



Mediation, arbitrage en bindend advies Geschilbeslechting zonder rechter

Als partijen en hun advocaten er samen niet uit komen bij een geschil, is de rechter meestal niet de enige oplossing. Er zijn vele vormen van alternatieve geschillenbeslechting (*Alternative Dispute Resolution*, ADR) met elk hun eigen voor- en nadelen ten opzichte van de overheidsrechter.

De meest bekende zijn: arbitrage, bindend advies en mediation.

Arbitrage

Bij arbitrage spreken partijen samen af dat niet de (overheids)rechter, maar particuliere arbiters het geschil beoordelen en beslissen. Deze vorm van geschilbeslechting lijkt verder heel sterk op de gewone civielrechtelijke procedure voor de rechtbank.

Arbitrage kan worden overeengekomen als het geschil al bestaat (achteraf), waarbij partijen dan meteen afspraken kunnen maken over de benoeming van de arbiters en over de procedure. Maar veel vaker wordt arbitrage vooraf al overeengekomen, voordat partijen een geschil hebben of zelfs maar hebben voorzien. Dat gebeurt vaak bijna onopgemerkt als standaardclausule in een opdracht-/ orderbevestiging of zelfs in algemene voorwaarden. Het is goed om je bewust te zijn van die keuze en de implicaties.

Een belangrijk voordeel van arbitrage is dat partijen zelf de arbiters en hun achtergronden kunnen kiezen, waardoor gekozen kan worden voor personen die technisch of financieel deskundig zijn, of die specifieke branchekennis hebben. Meestal is tenminste één arbiter jurist – ook om de procedure in te richten en te bewaken.

Een ander groot voordeel is dat de arbiters ook kunnen beslissen als ‘goede mannen naar billijkheid’ waardoor de procedure minder juridisch van aard en toon wordt.

In internationale contracten wordt vaak gekozen voor internationale arbitrage (bijvoorbeeld bij het ICC in Parijs) omdat dan niet gekozen hoeft te worden voor het nationale rechtstelsel van een van de beide partijen, waardoor de andere partij al meteen op achterstand zou staan.

Een arbitrale procedure verloopt in de praktijk meestal vergelijkbaar aan een gewone procedure (met schriftelijke rondes, een zitting en bewijslevering). Arbitrage verloopt daardoor vaak net zo traag als een procedure bij de rechter. Maar bij arbitrage bestaat in principe geen mogelijkheid van hoger beroep, tenzij partijen dat specifiek overeenkomen. Dat heeft voor- en nadelen, maar daardoor wordt sneller een definitief oordeel bereikt.

Tegenover die uitgebreide procedure staat dat de arbiters op uurbasis door partijen moeten worden betaald (tegen stevige uurtarieven per arbiter, voor zowel de zitting als de voorbereiding en het schrijven van de beslissing). Daardoor leidt arbitrage vaak tot veel hogere kosten dan de gewone rechtspraak. De eisende partij betaalt bij wijze van voorschot de geraamde kosten van de arbitrage, maar bij de uitspraak wordt de verliezende partij doorgaans in de kosten veroordeeld.

In Nederland is het meest bekende arbitrage instituut het Nederlands Arbitrage Instituut (NAI), met een eigen secretariaat en eigen NAI-reglement waarin de procedureregels zijn vastgelegd (www.nai-nl.org). Daarnaast zijn er bekende branche arbitrage-instituten, zoals de Raad van Arbitrage voor de Bouw, die ook met eigen reglementen en procedureregels werken.



Deze instituten kennen procedures voor de benoeming van de arbiters, bijvoorbeeld door voorkeuren aan te geven op een door het instituut aangeleverde kandidatenlijst. Maar partijen kunnen ook gewoon zelf arbiters benoemen of zelfs de Voorzieningenrechter van de rechtbank verzoeken om die benoeming te verrichten – indien arbitrage is overeengekomen.

Arbitrage kent een sterke wettelijke basis, waarin de procedure en bijkomende rechten en verplichtingen zijn vastgelegd (artikel 1020 e.v. Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering). Arbitrage biedt in veel opzichten dezelfde mogelijkheden als rechtspraak: zo kan je na een beslaglegging kiezen om te procederen in arbitrage in plaats van bij de gewone rechter, en leidt arbitrage ook tot stuiting (stopzetting) van verjaring.

Een arbitraal vonnis kan ook door de deurwaarder ten uitvoer gelegd worden (geëxecuteerd worden), nadat eerst bij de rechtbank enkele formaliteiten worden vervuld.

Bindend advies door deskundige(n)

Dit is een typisch Nederlandse procesvorm waarbij de beslissing van een geschil wordt opgedragen aan een of meer (onafhankelijke) derde(n). Hiervoor geldt geen vaste procesgang of stramen van procedureregels. De beslissing wordt primair gebaseerd op de eigen deskundigheid van de derde; de inbreng van partijen in de discussie is in principe beperkt.

De praktische invulling van bindend advies is vaak dat de deskundige de benodigde (feitelijke) informatie ontvangt en/of eigen onderzoek doet, op basis waarvan hij een concept adviesrapport schrijft. Dat concept rapport wordt dan aan partijen voorgelegd die daarop kunnen reageren. De deskundige beslist vervolgens hoe hij die reacties verwerkt in het definitieve rapport, waarin zijn bindende beslissing is opgenomen.

Voorbeelden van bindend advies bij geschillen zijn:

- bindend advies door een accountant ten aanzien van de inhoud van de jaarrekening van een v.o.f. in geval de vennoten het oneens zijn;
- bindend advies door een accountant of register-valuator met betrekking tot de waarde van een aandelenpakket bij (gedwongen) verkoop;
- bindend advies door een technisch deskundige ten aanzien van de hoogte van de schade c.q. herstelkosten bij een gebrek bij de oplevering van een werk.

Bindend advies is als zodanig niet in de wet geregeld. Uiteindelijk vindt deze geschillenbeslechting haar basis in de wettelijke bepalingen met betrekking tot de vaststellingsovereenkomst (artikel 7:900 e.v. BW). Partijen kunnen overeenkomen dat een (deskundige) derde kan vaststellen wat de uitkomst van een tussen hen bestaand discussiepunt is, waarbij partijen zich verplichten om zich aan die beslissing te houden.

De derde treedt dus op als deskundig adviseur, maar zijn advies is niet vrijblijvend. Partijen verplichten zich om dit advies als juist te aanvaarden. Zij zijn aan het advies gebonden.

Ook als partijen geen geschil hebben, kunnen zij bindend advies overeenkomen, met als doel dat een onafhankelijke deskundige de gemaakte afspraken kan aanvullen, invullen of wijzigen. Bijvoorbeeld: een onafhankelijk deskundige stelt vast in welke kwaliteitscategorie de geleverde producten vallen (en welke inkoop prijs daarvoor dus geldt).

Maar als partijen wel een geschil hebben dan komt het bindend advies van de derde-deskundige in feite neer op een oordeel in dat geschil. Het effect daarvan is in feite hetzelfde als rechtspraak. Arbitrage en bindende advies liggen dicht bij elkaar...



Bij de afspraak om bindend advies toe te passen op een geschil, spreken partijen meestal ook af hoe de deskundige zal worden benoemd. Vaak wordt bepaald wat de achtergrond van de deskundige moet zijn, bijvoorbeeld een registeraccountant of een bouwkundig kostendeskundige. De wijze van benoeming is meestal:

- o partijen benoemen samen één deskundige en als zij daar niet uit komen, zal de deskundige worden benoemd door bijvoorbeeld de rechter of een beroepsorganisatie, of;
- o partijen benoemen elk één deskundige die samen een derde deskundige benoemen, of;
- o partijen benoemen elk één deskundige die samen tot een unaniem oordeel proberen te komen – pas als dat unanieme oordeel niet lukt, benoemen de deskundigen samen een derde deskundige die doorslaggevend zal zijn in de besluitvorming.

Bindend advies wordt meestal vooraf al overeengekomen (in bijv. de aandeelhoudersovereenkomst, het bouwcontract of de koopovereenkomst) voor het geval later een geschil op mocht treden. Maar ook als al een geschil bestaat kunnen partijen afspraken om dat geschil te beslechten door bindend advies. Vaak is dat bindend advies dan onderdeel van een bereikte deeloplossing of compromis. Afgesproken is dan bijvoorbeeld om de relatie op een bepaalde manier te beëindigen tegen betaling van een afkoopsom, schadevergoeding of iets dergelijks. De bindend adviseur bepaalt dan de hoogte van de afkoopsom of schadevergoeding.

Of: de bindend adviseur stelt vast of een geleverde zaak (machine, bouwwerk e.d.) voldoet aan de daaraan te stellen eisen en welke aanpassingen de leverancier nog moet maken voordat het contract correct is nagekomen.

Omdat bindend advies vaak het sluitstuk is van een tussen partijen getroffen regeling, leent bindend advies zich ook voor een combinatie met mediation. Partijen komen in mediation tot sluitende afspraken over de afwikkeling van hun geschil, waarbij de cijfermatige of technische invulling wordt overgelaten aan bindend adviseurs, zoals hierboven bedoeld.

Bindend advies door geschillencommissie

Een andere vorm van bindend advies vinden we terug bij de zogenaamde 'geschillencommissies'. Steeds meer branches gaan over tot het instellen van dergelijke commissies, om geschillen te beslechten tussen aanbieders in die branche en afnemers.

In zo'n geschillencommissie zitten meestal vertegenwoordigers van de betreffende brancheorganisatie en van consumenten. Het doel is om tegen lage kosten, snel en praktisch tot afdoening van geschillen te komen, met betrekking tot de nakoming van contracten. De afnemer is niet verplicht om het geschil voor te leggen aan de geschillencommissie, maar kan in plaats daarvan een zaak aanhangig maken bij de gewone rechter.

Veel geschillencommissies zijn aangesloten bij 'De Geschillencommissie', een overkoepelende organisatie voor de geschillencommissies van zeer uiteenlopende branches, zoals de advocatuur, dakbedekking, reizen. Zie ook www.degeschillencommissie.nl.

Indien een branche een geschillenregeling hanteert, wordt deze regeling – en alle procedurevoorschriften die daarbij horen – vastgelegd in een specifiek reglement. De toepasselijkheid van de geschillenregeling wordt meestal in de algemene voorwaarden vastgelegd.

Deze vorm van geschillenbeslechting laat ik verder buiten beschouwing, omdat deze alleen kan worden toegepast in de specifieke situatie van een geschil tussen een leverancier en afnemer in de specifieke branches die een geschillenregeling kennen. Dit betreft meestal consumentenklachten.



Mediation

Bij mediation wordt de beslechting van het geschil niet overgelaten aan derden, die – over de hoofden van partijen heen – beslissen wat de uitkomst moet zijn. Bij mediation gaan partijen zelf in een gestructureerd overleg op zoek naar oplossingen en compromissen. De oplossing van het geschil wordt uiteindelijk vorm gegeven in een overeenkomst tussen partijen. Daarin kunnen partijen in alle vrijheid oplossingen uitwerken en detailafspraken maken die het best passen bij hun belangen en hun toekomstperspectief.

Bij mediation gaan partijen met elkaar in gesprek onder begeleiding van een speciaal opgeleide bemiddelingsdeskundige, de mediator. Door vertrouwelijkheid overeen te komen, kunnen partijen in alle openheid hun frustraties, wensen en punten van zorg met elkaar delen. Het doel van mediation is om een omslagpunt te bereiken van ruzie over het verleden (en heden), naar een constructieve blik op de toekomst. Anders gezegd: mediators proberen – in gesprekken met partijen – de focus te verleggen van standpunten (gelijk hebben) naar belangen (hoe verder?).

In bijna ieder conflict zijn beide partijen oprecht overtuigd van hun eigen gelijk en het ongelijk van de ander. Beide partijen hebben hun eigen perspectief op de zaak en geven vanuit dat perspectief invulling aan het handelen en de uitspraken van de ander. Maar als partijen de rust nemen om het geschil van meerdere kanten te bekijken, ontstaat vaak (een begin van) enig wederzijds begrip. Daardoor ontstaat wat rust in de verhoudingen.

Hier ligt een rol voor de mediator, die in de beginfase van de mediation vooral het evenwicht moet bewaken en moet zorgen dat beide partijen in staat zijn om hun verhaal te doen maar ook open staan voor het verhaal van de ander.

Hoe ver dat wederzijds begrip moet reiken is afhankelijk van de verhoudingen en de toekomst die partijen met elkaar zullen hebben. Als partijen toch uit elkaar gaan, is het soms voldoende om de scherpe randjes van het conflict af te vijlen, zodat partijen weer in staat zijn tot redelijk overleg. Maar als partijen samen verder moeten/willen, dan is van belang om de verhoudingen zodanig te herstellen dat beide partijen zich voldoende begrepen voelen.

Nadat de verhoudingen voldoende zijn hersteld, verlegt de mediator de focus van het conflict en de standpunten van partijen, naar de toekomst en de wederzijdse belangen van partijen. Hoe zien partijen hun toekomst, welke belangen spelen aan beide zijden daarbij een rol?

Vanuit deze belangen wordt gezocht naar oplossingen die zoveel mogelijk recht doen aan de belangen van beide partijen.

Groot verschil met rechtspraak, arbitrage en bindend advies is dus dat partijen niet – mogelijk tegen hun wil – een bepaalde uitkomst opgelegd krijgen. Partijen kunnen zelf oplossingen verzinnen en modelleren waarbij de belangen van beide partijen zoveel mogelijk worden gerespecteerd. Als bepaalde uitkomsten voor (één van de) partijen echt niet acceptabel zijn, kunnen partijen – met de mediator – proberen daaromheen te werken en (creatieve) alternatieven te bedenken die 'minder pijn doen'. Daar ligt een ruimte die een rechter of arbiter niet heeft.

Vaak zullen de in mediation gemaakte afspraken neerkomen op een compromis, waarbij beide partijen water bij de wijn doen om het conflict te beëindigen. Maar zo'n compromis hoeft niet gelijk te zijn aan 50%:50% of bijvoorbeeld 70%:30%. Door goed te onderzoeken welke belangen partijen precies hebben voor hun toekomst, is het mogelijk om maatwerkoplossingen te bedenken waar beide partijen hun belangen kunnen veilig stellen en deels naast elkaar hun gelijk kunnen halen.



Een goed voorbeeld is mediation bij de beëindiging van een samenwerkingsverband: een rechter komt al snel tot uitkoop van de ene partner door de ander, een echte 0-1 oplossing. Maar door belangen te inventariseren en goed te onderhandelen is het ook mogelijk om afspraken te maken over splitsing van de activiteiten, waarbij beide partijen een deel kunnen voortzetten en eventueel nog een beperkte samenwerking kunnen behouden.

Mediatoren start met het gezamenlijk vinden van een mediator op het betreffende terrein (arbeidsrecht, zakelijke geschillen, echtscheiding e.d.). Mediators zijn er in vele soorten en maten, belangrijk is dat een mediator is aangesloten bij een organisatie die de kwaliteit bewaakt. De bekendste is de Mediatorsfederatie Nederland (Mfn), zie <https://mediatorsfederatienederland.nl/>. De mediator zal zijn werkzaamheden beginnen met een intakegesprek en met het sluiten van een mediation-overeenkomst, waarin basisafspraken worden vastgelegd ten aanzien van geheimhouding, mogelijkheid van beëindiging, maar ook kosten, verslaglegging e.d.).

Verschillen met rechtspraak

Een belangrijk verschil met (overheids)rechtspraak is dat in alle gevallen de strijdende partijen zelf invloed kunnen uitoefenen op de persoon die het geschil beslist of die daarbij bemiddelt. Voordeel daarvan is dat partijen kunnen kiezen voor specifieke deskundigheid, buiten het juridische veld (of juist een specifiek juridisch specialisme).

Verder zijn de verschillen tussen de drie vormen van geschilbeslechting groter dan de overeenkomsten:

- bindend advies en mediation zijn doorgaans veel sneller dan overheidsrechtspraak, omdat men niet afhankelijk is van twee (of meer) schriftelijke rondes en een zitting voordat een uitspraak kan worden geschreven;
- mediation is doorgaans veel goedkoper dan rechtspraak en arbitrage, omdat de kosten zijn beperkt tot de contacturen met de mediator en vaak enkele uren voor verslaglegging en eventueel het opstellen van de vaststellingsovereenkomst. Bij bindend advies zijn de kosten sterk afhankelijk van het aantal adviseurs en hun tarief, maar ook van de omvang van het advies.
- bij mediation en (meestal) bij bindend advies hoeven partijen geen uitgebreide processtukken te schrijven. Dat leidt niet alleen tot een besparing van tijd en kosten, maar ook tot minder 'vastbijten' in het eigen standpunt;
- bij arbitrage en bindend advies zijn partijen – net als bij de rechter – overgeleverd aan het oordeel van een buitenstaander. Daardoor is vaak sprake van een winnaar en verliezer. Omdat bij mediation partijen elkaar naderen, en zij zelf beslissen hoe ver ze willen gaan in hun tegemoetkomingen, zijn partijen in het algemeen tevredener met de oplossing;
- daar staat tegenover dat mediation ook op niets kan uitlopen als een van de partijen besluit uit de mediation te stappen zonder dat een oplossing is bereikt. Dan is men terug bij af (tenzij eventueel wel een deeloplossing wordt bereikt);
- bij mediation kunnen partijen hun oplossing kneden en modelleren naar wens, waardoor veel meer en creatievere oplossingen mogelijk zijn dan de rechter ten dienste staan.
- alleen arbitrage leidt tot een uitspraak die door de deurwaarder ten uitvoer kan worden gelegd (na het vervullen van enkele formaliteiten), net als een rechterlijk vonnis. Voor de naleving van een bindend advies of regeling in mediation moet men opnieuw naar de rechter, als een van de partijen niet nakomt. Die procedure kan zich dan beperken tot nakoming van het bindend advies of het mediationresultaat.



Een belangrijke overeenkomst tussen de drie vormen van alternatieve geschillenbeslechting is dat in principe geen hoger beroep mogelijk is. Dat heeft als voordeel dat het geschil ook echt is 'afgedaan' nadat een eindoplossing is gepresenteerd. In arbitrage is hoger beroep wel mogelijk, maar alleen als dat uitdrukkelijk is afgesproken.

Alleen in bijzondere omstandigheden kan de uitkomst van de geschilbeslechting nog worden aangetast, als bijvoorbeeld een arbitraal vonnis is gewezen zonder dat een arbitrage overeenkomst bestond, als het scheidsgerecht zich niet aan zijn opdracht heeft gehouden, of als een bindend advies op onzorgvuldige wijze tot stand is gekomen.

Voor de overeenkomst waarin de uitkomst van de mediation is vastgelegd, geldt bovendien dat de overeenkomst nog kan worden ontbonden als een van de partijen de gemaakte afspraken niet nakomt (dan kan de andere partij kiezen tussen het vorderen van nakoming c.q. schadevergoeding of ontbinding). Maar die ontbinding wordt in het algemeen als uitzondering gezien: de rechter kan de ontbinding van een vaststellingsovereenkomst afwijzen als in plaats daarvan schadevergoeding voor de tekortkoming mogelijk is. Uitgangspunt moet zijn dat na de vaststellingsovereenkomst het geschil niet meer zal herleven.

Tot slot

Mijn kantoor kan partijen bijstaan wanneer zij betrokken zijn in een geschil dat wordt afgedaan door arbitrage, bindend advies of mediation. Ook in die situaties hebben partijen meestal een advocaat nodig, hoewel bij mediation besloten kan worden om *juist* zonder advocaten de gesprekken aan te gaan.

Daarnaast ben ik geregistreerd (Mfn) mediator en kan ik dus als mediator optreden om de strijdende partijen naar een gezamenlijke oplossing te begeleiden.

Ik geef graag een nadere toelichting.

Bilthoven, 31 oktober 2018

Mr. Annette van Vught
Advocaat en Mfn-mediator

