

1. Mediationclausules in zakelijke overeenkomsten: nuttig, maar niet per se juridisch afdwingbaar?

Een analyse van het arrest van de Hoge Raad van 12 juli 2024, ECLI:NL:HR:2024:1078

MR. I.J.F. WIJNBERG¹

Uit een recent onderzoek blijkt dat zakelijke partijen een mediationclause in een contract serieus nemen. Ruim 80% van de bevroegde bedrijfsrespondenten en advocaten vindt dat eerst mediation dient te worden beproefd indien een dergelijke clause is overeengekomen.² Deze kunnen zich in zakelijke contracten bovendien verheugen in een groeiende populariteit. De vraag is echter of een dergelijke clause in B2B-verhoudingen juridisch kan worden afdwongen. Volgens de Hoge Raad hangt dit af van de uitleg van de clause en heeft de rechter vervolgens nog een discretionaire bevoegdheid ten aanzien van de gevolgen van de clause. Alle reden dus om een mediationclause zorgvuldig op te stellen.

Inleiding

Mediation is gemeengoed waar het geschillen in de personen- en familierechtsfeer en arbeidsgeschillen betreft. In zakelijke geschillen (B2B) is mediation bezig met een gestage opmars. Daarbij bedienen bedrijven zich steeds vaker van mediationclausules in de (zakelijke) contracten die zij met elkaar sluiten. Deze clausules verplichten partijen eerst via mediation te proberen een tussen hen gerezen geschil op te lossen voordat zij een juridische procedure starten.

Een belangrijk beginsel van mediation is dat deelname aan mediation vrijwillig is. De vraag is hoe dit beginsel zich verhoudt tot contractuele clausules die partijen verplichten tot mediation als primaire weg van geschiloplossing. Hier heeft de Hoge Raad nu een principiële knoop over doorgemaakt in zijn uitspraak van 12 juli 2024. Dit artikel onderzoekt de juridische afdwingbaarheid van mediationclausules in zakelijke contracten, met een focus op de recente uitspraak van de Hoge Raad en de implicaties ervan voor de praktijk.

Wat is mediation?

Mediation is een vorm van bemiddeling waarbij een onafhankelijke deskundige, de mediator, de communicatie en onderhandelingen tussen partijen begeleidt bij de oplossing

van hun geschil. Het doel is om vanuit de werkelijke belangen van de partijen tot een gezamenlijke en gedragen overeenkomst te komen.³ Deze overeenkomst kan in voorkomende gevallen creatieve oplossingen behelzen die verder gaan dan juridische remedies en wordt vaak (schriftelijk) vastgelegd in een vaststellingsovereenkomst (art. 7:900 BW). Het arrest van 12 juli 2024 is volgens mij de eerste keer dat de Hoge Raad een omschrijving geeft van wat mediation is.

Mediation is niet wettelijk geregeld en bestaat bij de gratie van het contractueel neergelegde kader waarin normaliter onder andere vertrouwelijkheid, vrijblijvendheid en vrijwilligheid zullen zijn vastgelegd. Hetgeen besproken wordt in een mediation en de stukken die uitgewisseld worden, vallen onder de vertrouwelijkheid. Dit betekent onder meer dat eventuele terugmeldingen aan derde partijen onderling afgestemd moeten worden en die derde een geheimhoudingsverklaring dient te ondertekenen. Vrijblijvendheid houdt in dat afspraken pas definitief zijn indien en zodra ze op papier staan en door alle partijen zijn ondertekend. Dit faciliteert het vrij kunnen brainstormen over oplossingen zonder angst voor precontractuele gebondenheid.⁴ Vrijwilligheid wil zeggen dat iedere deelnemer vrijwillig deelneemt aan een mediation en deze op ieder gewenst ogenblik kan beëindigen. De vraag die heeft geleid tot het arrest van 12 juli 2024 is of dit principe van vrijwilligheid tot gevolg heeft dat een tussen professionele partijen contractueel overeengekomen mediationclause in rechte niet afdwingbaar is. Anders gezegd: behelst het beginsel

¹ De auteur dankt M. Schonewille voor haar waardevolle suggesties die hebben bijgedragen aan dit artikel.

² M. Simon Thomas, E. Schutte, M. Schonewille & O. Korneeva, *PBM Vervolgonderzoek naar kansen en belemmeringen voor zakelijke mediation onder advocaten en bedrijven in Nederland*, Onderzoeksrapport 2024, p. 31 en 46.

³ A.F.M. Brenninkmeijer e.a. (red.), *Handboek Mediation*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2024 (7^e druk).

⁴ HR 20 december 2013, ECLI:NL:HR:2013:2049, r.o. 3.5.1-3.5.2.

van vrijwilligheid ook de vrijheid om überhaupt niet aan een mediation te hoeven beginnen (ondanks dat dit wel overeen is gekomen)?

Achtergrond van de zaak

De zaak die tot het arrest van 12 juli 2024 heeft geleid, ging over een geschil tussen twee professionele partijen, PPSB en CWS, beiden actief in de arbodienstverlening. Zij sluiten in 2017 een overeenkomst waarbij PPSB haar aandelen in een dochtervennootschap aan CSW verkoopt en daarbij aan CSW een lening verstrekt. In die overeenkomst is de volgende clausule 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 (...) worden onderworpen (...).’

Deze door CWS opgestelde mediationclausule verdient niet de schoonheidsprijs. Op grond van de tekst behelst deze clausule een resultaatsverbintenis om geschillen via mediation op te lossen. In de praktijk heeft het de voorkeur om enkel een inspanningsverplichting op te nemen en deze te beperken tot een vastgelegd aantal uren waarbij ook de selectie- en benoemingsprocedure van de mediator wordt overeengekomen. Een mediationclausule moet geen nieuwe bron van conflict (kunnen) zijn.

Verloop arbitrage, aanvang civiele procedure en rechtsvergelijking

Uit de tekst van de mediationclausule lijkt wel te volgen dat partijen eerst mediation zullen (moeten) beproeven en pas daarna (eventueel) een arbitrage zullen starten. PPSB start echter een arbitrageprocedure zonder eerst mediation te beproeven, ondanks het feit dat CWS aanbiedt om eerst een vrijblijvend gesprek met een mediator aan te gaan. CWS beroept zich op de gewraakte clausule in de overeenkomst teneinde de benoeming van een arbiter te voorkomen. Dat mag haar echter niet baten. Vervolgens beroept zij zich op de clausule teneinde te verkrijgen dat het scheidsgerecht zich onbevoegd zal verklaren (art. 1052 Rv) dan wel dat het scheidsgerecht de procedure zal aanhouden totdat partijen een ‘serieuze’ poging tot mediation hebben gedaan. Als ook die verweren niet worden gehonoreerd, richt CWS zich tot de burgerlijke rechter teneinde vernietiging van het arbitrale vonnis te verkrijgen (art. 1065 Rv). Primaire vernietigingsgrond is volgens CWS dat het scheidsgerecht zich onbevoegd had moeten verklaren wegens het ontbreken van een poging tot mediation.

Het hof wijst deze vordering af en oordeelt dat in de mediationclausule geen bindende verplichting tot mediation besloten ligt. Indien zoals in dit geval ‘vooraf al duidelijk is’ dat mediation niet zal slagen, kan volgens het hof op basis van de tekst van deze clausule (direct) een arbiter worden benoemd.

A-G De Bock concludeert in haar lezenswaardige en uitgebreide conclusie dat dit oordeel niet in stand kan blijven. De aangegane verplichting om eerst mediation te beproeven is volgens haar bindend tussen professionele partijen, ongeacht de te verwachte uitkomsten van een dergelijke mediation. Dit leidt volgens haar tot een verplichting voor de arbiter of de rechter om de procedure aan te houden totdat partijen de mediationclausule zijn nagekomen en dus mediation hebben beproefd. Wat in een concreet geval ‘nakomen’ inhoudt, hangt af van de omstandigheden van het geval.

A-G De Bock heeft in hoofdstuk 16 van haar conclusie een kleine rechtsvergelijking opgenomen. Daarbij verwijst zij naar de praktijk in Duitsland, waar professionele partijen gehouden zijn een overeengekomen mediationclausule na te komen. Ook in Frankrijk, Engeland en België worden dergelijke clausules bindend geacht. Zij had daarbij ook nog kunnen verwijzen naar Hongkong, Australië en Singapore, waar mediationclausules ook bindend worden geacht. Terecht concludeert zij dat er geen principiële bezwaren bestaan tegen het uitgangspunt dat een mediationclausule een bindend karakter kan hebben.⁵

Hoge Raad

De Hoge Raad volgt echter – helaas – de conclusie van A-G De Bock niet (geheel) en sanctioneert het oordeel van het hof dat in dit geval de clausule een niet-verplichtend karakter heeft. De Hoge Raad begint met voorop te stellen dat de inhoud van een mediationclausule, net als ieder ander contractbeding, dient te worden uitgelegd aan de hand van de Haviltex-maatstaf.

Een dergelijke uitleg kan leiden tot de uitkomst dat een mediationclausule ofwel een niet-verplichtend ofwel een verplichtend karakter heeft, afhankelijk van de specifieke formulering ervan en de context. De Hoge Raad benadrukt dat de omstandigheden waaronder de mediationclausule is overeengekomen, zoals de professionele hoedanigheid van de partijen en het zakelijke karakter van het geschil, een rol kunnen spelen bij de uitleg van de clausule. Echter, deze omstandigheden zijn niet doorslaggevend en moeten altijd worden afgewogen tegen de specifieke formulering van de clausule en de redelijke verwachtingen van de partijen. De B2B-relatie brengt dus niet automatisch mee dat de clausule een verplichtend karakter heeft. Een mediationclausule brengt evenmin met zich dat automatisch het recht van partijen op toegang tot de rechter op grond van art. 6 EVRM op onaanvaardbare wijze wordt aangetast.

Indien echter een mediationclausule een verplichtend karakter heeft, kan de rechter of arbiter op verzoek van één van de partijen de zaak aanhouden om hen alsnog de gelegenheid te geven om deze verplichting na te komen (en mediation te beproeven). Dit is een discretionaire bevoegd-

⁵ Concl. A-G R.H. de Bock, ECLI:NL:PHR:2024:103, bij HR 12 juli 2024, ECLI:NL:HR:2024:1078, § 17.1. Zie voor de bespreking van het Duitse recht § 16.2, het Franse recht § 16.3 en het Engelse recht § 15.14 en 16.4.

heid. In geval van spoedeisendheid of indien de rechtbank het zinloos acht om mediation te beproeven, kan de behandeling gewoon worden voortgezet.

In deze zaak sanctioneerde de Hoge Raad het oordeel van het hof dat de mediationclausule niet verplichtend is. Het hof is volgens de Hoge Raad terecht tot die uitleg gekomen op basis van de tekst van de clausule, het vrijwillige karakter van mediation en het feit dat het beding maar door één van de partijen is opgesteld.

Eerdere jurisprudentie

Het gebeurt niet vaak dat de Hoge Raad zich uitlaat over mediationclausules. Dat is niet vreemd aangezien dergelijke clausules er nu juist vaak toe leiden dat juridische procedures in het geheel niet meer worden gevoerd. Het vorige arrest over het al dan niet verplichtende karakter van mediation dateert uit 2006.⁶ Dat betrof een geschil over partneralimentatie, waarbij de gewezen echtlieden tijdens de zitting afspraken om mediation te proberen. Nadat één van beiden daar vervolgens vanaf ziet, komt de zaak voor de Hoge Raad. Die oordeelt dat gezien de aard van mediation beide partijen te allen tijde vrij zijn om hun medewerking daaraan te onthouden of te beëindigen, en hij verbindt geen consequenties aan het niet beproeven van mediation. Daarbij benadrukt de Hoge Raad (wel) dat het hier ging om een geschil tussen twee particulieren en dat (pas) in de loop van het geding was afgesproken om te pogen een minnelijke regeling langs de weg van mediation te bereiken.

De Hoge Raad stelt buiten kijf dat een mediationclausule wel degelijk een verplichtend karakter kan hebben

Deze uitspraak van de Hoge Raad was aanleiding voor een uitvoerig juridisch debat in de literatuur en de rechtspraktijk. De beslissing van de Hoge Raad heeft ertoe geleid dat rechtbanken mediationclausules de facto niet juridisch afdwingbaar achten, ongeacht de bewoordingen van de clausule, het tijdstip van het aangaan van de afspraak en de vraag of het een afspraak tussen particulieren of zakelijke partijen betreft.⁷ Daarmee is de uitspraak van de Hoge Raad uit 2006 echter te breed geïnterpreteerd, zo valt af te leiden uit het arrest van 12 juli 2024. De Hoge Raad heeft in zijn arrest van 12 juli 2024 buiten kijf gesteld dat een mediationclausule wel degelijk een verplichtend karakter kan hebben. Wanneer hiervan sprake is en hoever die plicht reikt, is een kwestie van uitleg van het beding. Het is dus niet zo dat geen enkele mediationclausule juridisch de facto geen gevolgen zou hebben.

De vraag is of deze precisering door de Hoge Raad in de praktijk veel zal veranderen in de benadering van de rechtbanken. Zelfs indien een mediationclausule een verplichtend karakter heeft, is het (slechts) een discretionaire bevoegdheid van de rechter om de zaak aan te houden om partijen alsnog de gelegenheid te geven om de afgesproken mediationclausule na te komen.

Zelf onderhandelen is niet hetzelfde als onderhandelen onder begeleiding door een mediator

Eén van de partijen moet bovendien expliciet verzoeken dat de rechtbank gebruikmaakt van deze bevoegdheid. Dat zijn nogal wat hordes om te nemen en de vraag is of de Hoge Raad hiermee de ontwikkeling van mediation in zakelijke geschillen een dienst heeft bewezen.

Nut mediationclausules in (de)escalatie conflict

Dat brengt ons bij de vraag wat het nut is van mediationclausules in zakelijke contracten. In de praktijk hoor ik met enige regelmaat dat partijen weinig vertrouwen hebben in mediation indien al een interne geschiloplossingsroute is gevolgd. De meeste ondernemingen kennen een trapsgewijze benadering waar het conflicten betreft. Meestal probeert eerst de business zelf eruit te komen, dan wordt de afdeling legal erbij betrokken, dan iemand op bestuursniveau en dan pas wordt er een externe advocaat bij gehaald. Een veelgehoorde kritiek is dat het tijdsverspilling is om dan nog een extra stap in te voegen in de vorm van verplichte mediation. Maar dat is het naar mijn mening niet.

Een goede mediator brengt partijen (weer) in een toestand waarbij ze in staat zijn tot rationeel handelen en verrijkt het onderhandelingsproces

Zelf onderhandelen is namelijk niet hetzelfde als onderhandelen onder begeleiding van een mediator. Een goede mediator brengt partijen (weer) in een toestand waarin ze in staat zijn tot rationeel handelen en verrijkt het onderhandelingsproces door het bieden van een veilig contractueel kader, een professionele geschilanalyse en de aanwezigheid van een onafhankelijke derde. Het nadeel van conflictsituaties is vaak dat de betrokken partijen psychologisch niet meer in staat zijn om rationeel na te gaan wat nu echt in het belang van de onderneming en alle betrokken partijen is. En dat staat met enige regelmaat zelfs in de weg aan het overeenkomen van mediation.

⁶ HR 20 januari 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU3724.

⁷ Zie de in voetnoot 130 genoemde artikelen en de in voetnoot 134 genoemde uitspraken in de conclusie van A-G De Bock van 26 januari 2024, ECLI:NL:PHR:2024:103.

Professor Friedrich Glasl ontwikkelde een diagnostisch instrument voor het analyseren van conflictgedrag.⁸ Bijna elk conflict ontwikkelt zich volgens hem in escalatiefasen volgens een vast patroon. Dat geldt ook voor zakelijke conflicten. Deze fasen zijn gekoppeld aan verschillende emoties en beïnvloeden de mogelijkheid voor mensen om rationeel te handelen. In totaal zijn er drie hoofdfasen.



1. De groene eerste fase: Het conflict is een probleem dat zich nog ‘extern’ van de persoon bevindt. Partijen identificeren zich nog niet met het conflict, ook al kunnen ze het natuurlijk wel heel vervelend vinden dat er een conflict is. De uitkomst van het conflict kan in goed overleg een win-win situatie zijn voor alle partijen. Binnen deze fase escaleert het conflict voornamelijk door verharding van het debat.
2. De oranje fase: Het conflict wordt een persoonlijk geschil. De uitkomst van het conflict wordt verbonden met de betrokken personen. Zelfs als het een zakelijk conflict van de onderneming betreft waar zij werkzaam voor zijn. De een wil winnen *voor zichzelf* zodat de ander *als persoon* verliest. Binnen deze fase escaleert het conflict door kampvorming en persoonlijke, steeds ernstiger wordende, aanvallen op de ander.
3. De rode fase: Het conflict is niet alleen persoonlijk, maar wordt ervaren als oorlog en de andere kant als een persoonlijke vijand. Het gaat niet meer om het persoonlijk belang om te winnen. Als de ander maar verliest. Dat kan zelfs zo ver gaan dat eigen verlies (of faillissement) voor lief wordt genomen.

Mensen zijn psychologisch gezien volgens Glasl alleen in de groene fase in staat tot rationeel nadenken.⁹ Alleen in die fase kunnen gezamenlijke oplossingen worden gezocht en gevonden die zo goed mogelijk recht doen aan alle betrokken belangen. Indien één van partijen probeert in de oranje fase van een geschil met een rationele win-winoplossing te komen, zal die over het algemeen van een koude kermis thuiskomen. Het heeft dan ook geen zin dergelijke oplossingen op tafel te leggen zonder eerst weer in de groene fase te komen.

Dat is echter nog niet zo gemakkelijk. De escalatieladder is een aflopende trap. Diepere, meer intuïtieve lagen van emoties

en agressie worden bij elke stap naar beneden geactiveerd. Dit maakt het moeilijker het conflict te ‘de-escaleren’, dat wil zeggen om de trap op te gaan en voor partijen om open te staan voor een rationele oplossing van het probleem, in plaats van om verder te ‘escaleren’ en naar beneden af te dalen. Eén van de belangrijkste taken van een mediator is partijen te assisteren bij het de-escalatieproces.

Het probleem daarbij is echter dat partijen in de oranje fase (laat staan in de rode fase) veelal nergens overeenstemming over kunnen bereiken. Zelfs niet over het initiëren van mediation. Bijna per definitie wordt ieder voorstel van de andere kant met argwaan bekeken en iets toegeven voelt als persoonlijk verliezen. En dat is waarom goed geschreven mediationclausules zo nuttig (kunnen) zijn. Die beogen partijen te verplichten tot mediation als geschiloplossingsroute zonder dat zij hier overeenstemming over hoeven te bereiken. Gedurende de mediation kan de mediator hen vervolgens assisteren bij het de-escaleren van het geschil en hopelijk richting de groene zone (en overeenstemming) begeleiden. En zelfs als het conflict al te ver is geëscaleerd of het bereiken van overeenstemming niet mogelijk is, zal mediation in de overgrote meerderheid van de gevallen nuttig zijn door bijvoorbeeld de informatie-uitwisseling die plaatsvindt, het limiteren van het geschil of het afspreken van een wijze waarop het conflict wel zal kunnen opgelost.

Kritiek op het arrest

Gezien het hierboven beschreven psychologisch noodzakelijke zetje dat partijen soms nodig hebben om aan mediation te beginnen als het conflict te ver geëscaleerd is, vind ik het onwenselijk dat zelfs een mediationclausule met een verplichtend karakter slechts leidt tot een discretionaire bevoegdheid van de rechter om de procedure op te schorten. Hiermee creëert de Hoge Raad een onnodig nieuw discussiepunt. Zoals de A-G in hoofdstuk 12 van haar conclusie toelicht, kent ons recht onder bepaalde omstandigheden de verplichting om met de wederpartij in gesprek te gaan of onderhandelingen te voeren. Ook in verschillende wettelijke regelingen is een onderhandelingsplicht voor partijen opgenomen. Daarnaast zijn er wettelijke bepalingen die niet expliciet een onderhandelingsplicht aan partijen opleggen, maar wel nadrukkelijk ruimte en gelegenheid bieden voor onderhandelingen. Voorbeelden hiervan zijn de 14-dagenbrief en de verplichte onderhandelingen onder de Wet afwikkeling massaschade in collectieve actie (WAMCA) (art. 3:305a lid 3 sub c BW). Ik zie derhalve niet in waarom een mediationclausule niet ook tot een verplichting zou kunnen leiden om met de wederpartij in gesprek te gaan. Het feit dat één van partijen moet verzoeken tot toepassing van de (afgesproken) discretionaire bevoegdheid, vergroot bovendien de moeilijkheden. In ieder geval in twee opzichten. Ten eerste wordt het verzoeken om mediation door sommige partijen als een zwakgebod gezien. Alsof een partij niet zelf in zijn zaak gelooft. Dat werkt verharding tussen partijen in de hand en zal de niet-verzoekende partij soms (ten onrechte) sterken in het geloof in de eigen zaak. Ten tweede zal de niet-verzoekende partij in de oranje en rode

⁸ F. Glasl, *Konfliktmanagement, Ein Handbuch für Führungskräfte, Beraterinnen und Berater*, 1980. Gecomprimeerd samengevat als gastredacteur in een Nederlandse publicatie in tijdschrift *Mens en Organisatie* (1981).

⁹ Idem.

fase alles doen wat in zijn macht ligt om de rechtbank ervan te overtuigen om de zaak niet op te schorten. Reeds vanwege het enkele feit dat het hier gaat om een verzoek van de wederpartij. En als de rechtbank desondanks (wel) besluit tot opschorting, bestaat het risico dat de niet-verzoekende partij dit ervaart als verlies. Dit kan ertoe leiden dat hij de mediation op alle mogelijke manieren probeert tegen te werken. Deze escalerende effecten zouden er niet zijn indien zakelijke partijen eenvoudigweg kunnen worden gehouden aan de door hen overeengekomen mediationclausule.

Daar komt nog bij dat de bevoegdheid van de rechtbank tot het al dan niet aanhouden van de zaak (in afwachting van – de uitkomst van – mediation) ongeclausuleerd lijkt. De Hoge Raad noemt een tweetal voorbeelden waarbij de rechter niet zou kunnen besluiten tot aanhouding, namelijk de spoedeisendheid van de zaak of indien het zinloos ‘is’ om mediation te beproeven, maar dit zijn slechts voorbeelden. Het laatste voorbeeld is bovendien ongelukkig aangezien van een rechter niet verlangd kan worden dat hij in staat is te bepalen wanneer mediation zinloos *is*. Het is al ingewikkeld genoeg om te bepalen of een mediation zinloos *lijkt* en zelfs dan is de uitkomst van een mediation in mijn ervaring toch vaak een positieve verrassing. De Hoge Raad geeft bovendien geen enkel criterium wanneer het beproeven van mediation zinloos zou zijn. Dat brengt met zich dat als een rechter of arbiter geen kennis heeft van de voordelen van mediation of om andere redenen geen vertrouwen heeft in mediation, deze ongeclausuleerde bevoegdheid ertoe zal kunnen leiden dat hij niet tot aanhouding van de zaak overgaat. Ook dit is een, mijns inziens, onnodige drempel indien zakelijke partijen een bindende mediationclausule overeen zijn gekomen. Met deze ongeclausuleerde bevoegdheid ontstaat verdere ruimte voor debat die de oplossing van het geschil niet ten goede zal komen. Het verdient dan ook aanbeveling om deze discretionaire bevoegdheid restrictief toe te passen. Indien uitleg van de mediationclausule meebrengt dat deze een verplichtend karakter heeft, zou mijns inziens de rechter terughoudend gebruik behoren te maken van zijn bevoegdheid om partijen niet eerst mediation te laten beproeven. Dat zou de drempel naar de mediator weer iets verlagen.

De uitspraak van de Hoge Raad op 12 juli 2024 is een forse stap terug voor het nuttig effect van zakelijke mediationclausules

Conclusie

Het arrest van de Hoge Raad op 12 juli 2024 is naar mijn mening een forse stap terug voor het nuttig effect van zakelijke mediationclausules. Dergelijke clausules moeten volgens de Hoge Raad uitgelegd worden conform de Haviltex-maatstaf en kunnen zowel een verplichtend als een niet-verplichtend karakter hebben. Indien de clausule een verplichtend karakter heeft, is ook de reik-

wijde van die plicht een kwestie van uitleg. Deze twee uitlegstappen kunnen er in een concreet geval toe leiden dat partijen verplicht zijn mediation te beproeven alvorens een (arbitrage)procedure aanhangig te maken. Indien zij die verplichting niet zijn nagekomen, heeft de rechter of arbiter een discretionaire bevoegdheid om de zaak aan te houden indien één van de partijen daarom verzoekt.

Het is spijtig dat de Hoge Raad enkel heeft besloten tot een discretionaire bevoegdheid van de rechter om de procedure op te schorten alsmede dat één van de partijen moet verzoeken om van die discretionaire bevoegdheid gebruik te maken. Gezien het psychologisch noodzakelijke zetje dat partijen soms nodig hebben om aan mediation te beginnen als het conflict te ver geëscaleerd is, acht ik het onwenselijk dat zelfs een mediationclausule met een verplichtend karakter (overeengekomen tussen professionele partijen) slechts leidt tot een discretionaire bevoegdheid van de rechter. Dit creëert een onnodig nieuw discussiepunt en kan leiden tot verdere escalatie van het conflict. Temeer daar één van de partijen moet verzoeken om toepassing van deze discretionaire bevoegdheid en daarmee de kans van slagen van de mediation wordt verkleind. Dit is niet alleen spijtig voor het oplossen van de zakelijke geschillen zelf, maar hiermee loopt Nederland ook internationaal gezien uit de pas.

Aanbevelingen voor de praktijk

1. Duidelijke formulering: zorg ervoor dat mediationclausules helder en ondubbelzinnig zijn geformuleerd om misverstanden en interpretatiegeschillen te voorkomen. Neem daarbij in ieder geval de volgende punten mee:
 - a. Wat zijn de omstandigheden waaronder en de redenen waarom voor een mediationclausule wordt gekozen? Bijvoorbeeld dat partijen beogen een langdurige relatie aan te gaan en onnodige escalatie van conflicten willen vermijden, en daarom in onderling overleg besluiten tot het afspreken van een mediationclausule.
 - b. Inspanningsverplichting: expliciteer dat partijen een inspanningsverplichting hebben om een (gerezen) geschil door middel van mediation op te lossen en wat dit dan in concreto inhoudt. Bijvoorbeeld hoeveel mediationbijekomsten moeten worden bijgewoond, wat de duur is van die bijeenkomsten, welke vertegenwoordigers van welk niveau hierbij aanwezig moeten zijn, waar deze plaatsvinden en binnen welk tijdvak die bijeenkomsten moeten plaatsvinden.
 - c. Mediator: voorkom dat de benoeming van de mediator een discussiepunt wordt. Specificeer de wijze waarop de mediator zal worden benoemd, de tijd waarbinnen een dergelijke benoeming moet plaatsvinden en eventueel het type mediator dat zal worden ingeschakeld. Bijvoorbeeld dat de mediator binnen twee weken benoemd zal moeten zijn na het eerste schriftelijk verzoek daartoe van één van de partijen en dat de selectie van de mediator door

*Mundi Mediatores*¹⁰ of een andere externe partij zal geschieden.

- d. Kosten: wie betaalt de mediator en eventuele faciliteiten (zaalhuur, reiskosten)? Bijvoorbeeld dat de kosten door alle betrokken partijen gelijkelijk zullen worden gedragen.
2. Expliciteer de werking van de clause: maak expliciet dat mediation een verplichte stap is voordat juridische procedures kunnen worden gestart en dat partijen de rechter met een specifieke (ook in de clause opgenomen) tekst dienen te verzoeken tot aanhouding van de procedure teneinde de verplichting alsnog na te komen.
3. Boeteclause: overweeg het opnemen van een boeteclause voor het geval een partij zich niet aan de me-

diationverplichting houdt. Dit kan dienen als een extra prikkel om de mediation serieus te nemen.

4. Juridisch advies: zorg ervoor dat beide partijen de mogelijkheid hebben gehad om professionele adviseurs te raadplegen bij het opstellen van de mediationclause (en voorafgaand aan het ondertekenen van de overeenkomst).

Dit artikel is afgesloten op 27 november 2024.

Over de auteur

Mr. I. J.F. (Isabella) Wijnberg

Advocaat en mediator te Amsterdam bij Houthoff



COMPENDIUM VERZEKERINGS- RECHT

Tweede editie

Compendium Verzekeringsrecht geeft degenen die in de praktijk met schade- en levensverzekeringsovereenkomsten te maken hebben of krijgen, in 31 hoofdstukken inzicht in een aantal veel voorkomende en belangrijke verzekeringsrechtelijke thema's, zowel gezien vanuit het verzekeringsrecht als vanuit het recht dat die verzekeringsovereenkomsten mede beheerst.

De auteurs zijn allen verbonden (geweest) aan NN Advocaten, het in 2012 opgerichte in-house advocatenkantoor van NN Group. Gezamenlijk hebben zij jarenlange praktijkervaring en brede kennis op het gebied van het verzekerings- en aansprakelijkheidsrecht.

Redactie:
Prof. dr. W.M.A. Kalkman, Mr. W.G.A. van Gerner en
Mr. J.L. Zeeman

NU VERKRIJGBAAR IN DE WEBSHOP [SDU.NL/COMPVRZ](https://www.sdu.nl/compvrz)
OF VIA DE (ONLINE) BOEKHANDEL



¹⁰ Mundi Mediatores is een tussenpersoon die wereldwijd vraag en aanbod op het gebied van ADR met elkaar verbindt op basis van gesprekken met alle partijen, zie www.mundimediatores.com.