

Conflictoplossing

Jacques Honkoop

In de ICT branche ontstaan regelmatig problemen tussen contractpartijen. Meestal hebben ze betrekking op de kwaliteit van het geleverde product, maar er zijn allerlei verschijningsvormen, zoals vermeende inbreuk op auteursrechten en de geldigheid van licenties. Vanouds worden geschillen beslecht door de rechter, maar er zijn wel degelijk alternatieven. Die noemt men tezamen wel Alternative Dispute Resolution of kortweg ADR. Het gaat in dit kader om audits, onderzoeken, bindende en niet-bindende adviezen, mediation en arbitrage. De keuze uit deze mogelijkheden wordt bepaald en tegelijkertijd beperkt door overeenkomsten, de mate waarin het geschil is geëscaleerd en de opstelling van de partijen in het geschil. Voor ieder alternatief wordt ingegaan op aspecten als vertrouwelijkheid, doorlooptijd, kosten, afdwingbaarheid en mogelijkheden tot beroep. Aan het eind van dit hoofdstuk zijn deze aspecten samengebracht in een tabel.

Van geschil naar conflict

Prof. Friedrich Glasl (Salzburg 1941) beschrijft het gedrag van partijen die met elkaar in conflict raken in drie opeenvolgende fasen: de rationele fase, de emotionele fase en de vechtfase. In de rationele fase zijn partijen uit op een win-win-resultaat. Als de gesprekken zich verhardend beland men in de tweede fase, de emotionele fase. Nu worden meningsverschillen belangentegenstellingen. Het realiseren van de eigen belangen krijgt prioriteit, de dialoog verandert in een tactisch debat en manipulatie. Boosheid, angst en teleurstelling leiden tot dreigementen. Het is winnen of verliezen en tenslotte bereiken partijen de vechtfase. Nu lopen feiten, logica, emoties en belangen door elkaar. Dit gaat soms zo ver dat men de andere partij wil vernietigen, desnoods met schade aan het eigen belang. Omdat dit snel kan leiden tot een situatie waarin beide partijen de kans lopen verliezer te worden, spreekt men van de 'alles-of-niets fase' of de 'loose-loose fase'.

Keuzevrijheid?

Als in een overeenkomst niets is vastgelegd met betrekking tot geschillen gaat men in beginsel naar de overheidsrechter. Van overeenkomsten kan uiteraard worden afgeweken als alle betrokken partijen dat wensen. Wanneer een conflict dreigt en de bij overeenkomst bepaalde wijze van geschillenbeslechting niet de beste lijkt kan men een ander voorstel doen.

De keuze wordt bepaald door de volgende aspecten:

- Snelheid van de procedure: ADR is sneller dan een gerechtelijke procedure.
- Deskundigheid: Bij ADR kan men kiezen voor een mediator, adviseur of arbiter met kennis van het onderwerp waarover het geschil gaat.
- Gewenste resultaat: Advies of onderzoek dat inzicht geeft op de geschilpunten óf een direct uitvoerbare uitspraak.
- Mate waarin het conflict is geëscaleerd: Glasl, zie hiervoor.
- Vertrouwelijkheid: ADR kan geheel vertrouwelijk. Rechtspraak is openbaar.
- Kosten. Bij geschillen met een gering financieel belang kan dit een belangrijk aspect zijn.

Audits, onderzoeken en adviezen

Doel is meer inzicht te krijgen in en over de geschilpunten op basis van hun vaktechnische merites, niet om een uitspraak over de oplossing van het geschil. Partijen vragen daartoe een derde om advies, onderzoek of audit. De vraag moet concreet worden geformuleerd zodat het antwoord kan leiden tot beëindiging van het geschil. Een audit is een gesystemiseerd onderzoek, bijvoorbeeld gebaseerd op een ISO-norm of het normenkader van de NOREA (beroepsorganisatie van EDP-auditors). Als het geschil zich in fase 1 van het escalatiemodel bevindt, is een onderzoek of advies de aangewezen weg.

Mediation

Mediation vindt plaats op basis van vrijwilligheid en vertrouwelijkheid. De vertrouwelijkheid betreft ook de mediator en er wordt schriftelijk overeengekomen dat op de inhoud van de mediation in een later nog te starten juridische procedure geen beroep kan worden gedaan. Inhoudelijk is mediation gebaseerd op onderhandeling door en tussen partijen. De mediator is vooral procesbegeleider. Inhoudelijke kennis van de mediator op het gebied van het geschil kan veel bijdragen aan het slagen van de mediation.

Een geslaagde mediation eindigt met een vaststellingsovereenkomst, waarin partijen hun afspraken vastleggen. De mediator is daarin geen partij, maar hij stelt de overeenkomst meestal wel op.

Mediation is bij uitstek het middel voor partijen die er belang bij hebben hun onderlinge relatie in stand te houden. Ook wanneer men op zoek is naar een pragmatische, creatieve oplossing of wanneer het geschil vooral door communicatiestoornissen is ontstaan, kan mediation tot een goed resultaat leiden.

Mediation is weinig succesvol wanneer een partij niets wil toegeven, een partij belang heeft bij het vertragen van het proces, er sprake is van een grote machtsongelijkheid of het conflict te ver is geëscaleerd.

De kosten van een mediation zijn in het algemeen gering. Slechts de mediators – en eventueel het instituut dat voor de mediation is ingeschakeld – komen ten laste van partijen. Regel is dat partijen ieder 50% van de kosten dragen. In de mediation kunnen andere afspraken worden gemaakt.

Arbitrage

Arbitrage is bij wet geregeld in de artikelen 1020 t/m 1076 van het wetboek van Burgerlijke rechtsvordering. De belangrijkste bepalingen zijn:

- Arbitrage moet schriftelijk worden overeengekomen (in de overeenkomst of later);
- Er moet altijd een oneven aantal arbiters worden benoemd, partijen bepalen hoe dat gebeurt;
- Partijen kunnen gezamenlijk de opdracht van arbiters beëindigen. Dit komt regelmatig voor. Tijdens het arbitrageproces krijgen partijen meer inzicht in hun positie en belangen en besluiten dan te schikken;
- Bevoegdheden van de arbiters zijn ondermeer: bevelen om stukken te overleggen, het horen van getuigen en deskundigen, het benoemen van deskundige(n) tot het uitbrengen van een advies en het bevelen van partijen om te verschijnen;
- Arbiters beoordelen het geschil 'als goede mannen naar billijkheid' of 'naar de regelen des rechts'. Als niet anders is overeengekomen wordt beslist naar de regelen des rechts;
- In haar vonnis kan het scheidsgerecht dwangsommen opleggen en het vonnis direct uitvoerbaar ('bij voorraad') verklaren;
- Het arbitraal vonnis krijgt een executoriale titel zonder dat deponering bij de rechtbank is vereist;
- Bij arbitrage is hoger beroep niet mogelijk, tenzij dat vooraf is overeengekomen. Een gang naar de rechter na arbitrage heeft slechts zin als de arbitrage voor wat betreft de procedure niet conform de wettelijke regels heeft plaatsgevonden.

Arbitrage is bij uitstek geschikt als de beoordeling van het geschil technische kennis van de branche of de handelsgebruiken vereist.

Bij arbitrage is er een winnaar en een verliezer en er zou eigenlijk pas voor gekozen worden als het conflict in hoofdfase 2 of 3 (dreiging of oorlog) van het model van Glasl is beland.

Arbitrage is niet geschikt als men een openbare uitspraak van de rechter wenst in verband met precedentwerking. Arbitrage is immers, tenzij partijen anders overeenkomen, niet openbaar.

Kosten

De kosten van de arbiters moeten worden gedragen door partijen. Bij de overheid worden de rechters betaald door de overheid maar zijn griffiekosten verschuldigd en moet voor de vele proceshandelingen een advocaat worden ingeschakeld. Dat is bij arbitrage niet vereist. Daardoor zijn de kosten van arbitrage per saldo doorgaans lager dan bij de overheidsrechter.

Arbitrage met een buitenlandse partij

Een gerechtelijke uitspraak van de Nederlandse rechter is in het buitenland niet of moeilijk afdwingbaar. Dat is afhankelijk van eventuele verdragen tussen Nederland en het land waarin de tegenpartij domicilie heeft. Daarom is ingeval de tegenpartij in het buitenland is gevestigd, arbitrage te prefereren boven de gang naar de rechter. Dit omdat de meeste landen (145), waaronder ons land, het 'Verdrag tot erkenning en tenuitvoerlegging van buitenlandse arbitrale vonnissen' hebben ondertekend.

Bindend advies

Een bindend advies heeft veel verwantschap met arbitrage. Een bindend advies is een uitspraak gedaan door een derde met betrekking tot een geschil. Een bindend advies kan niet zomaar ten uitvoer worden gelegd. Daar is de rechter voor nodig. Het bindende karakter van het advies van de derde moet dan wel vooraf door de in geschil zijnde partijen worden overeengekomen.

Voordelen van een bindend advies ten opzichte van arbitrage zijn dat het sneller en goedkoper kan door het informele karakter en dat de kans op juridificering geringer is. Een bindend advies kan in alle stadia in het model van Glasl een goede keuze zijn.

Overheidsrechter

Als niet anders wordt overeengekomen worden geschillen in beginsel beslecht door de overheidsrechter. Dat kan in kort geding (zie hieronder) of via een zogenoemde bodemprocedure. Wanneer het gaat om een belang van minder dan € 25.000,- kan men zich wenden tot de Rechtbank sector Kantonzaken. Daarnaast is er een aantal categorieën van vorderingen waarbij de kantonrechter altijd de bevoegde rechter is, onder andere inzake arbeids- en huurovereenkomsten.

Bij de kantonrechter kunnen partijen zelf hun zaak bepleiten, bij de rechtbank of het gerechtshof moet een advocaat worden ingeschakeld. Het verloop van de procedure is te vinden op www.rechtspraak.nl. Een civiele procedure duurt volgens deze website 'al gauw een jaar', maar in de praktijk is dat meestal veel langer doordat op verschillende momenten uitstel gevraagd wordt.

Beslagleggen

Wanneer men als schuldeiser te maken krijgt met een tegenpartij die zijn rekeningen niet voldoet kan men overwegen om bewarend ('conservatoir') beslag – te laten leggen op de bezittingen van deze schuldenaar, bijvoorbeeld op het saldo van zijn bankrekening. Bij een geschil over software, met name in een geschil over auteursrechten, wordt een conservatoir beslag gelegd op de software dat onderwerp van geschil is.

Voor het leggen van een beslag moet verlof worden gevraagd aan de voorzieningenrechter. Om het verrassingseffect te behouden gebeurt dit vaak al vóóordat een bodemprocedure (arbitrage of rechtbank) aanhangig wordt gemaakt.

Kort geding

Bij spoedeisend karakter kan men een kort geding aanspannen, zowel in arbitrage als bij de rechtbank. Het kort geding is gericht op het verkrijgen van een voorlopige beslissing, vooruitlopend op een eventuele bodemprocedure. Het is niet nodig dat er al een bodemprocedure aanhangig is of dat er überhaupt een bodemprocedure wordt gestart (met uitzondering van zaken op het gebied van intellectueel eigendom).

Er wordt geen definitief oordeel over het geschil gegeven, de beslissing is slechts voorlopig en in de bodemprocedure zijn arbiters en rechters niet gebonden aan het voorlopig oordeel in kort geding.

Deskundigenberichten

Een deskundigenbericht kan worden bevolen door een rechter of een arbitraal scheidsgerecht. Het kan ook op verzoek van één of meerdere partijen worden opgesteld. In alle gevallen dient de deskundige objectief en naar beste kunnen en weten de aan hem gestelde vragen te beantwoorden. Of de deskundige ter zake kundig is kan worden getoetst door het lidmaatschap van een beroepsvereniging, de registratie bij het Landelijk Register van Gerechtelijke Deskundigen LRGD en de website van de deskundige.

Conclusie

ADR wordt langzaam populairder. Door het vertrouwelijke karakter van ADR zijn helaas weinig gegevens beschikbaar zijn. Uit overzichten van o.a. het Nederlands Arbitrage Instituut (NAI) en de Stichting Geschillen Oplossing Automatisering (SGOA) valt af te leiden dat het aantal arbitragezaken toeneemt. Mediation is vooral bij familiezaken de laatste 10 jaar erg populair geworden, maar voor zakelijke geschillen wordt er (te) weinig gebruik van gemaakt. Bij optredende geschillen wordt nog zelden een externe deskundige ingeschakeld. Overtuigd van het eigen gelijk én omdat dit in het merendeel van de overeenkomsten is vastgelegd kiest men nog te vaak voor het lange traject bij de overheidsrechter.

Aanbevelingen

- ❖ Bij het opstellen of aangaan van contracten moet aandacht besteed worden aan hetgeen wordt vastgelegd over de geschillenbeslechting.
- ❖ Wanneer partijen er onderling niet uitkomen is het inwinnen van een gezamenlijk, onafhankelijk advies de beste keuze om inzicht te krijgen in de oorzaak en omvang van de geschilpunten.
- ❖ Wanneer een conflict escaleert en de rechter, of de bij overeenkomst bepaalde wijze van geschillenbeslechting, niet de beste lijkt stel dan de wederpartij een beter alternatief voor.
- ❖ Geschillenbeslechting levert vaak meer ergernis en/of kosten op dan het oorspronkelijke conflict of belang. Bij de tegenpartij speelt dit ook. Bedenk steeds dat men de tegenpartij te allen tijde een schikkingsvoorstel kan doen.