

Jurisprudentie - IV. Overig privaatrecht

TBR 2025/35

Hoge Raad, 12 juli 2024, 22/04619, ECLI:NL:HR:2024:1078 (De mediationclause: ook in de bouwpraktijk het overwegen waard)

(Mr. M.J. Kroeze, mr. H.M. Wattendorff, mr. S.J. Schaafsma, mr. F.R. Salomons en mr. G.C. Makkink)

Arbitrage. Clausule. DNR 2011. Mediation. UAV 2012. UAV-GC 2025. Verplichting

Met gastnoot N. van Thiel-Wortmann, Red.¹

1 Procesverloop

Voor het verloop van het geding in feitelijke instantie verwijst de Hoge Raad naar het arrest in de zaak 200.284.472/01 van het gerechtshof Den Haag van 13 september 2022.

CSW heeft tegen het arrest van het hof beroep in cassatie ingesteld.

PPSB heeft een verweerschrift tot verwerping ingediend.

De zaak is voor partijen toegelicht door hun advocaten, en voor CSW mede door G.J. Meijer.

De conclusie van de Advocaat-Generaal R.H. de Bock strekt tot vernietiging van het arrest van het gerechtshof van 13 september 2022 en tot verwijzing.

De advocaat van PPSB heeft schriftelijk op die conclusie gereageerd.

2 Uitgangspunten en feiten

2.1. In cassatie kan van het volgende worden uitgegaan.

(i) CSW en PPSB houden zich onder meer bezig met arbodienstverlening en het verlenen van aanverwante diensten.

(ii) In 2017 heeft PPSB haar aandelen in Human Connexion B.V. verkocht aan CSW en aan CSW een geldlening verstrekt. De desbetreffende overeenkomst bevat onder meer het volgende beding (hierna: het arbitraal beding):

“(…) 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.”

(iii) PPSB heeft CSW in 2018 gesommeerd tot nakoming van haar verplichtingen uit hoofde van de geldlening. CSW heeft laten weten de nakoming van haar verplichtingen op te schorten in verband met een latente belastingclaim.

(iv) In 2019 heeft PPSB de voorzieningenrechter in de rechtbank Rotterdam verzocht een arbiter te benoemen. CSW heeft aangevoerd dat op grond van het arbitraal beding eerst mediation dient plaats te vinden.

(v) Bij beschikking van 8 april 2019 heeft de voorzieningenrechter in de rechtbank Rotterdam een arbiter benoemd. De voorzieningenrechter heeft daartoe onder meer overwogen:

“De omstandigheid dat PPSB volgens CSW niet meewerkt aan mediation, staat naar het oordeel van de voorzieningenrechter niet aan de benoeming van een arbiter in de weg. Redengevend daarvoor is dat PPSB verklaart (nu) geen vertrouwen te hebben in mediation en mediation ook in de arbitrageprocedure aan de orde kan komen. Partijen lijken in een impasse te zijn geraakt en daarom heeft PPSB belang bij de benoeming van een arbiter.”

(vi) In de arbitrageprocedure heeft PPSB onder meer gevorderd dat CSW wordt veroordeeld tot betaling aan PPSB van enkele geldbedragen, alsmede tot vergoeding van schade nader op te maken bij staat.

(vii) CSW heeft aangevoerd dat niet is voldaan aan de opschortende voorwaarde voor bevoegdheid van de arbiter omdat de mediation is overgeslagen. CSW heeft op grond daarvan primair gevorderd dat het scheidsrecht zich onbevoegd verklaart en subsidiair dat het scheidsrecht de procedure aanhoudt totdat partijen een serieuze poging tot mediation hebben gedaan.

(viii) Het scheidsrecht heeft bij vonnis van 11 november 2019 deze incidentele vorderingen van CSW afgewezen en daartoe onder meer als volgt overwogen:

“Onbevoegdheid omdat geen mediation heeft plaatsgevonden?”

33. Het Scheidsrecht is benoemd in de Beschikking. De Beschikking is in kracht van gewijsde gegaan; niet gebleken is dat tegen de Beschikking een rechtsmiddel is aangewend, al dan niet met een beroep op de zgn. doorbrekingsjurisprudentie.

34. De Voorzieningenrechter heeft – in de kern genomen – in de Beschikking al beslist op hetgeen CSW thans in de onderhavige procedure naar voren brengt. (...) Zo al zou kunnen worden aangenomen dat CSW in de onderhavige procedure meer of andere redenen voor onbevoegdheid van

¹ Nelleke van Thiel-Wortmann is zakelijk MfN-mediator bij Reuling-Schutte in Amsterdam.

het Scheidsgerecht heeft aangevoerd – het Scheidsgerecht leest dat niet in de stellingen van CSW –, dan meent (...) het Scheidsgerecht dat de Voorzieningenrechter terecht tot benoeming van de arbiter is overgegaan. In dat kader maakt het Scheidsgerecht het oordeel van de Voorzieningenrechter, zoals neergelegd in onder meer rechtsoverweging 4.5 tot de zijne.”

Het scheidsgerecht heeft het verzoek tot aanhouding totdat partijen een poging tot mediation hebben ondernomen, afgewezen omdat het scheidsgerecht mede gelet op de opstelling van partijen tijdens de mondelinge behandeling van oordeel was dat mediation op dat moment (nog) niet tot de mogelijkheden behoorde en dat aanhouding van de procedure louter tot onredelijke vertraging zou leiden.

(ix) Bij eindvonnis van 10 juli 2020 heeft het scheidsgerecht de vorderingen van PPSB in conventie deels toegewezen en de vorderingen van CSW in reconventie afgewezen.

2.2. In deze procedure vordert CSW op de voet van art. 1065 Rv vernietiging van de arbitrale vonnissen onder meer op de grond dat partijen zijn overeengekomen dat eerst mediation wordt beproefd alvorens een arbiter kan worden benoemd, aan welke opschortende voorwaarde niet is voldaan.

2.3. Het hof² heeft de vordering afgewezen en daartoe – voor zover in cassatie van belang – als volgt overwogen.

Tussen partijen is in geschil of het arbitraal beding een rechtens afdwingbare verplichting tot het (serieus) beproeven van een mediationstraject inhoudt en daarmee een (opschortende) voorwaarde is waaraan moet zijn voldaan voordat het geschil aan arbitrage kan worden onderworpen. (rov. 5.9)

Het vaststellen van de inhoud van een beding geschiedt door uitleg. Daarbij komt het aan op de zin die partijen in de gegeven omstandigheden redelijkerwijs aan het beding mochten toekennen. (rov. 5.10)

PPSB mocht het, door CSW opgestelde, arbitraal beding aldus begrijpen dat daarin geen bindende verplichting tot mediation besloten lag. Het arbitraal beding vermeldt in de eerste zin dat partijen de geschillen in eerste instantie via mediation ‘zullen oplossen’. In een tweede volzin staat dat in het geval zij deze ‘niet aldus kunnen oplossen’ een arbiter wordt benoemd. De eerste volzin beschrijft een resultaat (zullen oplossen) en geen inspanningsverplichting (zullen trachten op te lossen). Het samenstel van beide zinnen laat een uitleg toe waarin ook een arbiter kan worden benoemd wanneer op voorhand – zoals bij onvoldoende bereidwilligheid van een 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 mocht PPSB het arbitraal beding redelijkerwijs aldus opvatten dat deze geen rechtens bindende verplichting tot het beproeven van mediation bevat. Hierbij wordt het gezichtspunt betrokken dat het arbitraal beding niet door partijen gezamenlijk, maar door CSW is opgesteld. (rov. 5.11)

Het scheidsgerecht was daarom op grond van het arbitraal beding bevoegd. (rov. 5.13)

3 Beoordeling van het middel

3.1. Onderdeel 1 van het middel richt zich tegen rov. 5.7-5.13, waarin het hof oordeelt dat PPSB het arbitraal beding aldus mocht begrijpen dat daarin geen bindende verplichting tot mediation besloten lag.

Onderdeel 1.1 klaagt dat onbegrijpelijk, want innerlijk tegenstrijdig, is het oordeel van het hof in rov. 5.11 dat het samenstel van beide zinnen in het arbitraal beding een uitleg toelaat waarin ook een arbiter kan worden benoemd wanneer op voorhand – zoals bij onvoldoende bereidwilligheid van een van partijen – te verwachten is dat het geschil niet kan worden ‘opgelost’ door een mediator. Uit de bewoordingen van het arbitraal beding volgt ondubbelzinnig dat geschillen die uit de overeenkomst voortvloeien pas aan arbitrage kunnen worden onderworpen nadat is gebleken dat deze niet via mediation kunnen worden opgelost, zodat het andersluidende oordeel van het hof in dat licht – zonder nadere toelichting – onbegrijpelijk is, aldus het onderdeel.

Onderdeel 1.2 richt onder meer de volgende klachten tegen het oordeel van het hof in rov. 5.11 dat mede gelet op het in het algemeen vrijwillige karakter van mediation, PPSB het arbitraal beding aldus mocht opvatten dat deze geen rechtens bindende verplichting tot het beproeven van mediation bevat.

- Als het hof heeft bedoeld dat een verplichting om mediation te beproeven voordat een procedure wordt begonnen naar zijn aard niet rechtens bindend en afdwingbaar kan zijn, is dat oordeel onjuist. Het hof heeft in dat geval miskend dat een verplichting zoals opgenomen in het arbitraal beding onder omstandigheden wel rechtens bindend en afdwingbaar kan zijn, waaronder in een geval als het onderhavige waarin de verplichting tot mediation is opgenomen in een zakelijke overeenkomst die wordt aangegaan tussen professionele partijen.

- In cassatie staat veronderstellenderwijs vast dat CSW en PPSB professionele partijen zijn en dat de overeenkomst en het daaruit voortvloeiende geschil een zakelijk (commercieel) karakter hadden, zodat het hof heeft miskend dat het arbitraal beding onder deze omstandigheden wel een verplicht karakter heeft, althans wel een rechtens bindende verplichting tot het beproeven van mediation omvat.

- Het hof heeft miskend dat de verplichting om eerst mediation te beproeven onder deze omstandigheden ertoe verplichtte om in elk geval een vrij-

² Gerechtshof Den Haag 13 september 2022, ECLI:NL:GHDHA:2022:1851.

blijvend gesprek te voeren met een mediator om geïnformeerd te worden over de mogelijkheden van mediation. In cassatie staat veronderstellenderwijs vast dat CSW aan PPSB een vrijblijvend gesprek met een mediator heeft aangeboden om haar te informeren over de mogelijkheid van mediation en dat PPSB op dat aanbod niet is ingegaan.

3.2.1. Mediation kan worden omschreven als een vorm van bemiddeling ter oplossing van een geschil, waarbij een neutrale bemiddelingsdeskundige, de mediator, onderhandelingen tussen partijen begeleidt die zijn gericht op een gezamenlijk gedragen uitkomst met inachtneming van de belangen van partijen. Partijen kunnen overeenkomen dat zij zullen proberen een bestaand of toekomstig geschil in verband met een tussen hen bestaande rechtsbetrekking op te lossen met behulp van mediation, alvorens een procedure aanhangig te maken of een lopende procedure voort te zetten.

3.2.2. In deze zaak gaat het om 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 (hierna: een mediationclausule).

De inhoud van een mediationclausule moet door uitleg daarvan worden vastgesteld. Daarbij komt het aan op de zin die partijen in de gegeven omstandigheden over en weer redelijkerwijs aan de mediationclausule mochten toekennen en op hetgeen zij te dien aanzien redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten (de Haviltex-maatstaf). Een mediationclausule kan een niet-verplichtend karakter hebben. Ook is mogelijk dat een mediationclausule partijen verplicht mediation te beproeven voordat zij in rechte (of in arbitrage) een procedure aanhangig maken. Het karakter van mediation³ staat aan een zodanige uitleg niet in de weg. De omstandigheden dat een mediationclausule tussen professionele partijen is overeengekomen en dat de overeenkomst en het daaruit voortvloeiende geschil een zakelijk karakter hebben, kunnen bij de uitleg een rol spelen, maar brengen niet zonder meer mee dat de mediationclausule zo moet worden uitgelegd dat zij partijen verplicht mediation te beproeven voordat zij in rechte (of in arbitrage) een procedure aanhangig maken.

Indien een mediationclausule ertoe verplicht om mediation te beproeven, is de reikwijdte van die plicht en daarmee de vraag wanneer een partij die dat wenst haar medewerking aan het mediationtraject mag beëindigen, eveneens een kwestie van uitleg van de mediationclausule.

Een mediationclausule mag niet worden toegepast als toepassing tot gevolg zou hebben dat het recht van partijen op toegang tot de rechter, dat

mede wordt gewaarborgd door art. 6 EVRM, op onaanvaardbare wijze wordt aangetast.⁴

3.2.3. Als een mediationclausule inhoudt dat partijen verplicht zijn mediation te beproeven voordat zij in rechte (of in arbitrage) een procedure aanhangig maken en een partij een procedure aanhangig maakt zonder die verplichting te zijn nagekomen, kan 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.

3.3. Het hof heeft, met inachtneming van de Haviltex-maatstaf, de inhoud van het arbitraal beding vastgesteld.

Voor zijn oordeel dat in het arbitraal beding geen bindende verplichting tot mediation besloten ligt, heeft het hof niet alleen de tekst van het arbitraal beding, waaronder de mediationclausule, betrokken, maar ook van belang geacht het in het algemeen vrijwillige karakter van mediation en het feit dat het arbitraal beding niet door partijen gezamenlijk, maar door CSW is opgesteld. In het oordeel van het hof ligt niet besloten dat mediation niet verplichtend kan worden overeengekomen.

Evenmin blijkt dat het hof ervan is uitgegaan dat CSW en PPSB geen professionele partijen zijn of dat het de hoedanigheid van partijen en de aard van hun geschil niet in zijn beoordeling heeft betrokken. Het oordeel van het hof geeft geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting en is niet onbegrijpelijk. Een door de rechter gegeven uitleg van een overeenkomst is niet onbegrijpelijk op de enkele grond dat een andere uitleg evenzeer mogelijk is. De hiervoor in 3.1 weergegeven klachten stuiten hierop af.

3.4. De overige klachten van het middel kunnen evenmin tot cassatie leiden. De Hoge Raad hoeft niet te motiveren waarom hij tot dit oordeel is gekomen. Bij de beoordeling van deze klachten is het namelijk niet nodig om antwoord te geven op vragen die van belang zijn voor de eenheid of de ontwikkeling van het recht (zie art. 81 lid 1 RO).

4 Beslissing

De Hoge Raad:

- verwerpt het beroep; (Enz., enz., Red.)

NOOT

⁴ Vgl. HvJEU 18 maart 2010, zaak C-317/08, ECLI:EU:C:2010:146 (Alassini) en HvJEU 14 juni 2017, zaak C-75/16, ECLI:EU:C:2017:45

³ Vgl. HR 20 januari 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU3724, rov. 3.4.

1. De nakoming van een mediationclause kan worden

afgedwongen; het principe van de vrijwilligheid van mediation staat daaraan niet in de weg. Wordt een beroep gedaan op een mediationclause, dan kan de rechter de zaak aanhouden om mediation alsnog een kans te geven. Dat is kort gezegd de strekking van het arrest van de Hoge Raad over de mediationclause.¹ In deze noot bespreek ik wat dat betekent voor de praktijk in het algemeen.² Vervolgens sta ik stil bij de mogelijke betekenis voor de bouwpraktijk.

Samenvatting zaak en arrest

2. In 2017 spraken PPSB en CSW met elkaar af dat uit de

overeenkomst voortvloeiende geschillen in eerste instantie via mediation zouden worden opgelost, en in tweede instantie door arbitrage. PPSB sloeg mediation over en vroeg de voorzieningenrechter een arbiter te benoemen. De voorzieningenrechter benoemde de arbiter en verwierp daarbij het verweer van CSW dat eerst mediation moest worden geprobeerd. Ook de arbiter verwierp het eerst-mediation-verweer van CSW, en wees de vordering van PPSB deels toe. Vervolgens vorderde CSW bij Hof Den Haag vernietiging van het arbitraal vonnis. Het hof wees de vordering af omdat 'in de mediationclause geen bindende verplichting tot mediation besloten lag.' Niet omdat een mediationclause in het algemeen niet afdwingbaar zou kunnen zijn, maar omdat deze mediationclause – die wat onhandig was geformuleerd – niet afdwingbaar werd geacht. De onderhavige clause was volgens het hof als resultaatsverbintenis geformuleerd ('zullen door partijen in eerste instantie via mediation worden opgelost') terwijl mediation een inspanningsverplichting is.³ CSW ging in cassatie. Advocaat-generaal De Bock concludeerde tot vernietiging en verwijzing: in de betrokken clause lag wel degelijk een bindende verplichting tot mediation besloten, en de vrijwilligheid van mediation doet niet af aan de verplichting de gemaakte afspraak na te komen. De Hoge Raad ging mee in het principe dat een mediationclause afdwingbaar kan zijn en dat de vrijwilligheid van mediation daarbij geen bezwaar vormt. Is de clause verplichtend, dan kan de rechter de zaak aanhouden en verwijzen naar mediation. Maar de Hoge Raad vond de uitleg van de clause door het hof – dat een mediationclause kan verplichtend zijn, maar deze clause was dat niet. Daarmee strandde het cassatieberoep van CSW.

Betekenis voor de praktijk in het algemeen

3. Het arrest betekent een koerswijziging ten aanzien van de

praktijk die na het arrest van de Hoge Raad van 20 januari 2006 was ontstaan, waarin het ging om een mediationafspraken tussen twee particulieren in een lopende procedure.⁴ Toen 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 om hen moverende redenen te beëindigen.' Het leidende principe van de vrijwilligheid is vervolgens

ook toegepast op mediationclausules in zakelijke overeenkomsten, zo ook door de voorzieningenrechter die – ondanks CSW's verweer – overging tot benoeming van een arbiter. Het huidige arrest van de Hoge Raad verankert het principe van *pacta sunt servanda*; is mediation afgesproken dan heeft de onwillige partij zich in principe over zijn tegenzin heen te zetten. Dat men zich over een zekere tegenzin heen moet zetten bij het aangaan van mediation is overigens niets nieuws. Ook zonder mediationclause is dat regelmatig het geval. Daarbij kan gedacht worden aan gevallen waarin de arbo-arts verwijst naar mediation, en aan zaken waarbij de rechter mediation suggereert.⁵ De dwingende suggestie van arbo-arts of rechter doet niet af aan de kans die mediation biedt. In de conclusie van A-G De Bock wordt dat als volgt verwoord: 'Alleen door het daadwerkelijk bijwonen van de eerste mediationzitting waarin de mediator uitlegt hoe het proces werkt en wat zijn rol daarin zal zijn, kunnen partijen zich een voorstelling maken van de mogelijkheden van mediation, waardoor alle angsten die eraan voorafgingen vaak worden opgeheven en partijen optimistisch het proces onder leiding van de mediator kunnen voortzetten. Dat is het wonder van mediation: de meest sceptische deelnemers 'kopen' het proces pas als ze erin zitten: ze zien hoe de mediator uitlegt hoe het proces werkt en wat de mogelijkheden ervan zijn, en ze zien hoe de mediator vorm en structuur geeft aan het proces.'⁶

4. Indien er sprake is van een mediationclause en daarop een beroep

wordt gedaan, leidt dat tot de volgende beoordelingsstappen:

- Is de clause wel of niet verplichtend?
- Als de clause verplichtend is, houdt de rechter de zaak dan wel of niet aan voor verwijzing naar mediation?

5. Deze twee beoordelingsstappen worden niet nader ingekleurd door

de Hoge Raad. Dat biedt ruimte voor een genuanceerde toepassing. Hieronder een schets van hoe dat er naar mijn verwachting uit zal gaan zien.

Clause verplichtend?

6. In onderhavige zaak is door het hof veel aandacht besteed aan de

precieze tekst van de clause. Waarschijnlijk heeft dat te maken met het ongemakkelijke idee om PPSB en CSW naar mediation te verwijzen op basis van een clause, waarbij één partij per se niet in mediation wil, nadat een voorzieningenrechter én een arbiter al geoordeeld hadden over die clause, én er al een inhoudelijk oordeel over de zaak was gegeven. Ook ik – een mediator die gewend is aan mensen met tegenzin – vind dat een ongemakkelijk idee. Een alternatief was wellicht geweest te overwegen dat een mediationclause er niet toe strekt om mediation af te dwingen midden in een procedure. Een mediationclause dwingt naar haar aard namelijk tot mediation aan de voorkant, daarna zou je kunnen zeggen dat het effect van de clause is uitgewerkt. Hoe dan ook, het hof koos voor een woordelijke duiding van de clause, en de Hoge Raad vond die uitleg niet onbegrijpelijk. De kans bestaat dat de Hoge Raad het ook niet onbegrijpelijk had gevonden als het hof de clause wél verplichtend had gevonden. Dat kan worden opgemaakt uit de overweging 'een door de rechter gegeven uitleg van een overeenkomst is niet

¹ 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.

² Voor een uitvoerige bespreking van conclusie en arrest zie Peter Ingelse en Nelleke van Thiel-Wortmann, *De mediationclause, balanceren tussen vrijwilligheid en pacta sunt servanda*, Nederlands Juristenblad, jaargang 99, 20 december 2024, M124040, pagina 3294 t/m 3302, waaruit is geput voor onderhavige annotatie, en waaruit hier en daar wordt geciteerd.

³ Hof Den Haag 13 september 2022, ECLI:NL:GHDHA:2022:1851.

⁴ HR 20 januari 2006, ECLI:NL:HR:2006:A03724.

⁵ Vaak gebeurt dat ter zitting, maar verwijzing na aanbrengen dagvaarding komt ook voor, bijvoorbeeld bij de Rechtbank Rotterdam.

⁶ Conclusie de Bock, overweging 11.13.

onbegrijpelijk op de enkele grond dat een andere uitleg evenzeer mogelijk is.⁷

7. Het arrest maakt duidelijk dat het de moeite waard is de

clause zorgvuldig te formuleren, om het verplichtende karakter zo helder mogelijk te maken. Daarbij kan – ter voorkoming van blokkades en vertragingen – op te verwachten kwesties worden geanticipeerd, zoals: hoe de mediator te kiezen, wat houdt een poging tot mediation in, etc. Tegelijkertijd is het ook zo dat het ‘dichttimmeren’ van een clause niet helpt bij partijen die alles aangrijpen om welk proces dan ook te dwarsbomen. Daarbij is het weinig aantrekkelijk om bij het aangaan van een relatie alle verschijningsvormen van een mogelijk conflict te bezien en te ondervangen. Suggesties voor werkbare mediationclausules zijn op diverse plaatsen te vinden. In dit bestek volsta ik met een korte verwijzing in de noot naar enkele vindplaatsen.⁸

Aanhouden voor verwijzing naar mediation?

8. Acht de rechter de mediationclause verplichtend, dan kan hij de procedure aanhouden en naar mediation verwijzen. Het ligt voor de hand dat de rechter hierbij royaal zal zijn, dat wil zeggen dat het uitgangspunt zal zijn om te verwijzen naar mediation, tenzij. Dat tenzij doet zich bijvoorbeeld voor als mediation in redelijkheid niet van (een van) partijen gevergd kan worden, of als de procedure zich al in een gevorderd stadium bevindt – een mediationclause heeft namelijk als doel mediation aan de voorkant tot stand te brengen. Dat neemt niet weg dat mediation ook hangende een procedure kan worden ingezet, al dan niet op suggestie van de rechter. Maar in dat geval vindt mediation plaats omdat partijen op dat moment kiezen voor mediation (ad hoc) – al is het maar om de rechter ter wille te zijn –, niet omdat een clause hen daartoe dwingt.

9. Wie zich wil beroepen op een mediationclause doet dat zo snel mogelijk, bij voorkeur vóór de conclusie van antwoord. Vervolgens zal de rechter eiser daarop laten reageren. Wordt het mediationverweer tegengesproken dan ligt een korte mondelinge behandeling voor de hand. De rechter zal dan toetsen of mediation van de eiser gevergd kan worden. Er zal heengestapt worden over bezwaren als ‘we hebben er geen zin in’, of ‘we zien het nut er niet van in’. De eiser zal met een steekhoudend verhaal moeten komen waarom mediation, ondanks de contractuele verplichting, niet hoeft te worden gevolgd. Indien het beroep op de mediationclause slaagt, dan zal de rechter de procedure aanhouden. Mogelijk voor een periode van twee maanden, zoals veel voorkomt bij verwijzingen door de rechter in zaken waarbij geen sprake is van een mediationclause. Het kost namelijk tijd om gezamenlijk een mediator te vinden, een mediationovereenkomst te sluiten en een serieuze poging tot mediation te doen. De zaak wordt vervolgens verwezen naar de rol voor uittaling partijen aan het einde van die

twee maanden. Als de ingezette mediation naar meer smaakt, dan kunnen partijen om nadere aanhouding vragen. Dat zal in de mediation zelf afgesproken kunnen worden. Indien de mediation niet vruchtbaar blijkt, krijgt de verwerende partij alsnog de reguliere zes weken voor antwoord.

10. Dat een mediationclause in beginsel afdwingbaar is, is van waarde. Een zekere dwang tot mediation pakt in de praktijk vaak goed uit. Niet alleen bij arbeidsmediations, maar ook in zakelijke en commerciële verhoudingen, waarbij de suggestie van de rechter om mediation te proberen vaak wordt opgevolgd ‘omdat het moet’. Verrassend vaak doet de afgedwongen eerste stap tot mediation een vlieg wiel draaien, waarbij partijen zelf verder willen praten, ook als ze na één gezamenlijke bijeenkomst zouden kunnen volstaan met afvinken dat mediation geprobeerd is. Tegelijkertijd is het ook zo dat mediation niet werkt 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 boeken’ kan worden gehaald. Blijft een partij zich alleen maar verzetten dan komt de mediation niet ‘tot leven’ en zal de mediation spoedig tot een einde komen – aan een dood paard kun je niet blijven trekken. Maar het antwoord op de vraag of de mediation tot leven komt, vormt zich pas in de eerste gezamenlijke bijeenkomst. Voordien is daar niet veel over te zeggen, niet door een rechter en ook niet door een ervaren mediator. Die laatste wordt na de intakegesprekken regelmatig verrast door wat er in het eerste gezamenlijke gesprek gebeurt (zowel positief als negatief). De genuanceerde weg die de Hoge Raad nu wijst – aanhouding en verwijzen naar mediation tenzij – is dan ook een duw in de goede richting die aansluit bij een al bestaande praktijk, te weten de praktijk waarbij partijen regelmatig met tegenzin aan mediation beginnen.

Mogelijke betekenis voor de bouwpraktijk

11. Mediationclausules komen in de bouw maar mondjesmaat voor.

Ze staan niet in modelcontracten zoals de UAV en tot voor kort de UAV GC, al biedt de UAV GC 2025 in paragraaf 47 lid 2 nu wel expliciet de mogelijkheid om mediation af te spreken.⁹ De DNR kent wel een mediationclause, en soms is er sprake van mediationclausules in maatwerkcontracten, zoals projectontwikkeling en gebiedsontwikkeling. Contracten in de bouw voorzien wel geregeld in een escalatiemodel, waarbij de kwestie telkens hogerop in de projectorganisatie wordt belegd. Het belang van ‘met elkaar in gesprek gaan’ en ‘met de juiste mensen om tafel’ leeft dus (ook) in de bouw. Tegelijkertijd wordt bouwen voor een groot deel gedreven door procesmanagement gericht op rechtmatigheid, en die dynamiek lijkt vaak niet uit te nodigen tot ‘gesprek’ en ‘maatwerk’. Voorstelbaar is dan ook het sentiment dat mediation geen zinvolle toevoeging is, enerzijds omdat er al zoveel wordt gepraat, anderzijds omdat ‘in gesprek iets oplossen’ niet lijkt te passen binnen de aard van de samenwerking. Toch kan mediation wel degelijk een zinvolle toevoeging zijn, zowel ter voorkoming van procesverstoringen in een escalatiemodel¹⁰ als ter voorkoming van tijd- en geldverlies door gerechtelijke of arbitrale procedures.

⁷ R.o. 3.3.

⁸ Zie bijvoorbeeld: Eva Schutte en Jacqueline Spierdijk in *Juridische aspecten van mediation*, Sdu 2021, *Modellen voor de rechtspraktijk*, mediation model IV.4A.3, Kluwer, de MFN-mediationclause op <https://mfregister.nl/mediators/regelgeving-en-documenten/>, en het interview met rechters/raadsheren De Bie, Koster en Schild in TC 2022, afl. 4, p. 22 e.v. Ook het NAI Mediationreglement kent een modelclause. Zie ook Peter Ingelse en Nelleke van Thiel-Wortmann, *De mediationclause, balanceren tussen vrijwilligheid en pacta sunt servanda*, Nederlands

Juristenblad, jaargang 99, 20 december 2024, M124040, pagina 3294 t/m 3302.

⁹ Kennisplatform CROW in: UAV GC, overzicht van de belangrijkste wijzigingen: ‘Naast arbitrage kunnen nu ook andere methoden worden gebruikt, zoals bouwbeoordeling, mediation, de bindende adviesprocedure en de Fast Track Bindend Advies procedures van de Raad van Arbitrage in bouwgeschillen. Deze keuze maken de Partijen in artikel 18 van de MBO.’

¹⁰ Mogelijk gebruikt men dan liever de term procesbegeleiding i.p.v. de term mediation omdat mediation veelal een te zware juridische connotatie heeft.

12. Mediation is in wezen niet meer dan een (vertrouwelijke)

gesprekssetting waarin partijen een onafhankelijke derde de leiding geven over een gesprek waar spanning op zit. De mediator bewaakt het proces, de veiligheid en de voortgang. Hij leeft en denkt met partijen mee, brengt structuur aan en zorgt voor evenwicht. En hij weet (proces)voorstellen te doen die leiden tot beweging in vastgelopen onderhandelingen.¹¹ Mediation duurt niet langer dan partijen willen. Zodra voor één van partijen het alternatief buiten mediation aantrekkelijker wordt, wordt er niet doorgemodderd in mediation. Partijen blijven in mediation zolang dat wat men wil bereiken in mediation sneller, zorgvuldiger, beter, goedkoper, zekerder en/of met meer maatwerk geregeld lijkt te kunnen worden. Mediation kan snel worden opgestart en nog sneller beëindigd, en de kosten ervan zijn te overzien. Het is een licht en krachtig middel dat tot duurzame oplossingen van conflicten kan leiden. Soms lukt dat niet, maar dat wordt dan vrij snel duidelijk waardoor tijd- en geldverlies beperkt blijven. Bovendien, ook mediations die eindigen zonder oplossing zijn doorgaans van waarde. Partijen weten namelijk meer, en dat helpt bij de verdere besluitvorming.¹²

13. Conflicten zijn zelden puur technisch, financieel of juridisch

van aard. Issues ontstaan doordat men elkaar niet goed informeert, involveert en faciliteert. Houding en gedrag leiden tot gedoe dat zichtbaar wordt in kwesties rond tijd, geld en kwaliteit. Conflicten gaan dan ook altijd over de inhoud én over iets anders. En precies op dat snijvlak van onderhandeling en (dreigend) conflict biedt de mediator meerwaarde.

14. Mediation kan worden afgesproken als onderdeel van het

escalatiemodel (mogelijk gebruikt men dan liever de term procesbegeleiding omdat mediation een te zware juridische connotatie zou hebben) en als onderdeel van de geschilbeslechting. Hoe concreter de afspraken over mediation zijn, hoe minder tijd er verloren wordt op het moment dat mediation daadwerkelijk moet worden ingezet. Vooraf zou je met elkaar bijvoorbeeld kunnen afspreken 1) welke mediators benaderd kunnen worden, 2) wat er bedoeld wordt met een poging tot mediation (in elk geval afzonderlijke intakegesprekken per partij en één gezamenlijke bijeenkomst), en 3) wie er betrokken moeten worden bij de mediation (zorg dat er mensen betrokken worden die de kwestie van dichtbij kennen, én mensen die beslissingen kunnen nemen).

15. Kortom, ook in de bouw is mediation, en dus ook een

mediationclause, een zinvolle stap die tenminste het overwegen waard is. In elk geval kan een mediationclause niet meer zonder slag of stoot terzijde worden geschoven, noch door één van partijen, noch door de rechter.

¹¹ Zie Peter Ingelse en Nelleke van Thiel-Wortmann in *Cahier Zakelijke Mediation*, As Aequi Libri, par. 5.3.

¹² Zie *Cahier Zakelijke Mediation*, par. 6.4.5.