



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Mediationclausule en bevoegdheid voorzieningenrechter

Koster, H.

Citation

Koster, H. (2024). Mediationclausule en bevoegdheid voorzieningenrechter. *Bedrijfsjuridische Berichten*, 2024(8), 69-70. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/4171892>

Version: Publisher's Version

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

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/4171892>

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

Mediationclausule en bevoegdheid voorzieningenrechter

Bb 2024/17

In deze bijdrage bespreekt de auteur de beschikking van de voorzieningenrechter rechtbank Overijssel van 21 maart 2023, ECLI:NL:RBOVE:2023:1117 over de vraag of de voorzieningenrechter bevoegd is ondanks een mediationclausule. In dat kader gaat de auteur ook in op de recente conclusie van 26 januari 2024 (ECLI:NL:PHR:2024:103) van A-G De Bock.

In de onderhavige zaak die aan de voorzieningenrechter is voorgelegd, voert gedaagde in conventie (en eiseres in reconventie) aan dat zij met eiseres in conventie (en verweerder in reconventie) is overeengekomen dat eerst mediation dient plaats te vinden, en dat als de mediation niet slaagt het geschil door arbitrage moet worden beslecht. Gedaagde beroept zich daarbij op art. 21 van een raamovereenkomst overeengekomen tussen beide partijen, waarin het volgende is bepaald:

“21. **MEDIATION AND ARBITRATION**

21.1 A party must not start arbitration or court proceedings in respect of a dispute arising out of this Agreement (“Dispute”) unless it has complied with this clause.

21.2 Any Dispute between the parties to this Agreement involving the construction or application of any of the terms, provisions, termination or conditions of this Agreement, shall on written request of either party served on the other, be submitted first to mediation and then if still unresolved to binding arbitration. Said mediation or binding arbitration shall be held only in the jurisdiction of the governing law itemized in clause 26 and be governed exclusively by the provisions of the laws of the governing law itemized in clause 26. (...).”

De voorzieningenrechter overweegt evenwel dat dit beding niet in de weg staat aan haar bevoegdheid om van de vordering van eiseres kennis te nemen, en ook niet aan de ontvankelijkheid van eiseres in haar vordering. De voorzieningenrechter overweegt daartoe dat een mediationclausule niet verhindert dat een partij bij deze afspraak toch de mogelijkheid heeft om in een spoedeisend geval een voorlopige voorziening te vragen.

Hierbij is ook van belang, zo de voorzieningenrechter, dat uit de raamovereenkomst niet volgt dat partijen verplicht zijn om hun geschil door arbitrage te laten beslechten. Zij hebben niet ondubbelzinnig afstand gedaan van hun recht op toegang tot de gewone rechter.

In de raamovereenkomst ligt namelijk niet eenduidig besloten dat partijen hun geschillen uitsluitend aan arbitrage zullen onderwerpen. Weliswaar houdt art. 21.2 van de raamovereenkomst in dat partijen bij het niet slagen van mediation hun geschil in arbitrage zullen voorleggen, maar in art. 26.1 van de raamovereenkomst is tevens bepaald dat

(ook) aan de Nederlandse gerechten jurisdictie toekomt. In art. 26.1 is namelijk bepaald: “This Agreement shall be governed by, and construed under, the non exclusive jurisdiction of the Courts of The Netherlands, applying Dutch Law.” Verder gaat ook het bepaalde in art. 21.1 van de raamovereenkomst ervan uit dat een procedure bij de rechtbank aanhangig gemaakt kan worden. Nadat de voorzieningenrechter vaststelt dat eiseres ook voldoende spoedeisend belang heeft bij de door haar gevraagde voorziening, volgt toewijzing van de vordering.

Deze uitspraak sluit aan bij hetgeen de Hoge Raad over een mediation clausule heeft geoordeeld (HR 20 januari 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU3724) Volgens de Hoge Raad geldt namelijk dat: “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 move-rende redenen te beëindigen.”

Van belang is dat in haar recente conclusie van 26 januari 2024 (ECLI:NL:PHR:2024:103), A-G De Bock tot een andere zienswijze komt. Nadat zij erop heeft gewezen dat in de feitenrechtspraak steeds als lijn wordt aangehouden dat een mediationclausule juridisch niet bindend is en dat deze lijn ook wordt gevolgd als het gaat om professionele partijen en dat dus steeds wordt overwogen dat het niet naleven van een mediationclausule niet leidt tot onbevoegdheid van de rechter en evenmin tot niet-ontvankelijkheid van de vordering of het verzoek van een partij, meent zij niettemin dat er gevallen denkbaar zijn waarin een uitzondering op de uitspraak van de Hoge Raad van 20 januari 2006 wordt gemaakt. Zij houdt het voor mogelijk dat een partij soms wel verplicht mag worden om, hoewel die daar niet (langer) vrijwillig toe bereid is, enige medewerking aan een mediation-poging te verlenen.

Zij wijst ook op de in de literatuur gemaakte observatie, dat ook als een partij onwillig is om een mediationtraject in te gaan, het toch regelmatig voorkomt dat de mediation succesvol wordt afgerond (zie 6.6-6.10 van de conclusie). Ook wijst zij erop dat het haar inziens van belang is om de specifieke inhoud van de afspraak tussen partijen in die zaak voor ogen te houden. In de eerste plaats is daarbij van belang dat het in de kwestie waar de Hoge Raad over oordeelde in 2006 niet om een afspraak ging om mediation te beproeven als zich een geschil voordoet, maar om een tijdens een gerezen geschil gemaakte afspraak om mediation te beproeven. Partijen bevonden zich al in een conflictueuze situatie toen ze de afspraak maakten. In de tweede plaats, belangrijker nog, wijst ze erop dat partijen in die kwestie slechts afspraken mediation te beproeven, maar niet, althans niet expliciet, dat de procedure pas vervolgd zou worden nadat getracht was de geschillen door mediation op te lossen. Partijen hadden genoemd bereid te zijn mediation te beproeven, maar zij lieten weten nog de financiële en andere met mediation verbonden aspecten te willen onderzoeken. Naar verwachting gaat de Hoge Raad in de zomer van 2024 oordelen. Het is dus nog even afwachten.

¹ Harold Koster is verbonden aan de Universiteit Leiden.

Ik vind zelf de lijn die de Ondernemingskamer volgt voor het enquêterecht bij de toepassing van art. 2:349 lid 1 BW wel effectief en vraag mij af of die lijn niet analoog kan worden toegepast. In art. 2:349 lid 1 BW is vastgelegd dat de enquêteverzoekers niet ontvankelijk zijn, indien niet blijkt dat zij schriftelijk tevoren hun bezwaren tegen het beleid of de gang van zaken hebben kenbaar gemaakt aan het bestuur en de raad van commissarissen en sindsdien een zodanige termijn is verlopen dat de rechtspersoon redelijkerwijze de gelegenheid heeft gehad deze bezwaren te onderzoeken en naar aanleiding daarvan maatregelen te nemen. De Ondernemingskamer hanteert hierbij evenwel een soepele houding, bijvoorbeeld over het schriftelijkheidsvereiste. Uit de jurisprudentie kan ook worden afgeleid dat de Ondernemingskamer het hierbij van belang acht hoe lang de rechtspersoon op de hoogte is van de bezwaren, ongeacht het tijdstip waarop de bezwaren schriftelijk kenbaar zijn gemaakt. Uit oogpunt van een doelmatige proceseconomie valt iets te zeggen voor een soepele houding. Het in alle gevallen vasthouden aan het opstarten van mediation is wellicht minder proportioneel. Het roept ook de vraag op wanneer voldaan is aan een mediationvereiste? Mag een partij na een mediationafspraken van een uur de stekker eruit trekken en alsnog de gang naar de rechter inzetten? Of is meer vereist? En hoeveel tijd – als gevolg van bijvoorbeeld een door een partij veroorzaakte vertraging – mag er verstrijken tussen het aanvragen van een mediationbijeenkoms t en de bijeenkomst daartoe zelf. En als duidelijk is dat partijen echt overduidelijk niet meer door een deur kunnen, is het vasthouden aan mediation dan niet eerder verdragend dan oplossend? Ten slotte merk ik op dat het hier een kwestie betrof die werd voorgelegd aan de voorzieningenrechter. Binnen het arbitragerecht geldt op basis van art. 1043b Rv dat door het arbitrale scheidsgerecht ook voorlopige voorzieningen kunnen worden getroffen, onder andere in een arbitraal kort geding. Op basis van art. 1022c Rv geldt dat de voorzieningenrechter zich onbevoegd verklaart, indien een partij zich er voor alle weren op heeft beroepen dat een overeenkomst tot arbitrage bestaat, waarin wordt voorzien in de mogelijkheid voorlopige voorzieningen te treffen, tenzij de gevraagde voorziening niet of niet tijdig kan worden verkregen of de overeenkomst tot arbitrage ongeldig is. Bij mediation is dit allemaal niet mogelijk. Gelet op de spoedeisendheid zou dat ook een argument kunnen zijn om de beschikking van de voorzieningenrechter rechtbank Overijssel toch als heersende leer aan te (blijven) merken. Ik sluit af. Duidelijk is dat het belangrijk is voor contractspartijen om goed na te denken over de overeen te komen dispute resolution clause. Ook duidelijk is dat de Hoge Raad zich naar verwachting later dit jaar zal uitlaten over deze problematiek.