

## **Kiezen tussen rechter, arbiter, mediator of de bindend adviseur**

### **in geval van ICT geschillen**

#### **Inleiding**

ICT conflicten komen voor in alle vormen en maten. Doorgaans worden ze meteen op de werkvloer opgelost. Als dat niet lukt, zijn de managers aan de beurt, en als die niet tot resultaten komen, wordt het probleem op het bordje van de directie gelegd, die meestal kans zien om een regeling te treffen. Is dat niet mogelijk, dan gaan partijen in overleg met hun advocaat.

Gespecialiseerde ICT advocaten hebben de keuze uit meer mogelijkheden. Die mogelijkheden vatten we samen onder de noemer *Alternative Dispute Resolution (ADR)*, of in het Nederlands: Anders Dan de Rechter. De Stichting Geschillenoplossing Automatisering te Haarlem ([www.sgoa.eu](http://www.sgoa.eu)) kan voorzien in ADR procedures voor de ICT sector. Daarnaast blijft de gang naar de overheidsrechter natuurlijk altijd open.

#### **Naar de rechter**

Eigenlijk zijn er bij het oplossen of beslechten van ICT geschillen maar weinig redenen waarom partijen voor een gang naar de rechter zouden kiezen. Stel dat je zeker weet dat je het gelijk geheel aan jouw kant hebt en dat je dat ook denkt te kunnen bewijzen, dan nog is dat geen reden om naar de rechtbank te gaan. Immers, in dat geval kun je ook een vonnis krijgen via arbitrage en dat vonnis is dan waarschijnlijk ook nog sneller, deskundiger en in veel gevallen goedkoper dan een vonnis dat verkregen wordt via een langdurige gerechtelijke procedure.

Pas als partijen gebaat zijn bij een publieke uitspraak die tot jurisprudentie leidt, of indien ze belang hebben bij het uitstellen van een vonnis door hoger beroep en dergelijke, pas dan is het zinvol om een complex ICT geschil voor te leggen aan de rechter.

Veel mensen die één of meer rechtsgangen van nabij hebben meegemaakt, herkennen gedurende het proces hun eigen zaak niet meer. Het probleem van de betrokkenen wordt het eigendom van advocaten en andere rechtsgeleerden. Het taalgebruik en de procedures van juristen zijn soms onbegrijpelijk en voor een juiste rechtsgang moet de werkelijkheid worden vertaald in juridische kaders.

Dat het niet eenvoudig is de juiste 'juridische kaders' te vinden, blijkt uit het feit dat elkaar bestrijdende advocaten aan de hand van dezelfde methodiek (de wet) stevast tot andere en vaak tegengestelde conclusies komen.

De rechter is het soms met beide juridische benaderingen niet eens. In hoger beroep procedures zijn hogere rechters het vaak niet eens met lagere rechters en op hun beurt worden hogere rechters nog wel eens teruggefloten door de Hoge Raad. Het is kennelijk heel moeilijk om het recht toe te passen.

Deze problematiek geldt des te meer voor partijen die samen een ICT conflict hebben. Er zijn daarbij de nodige gevallen gedocumenteerd met een rechtsgang van tien jaar en langer. Niet zelden worden de kosten (met name de kosten voor juridische bijstand) hoger dan het financiële belang van het ICT conflict zelf. De reden daarvoor is dat veel rechters en advocaten niet goed op de hoogte zijn van ingewikkelde ICT problemen.

De oplossing daarvoor is het inschakelen van ICT deskundigen, die de complexiteit van het conflict moeten terugbrengen naar een inzichtelijke zaak voor de juristen. Soms hebben partijen elk al een eigen (partij)deskundige aangesteld. Aangezien die zelden een gelijke mening hebben over het conflict, benoemt de rechter veelal ook nog een onafhankelijke ICT deskundige. Het moge duidelijk zijn dat deze gang van zaken lang duurt en erg kostbaar is.

#### *Indicaties voor rechtspraak via de overheidsrechter*

- Partijen zoeken voornamelijk een juridische oplossing en denken hun stellingen te kunnen bewijzen.
- Partijen willen een openbare zitting en stellen prijs op de vorming van jurisprudentie (in verband met de precedentwerking).
- Partijen willen in hoger beroep kunnen.
- Partijen willen een executoriale titel (om de deurwaarder te kunnen inschakelen). Overigens kan dit ook bij een arbitraal vonnis.
- Eén van de partijen heeft (of beide partijen hebben) belang bij vertraging.

#### *Contra-indicaties voor rechtspraak via de overheidsrechter*

- Partijen zijn op zoek naar een compromis.
- Partijen zoeken een goedkope oplossing.
- Partijen zoeken een snelle oplossing.
- Behandeling van het geschil vereist technische kennis van de branche of van de handelsgebruiken.
- Vertrouwelijkheid (contra het in de openbaarheid brengen van de zaak).

## Naar de Arbitrer

Arbitrage is een wettelijke erkende en gewaarborgde vorm van rechtspraak waarbij particuliere scheidslieden (arbiters) volgens een door partijen te bepalen procedure tot een vonnis komen.

In principe kan iedereen (alleen of met meerdere personen) een arbitrage uitvoeren, mits alle wettelijke regelingen in acht worden genomen. Voor ICT conflicten ligt het voor de hand zich te wenden tot een instituut dat geëquipeerd is om arbitrages uit te voeren.

In Nederland worden ICT arbitrages behandeld door de Stichting Geschillenoplossing Automatisering (SGOA) in Haarlem. Een arbitraal vonnis heeft dezelfde rechtskracht als een 'gewoon' vonnis. Nadat de arbiters het vonnis hebben geschreven en ondertekend, wordt het vonnis ingeschreven bij de rechtbank. Daarna 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.

De brancheorganisatie Nederland ICT in Woerden (voorheen ICT~Office / FENIT / Cosso) heeft in haar algemene voorwaarden voor de branche een clause opgenomen over het beslechten van geschillen. Wanneer die voorwaarden van toepassing zijn in een overeenkomst tussen een ICT-bedrijf en een opdrachtgever, zijn partijen in feite vooraf al overeengekomen dat zij in geval van een conflict hun problemen zullen voorleggen aan deskundigen van de SGOA. Dat kan door middel van een arbitrage, tenzij partijen samen besluiten een mediation uit te voeren. Als dit laatste onverhoopt niet tot succes leidt, staat nog altijd de weg open om een arbitrage uit te voeren.

De SGOA kent een arbitragereglement waarin de procesgang is geregeld (zie [www.sgoa.eu](http://www.sgoa.eu)). In een arbitrage bij de SGOA worden normaliter drie arbiters benoemd. De voorzitter is altijd een jurist met uitgebreide proceservaring (als rechter of advocaat) en minstens één van de leden is een ICT-specialist. De partijen kiezen zelf 'hun' arbiters aan de hand van een lijst die verstrekt wordt door het Bureau van de SGOA.

Partijen kunnen zich laten bijstaan door een advocaat, maar het kan ook een accountant, een (bedrijfs-)jurist of een andere raadsman zijn. Overigens is het de keuze van partijen om zich wel of niet te laten bijstaan door een deskundige. Omdat de arbiters ofwel ICT jurist zijn ofwel ICT-specialist, kan in een arbitrage diep op de inhoud van het conflict worden ingegaan. Hierdoor hoeft in de meeste gevallen geen externe ICT deskundige te worden ingeschakeld, zoals dat in ICT zaken bij de gewone rechter vaak wel het geval is.

Een kort geding kan ook worden gevoerd langs arbitrale weg. Een Arbitrage in Kort Geding (AKG) komt overeen met een gewone arbitrage, zij het dat de procedure zich in enkele dagen kan voltrekken.

### *Indicaties voor arbitrage*

- Behandeling van het geschil vereist (technische) kennis van de branche en van de handelsgebruiken.
- Partijen streven naar nakoming dan wel ontbinding van de overeenkomst.
- Partijen streven naar een redelijke schadevergoeding.
- Partijen zijn redelijk in staat hun stellingen met bewijzen te staven (overeenkomsten, correspondentie, ingebrekestellingen en dergelijke).
- Partijen hebben behoefte aan een executoriale titel (vonnis).
- Partijen hebben geen tijd, geld of geduld voor een bodemprocedure bij de rechtbank.
- Partijen willen hun geschil vertrouwelijk oplossen.

### *Contra-indicaties voor arbitrage*

- Partijen willen in hoger beroep kunnen gaan (kan bij arbitrages alleen indien partijen dat vooraf zijn overeengekomen).
- Partijen willen geen formele procedure.
- Partijen willen een openbare uitspraak van een overheidsrechter, bijvoorbeeld in verband met precedentwerking.

### **Naar de Mediator**

Usance in de gewone civiele rechtspraak is dat partijen elkaar te slim af willen zijn. Zij dekken zich in, houden informatie achter, willen de eerste klap uitdelen, zijn niet wars van trucjes en koesteren vanzelfsprekend een groot wantrouwen jegens de tegenpartij. Dit heet standpuntsgewijze onderhandeling. Partijen herhalen hun standpunten en versterken die wanneer de tegenpartij tegengestelde standpunten poneert.

Een andere manier van onderhandelen is de nadruk te leggen op belangen en zienswijzen van partijen. Het komt vaak voor dat partijen naast tegengestelde ook verenigbare of zelfs gemeenschappelijke belangen hebben, bijvoorbeeld zo min mogelijk kapitaalvernietiging, buiten de publiciteit blijven of zo snel mogelijk het project afronden. De andere partij is niet de vijand, maar een relatie die ook aan zijn trekken mag komen. In een goede sfeer, die met name door de bemiddelaar kan worden gecreëerd, worden eerst alle belangen van de partijen op een rijtje gezet. Hoe dat gebeurt, hangt af van de situatie. De belangen hoeven niet alleen te gaan over het conflict, maar kunnen zich ook uitstrekken tot de toekomstige relatie van partijen. In feite wordt daarmee het aantal mogelijke oplossingen van het geschil aanzienlijk vergroot.

Natuurlijk zijn er ook altijd tegengestelde belangen. De bemiddelaar kan dan uitkomst bieden door deze tegenstrijdige belangen te toetsen aan objectieve criteria. Het is duidelijk dat deze manier van onderhandelen niet altijd succes heeft. Veel hangt af van de ervaring, de vindingrijkheid en het overwicht van de mediator(s).

Bij ICT mediations is veel baat gevonden bij het toepassen van co-mediation. Daarbij treden twee mediators op, namelijk een ICT jurist en een ICT-specialist.

Beide disciplines zijn in een mediation van belang omdat partijen (en hun raadslieden) zich tijdens de procedure afvragen of een eventuele schikking nog wel in verhouding staat tot het redelijk te verwachten resultaat bij de rechter. Het werkt voor beide partijen vaak ontvullerend om van een onpartijdige top ICT jurist verstandige juridische argumenten te horen over hun procesrisico's. Een soortgelijk ontvullerend effect kan ontstaan als een ICT specialist objectieve criteria te berde brengt, waardoor partijen hun eigen case nog wel eens met andere ogen gaan beschouwen.

Inmiddels zijn door de SGOA in 25 jaar vele honderden ICT mediations uitgevoerd en is een uitgebalanceerde aanpak ontstaan die in meer dan 95 procent van de gevallen (vaak in één sessie dag) leidt tot een oplossing die partijen vrijwillig en gezamenlijk overeenkomen en die wordt vastgelegd in een vaststellingsovereenkomst. Als er onverhoopt geen (volledige) overeenstemming kan worden bereikt, bestaan er nog andere mogelijkheden. Zo kunnen partijen de mediators (of anderen) verzoeken een bindend advies uit te brengen. In enkele gevallen is het voorgekomen dat partijen alsnog doorgaan met een arbitrale procedure.

#### *Indicaties voor mediation*

- Partijen hebben de bereidheid er samen uit te komen (gezamenlijk belang).
- Partijen willen de relatie met elkaar in stand houden of niet nog slechter maken.
- Partijen verwachten dat een juridisch gevecht geen oplossing zal bieden.
- Er is sprake van communicatiegeschillen in plaats van principiële belangentegenstellingen.
- Partijen willen zelf verantwoordelijk blijven voor de oplossing.
- Partijen zoeken een duurzame oplossing die wederzijds wordt gedragen.
- Partijen zoeken een snelle oplossing.
- Partijen zoeken een goedkope oplossing.
- Het conflict is nog niet geëscaleerd tot op het niveau waarop men wraak wil.
- Partijen wensen om reden van privacy geen openbare zitting (vertrouwelijkheid).
- Partijen zijn bereid vrijwillig mee te werken.
- Partijen zijn op zoek naar pragmatische, creatieve oplossingen.
- Partijen zijn bereid ter wille van een schikking het verleden te laten rusten en naar de toekomst te kijken.

### *Contra-indicaties voor mediation*

- Eén van de partijen is niet bereid water bij de wijn te doen (wil zijn gelijk halen).
- Partijen willen een openbare uitspraak van een overheidsrechter, bijvoorbeeld in verband met precedentwerking.
- Partijen willen een executoriale titel (rechtspraak of arbitrage). (Kan echter ook worden gerealiseerd door de vaststellingsovereenkomst die voortvloeit uit de mediation notarieel te verlijden).
- Partijen willen zekerheid dat na afloop het geschil is opgelost. (Kan echter ook worden opgelost door af te spreken dat, indien de mediation niet mocht slagen, alsnog een arbitrage procedure wordt opgestart).
- Het conflict is zodanig geëscaleerd dat partijen elkaar willen beschadigen.
- Een te grote machtsongelijkheid staat een gelijkwaardige onderhandeling in de weg (mediators zijn er op getraind om de machtsbalans gedurende het proces voortdurend te herstellen)
- Eén van de partijen heeft belang bij een vertragingstactiek.

### **Naar de Bindend Adviseur**

Bij een bindend advies wordt aan één of meer personen gevraagd een advies uit te brengen aan partijen, waarbij deze zich vooraf door middel van een overeenkomst hebben gebonden om dat 'advies' uit te voeren. De bindend adviseur bij de SGOA is doorgaans een ICT-specialist met enige juridische kennis. Daardoor is de procedure goedkoop, want er hoeft geen externe ICT deskundige te worden ingeschakeld. Een andere mogelijkheid is dat een bindend adviseur zich laat bijstaan door een jurist voor het schrijven van het juridische deel van het bindend advies.

Een nadeel is dat nakoming van een bindend advies moeilijker is af te dwingen dan van een arbitraal vonnis als een partij zich achteraf toch niet wenst te houden aan de beslissing van de bindend adviseur. Zie voor nadere informatie over de Bindend Adviseur documenten op deze website [www.ictconflict.nl](http://www.ictconflict.nl) of op [www.sgoa.eu](http://www.sgoa.eu).

### *Indicaties voor bindend advies*

- Er is geen behoefte aan juridisch geschoolde adviseurs en aan een formele rechtsgang zoals bij arbitrage.
- Voor geïsoleerde deelproblemen.
- Beslechting door een ICT deskundige is gewenst.

### *Contra-indicaties voor ICT Bindend Advies*

- Geen executoriale titel (dus geen deurwaarder in te schakelen).
- Bij omvangrijke geschillen.
- Wanneer een goede juridische onderbouwing wordt gewenst.

## Naar de ICT Deskundige

Een Deskundigenbericht is een rapport van een deskundige (meestal een ICT-specialist) dat antwoord geeft op de vragen van rechter(s) of arbiter(s) of partijen rechtstreeks. In het laatste geval willen partijen eerst samen een beeld krijgen van hoe hun conflict door een externe deskundige wordt beoordeeld alvorens gerechtelijke stappen te gaan ondernemen.

Er is een verschil tussen een partijdeskundige en een door beide partijen (of door de rechtbank of arbiters) benoemde onafhankelijke deskundige. Een advocaat weet altijd wel een deskundige te vinden die de standpunten van zijn cliënt kan onderbouwen, ofwel een zogenoemde partijdeskundige. Daardoor wordt een rechter vaak geconfronteerd met twee partijdeskundigen, die het grondig met elkaar oneens kunnen zijn. In zo'n geval benoemt de rechter stevast een 'eigen' deskundige.

De SGOA kent geen procedures voor het inschakelen van partijdeskundigen en voert uitsluitend deskundigenberichten uit in opdracht van beide partijen of van de gewone rechter dan wel van arbiters. Indien partijen gezamenlijk opdracht geven tot het maken van een Deskundigenbericht, dan worden de feiten die boven water gebracht worden in het deskundigenbericht (eindrapport) gebruikt als basismateriaal voor het vinden van een gezamenlijk oplossing.

### *Indicaties voor een onafhankelijk deskundigenbericht*

- Behoeft aan 'fact finding' bij rechters, arbiters of beide partijen
- Onafhankelijke beeldvorming van de problematiek.
- Vooruitlopend op een schikking.
- Vooruitlopend op een eventueel te voeren procedure (gewone rechtspraak of arbitrage).
- Partijen hebben geen of onvoldoende kennis (meer) van hun eigen geschil.

### *Contra-indicaties voor een onafhankelijk deskundigenbericht*

- Wanneer een directe beslissing door een derde gewenst is.
- Problemen met een gering financieel belang.