

Quickscan van efficiënte ADR-vormen

In dit artikel neemt Peter Kamminga vier vormen van ADR onder de loep die hoog scoren op het criterium efficiëntie: *med-arb*, *early neutral advice/evaluation*, *dispute boards* en *dispute system design*. Het zijn ADR-vormen die in Nederland (nog) niet gemeengoed zijn, maar veelbelovend zijn in zakelijke geschillen.

methode

Door **Peter Kamminga**
Foto **Shutterstock/Lipik**
Stock Media

ADR-vormen zijn in te delen op basis van stijl, methode of type conflict. Daarnaast zal voor de gebruiker het criterium efficiëntie, in termen van tijd en kosten, vaak zwaar wegen. De vier vormen die in dit artikel aan bod komen scoren hoog op efficiëntie. Ze helpen contractpartijen conflicten voorkomen, bieden een *best of both worlds*-aanpak, helpen om vroegtijdig een route uit te stippelen en een geïnformeerde keuze te maken om al of geen actie te ondernemen. Ze lenen zich bovendien goed voor het opnemen in de geschiloplossingsparagraaf van contracten. Ze bevinden zich op verschillende plekken op het ADR-spectrum met aan de ene kant informele ADR-aanpakken waarbij de controle volledig bij partijen ligt, en aan de andere kant de vormen die formeel zijn, waarbij de volledige beslissingsbevoegdheid bij een neutrale derde ligt.

Med-arb

Wat is het?

Med-arb is een combinatie van mediation en arbitrage. De meest gebruikelijke vorm is dat er eerst mediation wordt geprobeerd, en als partijen niet tot een oplossing komen de procedure wordt

omgezet naar een arbitrage. Er bestaat ook een variant waarbij de volgorde andersom is.

Waar zit het binnen het ADR-spectrum?

Deze vorm combineert begeleiding door een neutrale derde en laten beslissen door een derde. Het voegt dus twee vormen samen die normaal gesproken los van elkaar bestaan en op verschillende plekken in het ADR-spectrum zitten.

Voordelen?

Voorstanders roemen de aanpak omdat het *the best of both worlds* biedt. Vooral als partijen mediation te soft vinden en arbitrage te dwingend. Het geeft de zekerheid van *closure*, een oplossing, terwijl partijen het zelf wel eerst in de hand houden. Als de mediator tevens als arbiter optreedt is er maximale efficiëntie omdat er in dat geval geen dubbel werk hoeft te worden verricht.

Nadelen?

Neutraliteit is een zorg die men vaak hoort als het gaat over med-arb. Kan een mediator die gevoelige informatie heeft gehoord die een partij wellicht niet met een arbiter zou delen, op correcte wijze handelen op het moment dat hij zijn arbiterpet

opzet? (Er zijn overigens ook varianten waar de arbiter een ander persoon is.) De vraag is ook of partijen zich in mediations voldoende inzetten als men weet dat er een arbitragefase komt als men er niet uitkomt. De zorg bestaat dat de mediationfase dan een wassen neus wordt.

Soms is een voorlopig oordeel van een derde al voldoende om een probleem op te lossen

Voor wie en wanneer?

Med-arb is een favoriet bij partijen die efficiëntie belangrijk vinden en vertrouwen hebben dat de mediator/arbiter die ze selecteren beide rollen op adequate wijze kan vervullen. Het is een goede tussenweg voor partijen die mediation te soft vinden of bang zijn dat het op een teleurstelling uitloopt en vinden dat het vervolgens doorlopen van een volledige arbitrageprocedure te lang duurt of te duur is. (Zie voor meer informatie het artikel van Peter Ingelse elders in dit nummer, *red.*)

Early neutral advice of evaluation

Wat is het?

Early neutral advice of early neutral evaluation is een ADR-vorm waarbij een specialist en neutrale derde in een bestaand of een dreigend geschil in een vroeg stadium een voorlopig oordeel uitspreekt of advies geeft. Het doet denken aan een deelgeschillenrechter. De derde doet een uitspraak of geeft op

(in)formele wijze een partij een inschatting van de sterkte van een mogelijke claim en waarschijnlijke uitkomst en helpt een partij (of beiden) zo bij de afweging om al of geen procedurele stappen te nemen.

Waar zit het binnen het ADR-spectrum?

Het is een evaluatieve vorm in de zin dat het een oordeel is van een derde op basis van de feiten van het geschil. De partijen zijn echter niet aan de uitkomst gebonden, of alleen maar voor bepaalde duur. Verder is het doorgaans gebaseerd op een *quickscan* van het geschil, geen uitgebreide analyse op basis van stukkenwisselingen en getuigenverhoren.

Voordelen?

Een early neutral evaluation kan vlot en voor weinig geld en energie een oplossing bieden. Soms is een voorlopig oordeel van een derde al voldoende om een probleem op te lossen. Early neutral advice is een goed instrument om de kosten en baten van een procedure af te wegen en kan helpen bij het kiezen van de meest passende vorm van geschiloplossing. Men kan de uitspraak gebruiken om het besluit het te laten zitten te rechtvaardigen, het advies in onderhandelingen met de andere partij te gebruiken, of men heeft voldoende informatie verkregen om een procedure aan te spannen.

Nadelen?

Het oordeel of advies van de derde zal vaak gebaseerd zijn op een beperkte hoeveelheid informatie waardoor de indicatie niet altijd even nauwkeurig zal zijn en bestudering van stukken wellicht in een ander advies zou resulteren. Of de derde doet juist zo diepgaand en langdurig onderzoek dat partijen een advies krijgen waar ze vervolgens geen rechten aan kunnen ontleen en die bijna net zo duur is als het voeren van een procedure met een afdwingbare uitkomst.

Voor wie en wanneer?

Early neutral advice of evaluation is geschikt voor partijen die risico's willen wegen en willen bepalen wat de juiste aanpak is, zonder een procedure te starten. En in situaties waar partijen vermoeden dat de kosten van het oplossen de uiteindelijke baten wel eens kunnen overstijgen. Het is ook in situaties waar een expert vlot een indicatie kan geven over de uitkomst en de investering die nodig is om een volledige procedure te doorlopen.

Dispute board

Wat is het?

Dispute board is een ADR-vorm waar een neutrale commissie (*board*) bij een project vanaf het begin

meeloopt. Zij informeert zich over de voortgang en mogelijke problemen die tot problemen en conflicten tussen de partijen kunnen leiden. De contractspartijen stellen de board samen bij het begin van hun samenwerking op basis van benodigde technische en/of financiële expertise.

Waar zit het binnen het ADR-spectrum?

Het is een preventief mechanisme. De board wordt samengesteld op het moment dat er nog geen conflict is en heeft als taak mogelijke conflicten vroegtijdig te identificeren en snel op te lossen.

Voordelen?

De vorm heeft zich internationaal bewezen op vooral grote bouwprojecten en ook in olie- en gasprojecten. Voordeel is dat de board op de hoogte is, en vertrouwd met de *ins* en *outs* van het project en de partijen. Die hoeven niet apart een derde in te schakelen als een probleem zich voordoet en de derde is al goeddeels op de hoogte van de context en voorgeschiedenis waardoor er vlot een interventie kan volgen. De board kan verschillende interventies bieden zoals een informeel gesprek, mediation of (niet-)bindend advies.

Nadelen?

Het is soms lastig om akkoord op te krijgen op de inzet van een dispute board omdat men het vaak ziet als extra investering aan het begin van een relatie, waar de focus ligt bij het realiseren van winst en men liever nog niet aan het eventueel mislopen denkt. De vorm oogt duur (al valt dat in de praktijk vaak mee) en vraagt enig organiseren. De implementatie en missie van de board en de selectie van de leden bepalen mede het succes. Als budgetten onder druk staan is het lastig intern te verkopen, vooral als de omvang van het contract beperkt is.

Voor wie en wanneer?

Dispute boards worden toegepast op bouwprojecten en in andere industrieën. De aanpak past goed bij de uitvoering van een project van enige omvang en situaties waar projectmatig tussen verschillende organisaties wordt gewerkt. Vooral als er risico op tegenslagen is waardoor men vlot moet schakelen en improviseren omdat oponthoud veroorzaakt door conflicten snel resulteert in vertraging en aanzienlijke schade kan bezorgen.

Dispute system design

Wat is het?

Dispute system design is een vorm waarin men systematisch naar geschiloplossing kijkt. Niet vanuit het perspectief van de verschillende individuele ADR-vormen, maar vanuit een procesge-

De dispute board wordt samengesteld op het moment dat er nog geen conflict is

dachte waar men in eerste instantie onderhandelt en als men er niet uitkomt vervolgstappen neemt. Een en ander wordt afgestemd op basis van de voorkeuren van partijen en het type conflict en georganiseerd op een manier die voor partijen de grootste efficiëntie oplevert en vaak gericht is op het behoud van de relatie.

Waar zit het binnen het ADR-spectrum?

Het bestrijkt het gehele ADR-spectrum. Van onderlinge onderhandeling tot beslissing door een derde, en het behelst vaak een aantal verschillende typen procedures (onderhandelen, mediation, arbitrage/rechter of combinaties hiervan).

Voordelen?

Het voorziet in een doordacht geschiloplossingsysteem op maat. Er hoeft niet op het moment van een conflict te worden nagedacht over hoe men het gaat oplossen. Dat resulteert namelijk vaak in een standaardaanpak (die in het contract is voorzien of de gang naar de rechter). Het voorkomt ook dat verschillen van inzicht te lang blijven doorsudderen zonder actie en uitzicht op een oplossing.

Nadelen?

Het vraagt vooraf om een investering en het nadenken over geschiloplossing. Het is een uitdaging om daar op het moment dat er nog geen geschil is aandacht voor te vragen. De neiging kan bestaan om liever niet na te denken over een conflict en het idee dat men er wellicht niet samen uitkomt. Er is een investering nodig in tijd en kosten.

Voor wie en wanneer?

Dispute system design wordt veelal gebruikt door partijen die in een dynamische omgeving opereren, zoals opdrachtgevers en opdrachtnemers op bouwprojecten. Het zijn partijen die willen voorkomen dat er voor een minder efficiënte aanpak wordt gekozen omdat men het niet eens kan worden over de vorm. Het zijn voornamelijk ondernemingen die door schade en schande wijs zijn geworden, zoals grote multinationals die veel met claims te maken hebben, en waar kosten van afhandeling van conflicten een aanzienlijk deel van het budget zijn. Voorbeelden van organisaties met dispute systems zijn Siemens, Toyota, General Electric en enkele Nederlandse multinationals. ●



Peter Kamminga is als mediator actief in de VS en Nederland, in veelal complexe *cross border*-geschillen.