

De mediationclausule: balanceren tussen vrijwilligheid en *pacta sunt servanda*

Nelleke van Thiel-Wortmann & Peter Ingelse¹

Kan een door partijen in een overeenkomst opgenomen mediationclausule diezelfde partijen verplichten hun conflict aan mediation te onderwerpen? Dat was lang een open vraag. In juli van dit jaar hakte de Hoge Raad, voorafgegaan door een uitgebreide conclusie van A-G De Bock, de knoop door. Ja, het is volgens de Hoge Raad ‘mogelijk dat een mediationclausule partijen verplicht mediation te beproeven voordat zij in rechte (of in arbitrage) een procedure aanhangig maken.’ Of de clausule in het concrete geval die verplichting inderdaad meebrengt en zo ja, wat de reikwijdte is van die verplichting, is dan weer een kwestie van uitleg. In dit artikel worden de conclusie van De Bock en het arrest van de Hoge Raad en de betekenis hiervan voor de praktijk besproken en geven auteurs hun visie op deze kwestie.

Inleiding

Is een mediationclausule rechtens afdwingbaar? En wat betekent dat dan? Dat zijn de vragen waarover advocaat-generaal De Bock en de Hoge Raad zich eerder dit jaar bogen. De Bock concludeerde dat zo’n mediationclausule – afgesproken tussen professionele partijen – rechtens afdwingbaar is. De Hoge Raad oordeelde dat een dergelijke mediationclausule afdwingbaar kan zijn.²

Wij bespreken de conclusie van De Bock en het arrest van de Hoge Raad. Vervolgens geven wij onze visie en bezien we wat dit arrest voor de praktijk betekent. We sluiten af met een korte bespiegeling over de bril waardoor wij naar de conclusie en het arrest kijken.

Hof, conclusie advocaat-generaal en Hoge Raad

Kan een mediationclausule³ partijen verplichten hun conflict aan mediation te onderwerpen? Zou dat niet in strijd zijn met het vrijwillige karakter van mediation? Dit was lang een open vraag.⁴ De Hoge Raad heeft op 12 juli 2024 de knoop doorgemaakt: het is ‘mogelijk dat een mediationclausule partijen verplicht mediation te beproeven voordat zij in rechte (of in arbitrage) een procedure aanhangig maken.’⁵ Naar het oordeel van de Hoge Raad staat het karakter van mediation daaraan niet in de weg. Of de

clausule in het concrete geval die verplichting inderdaad meebrengt en zo ja, wat de reikwijdte is van die verplichting, is een kwestie van uitleg. Daarbij geldt vanzelfsprekend dat toepassing van de clausule niet ‘tot gevolg (mag) hebben dat het recht van partijen op toegang tot de rechter (...) op onaanvaardbare wijze wordt aangetast.’⁶

Wat betekent dat praktisch gesproken? Kan de mediation afgedwongen worden? Ja dat kan. Start een partij in strijd met een verplichtende mediationclausule een procedure, dan kan, aldus de Hoge Raad:

‘de rechter (of arbiter) op verzoek van de andere partij de behandeling van de zaak aanhouden om partijen de gelegenheid te geven hun verplichtingen uit hoofde van de mediationclausule alsnog na te komen. Hij is daartoe evenwel niet verplicht. De rechter kan beslissen dat de behandeling van de zaak niet wordt aangehouden, bijvoorbeeld omdat de zaak daarvoor te spoedeisend is of omdat het zinloos is om mediation te beproeven.’⁷

Heel krachtig klinkt het niet: ‘kan’ en ‘gelegenheid geven’. En wat, als de onwillige van die gelegenheid geen (goed) gebruik maakt? Wij zoeken het uit.

Hoe zat het in deze zaak? In een op 13 juli 2017 gesloten aandelentransactie kwamen PPSB en CSW onder meer het volgende overeen:

‘Eventuele uit deze overeenkomst voortvloeiende geschillen tussen partijen zullen door partijen in eerste instantie via mediation worden opgelost. Mochten partijen deze geschillen niet aldus kunnen oplossen, dan zullen zij aan arbitrage (door één arbiter) worden onderworpen, met uitsluiting van de gewone rechter, tenzij de voorzieningenrechter ingeval van spoedeisend belang.’

In 2018 wenste PPSB nakoming van de in verband met de transactie verstrekte lening. Zij vroeg daartoe op grond van de tweede zin van de clausule aan de voorzieningenrechter benoeming van een arbiter op de voet van artikel 1027 Rv. Op 8 april 2019 benoemde de voorzieningenrechter een arbiter onder verwerping van het verweer van CSW dat partijen eerst mediation moesten proberen. Vervolgens verwierp op 11 november 2019 ook de arbiter het in de arbitrageprocedure nog eens aangedragen verweer en wees hij de vordering van PPSB ten dele toe.

Het Hof Den Haag⁸

Vervolgens vorderde CSW vernietiging van het arbitraal vonnis bij het Hof Den Haag, onder meer op de grond dat de mediationclausule een opschortende voorwaarde voor de arbitrage oplevert en derhalve in haar ogen een geldige overeenkomst tot arbitrage ontbrak.⁹ Op 13 september 2022 wees het hof de vordering af. Het vond dat ‘PPSB het, door CSW opgestelde, arbitraal beding aldus (mocht) begrijpen dat daarin geen bindende verplichting tot mediation besloten lag’. Lezen we de clausule nog eens na (‘zullen ... oplossen’), dan is dat oordeel best verrassend. Het hof licht die woorden er zelf ook uit: ‘de eerste volzin beschrijft een resultaat (zullen oplossen) en geen inspanningsverplichting (zullen trachten op te lossen)’. Het hof is vervolgens van oordeel dat ‘het samenstel’ van de eerste twee zinnen ‘een uitleg toe(laat) waarin ook een arbiter kan worden benoemd wanneer op voorhand – zoals bij onvoldoende bereidwilligheid van één van partijen – te verwachten is dat het geschil niet kan worden “opgelost” door een mediator. Mede gelet op het in het algemeen vrijwillige karakter van mediation’ – aldus nog steeds het hof – ‘mocht PPSB de bepaling redelijkerwijs aldus opvatten dat deze geen rechtens bindende verplichting tot het beproeven van mediation bevat.’¹⁰

Het hof maakt er aldus louter een woordenkwestie van. *Haviltex* vraagt meer van de rechter. We geven toe,

Het bereiken van een oplossing van een geschil door middel van mediation kan moeilijk in ernst als verplichtend resultaat worden overeengekomen

die eerste zin is als resultaatsverbintenis *geformuleerd*.

Maar in redelijkheid kan niet worden aangenomen dat de opsteller van de clausule, CSW, het ook als zodanig heeft bedoeld en dat PPSB het zo mocht hebben begrepen. Het bereiken van een oplossing van een geschil door middel van mediation kan immers moeilijk in ernst als verplichtend resultaat worden overeengekomen. Dat snapt iedereen, ook PPSB. Niet voor niets waren partijen arbitrage overeengekomen als dat ‘resultaat’ niet werd bereikt. De overeenkomst kan in redelijkheid door partijen niet anders worden begrepen dan dat partijen mediation zouden *proberen*. Daar komt bij dat niet goed valt in te zien op grond waarvan de uit haar aard verdergaande resultaatsverbintenis een minder verplichtend karakter zou hebben dan een inspanningsverplichting. En dat een overeengekomen resultaat ten minste een inspanning en dus ook een verplichting daartoe veronderstelt.

Hoe dan ook, de motivering betekent dat het hof de hiervoor gestelde vraag – kan een mediationclausule partijen verplichten hun conflict aan mediation te onderwerpen – kennelijk in beginsel bevestigend beantwoordt.¹¹ Anders was de hele exercitie overbodig geweest. Die motivering wekt dan ook de indruk dat het oordeel daadwerkelijk anders had kunnen uitvallen, indien het hof in de eerste zin – overeenkomstig de kennelijke bedoeling – een inspanningsverplichting had gelezen.

Maar dat deed het hof niet: het legde de clausule als niet-verplichtend uit. CSW zag een kleine drie jaar na het deels toewijzend arbitraal vonnis nog steeds heil in mediation en ging in cassatie. Zij vond advocaat-generaal De Bock aan haar zijde.

De conclusie van de advocaat-generaal¹²

De advocaat-generaal is er echt voor gaan zitten. Zij bespreekt uitvoerig het mediationinstrument zelf, op nationaal niveau en rechtsvergelijkend, de opkomst ervan, de Europese en nationale (pogingen tot) regelgeving, de rechtspraak en de opvattingen in de literatuur over de al

Auteurs

1. Mr. P.A.T.N. van Thiel-Wortmann en mr. P. Ingelse zijn beiden MfN-registermediator bij ReulingSchutte in Amsterdam.

Noten

2. Arrest HR 12 juli 2024, ECLI:NL:HR:2024:1078, met conclusie van A-G R.H. de Bock, 26 januari 2024, ECLI:NL:PHR:2024:103.

3. ‘Een beding dat mediation aanwijst als eerste middel ter oplossing van geschillen die kunnen ontstaan tussen de contractspartijen naar aanleiding van of in verband met hun overeenkomst’, aldus de definitie van de Hoge Raad in r.o. 3.2.2.
4. Zie voor de ‘strijd’ in de literatuur de conclusie van A-G De Bock onder 11.1 e.v., waar zij de betekenis van HR 20 januari 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU3724,

NJ 2006/75 bespreekt.

5. HR 12 juli 2024 ECLI:NL:HR:2024:1078, r.o. 3.2.2.

6. R.o. 3.2.2.

7. R.o. 3.2.3.

8. Hof Den Haag 13 september 2022, ECLI:NL:GHDHA:2022:1851.

9. Art. 1065 lid 1 aanhef en onder a Rv.

10. Arrest hof, r.o. 5.11.

11. In zoverre wijkt dit arrest dan ook af

van lijn in de rechtspraak tot nog toe: daarin leek het afwijzende oordeel steeds erop te zijn gegrond dat de clausule – los van de precieze tekst – überhaupt niet in rechte kon worden afgedwongen. Zie Kroniek *Mediation in Tijdschrift voor Civiele Rechtspleging*, TCR 2023, afl. 4, § 2.
12. Conclusie A-G De Bock, 26 januari 2024, ECLI:NL:PHR:2024:103.

FOKKE & SUKKE

HEBBEN HET NOG NIET HELEMAAL BEGREPEN



© Reid, Geleijnse & Van Tol

of niet afdwingbare mediationclausule, de toegang tot de rechter, de gevolgen van het niet-naleven van de clausule en ten slotte het cassatiemiddel. Kern van het algemene betoog van De Bock: niet valt in te zien waarom:

'partijen (...) die bewust zijn overeengekomen dat als er tussen hen een geschil rijst, eerst getracht zal worden dit door middel van mediation op te lossen alvorens de gang naar de rechter (of naar een arbiter) wordt gemaakt, (...) elkaar daaraan niet zouden kunnen houden.'

De Bock maakt onderscheid tussen de medewerking aan de nakoming van de mediationclausule en medewerking aan het succesvol afronden van de mediation. De clausule verplicht tot het eerste, niet tot het daadwerkelijk vinden van de oplossing. Partijen zijn, aldus De Bock:

*'verplicht om onder leiding van een mediator het gesprek aan te gaan. Dit is een verplichting waaraan partijen juridisch gebonden zijn, en die dus afdwingbaar is.'*¹³

De Bock legt uit¹⁴ dat haar conclusie niet in strijd is met het bekende arrest van de Hoge Raad van 20 januari 2006¹⁵ waaruit veelal het tegendeel werd afgeleid.

Het middel klaagde er onder meer over dat 's hofs uitleg van de clausule onbegrijpelijk is. Uit de bewoordingen van de clausule volgt ondubbelzinnig – aldus CSW – dat een geschil dat uit de overeenkomst voortvloeit pas aan arbitrage kan worden onderworpen nadat is gebleken dat het niet via mediation kan worden opgelost. PPSB had de clausule ook niet anders mogen begrijpen. Volgens het middel verplichtte de clausule om in elk geval een vrijblijvend gesprek te voeren met een mediator om geïnformeerd te worden over de mogelijkheden van mediation. De Bock is het daarmee eens. Zij formuleert het aldus:

“Zonder nadere motivering, die ontbreekt, valt niet in te zien waarom het samenstel van beide zinnen een uitleg toelaat waarin ook een arbiter kan worden benoemd wanneer op voorhand te verwachten is dat het geschil niet kan worden “opgelost” door een mediator, zoals bij onvoldoende bereidwilligheid van één van partijen. Dat geldt temeer nu de eerste volzin, zoals het hof overweegt, een resultaatsverplichting beschrijft, namelijk dat partijen eventuele geschillen via mediation zullen oplossen.”¹⁶

Wij kunnen ons in de uitleg door de advocaat-generaal goed vinden (zie hiervoor). De Bock neemt voorts tot uitgangspunt:

‘dat partijen een juridisch bindende afspraak tot het beproeven van mediation kunnen maken alvorens een rechterlijke of arbitrale procedure aanhangig wordt gemaakt (...). Of partijen daadwerkelijk zo'n afspraak hebben gemaakt, is een kwestie van uitleg van de overeenkomst, aan de hand van het Haviltex-criterium (...). Maar als vaststaat dat partijen een dergelijke, dwingende afspraak hebben gemaakt, is die ook afdwingbaar (...).’¹⁷

In zo'n geval kan de mediationclausule 'dan worden beschouwd als een opschortende voorwaarde voor het voeren van een arbitrale procedure'.¹⁸ Daarom slaagt volgens De Bock ook de klacht dat het hof ten onrechte concludeerde dat het scheidsgerecht bevoegd was.¹⁹

De Bock concludeert op die gronden tot vernietiging en verwijzing. Dat betekent dat in haar visie in het kader van de vernietigingsprocedure na de verwijzing nóg eens onderzocht moet worden of en derhalve ook denkbaar is dat – pak hem beet: vijf, zes jaar na de start van de procedure – alsnog mediation moet plaats vinden. Slaagt die mediation niet, dan mag – zo moeten we toch begrijpen – vervolgens de arbitrage nog eens over worden gedaan.

De Hoge Raad

De Hoge Raad volgt De Bock op het principiële punt: de mediationclausule kan afdwingbaar zijn en of dat inderdaad zo is, is een kwestie van uitleg van de clausule. De Hoge Raad vond 's hofs uitleg van de clausule anders dan De Bock – en uw schrijvers – niet onbegrijpelijk en daarover struikelde de cassatie. De Hoge Raad overweegt daarbij dat het hof belang heeft gehecht aan 'het in het alge-

De beoordeling bestaat uit twee stappen: uitleg van de clausule en – bij geconstateerde verplichting – beoordeling van de opportuniteit

meen vrijwillige karakter van mediation en (aan) het feit dat het arbitraal beding niet door partijen gezamenlijk, maar door CSW is opgesteld'.²⁰ Het lijkt erop dat er wel wat voor nodig is om de uitlegtoets te doorstaan. Daarbij zij opgemerkt dat de kans groot is dat de Hoge Raad de tegenovergestelde uitleg van de clausule – wel verplichtend – ook niet onbegrijpelijk zou hebben gevonden. De Hoge Raad overweegt namelijk: 'een door de rechter gegeven uitleg van een overeenkomst is niet onbegrijpelijk op de enkele grond dat een andere uitleg evenzeer mogelijk is'.²¹

Legt de rechter de clausule inderdaad verplichtend uit, dan kan hij – aldus de Hoge Raad – desverzocht de zaak aanhouden om partijen de gelegenheid te geven alsnog mediation te beproeven. De rechter kan ook beslissen dat wordt doorgeprocedeerd. De beoordeling bestaat derhalve uit twee stappen: uitleg van de clausule en – bij geconstateerde verplichting – beoordeling van de opportuniteit. We gaan daar hierna nader op in.

Dit leidt tevens tot de conclusie dat de cassatie ook had kunnen stranden, indien de Hoge Raad 's hofs uitleg wel onbegrijpelijk had gevonden. Het scheidsgerecht had immers het verzoek tot aanhouding wegens de mediationclausule afgewezen omdat het scheidsgerecht mede gelet op de opstelling van partijen tijdens de mondelinge behandeling oordeelde dat mediation toen niet tot de mogelijkheden behoorde en dat aanhouding alleen tot onredelijke vertraging zou leiden.²² Het scheidsgerecht had impliciet dus al de weg gevolgd die de Hoge Raad nu in zijn arrest wees: aanhouden en naar mediation sturen kan, maar hoeft niet.

De uitspraak van de Hoge Raad is kort en – deels – krachtig. De verplichtende mediationclausule bestaat. Maar de uitspraak is ook vaag, want biedt beperkte aanknopingspunten voor de toepassing. Die vaagheid biedt aan de rechter wel ruimte voor een genuanceerde toepassing. Wij doen een poging daarbij enige richting te geven.

Tussen vrijwilligheid en afdwingbaarheid

Een mediationclausule kan derhalve verplichtend zijn (de eerste stap: de uitleg), en als dat het geval is, dan kan de rechter besluiten om de zaak aan te houden totdat mediation geprobeerd is (de tweede stap: wel of niet verwijzing). De rechter 'dwingt' de mediation 'af' door de zaak aan te

13. Conclusie 11.29.

14. Conclusie 11.8 ev.

15. HR 20 januari 2006,

ECLI:NL:HR:2006:AU3724, NJ 2006/75.

16. Conclusie 18.11.

17. Conclusie 18.18.

18. Conclusie 18.20.

19. Conclusie 18.31 en 32.

20. R.o. 3.3.

21. R.o. 3.3.

22. Arrest hof 4.5.

houden. De eiser wil geen mediation en hij wordt toch – met zijn wederpartij – naar de mediationtafel gestuurd. De rechter mag ook anders beslissen, bijvoorbeeld – we zagen dat al – omdat de zaak te spoedeisend is of omdat een poging tot mediation zinloos is. De rechter verwijst niet indien mediation in de gegeven omstandigheden niet opportuun is of in redelijkheid niet van partijen gevergd kan worden. Wat betekent dat?

De voorzieningenrechter had bij de beoordeling van het verzoek tot benoeming van een arbiter in 2019 het beroep op de mediationclausule afgewezen, omdat 'PPSB verklaart (nu) geen vertrouwen te hebben in mediation en mediation ook in de arbitrageprocedure aan de orde kan komen'.²³ De voorzieningenrechter baseerde haar oordeel aldus op de bereidheid van partijen.

Voor mediation is inderdaad enige bereidheid nodig. Die mag schoorvoetend en minimaal zijn. Veel arbeidsmediations vinden plaats op advies van de bedrijfsarts, terwijl het niet opvolgen van dat advies consequenties kan hebben. Maar ook in zakelijke en commerciële verhoudingen ervaren partijen vaak een plicht om (eerst) mediation te proberen. Zo zijn partijen – ook zonder afgesproken mediationclausule – tijdens een zitting veelal wel bereid om de suggestie van de rechter te volgen om mediation te proberen.²⁴ Vaak niet omdat ze plots overtuigd zijn van het nut van een gesprek, maar omdat ze de 'dwingende' ogen van de rechter volgen. Wij als mediators vinden dat voldoende om een gesprek tot stand te brengen.²⁵

Een voorbeeld uit onze eigen praktijk. In een zaak waarin partijen – net als in de onderhavige zaak – een arbitraal beding met een mediationclausule waren overeengekomen, zei een van partijen bij de intake:

'Ik zit hier omdat ik me daartoe contractueel verplicht heb, ik verzoek u nu vast om de mediation na één korte gezamenlijke bijeenkomst zo snel mogelijk te beëindigen.'

De mediation is gestart en partijen hebben vervolgens drie substantiële gezamenlijke gesprekken gevoerd. De weerstand tegen mediation was groot, maar er was bereidheid om de gemaakte afspraak na te komen. En dat eerste gezamenlijke gesprek smaakte naar meer. 'Ik praat graag nog even door', was het antwoord toen de mediator na de eerste gezamenlijke bijeenkomst toetste of de mediation nu inderdaad beëindigd kon worden. We zijn het eens met De Bock waar ze schrijft dat de vrijwilligheid van mediation relatief is, dat toereikende bereidheid of willigheid voldoet,²⁶ en 'alleen door het daadwerkelijk bijwonen van de eerste mediationzitting (...) partijen zich een voorstelling (kunnen) maken van de mogelijkheden van mediation'.²⁷ De eerste zet kan het

vlieg wiel doen draaien, en het is niet erg dat een duwtje in de goede richting nodig is.

De voorzieningenrechter had de lijn gevolgd die gangbaar was geworden na het arrest van de Hoge Raad van 20 januari 2006.²⁸ Daarin overwoog de Hoge Raad: 'gelet op de aard van het middel van mediation staat het beide partijen te allen tijde vrij hun medewerking daaraan alsnog te onthouden, dan wel die om hen moverende redenen te beëindigen.' Deze overweging betrof een mediationafpraak tussen twee particulieren in een al lopend conflict.²⁹ Deze benadering is vervolgens ook toegepast op mediationclausules in zakelijke overeenkomsten tussen professionele partijen.³⁰ Het principe van de vrijwilligheid van mediation was leidend.

De Bock breekt een lans voor de kans die mediation kan bieden, ook voor partijen die daar sceptisch tegenover staan. Bij haar komt de notie van opportuniteit of bereidheid als gezichtspunt bij de toepassing echter niet of nauwelijks aan de orde. Ze maakt slechts een uitzondering voor het geval dat het beroep op de clausule naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is, een escape die ze met name nuttig acht bij niet-professionele partijen.³¹ Zij concludeert tot vernietiging en verwijzing. De consequentie daarvan had kunnen zijn – wij noemden dat al – dat PPSB en CSW alsnog onder leiding van een mediator met elkaar in gesprek hadden gemoeten. PPSB met de grootst denkbare weerstand en met een vijf jaar oud vonnis van een arbiter als steun in de rug. Zeker, dat vonnis was vernietigd, maar niet omdat het inhoudelijk fout was, maar omdat het te vroeg kwam. Verplichte mediation lijkt ons hier een erg steile klim, hoe optimistisch we ook zijn over (vrij)willigheid en bereidheid. Dat vonnis is of was er en laat zich niet 'ontweten'. Wij menen net als De Bock dat de mediationclausule royaal zou moeten worden gehonoreerd en niet zomaar op basis van onwilligheid terzijde zou moeten worden geschoven. Maar het andere uiterste – waar bij opportuniteit, en daarmee bereidheid bij de toepassing geen enkele of nauwelijks een rol spelen – gaat in onze ogen te ver.

Mediation is een beweeglijke zoektocht binnen een onstuijmige dynamiek.³² Het is geen statisch en lineair proces dat de gestolde werkelijkheid beoordeelt, maar een vitale zoektocht naar mogelijkheden om de bestaande impasse te doorbreken, met zo min mogelijk nevenschade. Mediation kan niet zonder de vitale inbreng van de direct betrokkenen en/of van de mensen die er belang bij hebben dat het conflict snel en zorgvuldig uit de weg wordt geruimd en 'uit de boeken' kan worden gehaald. Dat betekent dat er oog moet blijven voor de vraag of er bereidheid is, ook als de mediation op grond van een mediationclausule verplicht is.

De mediationclausule

Hoe belangrijk is de formulering van de mediationclausule, en hoe gedetailleerd moet die zijn? Latere discussies erover werpen hun schaduw vooruit naar de totstandkoming van de relatie. Hieronder een korte schets van enkele bij toepassing van de clausule te verwachten perikelen, en wat dat kan meebrengen voor de formulering van een werkbaar clausule. Het begint met de vraag wie de mediator wordt. De voorkeurs-mediator van de een is in de ogen

De Bock breekt een lans voor de kans die mediation kan bieden, ook voor partijen die daar sceptisch tegenover staan

van de ander soms niet geschikt.³³ Het zou kunnen helpen om daarover in de clause al iets op te nemen.

Ook kan discussie ontstaan over de vraag of de mediation wel behoorlijk is geprobeerd,³⁴ zoals zich voerde bij Rb. Noord-Holland 9 juni 2021.³⁵ Voorafgaand aan de procedure hadden partijen afzonderlijke gesprekken met de mediator gevoerd. Vervolgens had de (latere) eiser toch elke verdere medewerking aan de mediation geweigerd en kwam het niet tot een gezamenlijk gesprek. De rechter lijkt van oordeel dat een poging tot mediation is gedaan, maar doet de zaak af met een oordeel over de bereidheid, en laat vervolgens in het midden of de toepasselijke clause verplichtte tot een meer substantiële poging:

'Uit hetgeen [eiser] heeft aangevoerd, volgt dat partijen een poging tot mediation hebben gedaan en deze op niets is uitgelopen. Verder is het conflict inmiddels zodanig verhard dat in elk geval [eiser] niet meer bereid is om, al dan niet via mediation, tot een gezamenlijke oplossing te komen. Onder deze omstandigheden heeft mediation, zo [eiser] daartoe gelet op de eerdere mislukte poging al gehouden zou zijn, geen zin.'

Een goed geformuleerde mediationclause, waarbij bovengeschetste perikelen worden geadresseerd, zou er zo uit kunnen zien:³⁶

*'Partijen verplichten zich jegens elkaar om eventuele tussen hen naar aanleiding van deze overeenkomst en/of bij de uitvoering ervan rijzende geschillen te proberen op te lossen door middel van mediation, alvorens zij een dergelijk geschil aan de rechter voorleggen. Daartoe zullen zij meewerken aan het sluiten van een mediationovereenkomst alsmede aan het bijwonen van ten minste één gezamenlijke bijeenkomst onder leiding van een mediator. Bij onenigheid daarover zullen zij het model van de Mediatorsfederatie Nederland (MfN) gebruiken en zullen partijen aan MfN verzoeken³⁷ een mediator te suggereren.'*³⁸

23. Zie arrest Hoge Raad onder 2.1, uitgangspunten en feiten.

24. Vaak wordt deze suggestie gedaan ter zitting, maar meteen na aanbrengen dagvaarding komt ook voor. Bij de Rechtbank Rotterdam loopt sinds januari 2024 een pilot bij de sectie civiel waarbij het mediationbureau dagvaardingen screent op de mogelijkheid terstond mediation te suggereren.

25. Zie ook het gesprek met Rogier Hartendorp en Margot van Cleef-Metsaars: 'Benut het schikkingspotentieel van de rechter en bevorder mediation met zachte drang; 'willigheid' is meer dan voldoende', *TC 2024/37* (afl. 2).

26. Conclusie 6.9.

27. Conclusie 11.13

28. HR 20 januari 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU3724.

29. Er was dus geen clause zoals wij hier

bespreken.

30. Zie I.M.G. Bakker, 'Uitleg mediationclause: kan (een poging tot) mediation worden afdwongen', *Bb 2024/46*.

31. Conclusie 17.18 en 17.19.

32. P. Ingelse & P.A.T.N. van Thiel-Wortmann, *Cahier Zakelijke Mediation*, Ars Aequi Libri, par. 4.1.

33. Een voorbeeld van *reactive devaluation bias*: de menselijke neiging om voorstellen van de ander – met wie de relatie slecht is – bij voorbaat af te wijzen.

34. In zijn noot onder het arrest beveelt Van Mourik aan 'de verplichtingen te expliciteren, bijvoorbeeld door te bepalen dat partijen zich er over en weer toe verplichten om bij ten minste één mediationbijeenkomst aanwezig te zijn'. J. Van Mourik onder *JOR 2024 247*.

35. Rb. Noord-Holland 9 juni 2021,

Denkbaar is ook om in de considerans van de overeenkomst of in de clause zelf te beschrijven waarom partijen het belangrijk vinden om een mediationclause op te nemen.³⁹

Het kan nuttig zijn om de clause – in een streven onnodige blokkades en vertragingen te voorkomen – gedetailleerd uit te werken. Anderzijds zullen partijen die echt niet willen, alles aangrijpen om welk proces dan ook te

Anderzijds zullen partijen die echt niet willen alles aangrijpen om welk proces dan ook te dwarsbomen, hoe goed geformuleerd de clause ook is

dwarsbomen, hoe goed geformuleerd de clause ook is. Verder dichttimmeren van de clause helpt daartegen niet. Bovendien is het weinig aantrekkelijk om bij het aangaan van de relatie alle verschijningsvormen van een mogelijk conflict onder de loep te nemen en te ondervangen.

Als slot van deze paragraaf nog een opmerking. In de door de Hoge Raad berechte zaak ging het om twee professionele partijen. Maar daarmee is niet gezegd dat dit arrest niet toepasbaar is in niet-zakelijke verhoudingen tussen niet-professionele partijen. Misschien zal de clause daar minder vaak voorkomen, maar als die er is, zal de rechter ook daar de beide stappen moeten nemen: de clause uitleggen en zin en opportuniteit afwegen.

Wat betekent dit voor de praktijk?

Wij waren tot het wijzen van het arrest van de Hoge Raad geen voorstander van de mogelijkheid nakoming van een mediationclause af te dwingen, de een nog wat minder dan de ander.⁴⁰ Met de beslissing van de Hoge Raad kunnen wij vrede hebben. Deze biedt de mogelijkheid tot genuan-

ECLI:NL:RBNHO:2021:12951, datum publicatie 19 februari 2024.

36. Er zijn uiteraard vele varianten denkbaar. Zie bijvoorbeeld E. Schutte & J. Spierdijk, *Juridische aspecten van mediation*, Sdu, 2021; *Modellen voor de rechtspraktijk*, mediation model IV.4A.3, Kluwer, de MfN-mediationclause op mf-register.nl/mediators/regelgeving-en-documenten/, en het interview met rechters/raadsheren De Bie, Koster & Schild: 'Een mediationclause is niet per definitie tandeloos', *TC 2022/76*, afl. 4, p. 22 e.v. Ook het NAI Mediationreglement kent een modelclause. Daaruit valt alleen een verplichting te destilleren om 'een aanvraag tot mediation in (te) dienen' bij het NAI-secretariaat'. Het is de vraag of het Hof Den Haag dat voldoende verplichtend zal vinden.

37. Art. 2.5 van het MfN-reglement: komen

de partijen niet tot een gezamenlijke keuze, dan kunnen zij het secretariaat (gezamenlijk) verzoeken een schriftelijk voorstel te doen voor een door de partijen te benoemen mediator.

38. Of enige andere autoriteit die de vertaling voortkomend uit de *reactive devaluation bias* op dat moment zou kunnen neutraliseren.

39. E. Schutte & J. Spierdijk, 'Hoe hard is een mediationclause volgens de Hoge Raad?', *TC 2024/67*, afl. 3. Als voorbeelden van redenen noemen ze de wens om zorgvuldig tot een oplossing te komen, en/of de mogelijkheid om binnen de vertrouwelijkheid van mediation te spreken.

40. P. Ingelse & P.A.T.N. van Thiel-Wortmann, *Cahier Zakelijke Mediation*, Ars Aequi Libri, par. 3.2 en 8.2.2.

ceerde toepassing waarbij tot op zekere hoogte ook rekening wordt gehouden met de opportuniteit van en bereidheid op het gegeven moment. Hoe gaat die toepassing eruitzien? Wij proberen op die vraag antwoord te geven.

De rechter krijgt op verschillende manieren met de mediationclausule te maken.

- De eerste stap: uitleg van de clausule, is deze wel of niet verplichtend?
- De tweede stap: zo ja, houdt hij de zaak aan en stuurt hij partijen naar mediation?

En naast deze twee stappen:

- Welke procedure past de rechter toe voor de beantwoording van deze vragen?
- Verbindt de rechter (daarnaast) consequenties aan niet (behoorlijke) nakoming van de verplichting?

De eerste stap: uitleg clausule

De eerste stap in de beoordeling is de uitleg van de clausule. Daarover kunnen we kort zijn. Wij bepleiten dat de rechter enigszins royaal is met aanvaarding van de verplichting. Een clausule waarin een frase voorkomt als ‘in geval van conflict zullen partijen eerst mediation proberen’, zou in het algemeen voldoende moeten zijn.

De tweede stap: aanhouding en verwijzing naar mediation

De tweede stap: wat doet de rechter, indien hij de verplichting tot mediation inderdaad aanneemt? Hij moet – aldus de Hoge Raad – desverzocht beslissen of hij partijen en naar de mediator verwijst en de zaak daartoe aanhoudt.⁴¹ De Hoge Raad heeft deze taak enigszins ingekleurd: verwijzing naar de afgesproken mediation kan achterwege blijven als de zaak te spoedeisend of een poging tot mediation zinloos is. Het zijn voorbeelden, ook andere redenen zijn denkbaar.

Is de verplichting in de eerste stap eenmaal vastgesteld, dan staat verwijzing voorop, voortprocederen zonder mediation vormt de uitzondering. Ook hier dient de rechter naar onze opvatting royaal te zijn. Dus: verwijzen, tenzij.

Wanneer doet dat ‘tenzij’ zich voor, wanneer is mediation bijvoorbeeld ‘zinloos’? Dat moet de rechter niet te makkelijk aannemen. Is een partij niet tot mediation bereid, dan moet die partij daar in beginsel overheen stappen, hij heeft zich nu eenmaal tot mediation verplicht. En de kans op succes blijkt doorgaans ook niet vóór de eerste gezamenlijke mediationbijeenkomst. De ervaring leert dat de verwachtingen, ook van ervaren mediators, geregeld niet uitkomen. Dat geldt zowel voor optimistische als voor pessimistische verwachtingen.⁴² De rechter die over verwijzing en aanhouding moet beslissen heeft geen voorsprong op de mediator en zal geen betere informatie voor een juiste voorspelling hebben.

Een en ander neemt niet weg dat de vrijheid van de rechter om af te zien van verwijzing onzes inziens ruimer is dan de kennelijk op artikel 6:248 lid 2 BW berustende escape van De Bock. De Hoge Raad heeft de formule ‘naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar’ ook niet overgenomen en aangenomen mag worden dat de bevoegdheid van de rechter niet tot die formule is beperkt. Wat ons betreft is hij royaal met verwijzing maar heeft hij de discretionaire bevoegdheid daarvan af te zien

om redenen van opportuniteit of omdat hij oordeelt dat de gang naar de mediator in de gegeven omstandigheden in redelijkheid niet van (een van) partijen gevergd kan worden. Bij dit laatste kan worden gedacht aan voorbeelden als ‘we hebben twee jaar geprobeerd in gesprek te

De ervaring leert dat de verwachtingen, ook van ervaren mediators, geregeld niet uitkomen

komen, daarop is nooit gereageerd. Nu willen zij plots mediation. Dat is voor ons een gepasseerd station’. Of: ‘Ze hebben bezittingen vernield, bestanden gestolen, bedreigingen geuit. Met deze partij gaan wij niet meer in gesprek.’

Kan het ‘tenzij’ zich ook voordoen, op de grond dat de procedure zich al in een gevorderd stadium bevindt? Wij denken van wel. Wij pleiten ervoor dat de rechter de nakoming van de mediationclausule in beginsel alleen in het begin van de procedure afdwingt⁴³ en de verplichting van de clausule geen herkansing geeft later in de procedure, na een tussenvonnis, in hoger beroep of in welk later stadium dan ook. Dat spreekt voor zich, indien de gedaagde zich niet bij of kort na de start van de procedure op het beding heeft beroepen. Dan mag hij geacht worden zijn rechten op dit punt te hebben verwerkt. Maar het geldt onzes inziens ook, indien de rechter de vraag nogmaals, bijvoorbeeld in hoger beroep, krijgt voorgelegd. Heeft de rechter in het begin van de procedure eenmaal een oordeel gegeven, dan is de clausule als het ware uitgewerkt. Zo’n clausule strekt er niet toe om ook midden in een procedure mediation af te dwingen. Dat betekent niet dat mediation later in de procedure niet (opnieuw) aan de orde mag komen. Maar dan omdat de rechter het op dat latere tijdstip in de procedure opportuun acht mediation (nog eens) ter sprake te brengen⁴⁴ en niet omdat hij de clausule anders uitlegt dan zijn collega in eerste aanleg of omdat hij – anders dan die collega – geen ‘tenzij’ aanwezig acht. En voor partijen: niet omdat zij dan nog ‘moeten’ maar omdat zij dan (alsnog) ‘willen’.

Procedure

Het ligt dus voor de hand de uitleg van de in concreto aangevoerde clausule en de beoordeling wel of niet verwijzen en aanhouden (zeer) kort na de start van de procedure uit te voeren.⁴⁵ Niet alleen voorkomt dat tijdverlies, maar het past ook bij de aard van het verweer: eerst mediation, dan pas procederen. Ook niet pas bij conclusie van antwoord, want verder procederen was juist niet de bedoeling. Je mag dan ook van degene die het verweer wil voeren verwachten dat deze het verweer bij eerste gelegenheid opwerpt, bij voorkeur zelfs – met een beroep op de regiefunctie van de rechter – meteen na ontvangst van de procesinleiding.⁴⁶ De rechter zal onzes inziens de zaak

Het ligt voor de hand de uitleg van de in concreto aangevoerde clause en de beoordeling wel of niet verwijzen en aanhouden (zeer) kort na de start van de procedure uit te voeren

niet op het mediationverweer kunnen aanhouden zonder de eiser gehoord te hebben. Spreekt de eiser het verweer tegen, dan ligt het voor de hand dat een korte mondelinge behandeling volgt. De rechter zal toetsen of mediation op zijn plaats is en inderdaad van eiser geveerd kan worden.

Hoe lang moet de verwijzende rechter de zaak aanhouden? Maatwerk is hier gewenst, maar in het algemeen zal een periode van ten minste twee maanden al aan de korte kant zijn. Het vinden van een mediator, het sluiten van een mediationovereenkomst en het ondernemen van een serieuze poging tot mediation kost tijd. Naast misschien intakes met ieder van partijen door de mediator zal toch minimaal één gezamenlijke bijeenkomst nodig zijn. De rechter hoeft niet een periode te reserveren die voldoende is om de zaak geheel 'uit' te mediëren. De rechter verwijst de zaak op de rol voor een passende periode voor uitlating partijen. Indien de eerste zet het vliegwiel heeft doen draaien, zullen partijen de rechter verdere aanhouding kunnen verzoeken. Brengt de mediationpoging geen soelaas, dan krijgt de verwerende partij, na de aanhouding, zes weken voor antwoord.

Consequenties van niet (behoorlijke) nakoming

Als de rechter vaststelt dat de clause verplichtend is, dan betekent dat tevens dat de eiser die verplichting niet (behoorlijk) is nagekomen door de zaak zonder mediation aan de rechter voor te leggen. Kan of moet de rechter daaraan consequenties verbinden? Wij betwijfelen of de rechter diep in dergelijke kwesties moet duiken, en zien weinig ruimte voor consequenties, hooguit een bescheiden 'afstraffing' in de sfeer van de proceskosten.

Ook is het mogelijk dat een van partijen – het geldt zowel voor de eiser als voor de gedaagde – na de verwijzing niet (behoorlijk) meewerkt aan (de totstandkoming van) de mediation. Het zoeken van een mediator en het sluiten van een mediationovereenkomst kost niet alleen tijd. Het biedt alle gelegenheid om het conflict ook in deze fase voort te zetten. Als de mediation dan mislukt en de zaak bij de rechter terugkomt, krijgt deze vast de vraag voorgelegd of de ene of de andere partij niet behoorlijk aan de mediation heeft meegewerkt. Iedere voorgestelde mediator wees hij af, aan de mediationovereenkomst kwamen partijen niet eens toe. Ook hier geldt: het valt te betwijfelen of de rechter hier diep in moet duiken. Het ging om een poging het conflict

op te lossen, niet het uit te breiden. Bovendien valt discussie over de kwaliteit van de medewerking moeilijk te rijmen met de vertrouwelijkheid van de mediation.

Betekent dit nu dat de verplichtende clause uiteindelijk geen tanden heeft? Wij menen dat de weg die de Hoge Raad wijst het niet moet hebben van tanden, maar van datgene dat zich ongetwijfeld in verreweg de meeste gevallen zal voordoen: de rechter stelt vast dat de clause tot mediation verplichtte en dat deze toch echt een kans moet hebben, en partijen werken daaraan (alsnog) mee. Zij vinden een mediator en sluiten een overeenkomst volgens diens model. Misschien 'in godsnaam', maar ze dóen het en wellicht krijgt het vliegwiel voldoende momentum. Dit betekent ook dat wij er geen voorstander van zijn dat de rechter gedetailleerde voorschriften over de aanpak van de mediation – wel of niet intakes, duur van de bijeenkomst(en) en dergelijke – geeft. Houd het licht en simpel.

Wel is denkbaar dat de rechter partijen een beetje op weg helpt bij dit soort problemen. Zo zou de rechter het maken van afspraken direct tijdens de mondelinge behandeling kunnen faciliteren. Ook zou hij – op gezamenlijk verzoek van partijen – een mediator kunnen aanwijzen of suggereren.

Misschien denkt u ook aan een wettelijke voorziening vergelijkbaar met artikel 1027 lid 3 Rv: lukt het niet een arbiter te benoemen, dan kan de meest gerede partij de voorzieningenrechter om benoeming vragen. Wij zouden dat niet voor mediation willen bepleiten. Het past bij arbitrage dat je een onwillige partij desnoods voor de arbiter kunt 'slepen'. Voor mediation is dat te zwaar, het past niet bij het lichte karakter ervan.⁴⁷

Rechterlijk beleid en samenwerking?

Het management van de gerechten kijkt ons misschien argwanend aan. Brieven van de gedaagde, horen van de eiser, mondelinge behandeling, gaat dit niet weer nog meer druk op de rechtspraak leggen? Als dat de consequentie is van de uitspraak van de Hoge Raad, dan zij dat zo. Wij verwachten echter dat het met het aantal mediationverweren wel zal meevallen.

Hoewel het op zichzelf wenselijk zou zijn dat niet iedere rechter hier het wiel telkens opnieuw uitvindt, menen wij dat het nu te vroeg is ten aanzien van de

41. De rechter verklaart zich dus niet onbevoegd zoals bij een arbitraal beding (art. 1022 Rv) en hij verklaart de eiser niet niet-ontvankelijk zoals bij een bindend-adviesbeding (Asser *Procesrecht* 8/Sanders, Meijer & Ernste 2023/117).

42. Cahier Zakelijke mediation, par. 6.2.9.

43. Zie hierna onder 'procedure'.

44. Zie ook A.M.L. Broekhuijsen-Molenaar, 'Mediation, vrijwillig of afdwingbaar?', *NJB* 2019/1200, afl. 21, waarin ze zich uitspreekt tegen 'mediationdwang' maar wel de suggestie doet om in artikel 22a Rv een vriendelijke reminder aan de rechter op te nemen om te onderzoeken of het de

moeite waard is om 'te trachten het aanhangige geschil in der minne (bijvoorbeeld met de hulp van een mediator) op te lossen'.

45. Niet ambtshalve, maar als de andere partij zich op de clause beroept.

46. Of dit door middel van een brief met een beroep op de regiefunctie van de rech-

ter moet gebeuren, of door middel van het opwerpen van een incident, laten wij in het midden.

47. P. Ingelse & P.A.T.N. van Thiel-Wortmann, 'Mediation in de ondernemingsrechtpraktijk', *TOP* 2022/63, afl. 1, februari 2022.

Gun de rechter de tijd te bezien voor welk probleem standaardisering wenselijk is

besproken vragen beleid te ontwikkelen en bijvoorbeeld een professionele standaard vast te stellen. Gun de rechter de tijd te bezien voor welk probleem standaardisering wenselijk is. *They'll cross that bridge when they get there.*

Is het bij arbitrage of bindend advies anders?

Het hier besproken arrest van de Hoge Raad betrof de toepassing van de mediationclausule in arbitrage. De Hoge Raad gaf zijn regel met zoveel woorden voor beide, gewone rechtspraak en arbitrage. Er is dan ook geen reden om hier onderscheid te maken tussen arbitrage en gewone rechtspraak en dat hebben wij in het voorgaande ook niet gedaan. Derhalve zal ook een arbiter – als hem dat in het begin van de procedure gevraagd wordt – een mediationclausule dienen uit te leggen en te beoordelen of hij partijen naar mediation stuurt en de zaak aanhoudt⁴⁸ dan wel een ‘tenzij’ aanwezig acht. Ook in een bindend-adviesprocedure kan zich een beroep op een mediationclausule voordoen. Daarvoor geldt *mutatis mutandis* hetzelfde.

Ten slotte

Voor ons speelt een aantal ideeën over mediation een rol.⁴⁹ Die ideeën werken door in dit artikel. Wij stippen de belangrijkste aan:

- Mediation is een licht en krachtig middel.
- Mediation is een beweeglijke zoektocht binnen een onstuimige dynamiek, en niet een statisch en lineair proces dat de gestolde werkelijkheid beoordeelt.

- Mediation kan niet zonder de vitale inbreng van betrokkenen/belanghebbenden.
- De eerste ervaring met mediation kan het vliegwieltje doen draaien, ook bij mensen die sceptisch staan ten opzichte van mediation.
- Het antwoord op de vraag in hoeverre mediation zinvol is, manifesteert zich doorgaans pas in de loop van de mediation.
- Aan een dood paard moet je niet trekken.
- Een mediationclausule kan niet in de weg staan aan de toegang tot de rechter.
- De rechter buigt zich in beginsel niet over hetgeen zich aan de mediatieafel afspeelt.

Onze onderlinge discussies voerden tot de gulden middenweg die we in dit artikel bepleiten: de als verplichtend geformuleerde mediationclausule is in de regel afdwingbaar, mits zo vroeg mogelijk in het proces geadresseerd. Afdwingen betekent hier de zaak aanhouden opdat partijen alsnog mediation beproeven. En bij tegenspraak van het mediationverweer zal er niet alleen aandacht moeten zijn voor de uitleg van de clausule maar ook voor de vraag of mediation opportuun is en geveerd kan worden van de partij die niet wil. Na deze beoordeling is de clausule uitgewerkt. In ieder verder stadium van de procedure kan de rechter bezien of mediation – los van de clausule – opportuun is. Het pleidooi van De Bock voor de kans die mediation biedt en de oplossing van de Hoge Raad onderschrijven wij. Aanhouding ‘tenzij’, in plaats van de botte bijl van niet-ontvankelijkheid, ziedaar de balans tussen *pacta sunt servanda* en de vrijwilligheid van mediation. •

⁴⁸. De poging tot mediation vormt niet een opschortende voorwaarde, die – zo lang deze niet is vervuld – de grondslag van de arbitrage onderuithaalt.

⁴⁹. Deze ideeën vindt u terug in het *Cahier Zakelijke mediation*. Ook benoemen we ze soms letterlijk in het artikel, soms zijn ze aanwezig als impliciete aanname.