

## HOOFDSTUK 14

### DE MEDIATIONCLAUSULE: HOE LANG NOG BEPERKT HOUDBAAR?

J.M. Bosnak<sup>1</sup>

#### 14.1 Vooraf

In deze bijdrage bespreek ik een misverstand, ontstaan door een uitspraak van de Hoge Raad uit 2006<sup>2</sup> over de afdwingbaarheid van een mediationafspraken, die ten onrechte door lagere rechters is geïnterpreteerd als zou zij van algemene strekking zijn. Schrijvers<sup>3</sup> hebben sindsdien gepoogd dit misverstand onder de aandacht te brengen. Het mocht evenwel tot voor kort niet baten. Maar misschien komen jurisprudentie en doctrine nu toch nader tot elkaar. Een recent arrest wordt besproken waaruit dat zou kunnen blijken. Het onderstaande is een poging om de standpunten samen te vatten, met hier en daar toevoeging van nog niet beschreven argumenten.

Uiteindelijk is het de wetgever die duidelijkheid moet brengen in de controverse tussen doctrine en jurisprudentie. In zoverre is dit artikel dan ook een pleidooi om het op 30 juli 2016 door het ministerie van J & V in consultatie gebrachte<sup>4</sup> (voor)ontwerp voor een Mediationwet (Wet houdende regels ter bevordering van de kwaliteit van mediators en het

---

1 Mr. J.M. (John) Bosnak is mediator bij BBKWmediation te Arnhem en hoofddocent ADR bij de beroepsopleiding van de Nederlandse Orde van Advocaten.

2 HR 20 januari 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU3724, NJ 2006/75.

3 Zie met name: E.R. Gathier, *De Mediationclausule. Afdwingbaarheid van de mediationclausule*, Den Haag: SDU uitgevers 2009 ("Gathier 2009"); F. Schonewille, 'De handhaafbaarheid van de mediationclausule ten behoeve van een echtscheidingsconvenant (I)', *WPNR* 2010/6826, p. 42-47 ("Schonewille 2010a"); F. Schonewille, 'De handhaafbaarheid van de mediationclausule ten behoeve van een echtscheidingsconvenant (II)', *WPNR* 2010/6827, p. 64-68 ("Schonewille 2010b"). Voor een algemene beschrijving van de kwestie tot en met eind 2016 zie E.J.M. van Beukering-Rosmuller, 'De juridische afdwingbaarheid van een mediationclausule', *TvA* 2017/2, p. 7-14 ("Van Beukering-Rosmuller 2017"). Zie ook mijn artikel: J.M. Bosnak, 'De Hoge Raad en de mediationafspraken – beperkte houdbaarheid?', *Tijdschrift Conflictantering* 2006/2, p. 41-45.

4 [www.internetconsultatie.nl/wetmediation/details](http://www.internetconsultatie.nl/wetmediation/details) (laatst bezocht op 14 maart 2019), consultatie gesloten op 30 september 2016.

gebruik van mediation als alternatieve vorm van geschiloplossing, “Wet bevordering mediation”) zo snel mogelijk in te voeren.

In §14.2 wordt gepoogd een nadere omschrijving te geven van het begrip “mediationclausule”, waarna in §14.3 een overzicht volgt van de jurisprudentie. Na een kort intermezzo (§14.4) komt in §14.5 de stand van zaken op wetgevingsgebied aan de orde. Aan de hand van recent onderzoek wordt in §14.6 de behoefte in de praktijk in Nederland en internationaal aan een afdwingbare mediationclausule besproken. Na weer een kort intermezzo volgen sub 8 wat gedachten over de sancties op niet-nakoming van verplichtingen op grond van een mediationclausule, waarna een aantal conclusies volgt.

De bijdrage wordt afgesloten met, aan de hand van het NAI Mediation-beding, een aantal ideeën over hoe een mediationclausule er idealiter uit zou moeten zien.

## 14.2 Definiëring en analyse van het begrip “mediationclausule”

Er zijn veel definities van “de mediationclausule” in omloop, die alle op het navolgende neerkomen:<sup>5</sup>

“Een mediationclausule is een schriftelijke afspraak tot mediation die partijen overeenkomen voor het geval een geschil tussen hen zal ontstaan.”

In deze bijdrage blijven mediationclausules in algemene voorwaarden, statuten, reglementen en andere contractsvormen waarbij partijen niet direct zelf zijn betrokken, buiten beschouwing.<sup>6</sup> Ook zal ik het niet meer hebben over de relatie mediation/artikel 6 EVRM en art. 17 Grondwet (toegang tot de rechter). Ik beschouw dat als een gepasseerd station.<sup>7</sup>

5 Uitgebreider onder anderen: Schonewille 2010a.

6 A.J. de Roo en R.W. Jagtenberg, ‘Mediation on trial: Dutch court judgments on mediation’, *TMD* 2017 (21) 4, p 39 (“de Roo en Jagtenberg 2017”) noemen in dat verband de Gedragscode Behandeling Letselschade. Uitgebreid over consumentenbescherming en adhesiecontracten, ook in Europees verband: E.J.M. van Beukering-Rosmuller en P. van Leynseele, ‘ADR Clauses and International Perceptions: a Preliminary Report’, *TMD* 2017 (21) 3, p. 49 e.v. (“Van Beukering en Van Leynseele 2017”).

7 Kernachtig samengevat in L. Moerel en H. Franken, ‘ICT-mediation bij de SGOA. Een evaluatie in het licht van de Europese en Nederlandse rechtsontwikkelingen’, *Computerrecht* 2013 (5), p. 254-256 (“Moerel en Franken 2013”); zo ook Van Beukering-Rosmuller 2017, §1.2.

Het probleem met veel jurisprudentie over dit onderwerp tot dusver is dat sommige rechters, hoe gezaghebbend op juridisch gebied ook, geen of weinig praktijkervaring hebben met het fenomeen mediation. Dat mag voor bepaalde aspecten daarvan geen bezwaar zijn, voor een grondige kennis van het begrip mediationclausule is dat volgens mij wel degelijk het geval. Dat komt omdat mediation in essentie geen juridisch proces is. Weliswaar soms “in the shadow of the law”, maar al te vaak door het recht overschaduwd.

De mediationclausule is een hybride figuur: deels puur juridisch, deels niet. Nadere analyse leert dat er bij zo’n clausule in feite sprake is van twee fasen.<sup>8</sup> De eerste fase is het bereiken van overeenstemming tussen partijen over de voor hen meest geschikte methode van conflictoplossing, het “initiële tracé naar mediation”. De tweede fase, de eigenlijke medewerking aan de mediationpoging zelf, vangt aan wanneer partijen bij de mediator zijn en de *mediationovereenkomst* hebben getekend.<sup>9</sup> Dat is dus wat anders dan de *mediationclausule*. De mediationovereenkomst is het stuk waarmee fase twee, de daadwerkelijke mediation, van start gaat met bijbehorende spelregels. Tot aan het tekenen van de mediationovereenkomst is er sprake van een resultaatsverbintenis, namelijk om tenminste eenmaal, al of niet gezamenlijk, een gesprek te hebben met een mediator. Hier is geen sprake van “shadow”, maar een puur juridisch concept. Art. 3:296 BW bepaalt dat nakoming van de bedoelde verbintenis kan worden gevorderd. Na het tekenen van de mediationovereenkomst is dat anders. Er is sprake van een bijzonder soort inspanningsverbintenis, zoals bijvoorbeeld geformuleerd in de MfN model-mediationovereenkomst:

“De partijen en de mediator zullen zich inspannen om de in punt 1 genoemde kwestie tussen de partijen op te lossen door mediation conform het MfN-Mediationreglement zoals dat luidt op de datum van deze overeenkomst.”

Daarbij spelen juridische aspecten juist niet de hoofdrol. Het gaat om gedeelde belangen, niet om gelijk of ongelijk. Essentieel is de vrijheid om de mediation te beëindigen op gronden die allesbehalve juridisch behoe-

---

8 Ik bedoel hier niet de bekende procedurele fasen waarin het feitelijke mediationproces vaak wordt verdeeld. A.J. de Roo en R.W. Jagtenberg, ‘Mediation: verplicht of vrijwillig?’, *Justitiële verkenningen* 2003/8, p. 57-58 spreken van drie fasen, maar betrekken er als derde fase de tenuitvoerlegging van de vaststellingsovereenkomst bij, die buiten het bestek van het onderwerp valt.

9 Art. 3 MfN Mediationreglement.

ven te zijn, bijvoorbeeld wanneer er geen gedeelde belangen kunnen worden gevonden.

In verband met het fundamentele verschil tussen de twee fasen is het nodig dat een mediationclausule schriftelijk wordt opgesteld en deugdelijk wordt geformuleerd. Zo kan er geen misverstand ontstaan over het punt waarop de resultaatsverbintenis om met de mediator aan tafel te gaan, waarvan nakoming kan worden afgedwongen, eindigt, en de inspanningsverbintenis om tot overeenstemming te geraken, waar dat niet het geval is, begint.<sup>10</sup> *You can take a horse to water, but you can't make it drink.*

Zoals uit het navolgende blijkt, wordt tot nu toe in de jurisprudentie dit fundamentele verschil veronachtzaamd.

### 14.3 De beschikking van de Hoge Raad van 2006

In de vele publicaties over dit onderwerp<sup>11</sup> wordt in verschillende bewoordingen en vanuit verschillende invalshoeken op het in de vorige paragraaf beschreven onderscheid gewezen, maar, wat de rechtspraak betreft, tevergeefs. Die blijft zich sinds 2006 oriënteren op een passage in de zo langzamerhand tot standaarduitspraak uitgegroeide beschikking van 6 januari 2006.

De Hoge Raad oordeelt in deze beschikking:<sup>12</sup>

*“Het gaat hier om geschillen tussen twee particulieren, die in de loop van een geding hebben afgesproken om te pogen een minnelijke regeling langs de weg van mediation te bereiken. 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.”* (cursivering toegevoegd)

Het door mij gecursiveerde tekstgedeelte is sedertdien een eigen leven gaan leiden. Een beroep van een partij op de door haar met de wederpartij overeengekomen mediationclausule wordt telkens afgewezen.<sup>13</sup>

10 Zie voor een uitgebreide bespreking Gathier 2009, hoofdstuk 2.4.

11 Zie bijvoorbeeld Gathier 2009, die overigens op pagina 189 en meer in het bijzonder in hoofdstuk 4 een uitgebreid jurisprudentie-overzicht presenteert over dit onderwerp.

12 R.o. 3.4

13 Zo ook de conclusie van de Roo en Jagtenberg 2017, p. 38 en van de redacteurs van P.H.A. Boshouwers, A.W. Jongbloed en F. Schonewille (red.) *Rechtspraak Mediation*, Den Haag: SDU uitgevers 2018, p. 318.

In de commentaren direct na het wijzen van het arrest klonk nog de hoop door dat het hier om een zeer specifiek geval ging dat geen navolging zou behoeven te krijgen.<sup>14</sup> Het betrof hier immers twee particulieren die een mondelinge, uiterst vage mediationafspraken hadden gemaakt, tijdens de mondelinge behandeling voor het gerechtshof. Bovendien faalde het cassatiemiddel ook nog eens op twee andere gronden.<sup>15</sup> Met F. Schonewille<sup>16</sup> acht ik deze uitspraak een typisch voorbeeld van *ius in causa positum*, die eigenlijk van geen belang is voor de algemene beantwoording van de hoofdvraag die hier aan de orde is. Taalkundige analyse van de kernoverweging leert tevens dat deze betrekking heeft op wat hierboven sub 2 werd aangeduid als de tweede fase. Immers, de Raad heeft het over medewerking *daaraan*, kennelijk doelend op het mediationproces zelf. Zo geïnterpreteerd valt er weinig op af te dingen: als eenmaal een mediationprocedure is gestart, staat het alle betrokkenen vrij om die te beëindigen. Een mediationclausule evenwel heeft, zoals gezegd, tevens het oog op het traject daarvóór. Daarin geldt onverminderd het principe *pacta sunt servanda*, ook als een der partijen er om haar moverende redenen geen zin meer in heeft om haar eigen afspraken na te komen. Zo is het in dit verband ook onjuist om, zoals sommige rechters doen,<sup>17</sup> de eis te stellen dat er sprake moet zijn van “duurzame instemming”. Dat is niet relevant. Een partij kan niet eenzijdig ontslagen worden uit een eenmaal door haar aangegane verplichting wanneer zij geen zin meer heeft om deze na te komen. Maar wanneer deze situatie zich voordoet, ligt de vraag voor de hand wat de zin is van zo’n onwillige partij aan de mediantafel. In de praktijk blijkt er echter een onverwacht hoog slagingspercentage te zijn van mediations waarbij aanvankelijk een van de partijen onwillig was.<sup>18</sup> Een ervaring die door veel mediators wordt gedeeld, is het feit dat soms zelfs partijen die in het voortraject uiterst vijandig tegenover elkaar stonden, in de beginfase van de daadwerkelijke mediationprocedure onverwacht welwillend tegenover elkaar zijn. Dat heeft allerlei, onder

14 Zie noot 24 Van Beukering-Rosmuller 2017; zie mijn artikel ‘De Hoge Raad en de mediationafspraken – beperkte houdbaarheid?’, *TC* 2000 6/2, p. 41-45 en *NAI-arbitrage* 9 februari 2007, *TVA* 2008, 31 (Mr. P.A. Wackie Eysten).

15 Zie de conclusie van A-G Huydecoper, sub 6 en 7.

16 Schonewille 2010a, p. 43.

17 Bijvoorbeeld: het Hof in de beschikking a quo zoals geciteerd door de Hoge Raad in r.o. 3.2 en conclusie A-G sub 3.

18 E. van Ginkel, ‘Afdwingbaarheid van de mediationclausule in Californië en Nederland’, *Forum voor conflictmanagement* 2008/1; P.A. Wackie Eysten, ‘Mediation en de rechter’, *Tijdschrift voor Arbitrage* 2003/3 p.112-114 (“dat een door één der partijen niet vrijwillig aangegane mediation tot mislukking gedoemd zou zijn is een fabeltje.”); Moerel en Franken 2013, in het bijzonder p. 254, instemmend geciteerd door Van Beukering-Rosmuller 2017, p. 3/4.

meer neurofysiologische, oorzaken die buiten het bestek van dit artikel vallen.<sup>19</sup> Het is een van de omstandigheden die een goede mediator in staat stellen partijen, ondanks initiële onwilligheid, toch naar een oplossing te begeleiden

Terug naar de standaarduitspraak van 2006: in zijn conclusie noemt A-G Huydecoper het feit dat een partij die niet verwacht dat de mediation een positieve uitkomst zal hebben, geen motief heeft om toch (verder) mee te werken, en dat is een eerste vereiste bij mediation. Men kan zich echter, aldus de A-G, gevallen voorstellen waarin van dat uitgangspunt moet worden afgeweken. Een voorbeeld levert het geval dat partijen op voorhand hebben afgesproken dat zij in te verwachten conflictsituaties enige vorm van bemiddeling zullen beproeven voordat een beroep op de rechter mag worden gedaan. De A-G verwijst daarbij naar een aantal voorbeelden van “afkoelingsregelingen” die met name bij overeenkomsten tussen werkgevers- en werknemersorganisaties regelmatig worden opgenomen. Hij concludeert tenslotte dat er gevallen denkbaar zijn waarin een uitzondering op het uitgangspunt van onderhandelingsbereidheid moet worden aanvaard, onder andere in die zin dat een partij soms verplicht mag worden om, hoewel die daar niet (langer) vrijwillig toe bereid is, enige medewerking aan een mediationpoging te verlenen. In het onderhavige geval was er echter niets aangevoerd dat het Hof voor de vraag plaatste of hier zo’n uitzonderingsgeval aanwezig zou zijn. Het Hof kon dus aan die mogelijkheid voorbijgaan.

Onder de auteurs was het vrijwel *communis opinio*<sup>20</sup> dat een zorgvuldig geformuleerd beding tussen commerciële partijen, bijgestaan door adviseurs, wel degelijk effect zou behoren te hebben.

Zoals gesteld is de jurisprudentie de doctrine niet gevolgd. F. Schonewille<sup>21</sup> noemt een aantal uitspraken van lagere rechters waarin een door partijen gemaakte afspraak mediation te zullen beproeven, niet wordt gehonoreerd. Tot voor kort was het zelfs zo dat een rechtbank of

---

19 [www.neuroawareness.com/wp-content/uploads/2016/02/CHAPTER-3.pdf](http://www.neuroawareness.com/wp-content/uploads/2016/02/CHAPTER-3.pdf) (laatst bezocht 15 maart 2019).

20 M.W. Knigge, ‘De afspraak tot mediation – meer dan een promise?’, in: A.G. Castermans, Jac. Hijma, K.J.O. Jansen, P. Memelink, H.J. Sniijders & C.J.J.M. Stolker (red), *Ex libris Hans Nieuwenhuis – Opstellen aangeboden aan prof. mr. J.H. Nieuwenhuis, hoogleraar burgerlijk recht aan de Universiteit Leiden, bij zijn emeritaat*, Deventer: Kluwer 2009, p. 357; Van Beukering-Rosmuller 2017, §3.2.

21 Schonewille 2010a, sub 4.

hof daarbij volstond met de vermelding dat het sanctioneren van de veronachtzaming van een mediationclausule “vaste jurisprudentie” is.<sup>22</sup> Het is zelfs zover gekomen dat het Hof Den Haag kennelijk een expliciet beroep op een mediationclausule zo onbelangrijk vindt, dat het daar geen overweging meer aan wijdt bij het passeren ervan.<sup>23</sup>

Hierboven schreef ik “tot voor kort”: er gloort licht aan de jurisprudentiële horizon.<sup>24</sup> Op 6 oktober 2017 oordeelde de Hoge Raad over een geschil tussen, kort gezegd, de Stichting Hermitage aan de Amstel (het museum) en Hermitage Café, de pachter van haar restaurant Neva. In de samenwerkingsovereenkomst was bepaald dat deze tussentijds slechts kon worden opgezegd in de in de overeenkomst genoemde omstandigheden, onder meer indien er een ernstig geschil tussen partijen omtrent de kwaliteit van de bedrijfsvoering door Hermitage Café is ontstaan en partijen het geschil niet in goed onderling overleg, althans door inschakeling van een mediator, hebben kunnen beslechten.

In verband met, onder meer, de achterblijvende resultaten van de avondopenstelling voor het publiek van het café onderhandelen partijen over aanpassing van de samenwerkingsovereenkomst. Het loopt spaak en de Stichting vordert ontbinding en ontruiming, die worden toegewezen door de kantonrechter. Het Hof vernietigt, met de volgende overweging:

“Hoewel Hermitage Café gelet op haar exploitatieplicht niet zonder meer had mogen weigeren mee te werken aan enige avondopenstelling, had de Stichting in de gegeven omstandigheden in haar sommatie niet zonder meer mogen terugvallen op de overeengekomen avondopenstelling voor het publiek. Dat geldt temeer nu partijen hun geschil niet, zoals zij zijn overeengekomen, hebben voorgelegd aan een mediator. Het beroep van de Stichting op de overeengekomen avondopenstelling voor het publiek is in de gegeven omstandigheden, in onderlinge samenhang beschouwd, naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar. Dat brengt mee dat de Stichting niet tot ontbinding en ontruiming kon overgaan.”

In cassatie verwerpt de Hoge Raad de motiveringsklacht en acht het hierboven geciteerde oordeel van het hof niet onbegrijpelijk:

“Met een en ander heeft het hof tot uitdrukking gebracht dat het op de weg van de Stichting had gelegen om in nader overleg met Hermitage Café, zo nodig met

22 Zie bijvoorbeeld Rb. Overijssel 20 september 2017, ECLI:NL:RBOVE:2017:3769, r.o. 4.

23 Hof Den Haag 23 juni 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:1610.

24 HR 6 oktober 2017, ECLI:NL:HR:2017:2566 (*Hermitage*).

behulp van de mediator (zoals in de overeenkomst tussen partijen voor een vergelijkbaar geval was voorzien), tot een voorstel omtrent de avondopenstelling te komen dat commercieel aanvaardbaar zou zijn voor zowel de Stichting als Hermitage Café.”

Ik maak hierbij twee opmerkingen. In de eerste plaats luidde één van de cassatiemiddelen:<sup>25</sup>

“Wat de regeling inzake *mediation* betreft, wijst het onderdeel erop dat die regeling ziet op het zich hier niet voordoende geval van geschillen “omtrent de kwaliteit van de dienstverlening”, dat Hermitage Café nimmer een voorstel voor mediation heeft gedaan, dat een clause die mediation voorschrijft nimmer de directe toegang tot de rechter kan beperken en dat die directe toegang tot de rechter dan *a fortiori* geen afbreuk kan doen aan het recht om een beroep te doen op een bepaalde contractuele bepaling.”

Kennelijk wordt hiermee primair betoogd dat de clause hier niet van toepassing is, omdat het gaat om andersoortige geschillen dan die welke hier aan de orde zijn. Subsidiair wordt een beroep gedaan op de vaste jurisprudentie van de Hoge Raad zoals hierboven beschreven. Het valt op dat de Hoge Raad hier niet op ingaat, maar zich in de hierboven aangehaalde overweging beperkt tot de constatering van de aanwezigheid van een mediationclause *tout court*, “voor een vergelijkbaar geval”, die ertoe kan bijdragen dat de redelijkheid en de billijkheid vereisen, dat onderhandelingen niet worden afgebroken.

In de tweede plaats wordt hier in feite een nog niet eerder gebruikte invalshoek ten gunste van de afdwingbaarheid van de mediationclause geïntroduceerd: de clause schept een plicht tot *voortonderhandelen*, onder regie van een mediator. Want, om de woorden van voormalig Deken Loorbach te spreken: wat is mediation anders dan het onderhandelen met een hulpmotor?<sup>26</sup>

#### 14.4 Intermezzo I: de verplichting tot voortonderhandelen

Het lijkt juist om op deze plaats kort stil te staan bij de zojuist genoemde verplichting tot dooronderhandelen. Die komt hier op neer : op basis van

---

25 Zie de conclusie van A-G Keus, sub 3.6, laatste alinea.

26 J.D. Loorbach, ‘Mediation, onderhandelen met een hulpmotor’, *Elsa Leiden Magazine* 2005, p. 24-28.



vaste jurisprudentie<sup>27</sup> kan een partij op grond van de *precontractuele goede trouw* gedwongen worden tot voortonderhandelen. *A fortiori* bestaat er dan de noodzaak om dat te doen op basis van een *contractuele verplichting*!<sup>28</sup> Die verplichting is belichaamd in de eerste fase van de nakoming van de mediationclausule zoals hierboven sub 2 omschreven. Ruygvoorn<sup>29</sup> bespreekt de vordering tot dooronderhandelen zowel in de precontractuele als in de contractuele fase. Ons geval betreft de contractuele fase en wie in die fase weigert te onderhandelen of de onderhandelingen afbreekt, kan geconfronteerd worden met de nakomingsvordering tot (door)onderhandelen. “Kan”, want er kan zich een gerechtvaardigd breekpunt in de onderhandelingen voordoen die zo’n verplichting kan opheffen. Ruygvoorn noemt een aantal omstandigheden die zo’n breekpunt in de onderhandelingen kunnen legitimeren. Wat als gerechtvaardigd moet worden beschouwd, is in belangrijke mate afhankelijk van de omstandigheden van het geval, zoals de aard van de overeenkomst. Ook noemt hij in dat verband onvoorziene omstandigheden die niet in de risicosfeer liggen van de afbrekende partij, maar wel zodanig zijn dat in redelijkheid van deze partij niet kan worden gevergd dat zij de onderhandelingen voortzet. In sommige gevallen zal een vordering tot dooronderhandelen, zelfs wanneer afbreken onaanvaardbaar moet worden geacht, niet toewijsbaar zijn. Hij noemt als voorbeelden een vordering die onvoldoende bepaalbaar is, een vordering waarin nakoming blijvend onmogelijk is geworden, en bij evidente zinloosheid, wanneer een partij willens en wetens onderhandelingen frustreert. Al deze gevallen worden beschreven vanuit de situatie waarbij een partij verplicht is om (voort) te gaan onderhandelen over bijvoorbeeld aanpassingen van het contract, of het invullen van lacunes daarin. Andere situaties dus dan wanneer overeengekomen is mediation te gaan beproeven. In dat geval zijn er moeilijk gerechtvaardigde breekpunten te bedenken: in het kader van mediation is het immers altijd mogelijk om gezamenlijk buiten het eerder gevormde juridisch kader te treden en daarbij “*out of the box*”-oplossingen te vinden. Zo kan bijvoorbeeld een objectief onmogelijke uitvoering van een eerder overeengekomen prestatie worden vervangen door een andere wijze van nakoming, die ook kan bestaan in een nalaten.

27 HR 15 november 1957, NJ 1958/67 (*Baris/Riesenkamp*); HR 18 juni 1982, NJ 1983/723 (*Plas/Valburg*); HR 12 augustus 2005, NJ 2005/467 (*CBB/JPO*), zoals besproken door M.R. Ruygvoorn, ‘De vordering tot dooronderhandelen nader belicht’, *Ars Aequi* september 2012, p. 1-6 (“Ruygvoorn 2012”).

28 NB: dat is iets anders dan een verplichting tot voortonderhandelen in een eenmaal aangevangen mediation; dat verdraagt zich inderdaad niet met de vrijwilligheid.

29 Ruygvoorn 2012.

Ook op grond van dit leerstuk is een mediationclausule dus, als species van het genus onderhandelen, voor nakoming vatbaar. Ik zie momenteel slechts één gerechtvaardigd breekpunt: wanneer zich na het overeenkomen van de mediationclausule omstandigheden voordoen die maken dat mediation geen passende oplossingsmethode meer is. Bijvoorbeeld wanneer een rechterlijke uitspraak nodig is voor het scheppen van duidelijkheid in een puur juridische kwestie.

### 14.5 Wetgeving en de mediationclausule

De eerste poging om de afdwingbaarheid van de mediationclausule wettelijk te regelen is terug te vinden in een van de drie initiatiefwetsvoorstellen inzake mediation<sup>30</sup> die op 25 maart 2013 werden ingediend door het toenmalige kamerlid Van der Steur. De allereerste (en tot nu toe nog de enige) wet waarin mediation hier te lande wordt geregeld, de implementatiewet van 15 november 2012 van de Europese Mediationrichtlijn,<sup>31</sup> bevat namelijk geen bepalingen over het onderwerp.

Inzet van de initiatiefwetsontwerpen was het teweeg brengen van een “paradigmawijziging” in het denken rond conflictoplossing c.q. -beslechting. In de oorspronkelijke versie van het bovenbedoelde initiatiefwetsontwerp stond in een nieuw in te voeren art. 22a Rv een uitgebreide lijst van geschillen met een “relationele dimensie”, die vermoed worden zich ervoor te lenen om met toepassing van mediation te worden opgelost. Dit rechtsvermoeden zou ertoe moeten leiden dat rechters zulke zaken eerder naar mediation zouden verwijzen en dat zou een prikkel zijn voor partijen om mediation eerst te beproeven. Hierin werd door velen een aanzet voor verplichte mediation gezien. Ook was dit punt mede aanleiding tot een zeer kritisch advies van de Raad van State (zie hierna) en een aantal amendementen. Een en ander heeft ertoe geleid dat de initiatiefnemer in een brief aan de Tweede Kamer van 6 maart 2015<sup>32</sup> een nota van wijzigingen met aanpassingen heeft toegezegd. Daar is het niet meer van gekomen, omdat de initiatiefwetsontwerpen zijn ingetrokken in juni

30 *Kamerstukken II* 2012/13, 33 723, nr. 2 (Wet bevordering van mediation in het burgerlijk recht).

31 Wet van 15 november 2012 tot implementatie van de richtlijn betreffende bepaalde aspecten van bemiddeling/mediation in burgerlijke en handelszaken (Wet implementatie Richtlijn 2008/52/EG betreffende bepaalde aspecten van bemiddeling/mediation in burgerlijke en handelszaken), *Stb.* 2012, 570.

32 *Kamerstukken II* 2014/15, 33 722, nr. 21.

2015 na het vertrek van Van der Steur als kamerlid. In zijn hoedanigheid van minister kondigde hij een maand later zijn voornemen aan om op zo kort mogelijke termijn wetgeving in procedure te brengen ter vervanging van de initiatiefwetsvoorstellen. Dat is gebeurd in de vorm van het huidige (voor)ontwerp mediationwet, hierboven §14.1 genoemd.

Evenals in de geciteerde jurisprudentie over de mediationclausule ging het in de discussie rond de initiatiefwetsontwerpen over het *beginsel van vrijwilligheid* van mediation. De met de voorstellen beoogde paradigma-wijziging doelt op het feit dat de doorsnee-betrokkene bij een conflict niet geïnteresseerd is in het creëren van jurisprudentie, maar in het bereiken van een oplossing, bij voorkeur in overleg.<sup>33</sup> Dit vergt van veel juristen een andere benadering dan waarvoor zij hebben doorgeleerd. De huidige standaardprocedure is (door die aangeleerde *denkwijze* ?) nog steeds de gerechtelijke. Door die keuze van eiser voor rechtspraak wordt menig gedaagde tegen zijn wil gedwongen tot een kostbare, tijdrovende en relatie-verstorende procedure, terwijl gedaagde de voorkeur zou hebben gegeven aan de overlegroute. Dat komt dus neer op uitsluitend vrijwilligheid van de kant van de eiser. Door zijn keuzevrijheid dwingt eiser zijn keuze van conflictoplossing aan gedaagde op. En hoort men er niet in het algemeen (urgente kwesties daargelaten) van uit te gaan dat eerst overleg plaatsvindt, en pas wanneer dat overleg mislukt, de weg van de procedure wordt gekozen? Dat was de insteek van de initiatiefwetsontwerpen.

Deze redenering geldt *a fortiori* wanneer partijen willens en wetens in een mediationclausule hebben afgesproken eerst de weg van dat overleg te zullen beproeven.

Hoe zou dat art. 22a Rv er conform het initiatiefwetsontwerp uit hebben gezien?

“[...]”

2. Indien partijen bij voorbaat zijn overeengekomen mediation toe te passen indien zich een geschil zal voordoen omtrent een tussen hen bestaande rechtsbetrekking, houdt de rechter bij wie een geschil aanhangig wordt gemaakt dat is onderworpen aan het desbetreffende beding, de behandeling van de zaak aan indien hem is gebleken dat door partijen geen uitvoering is gegeven aan het

---

33 M.J. ter Voort en C.M. Klein Haarhuis, *Geschilbeslechtingdelta 2014 over verloop en afloop van (potentieel) juridische problemen van burgers*, Wetenschappelijk Onderzoeken Documentatiecentrum Ministerie van Veiligheid en Justitie, Boom | Lemma uitgevers 2014.

beding. De behandeling van de zaak wordt voortgezet nadat partijen de rechter hebben meegedeeld dat de mediation, na de aanvang daarvan, zonder overeenstemming is beëindigd.”

Het advies van de Raad van State over het beoogde artikellid luidde als volgt:<sup>34</sup>

**“B.3** Gevolgen van een mediationclausule

Het voorgestelde artikel 22a, tweede lid, bepaalt dat als partijen zijn overeengekomen mediation toe te passen, de rechter bij wie een geschil aanhangig wordt gemaakt de behandeling van de zaak aanhoudt indien geen uitvoering is gegeven aan dat beding. De behandeling van de zaak wordt voortgezet nadat partijen de rechter hebben meegedeeld dat de mediation na de aanvang daarvan zonder overeenstemming is beëindigd.

De toelichting gaat onvoldoende in op de mogelijke effecten van deze verplichting. Waar één van de partijen onwillig is om langs mediation tot een oplossing te komen, is waarschijnlijk dat de voorgestelde verplichting enkel leidt tot een nodeloze vertraging van de procedure. In dat licht roept de regeling de vraag op waarom niet wordt gekozen voor een facultatieve bepaling, waarbij de rechter de mogelijkheid krijgt om de behandeling van de zaak op te schorten dan wel de behandeling van de zaak voort te zetten.

De Afdeling adviseert de keuze voor een verplichte opschorting dragend te motiveren en zo nodig het voorstel aan te passen.”

In zijn reactie op het advies van de Raad<sup>35</sup> gebruikt de initiatiefnemer de hierboven door mij genoemde *a fortiori* redenering en voegt daaraan toe:

“de initiatiefnemer beoogt met de desbetreffende regeling een breuk met de huidige jurisprudentie op dit punt te bereiken. Juist omdat partijen in een dergelijke situatie er geheel vrijwillig voor hebben gekozen om een mediation-beding onderdeel te laten zijn van een overeenkomst, mag van hen een grote inspanning worden verwacht om daaraan ook gevolg te geven.”

In zijn hierboven genoemde brief aan de Tweede Kamer van 6 maart 2015 zegt hij toe met een aangepaste formulering te zullen komen. Het resultaat daarvan is terug te vinden in het voorgestelde art. 22a lid 2 van het hierboven §14.1 genoemde (voor) ontwerp-mediationwet

“Artikel 22a Rv

- De rechter kan partijen in elke stand van het geding verwijzen naar mediation in die gevallen waarin hij van oordeel is dat het geschil zich ervoor leent om met toepassing van mediation te worden opgelost.

34 *Kamerstukken II*, 2013/14, 33 727, 33 722 en 33 723, nr. 4, p. 36.

35 *Kamerstukken II* 2013/14, 33 723, nr. 4, gepubliceerd op 5 juni 2014.

- In zaken die ter vrije bepaling van partijen staan en waarbij partijen zijn overeengekomen mediation toe te passen indien zich een geschil voordoet omtrent een tussen hen bestaande rechtsbetrekking, onderzoekt de rechter of een minnelijke oplossing met behulp van mediation mogelijk is.”

Met andere woorden: dit artikel verplicht de rechter te onderzoeken of, en zo ja waarom in redelijkheid van eiser niet gevergd kan worden dat hij voldoet aan zijn resultaatsverbintenis om plaats te nemen aan de tafel van de mediator. De bewijslast berust bij eiser. Het is aan hem om ten genoegen van de rechter aan te tonen dat in zijn geval de regel *pacta sunt seroanda* niet geldt, en hij geen wanprestatie pleegt. De rechter kan ter zitting vragen aan de eiser, die met veronachtzaming van de mediationclausule (waarop gedaagde een beroep doet) een vordering aanhangig heeft gemaakt, waarom hij destijds heeft gekozen voor mediation en wat maakt dat hij daar niet meer achter staat. Dat opent de mogelijkheid voor een interessante discussie waarbij misschien wel al belangen boven water komen waar de rechter, die tegenwoordig is uitgerust met mediation-technieken, gebruik van kan maken. Vragen zoals: “wat maakt dat eiser de mediationclausule veronachtzaamt, wat maakt dat gedaagde daar een beroep op wil doen?” kunnen leiden tot inzicht in de werkelijke belangen van partijen. En stel dat ook de gedaagde zich niet beroept op de mediationclausule, dan zou de vraag kunnen zijn: “u hebt destijds een mediationclausule afgesproken; wat is het verschil tussen de situatie toen en nu?” Dat kan dan een begin zijn van een schikking of (toch maar, en nu met – min of meer schoorvoetende – instemming van beide partijen) een verwijzing naar mediation.<sup>36</sup>

De hoop is nu gevestigd op een snelle aanname van het wetsontwerp, maar misschien kan een creatieve advocaat zelfs nu al met succes een beroep doen op anticiperende werking, ondersteund door verwijzing naar de hierboven behandelde *Hermitage*-uitspraak. Op die manier kan alvast jurisprudentie worden geschapen waarin wordt vastgesteld dat een deugdelijk geformuleerde mediationclausule partijen verplicht om te doen wat zij hebben afgesproken: met elkaar in gesprek gaan onder regie van een mediator.

---

<sup>36</sup> Een interessante voorloper van deze methode is te vinden in een uitspraak van de rechtbank 's-Hertogenbosch waarin op de gebruikelijke wijze onbevoegdheid cq niet-ontvankelijkheid bij veronachtzaming van een mediationclausule wordt afgevoerd, maar waarbij de aanwezigheid van zo'n clausule voor de rechtbank wel reden is “om bij gelegenheid van de te bevelen comparitie na antwoord, mogelijke verwijzing naar mediation uitdrukkelijk aan de orde te stellen”. (23 februari 2011, ECLI:NL:RBSHE:2011 BP5647).

## 14.6 De praktijk

Elders<sup>37</sup> in deze bundel bespreekt mr. Eva Schutte het onderzoeksrapport ZAM/ACB naar kansen en belemmeringen voor zakelijke mediation onder advocaten, bedrijven en rechters in Nederland. Ik beperk mij voor deze bijdrage tot de vraag, hoe de respondenten dachten over een mediationclausule. Graag wil ik benadrukken, dat het onderzoek werd gedaan onder drie bovengenoemde doelgroepen, waarvan de advocaten en de vertegenwoordigers uit het bedrijfsleven allen, van de rechters voor een deel, ervaring hadden met mediation. Dat maakt dit onderzoek zo belangrijk: de (vertegenwoordigers van) cliënten spreken allen uit eigen ervaring. Het geeft een *insider's point of view*.

De vraag werd als volgt beantwoord:

- Meer dan 70% van de advocaten vindt dat wanneer sprake is van een mediationclausule, het wenselijk is dat eerst mediation wordt geprobeerd voordat de rechter wordt aangezocht;<sup>38</sup>
- Voor de respondenten uit het bedrijfsleven is dit twee derde;<sup>39</sup>
- 70% van de rechters is het eens met de stelling dat een mediationclausule moet worden gevolgd,<sup>40</sup> ondanks de uitspraak van de Hoge Raad uit 2006 en de op basis daarvan gevormde jurisprudentie zoals hierboven omschreven.

Tenslotte nog een uitstapje naar de internationale praktijk: in het recente interim-rapport van de Global Pound Conference, gecoördineerd door het International Mediation Institute, zijn de resultaten gebundeld van 39 conferenties, gehouden in 31 landen, waaraan alle groepen, betrokken bij commerciële conflictbeslechting hebben deelgenomen.<sup>41</sup> Met betrekking tot ADR-clausules was het resultaat als volgt:

*“There seems to be near universal recognition that before parties embark on adjudicative processes – which are typically expensive undertakings of significant duration – they should be at least encouraged (and potentially compelled) to explore less costly non-adjudicative options. This could be achieved through the development of pre-action*

37 Zie haar bijdrage, ‘Mediation in ondernemings(rechtelijke) geschillen’, hoofdstuk 13.

38 Vraag 41, p. 93.

39 Vraag 43, p. 112.

40 Vraag 36, p. 128 (rechters met verwijsservaring), vraag 36, p. 139 (rechters zonder verwijsservaring).

41 Ongedateerd rapport *Global Pound Conference Series, Global Data Trends and Regional Differences*, p. 14, te raadplegen via [www.imimmediation.org/research/gpc/series-data-and-reports/#909-reports](http://www.imimmediation.org/research/gpc/series-data-and-reports/#909-reports) (laatst bezocht 24 maart 2019).

*protocols to be followed before court proceedings can be commenced (save where limitation or tolling periods are required or a particular remedy like an injunction is needed), or through arbitration clauses and rules encouraging parties to consider alternatives before a tribunal is constituted."*

#### 14.7 Intermezzo II: mediation als zwakgebod

In het ZAM/ACB rapport wordt ook een paar maal als nadeel van mediation genoemd het feit dat een voorstel tot mediation als zwakgebod kan worden ervaren door partijen. Het argument is onjuist: in de praktijk maken mediators vaak mee dat oplossingen werden bereikt die veel beter toegesneden waren op de belangen van partijen dan via een gerechtelijke procedure en die zelfs nooit via een procedure hadden kunnen worden gerealiseerd. Het gevoel van het zwakgebod bestaat echter nu eenmaal, zeker bij partijen zonder mediationervaring. Daar kan met een beroep op de mediationclausule het volgende argument tegen in worden gebracht: 'ik heb een ijzersterke zaak en zal in een procedure winnen, maar ik ben verplicht om eerst met jou het mediationtraject in te gaan. Dat hebben we nu eenmaal zo afgesproken.'

Het opnemen van een mediationclausule is dus in elk geval een steun in de rug bij het weerleggen van het (overigens ongefundeerde) argument van het zwakgebod.

#### 14.8 Sancties

Een van de lastigste vragen is hoe de schade kan worden vastgesteld die de gedaagde lijdt wanneer de eiser met veronachtzaming van een mediationclausule dagvaardt. De schadeberekening die kan worden gemaakt conform de maatstaf die de Hoge Raad heeft opgesteld in het *Hermitage*-arrest (dat het beroep van de partij die de onderhandelingen heeft afgebroken naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar moet worden geacht, mede gelet op de omstandigheid dat geen mediator is ingeschakeld) kan hier niet leidend zijn. Het afbreken van de onderhandelingen was op zichzelf onaanvaardbaar, want in strijd met de redelijkheid en billijkheid, het niet inschakelen van een mediator was, gezien het gebruik van het woord *mede* een bijkomende omstandigheid. Maar wat nu wanneer er vóór de rauwelijkse dagvaarding geen sprake was van afgebroken onderhandelingen, maar uitsluitend het schenden

van de verplichting om eerst mediation te proberen? De schade is dan gelegen in de mogelijk nodeloos gemaakte proceskosten van gedaagde wanneer hij de procedure verliest, die door een mediation hadden kunnen worden vermeden. Of het verschil tussen de door de gedaagde werkelijk gemaakte kosten en de geliquideerde proceskosten wanneer de vordering van eiser wordt afgewezen, uiteraard na aftrek van de niet-uitgegeven, *ex aequo et bono* vast te stellen mediationkosten. Wij belanden dan in de problematiek van de proportionele aansprakelijkheid en de kansschade – voor zover die leerstukken hier van toepassing zijn.<sup>42</sup> Onderzoek wijst weliswaar uit dat in de meerderheid van de gevallen een mediation leidt tot een oplossing, maar het percentage is geen vast gegeven. Ik laat de verdere uitwerking van dit probleem met genoeg over aan meer deskundigen op dit gebied.

Een creatieve advocaat van een gedaagde die bezwaar maakt tegen het passeren van een mediationclausule zou misschien een poging kunnen wagen deze schade bij wege van voorwaardelijke eis in conventie, al of niet *ex aequo et bono* of nader op te maken bij staat, te vorderen.

Ook zal moeten worden onderzocht of art. 237 Rv over de kostenveroordeling, toelaat dat op deze manier met de proceskostenveroordeling wordt omgegaan.

In dit verband is ook een klein uitstapje naar het consumentenrecht interessant: in het *Mennini*-arrest<sup>43</sup> heeft het Hof van Justitie van de Europese Unie onder meer bepaald dat de Richtlijn 2013/11/EU (ADR consumenten)

“niet in de weg staat aan een nationale wettelijke regeling die de consument enkel toestaat om zijn deelname aan een voorafgaande procedure van bemiddeling/ mediation te weigeren indien daarvoor een geldige reden bestaat, voor zover hij die deelname zonder enige beperking kan beëindigen na de eerste ontmoeting bij de bemiddelaar.”

De overweging betreft een van de voorwaarden waaronder een verplicht mediation-voortraject voor consumenten toelaatbaar is. Alweer een *a fortiori* redenering: wat geldt voor verplichte mediation bij consumenten moet ook gelden voor overeengekomen mediation bij niet-consumenten.

42 HR 21 december 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX7491.

43 HvJ EU 14 juni 2017, C-75/16 (*Mennini en Rampanelli/Banco Popolare*); zie ook Van Beukering en Van Leynseele 2017, p. 50.



In *common law* jurisdicties is men al verder met het doordenken van deze kwestie, zo bijvoorbeeld het Verenigd Koninkrijk,<sup>44</sup> waar een winnende partij toch een kostenveroordeling opgelegd kan krijgen wanneer zij op onredelijke gronden mediation heeft geweigerd. Voor een aantal in die jurisprudentie ontwikkelde gronden zie het in de noot vermelde artikel. Wellicht dat deze criteria de Nederlandse rechter kunnen inspireren bij het verder ontwikkelen van mogelijkheden om wanprestatie met betrekking tot de mediationclausule van sancties te voorzien, zodat eisers het wel uit hun hoofd zullen laten om een goed geredigeerde mediationclausule te veronachtzamen.

In Australië bestaan uitspraken, waarin de vraag aan de orde wordt gesteld

*“whether it would constitute an abuse of process to commence proceedings without a prior attempt to mediate”.*<sup>45</sup>

#### 14.9 Samenvatting

Het bovenstaande overziend zijn er vier zelfstandige gronden voor afdwingbaarheid van de mediationclausule: drie juridische en een onderhandelingstechnische/psychologische:

1. De fase tot aan de mediantafel is een resultaatsverbintenis, dus rechtens afdwingbaar;
2. Volgens vaste jurisprudentie bestaat er onder bepaalde omstandigheden een *precontractuele* plicht tot voortonderhandelen; *a fortiori* bestaat er zo’n plicht wanneer dat contractueel vastligt.
3. Het veronachtzamen van een mediationclausule kan onder omstandigheden misbruik van procesrecht zijn.
4. Een mediationclausule neemt de gêne om mediation aan te gaan weg, het is immers geen zwakgebod maar een contractuele verplichting.

Fact of life is echter dat nog velen vastzitten in de formulering van de Hoge Raad in 2006. Er is dus een pijnloze overgang nodig via een bestendige gedragslijn, door moderne rechters op te bouwen op basis

44 B. Clark, ‘A tale of two jurisdictions: mediation case law in England & Wales and Scotland’, *TMD* 2017/4, p. 14 e.v.

45 *Aiton v Transfield*, New South Wales Supreme Court 996 (1 October 1999).

van het nieuwe art. 22a lid 2 van de hopelijk spoedig in te voeren Wet bevordering mediation. Hierdoor zal op termijn een mediationclausule daadwerkelijk kunnen bijdragen aan conflictoplossing op maat: schikken en mediation waar het kan, procederen waar het moet.

#### 14.10 Conclusie

Bij een deugdelijk geformuleerde mediationclausule zijn partijen verplicht tenminste eenmaal, al of niet gezamenlijk, een gesprek te hebben met een mediator.<sup>46</sup> Nakoming van deze verplichting kan in rechte worden afgedwongen op basis van het algemeen rechtsbeginsel: *pacta sunt servanda*.

Na dit gesprek bestaat alleen nog een inspanningsverplichting om te goeder trouw te onderhandelen; wanneer een van de betrokkenen de mediation wenst te beëindigen is een verplichting tot voortonderhandelen niet meer aan de orde op basis van het algemeen beginsel van mediation: vrijwilligheid.

#### BIJLAGE

##### **De houdbaarheid van het NAI-mediationbeding**

*Ten behoeve van de oplossing van elk geschil dat is of mocht ontstaan naar aanleiding van de onderhavige overeenkomst, dan wel van nadere overeenkomsten die daarvan het gevolg mochten zijn, zullen de partijen, respectievelijk zal de meest gerede partij, een aanvraag tot mediation indienen bij het secretariaat van het NAI volgens het NAI Mediationreglement. Leidt die aanvraag niet tot een algehele oplossing van het geschil door ondertekening van een vaststellingsovereenkomst als bedoeld in artikel 7(1) sub (a) van het NAI Mediationreglement, door een arbitraal schikkingvonnis als bedoeld in artikel 8 van dat reglement, of door een combinatie van deze beide, dan wordt het geschil, althans dat gedeelte daarvan dat niet op één van de zo even genoemde wijzen is opgelost, uitsluitend beslecht overeenkomstig het NAI arbitragereglement.*

Wat zijn de kansen voor het NAI die geboden worden door het hierboven genoemde standpunt van de overgrote meerderheid van de schrijvers, de praktijk en de rechters met mediationervaring?

---

46 Zo ook Schonewille 2010b, p. 65 en Van Beukering en Van Leynseele 2017, p. 53.

De hierboven geciteerde NAI-mediationclausule is compact en dat is mogelijk door de directe koppeling aan de procedureregels in het NAI Mediationreglement en de activiteiten van het secretariaat. Het is hier niet de plaats om de pro's en contra's (en die zijn er wel degelijk) van dat reglement te bespreken; in deze bijlage wordt uitsluitend de relatie gelegd met het NAI-mediationbeding.

De compactheid lijkt in de praktijk een voordeel, omdat geschillenclausules nu eenmaal in de transactiepraktijk de hekkensluis zijn. *Midnight Clauses*, *4AM Clauses* worden ze ook wel genoemd, ze komen pas aan de orde vlak voor de *closure*, het tijdstip waarop de champagne al ontkurkt is of de *boarding* voor het vliegtuig naar huis al is aangevangen.

*Lijkt* een voordeel: het nadeel is dat een al te korte standaardclausule in het geval van veronachtzaming sneller het loodje legt dan één die met aandacht voor de specifieke omstandigheden is geformuleerd. Het is dan ook beter om de kurk pas van de fles te halen wanneer ook dit laatste deel van het contract deugdelijk is uit onderhandeld. Hoe meer er sprake is van een maatpak, hoe groter het commitment, des te sterker is het beroep erop.<sup>47</sup> In zoverre kan het NAI-mediationbeding hier en daar nog wel wat *retouches* gebruiken, mits er ook een kanttekening wordt opgenomen dat er geen sprake is van confectie maar van aandachtspunten die uitdrukkelijk moeten worden uit onderhandeld.

Een paar gedachten hierover:

- de clausule zou kunnen worden omgebouwd tot “drietrapsraket”: eerst een verplichting om te trachten door middel van onderhandeling tot een oplossing te komen (met nog een variant dat die onderhandelingen een echelon hoger in de onderneming dienen plaats te vinden dan daar, waar het conflict is ontstaan), vervolgens, als dat overleg geen resultaat oplevert, een mediationfase en wanneer ook dat niet lukt, pas arbitrage.
- Een duidelijk tijdpad ontbreekt. Zo kan een van de partijen misbruik maken door tijd te rekken.
- Om de clausule beter aanvaardbaar te maken, moet er een uitzondering worden ingebouwd voor maatregelen ter bewaring van rechten.
- Om de twee fasen zoals hierboven beschreven in §14.2 duidelijk te markeren zou kunnen worden opgenomen dat partijen ertoe ge-

---

<sup>47</sup> Uitgebreid hierover Gathier 2009, hoofdstuk 5, in het bijzonder p. 130.

houden zijn in elk geval een mediationbijeenkomst zoals door het secretariaat georganiseerd, daadwerkelijk bij te wonen, wellicht met een minimum van, zeg, 1½ uur. Daarin kan, zoals de ervaring leert, worden vastgesteld of het waarschijnlijk is dat binnen het kader van een mediation overeenstemming zal kunnen worden bereikt.

- Een optie zou ook kunnen zijn dat al in de clause wordt opgenomen dat de kosten zullen worden gedeeld.
- Om nakoming te garanderen zou een boeteclausule kunnen worden overwogen. Nadeel zou kunnen zijn dat zo'n clause de onderhandelingen op scherp kan zetten op een ongelukkig moment; de keerzijde daarvan is dat (als geste bij onderhandelingen) van zo'n clause kan worden afgezien om de goede wil te tonen. Als bijkomend voordeel blijkt daaruit dat er inhoudelijk is onderhandeld.
- Groot voordeel van het NAI is dat het "binnenshuis" snel kan schakelen naar arbitrage en bindend advies. Een aspect daarvan is de *knowhow* die er bestaat op het gebied van arbitrale schikkingsvonnissen, maar het is de vraag of de constructie van art. 8 van het reglement wel juridisch waterdicht is. Daarover meer in de bijdrage in deze bundel van Pietro Ortolani (hoofdstuk 28).

Wat wel kan is een link leggen naar arbitrage/bindend advies voor het geval de mediation bijna is afgerond maar er nog een enkel punt ter beslissing overblijft: een arbitrale/bindend advies-deelgeschilprocedure. Een soepele procedure om de resterende vraag voor te leggen aan een arbiter of bindend adviseur binnen het NAI maakt NAI-mediation voor partijen extra aantrekkelijk. Hierdoor hebben ze de zekerheid dat de mediation altijd tot een deal, al of niet gedeeltelijk, door middel van een uitspraak bij wege van bindend advies/arbitrage zal leiden. Daarmee wordt tegemoetgekomen aan het bezwaar tegen mediation, dat nooit volledige zekerheid kan worden gegeven dat er een oplossing zal komen. Dat was ook de motivering van de wetgever om in het voorontwerp, genoemd in §14.1, de "mediationrechter"<sup>48</sup> in te voeren. Een veel gehoord bezwaar tegen die constructie is, dat het hier veelal gaat om kwesties waar specifieke deskundigheid voor nodig is, op technisch gebied, maar ook juridisch-specialistisch, en dat is iets wat het NAI kan bieden. Een *unique selling point*. Deze methode zou kunnen worden aangeboden in een door partijen te kiezen versie van het mediationbeding als een soort "NAI – med/arb – pakket". De

---

48 Art. 1019ee Rv.

daarbij behorende procedure zou ten opzichte van de bestaande verkort en vereenvoudigd kunnen worden:

- de mediator formuleert met medewerking van partijen en hun raadslieden een gemeenschappelijke vraag aan een arbiter/bindend adviseur met een bepaalde expertise, aan te wijzen door het secretariaat;
- wanneer partijen en/of arbiter dat wensen vindt er nog een mondelinge toelichting plaats;
- de arbiter/bindend adviseur doet met bekwame spoed uitspraak in het deelgeschil.
- de uitspraak wordt opgenomen in de vaststellingsovereenkomst.
- Overwogen zou kunnen worden om ook andere methoden aan te bieden, die het oplossen van geschillen kunnen faciliteren, zoals (*early*) *neutral evaluation*, waarbij een deskundige al in een vroeg stadium (proces)kansen voor partijen kan evalueren, en niet – bindend advies.<sup>49</sup>
- Om duidelijk te maken dat het NAI mediation serieus neemt zou in het arbitragereglement kunnen worden opgenomen dat bij veronachtzaming van een mediationclausule waarop door de verweerder beroep wordt gedaan, arbiters de procedure zullen aanhouden totdat gebleken is dat mediation geen oplossing heeft geboden. Een steviger *commitment* dus dan in het voorontwerp.

Over *commitment* gesproken: daarvan mag het NAI in de toekomst wel meer laten zien.

Tot nu toe lijkt mediation bij het NAI een ondergeschoven kindje. Wil het Instituut worden gezien als een serieuze speler in mediationland dan dient het zich daarin duidelijker te profileren. Tot dusver heeft het Instituut dat niet gedaan: er wordt niet deelgenomen aan belangrijke discussies over het onderwerp, zoals bijvoorbeeld het wetsontwerp. In de vakbladen zijn geen publicaties over mediation te vinden onder het vaandel van het NAI. Zo is tot nu toe in geen enkele editie van het tijdschrift *Nederlandse Mediation*, waarin geanonimiseerde mediationcasus worden gepubliceerd (een soort NJ, maar dan voor mediation), een casus vermeld die onder auspiciën van het Instituut is behandeld.

---

<sup>49</sup> Voor een bespreking van deze en andere ADR-instrumenten zie: M.A. Schonewille, *Toolkit Mediation. Resultaat bereiken als mediator, manager, mediation advocate en onderhandelaar*, Den Haag: Boom juridisch 2018, hoofdstuk 5.5-5.7.

Het is wel begrijpelijk: het NAI is een eerbiedwaardig instituut dat al 70 jaar bestaat, (zakelijke) mediation komt pas kijken. Ook is arbitrage iets wezenlijk anders dan mediation – dat behoeft geen verdere uitleg. Maar wat uit het bovenstaande kan worden geconcludeerd is dat beide conflictoplossingsmethoden elkaar “binnenshuis” kunnen aanvullen.

En hiermee raken we aan een nog niet besproken voordeel voor het NAI van een goed geformuleerde mediationclausule: daarmee kan de link worden gelegd tussen mediation en andere conflictoplossings-/beslechtingsmethoden onder één dak.

Een spannend vooruitzicht voor de volgende 70 jaar; misschien betekent NAI tegen die tijd wel “Nederlands ADR Instituut”!