

Hoe werkt ICT Arbitrage ?

Wat is Arbitrage?

Partijen verwikkeld in een ICT-conflict kunnen ervoor kiezen dit op te lossen in een arbitrage door ICT deskundigen en -juristen bij de SGOA (Stichting Geschillenoplossing Automatisering) (zie www.sgoa.eu).

Arbitrage is een wettelijke erkende en gewaarborgde vorm van rechtspraak waarbij particuliere scheidslieden (arbiters) tot een vonnis komen volgens een formele rechtsgang met alle stukken die daarbij horen.

Partijen kunnen overeenkomen dat zij hun conflicten aan arbitrage zullen onderwerpen. Zij verbinden zich dan om de desbetreffende geschillen voor te leggen aan arbiters, die ter zake een voor partijen bindende beslissing geven.

Een arbitraal vonnis heeft dezelfde rechtskracht als een 'gewoon' vonnis. Nadat de arbiters het vonnis hebben geschreven en ondertekend, wordt dit ingeschreven bij de rechtbank. Zie het document 'Voorbeeld van een Arbitraal vonnis inzake een ICT geschil' elders op de website www.ictconflict.nl. Nadat het vonnis is gewezen kan een partij een deurwaarder inschakelen, die bijvoorbeeld beslag kan leggen bij de andere partij om zo de uitvoering van het vonnis af te dwingen.

Arbitrage is een internationaal erkende vorm van conflict oplossing. Vele landen hebben het verdrag van de Verenigde Naties "on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards" ondertekend.

Het grote voordeel van arbitrages ten opzichte van overheidsrechtspraak is dat arbiters gespecialiseerd zijn; ingeval van de SGOA in problemen die specifiek zijn voor de ICT branche. Arbitragecolleges zijn daarom multidisciplinair; bij de SGOA worden ze samengesteld uit top juristen met veel ervaring met het procesrecht en ICT conflicten enerzijds en vooraanstaande ICT deskundigen met langjarige ervaring in de informatietechnologie anderzijds.

De SGOA staat bekend om de snelheid waarmee arbitrages kunnen worden uitgevoerd. De stichting houdt korte termijnen aan, maximaal 3 tot 4 weken. De zittingen van het door betrokken partijen gekozen arbitragecollege kunnen op elk gewenst moment in binnen- en buitenland plaatsvinden.

Om een zaak ter beslechting aan de stichting te kunnen voorleggen, dienen de betrokken partijen door middel van een overeenkomst de arbiters bevoegd te verklaren.

Door zo'n afspraak verliest de normale overheidsrechter zijn bevoegdheid om over het geschil te oordelen. De afspraak dat de arbiters van de stichting bevoegd zijn moet, zo zegt de wet, om bewijsredenen schriftelijk worden gemaakt. In de praktijk maakt het zogenaamde 'arbitrale beding' deel uit van het (automatiserings- of distributie)contract dat de partijen bij het aangaan van hun verhouding sluiten.

Een arbitraal beding in een automatiseringscontract op basis waarvan de Stichting Geschillenoplossing Automatisering kan worden ingeschakeld, kan als volgt luiden:

'Alle geschillen tussen leverancier en cliënt naar aanleiding van deze overeenkomst danwel naar aanleiding van nadere overeenkomsten die daarvan het gevolg zijn, zullen door arbitrage worden beslecht overeenkomstig het Arbitragereglement van de Stichting Geschillenoplossing Automatisering. Tevens is het ICT-mediation-reglement van deze stichting van toepassing.'

Maar ook komt het wel voor dat partijen de SGOA pas bevoegd verklaren als een geschil zich heeft voorgedaan. Belangrijk is echter dat de arbiters een zaak niet in behandeling mogen nemen als beide partijen niet tevoren in een onderlinge afspraak de stichting bevoegd hebben verklaard. In zo'n situatie kan de zaak onverminderd aan de gewone overheidsrechter worden voorgelegd.

Redenen voor arbitrage

Vertrouwelijkheid

Arbitrage geschiedt in strikte vertrouwelijkheid. Anders dan bij de overheidsrechter zijn de zittingen van een arbitraal college niet openbaar. Alleen de partijen krijgen een kopie van het arbitrale vonnis. In de zaken die aan de SGOA worden voorgelegd staan er vaak grote belangen op het spel. Gewoonlijk kunnen partijen zich niet permitteren dat informatie over het geschil publiekelijk bekend wordt. Het arbitragereglement van de stichting waarborgt het confidentiële karakter van de procesgang.

Snelheid

Een arbitrage verloopt gemiddeld sneller dan de normale rechtspraak. Zonder afbreuk te doen aan een zorgvuldige procesgang wordt ervoor gezorgd dat partijen zich stipt houden aan de termijnen om hun stukken in te dienen. Volstrekt anders dan bij de gewone overheidsrechter wordt aan advocaten slechts bij uitzondering uitstel verleend op de geldende termijnen. Daardoor is het niet goed mogelijk om de procedure eindeloos te rekken door een partij die daar belang bij zou hebben.

Deskundigheid

Naast de vertrouwelijkheid en de snelheid van de procedure (in vergelijking met behandeling door de overheidsrechter) is het vooral de deskundigheid van de arbiters die partijen doet kiezen voor ICT arbitrage door de SGOA.

De praktijkkennis van en de ervaring met ICT-projecten en -contracten van de arbiters zijn vaak noodzakelijk om tot een goed oordeel te komen in de dikwijls complexe ICT conflicten. Zaken die aan de orde komen, betreffen bijvoorbeeld de uitleg van ICT overeenkomsten (volgens Nederlands of buitenlands recht), vaak met betrekking tot het niet of niet tijdig nakomen van afspraken. In veel gevallen is niet duidelijk of de gevraagde functionaliteit wel is aangeboden dan wel of de functionaliteit die de gebruiker bedoelde te kopen, wel door hem is gevraagd.

Door wisseling van personeel (opeenvolgende projectmanagers van de leverancier of verschuivingen met onduidelijke verantwoordelijkheidsverdeling bij de afnemer) ontstaat een mistige situatie, waardoor een project uit de hand loopt, ingebrekestellingen volgen en de overeenkomst wordt ontbonden. Soms is dit te voorbarig en zouden de grote nadelige gevolgen daarvan voorkomen kunnen worden door goede communicatie, door ICT Conflictpreventie of ICT Mediation (zie voor de Reglementen daarvan www.sgoa.eu). Daarnaast worden er vaak vragen gesteld over intellectuele eigendomsrechten, privacyaspecten, deugdelijkheid van software specificaties, meerwerk, beëindiging van duurovereenkomsten, aansprakelijkheid van deskundigen, deugdelijkheid van verstrekte adviezen, standaarden met betrekking tot escrow, beveiliging en mededingingsrecht.

Overigens worden niet alleen conflicten tussen leveranciers en opdrachtgevers aan de arbiters van de SGOA voorgelegd. Ook wordt de stichting ingeschakeld voor de beslechting van geschillen tussen producenten van software en hun dealers. Vaak gaat het hier om een verschil van interpretatie van marketingverplichtingen die voortvloeien uit het afgesloten distributiecontract. Inzicht in de marktverhoudingen en de complexe technische aspecten van het product spelen dan een grote rol bij het oplossen of het beslechten van het geschil.

Kortom, er is een keur aan problemen die meer of minder zijn geëscaleerd en in ieder geval tijd en aandacht vergen van de betrokkenen en mede daardoor vaak kostbaar zijn als ze onderwerp van een geschil worden.

Arbitragevormen

De SGOA kent twee vormen van arbitrage: de 'gewone' arbitrage en de Arbitrage in Kort Geding (AKG). Beide vormen zijn geregeld in de het SGOA Arbitrage reglement dat te vinden is op www.sgoa.eu onder het kopje Reglementen.

De Arbitrage in Kort Geding wordt gehanteerd voor spoedeisende zaken en kan binnen enkele dagen worden gehouden.

Dat geldt ook voor geschillen waarin een tijdelijke voorziening moet worden getroffen. Dit komt nogal eens voor in ICT-projecten, die gewoon moeten worden voortgezet, maar waarin een dergelijke voorziening gewenst is. Deze zaken worden meestal middels Arbitrage in Kort Geding behandeld. Een Arbitrage in Kort Geding komt qua procedure in grote lijnen overeen met een gewone arbitrage, zij het dat een AKG procedure in enkele dagen kan worden voltrokken.

Het is ook mogelijk een zaak door één arbiter te laten beslissen, maar in de regel worden er drie arbiters benoemd, waarbij wordt voorzien in de spreiding van juridische en technische disciplines en deskundigheden. Voor het verloop van de procedure en het reageren op processuele incidenten is het arbitragereglement vastgesteld. De gang van zaken omvat een inleidend verzoek van de eisende partij en een kort antwoord van de verwerende partij. Daarna volgt een schriftelijke ronde en vervolgens een mondelinge behandeling. De schriftelijke ronde bestaat uit stukken die partijen en hun raadslieden produceren met een vaak gedetailleerde analyse van de problematiek. Er worden termijnen van vier weken gehanteerd. Doorgaans vindt met partijen overleg plaats als zich bijzonderheden voordoen. In veel gevallen hebben partijen besloten uit elkaar te gaan en gaat het om het vaststellen van de schuldvraag en de financiële afrekening. De partijen en arbiters stellen zich ten doel een oplossing te zoeken waarin kapitaalvernietiging wordt voorkomen.

Bij een Arbitrage in Kort geding wordt na de eis meestal binnen een week een zitting gehouden. Op de zitting kunnen ook getuigen en deskundigen worden voorgebracht.

Een recent arbitraal kort geding betrof een procedure waarin een softwareproducent failliet dreigde te gaan omdat een grote dealer weigerde de toegezegde afnames te doen. De producent, die sterk afhankelijk was van de dealer, kwam daardoor in ernstige financiële problemen. De dealer stelde zich op het standpunt dat de software van de producent ondeugdelijk was. In het arbitrale kort geding kon die stelling door de ICT deskundige arbiter zonder moeite worden weerlegd. De dealer werd in het arbitrale vonnis dan ook veroordeeld om de toegezegde hoeveelheid producten onverwijld tegen betaling af te nemen.

Men loopt het risico dat men bij zaken als deze in een gewoon kort geding bij de president van de arrondissementsrechtbank al snel nul op het rekest krijgt, omdat voor de overheidsmagistraat kwesties als deze te ingewikkeld zijn. Zeker bij technisch gecompliceerde zaken zal de overheidsrechter in kort geding zijn vingers niet willen branden, zodat hij zich van een oordeel zal onthouden. Bij een arbitraal kort geding gelden zeer korte termijnen, soms van enkele dagen.

De kosten van een ICT Arbitrage (o.a. ten opzichte van ICT Mediation)

Een arbitrage duurt langer en kost meer dan een ICT-mediation, die normaliter door twee mediators wordt uitgevoerd en waar geen vonnis wordt uitgesproken maar een vaststellingsovereenkomst wordt opgesteld als afsluiting van het geschil.

Een arbitrage is soms duurder dan een procedure bij de overheidsrechter, omdat de partijen ook het honorarium van de arbiters moeten betalen. Omdat er in civiele procedures nogal eens hoger beroep wordt aangetekend komt in dat geval het financiële nadeel te vervallen en is arbitrage uiteindelijk goedkoper. In een arbitrale procedure kunnen partijen niet in hoger beroep, tenzij zij vooraf schriftelijk zijn overeengekomen dat ze over die mogelijkheid willen beschikken. In principe is het vonnis van arbiters dus een eindoordeel.

Zeker indien de rechter een deskundigenbericht nodig acht (hetgeen bij ICT conflicten vrijwel altijd het geval is) duurt de arbitrageprocedure korter dan een procedure in de gewone rechtspraak, wat doorgaans betekent dat minder geld hoeft te worden uitgegeven aan rechtsbijstand. Bovendien worden bij een SGOA arbitrage de kosten van de deskundige vermeden omdat die deskundigheid beschikbaar is bij de arbiters

De SGOA heeft honderden ICT-conflicten geanalyseerd die door een ICT mediation werden geschikt of door een ICT arbitrage werden beslecht. De laatste jaren is de gemiddelde doorlooptijd van een arbitrage teruggelopen tot minder dan tweehonderd dagen. De trend is dat een arbitrage gemiddeld steeds korter duurt, ondanks dat de zaken steeds groter en complexer zijn geworden.

ICT-mediations worden gemiddeld in ruim honderd dagen afgewikkeld en ook die procedures verlopen de laatste jaren steeds sneller. In 2013 werd zelfs een gemiddelde looptijd voor mediations van 50 dagen gescoord.

Arbitrages worden meestal uitgevoerd door drie arbiters en ICT-mediation door twee mediators. De gemiddelde kosten voor een arbitrage in de laatste jaren zijn (voor twee partijen samen) ca. € 10.000,- (dus ca. € 5.000,- per partij) exclusief de zelfgemaakte kosten voor rechtsbijstand. Overigens zijn partijen ingeval van arbitrage niet verplicht om zich te laten bijstaan door een advocaat.

ICT-mediations kosten (voor twee partijen samen) gemiddeld ca. € 6.000,- (dus ca. € 3.000,- per partij) exclusief de zelfgemaakte kosten voor rechtsbijstand. Ook bij mediation is bijstand door een advocaat een keuze van partijen zelf. Enige jaren geleden lagen de gemiddelde kosten voor mediations wat lager. Naarmate het financieel belang van een zaak echter toeneemt, stijgen ook de gemiddelde kosten. Dit geldt zowel voor arbitrages als voor mediations.

De laatste jaren is er sprake van een toename van ICT-mediations met zeer grote financiële belangen van zelfs meer dan € 25 miljoen. Bij grote organisaties zijn de financiële belangen veel groter dan in het MKB. Grote organisaties hebben ICT-mediation ontdekt als vorm van efficiënte geschillenoplossing.

Arbitrage en Mediation in de Leveringsvoorwaarden van ICT~Office

De wet staat toe dat in algemene leveringsvoorwaarden gekozen kan worden voor arbitrage. Diverse ICT leveranciers wijzen in hun voorwaarden de SGOA als exclusieve geschilleninstantie aan. De veelgebruikte algemene leveringsvoorwaarden van ICT~Office (tegenwoordig Nederland ICT) gaan ervan uit dat geschillen eerst in een mediation procedure via de SGOA worden opgelost.

In die voorwaarden wordt voorgeschreven dat leverancier en opdrachtgever verplicht zijn hun geschillen ter bemiddeling voor te leggen aan de Stichting Geschillenoplossing Automatisering (SGOA). Partijen verplichten zich ten minste één sessie met de mediators bij te wonen. In die sessie kunnen de mediators concreet, d.w.z. toegespitst op het specifieke conflict, uit de doeken doen wat de mediation voor partijen kan betekenen. Die sessie is dus verplicht. Verdere deelname aan de mediation is gebaseerd op vrijwilligheid; partijen kunnen in dat geval desgewenst dus uit de mediation stappen.

Pas als de bemiddeling niet is geslaagd, kan het geschil aan de arbiters van de SGOA worden voorgelegd. Anders dan de mediators leggen arbiters hun oordeel vast in een voor beide partijen bindend arbitraal vonnis. Voor kleinere geschillen kunnen partijen ook overeenkomen dat de zaak aan de kantontrechter in plaats van arbiters van de SGOA wordt voorgelegd.

Verzekeren voor de kosten van een SGOA procedure

Tot slot kan over de positie van de Stichting Geschillenoplossing Automatisering nog het volgende worden gezegd. Veel ICT bedrijven hebben de laatste jaren een Beroeps aansprakelijkheidsverzekering (BAV) gesloten. Een BAV polis biedt niet alleen dekking als de leverancier door ondeugdelijke ICT-producten of -diensten schade aan een ander veroorzaakt. Ook zijn de kosten die de leverancier moet maken om zich tegen een claim te verweren (advocatenkosten, kosten van de voor het verweer ingehuurde consultants et cetera) gedekt. Om erger te voorkomen hebben de verzekeraars van ICT bedrijven er evenwel belang bij dat conflicten tussen ICT leveranciers en opdrachtgevers zoveel mogelijk vroegtijdig worden aangepakt. In dat verband doen verzekeraars er goed aan om de kosten van een mediation uitdrukkelijk onder de dekking te brengen.

De meeste polissen in de ICT branche geven thans geen duidelijkheid over de vraag of het starten van een mediation bij de stichting gezien kan worden als een schadebeperkende maatregel. Voor het treffen van schadebeperkende maatregelen geven BAV polissen in de regel wel dekking. Er bestaat een toenemende bereidheid om BAV polissen op dit punt te verbeteren.

Ook kunnen er in de markt inmiddels polissen worden gesloten waarin de kosten van arbitrage zijn gedekt. De ICT bedrijven die in hun voorwaarden de SGOA bevoegd verklaren, doen er goed aan de polis van hun Beroeps aansprakelijkheidsverzekering er nog eens op na te lezen. Desgewenst kan een uitbreiding op de dekking met de verzekeraar besproken worden. De keuze voor de SGOA wordt op die manier verzekeringstechnisch ondersteund.