

Geschillenvrij bouwen, waarom eigenlijk niet?

Jos van de Vijver¹

1. Inleiding

Arent van Wassenaer is al jarenlang een warm pleitbezorger van een andere aanpak van bouwconflicten. Hij is zijn carrière gestart als echte bouwrechtadvocaat maar is gaandeweg tot de conclusie gekomen dat zijn meerwaarde voor de cliënt niet slechts bestaat uit het gelijk krijgen bij de arbiter of rechter maar dat zijn meerwaarde met name is gelegen in het begeleiden van partijen naar een andere benadering van het samen bouwen en wat idealiter moet leiden tot een geschillenvrij bouwproject. Hij is betrokken geweest bij tal van initiatieven op het vlak van geschilvoorkoming, geschiloplossing en geschilbeslechting Anders Dan Rechtspraak (ADR). Deze constatering vormde de aanleiding voor dit artikel. Welke vormen van geschilvoorkoming, geschiloplossing en geschilbeslechting buiten de gang naar de rechter c.q. arbiter, zijn er zoal in de bouwpraktijk voorhanden. In dit artikel zal ik de verschillende alternatieven om anders naar geschillen in de bouw te kijken, kort bespreken en de vraag proberen te beantwoorden waarom al die goede initiatieven toch in de marge lijken te blijven. Ik eindig met een perspectief.

De voorvraag die in het kader van dit artikel moet worden gesteld, is natuurlijk of wel behoefte bestaat aan al deze ‘nieuwlichterij’ ten opzichte van de bestaande methoden om geschillen in de bouw tot een oplossing te brengen, te weten de gang naar de rechter of arbiter? Die vraag moet iedereen voor zichzelf beantwoorden. Er zijn partijen die sceptisch staan tegenover deze nieuwe initiatieven en genoeg hebben aan de gang naar de rechter of arbiter als zij met hun wederpartij er samen niet meer uitkomen.² Tegelijkertijd kan louter uit het feit dat er vele initiatieven zijn om anders naar geschillen en hun oplossingen te kijken, de conclusie worden getrokken dat er kennelijk behoefte aan is. Kernelement van de niet-traditionele kijk naar geschillen en hun oplossingen, is dat partijen zoveel mogelijk zelf de regie willen voeren over óf een geschil kan ontstaan, over hóe het geschil moet worden opgelost en over wát de mogelijke oplossing van het geschil is.

In dit artikel wordt een onderscheid gemaakt tussen methoden die zijn gericht op het voorkomen van geschillen, methoden die zijn gericht op het oplossen van geschillen en de methoden die zijn gericht op het beslechten van geschillen maar dan buiten de gang naar de rechter of d.m.v. arbitrage. Hierbij dient te worden opgemerkt dat een harde scheiding tussen de verschillende methoden niet altijd is aan te brengen. Vaak is sprake van een methode die zowel in de ene categorie is te plaatsen als in één of meer van de andere categorieën.

-
- 1 Jos van de Vijver is bouwrechtadvocaat én NfM gecertificeerd mediator. Hij kent Arent van Wassenaer vanaf het moment (1988) dat hij studentstage liep bij het advocatenkantoor Houthoff alwaar hij toen de kamer (het ‘Arents-nest’) met Arent mocht delen. De uitnodiging om aan dit Liber Amicorum een bijdrage te mogen leveren is dan ook met plezier aanvaard.
 - 2 Deze partijen hebben vaak zelf juristen in dienst en zijn in staat om goede overeenkomsten te sluiten waarop ze kunnen terugvallen als een conflict ontstaat. Of deze houding in alle gevallen opgaat, is maar zeer de vraag.

2. Methoden van geschilvoorkoming

Er zijn talloze oorzaken te bedenken die leiden tot het ontstaan van conflicten in een bouw-omgeving. Lang niet alle oorzaken zijn weg te nemen door de methoden toe te passen die gericht zijn op het voorkomen van geschillen. Nuchterheid op dit punt is noodzakelijk. Geschillen ontstaan soms, omdat één van de spelers bewust vals speelt. Bijvoorbeeld als een partij een bepaald risico in de schoenen van de andere partij wil schuiven zonder daarover bij het aangaan van de overeenkomst duidelijk te zijn. Zou die partij transparant over het risico zijn dan is haar vrees dat de andere partij dat risico in haar aanbieding zal verdisconteren. Een dreigend conflict zit dan al ingebakken in de verhouding en als het risico zich verwezenlijkt, lijkt de gang naar een rechter of arbiter het meest voor de hand te liggen.

Maar als we er vanuit gaan dat de meeste geschillen niet het gevolg zijn van dergelijk calculerend gedrag maar dat zij partijen gewoonweg overkomen, is het zinvol om te kijken naar die methoden om geschillen te voorkomen. Geschillen ontstaan veelal omdat partijen bij het aangaan van een overeenkomst eigenlijk helemaal niet nadenken of zelfs niet willen nadenken over de mogelijkheid dat een geschil zou kunnen ontstaan in het kader van de voorgenomen samenwerking.³ In de traditionele benadering van een samenwerking gericht op de totstandbrenging van een bouwwerk, sluiten partijen een overeenkomst die regelt wát er gemaakt moet worden, tegen wélke kwaliteit, tegen wélke prijs en wánnere het klaar moet zijn. De overeenkomst regelt verder de aanspraken die partijen op elkaar kunnen maken in geval één van die basisafspraken niet wordt gehaald. Weggestopt helemaal aan het eind van de overeenkomst is dan nog de bepaling die regelt hoe partijen een eventueel geschil dienen te beslechten en bij welke instantie (rechtbank of d.m.v. arbitrage). De geschillenbepaling is vaak niet meer dan een standaardbepaling die haast gedachteloos aan de overeenkomst wordt toegevoegd. De overeenkomst zegt (meestal) niets over de achterliggende belangen die partijen hebben bij de voorgenomen samenwerking.⁴ Die belangen zijn onder meer dat de opdrachtgever waar voor zijn geld krijgt (en dus niet te veel hoeft te betalen) en dat hij op tijd kan doen waarvoor hij het gebouw laat bouwen (bijvoorbeeld om er te gaan wonen of om zijn bedrijf te kunnen voeren). De belangen van de aannemer zijn dat hij een redelijke winst op een project kan maken en dekking voor zijn algemene kosten kan vinden en het belang om niet te worden opgezadeld met risico's die hij niet kan overzien of niet kan dragen. Andere wat - minder zichtbare - belangen zijn bijvoorbeeld dat er tijdens de bouw geen overlast is voor de buurt, dat er geen milieuschade optreedt, dat er een mooi bouwproject wordt gerealiseerd waar de omgeving blij mee is, etc. etc. Een belang wat eigenlijk nooit apart wordt genoemd, is het belang dat er geschillenvrij wordt gebouwd. Dit is bijzonder want het belang van 'geschillenvrij' bouwen lijkt evident. De kosten die gepaard gaan met het uitvechten van een rechtszaak zijn vaak enorm en bovenal is de uitkomst onzeker. Daarnaast kost een procedure veel (management)tijd en lijden de relaties eronder. Toch lijkt het evidente belang van geschillenvrij bouwen niet boven aan de lijst met aandachtspunten te staan (als het er al op staat) als partijen nadenken over het aangaan van een samenwerking en het sluiten van een overeenkomst.

Als methoden die kunnen worden toegepast om het ontstaan van geschillen -zoveel mogelijk - te voorkomen, zijn te noemen de (1) onafhankelijke contractbeoordeling, (2) een gedegen

3 Men is vaak onvoldoende kritisch op onduidelijke en/of onevenwichtige afspraken in de tekst van de overeenkomst.

4 Dit is eigenlijk vreemd als men bedenkt dat in het kader van een mediation juist de belangen weer in beeld worden gebracht om tot een oplossing van een geschil te komen.

risicoanalyse, (3) partnering (4) inschakeling van een onafhankelijke projectbegeleider en (5) het sluiten van overeenkomsten die zijn ingericht op geschilvoorkoming. Ik bespreek deze methoden kort.

De onafhankelijk contractanalyse is een methode waarbij partijen een onafhankelijke deskundige vragen om een opgestelde overeenkomst voor de ondertekening nog eenmaal te beoordelen met het doel om eventuele omissies of verborgen valkuilen boven tafel te krijgen zodat partijen daarover in gesprek kunnen gaan⁵ en desgewenst tot nadere afspraken kunnen komen. De gedachte is daarbij dat het beter is om vooraf vast te stellen of er ergens nog een probleem schuilt en daarvoor een passende oplossing te bedenken, dan het er maar op aan te laten komen. Een variant die ook wel wordt toegepast, is dat partijen aan een onafhankelijke derde vragen om de overeenkomst op te stellen waarbij de opsteller de opdracht krijgt om een overeenkomst op te stellen met inachtneming van de belangen van beide partijen. De onafhankelijke contractbeoordeling (of onafhankelijke opstelling van een contract) vraagt wel wat van partijen. Zij moeten er immers voor open staan dat alle zaken worden benoemd ook als die voor één partij (grote) kostenconsequenties kan hebben. Het vraagt dus de nodige professionaliteit van partijen en gaat ervan uit 'dat er geen sprake is van calculerend gedrag'.

In het kader van de onafhankelijke contractanalyse is een goede risicoanalyse een belangrijk middel om risico's boven tafel te krijgen en desgewenst daarvoor in de overeenkomst een nadere regeling op te nemen.⁶ Een algemeen aanvaarde stelregel in het kader van risicotoeedeling is dat het risico moet liggen bij de partij die het beste het risico kan overzien en de gevolgen kan dragen wanneer het risico zich openbaart. Waar deze stelregel geweld wordt aangedaan, is het geschil niet ver te zoeken. In de literatuur zijn tal van risicoanalyse methodes beschreven.⁷ Een methode die in het kader van dit artikel genoemd moet worden is het risicoanalyse spel⁸ dat door Arent van Wassenaeer voor de Nederlandse bouwpraktijk is ontwikkeld. Doel van het spel is om stakeholders bij een bouwproject inzicht te geven in de risico's die zich kunnen voordoen bij een bouwproject en te bedenken hoe die risico's tegemoet kunnen worden getreden, zoals hoe kan worden voorkomen dat een risico zich verwezenlijkt, wat zijn de beheersmaatregelen als het risico zich verwezenlijkt en hoe worden de gevolgen over de partijen verdeeld.

Bij partnering⁹ wordt een samenwerkingsomgeving gecreëerd waarbij de opdrachtnemer en de aannemer samen optrekken om een project te realiseren. Samen worden de succesfactoren van een geslaagd project gedefinieerd en bedacht hoe die succesfactoren kunnen worden verwezenlijkt. Daarnaast worden de risico's en kansen benoemd met het doel die te delen en/of in een bepaalde verhouding aan partijen toe te delen. Binnen het partneringtraject is geen plaats voor calculerend gedrag. Vertrouwen tussen partijen en het besef dat partijen gelijkwaardig aan elkaar zijn, vormen de essentie van deze vorm van samenwerking. Veel aandacht is er voor de wijze waarop partijen tijdens de uitvoering van een bouwproject zich tot elkaar verhouden en op welke wijze met elkaar wordt gecommuniceerd (bijvoorbeeld:

5 Partijen maken vaak de denkfout dat een overeenkomst die is gebruikt bij een project waarbij zich geen conflict heeft voorgedaan, dus een goed contract is geweest dat zondermeer ook voor een ander project kan worden gebruikt.

6 Het is overigens niet zo dat elk geïdentificeerd risico een regeling moet krijgen in een overeenkomst. Soms kunnen partijen ervoor kiezen om een bepaald risico bewust niet te regelen omdat de kans of het zich voor doet niet groot wordt geacht en dat het proberen te regelen van dat risico zou betekenen dat geen overeenkomst is te sluiten. Er is dan in ieder geval wel over nagedacht.

7 Bijvoorbeeld de bekende RISMAN-methode.

8 '4 scene the big risk game'.

9 Zie bijvoorbeeld SBR/CUR brochure *Projectpartnering in de bouw*, 2005.

eerst bellen alvorens een vervelende brief uit gaat). In de Angelsaksische wereld kent men bovendien nog de 'facilitator'. Dit is een speciaal daartoe opgeleid persoon die het hele proces van partnering begeleidt en aanstuurt. Voor partnering wordt gekozen als partijen het idee hebben dat het projectdoel niet op de traditionele wijze is te bereiken. Toch is er eigenlijk geen goede reden om niet ook bij de meer eenvoudiger projecten, de basisbeginselen van partnering toe te passen.

Een volgende methode om het ontstaan van conflicten te voorkomen tijdens de uitvoering van een werk, is het inschakelen van een onafhankelijke partij die in opdracht van partijen de rol krijgt om de goede verhoudingen en een goede communicatie tussen partijen te bewaken. De onafhankelijke derde wordt gevraagd om bijvoorbeeld de bouwvergaderingen voor te zitten, te zorgen voor de verslaglegging danwel de volledigheid en de objectiviteit daarvan te bewaken en periodiek het werk te bezoeken. De inschakeling van een onafhankelijke en door alle partijen bekostigde derde, kan een uitloeijsel zijn van een doorlopen partneringtraject maar er kan ook zelfstandig toe worden besloten.

Tenslotte is een goede methode om geschillen te voorkomen, het sluiten van een overeenkomst die juist is ingericht op het voorkomen van geschillen. In het kader van dit artikel kan het door Arent Van Wassenaer¹⁰ geschreven preadvies www.werkinuitvoering21.com niet onvermeld te blijven. In dit preadvies ten behoeve van de Vereniging voor Bouwrecht wordt stilgestaan bij de bouwstenen voor een nieuwe generatie bouwcontracten waarbij in de overeenkomst niet de nadruk ligt op het beschrijven van de juridische verhouding van partijen (in termen van toerekening en aansprakelijkheid) zoals in de traditionele overeenkomsten en standaard voorwaarden zoals de UAV 2012 maar waarbij nadruk ligt op het realiseren van geschillenvrij project vanuit vooraf benoemde succesfactoren voor een geslaagd bouwproject. Een bekend voorbeeld van een overeenkomst waarbij al meer is nagedacht over hoe partijen samen kunnen werken om tot een geslaagd project te komen, is de alliantieovereenkomst.¹¹

3. Methoden van geschiloplossing

In deze categorie van methoden gaat het met name om methoden die kunnen worden ingezet om dreigende conflicten zo snel mogelijk te de-escaleren en te neutraliseren. Een conflict moet niet de kans krijgen om uit te groeien tot een echt geschil. Juist een vroegtijdige onderkenning dat iets mogelijk verkeerd gaat of dreigt te gaan, vergroot de kans dat nog een oplossing kan worden gevonden zonder dat de werkrelatie onder druk komt te staan en veel kosten moeten worden gemaakt. Methoden die hier kunnen worden genoemd, zijn: (1) de onafhankelijke procesbegeleider, (2) Dispute Review Board, (3) bouwreflectie (4) bouwmediation en (5) bouwbemiddeling.

Een overgangsvorm tussen methoden die echt zijn gericht op het op voorhand voorkomen van conflicten en methoden die zijn gericht op het de-escaleren van conflicten is de hiervoor al aangehaalde methode om een onafhankelijke deskundige bij aanvang van het werk aan te stellen en die tot taak krijgt het bouwproces op de voet te volgen en erop toe te zien dat de verhoudingen tussen partijen goed blijven. Een dergelijke onafhankelijke derde kan in een vroegtijdig stadium dreigende conflictstof herkennen en partijen daarop aanspreken. De

¹⁰ Samen met zijn medeauteur C.H.J. Thomas.

¹¹ Het concept van de alliantieovereenkomst gaat uit van de gezamenlijke verantwoordelijkheid om risico's te benoemen, beheersmaatregelen daarvoor te bedenken en de risico's gezamenlijk te delen én daarnaast ook eventuele voordelen in beeld te brengen en te delen.

onafhankelijke projectbegeleider coacht partijen als het ware richting een oplossing (mediator on site).

Bij zeer grote projecten kan de instelling van een zogenoemde Dispute Review Board (DRB)¹² worden overwogen. De essentie van deze methode is dat reeds in de overeenkomst wordt voorzien in het instellen van een commissie van (meestal) onafhankelijke deskundigen die periodiek bij elkaar komen en regelmatig het werk bezoeken en gedurende het werk steeds volledig geïnformeerd blijven. Zij beschikken over alle contractdocumenten en ontvangen alle verslagen van bouwvergaderingen e.d. De idee is dat een DRB in een vroegtijdig stadium partijen - vaak informeel - kan aanspreken op mogelijke problemen die door de DRB worden onderkend. Daarnaast kan de DRB door partijen of één van de partijen worden gevraagd om een uitspraak te doen over een probleem dat zich heeft voorgedaan. Al naar gelang de afspraken die partijen daarover hebben gemaakt, kan een dergelijke uitspraak een bindend karakter krijgen al dan niet voor de duur van het werk. In Nederland is in 2003 een model reglement voor DRB's opgesteld waarbij Arent van Wassenauer ook nauw betrokken is geweest.¹³ Naar dit model wordt verwezen in de UAV GC 2005 ten behoeve van de Raad van Deskundigen. Helaas moet worden vastgesteld dat de mogelijkheid in de Basisovereenkomst om een Raad van Deskundigen aan te stellen heel vaak zo niet altijd, wordt doorgehaald.

Een andere methode die in Nederland voorhanden is, is het concept van bouwreflectie.¹⁴ Hierbij geven zogenoemde 'reflectoren' feedback aan de projectteams van de opdrachtgever en aannemer. Bijzonder is dat de reflectoren afkomstig zijn uit de eigen organisaties van partijen en samen een tandem vormen. De bedoeling is dat de reflectoren doordat zij meer op afstand van het project staan, de projectteams een spiegel voorhouden over zaken als gedrag, communicatie en de samenwerking. De reflectoren nemen geen beslissing in dreigende conflicten maar kunnen de projectteams wel helpen oplossingen te vinden.

Mediation is het concept waarbij een onafhankelijke derde, partijen begeleidt bij het door die partijen zelf bereiken van overeenstemming omtrent een oplossing van hun geschil. In de kern gaat het om een proces waarbij de mediator door middel van een aantal technieken partijen stapsgewijs wegleidt van inmiddels versterkte standpunten naar een open gedachtewisseling waarbij oplossingen worden gezocht vanuit de belangen van partijen. Bouwmediation onderscheidt zich niet van een 'gewone' mediation als het gaat om toepassing van de mediatiotechnieken. De bouwmediator organiseert het mediationproces langs dezelfde lijnen als een gewone mediation. Waar bouwmediation zich wel in onderscheidt, is dat de mediator affiniteit, kennis en/of ervaring heeft binnen de bouwwereld. Hij spreekt de taal en kent de mores. Hij boezemt daardoor vertrouwen in bij de partijen. Mediation als methode om problemen binnen de bouw door partijen zelf tot een oplossing te laten brengen zonder dat er een arbiter of rechter aan te pas komt, is al weer enige tijd in de Nederlandse bouwpraktijk

12 Of Dispute Adjudication Board. Meer gangbare namen in Nederland zijn overigens 'raad van deskundigen' of 'geschillencommissie'.

13 Dit modelreglement is door Arent van Wassenauer opgesteld met een leescommissie bestaande uit vertegenwoordigers van o.a. het IBR, NMI, de Raad van Arbitrage en het CROW.

14 Zie <www.bouwreflectie.nl>.

voorhanden.¹⁵ Toch moet worden geconstateerd dat deze vorm van geschilbeslechting in de Nederlandse bouwpraktijk nog niet echt een brede toepassing heeft gekregen.¹⁶

Bouwbemiddeling is vergelijkbaar met de methode van mediation maar verschilt daarin dat waarbij in bouwmediation het de bedoeling is dat partijen de oplossing van het conflict bedenken, de bouwbemiddelaar veel pro-actiever zélf op zoek is naar een voorstel tot een oplossing van het conflict om vervolgens samen met partijen te proberen dat voorstel tot een gezamenlijk gedragen oplossing te brengen.¹⁷

4. Methoden van geschilbeslechting anders dan via een gerechtelijke procedure of d.m.v. arbitrage¹⁸

Binnen deze categorie vallen de methoden van het (1) richting gevend of niet-bindend advies en (2) het bindend advies.¹⁹ De keuze voor de methode van een (al dan niet) bindend advies kan worden ingegeven door de wens om snel een beslissing te krijgen over een bepaalde kwestie en de gang naar de rechter of arbiter de verhoudingen onnodig op scherp zullen stellen. Vaak kiezen partijen voor het bindend advies als het een ondergeschikte kwestie betreft die hen verdeeld houdt, maar waarbij de samenwerking verder goed is.

Het richtinggevend advies ook wel niet-bindend advies genoemd, is een procedure waarbij partijen een onafhankelijke derde vragen om een oordeel te geven over een kwestie die partijen verdeeld houdt. Partijen kunnen dan het richtinggevend advies tot uitgangspunt nemen om te proberen er alsnog samen zien uit te komen. De gedachte is dat het onafhankelijke oordeel van de derde een functie vervuld om de eigen gedachtenvorming omtrent het geschil en de daarin ingenomen standpunten nog eens kritisch tegen het licht te houden.²⁰ Partijen kunnen op basis van dat onafhankelijke oordeel een betere afweging maken of het zin heeft te gaan procederen. De procedure is vormvrij en kan zeer snel in overleg met de partijen worden vastgesteld en georganiseerd. Over het algemeen is sprake van een eenvoudige procedure waarbij partijen hun standpunten in een korte notitie verwoorden en met relevante documenten onderbouwen. Denkbaar is dat er nog een tweede schriftelijke ronde is en zelfs een mondelinge behandeling alvorens de niet-bindend adviseur met zijn richtinggevend advies komt. Partijen zijn niet aan het advies gebonden.²¹ Soms wordt binnen het

15 Arent van Wassenauer was vanaf het allereerste begin betrokken bij het initiatief om mediation in de Nederlandse rechtsfeer te introduceren.

16 Dat mediation buiten de bouw in Nederland een opmars heeft kunnen maken, is in belangrijke mate wel aan de Nederlandse bouw te danken. Het waren Nederlandse bouwbedrijven die in het buitenland ervaring hadden opgedaan met deze alternatieve vorm van geschilbeslechting en die de aanzet hebben gegeven om het mediationconcept in Nederland te introduceren door de oprichting van het Nederlands Mediation Instituut financieel te ondersteunen.

17 Een aantal bouwmediators van het eerste uur zijn gaandeweg de gedragsregels en reglementen die gelden voor NFM gecertificeerde mediators als bekkendend gaan ervaren. Lezenswaardig in dit verband is het boekje van H.F.A. Sprangers, *De praktijk van geschilbemiddeling in bouw, vastgoed, gebiedsontwikkeling en infra*.

18 Bijvoorbeeld door inschakeling van de Raad van Arbitrage voor de Bouw of het Nederlands Arbitrage Instituut.

19 Als alternatief voor een bindend advies procedure kan nog worden genoemd een 'ad hoc' of 'wilde' arbitrage die door partijen zelf wordt georganiseerd met eigen procedure-afspraken.

20 Het voordeel van deze methode is dat de niet bindend adviseur zijn oordeel vormt op basis van informatie die hij van beide partijen heeft gekregen. Dit is dus niet te vergelijken met het inwinnen van een advies bij de eigen advocaat die per definitie dan alleen maar één kant van het verhaal kent.

21 Soms spreken partijen af dat het niet-bindende advies vertrouwelijk tussen partijen blijft en dat in geval partijen op basis van het niet-bindende advies er toch niet uitkomen en besluiten te gaan procederen, dat geen beroep op het niet-bindende advies mag worden gedaan. Het voordeel van deze afspraak is dat daarmee de drempel om deze methode toe te passen wordt verlaagd.

kader van een bouwmediation ervoor gekozen om voor een bepaald onderwerp een niet-bindend advies procedure in te lassen. Dit om een bepaalde patstelling te doorbreken.

De methode van het bindend advies verschilt met de vorige methode slechts daarin dat partijen afspreken, dat het advies hen zal binden en onderdeel wordt van de overeenkomst. Schending van het bindend advies door niet-nakoming daarvan door één van de partijen, geldt als wanprestatie. Een variant is nog dat partijen afspreken dat het advies pas haar bindende karakter verkrijgt na verloop van een periode waarbinnen geen van partijen aangeven dat zij niet akkoord zijn met het advies.

5. Waarom geen bredere toepassing?

Ondanks alle initiatieven om anders naar geschillen te kijken en alle methoden die voorhanden zijn om geschillen te voorkomen danwel methoden om geschillen zo snel mogelijk op te lossen of te beslechten zonder dat de rechter of arbiter eraan te pas komt, kan worden geconstateerd dat de bouwwereld nog vrij conservatief reageert op deze initiatieven. Wat weerhoudt de bouwwereld om deze initiatieven niet met meer enthousiasme te omarmen?

Een reden om niet voor de methoden van geschilvoorkoming te kiezen, is waarschijnlijk gelegen in normaal menselijk gedrag. Bij aanvang van een samenwerking zijn de verhoudingen tussen partijen nog optimaal en is men optimistisch over de voorgenomen samenwerking en het te realiseren project. Men kan zich eenvoudigweg niet voorstellen dat iets mis kan gaan. Een andere factor is mogelijk dat het doen van een voorstel om serieus na te denken over geschilvoorkomende maatregelen, als een motie van wantrouwen jegens de andere partij wordt gezien. Ook zullen geld en tijd een rol spelen. Het kost nu eenmaal tijd en geld om een goede risicoanalyse te maken, beheersmaatregelen te bedenken, na te denken over goede strategieën voor communicatie en de-escalatie maatregelen en dit allemaal in een goede overeenkomst vast te leggen. Toch is het geen boude aanname dat bij veel geschillen die bij de Raad van Arbitrage zijn uitgevochten, de kosten die zouden zijn gemaakt in het kader van één van de in dit artikel beschreven methoden een fractie zouden zijn van de kosten waarmee partijen in die geschillen daadwerkelijk zijn geconfronteerd.

Ook de methoden voor geschiloplossing tijdens de uitvoering van een werk, vinden nog maar mondjesmaat toepassing. Partijen met een conflict maken altijd een afweging of het conflict dat zij hebben een oplossing behoeft en zo ja of die oplossing goedschiks kán of desnoods kwaadschiks moet worden bereikt. Als partijen een oplossing van het conflict noodzakelijk vinden, laat de Nederlandse praktijk zien dat heel veel conflicten gewoon in goed overleg zijn op te lossen. Men luistert naar elkaars argumenten en men is bereid die argumenten serieus te wegen en af te zetten tegen het eigen standpunt. Ook zal in die afweging worden betrokken wat contractueel tussen partijen heeft te gelden. Dit hoeft overigens niet te betekenen dat de oplossing altijd binnen dat kader wordt gevonden. Vaak vinden partijen een bepaalde oplossing goed of goed genoeg om mee akkoord te gaan ook al zou in rechte of middels arbitrage mogelijk een voordeliger resultaat zijn te bereiken. Kenmerkend voor deze methode van geschilbeslechting²² is dat men ervan uitgaat dat beide partijen redelijk zijn en het basale vertrouwen in de redelijkheid van de andere partij is behouden. Partijen die redelijk zijn (en het zich kunnen veroorloven), accepteren dat zij in een bepaald conflict ongelijk kunnen

22 Het zelf oplossen van conflicten wordt haast nooit genoemd als methode van geschilbeslechting terwijl dit waarschijnlijk de meest succesvolle - maar niet meetbare - methode is.

hebben en dat zij de partij zijn die voor het bereiken van de oplossing de portemonnee moeten trekken.

Wanneer partijen de redelijke grondhouding gaandeweg kwijtraken in een samenwerkingsrelatie (waarbij vaak het verwijt zal zijn dat juist die andere partij zich zo onredelijk opstelt), wordt het moeilijk of moeilijker om conflicten niet te laten escaleren tot geschillen die voor de arbiter of rechter moeten worden uitgevochten. Bij oplopende spanningen komen de emoties op en verdwijnt de redelijkheid naar de achtergrond. Vaak is het dan te laat om met voorstellen te komen om het conflict op een andere wijze op te lossen dan via de in de overeenkomst opgenomen geschillenregeling. Men verwacht dan niet meer dat de andere partij zich redelijk zal op stellen en het voorstellen van bouwmediation of bemiddeling wordt gezien als een zwakgebod. Bovendien kost het maar tijd en geld. Het opnemen van een mediation-clausule in de overeenkomst kan een nuttige functie vervullen om in een inmiddels verstoorde relatie toch de mogelijkheid van een oplossing buiten rechte, open te houden.

Een belangrijke reden om niet te kiezen voor de methoden van geschilvoorkoming en geschiloplossing en beslechting buiten de rechter of arbiter is echter de onbekendheid van partijen met deze methoden en de lage verwachtingen omtrent het succes van die methoden. En ten slotte is een zeer belangrijke reden om niet voor deze alternatieve weg te kiezen, is dat men niet weet wie men zou moeten benaderen om over de verschillende mogelijkheden te worden geïnformeerd en als men al zou willen kiezen voor één van de beschreven methoden, bij wie men dan terecht zou kunnen en wat is de kwaliteit is van die aanbieders?²³

6. Perspectief

Hoe kan worden bereikt dat de andere kijk op het voorkomen, het oplossen en het beslechten van geschillen buiten rechte, wel gaat doorbreken? Waar behoefte aan is, is goede en toegankelijk informatie over de verschillende methoden en één duidelijk adres waar partijen terecht kunnen om in contact te komen met goede beoefenaren van de verschillende methoden en waarvan de kwaliteit, deskundigheid en vaardigheid buiten kijf staat. Ook moet men de mogelijkheid hebben om te kiezen uit meer en verschillende aanbieders. Een aantal zeer ervaren beoefenaren van de verschillende methoden die in dit artikel zijn besproken, hebben besloten de handen in één te slaan om een netwerkorganisatie²⁴ op te richten om dat ene adres te gaan vormen. Het ligt in de bedoeling dat het netwerk zal bestaan uit circa 20 tot 30 professionals die zich hebben toegelegd op het voorkomen, oplossen en beslechten van geschillen voorafgaand als tijdens het bouwproces. Om ervoor te zorgen dat de kwaliteit gewaarborgd is en blijft, wordt het netwerk alleen opengesteld voor professionals die voldoen aan bepaalde kwaliteitseisen en die bereid zijn zich te binden aan gedragsregels. Het zal de lezer van dit artikel niet verbazen dat Arent van Wassenauer ook hiervan één van de initiatiefnemers is.²⁵

23 De praktijk leert dat de bouwpartijen graag een proactieve persoon zien die helpt bij het voorkomen, oplossen of beslechten van geschillen. Een afwachtende en vooral niet sturende houding wordt minder gewaardeerd.

24 Ten tijde van het schrijven van dit artikel is deze netwerkorganisatie nog in oprichting. Voorlopige werktitel is *Netwerk ADR-Bouw, geschillen vrij Werken*. Naar verwachting zal in de loop van 2016 publicitair aandacht worden gegeven aan dit nieuwe initiatief.

25 Naast Paul Smeets, Huub Sprangers en schrijver dezes.