



Universiteit
Leiden
The Netherlands

De juridische afdwingbaarheid van een mediationclausule. Een bespreking van de procesrechtelijke invalshoek, aan de hand van recente wetgevingsontwikkelingen

Beukering-Rosmuller, E.J.M. van

Citation

Beukering-Rosmuller, E. J. M. van. (2017). De juridische afdwingbaarheid van een mediationclausule. Een bespreking van de procesrechtelijke invalshoek, aan de hand van recente wetgevingsontwikkelingen. *Tijdschrift Voor Arbitrage*, 2017(1), 7-14. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/48841>

Version: Publisher's Version

License: [Leiden University Non-exclusive license](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/48841>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

De juridische afdwingbaarheid van een mediationclausule

Een bespreking van de procesrechtelijke invalshoek, aan de hand van recente wetgevingsontwikkelingen

TvA 2017/2



The legal enforceability of mediation clauses

This article discusses the legal status of mediation clauses in Dutch civil law. Special attention is paid to recent legislative proposals containing rules with regard to mediation clauses. Mediation clauses are regularly used in commercial contracts. In these cases it is agreed beforehand to submit future disputes (primarily) to mediation. Problems may arise if one party refuses to comply with this obligation whereas the other party demands performance. Clearly there is a tension between on the one hand the principle of 'pacta sunt servanda' and on the other hand the voluntary nature of mediation, especially in the light of access to justice (art. 6 ECHR).

According to Dutch jurisprudence mediation clauses are in principle not legally enforceable. This jurisprudence is subject to criticism. In the most recent legislative proposal regarding mediation (July 2016) the judge would be obliged to examine whether mediation can still have an added value in case one party refuses to contribute to a mediation clause invoked by the other party. This provision seems legally acceptable. In the opinion of the author it could also (to some extent) address the criticism towards the jurisprudence that (over) emphasises the voluntary nature of mediation. It is assumed that under the latest legislative proposal a contractual mediation clause will have a stronger legal effect.

1. Inleiding

1.1 Het vraagstuk van het wel of niet juridisch afdwingbaar zijn van mediationclausules (oftewel: mediationbedingen)

is voor de praktijk van groot belang.² Ook in de commerciële praktijk treft men deze clausules in contracten of algemene voorwaarden met enige regelmaat aan.³ Daarbij wordt op voorhand afgesproken eventueel toekomstige geschillen (primair) aan mediation te onderwerpen. Niet zelden is mediation dan onderdeel van een multi-step clause, met in principe een gerechtelijke procedure of arbitrage als vervolgstap (voor het geval de mediation niet of slechts ten dele tot een oplossing van het geschil zou leiden). Het onderwerp mediationclausules komt geheel niet aan bod in de Europese Mediationrichtlijn uit 2008 en de in het Nederlandse recht op 21 november 2012 in werking getreden Wet implementatie richtlijn nr. 2008/52/EG, geldend voor grensoverschrijdende burgerlijke en handelsgeschillen. In het in september 2013 door het toenmalige VVD-Tweede Kamerlid Van der Steur ingediende initiatiefwetsvoorstel mediation, gericht op het realiseren van een wettelijk kader voor mediations op nationaal niveau, werd in principe uitgegaan van wettelijke afdwingbaarheid van een mediationbeding. Daarmee werd beoogd een breuk met de huidige Nederlandse jurisprudentie te bewerkstelligen, die mediationafspraken in beginsel niet afdwingbaar laat zijn (zie m.n. Hoge Raad 20 januari 2006, NJ 2006/75). Het initiatiefwetsvoorstel is in juni 2015 (na het vertrek van het lid Van der Steur uit de Kamer) door de VVD ingetrokken. Van der Steur kondigde als Minister van Veiligheid en Justitie bij brief van 13 juli 2015 aan met nieuwe mediationwetgeving van regeringswege te komen.⁴ Precies een jaar later, op 13 juli 2016, werd het conceptvoorstel Wet bevordering mediation voor consultatie op internet geplaatst, met 30 september 2016 als einddatum voor reactie. Er zal opnieuw advies aangevraagd worden bij de Raad van State.⁵ Het nieuwe wetsvoorstel betreft een voortzetting van het oude (ingetrokken) initiatiefwetsvoorstel, met niettemin enkele – soms veelzeggende – wijzigingen en nuanceringen. Voor wat betreft het mediationbeding is het voorstel thans dat de rechter, bij een beroep op het be-

1 Universitair docent Burgerlijk Procesrecht aan de Faculteit der Rechtsgeleerdheid, Universiteit Leiden. Met dank aan mr. P.L.F. Ribbers en mr. E.N. Verhage voor hun commentaar op een eerdere versie van dit artikel.

2 De mediationclausule bevindt zich op het snijvlak van het contractenrecht en het civiele procesrecht. De juridische problematiek rondom de clausule kan dan ook vanuit beide invalshoeken worden benaderd. In deze bijdrage staat de procesrechtelijke invalshoek, die momenteel het meest actueel is, centraal. Er kan een probleem ontstaan als één van partijen nakoming van het beding weigert en de andere partij niettemin nakoming wenst.

3 Mediationafspraken komen thans vooral in de arbeidsrechtelijke en familierrechtelijke sfeer al vaker voor.

4 Kamerstukken II 2014/15, 33722, 24.

5 Dit betreft de stand van zaken ten tijde van afsluiting van de tekst voor deze bijdrage (5 november 2016). Zie voor het voorstel en de toelichting www.internetconsultatie.nl (zoek onder gesloten consultaties, Wet bevordering mediation). Nadien (op 26 januari 2017) is Van der Steur afgetreden als Minister van Veiligheid en Justitie.

ding, gehouden is te onderzoeken of het zinvol is partijen in de gelegenheid te stellen (alsnog) mediation te beproeven.

1.2 In deze bijdrage onderwerp ik de regeling inzake mediationclausules uit de beoogde, nieuwe wetgeving voor (civielrechtelijke) mediations op nationaal niveau, aan een nadere analyse. Het voorstel van regeringswege wordt daarbij vergeleken met het voorstel uit het initiatiefwetsvoorstel. Alvorens daartoe over te gaan, bespreek ik eerst de reeds gerealiseerde algemene wettelijke kaders voor mediation en de verhouding van de nieuwe regelgeving, waaronder de voorziening omtrent mediationclausules, tot het bestaande kader. Voorafgaand aan de analyse wordt eveneens de jurisprudentie inzake de afdwingbaarheid van mediationafspraken geschetst. Het spanningsveld bij mediationclausules tussen enerzijds het beginsel 'pacta sunt servanda' en anderzijds de vrijwilligheid van mediation is, mede in het licht van het recht op toegang tot de rechter (art. 6 EVRM en art. 17 Gw), evident. De artikelen 6 EVRM en 17 Gw laten een mediationafpraak in beginsel toe, mits er sprake is van een eigen, vrijwillige keuze, welke ondubbelzinnig is.⁶ Niettemin is er genoemd spanningsveld en weegt het recht op toegang tot de rechter zwaar. Binnen de Europese Unie gaan lidstaten verschillend met het spanningsveld om. Het is ook aan de (rechterlijke macht in de) lidstaten zelf om de afdwingbaarheid en geldigheid van mediationclausules te bepalen. Dit gebeurt in principe op basis van algemene beginselen van het contractenrecht en civiele procesrecht.⁷ Voor het Nederlandse recht is de actuele stand van zaken dat er een wettelijke (concept)regeling omtrent mediationclausules ligt, die sterk afwijkt van een eerdere versie in het initiatiefwetsvoorstel. Is de nieuwe regeling juridisch acceptabeler vanuit voormeld 'toegangs' perspectief? En welk effect valt ervan te verwachten voor de Nederlandse (mediation)praktijk?

2. De verhouding van nieuwe wetgeving voor mediations op nationaal niveau tot de Mediationrichtlijn en de Implementatiewet. In het bijzonder de plaats van mediationclausules in de wetgeving

2.1 Op Europees niveau is op 21 mei 2008 de Mediationrichtlijn vastgesteld.⁸ In Nederland is deze richtlijn geïmplementeerd met voormelde Wet implementatie richtlijn nr. 2008/52/EG betreffende bepaalde aspecten van bemiddeling/mediation in burgerlijke en handelszaken (hierna: de Implementatiewet).⁹ De, op 21 november 2012 in werking

getreden, Implementatiewet is een zelfstandige wet die zich, overeenkomstig de reikwijdte van de richtlijn, beperkt tot grensoverschrijdende (burgerlijke en handels)geschillen.¹⁰ De implementatie van de richtlijn en de ter uitvoering daarvan getroffen wettelijke voorzieningen zijn door mij besproken in *TvA 2013/14*.¹¹ De getroffen wettelijke voorzieningen zien, kort gezegd, op: court-annexed mediation, de mogelijkheid van het verbinden van een executoriale titel aan een mediationresultaat, het verschoningsrecht van de mediator en de stuiting van de verjaring van rechtsvoorwaarden door mediation. Een voorziening omtrent mediationbedingen ontbreekt in de Richtlijn en de Implementatiewet. Op 26 augustus 2016 verscheen het evaluatieverslag van de Europese Commissie over de toepassing van de richtlijn (overeenkomstig art. 11 Mediationrichtlijn).¹² De Commissie geeft aan dat het op dit moment niet nodig lijkt de richtlijn te herzien. Afgaande op de evaluatie, valt nadere (harmonisatie)wetgeving inzake mediation op Europees niveau (op korte termijn) derhalve niet te verwachten. Daarmee komt er (voorlopig) ook geen uniforme regeling inzake de juridische status van mediationclausules.¹³ Wel worden de lidstaten aangespoord om, waar nodig en passend, hun inspanningen ter bevordering van het gebruik van ADR/mediation te verhogen.

2.2 Voor wat betreft de nieuwe Nederlandse mediationwetgeving op nationaal niveau, met daarin een voorziening omtrent mediationclausules als één van de nieuwe elementen, het volgende. Van der Steur plaatste het (inmiddels ingetrokken) initiatiefwetsvoorstel¹⁴ naast de Implementatiewet. Ook het van regeringswege in consultatie gebrachte nieuwe voorstel Wet bevordering mediation (WBM) heeft gelding naast de Implementatiewet. Uitsluitend nationale mediations worden beheerst door de beoogde nieuwe wetgeving,¹⁵ die sterk focust op regulering (van overheidswege) van het beroep mediator en voorziet in wijzigingen in het (materiële en formele) burgerlijk recht

6 Het recht op toegang tot de overheidsrechter is, naar EVRM-maatstaven, niet absoluut en kan aan bepaalde voorwaarden worden verbonden. Zie o.a. *Asser Procesrecht/Giesen 1 2015/212* (ADR en toegang) en *2015/172* (Afstand van recht).

7 Ook het internationaal privaatrecht speelt soms een rol. Zie M. Piers, 'Is Europe skipping a step? Exploring the harmonization of ADR agreements', *Maastricht Journal of European and Comparative Law (MJ)* 2013/4, p. 506-520 (hierna: Piers 2013).

8 Richtlijn 2008/52/EG van het Europees Parlement en de Raad van 21 mei 2008 betreffende bepaalde aspecten van bemiddeling/mediation in burgerlijke en handelszaken, *PbEU* 2008, L 136/3.

9 Wet van 15 november 2012, *Stb.* 2012, 570.

10 In de Richtlijn en de Implementatiewet wordt onder een grensoverschrijdend geschil, kort gezegd, verstaan een geschil waarin ten minste één van de partijen haar woonplaats of gewone verblijfplaats heeft in een andere lidstaat van de Europese Unie dan de andere partij(en).

11 E.J.M. van Beukering-Rosmuller, 'De Wet implementatie richtlijn nr. 2008/52/EG betreffende bepaalde aspecten van bemiddeling/mediation in burgerlijke en handelszaken', *TvA 2013/14*. Zie voor een uitvoerige bespreking, toegespitst op de zakelijke praktijk, voorts: E.J.M. van Beukering-Rosmuller & P.C. van Schelven, *De implementatie van de Europese Mediationrichtlijn in het Nederlandse recht. Juridische gevolgen en betekenis voor de commerciële praktijk*, Den Haag: Boom Lemma uitgevers 2013 (hierna: Van Beukering-Rosmuller & Van Schelven 2013).

12 Verslag van de Commissie aan het Europees Parlement, de Raad en het Europees Economisch en Sociaal Comité over de toepassing van Richtlijn 2008/52/EG van het Europees Parlement en de Raad betreffende bepaalde aspecten van bemiddeling/mediation in burgerlijke en handelszaken, COM(2016) 542 final.

13 Soms wordt verdedigd dat een uniforme regeling een nadere stimulans zou kunnen zijn voor de bevordering van ADR in het grensoverschrijdende, Europese handelsverkeer. Niettemin wordt tegelijkertijd erkend dat een dergelijke uniforme regeling juridisch lastig ligt. Zie Piers 2013.

14 Dit voorstel bestond uit drie samenhangende voorstellen van wet: Wet registermediator, Wet bevordering van mediation in het burgerlijk recht en de Wet bevordering van mediation in het bestuursrecht. Zie *Kamerstukken II 2013/14* en *2014/15, 33722/723/727*.

15 (Concept) MvT, p. 30.

en bestuursrecht gericht op de bevordering van het gebruik van mediation. Voor civielrechtelijke mediations op nationaal niveau geldt dat de beoogde nieuwe wetgeving, door enkele aanpassingen in het BW en in Rv, de situatie grotendeels in overeenstemming brengt met het juridisch regime zoals dat ingevolge de Mediationrichtlijn en de Implementatiewet geldt voor grensoverschrijdende (burgerlijke en handels)geschillen.¹⁶ Daarnaast worden ook enkele andere (civielrechtelijke) juridische thema's rondom mediation geregeld. In feite is er, als het voorstel zoals het er nu ligt wet wordt, sprake van een uitgebreidere wettelijke verankering van mediation voor nationale geschillen. De art. 28-31 WBM raken het burgerlijk (proces)recht en zien, kort gezegd, op: stuiting van de verjaring door mediation, de mediationovereenkomst en vertrouwelijkheid, de vaststellingsovereenkomst na mediation, het bij het indienen van de zaak bij de rechter aangeven of door partijen is getracht door de toepassing van mediation tot een oplossing van het geschil te komen (en indien mediation niet is toegepast, vermelding van de reden daarvan), eventuele rechterlijke doorverwijzing naar mediation, het procesrechtelijke gevolg van een (vooraf overeengekomen) mediationafpraak, wijziging van art. 96 Rv (mede met het oog op het beslechten van juridische deelgeschillen in mediation) en de mogelijke rechterlijke bekrachtiging van een mediationresultaat. Over al deze thema's valt (nog steeds) veel te zeggen en te discussiëren.¹⁷

Duidelijk is in ieder geval dat het realiseren van een wettelijk kader voor mediations op nationaal niveau bepaald geen sinecure is. Ten aanzien van mediation in het burgerlijk recht betrof de kritiek op het initiatiefwetsvoorstel in het bijzonder de bepalingen die de vrijwilligheid van mediation raakten. Ik kom hier op terug in paragraaf 4.1, bij de bespreking van de voorziening inzake de mediationclausule in het ingetrokken initiatiefwetsvoorstel. Veel van de elementen van 'drang en dwang' richting mediation zijn in de nieuwe voorstellen voor mediationwetgeving op nationaal niveau niet overgenomen. Persoonlijk juich ik dit toe (zie mijn eerdere bijdragen over het initiatiefwetsvoorstel in *TvA*¹⁸ en hierna, paragraaf 4.1). Overigens teken ik aan dat er in de discussie omtrent mediation in het burgerlijk recht, zoals die tot nu toe is gevoerd, niet alleen kritiek valt te beluisteren. Er is bijvoorbeeld een relatief grote eensgezindheid over de wenselijkheid van de (ook reeds in het initiatief-

wetsvoorstel) voorgestelde voorzieningen die zich richten op een goede aansluiting van rechtspraak op mediation.¹⁹

Art. 30 sub A conceptregeling Wet bevordering mediation (WBM) voorziet o.a. in een bepaling omtrent mediationbedingen in nationale verhoudingen. Deze bepaling legt, in geval van een mediationbeding, op de rechter de *verplichting* om te onderzoeken of er aanleiding is de zaak aan te houden teneinde partijen de gelegenheid te geven (alsnog) mediation te beproeven.²⁰ De vraag is hoe geoordeeld dient te worden over deze voorgestelde procesrechtelijke consequentie van een contractuele mediationclausule. Bij de beantwoording van deze vraag betrek ik mede het feit dat de huidige koers in de Nederlandse rechtspraak inzake de afdwingbaarheid van mediationbedingen wordt gezien als belemmerend voor de verdere toepassing van ADR/mediation in de praktijk, in het bijzonder in zakelijke verhoudingen. Derhalve is het mede de vraag of het nieuwe voorstel van wet een oplossing biedt die ook (tot op zekere hoogte) tegemoet kan komen aan dit, vooral in de mediationpraktijk ervaren, knelpunt.²¹ Voorafgaand aan de nadere analyse van art. 22a Rv-nieuw (zoals voorgesteld in art. 30 sub A WBM), waarbij ook de voorganger van dit artikel in het initiatiefwetsvoorstel wordt betrokken, een schets van de jurisprudentie.

3. Afdwingbaarheid mediationbeding. Jurisprudentie

3.1 Hoge Raad

De Hoge Raad heeft zich in de beschikking van 20 januari 2006, *NJ* 2006/75,²² uitgesproken over een mediationafpraak in een familierechtelijke kwestie (ad-hoc afspraak, gemaakt tijdens de mondelinge behandeling in appèl). In die uitspraak werd de vrijwilligheid van mediation doorlaggevend geacht en werd er geen gebondenheid aan de mediationafpraak aangenomen. De Hoge Raad overwoog (r.o. 3.4):

“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.”

16 Met dien verstande dat ingevolge het voorstel de mediator in nationale geschillen geen wettelijk verschoningsrecht krijgt (dit heeft de mediator wel in grensoverschrijdende burgerlijke en handelsgeschillen ingevolge de Europese Mediationrichtlijn en de Implementatiewet). Een eventueel verschoningsrecht in nationale verhoudingen zou jurisprudentieel ingevuld moeten worden. Zie de (concept) MvT, p. 62-63.

17 Eerder besprak ik reeds een aantal van deze thema's naar aanleiding van het initiatiefwetsvoorstel (waarop het nieuwe voorstel van regeringswege deels voortbouwt). Zie E.J.M. van Beukering-Rosmuller, 'Mediation naast rechtspraak: ontwikkelingen in praktijk en wetgeving', *TvA* 2013/50; E.J.M. van Beukering-Rosmuller, 'Art. 96 Rv in de belangstelling. In het bijzonder de beslechting van juridische deelgeschillen in mediation', *TvA* 2014/24. Ook over de nieuwe voorstellen rondom de kwaliteitsborging van mediators zal het laatste woord beslist nog niet gezegd zijn. Zie nader M. Brink, 'Mediation. Don't fix it if it isn't broken', *NJB* 2016/1944, p. 2831-2836.

18 *TvA* 2013/50 en *TvA* 2014/24.

19 Concreet gaat het daarbij om de thema's: beslechting van juridische deelgeschillen (in mediation) en tenuitvoerlegging van mediationresultaten. Niettemin kunnen bij onderdelen van de uitwerking in de voorstellen kritische kanttekeningen worden geplaatst. Zie E.J.M. van Beukering-Rosmuller, 'Burgerlijk (proces)recht en ADR. Over 'innovatie' via wetgeving', in: *Een kwart eeuw, Privaatrechtelijke opstellen aangeboden aan prof. mr. H.J. Snijders ter gelegenheid van zijn emeritaat*, Deventer: Kluwer 2016, p. 31-40.

20 Zie paragraaf 4.2 voor een volledige weergave van het artikel in de conceptregeling WBM, met verdere toelichting.

21 Zie ook *Asser Procesrecht/Giesen 1* 2015/212, waar (onomwonden) wordt gesteld dat de jurisprudentie van de Hoge Raad een mediationclausule in een contract tamelijk waardeloos laat zijn en de rechtspraak een zekere mate van 'broodroof' biedt. Niettemin acht Giesen de lijn in de rechtspraak vanuit 'toegangs' perspectief wel navolgbaar.

22 ECLI:NL:HR:2006:AU3724.

In de beschikkingen van de Hoge Raad van 14 april 2006 (RvdW 2006, 394), 27 juni 2008 (RvdW 2008, 688) en 8 mei 2009 (RvdW 2009, 614),²³ eveneens familierechtelijke kwesties, werd de vrijwilligheid van mediation opnieuw door-slaggevend geacht. De jurisprudentie van de Hoge Raad heeft in beginsel tot procesrechtelijk gevolg dat een partij die, in strijd met een contractuele mediationclausule, direct de rechter (of arbiter) adieert, toch ontvankelijk kan worden verklaard.

3.2 *Jurisprudentie Hoge Raad richtinggevend voor mediation in commerciële geschillen?*

Diverse auteurs²⁴ bekritisieren de jurisprudentie van de Hoge Raad waarin de vrijwilligheid van mediation zo sterk wordt benadrukt.²⁵ Met name voor zakelijke partijen wordt betoogd dat een zorgvuldig en dwingend geformuleerde mediationclausule in beginsel niet zomaar door een onwillige partij zou moeten kunnen worden gepasseerd op het moment dat er daadwerkelijk een geschil ontstaat. Zeker voor professionals zou het beginsel 'pacta sunt servanda' een behoorlijk gewicht in de schaal moeten leggen. Het uitgangspunt in commerciële verhoudingen zou derhalve moeten zijn dat bij een dwingende mediationclausule in beginsel eerst de route van mediation wordt ingeslagen. Dit geldt evenwel niet als partijen alsnog wederzijds van mediation afzien of de clausule terzijde zou kunnen worden geschoven door de redelijkheid en billijkheid²⁶ of anderszins contractueel is aan te tasten.²⁷ Het laatste zal in principe een toetsing van de geldigheid van de clausule door de rechter vereisen. Ook in de opvatting dat (bepaalde) mediationclausules in beginsel afdwingbaar zouden moeten zijn, spelen de wilsautonomie en de vrijwilligheid van partijen echter in zoverre altijd nog een rol, dat partijen niet verplicht zijn een schikking te treffen. Hoever een eventuele inspanningsverbintenis van partijen in mediation reikt, is niet duidelijk, maar een veel gehoorde opvatting (ook in het buitenland) is dat er een minimale inspanning zou kunnen worden gevraagd, in de vorm van het (na het feitelijk te hebben bijgedragen aan het opstarten van de mediation) bijwonen van ten minste een eerste bijeenkomst, zodat de mediator partijen kan laten kennismaken met het proces en de mogelijkheden ervan in hun concrete geschil. Een goede mediator kan onwillige partijen tijdens deze bij-

eenkomst niet zelden toch nog warm maken voor een nuttige medewerking aan de procedure.²⁸ Mocht een zinvolle voortzetting van de mediation niettemin niet mogelijk blijken, dan kan de mediation vlot worden beëindigd met mogelijk een gerechtelijke procedure of arbitrage als vervolgstap.²⁹

Mede gezien de kritiek op de jurisprudentie van de Hoge Raad, is het interessant te bezien of lagere rechters (en arbiters) de koers van de Hoge Raad zonder meer volgen, in het bijzonder bij geschillen in de zakelijke sfeer. Worden eisen-de partijen, ondanks een mediationclausule, door de rechter gewoon ontvankelijk verklaard? Of wordt er in bepaalde situaties toch enig rechtsgevolg verbonden aan een (vooraf gemaakte) mediationafpraak en leidt dit tot niet-ontvankelijkheid van de eisende partij of opschorting van de procedure teneinde partijen mediation te laten beproeven?

3.3 *Lagere rechtspraak*

Tot aan de beschikking van de Hoge Raad van 20 januari 2006 werd in de lagere rechtspraak wisselend geoordeeld over de mediationclausule in relatie tot het recht op toegang tot de rechter.³⁰ Sinds 2006 ziet men echter dat de lagere rechtspraak de koers van de Hoge Raad bijna altijd volgt, ook in zakelijke geschillen.³¹ Eisende partijen zijn in principe ontvankelijk in hun vorderingen, ondanks een mediationclausule.³² Daarbij wordt de vrijwilligheid van me-

23 ECLI:NL:HR:2006:AV7389; ECLI:NL:HR:2008:BD2710 en ECLI:NL:HR:2009:BH7132. De Hoge Raad volgde in deze zaken, afgedaan op grond van art. 81 RO, steeds de Advocaat-Generaal. Uit de beschikkingen blijkt voorts dat de Hoge Raad de vrijwilligheid ook zeer zwaarwegend acht bij voorafgaande aan de procedure gemaakte afspraken.

24 Zie bijv. P. Sanders, 'Het terugkomen op een afspraak tot mediation', *NJB* 2006/16, p. 894-895; P.A. Wackie Eysten, 'Is een mediationafpraak niet verbindend? Enkele opmerkingen naar aanleiding van HR 20 januari 2006, *NJ* 2006, 75', *TvA* 2006/40; J.M. Bosnak, 'De Hoge Raad en de mediationafpraak-beperkte houdbaarheid?', *TC* 2006/2, p. 41-45; Van Beukering-Rosmuller & Van Schelven 2013, p. 71 e.v.

25 Vgl. ook de Conclusie van A-G Huydecoper voor HR 20 januari 2006, *NJ* 2006/75, nr. 9-19. De A-G stelt 'duurzame instemming' van alle betrokken partijen voorop, maar sluit uitzonderingen op deze 'in principe'-regel niet uit.

26 Dit betreft het geval dat het beroep op de clausule door een partij in het concrete geval naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn (art. 6:248 lid 2 BW).

27 Bijvoorbeeld op grond van Afdeling 6.5.3 BW.

28 Zie m.n. E. van Ginkel, 'Afdwingbaarheid van de mediationclausule in Californië en Nederland', *Forum voor Conflictmanagement* 2008/1, p. 10-16. De Nederlandse mediationpraktijk bevestigt de vaak nog succesvolle interventie van een mediator bij een meer 'gedwongen' mediation, ook als partijen aanschuiven met een vergaand geëscaleerd conflict. Vgl. bijv. E.M.L. Moerel & H.H. Franken, 'ICT-mediation bij de SGOA. Een evaluatie in het licht van de Europese en Nederlandse rechtsontwikkelingen', *Computerrecht* 2013/159, i.h.b. par. 2 (toegang tot de rechter of arbiter bij overeengekomen mediation).

29 Het recht op voortijdige beëindiging van de mediation, dat om meerdere redenen kan worden ingeroepen en zowel voor partijen als de mediator geldt, ligt ook in veel mediationreglementen verankerd.

30 Zie voor een bespreking van deze lagere rechtspraak bijv. A.H. Santing-Wubs, *Mediation in juridisch perspectief*, Deventer: Kluwer 2012, p. 87 e.v.; E.J.M. van Beukering-Rosmuller, *Geschilfdoening in zakelijke contracten*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2007, p. 71 e.v.

31 Vgl. bijv.: Rb. Utrecht (vzr.) 15 augustus 2008, ECLI:NL:RBUTR:2008:BE2719; Rb. Utrecht 15 oktober 2008, ECLI:NL:RBUTR:BF9266; Hof 's-Gravenhage (vzr.) 17 november 2009, ECLI:NL:GHSGR:2009:BL0679; Rb. Zwolle-Lelystad 24 februari 2010, ECLI:NL:RBZLY:2010:BM0319; Rb. Arnhem 7 juli 2010, ECLI:NL:RBARN:2010:BN5032 (ook in deze zaak werd geen procesrechtelijke consequentie aan een mediationbeding verbonden, maar liet de rechtbank wel uitdrukkelijk in het midden of een beroep op een mediationbeding nooit tot enig rechtsgevolg kan leiden); Rb. 's-Hertogenbosch 23 februari 2011, ECLI:NL:RBSHE:2011:BP5647; Rb. Utrecht 21 maart 2012, ECLI:NL:RBUTR:2012:BV9146 (ook hier liet de rechtbank de vrijwilligheid van mediation uiteindelijk doorslaggevend zijn, echter nadat eerst werd overwogen dat Hoge Raad 20 januari 2006 niet zonder meer toepasselijk hoeft te zijn in een zakelijke context en een mediationafpraak in beginsel dient te worden nagekomen); Rb. Overijssel 25 juni 2014, ECLI:NL:RBOVE:2014:6437; Rb. Rotterdam 6 augustus 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:7642; Rb. 's-Gravenhage 5 november 2014 (nr. 14/7285), *TAR* 2014/180; Rb. Rotterdam 3 december 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:10604; Rb. Rotterdam 21 januari 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:843; Rb. Rotterdam (vzr.) 18 september 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:7102.

32 Soms wordt in dit kader geprocedeerd op grond van het al dan niet bevoegd zijn van de rechter. Procesrechtelijk gezien is een mediationclausule echter in beginsel niet van betekenis voor de bevoegdheid van de rechter. Het gaat veeleer om een ontvankelijkheidskwestie. De rechter wordt met een dergelijke overeenkomst immers niet blijvend, maar slechts tijdelijk buiten spel gezet.

diation nadrukkelijk op de voorgrond geplaatst. Een ‘duurzame instemming’ van alle partijen met mediation stellen rechters in principe als vereiste om rechtsgevolgen aan de clause te kunnen verbinden.³³

Slechts sporadisch wijkt de lagere rechtspraak van ná 2006 af van de koers van de Hoge Raad. Een voorbeeld in de arbitrale sfeer betreft KG NAI 9 februari 2007 (arbiter: P.A. Wackie Eysten).³⁴ In deze zaak ging het om een distributieovereenkomst met een ‘welomschreven’ multi-step clause (mediation, eventueel gevolgd door arbitrage). In strijd met de mediationclause begon één van partijen direct een arbitrale (kortgeding)procedure. De arbiter achtte, in het kader van de ontvankelijkheidsvraag, Hoge Raad 20 januari 2006, NJ 2006/75, niet maatgevend, oordelende dat het in casu niet ging om een geschil tussen particulieren, maar om een geschil tussen twee commerciële ondernemingen die zich contractueel, op basis van een welomschreven (in de overeenkomst vastgelegde) clause, met uitdrukkelijke verwijzing naar het reglement van een gerenommeerd mediationinstituut, hadden verbonden ieder geschil dat tussen hen rijst aan mediation te onderwerpen, alvorens arbitrage aanhangig te maken. Niettemin werd in casu niet geconcludeerd tot niet-ontvankelijkheid van de eisende partij, maar dat had een andere procesrechtelijke reden. Een ander voorbeeld betreft een uitspraak van de voorzieningenrechter van de Rechtbank Gelderland van 19 juni 2014.³⁵ De rechter zag in de onderhavige zaak, zich eveneens afspelende in de zakelijke sfeer, ruimte om een uitzondering te maken op Hoge Raad 20 januari 2006, NJ 2006/75. Daarbij werd overwogen dat partijen in het kader van hun commerciële samenwerkingsovereenkomst tot elkaar veroordeeld waren en allen belang zouden kunnen hebben bij een structurele oplossing voor hun geschillen. De behandeling van het kort geding werd aangehouden om partijen in de gelegenheid te stellen mediation te beproeven.

Bekijkt men de jurisprudentie vanaf 2006 echter over de hele linie, dan is het niet lastig een conclusie te trekken ten aanzien van de stand van zaken in de rechtspraak inzake de juridische afdwingbaarheid van een mediationclause. Naar Nederlands recht zijn mediationafspraken in principe niet afdwingbaar en staat een dergelijk beding niet aan ontvankelijkheid bij de rechter (of arbiter) in de weg. Slechts

bij uitzondering wordt procesrechtelijke betekenis aan een mediationbeding gehecht.

4. Nieuwe wetgeving inzake de procesrechtelijke consequentie van een mediationclause

4.1 De mediationclause in het initiatiefwetsvoorstel

Als vermeld werd in het, in juni 2015 ingetrokken, (initiatief)wetsvoorstel, zoals ingediend door Van der Steur als toenmalig VVD-Tweede Kamerlid, in principe uitgegaan van wettelijke afdwingbaarheid van een mediationbeding. In de kern kwam het voorstel erop neer dat mediationclausules bindend zijn,³⁶ mits zij – zo gaf de MvT aan (de wettekst zelf bepaalde dit niet, *EvB*) – uitdrukkelijk overeengekomen en voldoende duidelijk en concreet zijn. Partijen zouden, bij aanwezigheid van een mediationbeding, in principe verplicht zijn eerst mediation te beproeven alvorens toegang tot de rechter te hebben. Procesrechtelijk gezien verplichtte dit voorstel de rechter partijen naar mediation te verwijzen als een partij hem, in strijd met de mediationafpraak, direct adieert. Dit zou opschorting van de gerechtelijke procedure tot gevolg hebben, waarbij de behandeling van de zaak, voor zover nog nodig, zou worden voortgezet na mededeling door partijen aan de rechter dat de mediation, na de aanvang daarvan, zonder overeenstemming is beëindigd.³⁷ De partij-autonomie brengt mee dat er wel een beroep op het beding moet worden gedaan, wil voormeld procesrechtelijk gevolg intreden.³⁸ De Initiatiefnemer beoogde met zijn voorstel uitdrukkelijk een breuk te bewerkstelligen met de huidige jurisprudentie die, zoals in de paragrafen 3.1-3.3 besproken, de vrijwilligheid van mediation nadrukkelijk op de voorgrond plaatst en mediationbedingen in principe niet afdwingbaar laat zijn. In lijn met de opvattingen in de literatuur, zie paragraaf 3.2, meende de Initiatiefnemer dat, in geval van een (uitdrukkelijk overeengekomen en duidelijk en concreet) mediationbeding, het ‘pacta sunt servanda’-beginsel meer gewicht zou moeten hebben.³⁹ Een rechtens afdwingbare mediationclause is in Europa overigens geen onbekend fenomeen. In bijvoorbeeld Engeland, Frankrijk en België wordt de afdwingbaarheid van (bepaalde) mediationclausules uitdrukkelijk erkend.⁴⁰

33 Andere factoren die lagere rechters, blijkens de in deze bijdrage aangehaalde rechtspraak, soms (mede) een rol laten spelen bij hun beslissing zijn: het preprocesuele gedrag van partijen (bijvoorbeeld: is er voorafgaand aan de procedure al een beroep gedaan op de mediationclause); het feit dat mediation, anders dan arbitrage en bindend advies, in principe geen bindende beslissing door een derde kent (uitgangspunt bij mediation is immers dat partijen tot een eigen geschiloplossing komen, waarbij de mediator slechts het onderhandelingsproces begeleidt); de redactie van een geschillenregeling (bijvoorbeeld: betreft het een dwingend geformuleerde mediationclause/multi-step clause of een clause die alleen wijst op de mogelijkheid van mediation, maar daarbij de vrijwilligheid ervan benadrukt). Zie voor een overzicht van verdere factoren die mogelijk bij de beoordeling van de juridische betekenis van de mediationclause zijn te betrekken: M.W. Knigge, ‘De afspraak tot mediation. Meer dan een promise?’, in J. Hijma e.a. (red.), *Ex libris Hans Nieuwenhuis*, Deventer: Kluwer 2009, p. 353-359.

34 Zie TvA 2008/31.

35 Rb. Gelderland (vzr.) (zittingsplaats Arnhem) 19 juni 2014, ECLI:NL:RBGEL:2014:3887.

36 De betreffende bepaling (art. 22a lid 2 Rv-nieuw) luidde: ‘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 beding.’ (...).

37 Zie *Kamerstukken II* 2012/13, 33723, 3 (MvT), p. 11 en p. 20-21; *Kamerstukken II* 2013/14, 33723, 6 (Gew. MvT), p. 16 en p. 27-28.

38 Het Amendement Schouw voorzag o.a. in een aanvulling van de wetbepaling op dit punt, zie *Kamerstukken II* 2014/15, 33723, 9. Dit had de instemming van de Initiatiefnemer, zie *Kamerstukken II* 2014/15, 33722/723/727, 21 (Brief van het lid Van der Steur, inhoudende een reactie op de diverse amendementen), p. 5. In de parlementaire stukken noemt de Initiatiefnemer nog een aantal nuanceringsin zake de wettelijke afdwingbaarheid van een mediationbeding. Zie *Kamerstukken II* 2013/14, 33723, 6 (Gew. MvT), p. 27 en *Kamerstukken II* 2014/15, 33722/723/727, 21, p. 5.

39 Zie *Kamerstukken II* 2013/14, 33723, 6 (Gew. MvT), p. 28.

40 Waarover nader o.a. Piers 2013 en Van Beukering-Rosmuller & Van Schelven 2013, p. 72-74 en de daar aangehaalde bronnen.

De Raad van State formuleerde in zijn advies als kritiek bij de onderhavige bepaling uit het initiatiefwetsvoorstel dat waar één van partijen echt onwillig is om via mediation tot een oplossing te komen, het waarschijnlijk is dat de verplichting enkel leidt tot een nodeloze vertraging van de procedure. Een bepaling waarbij de rechter de keuzevrijheid heeft om de behandeling van de zaak op te schorten, teneinde partijen mediation te laten beproeven, dan wel de behandeling van de zaak voort te zetten (ondanks het mediationbeding), achtte de Raad van State een betere oplossing.⁴¹ Van der Steur heeft dit advies in het kader van zijn initiatiefwetsvoorstel niet overgenomen. In het door hem als Minister van Veiligheid en Justitie in consultatie gebrachte conceptvoorstel Wet bevordering mediation lijkt het advies wel navolging te hebben gevonden. In ieder geval is er in het nieuwe voorstel een belangrijke wijziging op het punt van de procesrechtelijke consequentie van mediationclausules te zien. Het betreft één van de veelzeggende wijzigingen, waarmee tegemoet wordt gekomen aan de kritiek op de elementen van 'drang en dwang' die waren gelegen in het initiatiefwetsvoorstel. Onder meer deze druk richting mediation baarde de Raad van State zorgen⁴² en leidde tot forse kritiek vanuit de Tweede Kamer. Ook critici vanuit wetenschap en praktijk uitten hun zorgen over de toegang tot het recht. Ik verwijs in dit verband kortheidshalve naar mijn eigen kritische bespreking in TvA 2013/50. Voor wat betreft art. 22a Rv-nieuw zag de meeste (en ook meest felle) kritiek overigens op het voorgestelde eerste lid, betreffende de (algemene) rechterlijke doorverwijzingsmogelijkheid naar mediation.⁴³ Het voorgestelde tweede lid, betreffende het mediationbeding, kreeg verhoudingsgewijs minder aandacht. Niettemin was er ook ten aanzien van deze bepaling kritiek. Deze lag in de lijn van de opvattingen van de Raad van State. In reactie op de kritiek vanuit de Tweede Kamer op met name art. 22a lid 1 Rv-nieuw,⁴⁴ gaf Van der Steur als Initiatiefnemer bij brief van 6 maart 2015 aan voornemens te zijn art. 22a Rv-nieuw te herzien.⁴⁵

In genoemde brief werd in feite ook al geanticipeerd op een nieuw voorstel ten aanzien van mediationclausules. Als reactie op de kritiek dat zou worden beoogd 'verplichte' mediation in te voeren, gaf Van der Steur als Initiatiefnemer namelijk aan dat het in het initiatiefwetsvoorstel niet zozeer om verplichte mediation zou gaan, maar dat de wet vooral prikkels wil bieden, waarbij het aan de rechter is om

te beoordelen of een doorverwijzing naar mediation zinvol of zinloos is. De kans op succes in mediation kan, aldus Van der Steur, soms het best beoordeeld worden in een gesprek met een mediator, maar als het toch eenmaal tot een procedure is gekomen moeten extra kosten en een onnodige verlenging van de rechtsgang zo veel mogelijk worden vermeden. Vervolgens merkte Van der Steur, mijns inziens terecht, op dat de rechter bij uitstek de geschikte figuur is om partijen, voor zover (ook op dat moment nog) aan de orde, te bewegen de eventuele meerwaarde van mediation te overwegen.⁴⁶ Een en ander verklaart de vrij radicale wijziging in het nieuwe voorstel van regeringswege op o.a. het punt van de mediationclausules. In het in consultatie gebrachte voorstel gaat het nog 'slechts' om een verplichting die op de rechter wordt gelegd om, ingeval de clause door één van de partijen niet wordt nagekomen, te onderzoeken of mediation niet toch een geschikt middel zou kunnen zijn.

4.2 De mediationclause in het regeringsvoorstel

Art. 30 sub A conceptregeling Wet bevordering mediation (WBM) stelt voor om na art. 22 Rv een nieuw artikel 22a Rv in te voeren dat, zoals uit het voorafgaande blijkt, twee thema's regelt: in lid 1 de (algemene) rechterlijke doorverwijzingsmogelijkheid naar mediation en in lid 2 de procesrechtelijke consequentie van een beroep in rechte op een mediationbeding. Uit de MvT bij de conceptregeling blijkt hoe beide bepalingen zich tot elkaar verhouden. In de eerste plaats merk ik hierbij op dat in het (concept) wetsvoorstel geen rekening is gehouden met een aantal gevolgen van de wetgeving in het kader van het programma Kwaliteit en Innovatie rechtspraak (KEI).⁴⁷ In het onderhavige verband is vooral van belang dat er als gevolg van de nieuwe KEI-wetgeving al een nieuw artikel 22a Rv is. Dit betekent dat het voorgestelde art. 22a Rv in de conceptregeling WBM, bij aanvaarding van het wetsvoorstel, een andere plaats in het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering moet krijgen.

Het in het (concept)wetsvoorstel WBM voorgestelde art. 22a lid 1 Rv-nieuw luidt:

"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."

Het voorstel stemt overeen met de reeds bestaande praktijk. Nederland kent, zoals ik besprak in TvA 2013/50,⁴⁸ sinds 1 april 2007 een structurele doorverwijzingsvoorziening naar mediation bij de gerechten. De civiele rechter beziet of hij partijen tot een schikking kan bewegen, of dat hij moet beslissen of, wanneer hij daartoe aanleiding ziet, hij

41 Kamerstukken II 2013/14, 33722/723/727, 4, p. 36.

42 Kamerstukken II 2013/14, 33722/723/727, 4, p. 18-19 en p. 34-36.

43 Op grond van de betreffende bepaling zou de rechter bij geschillen met een relationele dimensie – met een opsomming in de bepaling van vele typen geschillen die een relationele dimensie zouden (kunnen) kennen – verplicht zijn uit te gaan van het vermoeden van geschiktheid voor mediation en zou hij verwijzing van partijen naar een (register)mediator moeten overwegen. De kritiek betrof voornamelijk bedoeld rechtsvermoeden, de uitwerking daarvan voor categorieën geschillen en de mogelijkheid van rechterlijke verwijzing naar mediation zonder dat dit de instemming van partijen zou behoeven.

44 Vgl. voor deze kritiek m.n. de amendementen van Schouw en Van Nispen (Kamerstukken II 2014/15, 33723, 9 en 12) en de mondelinge behandeling van het wetsvoorstel in de eerste termijn op 20 januari 2015 (zie Handelingen II 2014/15, 43, item 21).

45 Zie Kamerstukken II 2014/15, 33722/723/727, 21, p. 5-6.

46 Kamerstukken II 2014/15, 33722/723/727, 21, p. 5-6.

47 KEI is gericht op de vereenvoudiging en digitalisering van het procesrecht. De betreffende wetsvoorstellen zijn inmiddels – op 12 juli 2016 – ook door de Eerste Kamer aangenomen en met enkele Besluiten op 21 juli 2016 in het Staatsblad geplaatst (Stb. 2016, 288-294).

48 Zie TvA 2013/50, i.h.b. par. 2 en 5.

een voorstel tot het beproeven van mediation zal doen.⁴⁹ In geval van een mediationvoorstel is het aan partijen om dit wel of niet te accepteren. Mede vanuit de Rechtspraak zijn er belangrijke indicaties pro en contra de toepassing van mediation ontwikkeld.⁵⁰ Ook zijn steeds meer Nederlandse rechters geschoold en bedreven geraakt in conflict diagnose en het selecteren van zaken voor mediation.⁵¹ Op wetgevingsniveau geldt dat art. 3 Implementatiewet, ter uitvoering van art. 5 Mediationrichtlijn, voorziet in een wettelijke basis voor de rechterlijke doorverwijzingsbevoegdheid in grensoverschrijdende (burgerlijke en handels)geschillen. Een vergelijkbare wettelijke verankering van de (algemene) rechterlijke doorverwijzingsbevoegdheid voor de civiele rechter in nationale geschillen lijkt mij, zoals ik reeds eerder betoogde, in de rede te liggen.⁵² Het voorstel (thans nog geformuleerd als art. 22a lid 1 Rv-nieuw) heeft dan ook in principe mijn steun.⁵³

Het in het (concept)wetsvoorstel WBM voorgestelde art. 22a lid 2 Rv-nieuw voegt in feite een nieuw element toe aan de bestaande rechterlijke doorverwijzingspraktijk. De bepaling luidt:

“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.”

In geval van een mediationbeding legt het voorstel derhalve de *verplichting* op de rechter om te onderzoeken of het zinvol is de behandeling van de zaak aan te houden teneinde partijen in de gelegenheid te stellen (alsnog) mediation te beproeven. Op dit punt is er, zo blijkt uit de MvT, een verschil tussen de leden 1 en 2 van art. 22a Rv-nieuw. Uit de MvT blijkt voorts (de wettekst zelf bepaalt dit niet, *EvB*) dat de onderzoeksplicht voor de rechter er, in geval van een mediationbeding, alleen is als één van partijen in rechte een beroep op het betreffende beding doet.⁵⁴ Mijn advies is dit

in de tekst van de bepaling zelf op te nemen. In paragraaf 4.1 schetste ik de achtergrond van de bepaling (die inhoudelijk sterk afwijkt van de voorganger in het initiatiefwetsvoorstel). De keuze voor deze nieuwe bepaling is mijns inziens juridisch verstandig. De eerdere bepaling uit het initiatiefwetsvoorstel, die de rechter in feite verplichtte de zaak aan te houden en te verwijzen in geval van een mediationclausule, gaat mijns inziens alleen al vanuit het perspectief van het recht op toegang tot de rechter te ver.⁵⁵ In het nieuwe voorstel gaat het niet zo zeer om de juridische status van een mediationclausule. Er is kennelijk gekozen voor een praktische oplossing; rechters zijn, bij een beroep op het beding, gehouden te onderzoeken of een minnelijke oplossing met behulp van mediation (nog) mogelijk is. Door hun opleiding en ervaring zijn Nederlandse rechters in principe in staat dit goed te beoordelen. Is de rechter van mening dat mediation (nog) meerwaarde kan hebben, dan zal hij dit aan de ‘onwillige’ partij moeten uitleggen. Daarbij zullen zijn gezag en autoriteit onmiskenbaar een belangrijk verschil kunnen maken. Dat neemt niet weg dat de rechter partijen uiteindelijk slechts tot mediation kan ‘verleiden’. Hij kan een mediationvoorstel doen, dat echter door alle partijen moet worden aanvaard. Bij instemming van partijen, kan de mediator (na verwijzing en aanhouding van de zaak door de rechter), voor zover nodig, verder aan het ‘commitment’ voor mediation werken.

De rechter zal bij de afweging of mediation nog zinvol kan zijn ook de achterliggende (mogelijk niet puur juridische) belangen van partijen in ogenschouw nemen. Het belang van mediation kan voor partijen bijvoorbeeld mogelijk groter zijn in een nog lopende relatie. Ook zou dit belang groter kunnen zijn naarmate de procedure die door mediation kan worden vermeden naar verwachting langer, complexer en duurder zal zijn. Met name bij geschillen in zakelijke relaties doet deze combinatie van factoren zich nogal eens voor. Voorbeelden van een contra-indicatie zijn een totaal gebrek aan onderhandelingsbereidheid bij een partij en een hoge mate van escalatie van het geschil. Mijn indruk is dat de Minister met de onderhavige bepaling beoogt dat, als de rechter in een procedure wordt geconfronteerd met een mediationbeding (waarop één van partijen een beroep doet, terwijl de andere partij onwillig is), hij serieus dient te onderzoeken of mediation mogelijk toch een betere manier voor partijen is om tot een oplossing te komen. Mocht dit inderdaad zo zijn, dan zal de rechter in principe een mediationvoorstel (moeten) doen. De enkele constatering door de rechter dat ‘duurzame instemming’ met mediation bij één van partijen is komen te ontbreken, zonder nadere motivering, lijkt in het voorstel onvoldoende te zijn om aan de clausule een procesrechtelijk gevolg te onthouden. Mocht dit inderdaad de bedoeling van de wetgever zijn, dan vraagt zulks om een andere (inhoudelijke) benadering door rechters van de problematiek rondom mediationafspraken. De rechtspraak gaat thans immers in principe uit van maximale vrijwilligheid bij mediation, hetgeen een mediation-

49 De conceptregeling WBM bepaalt in art. 30 sub B in dit verband nog: ‘In artikel 87, eerste lid, wordt na ‘in elke stand van het geding’ ingevoegd: mediation voorstellen of’. Het is de bedoeling de bepaling in het kader van de KEI-wetgeving onder te brengen in art. 30k Rv-nieuw. Zie de (concept) MvT, p. 65. Door de KEI-wetgeving is art. 87 Rv komen te vervallen (*EvB*).

50 Zie M. Pel, ‘Professioneel verwijzen naar mediation’, in: A.F.M. Brenninkmeijer e.a. (red.), *Handboek Mediation*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2013, p. 375 e.v. Onder de beoogde nieuwe mediationwetgeving verschaft het inleidende processtuk ook informatie over de positie van partijen inzake mediation. Zie de (concept) MvT, p. 64 e.v. Eerder besprak ik reeds dat ik persoonlijk sterke aarzeling heb bij invoering van de voorgestelde wettelijke informatieplicht, zie *TvA* 2013/50, i.h.b. par. 5.

51 Zie m.n. R. Verschoof, ‘*Waar gaat het over?*’ (oratie Utrecht 2013), Den Haag: Sdu Uitgevers 2013.

52 Zie bijv. *TvA* 2013/50, par. 5. Uiteraard kan de rechter ook zonder wettelijke voorziening in nationale geschillen een mediationvoorstel aan partijen (blijven) doen. Niettemin lijkt een wettelijke verankering van deze bevoegdheid mij nuttig in het licht van een duidelijke positionering van mediation in ons rechtsbestel. Zie voor de huidige specifieke verwijzingsmogelijkheid bij echtscheidingszaken: art. 818 lid 2 Rv.

53 Wel adviseer ik de term ‘verwijzen’, in verband met de vrijwilligheid, te vermijden en aan te sluiten bij de in art. 3 Implementatiewet gebruikte terminologie: het door de rechter aan partijen ‘voorstellen’ van mediation.

54 Zie de (concept) MvT, p. 15 en p. 65.

55 Idem *Asser Procesrecht/Giesen* 1 2015/212.

clausule weinig effectief laat zijn. In de (concept) MvT wordt niet duidelijk aangegeven hoe de onderhavige onderzoeksplicht moet worden gezien. Het is derhalve van belang dat de Minister de precieze bedoeling van de bepaling in de MvT bij het definitieve wetsvoorstel expliciteert. Mocht de hier geschetste interpretatie van de bepaling inzake mediationclausules in het regeringsvoorstel inderdaad beoogd zijn, dan kan de (mediation)praktijk daar mijns inziens baat bij hebben. Een contractuele mediationclausule heeft dan immers meer juridisch effect.

De besproken regelgeving ziet niet op arbitrage. Maar ook de arbitragepraktijk wordt soms geconfronteerd met mediation, als onderdeel van een multi-step geschillenregeling. Mediation wordt dan in beginsel geformuleerd als 'condition precedent' voor arbitrage. Wellicht dat ook bij het niet nakomen van de overeengekomen mediation door één van partijen in een dergelijke multi-step constructie het best voor een praktische benadering kan worden gekozen. Daarmee bedoel ik dat deze handelwijze van een partij niet aan de ontvankelijkheid in de weg hoeft te staan, maar dat door de arbiter(s) met partijen wordt bezien of mediation mogelijk (nog) meerwaarde zou kunnen hebben.

5. Slot

De mediationclausule raakt het recht op toegang tot de rechter. De regeling inzake mediationclausules in art. 22a lid 2 Rv-nieuw in de versie van het initiatiefwetsvoorstel, waarin in principe werd uitgegaan van wettelijke afdwingbaarheid van de clausule, ging mijns inziens vanuit dit 'toegangs' perspectief te ver. De nieuwe voorziening inzake mediationclausules in de conceptregeling Wet bevordering mediation (thans nog geformuleerd als art. 22a lid 2 Rv-nieuw) acht ik juridisch acceptabeler. Wel zal de bepaling ingevolge de KEI-wetgeving een andere plaats in Rv moeten krijgen en is enige aanpassing in de tekst van de bepaling gewenst. Ook zal de precieze bedoeling van de onderzoeksplicht van de rechter in de MvT bij het definitieve wetsvoorstel moeten worden geëxpliciteerd. De rechter lijkt in het nieuwe voorstel serieus aandacht te moeten besteden aan de vraag of het betreffende geschil zich (nog) voor mediation leent. De hoop is dat dit ook daadwerkelijk gaat gebeuren en daarmee (enigszins) tegemoet kan worden gekomen aan de kritiek in de (mediation)praktijk ten aanzien van de jurisprudentie inzake mediationclausules, waarin de vrijwilligheid van mediation wel zeer op de voorgrond staat. Een andere inhoudelijke benadering van de problematiek door de rechter zal waarschijnlijk als effect hebben dat een contractuele geschillenregeling een krachtiger instrument wordt om het gebruik van mediation, met name in zakelijke geschillen, te bevorderen.