

Hoe hard is een mediationclausule volgens de Hoge Raad?

De Hoge Raad heeft zich deze zomer uitgesproken over de betekenis van een mediationclausule en daarmee ook over de vraag: 'Wat als een partij zo'n clausule aan z'n laars lapt?'

Eva Schutte en Jacqueline Spierdijk schijnen hun licht op deze uitspraak en bespreken wat het betekent voor mediators.

DOOR EVA SCHUTTE EN JACQUELINE SPIERDIJK



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 traint juristen en mediators in beroepsvaardigheden. Ze is ook extern vertrouwenspersoon.

Een mediationclausule is de afspraak in een overeenkomst om bij een geschil eerst in mediation te gaan voordat een procedure wordt begonnen. Als een partij, ondanks het feit dat een mediationclausule is overeengekomen, toch een gerechtelijke procedure aanhangig maakt, rijst de vraag wat de andere partij daartegen kan doen. De Hoge Raad heeft zich hierover voor het eerst uitgelaten in zijn arrest van 20 januari 2006.¹ De Hoge Raad overwoog toen:

'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 wel de vraag of hieruit de conclusie kon worden getrokken dat iedere partij zich, ondanks een mediationclausule, altijd tot de bevoegde rechter zou kunnen wenden. De Hoge Raad had namelijk uitdrukkelijk overwogen dat het om een geschil ging tussen twee particulieren die in de loop van een gerechtelijke procedure hadden afgesproken om te proberen via mediation alsnog een minnelijke regeling te bereiken. Lagere rechters gingen deze uitspraak echter ook toepassen op schriftelijke mediationclausules in zakelijke overeenkomsten, en daarmee op professionele partijen in zakelijke geschillen. Er werd van uitgegaan dat het niet-nakomen van een mediationclausule, vooral wegens het vrijwillige karakter van mediation, nooit tot een niet-ontvankelijkheid of een onbevoegdheid zou kunnen leiden.

Zeer recent, sinds het arrest van de Hoge Raad van 12 juli 2024, wordt hier in zakelijke overeenkomsten anders naar gekeken.² In die zaak hadden twee organisaties in de arbodienstverlening een geldleningsovereenkomst gesloten waarin de volgende clausule was opgenomen:

'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.'

Toen een geschil ontstond, startte een van de partijen direct een arbitrage, dus zonder eerst mediation te beproeven. De andere partij maakte hiertegen bezwaar en vorderde primair dat het voor de arbitrage aangewezen scheidsrecht zich onbevoegd zou verklaren, en subsidiair dat het scheidsrecht de procedure zou aanhouden totdat partijen een serieuze poging tot mediation hadden gedaan. Het scheidsrecht wees deze vorderingen af en ook het hof oordeelde in hoger beroep dat het arbitraal beding zo mocht worden opgevat dat daarin geen bindende verplichting tot mediation besloten lag. Hierop werd cassatie bij de Hoge Raad ingesteld. Advocaat-generaal De Bock adviseerde de Hoge Raad, in een zeer uitvoerige en lezenswaardige conclusie op 26 januari 2024, om een mediationclausule rechtens afdwingbaar te maken.³ Dat

zou betekenen dat de arbiter de zaak had moeten aanhouden totdat partijen hadden geprobeerd om via mediation hun geschil op te lossen en zo de mediationclausule zouden zijn nagekomen. De Hoge Raad gaat er niet zover in mee dat een mediationclausule zonder meer leidt tot een verplichting tot mediation. Wel geeft de Hoge Raad een opening tot verplichte mediation. De Hoge Raad overweegt dat de rechter, afhankelijk van de uitleg van de mediationclausule, de

De Hoge Raad geeft een opening tot verplichte mediation

behandeling van de zaak kan aanhouden om partijen de gelegenheid te geven alsnog de verplichting tot mediation na te komen. Het is opvallend dat de Hoge Raad met zoveel woorden vermeldt dat het vrijwillige karakter van mediation niet in de weg staat aan een verplichting om mediation te beproeven. Dit vrijwillige karakter werd voorafgaand aan deze Hoge Raad-uitspraak namelijk als voornaamste reden aangevoerd om de mediationclausule niet op één lijn te plaatsen met een arbitragebeding of een beding waarbij partijen zijn overeengekomen een geschil tussen hen voor te leggen aan een bindend adviseur.

De Hoge Raad oordeelt:

‘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).’

Voor de praktijk is het daarmee van groot belang om de mediationclausule zodanig te redigeren dat de rechter de mediationclausule als verplichting opvat. Het is in ieder geval verstandig om de mediationclausule zo helder, zorgvuldig en uitvoerig mogelijk op te stellen.⁴ Verder is het raadzaam om op te nemen dat geen van de partijen het geschil aan de rechter zal voorleggen zolang de mediation niet is beëindigd (tenzij voor het nemen van conservatoire of spoedeisende maatregelen). Ook zal het helpen om op te nemen dat partijen pas vrij zijn de mediation te beëindigen na de eerste plenaire bijeenkomst. Kortom, allerlei bepalingen die duidelijk maken dat partijen zich daadwerkelijk hebben gecommitteerd om in geval van een geschil eerst mediation te beproeven en dat de vrijwilligheid er dus bij aanvang van hun contractuele relatie was. In dat verband zou ook al kunnen worden vermeld wie de mediator zal zijn, dan wel hoe een mediator wordt uitgezocht. Daaruit kan immers worden opgemaakt dat partijen de mediationafspraken serieus nemen. Misschien kan het zelfs helpen om in de (considerans van de) mediationclausule op te nemen wat maakt dat mediation voor partijen

belangrijk is. Dit kan bijvoorbeeld het geval zijn omdat zij elkaar zullen blijven tegenkomen en daarmee een zorgvuldige oplossing via mediation de voorkeur verdient boven een juridische procedure waarin zij tegenover elkaar komen te staan. Ook de vertrouwelijkheid van de mediation kan een reden zijn voor partijen om het belangrijk te vinden dat een eventueel conflict via mediation wordt opgelost en daarmee de mediationclausule wordt nagekomen.

Als contractspartijen of hun juridisch adviseurs de redactie van de mediationclausule serieus(er) gaan nemen, valt, naar onze mening, te bewerkstelligen dat de mediationclausule op één lijn wordt gesteld met een arbitragebeding of een beding waarbij partijen zijn overeengekomen een geschil tussen hen voor te leggen aan een bindend adviseur. Dat komt het belang van mediation als conflictoplossingsmethode ten goede en zorgt ervoor dat de recente uitspraak van de Hoge Raad ook echt een stap in de goede richting is. Uit de reacties op het arrest blijkt dat daarover verschillend wordt gedacht. Dat de Hoge Raad het advies van de A-G niet heeft gevolgd wordt als teleurstellend ervaren. Dit ook al omdat, zo heeft de A-G ook aangevoerd, een bindend mediationbeding in overeenstemming is met het Europese recht en aansluit bij de rechtspraak van omliggende landen. In sommige reacties overheerst deze teleurstelling, maar wat ons betreft, zoals gezegd, biedt de uitspraak mogelijkheden.

Het is verstandig om de mediationclausule zo helder, zorgvuldig en uitvoerig mogelijk op te stellen

Ten slotte: wat betekent deze uitspraak voor de mediator? Op zich niet zoveel, zou een eerste reactie kunnen zijn. Wellicht een toename van het aantal mediations als er echt werk wordt gemaakt van goed geredigeerde mediationclausules. En verder een opdracht aan de mediator zelf om in vaststellings-overeenkomsten die in het kader van een mediation worden opgesteld, de daarin op te nemen mediationclausule ook zorgvuldig en daarmee verplichtend te (laten) redigeren. ■

NOTEN

1. HR 20 januari 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU3724.
2. HR 12 juli 2024, ECLI:NL:HR:2024:1078.
3. Conclusie A-G De Bock 26 januari 2024, ECLI:NL:PHR:2024:103.
4. Zie voor een voorbeeld van een uitgebreide mediationclausule ons boek *Juridische aspecten van mediation*, §13.2, Sdu 2021) en *Modellen voor de Rechtspraak*, Mediation model IV.4A.3, Kluwer. Zie ook in *TC* 2022/4 onze bijdrage ‘Een mediationclausule als preventiemiddel. Voor komt het rechtszaken?’, en het interview ‘Een mediationclausule is niet per definitie tadeloos’ door Fred Schonewille met Erik Koster, Toine de Bie en Alexander Schild in datzelfde nummer.