

Dispute boards en het nieuwe reglement van de Internationale Kamer van Koophandel (IKK)

Luc Demeyere¹

Inleiding	810
1. Dispute boards: hun ontstaan en basisfilosofie	811
2. Dispute boards: een stijgende structurele toepassing	812
3. Dispute boards in vergelijking met andere deskundigen	813
4. Dispute boards en het IKK-reglement	814
4.1. Drie types van dispute boards in het IKK-reglement	814
4.2. De dispute board documenten voorgesteld door de IKK	814
4.3. IKK-standaardclausules	814
4.4. Het IKK DB Centre	815
4.5. Het IKK dispute board reglement	815
5. Beoordeling	817

SAMENVATTING

“Dispute boards” zijn “geboren in een tunnel”. Zij worden opgericht in de initiële overeenkomst tussen partijen en komen op geregelde tijdstippen op “visitatie”. Aldus creëren zij een communicatieplatform ter behandeling van geschillen, terwijl de overeenkomst verder wordt uitgevoerd. Sedert 1 september 2004 stelt de Internationale Kamer van Koophandel te Parijs een reglement inzake dispute boards ter beschikking van het bedrijfsleven. Deze IKK-regeling kon vruchtbaar gebruik maken van de ervaringen die de laatste decennia werden opgedaan met dispute boards. Naargelang de zeggenschap die partijen aan de uitspraken van de dispute board wensen toe te kennen, kunnen zij opteren voor een Dispute Review Board (DRB), een Dispute Adjudication Board (DAB) of een Combined Dispute Board (CDB). Het gebruik van dispute boards hoeft niet beperkt te blijven tot infrastructuurprojecten, doch kan ook een erg nuttig instrument blijken bij contracten met een lange looptijd of met een complexe uitvoering.

RÉSUMÉ

“Dispute Boards” sont “nés dans un tunnel”. Ils sont constitués dans la convention initiale entre parties et effectuent à des intervals réguliers “une visite”. De la sorte un forum de communication pour la résolution de conflits est créé pendant que l’exécution de la convention se poursuit. Depuis le 1^{er} septembre 2004, la Chambre de commerce internationale à Paris a mis à la disposition de la vie des entreprises un règlement concernant les dispute boards. Ce règlement CCI a pu bénéficier des expériences récoltées au cours des dernières décennies avec les dispute boards. En fonction du caractère contraignant ou non que les parties veulent accorder aux dires des dispute boards, les parties peuvent opter pour un Dispute Review Board (DRB), un Dispute Adjudication Board (DAB) ou un Combined Dispute Board (CDB). L’utilisation des dispute boards ne doit pas se limiter aux projets d’infrastructure, mais pourrait se révéler un instrument extrêmement utile pour d’autres contrats qui sont de longue durée ou dont l’exécution est complexe.

INLEIDING

De jongste decennia worden gekenmerkt door een intense creativiteit op het vlak van conflictbeslechting en conflictmanagement². Nieuwe technieken werden ontwikkeld en bestaande technieken verfijnd, toegesneden op de specificiteit

van bepaalde sectoren. Deze ontwikkeling wortelt in de behoeften van de partijen om controle te verwerven over de uitkomst van een geschil, het tijdsverloop, de kost en de gebeurlijke toekomstige samenwerking. Elk van deze facto-

¹ Advocaat bij de Balie te Antwerpen. Vennoot Allen & Overy.

² B. ALLEMEERSCH, “Bemiddeling en verzoening in het burgerlijk proces”, *T.P.R.* 2003, p. 409 e.v. en uitvoerige referenties in dit artikel.

ren wordt evenwel verschillend gewogen door elke partij tot het geschil, vandaar ook de spanningsvelden. Deze nieuwe of herontdekte contractuele technieken tot conflictbeslechting zijn erop gericht deze spanningsvelden te beïnvloeden.

De keerzijde van deze explosie van technieken is dat er zeer veel onduidelijkheid bestaat over de intellectuele *démarches* die vereist zijn voor de toepassing van elk van deze technieken. Het zijn immers “immateriële producten en diensten”. De gebruiker ervan heeft hoofdzakelijk belangstelling voor het resultaat, doch alvorens er tot een resultaat gekomen wordt, en er voor het ene of het andere traject wordt gekozen, is het niet voorspelbaar welk traject het beste resultaat zal opleveren, noch dat dit het enige traject is tot het bereiken van een bepaald resultaat.

Zo is het voor velen niet duidelijk dat arbitrage privé-rechtspraak is³, en dient aan de (potentiële) gebruikers ervan toelichting verstrekt te worden bij het feit dat arbiters niet zomaar in billijkheid naar hun eigen subjectief gevoel mogen oordelen⁴.

Voor elk van de mogelijke trajecten tot conflictbeslechting is het vooraf niet duidelijk welk traject het meeste kans op succes zal hebben of in welke mate het traject succes zal hebben. Een afweging tussen verschillende trajecten zal zich dan ook opdringen.

Nochtans is de zeggenschap die aan elke partij en aan beide partijen gezamenlijk toekomt in de onderscheiden trajecten tot conflictbeslechting ten zeerste verschillend⁵, en zonder goed begrip voor deze verschillen, ontstaat er een discrepantie tussen hetgeen van partijen verwacht wordt en hetgeen deze partijen zelf kunnen verwachten.

Eén van de vrij recente trajecten tot conflictbeslechting is de “dispute board”, die in deze bijdrage nader toegelicht wordt, en zulks mede naar aanleiding van het feit dat de Internationale Kamer van Koophandel te Parijs per 1 september 2004 een eigen reglement inzake dispute boards uitbracht. De benaming “dispute board”⁶ verwijst zowel naar de “Dispute Review Board” als “Dispute Adjudication Board”, een onderscheid dat hierna nog nader toegelicht wordt.

1. DISPUTE BOARDS: HUN ONTSTAAN EN BASISFILOSOFIE

De titel van het artikel “Born in a tunnel: the Dispute Review Board”⁷, geeft precies aan waaraan dispute boards hun ontstaan te danken hebben: grote infrastructuurwerken. Bij het boren van een tunnel kan de mol niet stilgelegd worden tot er een uitkomst is over een geschil tussen bouwheer en hoofdaannemer. Als er zich een geschil voordoet, dient een adequate techniek toe te laten het geschil te ondervangen, terwijl de mol verder de tunnel graaft.

Ook al bestaat er geen duidelijkheid over het eerste project bij hetwelk een dispute board werd opgericht⁸, zoveel is zeker dat de idee van de dispute boards ontstond in de Verenigde Staten van Amerika, en sedertdien uitgewaaierd is over de hele wereld. Een aantal notoire infrastructuurprojecten hebben de visibiliteit van dispute boards gepromoot⁹:

- de Channel tunnel (Frankrijk en het Verenigd Koninkrijk): gemengd contract met te bereiken kostprijs, forfaitaire prijs en cost plus fee, met een panel van drie deskundigen en twee vervangers. De geschillenclausule verwijst naar IKK-arbitrage en Frans-Engels materieel recht;

- de Vasco Da Gama brug over de Taag in Lissabon: concessiecontract tussen de Portugese regering en de concessionaris: twee comités van drie deskundigen elk (één technisch en één financieel comité); inzake het contract tussen de concessionaris en de hoofdaannemer werd slechts één “adjudicator” aangeduid. De geschillenclausule verwijst naar IKK-arbitrage en Portugees materieel recht.

Het belangrijkste kenmerk van dispute boards is het feit dat de dispute board wordt opgericht nog voor een geschil bestaat¹⁰ en dat deze techniek erop gericht is geschillen op te lossen *tijdens* de bouwwerken¹¹.

Door de oprichting van een dispute board op het ogenblik dat het contract wordt ondertekend, als een panel dat permanent beschikbaar is, periodiek de werkzaamheden opvolgt evenals de geschillen waartoe deze werkzaamheden aanleiding geven, ontstaat een forum tot communicatie dat, in vergelijking met degenen die een geschil zullen dienen in staat te stellen en beslechten nadat het contract is vastgelopen of beëindigd, een belangrijke kennisvoorsprong heeft. Doordat dit forum tot communicatie wederkerigheid en toenemende

³ M. HUYS en G. KEUTGEN, *L'arbitrage en droit belge et international*, Brussel, 1981, p. 21 e.v.

⁴ Art. 1700, 1° lid Ger.W.

⁵ L. DEMEYERE, “Trajecten tot conflictbeslechting en conflictmanagement”, *Financieel Management* 2003, november, p. 25 e.v.

⁶ In Nederland wordt ook wel de benaming “Geschillencommissie” gebruikt. In voorliggend artikel wordt verder de benaming “Dispute Board” gebruikt.

⁷ G.L. JAYNES, “Born in a tunnel: the dispute review board”, *The Arbitration and Dispute Law Journal* 1993, p. 205 e.v.

⁸ Zie G.L. JAYNES, *o.c.*, p. 205 en P. CHAPMAN, *Dispute Boards, Bouwrecht* maart 2000, p. 199.

⁹ P. GENTON, “The DRB/DAB, a true complement to arbitration”, *The Dispute Review Board Foundation Forum* april 1998, 2, p. 8.

¹⁰ P.H.J. CHAPMAN, *o.c.*, p. 198.

¹¹ G.L. JAYNES, *o.c.*, p. 206.

empathie kan laten ontwikkelen, kunnen de grenzen van betrouwbaarheid en tolerantiegrenzen van vertrouwen verbreden¹². Dispute boards zijn dan ook een vorm van proactief conflictmanagement. De uitspraken van de dispute board, gegeven nadat zij kennis hebben genomen van de feitelijke stand van de werkzaamheden op een bepaald ogenblik, genieten van een niet meer in te halen voorsprong. Bovendien zullen de leden van de dispute board beter vertrouwd zijn met de aanpak en visies van de projectverantwoordelijken waardoor relaties die dreigen te worden scheefgetrokken nog tijdig kunnen worden bijgestuurd. De ervaring wijst ook uit dat de projectverantwoordelijken zich zullen inspannen om opkomende conflicten bij te leggen,

zodat geen beroep op de dispute board hoeft gedaan te worden.

De leden van de dispute board zijn niet gehouden tot lijdzaamheid, en zij kunnen op proactieve wijze de uitvoering van het project opvolgen. Ook kunnen partijen voorzien hebben dat de technische adviezen uitgebracht door de dispute board dienen uitgevoerd te worden, terwijl de financiële consequenties daarvan het voorwerp zullen uitmaken van een latere beslissing door de dispute board.

Deze en andere factoren verklaren de stijgende belangstelling voor dispute boards.

2. DISPUTE BOARDS: EEN STIJGENDE STRUCTURELE TOEPASSING

Het nut van dispute boards werd niet enkel ingezien door een aantal financiële instellingen, doch ook door bepaalde wetgevers en beroepsgroeperingen.

De Wereldbank vereist het instellen van een dispute board voor de grote projecten die zij financiert, en de projectsubsidie wordt niet betaalbaar vooraleer de dispute board ook effectief is benoemd¹³. De recentste versie (mei 2004) van de Standaard Aanbestedingsdocumenten (Standard Billing Documents) van de Wereldbank, voorzien, behoudens afwijkende bepalingen, in een Disputes Review Board voor aanbestedingen boven 50 miljoen USD, een Disputes Review Expert voor aanbestedingen tussen 10 en 50 miljoen USD, en een Adjudicator voor aanbestedingen beneden 10 miljoen USD¹⁴.

Ook FIDIC¹⁵ introduceerde in haar zogenaamd "Red Book" een Dispute adjudication board^{16,17}.

De Engelse wetgever ging nog een stap verder door *adjudication* verplicht te stellen¹⁸.

In Zwitserland is het dan weer de beroepsvereniging *Vereinigung Schweizerischer Straßenfachleute (VSS)* die aanbeveling 641510 gepubliceerd heeft¹⁹.

Deze buitenlandse voorbeelden tonen aan dat dispute boards niet aan de aandacht van de wetgever zijn ontsnapt en door financiële instanties waaronder ook de *European Bank for Reconstruction and Development* aanzien worden als een effectief middel om over de besteding van de toegekende fondsen te waken.

¹² B. NOTEBOOM, *Vertrouwen; vormen grondslagen, gebruik en gebreken van vertrouwen*, Schoonhoven, 2002, p. 11.

¹³ J. ROZEMOND, "De raad van deskundigen bij grote infrastructurele werken", *Tijdschrift voor Arbitrage* 2000, p. 141 e.v., p. 143.

¹⁴ Clause 67, Standard Bidding Documents, Procurement of Works, *Wereldbank*, Washington D.C., mei 2004.

¹⁵ Fédération Internationale des Ingénieurs-Conseils.

¹⁶ C. SEPPALA, "The new Fidic provision for dispute adjudication board", *RDAI/IBLJ* 1997, p. 967 e.v.

¹⁷ Hiermee werd het tot dan geldende systeem opzijgeschoven waarbij de raadgevend ingenieur, die aangeworven en betaald wordt door de bouwheer, de uitvoering van het contract leidt en beslissingen neemt die de aannemer binden alvorens ze naar arbitrage konden worden verwezen. De raadgevend ingenieur is bijgevolg niet onafhankelijk ten opzichte van beide partijen en men kan niet verwachten dat hij op een onpartijdige wijze geschillen zal beslechten. De invoering van een dispute adjudication board in de FIDIC-voorwaarden voert een orgaan in dat onafhankelijk staat van de partijen en dat steeds in staat moet kunnen zijn onpartijdig te handelen en te beslissen. C. SEPPALA, *o.c.*, 968. De recente versie van de FIDIC-Clause is o.m. te vinden in *The FIDIC Contracts Guide*, Lausanne (Zwitserland), 2000, p. 299 e.v., art. 20.

¹⁸ Deel II van de *Housing Grants, Construction and Regeneration Act 1996*, in werking getreden op 1 mei 1998, bepaalde in *sections 104-117* dat partijen verplicht zijn in hun overeenkomsten bepaalde clausules op te nemen. Bij gebrek daaraan worden de bepalingen van het *Scheme for Construction Contracts Regulation 1998 (SCC)* toepasselijk. De SCC en gerelateerde standaardbepalingen voorzien dat de beslissing van de adjudicator tijdelijk bindend is, en dient nageleefd te worden tot op het tijdstip waarop de betwisting hetzij door het gerecht, hetzij door arbitrage zal beslecht zijn (M. ARRAND, "The embrace of adjudication", *Legalese Special Reports, Real Estate 2001*, p. 8; zie ook J. ROZEMOND, *De Raad van Deskundigen/Experts, Bouwrecht* 2000, p. 208). Op dit ogenblik loopt er in het Verenigd Koninkrijk een uitvoerige bevraging naar de ervaringen met deze techniek, en een rapport is gepland tegen einde 2005.

¹⁹ Met als doel "ein im Vergleich zur Gerichts- oder Schiedsgerichtsverfahren eher auf gegenseitiges Einvernehmen ausgerichtetes Streiterledigungsmodell aufzuzeigen, mit dem Konflikte unter den Vertragsparteien vom Baubeginn an, innert nützlicher Frist und mit minimalem Aufwand bewältigt werden können" (R. HÜRLIMANN, "Mediation bei Infrastrukturvorhaben, Das Neue Streiterledigungsmodell nach der VSS-Empfehlung 641510", *Schweizer Ingenieur und Architekt SI+A* 1999, nr. 41).

3. DISPUTE BOARDS IN VERGELIJKING MET ANDERE DESKUNDIGEN

De plaats die dispute boards innemen in vergelijking tot onderhandeling, bemiddeling, bindend derdenadvies, arbitrage en gerechtelijke procedure, werd elders reeds uitvoerig toegelicht²⁰. Hieronder worden de dispute boards vergeleken met bindend derdenadvies, advies door een gerechtsdeskundige, en advies door een door een instantie aangesteld deskundige. Alvorens deze vergelijking te kunnen aanvaarden, is het noodzakelijk het onderscheid tussen de dispute *review* board en de dispute *adjudication* board toe te lichten.

Dit onderscheid heeft te maken met de zeggenschap van de uitspraak van de dispute board, m.n. de mate waarin de partijen verplicht zijn de uitspraken van de dispute board na te leven. Vooraf, en voor alle duidelijkheid: dispute boards hebben een contractuele grondslag en de zeggenschap die aan de uitspraken van de dispute board wordt toegekend, vindt haar oorsprong in de contractuele bepalingen die partijen zijn overeengekomen²¹.

De uitspraken van dispute *review* boards vormen een *aanbeveling* vanwege de dispute board aan partijen, en, naar gelang de contractuele bepalingen, kunnen de partijen, of één van hen, deze aanbeveling naast zich neerleggen. Indien slechts één partij de aanbeveling naast zich neerlegt, dienen de rechten van de andere partij(en) op adequate wijze in de overeenkomst bepaald te worden. Kenmerkend is evenwel het feit dat, zo lang het advies niet bindend geworden is, dit niet hoeft opgevolgd te worden.

Bij de dispute *adjudication* board is de beslissing die door de dispute board wordt getroffen wel *bindend* ten aanzien van partijen. Zij dienen deze beslissing na te leven. Wel zal er dan een opvolgend mechanisme dienen voorzien te worden waarbij deze bindende uitspraak wordt getoetst door een arbitraal college of een rechtbank.

Bekijken we onderstaand schema:

Dispute review board	Dispute adjudication board	Bindend derdenadvies	Gerechtelijke expertise	Institutionele expertise
bij aanvang van het contract reeds contractueel uitvoerig geregeld		<i>ad hoc</i> , kan reeds in basiscontract opgenomen zijn	<i>ad hoc</i>	<i>ad hoc</i>
permanente opdracht tijdens duur van het contract + frequentie van bezoeken + beschikbaarheid bij noodsituaties		<i>ad hoc</i> , soms <i>nomina-tim</i> aangeduid	<i>ad hoc</i>	<i>ad hoc</i>
geen bestaand geschil		bestaand geschil	bestaand geschil	bestaand geschil
benoeming door partijen – gebeurlijk institutioneel kader, <i>cf.</i> IKK		benoeming door partijen	benoeming door rechter	benoeming door instituut of door partijen op voorstel van instituut
enkel advies dat bindend kan worden of dat kan aangevochten worden	beslissing die bindend is doch waartegen voorziening kan ingesteld worden	bindend advies	advies	advies
contractueel vastgestelde mogelijkheid tot hervorming door arbitrage of rechtbanken		controle door rechtbank: marginale toetsing	rechtbank niet gehouden door advies	partijen kunnen vooraf verklaren gebonden te zijn

Onverminderd alle nuancerings die aan dit schema kunnen worden aangebracht, maakt het duidelijk dat dispute boards niet mogen verward worden met bindend derdenadvies, gerechtelijke expertise en institutionele expertise, deze laatste term gebruikt zijnde voor een expertise uitgevoerd door een expert voorgesteld *cq.* aangesteld door een onafhankelijke instantie²². Alleszins illustreert deze analyse de eerdere vaststelling dat de onderscheiden trajecten tot conflictbe-

slechting elk hun eigen specificiteit hebben, zie bijvoorbeeld onder Duits recht een vergelijking tussen arbitrage en deskundigenadvies²³.

Het volstaat niet vast te stellen dat er “horses for courses” zijn, men dient ook nog te weten aan welke race men deelneemt. Anders gezegd, voetbal spelen op een basketbalveld volgens de regels van volleybal, drijft de scheidsrechter tot wanhoop en laat de toeschouwers perplex.

²⁰. L. DEMEYERE, *o.c.*, *Financieel Management* 2003, november, p. 25 e.v.

²¹. In Engeland verlenen de *Housing Grants, Construction and Regeneration Act 1996* en het *Scheme for Construction Contracts Regulations 1998* een wettelijke basis voor deze zeggenschap.

²². Bv. ICC Rules for Expertise, recentste versie van 1 januari 2003.

²³. A. SESSLER en C. LEIMERT, “The Role of Expert Determination in Mergers and Acquisitions under German Law”, *Arbitration International* 2004, p. 151 e.v.

4. DISPUTE BOARDS EN HET IKK-REGLEMENT

Het valt buiten het kader van huidige bijdrage een vergelijking te maken tussen het IKK-reglement en andere institutionele of wettelijke reglementeringen inzake dispute boards, waarvan er enkele hoger werden opgesomd.

De Internationale Kamer van Koophandel stelt zich tot doel methoden tot conflictbeslechting ten dienste te stellen van het bedrijfsleven. De oudste en meest gekende dienstverlening is arbitrage. Van recentere datum is de institutionele deskundigen adviesverlening²⁴, en van nog recentere datum het IKK-ADR-reglement²⁵. Bij deze verschillende trajecten tot conflictbeslechting voegt zich nu ook de dispute board. Het lijkt aangewezen te spreken van een “institutionele dispute board”, zijnde deze dispute board die gebruik maakt van een vooraf bestaand reglement, en zulks naar analogie met institutionele arbitrage, deze laatste term zijnde de tegenvoeter van een *ad hoc* arbitrage, zodat ook kan worden gesproken van een *ad hoc* dispute board indien niet teruggegrepen wordt naar een institutioneel reglement en de overeenkomst de enige bron is inzake de oprichting en werking van de dispute board.

Hierna zal de aandacht gevestigd worden op enkele verschillen tussen arbitrage en dispute boards.

4.1. Drie types van dispute boards in het IKK-reglement

Het IKK-reglement introduceert drie types van dispute boards, naargelang de zeggenschap die aan de uitspraken van de dispute board wordt toegekend:

- de dispute review board (DRB);
- de dispute adjudication board (DAB);
- de combined dispute board (CDB)^{26,27}.

²⁴. ICC Rules for Expertise, recentste versie van 1 januari 2003.

²⁵. ADR Rules, 1 July 2001, and Guide to ICC/ADR.

²⁶. Onderhavige bijdrage is gebaseerd op de Engelse tekst van het IKK-reglement. Er wordt voor geopteerd geen Nederlandse vertaling te verstrekken van de Engelse terminologie van deze drie Dispute Boards en zulks teneinde een terminologische consistentie te behouden. Wel zijn de vertalingen van de bepalingen van het reglement vrije vertalingen, bij gebrek aan een officiële IKK-vertaling.

²⁷. Het onderscheid tussen deze drie types van Dispute Boards wordt als volgt toegelicht:

“Le *DISPUTE REVIEW BOARD* [le “DRB”] émet des “recommandations” concernant tout différend qui lui est soumis, et constitue une méthode relativement consensuelle pour résoudre les différends. Si aucune des parties ne manifeste son désaccord avec une recommandation dans un délai déterminé, les parties s’engagent contractuellement à se conformer à la recommandation. Si une partie manifeste son désaccord avec la recommandation dans ledit délai, elle peut soumettre l’ensemble du différend à l’arbitrage ou au juge. Les parties peuvent, dans l’attente de la décision du tribunal arbitral ou du juge, se conformer volontairement à la recommandation, mais elles ne sont pas tenues de le faire.

Le *DISPUTE ADJUDICATION BOARD* [“DAB”] émet des “décisions” concernant tout litige qui lui est soumis et constitue une approche moins consensuelle de la résolution des différends. En vertu de la convention des parties, une décision, contrairement à une recommandation, doit être appliquée dès sa réception. Cependant, si une partie manifeste son désaccord avec une décision dans un délai déterminé, elle peut soumettre le différend à l’arbitrage ou au juge, en vue de le faire trancher définitivement. Dans ce cas, les parties s’engagent contractuellement à se conformer à la décision tant qu’une décision contraire du tribunal arbitral ou du juge n’a pas été rendue. De plus, si aucune des parties ne manifeste son désaccord avec une décision dans le délai donné, les parties conviennent de demeurer liées par celle-ci.

Le *COMBINED DISPUTE BOARD* [“CDB”] émet normalement des recommandations, telles que décrites ci-dessus, concernant tout différend qui lui est soumis. Toutefois, le CDB peut rendre une Décision, telle que décrite ci-dessus, si une partie demande qu’une décision soit rendue et qu’aucune autre partie ne s’y oppose. Si une partie s’oppose à ce qu’une décision soit rendue, le CDB décidera d’émettre une recommandation ou bien une décision, en application des critères énoncés dans le règlement. Le CDB représente donc une approche intermédiaire entre le DRB et le DAB.”

4.2. De dispute board documenten voorgesteld door de IKK

De IKK biedt aan de gebruikers van dispute boards drie documenten aan:

- standaard clausules, met name één standaardclausule voor een DAB, één voor een DRB en één voor een CDB;
- het IKK dispute board reglement dat bestemd is om de procedure voor de dispute board te organiseren;
- een model voor een overeenkomst met de leden van de dispute board, m.n. een overeenkomst te sluiten tussen de partijen tot de overeenkomst en elk van de leden van de dispute board met betrekking tot de verplichtingen zowel van de leden van de dispute board als van de partijen, de bepaling van de honoraria van de leden van de dispute board en de duur van hun verplichtingen.

Voor elk van de voormelde documenten geldt dat hun afdwingbaarheid dient beoordeeld te worden onder het toepasselijke recht.

4.3. IKK-standaardclausules

De drie standaardclausules zijn sedert 1 september 2004 beschikbaar op <http://www.iccwbo.org>.

In elk van deze clausules is opgenomen dat alle betwistingen met betrekking tot hetzij de aanbevelingen hetzij beslissingen, het voorwerp zullen uitmaken van een IKK-arbitrage.

Bovendien voorziet de standaardclausule inzake dispute adjudication board en combined dispute board in de optie voor partijen om de beslissing te onderwerpen aan het nazicht door de IKK, en zulks naar analogie met het nazicht

dat artikel 27 van het IKK-arbitragereglement bepaalt met betrekking tot arbitrale uitspraken.

Ook al schaaft het niet in de standaardclausule dergelijke optie te voorzien, is het ten eerste de vraag of partijen erg geneigd zullen zijn zulke clausule van nazicht op te nemen. Vooreerst werkt een dergelijk nazicht vertragend, en aangezien de dossierbeheerder bij de IKK, in tegenstelling tot de systematische opvolging van een arbitrale procedure door het Secretariaat van het Internationaal Arbitragehof bij de IKK, de dispute board geen of slechts een zeer summiere indruk zal hebben van wat er zich op het niveau van de dispute board afspeelt, zal het nazicht van een beslissing uitgevaardigd door de DAB of CDB noodzakelijk beperkt blijven tot een nazicht van rekenfouten en een summier nazicht van de interne logica van de beslissing.

4.4. Het IKK DB Centre

Naar het voorbeeld van het Secretariaat bij het Internationaal Arbitragehof bij de IKK, wordt de administratieve ondersteuning voor de dispute boards toevertrouwd aan een IKK DB Centre dat partijen behulpzaam kan zijn bij het aanduiden van de leden van de dispute board, de wraking van leden van de dispute board en het nazicht van de beslissingen uitgaande van de dispute board.

Aan de diensten van dit DB Centre zijn ook kosten verbonden, telkens een niet-terugbetaalbaar forfait van 2.500 USD, met een maximum van 10.000 USD, in alle gevallen vooruit betaalbaar.

4.5. Het IKK dispute board reglement

4.5.1. Artikel 1 bepaalt het toepassingsgebied van het IKK DB reglement.

Het stelt:

“Les dispute boards constitués conformément au présent règlement aident les parties à résoudre leurs désaccords et leurs différends commerciaux. Ils peuvent fournir une assistance informelle ou bien émettre des déterminations. Les dispute boards ne sont pas des tribunaux arbitraux, et leurs déterminations n’ont pas force exécutoire comme les sentences arbitrales. Les parties acceptent conventionnellement d’être liées par les déterminations sous certaines conditions spécifiques énoncées dans le règlement. [...]”

Hiermee wordt ondubbelzinnig gesteld dat dispute boards en hun uitspraken te onderscheiden zijn van arbitrale colleges en arbitrale uitspraken. Dispute boards helpen partijen en kunnen onder meer informele bijstand verlenen, hetgeen nog nader uitgewerkt wordt in het reglement (zie *infra*).

De term “vaststelling” (*détermination*) dekt zowel aanbeve-

lingen als beslissingen, waardoor het mogelijk wordt in één reglement zowel de regelingen inzake dispute review boards als dispute adjudication boards op te nemen.

4.5.2. Behoudens afwijkende overeenkomst, zullen partijen de dispute board oprichten op het tijdstip dat zij de overeenkomst binnen het kader waarvan de dispute board zijn opdracht dient uit te voeren, sluiten.

Hiermee wordt één van de essentiële voorwaarden voor een succesvolle werking van de dispute board aan partijen opgelegd. Tijdens de onderhandelingen dienen partijen doordrongen te zijn van de bedoeling dit preventief communicatieplatform voor gebeurlijke onenigheden en geschillen op te richten, en ook de daarmee gepaard gaande investering te financieren. Deze investering dient afgewogen te worden tegenover de kosten die gepaard gaan met de behandeling van een conflict wanneer de werkzaamheden op de werf daadwerkelijk ontspoord zijn.

4.5.3. De zeggenschap toegekend aan aanbevelingen uitgaande van dispute review boards, maakt het voorwerp uit van artikel 4.

Bij afwezigheid van afkeuring en verstrijken van de voorziene termijn wordt de aanbeveling, verstrekt door de dispute review board, op basis van artikel 4.3, deel van de contractuele verhoudingen tussen partijen, tenzij de inhoud van de aanbeveling niet contractueel afdwingbaar kan worden. De onmogelijkheid tot contractuele afdwingbaarheid verwijst ongetwijfeld naar de openbare orde en naar wetten van politie. Deze uitzonderingen zullen limitatief dienen geïnterpreteerd te worden. Een voorbeeld van wetgeving van politie is de arbeidswetgeving die geldt op de plaats waar de arbeid dient uitgevoerd te worden.

Wanneer een partij een aanbeveling, van zodra zij bindend geworden is, niet naleeft, of haar afkeuring met betrekking tot de aanbeveling tijdig ter kennis heeft gebracht, of de dispute review board nalaat binnen de gestelde termijn haar aanbeveling uit te brengen, of de dispute review board ontbonden is in overeenstemming met het reglement, zal het geschil voorgelegd worden aan arbitrage, of naargelang de contractuele bepaling, aan de rechtbanken.

4.5.4. De rechtskracht van de uitspraken van de dispute adjudication board maakt het voorwerp uit van artikel 5.

Partijen dienen de beslissing na te leven, ook al keuren zij deze af. Deze afkeuring dient ter kennis gebracht te worden van de andere partij en van de dispute adjudication board, en het verhaal tegen de beslissing, of tegen de schending van de beslissing, of bij afwezigheid van een beslissing door de dispute review board binnen 30 dagen, of bij de ontbinding van de dispute board, maakt het voorwerp uit van een voorziening voor een arbitraal college of, naargelang de contractuele bepaling, voor de rechtbank.

Belangrijk is dat artikel 5, 6 *in fine* stelt dat de partijen gehouden blijven de beslissing na te leven tot het geschil

finaal beslecht is door arbitrage of anderszins, of tot het arbitraal college of de rechtbank er anders over beslist.

4.5.5. De combined dispute board kan zowel aanbevelingen als beslissingen uitbrengen.

De criteria die de combined dispute board dient in acht te nemen indien hij gerechtigd is zelf te beslissen al dan niet een beslissing uit te vaardigen, zijn, zonder dat deze opsomming beperkend is:

- ofwel, ten gevolge van de hoogdringendheid van de toestand of andere relevante overwegingen, een beslissing die de uitvoering van de overeenkomst zou vergemakkelijken of een substantieel verlies of schade aan een van de partijen zou voorkomen;
- ofwel een beslissing die een ontsporing van de overeenkomst zou voorkomen;
- ofwel een beslissing die noodzakelijk is om bewijsmateriaal te vrijwaren.

4.5.6. Inzake de benoeming van de leden van de dispute board komt het vanzelfsprekend in eerste orde aan de partijen toe het enige lid of de leden in onderling akkoord te benoemen. Hierin wijkt de samenstelling van de dispute board duidelijk af van de aanduiding van de arbiters in een arbitraal college, waar, in beginsel, elke partij *volledig* autonoom één der leden van het arbitraal college aanduidt. Dit heeft alles te maken met het feit dat de dispute board een preventief mechanisme tot conflictafdoening is, terwijl de arbiters, behoudens benoeming in de arbitrale clause zelf, slechts benoemd zullen worden op het ogenblik dat een geschil ter beslechting wordt voorgelegd.

Vermits het IKK-reglement een institutionele dispute board in het leven roept, zal, bij onenigheid tussen partijen inzake de benoeming van de leden, het IKK DB Centre optreden.

4.5.7. Voorafgaand aan de werkzaamheden van de dispute board zullen partijen een overeenkomst sluiten tot dewelke ook de leden van de dispute board partij zijn.

Enerzijds kunnen partijen op elk ogenblik gezamenlijk zonder motief, en met onmiddellijke werking, de overeenkomst met de leden van de dispute board of om het even welk lid van de dispute board gezamenlijk beëindigen, tenzij anders overeengekomen, en mits betaling van drie maanden honorarium aan het opgezegde lid van de dispute board (art. 10, 2). Ook inzake arbitrage bestaat de mogelijkheid bij gezamenlijk akkoord aan de opdracht van de arbiters een einde te stellen (art. 1687, 1° lid Ger.W.).

Anderzijds heeft ieder lid van de dispute board het recht de overeenkomst met de leden van de dispute board te allen tijde op te zeggen mits een opzeggingstermijn van drie maanden, tenzij andersluidende overeenkomst.

De optie die door het IKK dispute board reglement is genomen is vrij drastisch doch brengt perfect tot uiting welke de aard is van dit mechanisme tot conflictafdoening. Het spreekt vanzelf dat zowel de partijen als de leden van de dispute board bijzonder behoedzaam dienen te zijn bij het uitoefenen van deze beëindigingsmogelijkheid. Artikel 33 stelt, onder meer, dat de leden van de dispute board geen aansprakelijkheid oplopen. Over de afdwingbaarheid van dergelijke uitsluiting van aansprakelijkheid kan discussie bestaan²⁸.

4.5.8. De informatie-uitwisseling en de samenwerking tussen de partijen en de dispute board voorziet onder meer als algemene regel, dat de dispute board ten minste drie bezoeken per jaar aan de werf zal brengen, en *ad hoc* bezoeken wanneer dit noodzakelijk is.

Deze periodiciteit in de werfbezoeken van de dispute board, ook als er geen concrete discussiepunten aan de dispute board worden voorgelegd, blijkt een bijzonder sterk mechanisme te zijn om partijen zelf ertoe aan te sporen ontkiemende conflicten uit te praten en bij te leggen²⁹. De kost voor deze periodieke bezoeken, ook indien er geen geschillen worden voorgelegd, is dan ook een ten zeerste verantwoorde investering.

Wat de behandeling door de dispute board betreft voorziet het IKK dispute board reglement zowel in een informele bijstand als in een formele geschillenprocedure.

De informele bijstand is vanzelfsprekend een *novum* en onderlijnt opnieuw de aard van de dispute board als communicatieplatform.

Deze informele bijstand kan onder meer de vorm aannemen van een gesprek tussen de dispute board en de partijen, of een afzonderlijke vergadering tussen de dispute board en een partij mits het voorafgaande akkoord van alle partijen.

Alzo wordt de dispute board een forum tot toepassing van technieken ontwikkeld binnen het concept van alternatieve geschillenbeslechting (alternative dispute resolution). De mogelijkheid voor de dispute board om gesprekken met elke partij afzonderlijk te houden, zogenaamde *caucus*gesprekken, is bijvoorbeeld één van de instrumenten die kan gehanteerd worden tijdens een bemiddeling of mediation³⁰, en waarvan enkel op bijzonder voorzichtige en bekwame wijze mag gebruik gemaakt worden.

De dispute board is evenwel geenszins gehouden door de schriftelijke of mondelinge gezichtspunten die in het verloop van een informele bijstand werden ter kennis gebracht van de partijen. Indien de informele bijstand niet het gewenste resultaat oplevert, of indien er geen akkoord bestaat om een fase van informele bijstand in te bouwen, heeft elke partij de mogelijkheid een geschil formeel naar de dispute board te verwijzen voor “beoordeling” (determination), en de aard

²⁸ R.O. DALCO, “La responsabilité de l’arbitre”, in *Macht en Onmacht van de Arbitrer*, Brussel, 2003, p. 191 e.v.

²⁹ J. ROZEMOND, o.c., *Tijdschrift voor Arbitrage* 2000, 141 e.v.

³⁰ A.F.M. BRENNINCKMEIJER, “Diverse vormen van Mediation”, in *Handboek Mediation*, ed. 2003, Den Haag, 2003, p. 143-148.

van deze beoordeling is afhankelijk van het feit of het in concreto een dispute review board, dispute adjudication board dan wel een combined dispute board betreft.

4.5.9. In principe worden de zittingen met de dispute board gehouden in aanwezigheid van alle leden van de dispute board, tenzij de dispute board, naar gelang de omstandigheden en na raadpleging van de partijen, beslist dat het aangewezen is een zitting buiten de aanwezigheid van een lid van de dispute board te houden, zulks nochtans op voorwaarde dat voorafgaandelijk aan de vervanging van een lid van de dispute board een zitting kan gehouden worden uitsluitend met de twee overblijvende leden van de dispute board mits het akkoord van alle partijen (art. 19, 3 en art. 7 (6)).

Deze regeling wijkt duidelijk af van hetgeen in een arbitrage, met als essentiële vereiste het tegensprekelijke debat, toelaatbaar is. Nochtans kan het verantwoord zijn, bijvoorbeeld voor de beoordeling van specifieke bouwtechnische technieken, een vergadering te beleggen waarbij uitsluitend de deskundigen inzake deze bouwprocédés aanwezig zijn. Daartegen kan wel aangevoerd worden dat de aanwezigheid van een niet-technisch onderlegd lid van de dispute board vermoedelijk nuttig is om de technische discussie te laten verlopen op een wijze die verstaanbaar is voor een leek, die met gezond verstand een tegengewicht kan vormen voor een discussie die zou dreigen zich te verliezen in een “oorlog tussen deskundigen”.

4.5.10. Met betrekking tot de toelaatbaarheid van uitspraken in daarop volgende procedures, bepaalt artikel 25 dat, behoudens afwijkende overeenkomst tussen de partijen,

iedere uitspraak toelaatbaar is in een gerechtelijke of arbitrale procedure waartoe alle partijen, die ook partijen waren tot de procedure voor de dispute board in het kader van dewelke de uitspraak werd uitgebracht.

Dit artikel spreekt zich niet uit over de draagwijdte die door de arbiters *cq.* rechtbank aan de uitspraak dient toegekend te worden. Alleszins zullen de vaststellingen gedaan door de dispute board op het ogenblik van of kort na de feiten een zeer belangrijke bewijswaarde behouden. De uitspraken van de dispute board gaan evenwel verder dan een louter bewijs, met name in de hypothese dat de dispute review board een aanbeveling heeft gegeven tegen dewelke geen voorziening werd ingesteld, doch die door één van de partijen wordt geschonden, en tevens in de hypothese dat de dispute adjudication board een beslissing heeft gewezen die zich aan partijen opdringt onder voorbehoud van hervorming door een arbitraal college of, naargelang het geval, door een rechtbank.

Opmerkelijk is wel dat het IKK dispute board reglement geen bepaling inhoudt met betrekking tot de draagwijdte van de geschreven en mondelinge toelichtingen die door partijen aan de dispute board verstrekt werden met het oog op het uitbrengen door de dispute board van een aanbeveling/beslissing. Partijen zullen er goed aan doen in de overeenkomst tot oprichting van de dispute board het lot van deze mededelingen te regelen. Bij afwezigheid van een contractuele bepaling op dit punt lijkt niets zich ertegen te verzetten dat de uiteenzettingen van partijen ook in een latere procedure ingeroepen worden.

5. BEOORDELING

Ook al zijn dispute boards ontstaan om tegemoet te komen aan de behoefte tot conflictbeslechting bij de uitvoering van grote infrastructuurwerken, dient hun toepassingsgebied geenszins beperkt te worden tot deze bedrijfstak.

Telkens wanneer partijen overeenkomsten aangaan met een lange looptijd, of overeenkomsten die aanleiding geven tot de uitvoering binnen een korte termijn van complexe projecten, of die een vrij intense uitwisseling van gegevens behoeven, is minstens de overweging verantwoord een dispute board in te richten.

Aldus kan bijvoorbeeld gedacht worden aan bepaalde softwarecontracten waarbij zowel de leverancier van de software als het bedrijf/opdrachtgever moeten overgaan tot een intense uitwisseling van gegevens teneinde de toegevoegde waarde die de software beoogt te brengen, te kunnen realiseren. Software voor managementbeheerssystemen zijn daarvan een prominent voorbeeld. Indien zich bij de uitvoering van dergelijke overeenkomsten problemen voordoen, hebben beide partijen reeds zoveel geïnvesteerd in de geplande uitvoering van het contract en is het bedrijf/opdrachtgever in

dergelijke mate afhankelijk geworden van de dienstverlening door de softwareleverancier, dat een abrupte beëindiging van de contractuele relatie de continuïteit van de bedrijfsvoering van het bedrijf/opdrachtgever in gevaar kan brengen. Bovendien is de evolutie op het vlak van softwaretoepassing derwijze, dat softwarepakketten die vandaag nog gangbaar zijn over enkele maanden voorbijgestreefd zijn. Zelfs indien in kort geding een deskundige, vertrouwd met dit specifieke softwarepakket, kan aangesteld worden, is de kans groot dat zijn deskundigenrapport geen informatie meer kan bevatten die een bijsturing van de software mogelijk maakt.

Ook outsourcingovereenkomsten, waarbij een bedrijf zich beperkt tot haar kernactiviteiten en de randactiviteiten uitbestedt aan bedrijven op zichzelf gespecialiseerd in deze randactiviteiten, vereist een intense dialoog tussen opdrachtgever en dienstverlenend bedrijf.

Indien een adequate regeling wordt uitgewerkt, kan een dispute board ook kennis nemen van geschillen met onderaan-

nemers die hun weerslag hebben in de verhouding tussen opdrachtgever en hoofdaannemer.

Leveringscontracten voor lange duur kunnen geenszins anticiperen op alle toekomstige gebeurtenissen die zich bij de uitvoering van het contract kunnen voordoen, zoals bijvoorbeeld een plotselinge stijging of daling van de energieprijzen. De dispute board is één van de mechanismen die daartoe kan aangewend worden, en zulks naast hardshipclausules³¹, of een contractuele aanpassing van een overeenkomst³². In vergelijking met deze technieken biedt de dispute board het voordeel dat aan de partijen een permanent forum ter beschikking staat waar zich aankondigende onenigheden of geschillen kunnen besproken en behandeld worden. Bijstu-

ring vooraleer men uit de bocht is gevlogen is beslist verkiezelijk.

Dispute boards vormen ongetwijfeld niet het eindpunt van de ontwikkeling van technieken tot geschillenafdoening bij complexe of langdurende contracten. Aldus wordt bij de bouw van een nieuwe terminal aan London Heathrow gebruik gemaakt van een onder de aannemers te verdelen som indien het budget en de streefdatum van het project gehaald worden³³.

Het ontbreekt dus niet aan creativiteit om technieken te ontwikkelen die de realisatie van projecten stimuleren. Het komt er nog op aan deze technieken operationeel te maken.

³¹. D. PHILIPPE, *Les clauses relatives au changement de circonstances dans les contrats à long terme*, Brussel, 1991, p. 159 e.v.

³². CEPINA Reglement, 1 januari 2000, Afdeling VI, Aanpassing van Overeenkomsten, p. 53 e.v.

³³. *The Economist* 24 juli 2004, p. 56.