

8 Conclusie

De toepassing van het EG recht artikelen 85 86 90 (2) en 93 (3) door arbiters is niet vaak het onderwerp van een zaak geweest bij een van de beide gemeenschapsrechters. Het is eveneens een gebied waarop de Commissie vermeden heeft aanwijzingen te geven. Dit staat in schril contrast met de behandeling van dezelfde vragen door nationale rechters.

Zoals het voorgaande aantoonde zijn er nog belangrijke vragen op te helderen. Het duidelijkste probleem is dat verscheidene lidstaten geen ondubbelzinnige bepaling kennen die de nationale rechters verplicht indien hun wordt gevraagd arbitrale vonnissen te erkennen en ten uitvoer te leggen of bij de beoordeling van vorderingen tot vernietiging het EG recht toe te passen in het geval dit door een der partijen is verzocht.⁵⁸

Het zou te overwegen zijn hiervoor in de Gemeenschap harmonisatie voor te stellen.⁵⁹ Het argument dat harmonisatie van arbitrage op mondiaal niveau dient te gebeuren is misleidend. Het Verdrag van New York heeft duidelijk voorzien in de mogelijkheid het EG recht als bestanddeel van de openbare orde toe te passen. Niettemin zou de noodzakelijke doorzichtigheid verschaft kunnen worden als partijen in een arbitrageprocedure weten hoe en wanneer het EG recht toegepast zal worden. Dat zou ook de kern van de kritiek op het arrest van het Hof in de Nordsee zaak wegnemen.

De nationale rechters kunnen het Hof van Justitie erbij betrekken op grond van artikel 177 en het past bij de werkverdeling in het systeem van de Gemeenschap hen toezicht te laten houden op de activiteiten van de arbiters die werkzaam zijn in hun rechtsgebied of arbitrale vonnissen ter goedkeuring aan hen voorleggen. Zo'n duidelijke regel heeft het bijkomende voor

deel dat er gelijke concurrentievoorwaarden worden gecreeerd voor de arbiters die werkzaam zijn in de Gemeenschap.

Het is moeilijk meer dan een zeer oppervlakkig inzicht van arbitrageprocedures waarin het EG recht aan de orde is te verkrijgen. De meeste praktijkjuristen zullen bevestigen dat dergelijke vragen naar aanleiding van commerciële overeenkomsten regelmatig worden opgeworpen maar veel informatie is er niet. Dat is niet verrassend. Het is al zeer moeilijk gebieden om gegevens te verzamelen over de toepassing van artikel 85 en 86 door de nationale rechters welke uitspraken beter toegankelijk zijn dan arbitrale vonnissen.⁶⁰

Arbitrage en artikel 6 EVRM: vrijheid in gebondenheid

Drs R A Lawson*

I Inleiding

Artikel 6 EVRM¹ omvat een aantal wezenlijke beginselen die tezamen het recht op een behoorlijk proces waarborgen. Waar een geschil de vaststelling van burgerlijke rechten en verplichtingen betreft kan men aan artikel 6 allereerst het recht op toegang tot de rechter ontlelen. De burger heeft er vervolgens recht op dat zijn zaak wordt behandeld door een onpartijdig en onafhankelijk gerecht dat bij wet is ingesteld. De behandeling van de zaak dient eerlijk te zijn en in het openbaar plaats te vinden. Binnen een redelijke termijn dient zij te leiden tot een gemotiveerde uitspraak die eveneens in het openbaar wordt gewezen. Onder omstandigheden kan men aan artikel 6 lid 1 een aanspraak op rechtsbijstand ontlelen.

In het algemeen reiken de ambities van het EVRM verder dan het proclameren van theoretische of illusoire rechten waar het op aankomt zijn rights that are practical and effective.² Juist de waarborgen van artikel 6 zijn in de Straatsburgse jurisprudentie

157
TvA
96/4

⁵⁸ in EC and US Competition Law London 1993 op p 44

⁵⁹ De Commissie spreekt in haar mededeling omtrent samenwerking tussen haar en de nationale rechter de wets uit om de werking van nationale uitspraken omtrent mededinging te versterken. Teneinde dit te bewerkstelligen onderzoekt de Commissie de mogelijkheid om de omvang van het EG Verdrag uit te breiden. Ze is van mening dat uitspraken omtrent mededinging reeds door dit Verdrag worden beheerst in het geval deze uitspraken gedaan zijn in zaken van civiele en commerciële aard. Het zou nuttig zijn indien de Commissie haar opvattingen nader zou toelichten daar het probleem niet lijkt te schuilen in het EG Verdrag maar zoals is waargenomen in een opdracht voor de nationale rechters het EG recht toe te passen indien verzocht wordt de arbitrale vonnissen te erkennen en te bekrachtigen.

⁶⁰ Zie Behrens P (ed) EEC Competition Rules in National Courts Baden Baden Deel Een Verenigd Koninkrijk en Italië 1992. Het is de bedoeling dat nader landelijk onderzoek zal volgen. Aandacht dient eveneens geschonken te worden aan de nu diende eveneens geschonken te worden aan de nu diende eveneens verslagen over de toepassing van EG recht gepubliceerd in de Common Market Law Review. Het laatste verslag The Application of Community Law in the UK 31 CML Rev 1994 p 1055 1092.

Drs R A Lawson is universitair docent recht der internationale organisaties vakgroep Internationaal Publiek recht RU Leiden en redacteur van het NJCM Bulletin/Nederlands Tijdschrift voor de Mensenrechten.

¹ Europees Verdrag tot Bescherming van de Rechten van de Mens en de Fundamentele Vrijheden (Rome 4 II 1950) Trb 1990 156
² Zie bijvoorbeeld EHRM 13 5 1980 Artico - Italië (Publ ECHR Series A vol 37 hierna aangeduid als A 37 NJ 1980 586) § 33 EHRM 7 7 1989 Soering - VK (A 161 NJ 1990 158 NJCM Bulletin 1989 p 846) § 87

als 'fundamenteel' gekenschetst in een democratische samenleving neemt het recht op een eerlijk proces een prominente plaats in.³ Dat roept de vraag op hoe de eisen van artikel 6 EVRM zich verhouden tot de vaststelling van burgerlijke rechten en verplichtingen door middel van arbitrage.

De toepasselijkheid van artikel 6 EVRM op de inzet van het gemiddelde arbitragegeschil leidt geen twijfel. Straatsburg hanteert immers een ruime opvatting van het begrip 'burgerlijke rechten en verplichtingen'.⁴ Voor alle duidelijkheid zij vermeld dat het hierna volgende overzicht zich beperkt tot arbitrageprocedures die zijn gebaseerd op een onderlinge overeenkomst tussen particulieren. Enerzijds zijn daarmee interstatelijke vormen van arbitrage uitgesloten, anderzijds arbitrageprocedures die dwingend aan particulieren zijn opgelegd. In dat laatste geval zijn de eisen van artikel 6 lid 1 onverkort van toepassing.⁵

Zo resteert de 'vrijwillige' arbitrage. Ondanks de populariteit van deze vorm van geschillenbeslechting, die wellicht mede valt toe te schrijven aan de relatief strenge eisen die artikel 6 EVRM stelt aan de 'overheidsrechter', biedt de Straatsburgse jurispru-

dentie vooralsnog weinig concrete aanwijzingen over de verhouding tussen artikel 6 en arbitrage. Deze bijdrage beoogt een profielschets te geven van de aanknopingspunten die er zijn. Zoals zal blijken, is sprake van vrijheid in (enige) gebondenheid.

2 Afstand van recht onder het EVRM

In 1988 schreef de oud-President van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (hierna het Hof), G.J. Wiarda, dat arbitrage in het algemeen 'natuurlijk niet' aan de eisen van artikel 6 lid 1 EVRM voldoet.

Arbitrale beslissingen worden niet gegeven door een 'tribunal established by law', van openbare behandeling en uitspraak zal zelden sprake zijn, en bij de wijze van samenstelling van arbitrale commissies zal ten aanzien van de onafhankelijkheid en onpartijdigheid niet zelden een vraagteken moeten worden geplaatst.⁶

Toch blijkt reeds uit de vroege jurisprudentie dat artikel 6 EVRM zich niet op voorhand verzet tegen arbitrage als zodanig. Al in 1962 constateerde de Europese Commissie voor de Rechten van de Mens (hierna aangeduid als de Commissie)

the inclusion of an arbitration clause in an agreement between individuals amounts legally to partial renunciation of the exercise of those rights defined by Article 6 (1) whereas nothing in the text of that Article nor any other article of the Convention explicitly prohibits such renunciation, whereas the Commission is not entitled to assume that the Contracting States, in accepting the obligations arising under Article 6 (1) intended to prevent persons coming under their jurisdiction from entrusting the settlement of certain matters to arbitrators.⁷

De kloof tussen de eisen van artikel 6 lid 1 EVRM en de praktijk van de arbitrage zou kunnen worden overbrugd door de veronderstelling dat de partijen die zich aan arbitrage onderwerpen, afstand hebben gedaan van (een deel van) de rechten die zij aan artikel 6 ontleenen. In de zaak *Deweere* nam het Hof het oordeel van de Commissie, in wat royalere bewoordingen, over

In the Contracting States' domestic legal systems a waiver of this kind is frequently encountered both in civil matters, notably in the shape of arbitration clauses in contracts and in criminal matters in the shape of fines paid by way of composition. The waiver, which has undeniable advantages for the individual concerned as well as for the administration of justice, does not in principle offend against the Convention.⁸

Commissie en Hof voegden daar in een adem aan toe dat de betreffende arbitrageclausule in ieder geval uit vrije wil overeengekomen moest zijn. Een clausule die onder dwang tot stand is gebracht, zal allicht strijdig zijn met het Verdrag.⁹

In latere jurisprudentie is nadere invulling gegeven aan het toestemmingsvereiste. Voorzover een *walver* materieel aanvaardbaar is – een randvoorwaarde waarop hieronder uitgebreid wordt ingegaan – dient

3 Zie bijvoorbeeld EHRM, 17-1 1970, *Delcourt* – België (A 11), § 25.

4 Het bekendste voorbeeld uit de jurisprudentie is wellicht EHRM, 23-10-1985, *Bentham* – Nederland (A-97, NJ 1986, 102), §§ 32-36. In EHRM, 26-3-1992, *Editions Periscope* – Frankrijk (A 234 B), § 40, gaf het Hof aan dat een geschil over 'pecuniary rights' per definitie binnen de reikwijdte van artikel 6 EVRM valt. Zie voor een recent overzicht M. L. W. M. Viering, *Het toepassingsgebied van artikel 6 EVRM* (diss., 1994) – een werk overigens dat niet ingaat op het verschijnsel arbitrage en de mogelijkheid afstand te doen van recht.

5 Zie ECRM 12 12 1983 *Bramelid & Malmstrom* – Zweden (Appl. nr 8588/79 en 8589/79), gepubliceerd in *Decisions and Reports (D & R)* vol. 38, p. 38. A distinction must be drawn between voluntary arbitration and compulsory arbitration () If () arbitration is compulsory () the parties have no option but to refer their dispute to an arbitration board, and the board must offer the guarantees set forth in Article 6 § 1.

6 G. J. Wiarda, *De waarborgen van artikel 6 EVRM tegenover het onderwerp van deze feestbundel*, in H. J. Snijders e.a. (red.), *Overheidsrechter gepasseerd* (1988), p. 426. Zie ook W. ten Cate, *Enkele verschillen tussen overheidsrechtspraak en arbitrage*, in TvA (1993), p. 197.

7 ECRM, 5-3-1962, X – BRD (Appl. nr 1197/61), gepubliceerd in *Yearbook of the ECHR* vol. 5 (1962), pp. 94-96.

8 EHRM, 27 2 1980, *Deweere* – België (A 35 NJ 1980 561), § 49.

9 ECRM, X – BRD, supra noot 7, p. 96. 'the disputed arbitration clause might have been regarded as contrary to the Convention if X had signed it under constraint, which was not the case', respectievelijk EHRM, *Deweere*, supra noot 8, § 49. 'Absence of constraint is at all events one of the conditions to be satisfied, this much is dictated by an international instrument founded on freedom and the rule of law'. Vgl. ook artikel 17 Grondwet: 'Niemand kan tegen zijn wil worden afgehouden van de rechten die de wet hem toekent'.

allereerst ondubbelzinnig ('unequivocal') vast te staan dat de belanghebbende zijn rechten in vrijheid heeft prijsgegeven.¹⁰ Betekent dit dat een stilzwijgende *waiver* is uitgesloten? Naar mijn mening zal men in ieder geval niet snel mogen aannemen dat een partij afstand heeft willen doen van bepaalde rechten. Het belang van processuele rechten verzet zich daartegen. De Straatsburgse organen lijken een soortgelijk uitgangspunt te hanteren

The Court agrees with the Commission that in the case of procedural rights a waiver, in order to be effective for Convention purposes, requires minimum guarantees commensurate to its importance¹¹

Naarmate de *waiver* ziet op processuele rechten van groter gewicht, dienen er dus strengere vormvereisten aan te worden gesteld. Dat pleit voor de stelling dat een *waiver* slechts uitdrukkelijk zal kunnen plaatsvinden¹²

Niettemin heeft het Hof in een enkele uitspraak aanvaard dat men ook stilzwijgend afstand van recht kan doen.¹³ Deze uitspraken hadden echter uitsluitend betrekking op het recht op een openbare (c.q. mondelinge) behandeling, en er is geen enkele grond om hen ook van toepassing te achten op de andere waarborgen van artikel 6 lid 1.¹⁴ Bovendien moet de specifieke context van deze uitspraken niet uit het oog worden verloren. Verschillende staten kennen rechterlijke instanties die in beginsel afzien van een hoorzitting, tenzij een van de partijen expliciet vraagt om een mondelinge behandeling. Zo aanvaardde het Hof met betrekking tot het Oostenrijkse administratieve procesrecht, dat een expliciete regel van die strekking bevatte, dat de partij die geen verzoek om een hoorzitting bij het *Verwaltungsgerichtshof* indient 'must be deemed to have waived unequivocally its right to a hearing'.¹⁵ Gezien het ontbreken van een expliciete 'tenzij-regel' in Boek 4 Rv lijkt deze lijn in de Straatsburgse jurisprudentie mij voor de Nederlandse arbitrage niet relevant.¹⁶

Uit het arrest *Albert & Le Compte* zou kunnen worden afgeleid dat het afstand doen van rechten nog aan een additionele eis moet voldoen: het nationale recht mag zich niet verzetten tegen de *waiver*.¹⁷ Het Hof deed die uitspraak weliswaar in de context van een tuchtrechtelijke procedure, maar de eis lijkt mij vanzelfsprekend genoeg om hem te veralgemeniseren.

Vanzelfsprekend is ten slotte ook dat de eis van vrijwilligheid veronderstelt dat de betrokkene op de hoogte was van het bestaan van de rechten die hij prijsgeeft.¹⁸ Maar een beroep op onbekendheid met het recht zal niet altijd baten: van particulieren mag, binnen de grenzen van het redelijke, verwacht worden dat zij zich van adequaat juridisch advies voorzien.¹⁹ Wel is het verdedigbaar dat strengere eisen worden gesteld aan een *waiver* naarmate deze eerder plaatsvindt. Zo mag mijns inziens uit de concrete opstelling van een partij gedurende een arbitrale procedure eerder een *waiver* worden afgeleid dan uit de aanvaarding van een algemeen geformuleerd arbitragegeding als onderdeel van bijvoorbeeld een koopovereenkomst

3 Arbitrageprocedures en artikel 6 EVRM

3.1 Enkele opmerkingen vooraf

Afstand van recht mag onder omstandigheden zijn toegestaan, maar daarmee is uiteraard nog niets gezegd over de feitelijke verhouding tussen arbitrageprocedures en artikel 6 EVRM. In theorie zijn drie mogelijkheden denkbaar

(a) arbitrageprocedures worden in het geheel

¹⁰ Zie m.n. EHRM, 10-2-1983, *Albert & Le Compte* – België (A-58, NJ 1987, 315) § 35, EHRM, 12-2-1985, *Colozza* – Italië (A-89, NJ 1986, 685) § 28, EHRM 6-12-1988, *Barbera, Messegué & Jabardo* – Spanje (A 146), § 82, EHRM, 23-5-1991, *Oberschlick* – Oostenrijk (A 204, NJ 1992, 456), § 51. Zie ook reeds EHRM, 7-5-1974, *Neumeister* – Oostenrijk (artikel 50) (A-17), § 36. Weliswaar heeft de meeste jurisprudentie betrekking op strafzaken, maar uit de door het Hof gehanteerde formulering ('waiver of the exercise of a right guaranteed by the Convention must be established in an unequivocal manner') blijkt dat het criterium ook op burgerlijke zaken van toepassing is.

¹¹ EHRM, 25-2-1992, *Pfeifer & Plankl* – Oostenrijk (A 227, NJ 1994, 117), § 37.

¹² In dit verband zij opgemerkt dat naar Nederlands recht het prijsgeven van processuele rechten in verband met de controle door de cassaterechter moet blijken uit de gedingstukken: zie de conclusie van AG Asser voor HR 20-1-1995 (NJ 1995, 305), op p. 1418. Vgl. ook artikel 1021 Rv. Anders artikel 4 van de UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration.

¹³ EHRM, 23-6-1981, *Le Compte, Van Leuven & De Meyere* – België (A 43, NJ 1982, 602), § 59: 'neither the letter nor the spirit of Article 6 § 1 would have prevented them from waiving this right [to have the proceedings conducted in public, RL] of their own free will, whether expressly or tacitly'. In EHRM, 21-2-1990, *Håkansson & Stureson* – Zweden (A 171), §§ 66-67 herhaalde het Hof deze frase, maar voegde daaraan toe: 'However, a waiver must be made in an unequivocal manner and must not run counter to any important public interest'. In gelijke zin EHRM, 24-6-1993, *Schuler Zraggen* – Zwitserland (A-263), § 58. Zie ook EHRM 21-9-1993, *Zumtobel* – Oostenrijk (A-268 A, NJ 1994, 554), § 34, alsmede de 'separate opinion' van de Belgische rechter De Meyer in de zaak *H* – België (A-127), pp. 54-55.

¹⁴ Anders, maar zonder nadere argumenten: C.J. Staal, *De vaststelling van de reikwijdte van de rechten van de mens* (diss., 1995), p. 346. Buiten de in de vorige noot genoemde gevallen ben ik slechts één, zeer indirecte, verwijzing tegengekomen naar de mogelijkheid van een stilzwijgende *waiver*: EHRM, 28-8-1991, *F C B* – Italië (A-208 B, NJ 1994, 27), § 33: 'it does not appear that Mr F C B, whether expressly or at least in an unequivocal manner, intended to waive his right to appear at the trial and defend himself'. Maar kennelijk leidde dit vraagstuk tot discussies binnen het Hof: zie EHRM 12-10-1992, *T* – Italië (A-245-C), § 27, alsmede de 'concurring opinion' van de President van het Hof, *Ryssdal*, bij de zaak *Pelladoah* – Nederland (A-297 B), p. 37: 'it is not necessary to determine whether and under what conditions an accused can waive the exercise of his right to appear at the hearing'.

niet door artikel 6 EVRM bestreken,

(b) arbitrageprocedures dienen slechts aan enkele (kern)elementen van artikel 6 te voldoen,

(c) arbitrageprocedures dienen geheel conform de eisen van artikel 6 te verlopen

Uit het vorenstaande volgt reeds dat mogelijkheid (c) moet worden verworpen. Het Hof heeft niet voor niets aanvaard dat partijen afstand kunnen doen van procedurele rechten. Wij zullen dus moeten nagaan in hoeverre het Hof de burger de vrije teugel laat en arbitrageprocedures geheel buiten de reikwijdte van artikel 6 vallen.

Men zou de stelling kunnen verdedigen dat de procespartij die voor arbitrage – en daarmee voor een van artikel 6 EVRM afwijkend regime – heeft gekozen, de consequenties van haar keuze dient te aanvaarden. Het gaat niet aan om afstand te doen van het recht op bijvoorbeeld een openbare behandeling, om vervolgens te claimen dat artikel 6 is geschonden indien een openbare behandeling inderdaad achterwege blijft. Toch kan deze stelling in al haar rechtmatigheid niet zonder meer worden aanvaard. Sommige door het EVRM beschermde rechten zijn van dien aard dat een *waiver* is uitgesloten. Zo gaf het Hof in de ‘landloperszaak’ aan dat het recht op vrijheid (artikel 5 EVRM)

is too important in a ‘democratic society’ within the meaning of the Convention for a person to lose the benefit of the protection of the Convention for the single reason that he gives himself up to be taken into detention. Detention might violate Article 5 even although the person concerned might have agreed to it.²⁰

Met een soortgelijke redenering is in de literatuur wel betoogd dat arbitrageprocedures zich niet geheel aan artikel 6 EVRM kunnen onttrekken. Artikel 6 zou dermate fundamentele elementen bevatten dat partijen daarvan zelfs in vrijheid geen afstand kunnen doen. Zo noemt Snijders in dit verband het recht op een eerlijke behandeling met hoor en wederhoor.²¹

Het is zaak na te gaan of deze opvatting steun vindt in de Straatsburgse jurisprudentie, en te bezien in hoeverre de afzonderlijke elementen van artikel 6 ‘onvergankelijk’ zijn. Duidelijk is dat daarbij steeds een afweging moet worden gemaakt tussen de procesuele autonomie van partijen en het belang van flexibiliteit en efficiency enerzijds, en beginselen van openbare orde anderzijds. Duidelijk is ook dat die afweging op haar beurt gekleurd zal zijn door de opvattingen die men meer in het algemeen koestert ten aanzien van de rol en betekenis van mensenrechten.²²

3.2 Arbitrage en staatsaansprakelijkheid

Dergelijke exercities zijn intussen niet van ieder praktisch belang ontbloot. Bij arbitrale veronachtzaming van de Straatsburgse eisen zou een rechter zich immers gedwongen kunnen zien om de tenuitvoerlegging van een arbitraal vonnis te weigeren (artikel 1063 lid 1 Rv) of over te gaan tot vernietiging ervan (artikel 1065 lid 1 Rv). In beide gevallen kan dat op grond van ‘strijd met de openbare orde’, een begrip waartoe de Hoge Raad ook de schending van fundamentele beginselen van procesrecht rekent.²³

Op een dergelijke gang van zaken zinspeelde de Commissie in de hiervoor aangehaalde beslissing uit 1962. Zij stelde, *obiter dictum*

() it may () be queried whether the original validity of the consent, from which the arbitration clause assumes its legal force, might not subsequently be affected if the arbitrator, in carrying out the functions conferred on him by that clause, conducted himself in a manner incompatible with the spirit of the Convention and particularly Article 6, this question does not however arise in the present case.²⁴

Fawcett, de voormalige President van de Commissie, meent dat deze passage aldus moet worden gelezen dat het optreden van de arbiter(s) op zich geen schending van het EVRM oplevert, maar dat het de geschade partij vrijstaat zich te wenden tot een rechter die wél in alle opzichten aan de eisen van artikel 6 EVRM voldoet.²⁵ Die interpretatie lijkt correct, temeer daar het optreden van een door particulieren benoemde arbiter niet aan een Verdragspartij kan worden toegerekend en dus ook

15 EHRM, *Zumtobel*, supra noot 13, § 34. Ook hier volgde de toevoeging ‘moreover, their dispute did not give rise to questions of public interest making such a hearing necessary’. Vgl. in gelijke zin, in de context van een procedure ex artikel 4 Faillissementswet, HR, 20-5-1988, *Koster – Van Nie* (NJ 1989, 676) r.o. 3.1.

16 Zie ook de relatief recente zaak EHRM, 19 2 1996 *Botten – Noorwegen* (nog niet gepubl., NJCM Bulletin 1996, p. 611) §§ 44, 53, waarin het Hof een vergelijkbaar verweer van de regering (de klager was niet gehoord door de HR maar had daar ook niet om verzocht) niet honoreerde. Gezien het belang van de zaak en de rol van de HR had deze hem moeten oproepen.

17 EHRM, *Albert & Le Compte*, supra noot 10, § 35. Vgl. ook artikel 1020 lid 3 Rv.

18 Vgl. EHRM, *T – Italië*, supra noot 14, § 27.

19 Zie bijvoorbeeld EHRM 28 3-1990, *Groppera Radio – Zwitserland* (A-173 NJ 1991 739), § 68, FHRM, 29-10-1992, *Open Door – Ierland* (A 246, NJ 1993, 544, NJCM-Bulletin 1993 p. 700), § 60.

20 EHRM, 18 6 1971, *De Wilde, Ooms & Versyp – België* (A-12), § 65, vgl. *Albert & Le Compte*, supra noot 10, § 35. ‘the nature of some of the rights safeguarded by the Convention is such as to exclude a waiver of the entitlement to exercise them’. Vgl. ook, in de context van artikel 6 lid 1, EHRM, *Håkansson & Stuesson*, supra noot 13 § 66. a waiver must not run counter to any important public interest’.

21 H. J. Snijders, *Rond de arbitrage met name in bouwzaken* (preadvies Ver. voor Bouwrecht 1995), pp. 34-35.

22 Zie voor een overzicht van een aantal concepten bijvoorbeeld M. C. Burkens, *Algemene leerstukken van grondrechten naar Nederlands constitutioneel recht* (1989), pp. 27-45.

niet tot een schending van het EVRM kan leiden.²⁶

Schiet ook de 'reguliere' rechter tekort, dan kan een klager, na uitputting van de nationale rechtsmiddelen, een procedure aanhangig maken bij de Europese Commissie voor de Rechten van de Mens. Aansprakelijkheid van de Verdragspartij behoort eerst dan, door de rechterlijke tussenkomst, tot de mogelijkheden.²⁷ Verleent een rechter bijvoorbeeld exequatur aan een arbitraal vonnis terwijl de arbitrageovereenkomst onder dwang tot stand is gekomen, dan kan dat een schending opleveren van het recht op toegang tot de rechter.²⁸ Aan de vraag of de waarborgen van artikel 6 lid 1 EVRM wel horizontale werking hebben, hoeft men aldus niet toe te komen.²⁹

Daarnaast is denkbaar dat staatsaansprakelijkheid wordt gevestigd door het wettelijke kader waarbinnen arbitrage kan functioneren. Indien wetgeving ruimte laat voor schendingen van de in het EVRM neergelegde rechten en vrijheden, kan de betrokken staat aansprakelijk worden gehouden – ook indien de betreffende handelingen zijn verricht door particulieren, zoals arbiters, wier activiteiten niet aan de staat kunnen worden toegerekend.³⁰ Toetssteen is dan of de staat 'reasonable and appropriate measures' heeft genomen om de beweerdde schending te voorkomen.³¹ Uiteraard geldt ook hier dat de eventueel aanwezige nationale rechtsmiddelen dienen te worden uitgeput voordat een klacht in Straatsburg aanhangig kan worden gemaakt.

3.3 Het recht op toegang tot de rechter

Het eerste element van artikel 6 lid 1 is het recht op toegang tot de rechter.³² Nu dit recht niet met zoveel woorden in artikel 6 is neergelegd, heeft het Hof aanvaard dat het niet absoluut is. Beperkingen op het recht op toegang tot de rechter zijn – althans waar zij door de overheid zijn opgelegd – acceptabel zolang zij de werkelijke kern van het recht intact laten en in een redelijke verhouding staan tot het door de overheid nagestreefde doel.³³ Tegen die achtergrond verbaast het niet dat de Straatsburgse organen aanvaarden dat een burger afstand kan doen van zijn recht op toegang tot een rechter. Artikel 6 lid 1 geeft een *recht* op toegang tot de rechter, niet een *plicht* om ieder geschil aan de rechter voor te leggen. Weliswaar stelde het Hof in *Deweert* dat

in a democratic society too great an importance attaches to the 'right to a court'... for its benefit to be forfeited solely by reason of the fact that an individual is party to a settlement reached in the course of a procedure ancillary to court proceedings,³⁴

maar het deed die uitspraak in een specifieke context. De klager had een schikking aanvaard onder de dreiging van een onmiddellijke sluiting van zijn winkel hangende de strafrechtelijke procedure – hetgeen tot schade van veel grotere omvang zou leiden. In die omstandigheden kon het Hof niet aannemen dat de klager vrijwillig afstand had gedaan van zijn recht op toe-

gang tot de rechter. Algemeen wordt ervan uitgegaan dat een arbitrageclausule die de gang naar de rechter uitsluit, niet op die grond strijdt met artikel 6 EVRM.³⁵ Uiteraard gelden wel de in paragraaf 2 genoemde eisen die het Hof meer algemeen aan *waijers* stelt, met name die van de vrijwilligheid.³⁶

3.4 De status en samenstelling van het 'gerecht'

Het is de vraag of partijen afstand kunnen doen van het recht op een 'onpartijdig en onafhankelijk gerecht dat bij wet is ingesteld'. Nu partijen zelfstandig kunnen beslissen een geschil aan arbitrage te onderwerpen, en daartoe arbiters kunnen benoemen, is duidelijk dat niet ieder scheidsgerecht als zodanig bij de wet is ingesteld. Verdedigbaar lijkt echter dat, wat Nederland betreft, Boek 4 van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering een voldoende juridisch raamwerk biedt. Een scheidsgerecht dat in overeenstemming met deze bepalingen is totstandgekomen, zou daarmee

23 Zie bijvoorbeeld HR, 18-2-1994, Nordström – Van Nievelt (NJ 1994, 765), r.o. 3-7.

24 ECRM, X – BRD, supra noot 7, p. 96.

25 J.E.S. Fawcett, *The Application of the European Convention on Human Rights* (tweede druk, 1987), pp. 144-145.

26 Maar zie J. Velu & R. Ergec, *La Convention européenne des droits de l'homme* (1990), pp. 364-365, die menen dat de interpretatie van Fawcett gekunsteld is.

27 Zie ECRM, 4-3-1987, R. – Zwitserland (Appl. nr. 10881/84), D & R vol. 51, p. 102: 'the State cannot be held responsible for the arbitrators' actions unless, and only in so far as, the national courts were required to intervene'. De gekozen formulering is een ongelukkige: de staat kan immers onder geen enkele omstandigheid aansprakelijk worden gesteld voor handelingen van arbiters, hoogstens voor het doen of nalaten van staatsorganen in verband met die handelingen.

28 In die zin ook de Oostenrijkse rechter in het Hof: F. Matscher, 'L'arbitrage et la Convention', in L.E. Pettiti, E. Decaux & P.H. Imbert (eds.), *La Convention européenne des droits de l'homme – Commentaire article par article* (1995), pp. 287 en 290.

29 Anders: R.P.J.L. Tjittes, *Afstand van recht* (Monografieën Nieuw BW, deel A6a, 1992), p. 23.

30 Zie bijvoorbeeld EHRM, 13-8-1981, Young, James & Webster – VK (A-44; NJCM-Bulletin 1982, p. 400), § 49; EHRM, 23-11-1983, Van der Mussele – België (A-70), § 29; EHRM, 26-3-1985, X & Y – Nederland (A-91; NJ 1985, 525; NJCM-Bulletin 1985, p. 410), § 23; EHRM, 25-3-1993, Costello-Roberts – VK (A-247-C; NJ 1995, 725; NJCM-Bulletin 1993, p. 570), §§ 26-27.

31 Zie bijvoorbeeld, mutatis mutandis, EHRM, 21-6-1988, *Ärzte für das Leben* (A-139; NJCM-Bulletin 1988, p. 566), § 34, en EHRM, 23-9-1994, *Hokkanen – Finland* (A-299-A), § 51.

32 Deze garantie is in de jurisprudentie ontwikkeld: zie EHRM, 21-2-1975, *Golder – VK* (A-18; NJ 1975, 462), § 36.

geacht kunnen worden 'bij wet' te zijn ingesteld. Overigens dacht Wiarda daar, getuige het citaat in paragraaf 2, kennelijk anders over.

In dit verband zij ook opgemerkt dat het Hof een tamelijk ruime definitie hanteert van het begrip 'gerecht'

the word 'tribunal' in Article 6 section 1 is not necessarily to be understood as signifying a court of law of the classic kind, integrated in the standard judicial machinery of the country.³⁷

In de zaak *Lithgow* stelden de klagers dat een arbitrage-tribunaal (dat bij wet was ingesteld ter beslech-

ting van geschillen rond nationalisaties in de Britse scheepvaartindustrie) niet aan de eisen van artikel 6 lid 1 voldeed. Hoewel hier geen sprake was van 'vrijwillige' arbitrage, is het van belang te constateren dat het Hof de bovengenoemde uitspraak herhaalde en er aan toevoegde dat

the word 'tribunal' may comprise a body set up to determine a limited number of specific issues provided always that it offers the appropriate guarantees. The Court also notes that, under the statutory instruments governing the matter, the proceedings before the Arbitration Tribunal were similar to those before a court and that due provision was made for appeals.³⁸

Wel verwacht het Hof dat een 'gerecht' bevoegd is een bindende beslissing te nemen die niet ten nadele van een partij kan worden gewijzigd door een niet-judiciële instantie.³⁹ Die eis lijkt niet in de weg te staan aan een stelsel waarbij de tenuitvoerlegging van een arbitraal vonnis slechts kan plaatsvinden nadat de rechter daartoe verlof heeft verleend (vgl. artikel 1062 Rv).

Resteren in dit verband de eisen van 'onafhankelijkheid en onpartijdigheid'. Nu de arbiter of arbiters in beginsel worden benoemd door de partijen (vgl. artikel 1027 Rv), dient dit criterium uiteraard een andere invulling te krijgen dan bij overheidsrechtsspraak. In dit verband zouden problemen kunnen ontstaan als de ene partij bv. meer invloed kan uitoefenen op de benoeming van de arbiters dan de andere. In de zaak *Bramelid & Malmstrom* benadrukte de Commissie dat

there must be a rigorous guarantee of equality between the parties in regard to the influence they exercise on the composition of the court.⁴⁰

Zes jaar later, in de zaak *Pfeifer & Plankl*, liet het Hof nadrukkelijk in het midden of men afstand kan doen van het recht op een onpartijdig gerecht.⁴¹ Wel stelde het Hof dat 'such a right is of essential importance and its exercise cannot depend on the parties alone'. Dat wijst er toch eerder op dat een *waiver* niet mogelijk is. Deze opvatting is in de literatuur ook verdedigd.⁴²

Naar het oordeel van de Hoge Raad echter

moet mede gelet op het algemeen belang bij een effectief functionerende arbitrale rechtspleging, bij de beantwoording van de vraag of het arbitraal vonnis vernietigbaar is wegens strijd met de openbare orde een strengere maatstaf worden aangelegd dan wanneer het gaat om wraking of verschoning. Voor vernietiging van het vonnis wegens strijd met de openbare orde in verband met een beroep op het niet partijdig of onafhankelijk zijn van een arbiter is dan alleen plaats wanneer feiten en omstandigheden aan het licht zijn gekomen op grond waarvan moet worden aangenomen dat hetzij een arbiter bij het geven van een arbitrale beslissing in feite niet onpartijdig dan wel niet onafhankelijk was, hetzij omtrent diens toenmalige onpartijdigheid of onafhankelijkheid in zo ernstige mate twijfel mogelijk is dat het, de overige omstandigheden van het geval mede in aanmerking genomen, onaanvaardbaar zou zijn van de partij die in de arbitrage in het ongelijk is gesteld te vergen dat zij zich bij de uitspraak neerlegt.⁴³

33 Ibidem, § 38 - zie voorts bijvoorbeeld EHRM, 24-10-1979, Winterwerp - Nederland (A-33 NJ 1980, 114), §§ 60, 75 EHRM, 28-5-1985, Ashingdane - VK (A-93), § 57, EHRM 13-7-1995, Tolstoy

Miloslavsky - VK (A-316 B, NJ 1996 544), § 59

34 EHRM, Deweer, supra noot 8, § 49

35 Zie de eerder aangehaalde uitspraken ECRM, X - BRD, supra noot 7, p. 96, en R - Zwitserland, supra noot 27, p. 100. Zie ook P. Smits, artikel 6 EVRM en de civiele procedure (diss., 1996), p. 80 en P. van Dijk, 'Access to Court', in R. St. J. Macdonald, F. Matscher & H. Petzold (eds.), *The European System for the Protection of Human Rights* (1993), p. 375.

36 Zie ook Rb. Amsterdam, 16-3-1994. Van Crefeld - Meijers (NJ 1995, 701) het recht op toegang tot de rechter kan niet worden beperkt met een beroep op de (Joodse) godsdienst die beide partijen aanhangen en die tot arbitrage door een rabbinaal tribunaal zou verplichten.

37 Zie bijvoorbeeld EHRM, 28-6-1984, Campbell & Fell - VK (A-80), § 76 en daarvoor reeds, m.b.t. artikel 5 lid 4 EVRM EHRM 5-11-1981, X - VK (A-46) § 53. Merk op dat het Hof van Justitie van de EG onder artikel 177 EG een engere definitie hanteert, zie § 4 van de bijdrage van P. J. Slot aan deze bundel.

38 EHRM, 8-7-1986, Lithgow e.a. - VK (A-102), § 201.

39 Zie bijvoorbeeld EHRM, 19-4-1994, Van de Hurk - Nederland (A-288, NJ 1995, 426, NJCM-Bulletin 1994, p. 389) § 45.

40 Supra noot 5, p. 40. Zoals eerder opgemerkt betrof deze zaak verplichte arbitrage. Vgl. artikel 1028 Rv.

41 EHRM, Pfeifer & Plankl, supra noot 11 §§ 37-38 ('the waiver of a right guaranteed by the Convention, in so far as it is permissible, ..., even supposing that the rights in question can be waived'). In de recentere zaak EHPM, 22-2-1996, Bulut - Oostenrijk (nog niet gepubl.), NJCM-Bulletin 1996, p. 624), § 30 spraken klager en regering elkaar tegen over de vraag of een waiver had plaatsgevonden. Het Hof liet de vraag onbeantwoord en oordeelde dat hoe dan ook geen schending van het EVRM had plaatsgevonden.

42 Zie Velu & Ergec, supra noot 26, pp. 457-458 (zij het dat zij hun stelling onderbouwen met een verwijzing naar de Cie - uitspraak in Bramelid & Malmstrom (noot 5 supra), een zaak die verplichte arbitrage betrof zodat artikel 6 lid 1 onverkort van toepassing was). Zie tevens D. J. Harris, M. O'Boyle & C. Warbrick, *Law of the European Convention on Human Rights* (1995), p. 239. Anders annotator Dommering in NJ 1994, 117 onder 2, en - kennelijk in diens navolging - Smits, supra noot 35, p. 299. Beiden dragen geen nadere argumenten aan.

Tijdens de arbitrage hebben partijen de mogelijkheid de arbiters te wraken (artikel 1033 Rv.). Zolang de President van de Rechtbank (zie artikel 1035 Rv) bij een verzoek tot wraking 'Straatsburgse' maatstaven hanteert, is er niets aan de hand. Indien de belanghebbende redenen had om te twijfelen aan de onpartijdigheid of onafhankelijkheid van een van de arbiters, maar niet een actie tot wraking in te stellen, valt goed te verdedigen dat hij zijn recht heeft verwerkt.⁴⁴ Deze situatie verschilt echter fundamenteel van die waarin aanwijzingen over een gebrek aan onpartijdigheid of onafhankelijkheid eerst na de arbitrage aan het licht komen. Uit het onderhavige arrest van de Hoge Raad zou kunnen worden afgeleid dat in die omstandigheden nog slechts in verminderde mate een beroep kan worden gedaan op het recht op een onpartijdig of onafhankelijk gerecht.⁴⁵ Betwijfeld kan worden of het door de Hoge Raad geïntroduceerde onderscheid instemming zal vinden in Straatsburg.⁴⁶ Uiteraard weegt 'het algemeen belang bij een effectief functionerende arbitrale rechtspleging' zwaar, maar dat belang verzet zich kennelijk niet tegen volledige toepassing van 'Straatsburgse' maatstaven bij een wrakingsprocedure.

3.5 De openbaarheid van de procedure

Aan welke eisen moet de arbitrageprocedure voorts voldoen? Uit de zaak *Le Compte e a* is wel afgeleid dat partijen afstand kunnen doen van het recht van openbare behandeling. In die zaak ging het om een tuchtrechtelijke procedure achter gesloten deuren tegen drie artsen. Het Hof erkende dat in beginsel 'conducting disciplinary proceedings of this kind does not contravene the Convention', maar voegde daar meteen aan toe dat de klagers nu juist op een openbare behandeling van hun zaak hadden aangedrongen.⁴⁷ Men zou de hier geformuleerde algemene regel natuurlijk *mutatis mutandis* van toepassing kunnen verklaren op arbitragezaken. In de literatuur is die stap ook wel gezet.⁴⁸ Daar zijn ook goede redenen voor aan te voeren: het is goed voorstelbaar dat in de zakenwereld, waarin zich het merendeel van de arbitragezaken afspeelt, behoefte bestaat aan een doelmatige vorm van geschillenbeslechting achter gesloten deuren, zodat mogelijk gevoelige bedrijfsgegevens niet bij derden bekend raken.⁴⁹ Daaraan kan worden toegevoegd dat het recht op een openbare behandeling reeds op grond van artikel 6 lid 1 kan worden beperkt.

Toch lijkt een waarschuwend woord op z'n plaats. Allereerst komt van de in artikel 6 lid 1 genoemde beperkingsgronden in arbitragezaken alleen de laatste, restrictief geformuleerde, mogelijkheid in aanmerking. Beperking van de openbaarheid van de behandeling (niet van de *uitspraak*) is mogelijk 'in die mate als door de rechter onder bijzondere omstandigheden strikt noodzakelijk wordt geoordeeld, wanneer de openbaarheid de belangen van een behoorlijke rechtspleging zou schaden'. Bovendien onderstreepte het Hof in de relatief

recente uitspraak *Diennet* het belang van een openbare behandeling

the holding of court hearings in public constitutes a fundamental principle enshrined in paragraph 1 of Article 6. This public character protects litigants against the administration of justice in secret with no public scrutiny, it is also one of the means whereby confidence in the courts can be maintained. By rendering the administration of justice transparent, publicity contributes to the achievement of the aim of Article 6 section 1, namely a fair trial, the guarantee of which is one of the fundamental principles of any democratic society within the meaning of the Convention.⁵⁰

Men kan daar, vanuit een ander gezichtspunt, aan toevoegen dat openbare rechterlijke uitspraken bijdragen aan de ontwikkeling van het recht. Gezien de waarde die in het Straatsburgse wordt gehecht aan een openbare behandeling verdient het des te nadruk-

43 HR, 18-2-1994, Nordstrom – Van Nievelt (NJ 1994, 765), r.o. 38

44 Vgl. EHRM, 22-2-1996, Bulut supra noot 41, § 34 'in any event, it is not open to the applicant to complain that he had legitimate reasons to doubt the impartiality of the court which tried him, when he had the right to challenge its composition but refrained from doing so'. In gelijke zin ECRM, 3 12 1986, D – Ierland (Appl. nr. 11489/85), D & R vol. 51, op p. 120, en ook HR 16-5-1995, rolnr. 98 804 (NJB katern 1995 p. 413, nr. 99), r.o. 54

45 'Zou kunnen', want hoewel de Hoge Raad zelf suggereert een 'strengere maatstaf' te hanteren – annotator Sanders (TvA 1994, p. 189) spreekt van 'veel zwaardere maatstaven' – hangt alles af van de nadere invulling die aan het woord 'onaanvaardbaar' wordt gegeven.

46 In die zin annotator Snijders in NJ 1994 765, p. 3653, onder 7, zo ook Smits, supra noot 35, p. 300

47 EHRM, *Le Compte, Van Leuven & De Meyere*, supra noot 13, § 59, curs. toegevoegd. Zie, eveneens in de context van tuchtrecht, EHRM, 30-11-1987, H – België (A 127), § 54. Zie ook de in noot 13 supra genoemde zaken, waarin het Hof aanvaardde dat men van de klagers had mogen verwachten dat zij om een openbare behandeling hadden gevraagd, zo zij daaraan behoefte hadden.

48 Zie Snijders, supra noot 21, p. 34 (die meent dat men ook afstand kan doen van het recht op een openbare uitspraak), en 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 (eds.), *Protecting Human Rights: The European Dimension. Studies in honour of G. J. Wiarda* (1988), p. 288. Zie ook HR, 11-10-1989 (NJ 1990, 812), waarin de HR aanneemt dat de belanghebbende afstand kan doen van het recht op mondelinge behandeling.

49 Het Hof is niet ongevoelig voor dergelijke argumenten, zo blijkt bijvoorbeeld uit EHRM *Schuler Zraggen*, supra noot 13, § 58. Na geconstateerd te hebben dat klaagster niet eigener beweging had verzocht om een mondelinge behandeling van haar zaak, en dat het belang van haar zaak evenmin tot een behandeling noopte, stelde het Hof: 'it is understandable that in this sphere the national authorities should have regard to the demands of efficiency and economy. Systematically holding hearings could be an obstacle to 'the particular diligence required in social-security cases' and could ultimately prevent compliance with the 'reasonable time' requirement of Article 6 § 1'.

kelijker aanbeveling dat een beding tussen partijen, dat van een openbare behandeling en/of uitspraak zal worden afgezien indien het tot arbitrage zal komen, in zeer nadrukkelijke en ondubbelzinnige termen wordt neergelegd

Over de mogelijkheid dat er in het geheel geen mondelinge behandeling van een zaak plaatsvindt is hiervoor reeds gesproken.⁵¹ Met betrekking tot het verwante recht op deelname aan de terechtzitting kan uit de jurisprudentie worden afgeleid dat het Hof niet op voorhand uitsluit dat een partij afstand doet.⁵² Tegen die achtergrond lijkt het niet waarschijnlijk dat het ontbreken van een verzetprocedure in artikel 1040 Rv zal leiden tot een schending van artikel 6 lid 1 EVRM.⁵³

3.6 Een 'eerlijk' proces

Het recht op een eerlijk proces ('*fair trial*') is in de jurisprudentie uitgewerkt in een aantal deel-vereis-

ten. Zo is uit artikel 6 lid 1 het beginsel van de *equality of arms* afgeleid. In civiele procedures brengt dit met zich mee dat elke partij een redelijke kans moet hebben om zijn zaak te bepleiten onder voorwaarden die hem niet substantieel benadelen ten opzichte van zijn opponent.⁵⁴ Naar het oordeel van o.a. de Zwitser Jacot-Guillarmod zal dit beginsel ook in een arbitrale procedure in acht genomen moeten worden.⁵⁵

Nauw verwant met dit beginsel is het '*right to adversarial proceedings*', door het Hof omschreven als 'the opportunity for the parties to a criminal or civil case to have knowledge of and comment on all evidence adduced or observations filed, even by an independent member of the national legal service, with a view of influencing the court's decision'.⁵⁶ Straatsburgse jurisprudentie waarin de mogelijkheid van een *waver* aan de orde kwam, is mij niet bekend. Artikel 1039 Rv. bepaalt dat partijen op voet van gelijkheid worden behandeld. Uit de jurisprudentie zijn zaken bekend waarin een arbitraal vonnis werd vernietigd wegens schending van dit beginsel, maar de Hoge Raad heeft wél de mogelijkheid aanvaard dat een partij haar uit het beginsel van hoor en wederhoor voortvloeiende rechten prijsgeeft, mits dat op ondubbelzinnige wijze gebeurt.⁵⁷ Tegen de achtergrond van de arresten *Borgers* en *Vermeulen* mag men gevoegelijk aannemen dat de aanwezigheid van een van de partijen bij de beraadslagingen van het scheidsgerecht hoe dan ook niet door de beugel zal kunnen.⁵⁸

3.7 Procedures binnen een 'redelijke termijn'

De vraag of een procedure binnen een 'redelijke termijn' is afgerond, werd van oudsher beantwoord aan de hand van drie criteria: de complexiteit van de zaak, het gedrag van de klager en het gedrag van de (justitiële) autoriteiten. Sinds het begin van de jaren '90 tekent zich een vierde criterium af: datgene wat voor de klager op het spel staat.⁵⁹ In hoeverre speelt het recht op een uitspraak binnen redelijke termijn een rol bij arbitrageprocedures? Het Hof heeft aangegeven dat partijen in civiele procedures met voortvarendheid ('*due diligence*') dienen op te treden; alleen vertragingen die de staat zijn toe te rekenen, kunnen tot de conclusie leiden dat het 'redelijke-termijn' vereiste van artikel 6 is geschonden.⁶⁰ Zo meende het Hof in de zaak *Vorrasi* dat Italië niet verantwoordelijk kon worden gesteld voor een vertraging van vier jaar, omdat beide partijen gedurende deze periode herhaaldelijk om uitstel hadden verzocht in verband met hun pogingen een buitengerechtelijke schikking te bereiken.⁶¹ Tegen die achtergrond is het niet aannemelijk dat de Straatsburgse organen snel een schending van de redelijke termijn in arbitragezaken zullen constateren.⁶²

3.8 Rechtsbijstand

In de Straatsburgse jurisprudentie is aanvaard dat men onder omstandigheden een aanspraak op rechtsbijstand kan ontlenen aan artikel 6 lid 1.⁶³ Dit recht is echter verre van absoluut en een *waver* behoort vanzelfsprekend tot de mogelijkheden. In de zaak *Melin* consta-

50 EHRM, 26-9-1995, Diennet – Frankrijk (A-325 A) § 33

51 Zie noot 13-16 supra en de begeleidende tekst

52 EHRM, 19-12-1989, Brozicek – Italië (A-167, NJCM Bulletin 1990, p. 345), § 45 'The evidence does not establish that mr Brozicek intended to waive his right to participate in the trial'. In gelijke zin EHRM, Colozza, supra noot 10, § 28, en F C B, supra noot 14, § 33. Vgl. ook EHRM, 22-9-1994, Lala – Nederland (A-297-A, NJ 1994, 733, NJCM Bulletin 1994 p. 1069), § 30

53 Vgl. de opmerking van A G J van Wassenauer in *Bouwwrecht* jrg 33 (1996), pp. 284-285, en ook de reactie van H J Snyders die, op andere gronden tot eenzelfde conclusie komt (p. 291)

54 Zie bijvoorbeeld EHRM, 27-10-1993, *Dombo Beheer B V – Nederland* (A-274, NJ 1994, 534 en NJCM Bulletin 1994, p. 695) § 33

55 Jacot-Guillarmod, supra noot 48, p. 287. In gelijke zin Snyders (supra noot 21, p. 34-35, met verwijzing naar o.m. HR, 28-2-1994 (NJ 1994, 765) en Matscher (supra noot 28 pp. 286 en 291). Zie ook het citaat uit ECRM, *Bramelid & Malmstrom*, supra noot 5

56 EHRM, 20-2-1996, *Vermeulen – België* (nog niet gepubl.), § 33

57 Zie vooral HR 18-6-1993, *Van der Lely – VDH* (NJ 1994, 449 m.nt. HJS), r.o. 33 in fine. Zie voorts, in het kader van de BOPZ, HR, 20-1-1995 (NJ 1995, 305), p. 1418, met verdere verwijzingen

58 *Ibidem* § 34, en EHRM, 30-10-1991, *Borgers – België* (A-214-B, NJ 1992, 73), § 28

59 Zie EHRM, 31-3-1992, *X – Frankrijk* (A-234 C), § 47, EHRM, 23-4-1996, *Phocas – Frankrijk* (nog niet gepubl.), § 71, EHRM, 7-8-1996, *Johansen – Noorwegen* (nog niet gepubl.), § 88. Zie ook A.M.L. Jansen 'Vallee tegen Frankrijk: de redelijke termijn in het bestuursrecht' in NJCM Bulletin jrg 19 (1994), pp. 1086-1092, I van der Helm & E.M. Wesseling-van Gent 'De redelijke termijn in civiele procedures' in *Trema* (1996), pp. 125-134

60 Zie bijvoorbeeld EHRM, 13-7-1983, *Zimmerman & Steiner – Zwitserland* (A-66) § 24, EHRM, 24-10-1989, *H – Frankrijk* (A-162), § 55

61 EHRM, 27-2-1992, *Vorrasi* (A-230-E), § 17

62 Zie ECRM, R – Zwitserland, supra noot 27, p. 102

63 Aldus EHRM, 9-10-1979, *A1 rey – Ierland* (A-32, NJ 1980, 376) § 26 en zie ook Resolution 78 (8) on Legal Aid and Advice, op 2-3-1978 aangenomen door het Comité van Ministers van de Raad van

teerde het Hof droogjes dat de klager doelbewust afstand had gedaan van zijn recht om door een raadsman te worden bijgestaan zonder daar verder woorden aan vuil te maken ⁶⁴

Een keuze voor arbitrage betekent in zichzelf niet dat de belanghebbende zich uitsprekt voor of tegen rechtsbijstand. Uitgangspunt van de Nederlandse procedure is dat partijen zich door een advocaat kunnen doen vertegenwoordigen en zich in het geding kunnen doen bijstaan door personen van eigen keuze (artikel 1038 Rv). De aan arbitrage verbonden kosten kunnen in de praktijk overigens wel een reële belemmering opleveren. Een voorbeeld wordt geleverd door de zaak waarin een scheidsgerecht een voorschot van 5000 gulden aan partijen vroeg. Een van hen was niet in staat dit bedrag te betalen en wendde zich tot de overheidsrechter. Deze vond dat eiser niet aan het arbitragegeding kon worden gehouden en achtte zichzelf bevoegd de zaak af te handelen ⁶⁵

3.9 Motivering van de uitspraak

Zoals iedere rechterlijke uitspraak zal ook een arbitraal vonnis met redenen omkleed moeten zijn ⁶⁶. Een in het geheel niet gemotiveerd arbitraal vonnis kan worden vernietigd (artikel 1065 lid 1 (d) Rv). Onduidelijk is evenwel het lot van een arbitraal vonnis met een *ondeugdelijke* motivering. Verschillende auteurs zijn van mening dat een dergelijk vonnis althans naar Nederlands recht niet op die grond kan worden vernietigd ⁶⁷. Laten wij aannemen dat een Rechtbank na marginale toetsing besluit dat de motivering van een arbitraal vonnis wel door de peugel kan. Kan de in het ongehoorlijk gestelde partij een beroep doen op artikel 6 lid 1 EVRM?

Artikel 6 EVRM laat zich niet uit over de motivering van uitspraken. Naar het oordeel van het Hof omvat de bepaling echter wel de verplichting om uitspraken te motiveren. Zij het dat de nationale rechter niet is gehouden om in te gaan op ieder argument van de partijen ⁶⁸. Volgens vaste jurisprudentie beschouwen de Straatsburgse organen zich niet als een vierde instantie. Zij gaan in beginsel niet na of de nationale rechter tot een juiste waardering van de feiten en/of toepassing van het nationale recht is gekomen. Zo beoordelen zij in beginsel evenmin of recht is gedaan aan de argumenten van partijen. In beginsel in twee relatief recente zaken oordeelde het Hof dat artikel 6 lid 1 EVRM was geschonden doordat de nationale rechter in het geheel had nageleaten op bepaalde argumenten van de klagers in te gaan ⁶⁹. Weliswaar gaf het Hof aan dat ieder geval op zich moet worden beoordeeld en dat de omvang van de motiveringsplicht mede afhangt van de aard van de procedure – maar het lijkt me dat het exequatur van een ondeugdelijk gemotiveerd arbitraal vonnis niet op voorhand gevrijwaard is van Straatsburgse kritiek.

4 Verwante procedures voor de overheidsrechter

Tot slot nog enkele woorden over de situatie waarin een arbitrageprocedure wordt gevolgd door een

procedure voor de overheidsrechter (exequatur verzoek om vernietiging arbitraal vonnis etc.). Twee vragen doen zich hierbij voor. Allereerst dient een dergelijke vervolgproucedure te voldoen aan de eisen van artikel 6 ⁷⁰. Ten tweede kan zij compensatie bieden voor inbreuken op de beginselen van een eerlijk proces tijdens de arbitrale fase ⁷¹. Het antwoord op de eerste vraag luidt bevestigend. Een fraaie illustratie wordt geboden door de zaak *Stran Greek Refineries & Stratis Andreadis* waarin het Hof bepaalde dat de vernietigingsprocedure voor de overheidsrechter wordt bestreken door artikel 6 lid 1 ⁷². De tweede vraag roept meer complicaties op. Volgens vaste Straatsburgse jurisprudentie kan een aanvankelijke inbreuk op de beginselen van artikel 6 EVRM worden gecompenseerd tijdens een latere fase van de procedure ⁷³. Daarvoor is echter wel vereist dat de rechter die als het ware in tweede aanleg over de zaak oordeelt full jurisdiction heeft dat wil zeggen dat hij bevoegd is alle feitelijke en rechtsvragen te beslissen. Indien bijvoorbeeld na een tuchtrechtelijke procedure (die niet aan alle eisen van artikel 6 lid 1 voldoet) slechts beroep in cassatie mogelijk is waarbij de procedure zich vernauwt tot de vraag of het recht juist is toegepast zal het Hof een schending van artikel 6 constateren ⁷⁴. Over de vereiste omvang en intensiteit van de toetsing in tweede aanleg lopen in Straatsburg de meningen vooralsnog uiteen ⁷⁵. De vraag of moge

165
TVA
96/4

Europa no one should be prevented by economic obstacles from pursuing or defending his rights before any court determining civil commercial administrative social or fiscal matters. To this end all persons should have a right to necessary legal aid in court proceedings.

⁶⁴ EHRM 22 6 1993 Melin – Frankrijk (A 261 A) § 25

⁶⁵ Klr Zierikzee 19 2 1988 (TVA 1988 pp 147 148). Vgl ook A J van den Berg R van Delden & H J Snyders Arbitragerecht (tweede druk 1992) pp 25 26

⁶⁶ Artikel 1057 lid 4 (e) Rv Anders artikel 31 lid 2 UNCITRAL Model Law (The award shall state the reasons upon which it is based unless the parties have agreed that no reasons shall be given)

⁶⁷ Vgl M P C J van Bavel Motivering van rechterlijke en arbitrale vonnissen in TVA 1991 p 11. Zie ook L Hardenberg Motivering van arbitrale vonnissen in TVA 1990 pp 48 51

⁶⁸ EHRM Van de Hurk supra noot 39 § 61

⁶⁹ EHRM 9 12 1994 Ruiz Torija – Spanje (A 303 A) § 30 en Hiro Balani – Spanje (A 303 B) § 28. Zie A F M Brenninkmeijer Cassatie bij het EHRM in NJB (1995) pp 520 522

⁷⁰ EHRM 9 12 1994 Stran Greek Refineries & Stratis Andreadis – Griekenland (A 301 B NJ 1996 592 NJCM Bulletin 1995 p 223). Zie voor een beschrijving ook Snyders supra noot 21 pp 72 74. In gelijke zin ook Matscher supra noot 28 p 292

⁷¹ Zie bijvoorbeeld EHRM Le Compte Van Leuven & De Meyere supra noot 13 § 51 en EHRM 21 2 1984 Ozturk – BRD (A 73 NJ 1988 937) § 56

⁷² Zie bijvoorbeeld Le Compte Van Leuven & De Meyere ibidem § 59 EHRM Albert & Le Compte supra noot 10 § 28

⁷³ Zie EHRM Zumbel supra noot 13 § 32 en de kritiek daarop geuit door rechter Martens in zijn dissenting opinion bij EHRM 26 4 1995 Fischer – Oostenrijk (A 312)

lijke arbitrale inbreuken op de beginselen van artikel 6 kunnen worden gecompenseerd door de (Nederlandse) overheidsrechter hangt dus af van de wijze van toetsing die plaatsvindt bij exequatuur- en vernietigingsprocedures ex artt. 1062-1068 Rv

5 Conclusies

Artikel 6 EVRM verzet zich er niet op voorhand tegen dat een burger afstand doet van bepaalde processuele rechten, bijvoorbeeld door een arbitrageovereenkomst aan te gaan. Een dergelijke *wavier* dient echter ondubbelzinnig en uit vrije wil plaats te vinden – veronderstelt dus ook dat betrokkene op de hoogte was van zijn rechten –, en mag niet in strijd zijn met het nationale recht. Naarmate de *wavier* ziet op processuele rechten van groter gewicht, stellen de Straatsburgse organen strengere eisen aan de vorm ervan. Hetzelfde geldt naarmate deze in een vroegere fase plaatsvindt, op een moment dat bijvoorbeeld nog niet goed voorzienbaar is dat men door aanvaarding van een bepaald arbitragebeding afstand zou doen van processuele rechten. Stilzwijgende *wavers* zijn in beginsel niet toelaatbaar. Het is slechts in uitzonderlijke omstandigheden dat men ervan mag uitgaan dat een partij stilzwijgend afstand heeft gedaan van zijn recht op een openbare behandeling van zijn zaak. De Straatsburgse jurisprudentie biedt geen enkele bevestiging voor de veronderstelling dat stilzwijgende *wavers* van andere processuele rechten zijn toegestaan.

Wie aldus afstand doet van zijn rechten zal in beginsel de consequenties daarvan moeten dragen. Dat brengt met zich mee dat de eisen van artikel 6 lid 1 EVRM slechts enigszins gedempt doorklinken in de wereld van de arbitrage. Een dergelijke verminderde werking van artikel 6 is in het algemeen wel verdedigd in de literatuur.⁷⁴ Daarmee is echter niet gezegd dat het EVRM irrelevant is voor de arbitrage. Terwijl de Commissie en het Hof aanvaarden dat een partij kan afzien van zijn recht op toegang tot de rechter, bestaat er brede steun voor de opvatting dat dit niet mogelijk is ten aanzien van het recht op *equality of arms*. De jurisprudentie wijst erop dat men evenmin naar behoven kan afzien van het recht op een onpartijdig en onafhankelijk gerecht, al ontbreekt het vooralsnog aan harde aanwijzingen. De aanwezigheid van een van de partijen bij de beraadslagingen van het scheidsgerecht zal hoe dan ook niet door de beugel kunnen. Het Hof heeft aanvaard dat een burger kan afzien van het recht op een openbare of zelfs mondiale behandeling van zijn zaak, maar de jurisprudentie lijkt niet zonder meer toepasbaar op arbitrageprocedures. Uitspraken dienen met redenen te zijn omkleed. Als in het vonnis een argument van een van

de partijen onbesproken blijft, kan dat een schending van artikel 6 lid 1 EVRM opleveren.

Het vorenstaande kan niet meer dan een momentopname zijn. De Commissie registreert ruim 3000 nieuwe klachten per jaar, het Hof wijst jaarlijks zo'n 60 à 70 arresten. Alleen al de omvang van deze 'case load' biedt de Straatsburgse organen alle gelegenheid om hun jurisprudentie verder te ontwikkelen. Aan die ontwikkeling bestaat zeker behoefte: de casuïstische benadering van de Commissie en het Hof brengt met zich mee dat de contouren van het EVRM slechts geleidelijk zichtbaar worden. Duidelijk is intussen wel dat de vrijheid om afstand te doen van processuele rechten niet onbepaald is. In die zin is er sprake van vrijheid in (enige) gebondenheid.

Tien jaar Arbitragewet in rechtsvergelijkend perspectief

Prof. dr. F. de Ly

In deze bijdrage wordt stilgestaan bij de vraag naar het gedijen van ons arbitragerecht in vergelijking met het arbitragerecht van een aantal andere rechtstelsels. Hierbij wordt vooral aandacht besteed aan de vraag of Nederland – gelet op ontwikkelingen in een aantal buitenlandse – een aantrekkelijke vestigingsplaats is en blijft voor internationale arbitrages.

1 Rechtsvergelijkend overzicht van wetgevende ontwikkelingen in het buitenland (1979-1995)

De aandacht van de wetgever voor het arbitragerecht is van vrij recente datum. Deze ontwikkeling werd in Engeland op gang gebracht door de *Arbitration Act 1979* die de tussenkomst van Engelse gerechten in arbitrale procedures beperkte teneinde de aantrekkingskracht van Londen voor internationale arbitrages te behouden. Dit bracht een sneeuwbaleffect op gang. Frankrijk hercodificeerde het arbitragerecht in 1980 voor de nationale arbitrage en besloot in 1981 een specifieke regeling voor de internationale arbitrage uit te vaardigen (*dualistisch stelsel*). België liberaliseerde in 1985 het arbitragerecht ten aanzien van internationale arbitrages. In datzelfde jaar nam Uncitral haar *Model Law on International Commercial Arbitration* (hierna 'ML') aan. Nederland volgde in 1986 met een hercodificatie van het arbitragerecht, waarbij eveneens een liberalisering centraal stond. In tegenstelling tot Frankrijk en België werden nauwelijks afzonderlijke regels voor de internationale arbitrage aangenomen (*monistisch stelsel*). Zwitserland

⁷⁴ Zie Jacot Guillarmod supra noot 48 p. 294; Velu & Ergéc supra noot 26 p. 365; Matscher supra noot 28 p. 291. Zie ook (maar de vergelijking is slechts zeer ten dele valide) EHRM 26.6.1992 Drozd & Janousek – Frankrijk & Spanje (A. 240 NJ 1995 258) NJCM Bulletin 1992 p. 815) § 110.

* Erasmus Universiteit Rotterdam, Juridische Faculteit.