.M. De Ly, 'Arbitration and Human Rights', in: DIS (red.), *The relevance of public international law in international commercial arbitration*, Keulen: Deutsche Institution für Schiedsgerichtsbarkeit 2005, p. 29-52; S. Besson, 'Arbitration and Human Rights', *ASA Bulletin* 2006/3, met op p. 413-415 een verwijzing naar veel andere bronnen; Landrove 2006, p. 73-101; A. Jaksic, 'Procedural Guarantees of Human Rights in Arbitration Proceedings. A Still Unsettled Problem?', *Journal of International Arbitration* 2007/2, p. 159-171; K. Svobodová, 'Application of the Article 6(1) of the ECHR in International Commercial Arbitration', 2010, p. 108-121; Krausz 2011; G.J. Meijer, *Overeenkomst tot arbitrage*, Deventer: Kluwer 2011, p. 46 e.v.

11 Zie het rapport van de Europese Commissie van 12 december 1983 in de zaak *Bramelid en Malmström/Zweden*, 8588/79 en 8589/79, nr. 30; zie voorts bijv. EHRM 28 oktober 2010, 1643/06 (*Suda/Tsjechië*), r.o. 49.

12 EHRM 27 februari 1980, 6903/75, *NJ* 1980/561 (*Deweert/België*), r.o. 49; zie ook reeds de beslissing van de Europese Commissie van 5 maart 1962 in de zaak *X/Duitsland*, 1197/61. Zie voorts bijv. EHRM 25 mei 1999, 46483/99 (*Pastore/Italië*).

13 Zie bijv. EHRM 27 februari 1980, 6903/75, *NJ* 1980/561 (*Deweert/België*), r.o. 49; EHRM 10 februari 1983, 7299/75 en 7496/76, *NJ* 1987/315 (*Albert en Le Compte/België*), r.o. 35; EHRM 25 mei 1999, 46483/99 (*Pastore/Italië*).

14 Zie bijv. EHRM 21 februari 1990, 11855/85 (*Håkansson en Sturesson/Zweden*), r.o. 66; EHRM 23 februari 1999, 31737/96 (*Suovaniemi c.s./Finland*).

15 Zie bijv. EHRM 25 februari 1992, 10802/84, *NJ* 1994/117, m.nt. E.J. Dommering (*Pfeifer en Plankl/Oostenrijk*), r.o. 37; EHRM 15 september 2009, 1742/05 (*Eiffage/Zwitserland*).

16 EHRM 21 februari 1990, 11855/85 (*Håkansson en Sturesson/Zweden*), r.o. 66; EHRM 24 juli 2008, 14659/04 en 16855/04 (*Dorozhko en Pozharskiy/Estland*), r.o. 46. Vgl. Meijer 2011, p. 69 waarin wordt gesproken over 'enig essentieel openbaar belang'.

Dat partijen door middel van een overeenkomst tot arbitrage afstand kunnen doen van hun recht op toegang tot de overheidsrechter, betekent niet dat art. 6 EVRM in het geheel geen rol speelt in het kader van arbitrage. In de zaak *Suovaniemi/Finland* overwoog het Hof dat een dergelijke afstand van recht niet noodzakelijkerwijs moet worden gezien als een afstand van *alle* rechten beschermd door art. 6 EVRM. Daarnaast benadrukte het Hof dat een afstand van recht enkel mogelijk is voor zover die afstand 'toelaatbaar' is: een dergelijke afstand kan toelaatbaar zijn met betrekking tot sommige rechten, maar niet met betrekking tot andere.¹⁷ Voordat getoetst kan worden aan de vereisten voor afstand van recht, dient kortom eerst vastgesteld te worden of die afstand met betrekking tot dit recht wel toelaatbaar is.

Bij het oordeel of rechtsgeldig afstand van recht is gedaan, speelt ook het (nationaal) wettelijke kader rond arbitrage een rol. In de zaak *Suovaniemi* kwam het EHRM tot de conclusie dat in de specifieke omstandigheden van die zaak¹⁸ rechtsgeldig afstand van het recht op een onafhankelijk en onpartijdig gerecht was gedaan. Het Hof gaf aan dat het bij zijn beslissing rekening had gehouden met het wettelijk kader rond arbitrage dat in Finland gold en met de controle die de nationale rechter binnen dat kader uitoefende.¹⁹ Daaraan voegde het Hof toe dat verdragsstaten een aanzienlijke beoordelingsvrijheid hebben bij het regelen van de vernietigbaarheid van arbitrale vonnissen, aangezien de vernietiging van een reeds gewezen arbitraal vonnis vaak zal betekenen dat een lange en kostbare arbitrageprocedure nutteloos is geweest en dat arbeid en geld moet worden geïnvesteerd in een nieuwe procedure.²⁰ Eerder overwoog de Europese Commissie in de zaak *Nordström c.s./Nederland* al dat het in principe aan iedere verdragsstaat zelf is om te bepalen op welke gronden een arbitraal vonnis vernietigd dient te worden.²¹

Opvallend aan de hierboven besproken jurisprudentie is dat staten veel ruimte wordt gelaten. In geen van de ons bekende zaken waarin geklaagd werd over een schending van het EVRM in het kader van een vrijwillige arbitrage, achtte het

EHRM het EVRM geschonden.²² Ook de uitspraak *Tabbane* past in deze lijn.²³

Dit wil niet zeggen dat het EVRM niet van belang is in het kader van arbitrage. In de literatuur wordt over het algemeen aangenomen dat art. 6 EVRM tot op zekere hoogte in acht dient te worden genomen tijdens een arbitrageprocedure.²⁴ Immers, volgens het Hof moet de enkele overeenkomst tot arbitrage niet noodzakelijkerwijs worden gezien als een afstand van *alle* rechten beschermd door art. 6 EVRM. In de literatuur gaat men er meestal vanuit dat partijen door te kiezen voor arbitrage afstand doen van het recht op toegang tot de overheidsrechter, maar dat de enkele overeenkomst tot arbitrage nog geen afstand inhoudt van het recht op een eerlijke en gelijke behandeling en het recht op onafhankelijkheid en onpartijdigheid.²⁵ De uitspraak *Tabbane* roept de vraag op wat geldt op het moment dat partijen een uitsluitingsovereenkomst hebben gesloten: kunnen zij dan wel worden geacht volledig afstand te hebben gedaan van art. 6 EVRM?

In de literatuur wordt voorts aangenomen dat verdragsstaten tot op zekere hoogte verantwoordelijk kunnen worden gehouden voor schendingen van het EVRM begaan tijdens een arbitrage.²⁶ Deze (vermeende) staatsaansprakelijkheid wordt in de literatuur over het algemeen gebaseerd op het feit dat de staat een exequatur heeft verleend of op het feit dat de staat onvoldoende controle heeft gehouden op arbitrage (de nationale rechter heeft bijvoorbeeld geweigerd een arbitraal vonnis te vernietigen).²⁷ Uit de uitspraak *Tabbane* lijkt te volgen dat de staat van de plaats van arbitrage in vergaande mate zijn aansprakelijkheid zou kunnen ontlopen. Indien partijen een uitsluitingsovereenkomst hebben gesloten, kan de rechter van de plaats van arbitrage immers niet meer tot vernietiging overgaan en lijkt de staat dientengevolge ook niet meer verantwoordelijk gehou-

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

18 In deze zaak hadden klagers tijdens de arbitrageprocedure aangegeven een van de arbiters, M., te willen wraken omdat M. als juridisch adviseur van een bepaalde vennootschap was opgetreden en wellicht nog steeds als zodanig optrad. M. ontkende dit, maar gaf aan zich als arbiter terug te zullen trekken indien er twijfels bestonden over zijn onpartijdigheid. Daarop lieten klagers hun bezwaren varen en stemden expliciet in met M. als arbiter. Naar eigen zeggen vonden klagers later tijdens de arbitrageprocedure een brief, waaruit bleek dat M. in het verleden wel degelijk juridisch advies aan de betreffende vennootschap had gegeven. Toch besloten klagers M. niet te wraken. Nadat al hun vorderingen door arbiters waren afgewezen, vorderden zij vernietiging van het arbitrale vonnis bij de Finse overheidsrechter wegens onder meer een gebrek aan partijdigheid van M.

19 Zie ook reeds verschillende beslissingen van de Europese Commissie: ECRM 4 maart 1987, 10881/84 (*R/Zwitserland*); ECRM 22 oktober 1996, 23173/94 (*Molin/Turkije*); ECRM 27 november 1996, 28101/95, NJ 1997/505, m.nt. P.J. Boon (*Nordström c.s./Nederland*).

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

21 ECRM 27 november 1996, 28101/95, NJ 1997/505, m.nt. P.J. Boon (*Nordström c.s./Nederland*).

22 Zie EHRM 23 februari 1999, 31737/96 (*Suovaniemi c.s./Finland*); EHRM 25 mei 1999, 46483/99 (*Pastore/Italië*); EHRM 16 december 2003, 35943/02 (*Transado-Transportes Fluviais do Sado/Portugal*); EHRM 15 september 2009, 1742/05 (*Eiffage/Zwitserland*). In het verleden strandden klachten over schendingen van het EVRM in het kader van een vrijwillige arbitrage steevast bij de Europese Commissie; zie ECRM 5 maart 1962, 1197/61 (*X/Duitsland*); ECRM 4 maart 1987, 10881/84 (*R/Zwitserland*); ECRM 13 juli 1990, 11960/86 (*Axelsson c.s./Zweden*); ECRM 2 december 1991, 18479/91 (*Jakob Boss Söhne KG/Duitsland*); ECRM 22 oktober 1996, 23173/94 (*Molin en Tahir Molu/Turkije*); ECRM 27 november 1996, 28101/95, NJ 1997/505, m.nt. P.J. Boon (*Nordström c.s./Nederland*). Zie over de liberale houding van het Hof ten opzichte van arbitrage ook Samuel 2004, p. 416, p. 437.

23 Zie ook J.A. Rueda García & M. Vedovatti, 'The European Court of Human Rights endorses the parties' voluntary waiver of the right to annul an award in the seat of arbitration (apropos *Tabbane/Switzerland*)', *Spain Arbitration Review* 2016/26, nr. 21.

24 Zie bijv. Lawson 1996, p. 159 e.v.; Besson 2006, m.n. p. 4000, nr. 20; Landrove 2006, p. 76 e.v.; Jaksic 2007; Svobodová 2010, p. 111-113, p. 119; Krausz 2011, p. 155-158; Meijer 2011, p. 74 e.v.

25 Zie bijv. Lawson 1996, p. 161; De Ly 2005; Landrove 2006, p. 86-87, p. 90, p. 98; Jaksic 2007, p. 165-166, p. 168, p. 171; Meijer 2011, p. 75; p. 85-86, p. 89-90.

26 Jacot-Guillarmod 1988, p. 294; Besson 2006, m.n. p. 404-405, nr. 30 e.v.; Landrove 2006, p. 90-93; Jaksic 2007, p. 162; Svobodová 2010, p. 117-119; Meijer 2011, p. 82-84.

27 Zie bijv. Lawson 1996, p. 161 e.v., p. 166; De Ly 2005; Landrove 2006, p. 92-93, p. 100; Jaksic 2007, p. 162; Krausz 2011, p. 155-156; Svobodová 2010, p. 119; Meijer 2011, p. 82-84 en H.J. Snijders, *Nederlands Arbitragerecht. Een artikelsgewijs commentaar op de art. 1020-1076 Rv*, Deventer: Kluwer 2011, p. 40-41.

den te kunnen worden voor de gang van zaken tijdens de arbitrage. De vraag is waar zich de grenzen bevinden van de beoordelingsvrijheid die staten hebben bij het regelen van de vernietigbaarheid van arbitrale vonnissen. Zou een staat zelfs kunnen bepalen dat de rechter *nooit* overgaat tot vernietiging van een arbitraal vonnis, dus zonder dat vereist is dat partijen hiertoe een expliciete uitsluitingsovereenkomst hebben gesloten? Kan de staat waar de arbitrage plaatsvindt, op deze manier helemaal uitkomen onder aansprakelijkheid op grond van art. 6 EVRM?

Om meer inzicht in deze vragen te krijgen, zal de uitspraak *Tabbane* hieronder geanalyseerd worden. In het kader van de eerste klacht van *Tabbane*, die inhoudt dat Zwitserland het recht op toegang tot een gerecht heeft geschonden door geen toegang tot een vernietigingsprocedure te bieden, toetst het EHRM of aan de vereisten voor afstand van recht is voldaan. Als kader voor de onderhavige analyse worden daarom de voorwaarden genomen die het EHRM blijkens zijn jurisprudentie aan een rechtsgeldige 'waiver' stelt.

4. Vrijwillig afstand doen

Zoals in par. 3 reeds naar voren kwam, dient een rechtsgeldige afstand van recht 'vrijwillig' te geschieden ('of his own free will'). Voor het EHRM is het duidelijk in de onderhavige zaak: *Tabbane* heeft uitdrukkelijk²⁸ en vrijwillig afstand gedaan van de mogelijkheid om eventueel toekomstige geschillen voor te leggen aan de overheidsrechter. Er bestaat geen enkele aanwijzing ('aucune indication') dat *Tabbane* onder dwang gehandeld zou hebben, hetgeen hij bovendien ook niet heeft gesteld.²⁹ Bij de overwegingen van het Hof kunnen twee opmerkingen geplaatst worden met het oog op de grenzen van het 'vrijwillig' afstand doen.

Hoewel betoogd kan worden dat de eis van 'vrijwillig afstand doen' een feitelijke toets betreft, is het allereerst spijtig dat het Hof niet enige woorden wijdt aan 'indication[s]' die tot een ander oordeel hadden kunnen leiden.³⁰ In eerdere jurisprudentie van het Hof en de Europese Commissie wordt veelal niet meer aangegeven dan dat enige vorm van dwang afwezig dient te zijn³¹ en dat enige vorm van economische dwang niet onmiddellijk een 'onvrijwillige' afstand betekent.³² Ook de onderhavige uitspraak past in dit rijtje. De vraag is echter wat geldt indien een zwakke(re) partij afstand van recht tot aantasting heeft gedaan, bijvoorbeeld in

het kader van sport-arbitrage.³³ Het Zwitserse *Tribunal fédéral* sprak zich in maart 2007 uit over de vraag of de afstand van recht tot aantasting door een professionele tennisser rechtsgeldig was.³⁴ Om zich aan te kunnen sluiten bij de internationale tennisbond, de *Association of Tennis Professionals* (ATP), was tennisser Cañas akkoord gegaan met het reglement van deze bond. Dit reglement bevatte een arbitragebeding voor het *Court of Arbitration for Sport* (CAS) alsook een uitsluiting van de mogelijkheid om CAS-uitspraken aan te tasten. Na tevergeefs een dopingschorsing ten overstaan van het CAS aangevochten te hebben, probeerde Cañas de arbitrale uitspraak van het CAS te laten vernietigen door de overheidsrechter. De ATP beriep zich vervolgens op het uitsluitingsbeding. Het *Tribunal fédéral* verwierp dit beroep. Hoewel de afstand van recht formeel was opgesteld volgens art. 192 LDIP, was de afstand in casu niet bindend nu geen sprake was van vrijwilligheid. Hierbij achtte het gerecht van belang dat de tennisser in een zwakke onderhandelingspositie stond ten opzichte van de ATP. Juist de mogelijkheid om een voor een sporter nadelige uitspraak aan te laten tasten door de overheidsrechter moest open blijven staan om een eventuele schending van fundamentele beginselen en procedurele waarborgen te kunnen corrigeren.³⁵

In de zaak *Tabbane* lijkt geen sprake te zijn van ongelijkwaardigheid tussen partijen, zodat begrijpelijk is dat het Hof op deze kwestie niet nader ingaat. Immers, er is sprake van een geschil tussen professionele partijen zonder dat één van hen klaarblijkelijk³⁶ in een zwakke onderhandelingspositie verkeerde ten tijde van het aangaan van de arbitrageovereenkomst.³⁷ De vraag, die na deze zaak blijft bestaan, is dan ook hoe het EHRM zal oordelen als sprake is van een sporter, consument, werknemer of andere – als veelal 'sociaal zwak(ke)' te kwalificeren – partij.³⁸

Onze tweede opmerking betreft het feit dat het Hof in zijn uitspraak sterk benadrukt dat een buitenlandse partij die kiest voor arbitrage in Zwitserland, geenszins *verplicht* is om de mogelijkheden tot aantasting van het arbitrale vonnis uit te sluiten; zij kan voor deze uitsluiting vrijwillig kiezen.³⁹ Gezien het belang dat het Hof lijkt te hechten aan de keuzevrijheid van partijen, is het de vraag of een verdragsstaat op grond van art. 6 EVRM ook bevoegd is om arbitrale vonnissen *zonder meer* onvernietigbaar te maken, dus zonder dat partijen hier expliciet voor kiezen. Ruim dertig jaar geleden

28 Het woord 'uitdrukkelijk' ('expressément') lijkt in casu niet ontleend te zijn aan de jurisprudentie van het Hof rondom *waivers*, maar te verwijzen naar de (letterlijke) bewoordingen van art. 192 lid 1 LDIP, vgl. par. 5.

29 EHRM 1 maart 2016, 41069/12 (*Tabbane/Zwitserland*), r.o. 29.

30 Ook tijdens de procedure voor het *Tribunal fédéral* werd niet nader ingegaan op de eis van 'vrijwilligheid' (*Tribunal fédéral* 4 januari 2012, 4A.238/2011).

31 ECRM 27 november 1996, 28101/95 (*Nordström c.s./Nederland*): 'sous la contrainte'. Vgl. in dit opzicht ook: ECRM 17 mei 1995, 22506/93 (*Lundren/Zweden*); EHRM 27 februari 1980, 6903/75 (*Deweert/België*).

32 Impliciet: ECRM 13 juli 1990, 11960/86 (*Axelsson c.s./Zweden*) waarin verzoekers niet-ontvankelijk verklaard werden in hun beroep op ongeldigheid van het arbitragebeding. De Europese Commissie gaat niet nader in op de stelling van verzoekers dat '(...) it was economically essential to join MTEA'. Vgl. ECRM 9 april 1997, 24118/94 (*Hedland/Zweden*).

33 Vgl. Jaksic 2007, p. 161 en J. Łukomski, 'Arbitration clauses in sport governing bodies' statutes: consent or constraint? Analysis from the perspective of Article 6(1) of the European Convention on Human Rights', *The International Sports Law Journal* 2013, afl. 1.

34 *Tribunal fédéral* 22 maart 2007, 4P.172/2006. Zie over deze uitspraak ook: C. Brunner, 'Rechtsmittelverzicht in der Internationalen Schiedsgerichtsbarkeit: eine Standortbestimmung nach dem Canas-Urteil', *Aktuelle juristische Praxis* 2008, afl. 6, p. 738-751.

35 *Tribunal fédéral* 22 maart 2007, 4P.172/2006, r.o. 4.3.2.2 en 4.3.2.3.

36 Alhoewel Colgate wel een beursgenoteerd miljardenbedrijf is (www.forbes.com/companies/colgate-palmolive/).

37 Vgl. M.V. Benedettelli, 'Human rights as a litigation tool in international arbitration: reflecting on the ECHR experience', *Arbitration International* 2015, afl. 4, p. 650.

38 Bijvoorbeeld met het oog op de procedure die schaatsster Pechstein heeft lopen voor het EHRM tegen Zwitserland (67474/10). Vgl. *Bundesgerichtshof* 7 juni 2016, KZR 6/15.

39 EHRM 1 maart 2016, nr. 41069/12 (*Tabbane/Zwitserland*), r.o. 34.

voerde België een bepaling in op grond waarvan het in geval van een internationale arbitrage niet mogelijk was een vordering tot vernietiging in te stellen.⁴⁰ De verwachting was dat deze onmogelijkheid tot vernietiging België een 'Paradise for Arbitration' zou maken,⁴¹ maar deze verwachting is niet uitgekomen.⁴² In 1998 is de bepaling geschrapt. Ook in een dergelijk geval, waarin de wet helemaal geen mogelijkheid tot vernietiging biedt, valt te betogen dat partijen vrijwillig afzien van aantastingsmogelijkheden door hun keuze voor deze specifieke staat als plaats voor hun arbitrage. De uitspraak *Tabbane* lijkt echter te impliceren dat dit onvoldoende is volgens het Hof; een *expliciete* keuze voor afwezigheid van de mogelijkheid om vernietiging te vorderen, lijkt vereist. Wellicht is de afstand van recht in een dergelijk geval – waarin de afstand enkel volgt uit de keuze voor de plaats van arbitrage – niet *ondubbelzinnig* genoeg. Dit brengt ons op de volgende eis die het Hof in zijn jurisprudentie aan een rechtsgeldige 'waiver' stelt.

5. Ondubbelzinnig afstand doen

Partijen dienen ondubbelzinnig ('in an unequivocal manner') afstand van recht te doen. In de uitspraak *Tabbane* zoekt het EHRM aansluiting bij de interpretatie die het *Tribunal fédéral* heeft gebruikt om te bepalen wat de reikwijdte is van de woorden: 'neither party shall have any right to appeal such decision to any court of law'. Het Zwitserse gerecht is bij het vaststellen van de wil van partijen tot de conclusie gekomen dat partijen met voornoemde woorden elke vorm van aantasting ('tout recours') hebben uitgesloten.⁴³ In het licht van de tekst van de uitsluitingsbepaling, oordeelt het EHRM dat de conclusie van het Zwitserse gerecht arbitrair noch onredelijk lijkt.⁴⁴

Door aansluiting te zoeken bij de interpretatie van het *Tribunal fédéral*, aanvaardt het EHRM de lijn die het Zwitserse gerecht heeft ingezet vanaf 2005.⁴⁵ In februari van dat jaar sprak het *Tribunal fédéral* uit dat een expliciete verwijzing naar art. 192 LDIP niet langer een voorwaarde was voor een rechtsgeldige uitsluitingsclausule.⁴⁶ Toch zijn er begrenzungen aan de wijze waarop afstand van recht kan worden gedaan. Partijen hebben bijvoorbeeld niet rechtsgeldig af-

stand van hun recht tot aantasting gedaan wanneer zij in algemene bewoordingen aangeven dat zij het vonnis als definitief ('sans appel') beschouwen.⁴⁷ Mede gelet op het feit dat de wetsbepaling op grond waarvan arbitrale uitspraken vernietigd kunnen worden (art. 190 lid 1 LDIP) al naar voren brengt dat een arbitrale uitspraak definitief is, is voornoemde verwoording te algemeen, aldus het *Tribunal fédéral*.⁴⁸ In Zwitserland is ook een zgn. indirecte *waiver* ('renonciation indirecte'), waarmee partijen door middel van een verwijzing naar bijvoorbeeld een procesreglement afstand van recht tot aantasting doen, niet voldoende. Volgens het *Tribunal fédéral* kan hieruit niet de wil tot afstand van alle partijen worden afgeleid.⁴⁹

De Nederlandse wetgever gaf bij de voorbereidingen voor de modernisering van de Arbitragewet in 2014 expliciet aan dat art. 1065 Rv van dwingend recht is en het partijen 'daarom' niet is toegestaan van de vernietigingsprocedure afstand te doen.⁵⁰ Wel voorziet het nieuwe art. 1064a lid 5 Rv in de mogelijkheid voor partijen om – voorafgaande aan, tijdens dan wel na de arbitrale procedure⁵¹ – afstand te doen van hun recht op beroep in cassatie.⁵² Uit de parlementaire geschiedenis bij deze bepaling blijkt dat voor het beding tot afstand 'geen enkel' vormvereiste geldt. Niet alleen kan de afstand in algemene voorwaarden of in een cognossement worden opgenomen, zelfs het in algemene zin⁵³ afstand doen 'van mogelijke rechtsmiddelen' zou onder dit vijfde lid kunnen ressorteren, aldus de wetgever.⁵⁴

In de zaak *Tabbane* was de clausule, waarbij het 'right to appeal' was uitgesloten, opgenomen in de overeenkomst zelf en dus niet 'verstopt' in een arbitragereglement. Wél was sprake van andere omstandigheden die aanleiding hadden

40 Het was slechts mogelijk een vordering tot vernietiging in te stellen, indien ten minste een van partijen een natuurlijke persoon van Belgische nationaliteit was, of een natuurlijke persoon met verblijfplaats in België, of een rechtspersoon die in België werd opgericht of er een succursale of enige bedrijfszetel had. Zie H. Verbist, 'De vernietiging van de arbitrale uitspraak na de hervorming van het Belgisch arbitragerecht door de Wet van 19 mei 1998', *T.P.R.* 1999, afl. 4.

41 Zie M. Storme, 'Belgium: A Paradise for International Commercial Arbitration', *International Business Lawyer* 1986, p. 294-295. Vgl. A. Vanderelst, 'Increasing the Appeal of Belgium as an International Arbitration Forum' – The Belgian Law of March 27, 1985 Concerning the Annulment of Arbitral Awards', *Journal of International Arbitration* 1986, afl. 2, p. 77-86 en H.G. Gharavi, *The international effectiveness of the annulment of an arbitral award*, Den Haag: Kluwer Law International 2002, p. 25 e.v.

42 Verbist 1999, p. 1758-1760.

43 EHRM 1 maart 2016, 41069/12 (*Tabbane/Zwitserland*), r.o. 30. Zie: *Tribunal fédéral* 4 januari 2012, 4A.238/2011, r.o. 2.2.4.

44 EHRM 1 maart 2016, 41069/12 (*Tabbane/Zwitserland*), r.o. 30.

45 Zie: *Tribunal fédéral* 4 februari 2005, 4P.236/2004. Vgl. Krausz 2011, p. 140-144 en Rueda García & Vedovatti 2016, nr. 31-35.

46 *Tribunal fédéral* 4 februari 2005, 4P.236/2004, r.o. 4.2.3.1.

47 *Tribunal fédéral* 1 december 2004, 4P.62/2004, r.o. 1.2 welke uitspraak *Tribunal fédéral* 19 december 1990, ATF 116 II 639 bevestigt. Vgl. *Tribunal fédéral* 29 oktober 2013, 4A.93/2013, r.o. 3.

48 *Tribunal fédéral* 11 januari 2010, 4A.258/2009, r.o. 2.2.

49 *Tribunal fédéral* 6 juni 2007, 4A.18/2007, r.o. 3.2. Vgl. *Tribunal fédéral* 1 maart 2011, 4A.514/2010, r.o. 4.1.1 en *Tribunal fédéral* 4 februari 2005, 4P.236/2004, r.o. 4.2.1. Vgl. D. Baizeau, 'Waiving the Right to Challenge an Arbitral Award Rendered in Switzerland: Caveats and Drafting Considerations for Foreign Parties', *International Arbitration Law Review* 2005, afl. 3 en Krausz 2011, p. 140-141 en p. 148.

50 *Kamerstukken II* 2013/14, 33611, 5, p. 18. Vgl. H.J. Sniijders, 'Alweer (?) een nieuwe Arbitragewet', in: *Arbitragerecht, op de scheidslijn van oud naar nieuw?* (NVVP deel 30), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2015, p. 33-34 en G.J. Meijer, 'De nieuwe Arbitragewet (2015) en internationale arbitrage', in: *Arbitragerecht, op de scheidslijn van oud naar nieuw?* (NVVP deel 30), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2015, p. 71-72.

51 *Kamerstukken II* 2013/14, 33611, 5, p. 17.

52 Art. 1064a lid 5 Rv borduurt hiermee voort op hetgeen reeds was besloten in HR 4 juni 2010, ECLI:NL:HR:2010:BL9546. Evenwel: '(...) tenzij een van hen een natuurlijk persoon is niet handelend in de uitoefening van een beroep of bedrijf'. Vgl. *Kamerstukken II* 2012/13, 33611, 3, p. 39.

53 Vgl. voor de situatie in bijv. Engeland: *House of Lords* 30 juni 2005 (*Lesotho Highlands Dev. Auth./Impregilo SpA*) [2005] UKHL 43, r.o. 3 (*Lord Steyn*), over artikel 69 *Arbitration Act* 1996 en de mogelijkheid om middels verwijzing naar artikel 28.6 van de *ICC Rules* 1998 (in de versie van 2012: art. 34 lid 6) 'a right of appeal on a question of law' uit te sluiten. Zie voorts P. Capper en D. Sabharwal, 'Section 69 and the "Interventionism" of English Courts', *Kluwer Arbitration Blog* 23 september 2009. Tot een vergelijkbaar oordeel kwam het *High Court* van Singapore in 2012, zie: *High Court* 31 juli 2012 (*Daimler South East Asia Pte Ltd/Front Row Investment Holdings (Singapore) Pte Ltd*).

54 *Kamerstukken II* 2013/14, 33611, 5, p. 17. Vgl. G.J. Meijer, 'Commentaar op art. 1064a Rv, aant. 6', in: *Tekst & Commentaar Burgerlijke Rechtsvordering* (online, actueel t/m 1 januari 2016).

kunnen geven tot twijfel over de ondubbelzinnigheid van de verklaring. Partijen hadden in deze zaak niet zelf gekozen voor arbitrage in Zwitserland; de keuze voor de zetel was aan arbiters overgelaten. Bij het opstellen van de contractsbepaling dat 'any right to appeal' is uitgesloten, zullen partijen kortom niet specifiek het oog hebben gehad op art. 192 LDIP. Aangezien nog altijd meer landen *niet* de mogelijkheid van een uitsluitingsovereenkomst kennen dan wel, is het de vraag of *Tabbane* – ten tijde van de door hem gedane afstand van het recht tot aantasting – had kunnen voorzien dat de drie arbiters zouden kiezen voor Zwitserland als zetel, alwaar de uitsluiting van vernietigingsprocedures ten overstaan van de overheidsrechter wettelijk is verankerd. Het EHRM besteedt aan dit aspect in zijn uitspraak geen aandacht.

In de zaak *Tabbane* kwam ook de vraag, of de clausule van partijen enkel leidde tot uitsluiting van de mogelijkheid tot vernietiging, of dat deze clausule bijvoorbeeld ook aan het (buitengewone) rechtsmiddel van herroeping ('révision') in de weg stond, niet aan de orde. Uit eerdere jurisprudentie van het *Tribunal fédéral* blijkt dat het onduidelijk is of een algemeen geformuleerde afstand van recht óók de mogelijkheid tot herroeping omvat.⁵⁵ Of het EHRM akkoord zou gaan met een dergelijke uitsluiting van de herroeping, blijft dus vooralsnog onzeker.

Tot slot roept de in de inleiding aangehaalde uitspraak van de Hoge Raad in de zaak *Çukurova*, waarin het Nederlandse 'asymmetrische' rechtsmiddelenverbod in het kader van de exequaturprocedure centraal stond, vragen op over de precieze reikwijdte van een uitsluitingsovereenkomst. Volgens de Hoge Raad kan een uitsluitingsovereenkomst die partijen in het kader van een buitenlandse arbitrage hebben gesloten, mede een rechtsgeldige afstand inhouden van het beginsel van 'equality of arm' in de Nederlandse exequaturprocedure. De Hoge Raad wijst wel op de voorwaarden die het EHRM aan een rechtsgeldige afstand van recht stelt, waaronder het vereiste van ondubbelzinnigheid.⁵⁶ Het eerdere oordeel van het Hof Amsterdam, dat volgens de Hoge Raad aldus moet worden verstaan dat van een dergelijke rechtsgeldige afstand van recht sprake was, blijft in cassatie in stand. Dit is opvallend, omdat er in deze zaak bij de ondubbelzinnigheid van de afstand van recht nog wel vraagtekens gezet konden worden. Beseften partijen – ten tijde van het sluiten van de uitsluitingsovereenkomst – dat deze overeenkomst hen in een ongelijke positie zou kunnen plaatsen in het kader van een buitenlandse exequaturprocedure? Hierbij is van belang is dat het in de *Çukurova*-zaak om een Zwitserse uitsluitingsovereenkomst ging, en dat dergelijke overeenkomsten naar Zwitsers recht enkel *wederkerig* kunnen worden gesloten. In dat opzicht gingen partijen van een gelijke behandeling uit.⁵⁷

6. Minimum aan waarborgen

Een afstand van recht dient omgeven te zijn met een minimum aan waarborgen die overeenstemmen met de ernst ervan ('attended by minimum safeguards commensurate to its importance').⁵⁸ In het kader van deze toets is van belang van welk recht afstand wordt gedaan; hoe 'gewichtiger' het recht is, hoe strenger de vormvereisten die gesteld worden aan de afstand, dienen te zijn.⁵⁹

In de zaak *Tabbane* hecht het Hof in dit verband waarde aan de volgende omstandigheden: *Tabbane* heeft een eigen arbiter kunnen kiezen, het *Tribunal fédéral* heeft *Tabbane* gehoord en rekening gehouden met alle feitelijke en juridische elementen die van belang waren voor de oplossing van het geschil. Tot slot komt de motivering van het Zwitserse gerecht het EHRM niet arbitrair voor. Opvallend is dat het Hof bij deze toets omstandigheden meeweegt die hebben plaatsgevonden *nadat* de afstand van recht is gedaan.

7. Niet in strijd met enig belangrijk openbaar belang

Een laatste eis die het EHRM volgens vaste rechtspraak stelt aan een rechtsgeldige 'waiver' is dat deze niet in strijd mag komen met enig belangrijk openbaar belang ('not run counter to any important public interest'). Ook al is een afstand van recht nog zo ondubbelzinnig en vrijwillig gedaan, niet altijd mag deze afstand door de staat worden geaccepteerd. Over dit vereiste vallen de volgende opmerkingen te maken.

7.1 Het EHRM toetst niet (expliciet) aan dit vereiste

Opvallend is dat het EHRM het 'openbaar belang'-vereiste in de uitspraak *Tabbane* niet noemt⁶⁰ en er ook niet expliciet aan toetst.⁶¹ Toch komt de vraag of de staat in casu een waiver mocht accepteren wel degelijk aan de orde, zij het via een andere route. *Nadat* het EHRM heeft vastgesteld dat aan alle vereisten voor afstand van recht is voldaan, gaat het namelijk nog apart in op de vraag of Zwitserland door middel van art. 192 LDIP wellicht ontoelaatbaar het recht op toegang tot een gerecht heeft beperkt. Men zou denken dat de kous af is met de conclusie dat rechtsgeldig afstand van recht is gedaan en dat hiermee vaststaat dat art. 6 EVRM niet is geschonden. Het Hof ziet het feit dat Zwitserland partijen de *mogelijkheid* biedt een uitsluitingsovereenkomst te sluiten echter kennelijk als een beperking van het recht op toegang tot de rechter en toetst of deze beperking verenigbaar is met art. 6 EVRM. Het Hof past de beoordelingskaders van afstand van recht door een *partij* en beperking van een recht door de *verdragsstaat* in deze uitspraak dus naast elkaar toe. Aldus gaat het EHRM in feite toch nog in op de vraag of afstand van recht in dit geval eigenlijk wel door Zwitserland toegelaten mocht worden.

55 *Tribunal fédéral* 2 juli 1997, 4P.265/1996, *ASA Bulletin* 1997, afl. 3, r.o. 1a; *Tribunal fédéral* 14 augustus 2008, 4A.234/2008.

56 HR 1 mei 2015, ECLI:NL:HR:2015:1194, *NJ* 2015/454, m.nt. L. Strikwerda (*Çukurova/Sonera*), r.o. 3.3.6.

57 Vgl. ook het cassatiemiddel, HR 1 mei 2015, ECLI:NL:HR:2015:1194, *NJ* 2015/454, m.nt. L. Strikwerda (*Çukurova/Sonera*), m.n. nr. 1.15-1.16, nr. 1.21-1.22.

58 EHRM 1 maart 2016, 41069/12 (*Tabbane/Zwitserland*), r.o. 31.

59 Vgl. Lawson 1996, p. 159 en Meijer 2011, p. 52.

60 Zie r.o. 27, waarin het EHRM de vereisten voor afstand van recht weergeeft.

61 Zie r.o. 28-31, waarin het EHRM toetst of aan de vereisten voor afstand van recht is voldaan.

Het recht op toegang tot een gerecht is blijkens de jurisprudentie van het Europese Hof niet absoluut. Het is voor verdragsstaten mogelijk beperkingen te stellen aan dit recht. Het Hof laat aan de verdragsstaten op dit punt een zekere beoordelingsruimte (een 'margin of appreciation'). Op grond van vaste jurisprudentie mag de beperking niet zover gaan dat het recht op toegang in zijn kern wordt aangetast ('the very essence of the right is impaired'). Voorts moet de beperking een legitiem doel nastreven ('pursue a legitimate aim') en dient sprake te zijn van proportionaliteit tussen de gebruikte middelen en het nagestreefde doel ('a reasonable relationship of proportionality between the means employed and the aim sought to be achieved').⁶²

In de zaak *Tabbane* acht het Hof de beperking van het recht op toegang niet in strijd met art. 6 EVRM. Het Hof stelt daartoe vast dat art. 192 LDIP legitieme doelen dient, namelijk het vergroten van de aantrekkelijkheid van Zwitserland als arbitrageland, het effectiever maken van de Zwitserse arbitrageprocedure doordat arbitrale uitspraken niet meer aan de dubbele controle van de vernietigingsprocedure en de exequaturprocedure worden onderworpen, en het verminderen van de werkbelasting van de Zwitserse gerechten. Bovendien is aan het vereiste van proportionaliteit voldaan nu de wet partijen niet dwingt af te zien van het rechtsmiddel van vernietiging, maar aan partijen de vrije keuze laat. Partijen houden voorts de mogelijkheid bezwaren tegen de arbitrageprocedure in het kader van de exequaturprocedure naar voren te brengen. Het recht van *Tabbane* is hiermee niet in zijn kern aangetast.

Door het toetsingskader dat het EHRM kiest (namelijk: de vraag of sprake is van een toelaatbare beperking van het recht op toegang) komt de nadruk in zijn uitspraak te liggen op de belangen die met art. 192 LDIP worden gediend. De openbare belangen ('important public interests') die aan art. 192 LDIP eventueel in de weg staan, komen niet aan de orde. Tot een echte *afweging* van belangen komt het Hof hierdoor niet.

7.2 Openbare belangen en arbitrage

Wat zijn nu 'openbare belangen' die aan een uitsluitingsovereenkomst in de weg zouden kunnen staan? Welke doelen worden met de mogelijkheid om vernietiging van een arbitrale uitspraak te vorderen gediend?

Er zijn verschillende redenen waarom een staat belang kan hebben bij voldoende controle op arbitrage.⁶³ Staten hebben ten eerste belang bij toezicht op arbitrage omdat een arbitrale uitspraak, na exequatur, door middel van overheidsdwang ten uitvoer kan worden gelegd. Een staat zal enkel willen meewerken aan executie indien hij zeker weet dat de totstandkoming van die arbitrale uitspraak met voldoende

waarborgen is omkleed.⁶⁴ Voorts heeft een staat er belang bij dat zijn burgers voldoende toegang hebben tot een vorm van geschilbeslechting die aan een aantal minimumvereisten voldoet. Dit geldt ook in die gevallen waarin partijen door middel van een overeenkomst tot arbitrage afstand hebben gedaan van de toegang tot de overheidsrechter. Indien de keuze voor arbitrage zou betekenen dat partijen in feite geen reële mogelijkheid meer hebben om hun geschil te laten beslechten (omdat arbitrage bijvoorbeeld veel te duur is of omdat de procedure oneerlijk verloopt), ontstaat gevaar van eigenrichting.⁶⁵ Ook zal een staat soms zwakke partijen in de arbitrageprocedure (zoals consumenten) willen beschermen.⁶⁶ Ten slotte zal een staat willen voorkomen dat tijdens de procedure belangen van derden in het gedrang komen.⁶⁷

Het belang van staten is dus op verschillende manieren bij arbitrage betrokken. Om deze reden kent de wetgeving van de meeste staten minimumwaarborgen waaraan de arbitrageprocedure moet voldoen, zoals bepalingen met betrekking tot het beginsel van hoor en wederhoor en de onafhankelijkheid en onpartijdigheid van arbiters.⁶⁸ Aan de andere kant is het belang van een staat bij arbitrage minder groot dan bij overheidsrechtspraak.⁶⁹ Arbitrage wordt niet door de overheid gefinancierd. Ook worden arbitrage-instituten niet door de overheid in het leven geroepen, zodat een gebrek in het functioneren van deze entiteiten niet direct afstraalt op de overheid. Dit kan verklaren dat partijen meer procedurele vrijheid hebben in een (institutionele) arbitrageprocedure dan het geval is bij de overheidsrechter.⁷⁰

7.3 Wiens openbare belangen?

Hoewel duidelijk is dat bij arbitrage openbare belangen betrokken zijn, is het de vraag wiens openbare belangen dit zijn. Bij beschouwing van bovengenoemde belangen blijkt dat deze niet noodzakelijkerwijs de belangen van de staat van de zetel hoeven te zijn. Zo speelt het belang alleen aan executie van een uitspraak mee te willen werken indien aan zekere waarborgen is voldaan, enkel in het land van tenuitvoerlegging. Het belang dat partijen voldoende toegang hebben tot een vorm van geschilbeslechting, speelt in die staten waar het risico op eigenrichting zich zou kunnen realiseren bij gebrek aan een dergelijke toegang. Dit risico lijkt vooral te spelen in de staten waar de partijen bij de arbitrage gevestigd of woonachtig zijn, of waar deze partijen hun belangrijkste commerciële belangen hebben. De bescherming van zwakke partijen en van derden is tenslotte ook vooral het belang van de staat waar deze partijen of derden gevestigd of woonachtig zijn.

62 Zie bijv. EHRM 28 mei 1985, 8225/78 (*Ashingdane/Verenigd Koninkrijk*), r.o. 57; EHRM 18 februari 1999, 26083/94 (*Waite en Kennedy/Duitsland*), r.o. 59.

63 Zie uitgebreid over de verschillende belangen die de staat bij arbitrage heeft Knigge 2012, p. 108 e.v. en Scherer 2016, p. 453 e.v. Het hoeft overigens niet steeds de staat van de plaats van arbitrage te zijn die belang heeft bij een dergelijke controle; in geval van een internationale arbitrage zal dit vaak een andere staat zijn. Zie hierover meer onder par. 7.3.

64 Zie Knigge 2012, p. 111-112; W.D.H. Asser, 'Beginselen van een faire arbitrale rechtspleging', *TvA* 2013/40.

65 Zie Knigge 2012, p. 110.

66 Zie Knigge 2012, p. 109.

67 Zie Knigge 2012, p. 110.

68 Zie G. Petrochilos, *Procedural Law in International Arbitration*, Oxford University Press 2004, p. 82-83, nr. 3.78-3.79.

69 Dit zou een ander verhaal kunnen zijn in het geval van investeringsarbitrage(s). Vgl. J.J. van Haersolte-van Hof, 'Investeringsarbitrage: wie, wat, waar en waarom?', *Ondernemingsrecht* 2010/8, p. 49-56; H.J. Snijders, 'BITS, MITs, TTIP en IDR', *TvA* 2016/1.

70 Knigge 2012, p. 110-112.

Zwitserland⁷¹ staat een uitsluitingsovereenkomst nu juist enkel toe indien geen van partijen gevestigd of woonachtig is in Zwitserland.⁷² In die situatie zal het belang van Zwitserland kortom over het algemeen niet betrokken zijn bij de gang van zaken tijdens de arbitrage. Dit is anders indien de arbitrale uitspraak in Zwitserland ten uitvoer gelegd moet worden, maar in dat geval behoudt de Zwitserse rechter op grond van art. 192 lid 2 LDIP de mogelijkheid om een exequatur te weigeren op de gronden genoemd in art. V van het Verdrag erkenning en tenuitvoerlegging buitenlandse scheidsrechterlijke uitspraken.

Aangezien er over het algemeen geen Zwitserse openbare belangen betrokken zijn bij een arbitrage tussen partijen die niet gevestigd of woonachtig zijn in Zwitserland, ligt het op het eerste gezicht voor de hand dat het EHRM concludeert dat Zwitserland het EVRM niet schendt door de mogelijkheid aan partijen te bieden een uitsluitingsovereenkomst te sluiten. Zwitserland lijkt immers enkel verantwoordelijk te kunnen worden gehouden voor schending van zijn 'eigen' openbare belangen, en die zijn nu juist in de omstandigheden waaronder Zwitserland uitsluitingsovereenkomsten toestaat over het algemeen niet in het geding. Schending van fundamentele rechten tijdens de arbitrage lijkt in deze visie veel eerder de verantwoordelijkheid te zijn van – bijvoorbeeld – de staat waar de arbitrale uitspraak ten uitvoer wordt gelegd.

Bij nadere beschouwing rijst echter de vraag of Zwitserland de noodzakelijke controle op arbitrage wel zo maar over de schutting van andere staten kan gooien. Mag van Zwitserland op grond van het EVRM niet gevergd worden dat het zich ook de openbare belangen van andere staten aantrekt? Nu is het zo dat andere staten voor een deel uitstekend in staat moeten worden geacht om hun eigen openbare belangen te behartigen. Een staat kan zelf voorkomen dat hij meewerkt aan de tenuitvoerlegging van een 'onbehoorlijk' arbitraal vonnis door het vonnis te toetsen in het kader van de exequaturprocedure. Voorts zullen de belangen van (zwakke) partijen en derden vaak ook in de exequaturprocedure in ogenschouw genomen kunnen worden. Zeer lastig is het echter voor buitenlandse staten om te waarborgen dat partijen, die gekozen hebben voor een arbitrage in Zwitserland, een reële toegang behouden tot een vorm van geschilbeslechting die aan bepaalde minimumwaarborgen voldoet. Indien in de arbitrage alle vorderingen van een partij worden afgewezen, staat, bij gebrek aan de mogelijkheid om vernietiging te vorderen, voor deze partij geen enkel rechtsmiddel open.⁷³ Dit is zelfs het geval indien arbiters partijdig blijken te zijn geweest of de arbitrale procedure overduidelijk oneerlijk is verlopen. Een partij kan deze bezwaren niet in een exequaturprocedure naar voren brengen, aangezien

er bij afwijzing van alle vorderingen nu eenmaal niets ten uitvoer te leggen valt. Een partij kan met haar vordering ook niet (alsnog) bij de overheidsrechter terecht, aangezien er voor dit geschil een geldige overeenkomst tot arbitrage was gesloten en dit geschil daadwerkelijk aan arbiters is voorgelegd. Een buitenlandse staat heeft kortom niet de mogelijkheid een partij alsnog een reële toegang tot een vorm van geschilbeslechting te bieden wanneer de gevoerde arbitrageprocedure niet aan de minimumvoorwaarden voldoet.

Doordat de verdragsstaten die het aangaat niet zelf in staat zijn hun openbare belang bij een voldoende toegang van hun ingezetenen tot een vorm van geschilbeslechting te behartigen, is het de vraag of Zwitserland zich dit belang niet (al dan niet verplicht door Straatsburg) behoort aan te trekken. Door partijen de mogelijkheid te bieden een uitsluitingsovereenkomst te sluiten, roept Zwitserland een (zij het misschien beperkt) risico op eigenrichting *in een ander land* in het leven.

7.5 Belangenafweging

Uitsluitingsovereenkomsten raken dus aan het openbare belang van (een voldoende) toegang tot een vorm van geschilbeslechting die aan bepaalde minimumwaarborgen voldoet. Is dit openbare belang voldoende 'belangrijk' om aan een geldige afstand van recht door partijen in de weg te staan?

Op deze vraag gaat het EHRM niet expliciet in omdat het, zoals gezegd, in het geheel niet toetst aan het vereiste van 'enig belangrijk openbaar belang'. Wel noemt het, zoals in par. 7.1 aangegeven, 'legitieme doelen' die art. 192 LDIP kunnen rechtvaardigen. Opvallend is dat het hoofdzakelijk gaat om economische belangen van Zwitserland. Wegen deze economische belangen wel op tegen de inbreuk die wordt gemaakt op het openbare belang van het voorkomen van eigenrichting? Het is naar onze mening jammer dat het arrest van het Hof op dit punt een expliciete afweging mist.

In een dergelijke afweging had ook betrokken kunnen worden op welke manier controle door Zwitserland *wel* mogelijk is. Zo zijn bijvoorbeeld ook de mogelijkheid tot wraking van een arbiter of herroeping van een arbitraal vonnis middelen om te waarborgen dat de arbitrale procedure aan bepaalde vereisten voldoet. De aanwezigheid van dergelijke rechtsmiddelen vormt wellicht een compensatie voor de uitsluiting van vernietiging. Het Hof lijkt het overige wettelijke kader rond arbitrage in Zwitserland echter niet in zijn beoordeling te hebben betrokken.

7.6 De 'eerlijkheid' van de arbitrageprocedure

In zijn uitspraak gaat het EHRM niet alleen in op de klacht van Tabbane dat zijn recht op toegang tot een gerecht is geschonden doordat hij geen mogelijkheid heeft gehad een vernietigingsprocedure aanhangig te maken, het Hof behandelt ook de klacht van Tabbane dat de arbitrageprocedure niet eerlijk is verlopen, hetgeen (eveneens) een schending van art. 6 EVRM zou opleveren. Op basis van de behandeling van de eerste klacht viel te verwachten dat het Hof over deze klacht betrekkelijk kort zou zijn. Gezien het feit dat het Zwitserland volgens het EHRM is toegestaan om partijen

71 Onderstaande analyse is toegespitst op Zwitserland. Zij geldt echter ook voor andere landen met arbitragewetgeving die een uitsluitingsovereenkomst mogelijk maakt.

72 Getoetst wordt op het moment van het *sluiten* van de uitsluitingsovereenkomst. Het is denkbaar dat een partij op het moment dat de procedure aanhangig wordt gemaakt, inmiddels wel in Zwitserland gevestigd of woonachtig is. Zie Krausz 2011, p. 139.

73 Zie ook Landrove 2006, p. 99; Krausz 2011, p. 153; Hoefnagel & Strik 2012, par. 3.

de mogelijkheid te bieden een uitsluitingsovereenkomst te sluiten, ligt het voor de hand dat Zwitserland, indien partijen van deze mogelijkheid gebruik hebben gemaakt, ook niet meer (indirect) verantwoordelijk gehouden kan worden voor eventuele onregelmatigheden in de arbitrageprocedure. Opvallend is echter dat het Hof tóch nagaat of de arbitrageprocedure wel eerlijk is verlopen. Het Hof concludeert daarbij dat *Tabbane* tijdens de arbitrageprocedure niet duidelijk in een nadeliger positie is geplaatst ten opzichte van zijn wederpartij zodat van een oneerlijke behandeling geen sprake is.

Deze toets door het Hof roept vragen op. Wat immers als de arbitrageprocedure wel duidelijke gebreken had gekend? Wat als *Tabbane* in de arbitrageprocedure aanzienlijk ten achter was gesteld bij zijn wederpartij? Doordat het Hof de eerlijkheid van de arbitrageprocedure expliciet toetst, houdt het de mogelijkheid open dat bij een duidelijk oneerlijk verlopen arbitrageprocedure wél een schending van art. 6 EVRM zou kunnen worden aangenomen. De vraag zou dan wel zijn op welke grond de staat – in dit geval Zwitserland – verantwoordelijk zou kunnen worden gehouden voor de oneerlijke arbitrage. De reden kan niet zijn dat de staat de arbitrale uitspraak niet heeft vernietigd. Het Hof heeft immers juist vastgesteld dat indien partijen een uitsluitingsovereenkomst hebben gesloten, de staat geen toegang tot een vernietigingsprocedure hoeft te bieden. Of is dit laatste anders indien de arbitrageprocedure duidelijk in strijd is verlopen met fundamentele beginselen van procesrecht? Denkbaar is voorts dat een uitsluitingsovereenkomst weliswaar toelaatbaar is, maar dat de staat van de plaats van arbitrage wel in andere controlemechanismen dient te voorzien die moeten voorkomen dat fundamentele beginselen van procesrecht worden geschonden tijdens de arbitrage. Gedacht kan bijvoorbeeld worden aan de mogelijkheid tot wraking van een arbiter of tot herroeping van een arbitraal vonnis. Het feit dat het Hof in deze uitspraak het wettelijke kader rond arbitrage in Zwitserland niet meeweegt, duidt hier echter niet op.

De behandeling van de tweede klacht onderstreept het belang om niet al te vergaande conclusies uit de onderhavige uitspraak te trekken. De rechtspraak van het EHRM is casuïstisch en zijn uitspraken moeten in de context van de feiten worden gelezen. Het Hof benadrukt dit ook zelf in zijn beslissing.⁷⁴ Hoewel uitsluitingsovereenkomsten in hun algemeenheid raken aan het openbare belang van een voldoende toegang tot een vorm van rechtspraak, was dit belang in deze concrete zaak niet in het geding: *Tabbane* had immers toegang gehad tot een arbitrageprocedure die aan de minimumwaarborgen voldeed. Bovendien had *Tabbane* in dit geval ook de mogelijkheid om eventuele bezwaren tegen de procedure in een exequaturprocedure aan de orde te stellen. Op grond van deze enkele uitspraak kan dan ook nog niet worden geconcludeerd dat uitsluitingsovereenkomsten onder *alle* omstandigheden verenigbaar zijn met het EVRM.

8. Ter afsluiting

De Hoge Raad heeft in *Çukurova/Sonera* een vooruitziende blik gehad: zo'n tien maanden later is zijn oordeel over de verenigbaarheid van de uitsluitingsovereenkomst met art. 6 EVRM bevestigd door het EHRM. In de zaak *Tabbane* achtte het Hof art. 6 EVRM niet geschonden. Daarmee heeft het EHRM in beginsel groen licht gegeven voor een bepaling als het Zwitserse art. 192 LDIP, op grond waarvan partijen de mogelijkheid tot vernietiging kunnen uitsluiten.

Wel is het van belang om de beperkte reikwijdte van de *Tabbane*-uitspraak voor ogen te houden. Allereerst kan op basis van deze enkele uitspraak nog niet worden geconcludeerd dat een uitsluitingsovereenkomst *nooit* tot problemen in Straatsburg zal leiden. Het EHRM beperkt zich in zijn jurisprudentie tot een toets aan de hand van de specifieke omstandigheden van het geval. In de onderhavige zaak ging het om een overeenkomst tussen twee professionele partijen en waren er geen aanwijzingen dat de arbitrageprocedure oneerlijk was verlopen. In zaken waarin deze feiten anders liggen, zou het oordeel van het Hof anders kunnen uitpakken. Daarnaast ziet deze uitspraak enkel op de mogelijkheid om het rechtsmiddel van vernietiging uit te sluiten. Of bijvoorbeeld ook een uitsluiting van het rechtsmiddel van herroeping door het Hof toegelaten zal worden, blijft voorsnog onduidelijk. Ten slotte betekent deze uitspraak niet dat het de staat van de plaats van arbitrage vrij staat om de verantwoordelijkheid voor de gang van zaken tijdens een arbitrage geheel van zich af te werpen. Ook als een uitsluitingsovereenkomst is gesloten, zou een staat verplicht kunnen zijn om andere controlemechanismen te bieden, zoals de mogelijkheid om arbiters te wraken.

74 Zie r.o. 32-33.