

Ad rem

Hoe hard is een mediationclausule?

Mw. mr. E. Schutte*

1. Inleiding

Steeds vaker wordt een mediationclausule opgenomen in een overeenkomst of in algemene voorwaarden. Wanneer een van de partijen ondanks de overeengekomen mediationclausule toch een gerechtelijke procedure aanhangig maakt, rijst de vraag of de mediationclausule de weg naar de rechter blokkeert. Bij een arbitraal beding bestaat hierover geen twijfel. De wet bepaalt dat de rechter zich onbevoegd verklaart indien een partij zich vóór alle wesen op het bestaan van een geldig arbitraal beding beroept.¹

2. Jurisprudentie met betrekking tot de mediationclausule

Maar hoe hard is een mediationclausule? Uit de tot op heden verschenen jurisprudentie hierover² valt in ieder geval op te maken dat de mediationclausule niet op een lijn kan worden gesteld met een arbitraal beding en overigens ook niet met een beding waarin partijen zijn overeengekomen een tussen hen gerezen geschil voor te leggen aan een bindend adviseur.

Al in 2002 gaf de Amsterdamse rechtbank het verschil aan.³ Kenmerkend voor arbitrage en bindend advies is, zo overwoog zij, dat een door partijen aangewezen derde (de arbiter of bindend adviseur) in plaats van een gewone rechter op een voor partijen in beginsel bindende wijze beslist over een geschil dat partijen verdeeld houdt. Dit is niet het geval bij mediation. Daar zoeken partijen zelf met

behulp van een mediator naar een minnelijke oplossing voor hun geschil en leggen die vast in een vaststellings-overeenkomst. De rechtbank verklaarde de eiser ontvankelijk in zijn vordering, ook al had hij zich vooraf verplicht tot mediation. Daarbij hechtte de rechtbank waarde aan het preprocesuele gedrag van partijen. Zo had de werkgever niet op de overeengekomen mediation gewezen, toen de werknemer hem informeerde over zijn voornemen een procedure voor de rechter aanhangig te maken. Ook speelde een rol voor de rechtbank, dat mediation uitgaat van vrijwilligheid.

Kort na die uitspraak oordeelde ook het Hof Den Haag een eiser ontvankelijk in zijn vordering ondanks een mediationclausule.⁴ Wel gaf het hof de rechtbank in overweging de zaak om proceseconomische redenen aan te houden voor het uitvoeren van de overeengekomen mediation.

Daarentegen verklaarde de Arnhemse rechtbank begin 2004 een eisende partij *niet*-ontvankelijk in haar vordering, omdat de toepasselijke algemene voorwaarden een mediationclausule bevatten.⁵ De rechtbank motiveerde haar beslissing slechts met een verwijzing naar de tekst van de clausule waaruit naar haar oordeel viel op te maken dat het volgen van de mediationprocedure dwingend was voorgeschreven.

Een jaar later verklaarde de Rechtbank Maastricht een eiser wel weer ontvankelijk ondanks een mediationclausule in een samenwerkingscontract.⁶ Ook in deze zaak oordeelde de rechtbank dat een mediationclausule niet gelijk mag worden gesteld met een arbitraal beding of een overeenkomst tot bindend advies. De rechtbank benadrukte dat anders dan bij arbitrage en bindend advies, in het geval van mediation, niet op bindende wijze wordt

* Mw. mr. E. Schutte is advocaat en mediator bij Van Doorne te Amsterdam.

1. Vergelijk art. 1022 lid 1 Rv.

2. Zie ook E. Schutte en J. Spierdijk, *Juridische aspecten van mediation*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2007, hoofdstukken 3 en 10.

3. Rb. Amsterdam 16 oktober 2002, NJ 2003, 87.

4. Hof Den Haag 12 december 2002, NJ Kort 2003, 17.

5. Rb. Arnhem 14 januari 2004, LJN AO3003.

6. Rb. Maastricht 9 november 2005, Prg. 2005/214.

beslist. Mediation geschiedt immers op basis van wederzijdse bereidwilligheid c.q. vrijwilligheid. Als die bereidwilligheid of vrijwilligheid ontbreekt, mag de gang naar de rechter niet worden belemmerd.

Ook in een recente uitspraak van de Rechtbank Utrecht wordt deze lijn voortgezet.⁷ De rechtbank overweegt opnieuw met zoveel woorden dat aan een mediationclausule niet dezelfde consequenties zijn verbonden als aan een arbitraal beding of een bindend adviesclausule. Benaadrukt wordt dat mediation uitgaat van vrijwilligheid en de instemming van beide partijen. De omstandigheid dat ondanks de overeengekomen mediationclausule niet eerst de weg van mediation is bewandeld, brengt dan ook niet mee dat, zoals de gedaagde aanvoert, de rechtbank niet bevoegd zou zijn. Opvalt dat ook in dit geval de rechtbank het preprocesuele gedrag van partijen laat meewegen bij haar beslissing. De rechtbank overweegt dat als partijen zijn overeengekomen zich in te spannen hun conflicten via mediation op te lossen, zij in beginsel gehouden zijn die afspraak na te komen. Toen het de gedaagde duidelijk werd dat de eiser voornemens was een gerechtelijke procedure te starten, heeft de gedaagde hierop echter gereageerd zonder melding te maken van de overeengekomen mediationclausule. Kennelijk vat de rechtbank dit op als instemming van de gedaagde met dit voornemen.

De Hoge Raad kreeg inmiddels ook de vraag te beantwoorden in hoeverre een mediationafspraken verbindend is. In het arrest van 20 januari 2006⁸ overwoog de Hoge Raad ter zake:

‘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.’

Dit lijkt op het eerste gezicht te impliceren dat een partij zich ondanks een mediationclausule tot de bevoegde rechter kan wenden. Betwijfeld kan echter worden of een zo vergaande conclusie aan dit arrest kan worden verbonden. Zo overwoog de Hoge Raad uitdrukkelijk dat het om een geschil ging tussen twee particulieren die in de loop van een geding de mondelinge afspraak hadden gemaakt om te proberen een minnelijke regeling langs de weg van mediation te bereiken.

3. Conclusie

Op basis van de jurisprudentie staat wel vast dat de mediationclausule aanzienlijk minder hard is dan een arbitraal beding of een bindend adviesclausule. Voorop blijft immers staan dat mediation uitgaat van vrijwilligheid en instemming van partijen en het (komen te) ontbreken van die bereidheid c.q. instemming in beginsel rechtvaardigt

dat van mediation wordt afgezien of een mediation wordt afgebroken.

Preprocesueel gedrag en mogelijk ook de redactie van de mediationclausule⁹ kunnen de rechter echter een handvat geven om partijen toch de overeengekomen mediation te laten ingaan. ■

7. Van 15 oktober 2008, LJN BF9266.

8. NJ 2006, 75.

9. Vergelijk de model mediationclausule in hoofdstuk 12 van Juridische aspecten van mediation.