

# Een mediationclausule als preventiemiddel. Voorkomt het rechtszaken?

Een mediationclausule is een schriftelijke afspraak tot mediation die partijen maken voor het geval een geschil tussen hen zal ontstaan.<sup>1</sup> Zo'n afspraak wordt gemaakt als alles nog koek en ei is, en partijen de intentie hebben om hun eventuele conflicten in mediation op te lossen. Denk aan een samenwerkingsovereenkomst tussen partners in een startup, maatschapscontracten, distributie-overeenkomsten, maar ook contracten in arbeidsrelaties. Is zo'n afspraak effectief als middel om rechtszaken te voorkomen en conflicten bevredigend op te lossen? Wat als een van de partijen ondanks het feit dat een mediationclausule is overeengekomen toch een gerechtelijke procedure aanhangig maakt? Heeft het voor de andere partij dan zin hiertegen verweer te voeren?



**Eva Schutte**

is zakelijk mediator en medeoprichter van Reuling-Schutte. Ze publiceert regelmatig over mediation en is lid van het college van beroep van STM.



**Jacqueline Spierdijk**

was twintig jaar MfN-mediator en legt zich nu toe op het trainen van juristen en mediators in beroepsvaardigheden.

DOOR EVA SCHUTTE EN JACQUELINE SPIERDIJK

De rechter heeft verschillende mogelijkheden om een mediationclausule kracht te geven. De rechter zóú de partij die de procedure is gestart, niet-ontvankelijk in zijn vordering kunnen verklaren. In dit geval kan de zaak niet worden berecht. Als alternatief kan de rechter de eiser wél ontvankelijk, maar zichzelf onbevoegd verklaren. Hij zou de zaak ook kunnen aanhouden zodat de overeengekomen mediation alsnog kan plaatsvinden. Maar, zo volgt uit de jurisprudentie, in vrijwel alle gevallen schuift de rechter de mediationclausule terzijde en wordt de zaak gewoon behandeld. Dit is het gevolg van de lijn die de Hoge Raad op dit punt heeft uitgezet met zijn arrest van 20 januari 2006.<sup>2</sup> In die zaak kreeg de Hoge Raad voor de eerste keer de vraag te beantwoorden in hoeverre een mediationafspraken bindend is. De Hoge Raad overwoog: '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.'

Het was destijds nog de vraag of hieruit ook kon worden geconcludeerd dat een partij zich ondanks een mediationclausule tot de bevoegde rechter

mag wenden.<sup>3</sup> Zo overwoog de Hoge Raad in het arrest uit 2006 uitdrukkelijk dat het om geschillen ging tussen twee particulieren die in de loop van een geding mondeling hadden afgesproken om te proberen met mediation een minnelijke regeling te bereiken. Daarmee leek de Hoge Raad aan te geven dat de beoordeling van een tussen professionele partijen vooraf overeengekomen mediationclausule anders zou kunnen uitvallen.

Maar de lagere rechters passen de uitspraak van de Hoge Raad van 20 januari 2006 ook toe op een schriftelijke mediationclausule, en daarmee ook tussen professionele partijen in zakelijke conflicten. Zo gebruikte de rechtbank Gelderland in januari 2020 zelfs de letterlijke tekst van de Hoge Raad in een geschil over een samenwerkingsovereenkomst tussen twee drukkerijen: '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.'<sup>4</sup>

Ook recent is weer eens bepaald, dit keer door de rechtbank Overijssel, dat een mediationclausule niet met zich mee brengt dat de rechtbank onbevoegd is.<sup>5</sup> In die zaak was in een geldle-

ningsovereenkomst opgenomen: 'Geschillen die voortvloeien uit of verband houden met deze overeenkomst zullen in eerste instantie worden voorgelegd aan een mediator ingeschreven bij het Nederlands Mediation Instituut alvorens ze aan een rechter worden voorgelegd.'<sup>6</sup>

De gedaagde voerde, onder verwijzing naar dit artikel uit de geldleningsovereenkomst, aan dat deze rechtbank niet ontvankelijk was omdat het geschil niet eerst was voorgelegd aan een mediator. De rechtbank overwoog dat 'volgens vaste rechtspraak een mediationbeding niet met zich brengt dat de rechtbank onbevoegd is'. Bovendien wees de rechtbank er nog op dat de eiser expliciet had aangegeven geen mediation te willen. Daarmee lijkt de rechtbank te wijzen op het vrijwillige karakter van mediation.<sup>7</sup>

## In vrijwel alle gevallen schuift de rechter de mediationclausule terzijde en wordt de zaak gewoon behandeld

Toch heeft het wat ons betreft absoluut zin om een mediationclausule op te nemen. Een mediationclausule in een contract maakt alleen al dat partijen, als zich een conflict voordoet, eerder geneigd zullen zijn over mediation na te denken. Al was het maar omdat zij bij het aangaan van het contract het erover eens waren om in geval van een conflict in mediation te gaan. Een mediationclausule die niet is nagekomen kan toch betekenis hebben. Zo kan een mediationclausule aanleiding zijn om tijdens een zitting, bijvoorbeeld bij comparitie van antwoord, een mogelijke verwijzing naar mediation uitdrukkelijk aan de orde te stellen.<sup>8</sup> Bovendien kan de rechter partijen terugverwijzen naar mediation als sprake is van een naar zijn oordeel 'onaanvaardbare doorkruising van het mediationtraject', zoals de Rotterdamse voorzieningenrechter deed in zijn vonnis van 1 juli 2016.<sup>9</sup> De mediationclausule gaf de rechter het handvat om dit te doen. In dit verband is ook de uitspraak van de Hoge Raad van 6 oktober 2017 interessant.<sup>10</sup> Partijen in die zaak waren in vergevorderde onderhandelingen over een aanpassing van hun samenwerkingsovereenkomst geweest, en hadden alleen over de laatste punten geen overeenstemming kunnen bereiken. Toen vervolgens een van de partijen zich weer op de lopende samenwerkingsovereenkomst beriep, vond het hof (en ook de Hoge Raad) dit onaanvaardbaar en woog daarbij mee dat er geen mediator was ingeschakeld. In deze (zakelijke) conflicten liet de rechter dus de aanvankelijke intentie van partijen om in mediation een oplossing te zoeken wel degelijk meewegen. Dat gebeurde ook in een recente arbitragezaak in een bouwgeschil. Beide partijen hadden zich contractueel verbonden pas naar de Raad van Arbitrage in bouwgeschillen te stappen als een bemiddeling zou zijn gestart en afgerond. Ook in de bemiddelingsovereenkomst stond de gebruikelijke bepaling om tijdens de bemiddeling geen procedure te beginnen. Partijen wensten de bemiddeling voort te zetten, maar de een meende een spoedeisend belang te hebben en wendde zich tijdens de mediation tot de Raad van Arbitrage. Deze verklaarde die partij niet ontvankelijk in de vorderingen voor zover zij onderwerp waren van de bemiddeling.<sup>11</sup> Om de rechter zoveel mogelijk een handvat te geven om

partijen naar mediation te bewegen, is het, zo menen wij, verstandig om de mediationclausule zo helder, zorgvuldig en uitvoerig mogelijk te redigeren. Zo vinden wij het in ieder geval raadzaam de volgende toevoeging, op te nemen: 'Zolang de mediation niet is beëindigd, zal geen van de partijen het geschil aan een rechter voorleggen, tenzij uitsluitend voor het nemen van conservatoire of spoedeisende maatregelen.'

Verder kan het helpen op te nemen dat partijen pas vrij zijn de mediation te beëindigen na de eerste plenaire mediationbijeenkomst. Dit zorgt ervoor dat partijen in ieder geval aan tafel komen. Het is dan aan de mediator om de 'onwillige' partijen tijdens deze bijeenkomst toch hun mogelijke belang bij mediation te laten inzien.

Dus: naarmate partijen hun keuze voor mediation duidelijker en meer gespecificeerd vastleggen, vergroot dit de kans op een afdwingbare mediationclausule.<sup>12</sup> De rechter zal naar onze mening minder snel kunnen verwijzen naar het vrijwillige karakter van mediation, zoals de Hoge Raad deed in zijn uitspraak van 20 januari 2006, als uit de bewoording van de mediationclausule volgt dat partijen uitdrukkelijk, welbewust en schriftelijk hebben ingestemd met mediation.<sup>13</sup> ■

### NOTEN

1. Zie over de mediationclausule o.a. de bijdrage van J.M. Bosnak, 'De mediationclausule: hoe lang nog beperkt houdbaar?', in: C.J.M. Klaassen, G.J. Meijer & C.L. Schleijsen (red.), *Going Dutch: ADR in Nederland, in het bijzonder bij het NAI*, Onderneming & recht nr. 113, Deventer: Wolters Kluwer 2019, hoofdstuk 14, en E. Schutte en J. Spierdijk, *Juridische aspecten van mediation*, Den Haag: Sdu 2021.
2. HR 20 januari 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU3724.
3. Vgl. o.a. ook A. Broekhuijsen-Molenaar, 'Mediation: vrijwillig of afdwingbaar', *Nederlands Juristenblad* 2019/1200 en M. Brink, 'De-escalatiebedingen', *Ars Aequi* 2020, nr. 3.
4. Rb. Gelderland 5 februari 2020, ECLI:NL:RBGEL:2020:1080.
5. Rb. Overijssel 12 januari 2022, ECLI:NL:RBOVE:2022:81.
6. Het Nederlands Mediation Instituut (NMI) is de voorloper van de Mediatorsfederatie Nederland (MfN).
7. Zie ook P. Ingelse en N. van Thiel Wortmann, *Zakelijke mediation - wat, hoe en wanneer?* Cahier Ars Aequi Libri, par. 3.2, en Schutte en Spierdijk 2021, par. 5.8.
8. Zie o.a. Rb. Overijssel 25 juni 2014, ECLI:NL:RBOVE:2014:6437.
9. Rb. Rotterdam 1 juli 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:5198.
10. HR 6 oktober 2017, ECLI:NL:HR:2017:2566.
11. Raad van Arbitrage in bouwgeschillen, 22 juli 2022, nr. 37.437.
12. Zie voor een voorbeeld van een uitgebreide mediationclausule, *Modellen voor de rechtspraktijk*, Mediation model IV.4A.3, Kluwer.
13. Zie ook E.R. Gathier, *De mediationclausule. Afdwingbaarheid van de mediationclausule*, Den Haag: Sdu uitgevers 2009: 'Partijen hebben er bij het overeenkomen van de mediationclausule – het gaat dan weliswaar om een schriftelijke mediationafspraken – zelf mee ingestemd dat een eventueel conflict zou worden aangepakt met behulp van mediation. Deze initiële toestemming van partijen geeft aan dat nakoming van een mediationclausule niet in strijd is met de vrijwilligheid van partijen.'