



Universiteit
Leiden
The Netherlands

**Annotatie bij Hoge Raad 12 juli 2024, ECLI:NL:HR:2024:1078
(CSW/PPSB) de afdwingbaarheid van de mediationclausule anno 2024**
Beukering-Rosmuller, E.J.M. van

Citation

Beukering-Rosmuller, E. J. M. van. (2024). Annotatie bij Hoge Raad 12 juli 2024, ECLI:NL:HR:2024:1078 (CSW/PPSB): de afdwingbaarheid van de mediationclausule anno 2024. *Tijdschrift Voor Arbitrage*, 2024(5), 264-269. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/4177989>

Version: Publisher's Version
License: [Leiden University Non-exclusive license](#)
Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/4177989>

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

Hoge Raad 12 juli 2024, ECLI:NL:HR:2024:1078 (CSW/PPSB)²

De afdwingbaarheid van de mediationclausule anno 2024

TvA 2024/77

This case note discusses the judgment of the Dutch Supreme Court (12 July 2024), in which the court has decided that a mediation clause, depending on its wording, can be binding. However, application of the clause should not result in an unacceptable impediment to the parties' right of access to a court, guaranteed by Article 6 ECHR. In this context European case law is relevant. The Supreme Court has determined that if a mediation clause should be interpreted in a way that parties are obliged to enter into mediation before commencing proceedings in court or in arbitration and a party initiates proceedings without prior mediation, the judge (or arbitrator) may, at the request of the other party, stay proceedings to give the parties the opportunity to still comply with their mediation obligations. The judge or arbitrator is nevertheless not obliged to an adjournment. If proceedings are stayed, the wording of the mediation clause can be relevant for the question when a party, if so desired, may terminate unilaterally its cooperation in the mediation process.

1. Inleiding

In het op 12 juli 2024 gewezen arrest in de zaak Lotamblau Investments B.V., voorheen Capabel Solutions Works B.V. (hierna: CSW) tegen Project Partner Search Beheer B.V. (hierna: PPSB) heeft de Hoge Raad een tweetal principiële vragen met betrekking tot de mediationclausule beantwoord. De eerste vraag betreft de kwestie van het al dan niet juridisch bindend kunnen zijn van mediationclausules. De vervolgvraag betreft de juridische consequentie van de eenzijdige niet-nakoming van de mediationclausule (met een bindend karakter), meer in het bijzonder de vraag of een mediationclausule een partij kan beletten om (direct) een gerechtelijke of arbitrale procedure te voeren over een geschil waarvoor de mediationclausule geldt. De inhoud van de mediationclausule speelt een belangrijke rol bij het bepalen of een mediationclausule een verplichtend karakter heeft en is medebepalend voor de reikwijdte van de inspanningsverplichting in de mediation, aldus de Hoge Raad.

Het arrest van de Hoge Raad van 12 juli 2024 houdt in de kern in dat een mediationclausule soms kan verplichten tot mediation voordat een procedure wordt gevoerd. Het (vrijwillige)

karakter van mediation, waarbij de Hoge Raad verwijst naar zijn eerdere uitspraak van 20 januari 2006, NJ 2006/75, r.o. 3.4,³ staat aan een bindende mediationclausule niet in de weg. Een zeer welkome verduidelijking, aangezien zich in de literatuur in de afgelopen kleine twintig jaar verschillende opvattingen hebben ontwikkeld over hoe de beschikking van de Hoge Raad van 20 januari 2006 moet worden geïnterpreteerd.

2. Juridisch kader

Art. 6 EVRM en art. 17 Grondwet verzetten zich niet tegen voorlegging van een geschil aan anderen dan de overheidsrechter. Een afspraak tot arbitrage, bindend advies of mediation is in principe toegestaan, mits er sprake is van een eigen, vrijwillige keuze van partijen, welke ondubbelzinnig is.⁴ Partijen kunnen zowel voor eventuele toekomstige geschillen als voor reeds bestaande geschillen voor arbitrage, bindend advies of mediation kiezen. In het eerste geval spreekt men van een arbitraal beding, bindend adviesclausule of mediationclausule. In een mediationclausule wordt derhalve op voorhand (schriftelijk) afgesproken eventuele toekomstige geschillen (primaire) aan mediation te onderwerpen. Mediation kan ook onderdeel zijn van een 'multi-step' (geschilbeslechtsings)clausule, met een gerechtelijke procedure, arbitrage of in de Nederlandse situatie soms ook een bindend-adviesprocedure als vervolgstap, voor het geval de mediation niet of slechts ten dele tot een oplossing van het geschil zou leiden. Een mediationclausule kan leiden tot een tijdelijke beperking van de toegang tot de rechter. Het staat partijen na afloop van een (mislukte) mediationpoging vrij om alsnog naar de rechter te stappen. De vraag is wat naar Nederlands recht geldt indien een partij zich, ondanks een arbitrage-, bindend advies- of mediationclausule, toch (eenzijdig) direct tot de rechter wendt. Bij arbitrage geldt dat als een van partijen toch de rechter adieert, de rechter zich ingevolge art. 1022 Rv onbevoegd verklaart, mits de wederpartij tijdig een beroep doet op een geldige overeenkomst tot arbitrage. Een partij die in strijd met een overeenkomst tot bindend advies de rechter adieert, wordt in principe niet-ontvankelijk verklaard, zie HR 22 november 1985, ECLI:NL:HR:1985:AC9117, NJ 1986/275 (Van Delft/Van Boxtel) en HR 13 maart 2020, ECLI:NL:HR:2020:425, NJ 2021/255 (Franken

¹ Universitair docent Burgerlijk Procesrecht aan de Faculteit der Rechtsgeleerdheid, Universiteit Leiden.

² TvA 2024/56.

³ HR 20 januari 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU3724. 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.'

⁴ Zie m.n. I. Giesen, Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. Procesrecht. 1. Beginselen van burgerlijk procesrecht, Deventer: Wolters Kluwer 2024/172-173 en 212.

q.q. c.s./LaSer). Bij mediation is het de vraag welk uitgangspunt moet gelden. Het gaat bij mediation immers in principe niet om geschilbeslechting door een derde, maar om geschiloplossing door partijen zélf, waarbij het proces wordt begeleid door de mediator. Vrijwilligheid speelt bij mediation een belangrijke rol, ook gedurende de procedure.

Het onderwerp ‘mediationclausules’ komt geheel niet aan bod in de Europese Mediationrichtlijn⁵ en de in het Nederlandse recht op 21 november 2012 in werking getreden Wet implementatie richtlijn nr. 2008/52/EG betreffende bepaalde aspecten van bemiddeling/mediation in burgerlijke zaken en handelszaken.⁶ Binnen de Europese Unie is het 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 het civiele procesrecht. Na de beschikking van de Hoge Raad van 20 januari 2006 was het overheersende beeld dat de Nederlandse (feiten)rechtspraak mediationclausules in principe niet afdwingbaar laat zijn.⁷ Rechter stelden een ‘duurzame’ (zich voortzettende) instemming van alle partijen met mediation nogal eens als vereiste om rechtsgevolgen aan de clause te kunnen verbinden. De veronderstelling zal daarbij mogelijk zijn geweest dat, aangezien het in de mediation elke partij, in het licht van de vrijwilligheid van mediation, vrijstaat de mediation voortijdig te beëindigen (zie over dit aspect van de vrijwilligheid hieronder, punt 4.5), het zinloos is om een onwillige partij aan de mediationclause gebonden te achten.

Van de vraag of door partijen zelf overeengekomen mediationclausules afdwingbaar zijn, dient een andere vraag op zich te worden onderscheiden. Dit betreft de vraag naar de mogelijkheid van een wettelijke verplichtstelling van mediation (in bepaalde geschillen) door een nationale wetgever. Een wettelijke verplichtstelling van mediation als voorportaal voor de rechter is naar Europese maatstaven, onder de door het Hof van Justitie van de Europese Unie (hierna: HvJ EU) in de arresten *Menini* en *Alassini* geformuleerde voorwaarden, inderdaad mogelijk.⁸ De Hoge Raad verwijst in het arrest van 12 juli 2024 (CSW/PPSB) voor wat betreft de begrenzingen van de toepassing van een mediationclause naar deze Europese jurisprudentie en laat deze derhalve doorwerken in het vraagstuk van de afdwingbaarheid van de mediationclause (zie hieronder, punt 4).

5 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.

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

7 Een mediationclause staat in principe niet aan ontvankelijkheid bij de rechter (of arbiter) in de weg. Slechts bij uitzondering is door rechters en arbiters processuele/juridische betekenis aan een mediationbeding gehecht. Zie voor een recent jurisprudentieoverzicht E.J.M. van Beukering-Rosmuller, *Mediation in juridisch perspectief (Burgerlijk Proces & Praktijk nr. 7)*, Deventer: Wolters Kluwer 2024/92.

8 Dit geldt in elk geval voor geschillen die onder de werkingssfeer van de Richtlijn ADR consumenten (Richtlijn 2013/11/EU) vallen en waarschijnlijk ook voor geschillen die (tevens) onder de werkingssfeer van de Richtlijn Mediation (Richtlijn 2008/52/EG) vallen. Vgl. HvJ EU 14 juni 2017, C-75/16, ECLI:EU:C:2017:457, *NJ* 2018/247 (*Livio Menini & Maria Antonia Rampanelli/Banco Popolare Società Cooperativa*) en HvJ EU 18 maart 2010, C-317/08-320/08, ECLI:EU:C:2010:146, *NJ* 2010/382 (*Rosalba Alassini e.a./Telecom Italia SpA e.a.*).

3. Hoge Raad 12 juli 2024, ECLI:NL:HR:2024:1078 (CSW/PPSB)

3.1 De zaak

CSW en PPSB houden zich onder meer bezig met arbodienstverlening. In 2017 heeft PPSB haar aandelen in een dochtervennootschap verkocht aan CSW en aan CSW een geldlening verstrekt. In de overeenkomst staat dat eventuele uit de overeenkomst voortvloeiende geschillen tussen partijen in eerste instantie via mediation zullen worden opgelost en dat als partijen het geschil niet door mediation kunnen oplossen, het geschil wordt onderworpen aan arbitrage.

Nadat tussen partijen in 2018 een geschil was ontstaan, begon PPSB een arbitrale procedure tot betaling van enkele geldbedragen en schadevergoeding, zonder voorafgaande mediation. CSW beriep zich op de mediationclause en verzocht de arbiter zich onbevoegd te verklaren of de procedure aan te houden voor het door partijen beproeven van mediation. De arbiter wees beide verzoeken af en heeft vervolgens inhoudelijk geoordeeld over het geschil tussen partijen. De vorderingen van PPSB in conventie werden deels toegewezen en de vorderingen van CSW in reconventie afgewezen.

Na deze arbitrale procedure stelde CSW bij het hof Den Haag een vordering in tot vernietiging van de arbitrale vonnissen op de voet van art. 1065 lid 1 (sub a, b, c en d) Rv, onder meer op de grond dat partijen zijn overeengekomen dat eerst mediation wordt beproefd alvorens een arbiter kan worden benoemd, aan welke opschortende voorwaarde niet is voldaan. Het hof oordeelde dat PPSB het, door CSW opgestelde, arbitraal beding zo mocht begrijpen dat daarin geen bindende verplichting tot mediation besloten lag en wees de vordering tot vernietiging van CSW af.⁹ Met name meende het hof dat het samenstel van de zinnen in het arbitraal beding¹⁰ een uitleg toelaat waarin ook een arbiter kan worden benoemd wanneer op voorhand – zoals bij onvoldoende bereidwilligheid van een van partijen – te verwachten is dat het geschil niet kan worden ‘opgelost’ door een mediator.¹¹ Tegen deze uitspraak is door CSW cassatieberoep ingesteld. CSW klaagt in cassatie over de uitleg die het hof heeft gegeven aan de mediationclause in het arbitraal beding.

3.2 Advies Advocaat-Generaal (A-G)

De conclusie van de A-G strekt tot vernietiging van het arrest van het hof en tot verwijzing.¹² Volgens de A-G bestaan er geen principiële bezwaren tegen het uitgangspunt dat een mediationclause een bindend karakter kan hebben. Zonder nadere toelichting, die ontbreekt, achtte zij de door het hof gehanteerde uitleg van de clause in

9 Zie Hof Den Haag 13 september 2022, ECLI:NL:GHDHA:2022:1851.

10 ‘(...) Eventuele uit deze overeenkomst voortvloeiende geschillen tussen partijen zullen door partijen in eerste instantie via mediation worden opgelost. Mochten partijen deze geschillen niet aldus kunnen oplossen, dan zullen zij aan arbitrage (door één arbiter) worden onderworpen, met uitsluiting van de gewone rechter, tenzij de voorzieningenrechter ingeval van spoedeisend belang.’

11 Zie r.o. 5.11.

12 Concl. A-G De Bock 26 januari 2024, ECLI:NL:PHR:2024:103.

het voorliggende geval onbegrijpelijk.¹³ Indien er sprake is van een bindende mediationclausule, leidt het niet naleven van de clausule niet tot onbevoegdheid van de rechter en evenmin tot niet-ontvankelijkheid van een partij in haar eis of verzoek, aldus de A-G. Bij een beroep door een partij in de procedure op een dergelijke mediationclausule waaraan de wederpartij weigert gevolg te geven, is de passende sanctie volgens de A-G dat de rechter (of arbiter) de procedure aanhoudt, zodat partijen alsnog uitvoering kunnen geven aan de mediationclausule.

3.3 Oordeel Hoge Raad

Na een omschrijving van het begrip ‘mediation’ als ‘een vorm van bemiddeling ter oplossing van een geschil, waarbij een neutrale bemiddelingsdeskundige, de mediator, onderhandelingen tussen partijen begeleidt die zijn gericht op een gezamenlijk gedragen uitkomst met inachtneming van de belangen van partijen’, laat de Hoge Raad de volgende (rechtsvormende) overwegingen volgen:

3.2.2 In deze zaak gaat het om een beding dat mediation aanwijst als eerste middel ter oplossing van geschillen die kunnen ontstaan tussen de contractspartijen naar aanleiding van of in verband met hun overeenkomst (hierna: een mediationclausule).

De inhoud van een mediationclausule moet door uitleg daarvan worden vastgesteld. Daarbij komt het aan op de zin die partijen in de gegeven omstandigheden over en weer redelijkerwijs aan de mediationclausule mochten toekennen en op hetgeen zij te dien aanzien redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten (de Haviltex-maatstaf). Een mediationclausule kan een niet-verplichtend karakter hebben. Ook is mogelijk dat een mediationclausule partijen verplicht mediation te beproeven voordat zij in rechte (of in arbitrage) een procedure aanhangig maken. Het karakter van mediation (vgl. HR 20 januari 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU3724, r.o. 3.4) staat aan een zodanige uitleg niet in de weg. De omstandigheden dat een mediationclausule tussen professionele partijen is overeengekomen en dat de overeenkomst en het daaruit voortvloeiende geschil een zakelijk karakter hebben, kunnen bij de uitleg een rol spelen, maar brengen niet zonder meer mee dat de mediationclausule zo moet worden uitgelegd dat zij partijen verplicht mediation te beproeven voordat zij in rechte (of in arbitrage) een procedure aanhangig maken.

Indien een mediationclausule ertoe verplicht om mediation te beproeven, is de reikwijdte van die plicht en daarmee de vraag wanneer een partij die dat wenst haar medewerking aan het mediationtraject mag beëindigen, eveneens een kwestie van uitleg van de mediationclausule.

Een mediationclausule mag niet worden toegepast als toepassing tot gevolg zou hebben dat het recht van partijen op toegang tot de rechter, dat mede wordt gewaarborgd door art. 6 EVRM, op onaanvaardbare wijze wordt

aangetast (vgl. HvJ EU 18 maart 2010, zaak C-317/08, ECLI:EU:C:2010:146 (Alassini) en HvJ EU 14 juni 2017, zaak C-75/16, ECLI:EU:C:2017:457 (Menini)).

3.2.3 Als een mediationclausule inhoudt dat partijen verplicht zijn mediation te beproeven voordat zij in rechte (of in arbitrage) een procedure aanhangig maken en een partij een procedure aanhangig maakt zonder die verplichting te zijn nagekomen, kan de rechter (of arbiter) op verzoek van de andere partij de behandeling van de zaak aanhouden om partijen de gelegenheid te geven hun verplichtingen uit hoofde van de mediationclausule alsnog na te komen. Hij is daartoe evenwel niet verplicht. De rechter kan beslissen dat de behandeling van de zaak niet wordt aangehouden, bijvoorbeeld omdat de zaak daarvoor te spoedeisend is of omdat het zinloos is om mediation te beproeven.

Ten aanzien van de uitleg die het hof aan de mediationclausule in het betreffende arbitraal beding heeft gegeven overweegt de Hoge Raad:

3.3 Het hof heeft, met inachtneming van de Haviltex-maatstaf, de inhoud van het arbitraal beding vastgesteld. Voor zijn oordeel dat in het arbitraal beding geen bindende verplichting tot mediation besloten ligt, heeft het hof niet alleen de tekst van het arbitraal beding, waaronder de mediationclausule, betrokken, maar ook van belang geacht het in het algemeen vrijwillige karakter van mediation en het feit dat het arbitraal beding niet door partijen gezamenlijk, maar door CSW is opgesteld. In het oordeel van het hof ligt niet besloten dat mediation niet verplichtend kan worden overeengekomen. Evenmin blijkt dat het hof ervan is uitgegaan dat CSW en PPSB geen professionele partijen zijn of dat het de hoedanigheid van partijen en de aard van hun geschil niet in zijn beoordeling heeft betrokken.

Op grond hiervan oordeelt de Hoge Raad dat de uitleg van het hof geen blijk geeft van een onjuiste rechtsopvatting en niet onbegrijpelijk is. Een door de rechter gegeven uitleg van een overeenkomst is niet onbegrijpelijk op de enkele grond dat een andere uitleg evenzeer mogelijk is. De aangevoerde klachten stuiten hierop af. De Hoge Raad verwierpt daarom het cassatieberoep en laat daarmee de beslissing van het hof (en de arbiter) in stand.

4. Beschouwingen naar aanleiding van de uitspraak van de Hoge Raad

4.1 Mediationclausule in bepaalde omstandigheden bindend

De Hoge Raad oordeelt in zijn arrest van 12 juli 2024 (CSW/PPSB) uitdrukkelijk dat het (vrijwillige) karakter van mediation niet in de weg staat aan een mediationclausule die partijen verplicht mediation te beproeven voordat zij in rechte (of in arbitrage) een procedure aanhangig (kunnen) maken. Zoals vermeld (zie punt 1), is hiermee een principiële vraag

¹³ Concl. A-G De Bock 26 januari 2024, ECLI:NL:PHR:2024:103, punt 18.22.

beantwoord ten aanzien waarvan in de literatuur lange tijd onduidelijkheid bestond. Dit is een belangrijke stap, die goed aansluit bij het Europeesrechtelijke juridisch kader voor ADR/mediation. Aangenomen kan namelijk worden dat het EU-recht geen beletsel vormt om bij overeenkomst af te spreken dat partijen eerst mediation moeten beproeven alvorens zij zich tot de overheidsrechter kunnen wenden (voor zover het althans kwesties betreft die ter vrije bepaling van partijen staan), mits partijen niet onaanvaardbaar worden belemmerd in hun toegang tot de overheidsrechter.¹⁴ Ook zijn er op zich geen Europeesrechtelijke bezwaren om een professionele partij aan een overeengekomen mediationclause te houden alvorens een arbitrale procedure kan worden gestart. De mediationclause is dan een uitbreiding van het arbitraal beding dat in beginsel toelaatbaar is omdat toegang tot de overheidsrechter een recht is waarvan afstand kan worden gedaan (zie hiervoor, punt 2).¹⁵ In de Europese mediationwetgeving en -rechtspraak lijkt de vrijwilligheid van mediation ook niet zozeer te zien op de vrijheid van de partijen om al dan niet deel te nemen aan de procedure, maar meer op het feit dat er bij mediation sprake is van vrijwilligheid zoals omschreven in overweging 13 bij de Mediationrichtlijn (2008). Daarin wordt gesproken van mediation als een vrijwillige procedure, 'in die zin dat de partijen er zelf voor verantwoordelijk zijn, deze naar eigen goeddunken kunnen organiseren en te allen tijde kunnen beëindigen'. Ook de Mediationrichtlijn zelf biedt aanknopingspunten voor de opvatting dat de Europese wetgever met de vrijwilligheid vooral lijkt te doelen op het feit dat partijen in de mediation niet verplicht zijn een schikking te treffen,¹⁶ nu zij ook van toepassing is op wettelijk verplichte mediations en door de rechter gelaste mediations.¹⁷ Het HvJ EU heeft op 14 juni 2017 in zaak C-75/16 (*Menini*) voor de Europese context bevestigd dat de vrijwillige aard van mediation niet zozeer ligt in 'de vrijheid van de partijen om al dan niet een beroep op die procedure te doen', maar in het feit dat er bij mediation sprake is van vrijwilligheid zoals omschreven in overweging 13 bij de Mediationrichtlijn.¹⁸ Ook een contractueel overeengekomen mediationclause kan zijn bedoeld om een partij te houden aan mediation als *verplicht voorportaal* voor een rechterlijke of arbitrale procedure en verplichten tot mediation voordat een procedure wordt gevoerd. Of er sprake is van een mediationclause met een dergelijke strekking moet worden bepaald via uitleg, aldus de Hoge Raad.

4.2 Uitleg mediationclause

Uitleg naar Nederlands recht van de mediationclause — al dan niet vervat in een arbitraal beding — zal moeten plaatsvinden aan de hand van de *Haviltex*-maatstaf, op grond van

art. 3:33, 3:35 en 6:248 BW.¹⁹ Bij de uitleg zullen derhalve onder meer betrokken moeten worden de hoedanigheid van partijen, hetgeen hen bij het opstellen van de clause voor ogen stond, de bewoordingen en de context van de afspraak. De Hoge Raad maakt onderscheid tussen mediationclausules met een niet-verplichtend karakter en 'verplichtende' mediationclausules. In de eerste situatie is de clause meer vrijblijvend geformuleerd en kan deze enkel inhouden dat partijen zullen trachten om als er een geschil ontstaat dit door middel van mediation op te lossen. De clause die mediation een verplicht voorportaal voor de rechter (of arbiter) bedoeld te laten zijn, zal qua formulering daarop gericht moeten zijn. Wanneer in de mediationclause mediation niet als verplicht voorportaal is geformuleerd alvorens een gerechtelijke of arbitrale procedure aanhangig kan worden gemaakt, zal het niet eerst beproeven van mediation derhalve in het algemeen niet tot (processuele) consequenties leiden.²⁰ Voor een voorbeeld van een clause waaruit volgens de A-G²¹ blijkt dat mediation als verplicht voorportaal is bedoeld, verwijs ik naar de Model-mediationclause (voor bedrijven) van de Mediatorsfederatie Nederland (MfN), die als volgt aanvangt: 'Indien er naar aanleiding van of in verband met deze overeenkomst tussen partijen een geschil mocht ontstaan, zullen zij proberen dit geschil op te lossen met behulp van mediation *alvorens een partij in rechte te betrekken*. (...)'.²² In CSW/PPSB achtte de Hoge Raad de door het hof gegeven uitleg dat in het arbitraal beding in kwestie geen bindende verplichting tot mediation besloten ligt,²³ juridisch niet onjuist en niet onbegrijpelijk (zie hiervoor, punt 3.3). Tegelijkertijd opent de Hoge Raad de weg voor rechters en arbiters om te beslissen dat er in een bij hen voorliggende zaak wél sprake is van een bindende mediationclause. Van belang zijn derhalve zorgvuldig geformuleerde clausules, waaruit in ieder geval duidelijk blijkt dat, voor zover partijen dit wensen, mediation als verplicht voorportaal is bedoeld en waarin (eventueel) ook is opgenomen tot welke verplichtingen de clause voor partijen precies leidt.²⁴

4.3 Onder omstandigheden geen toepassing

Een beroep (in rechte) op de mediationclause door een partij kan in het concrete geval naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zijn, art. 6:248 lid 2 BW. Bij de toepassing van deze bepaling moet wel terughoudendheid worden betracht. In het kader van de toetsing kunnen onder meer van belang zijn het preprocesuele gedrag van partijen — bijvoorbeeld: is er voorafgaand aan de procedure al een beroep gedaan op de mediationclause

14 Zie ook concl. A-G De Bock 26 januari 2024, ECLI:NL:PHR:2024:103, punt 13.14.

15 Concl. A-G De Bock 26 januari 2024, ECLI:NL:PHR:2024:103, punt 13.28-13.29.

16 Zie Van Beukering-Rosmuller, *Mediation in juridisch perspectief* (BPP nr. 7), 2024/28.

17 Vgl. art. 3 sub a en art. 5 lid 2 van Richtlijn 2008/52/EG.

18 Zie HvJ EU 14 juni 2017, C-75/16, ECLI:EU:C:2017:457, NJ 2018/247 (*Menini*), punt 49-50.

19 HR 13 maart 1981, ECLI:NL:HR:1981:AG4158, NJ 1981/635 (*Haviltex*). Zie ook concl. A-G De Bock 26 januari 2024, ECLI:NL:PHR:2024:103, punt 17.17.

20 Zie concl. A-G De Bock 26 januari 2024, ECLI:NL:PHR:2024:103, punt 17.13 (en 5.7-5.8).

21 Zo begrijp ik althans de conclusie, punt 5.4 t/m 5.7.

22 Zie mfnregister.nl/mediators/regelgeving-en-documenten.

23 Hof Den Haag 13 september 2022, ECLI:NL:GHDHA:2022:1851, r.o. 5.11 (jo. 3.4).

24 Zie M.J. van Cleef-Metsaars, in: H.J. Snijders, *Modellen voor de Rechtspraak*, Deventer: Wolters Kluwer, IV.4A.3, voor een op de MfN-mediationclause voortbouwend model (met verschillende opties).

– en de over en weer betrokken belangen.²⁵ Maar ook het optreden van onredelijke vertraging of de (hoge) kosten verbonden aan de mediation kunnen onder omstandigheden aanleiding zijn om het beroep op de mediationclause onaanvaardbaar te achten.²⁶ Dit laatste zou in ieder geval in relatie tot een consument kunnen noodzaken tot het buiten toepassing laten van de mediationclause. De Hoge Raad overweegt immers uitdrukkelijk, onder verwijzing naar de door het HvJ EU gewezen arresten *Menini* en *Alassini*, dat een mediationclause niet mag worden toegepast als toepassing tot gevolg zou hebben dat het recht van partijen op toegang tot de rechter, dat mede gewaarborgd wordt door art. 6 EVRM, op onaanvaardbare wijze wordt aangetast. De Hoge Raad laat hiermee de voorwaarden die het HvJ EU stelt voor het verenigbaar laten zijn met het recht op toegang tot de rechter van een wettelijke verplichtstelling van ADR/mediation, als voorportaal voor de rechter, doorwerken in de begrenzingen van de toepassing van een mediationclause (zie ook hiervoor, punt 2). Het HvJ EU oordeelt in het *Menini*-arrest (2017) in lijn met het eerder gewezen *Alassini*-arrest (2010)²⁷ dat een verplichte procedure van bemiddeling/mediation (als voorwaarde voor de ontvankelijkheid in rechte) verzoenbaar kan zijn met het beginsel van effectieve rechterlijke bescherming ‘indien deze procedure niet tot een bindende beslissing voor de partijen leidt,²⁸ geen wezenlijke vertraging voor het instellen van een beroep bij de rechter meebrengt, de verjaring van de betrokken rechten schorst en geen of zeer geringe kosten meebrengt voor de partijen,²⁹ mits de elektronische weg niet de enige manier van toegang tot die procedure vormt en voorlopige maatregelen kunnen worden gelast in de uitzonderlijke gevallen waarin de spoedeisendheid van de situatie dit verlangt’.³⁰ Hoewel deze voorwaarden door het HvJ EU voor consumentengeschillen zijn geformuleerd, acht ik het bepaald niet uitgesloten dat deze in bredere zin toegepast gaan worden.

25 Vgl. ook M.W. Knigge, ‘De afspraak tot mediation. Meer dan een promise?’, in: A.G. Castermans e.a. (red.), *Ex libris Hans Nieuwenhuis. Opstellen aangeboden aan prof. mr. J.H. Nieuwenhuis bij zijn emeritaat*, Deventer: Kluwer 2009, p. 358.

26 Concl. A-G De Bock 26 januari 2024, ECLI:NL:PHR:2024:103, punt 17.18.

27 HvJ EU 18 maart 2010, C-317/08-320/08, ECLI:EU:C:2010:146, NJ 2010/382 (*Alassini*).

28 Er mag dus geen sprake zijn van een buitengerechterlijke procedure waarin de onafhankelijke derde een bindende beslissing geeft. Komt in een mediation een geldige vaststellingsovereenkomst tot stand, dan is dat resultaat uiteraard wel degelijk bindend, zij het dat de uitkomst niet door een derde is opgelegd en niet dezelfde (executoriale) kracht heeft als een rechterlijke uitspraak. Wie echter een rechterlijk oordeel (of het oordeel van een arbiter dan wel een bindend adviseur) wenst, staat het vrij om in de mediation niet met de wederpartij tot overeenstemming te komen, ook al is de deelname aan de mediation op zichzelf verplicht. Zie ook P.A. Wackie Eysten, ‘Het HvJ EU over verplichte buitengerechterlijke geschiloplossing (*Alassini-Telecom* (Italia))’, TvA 2011/8.

29 Bij eventuele doorwerking van deze voorwaarde bij verplichte mediation buiten consumentengeschillen is het de vraag of de eis moet worden bezien in relatie tot het financiële belang van het geschil. In commerciële geschillen zijn de kosten van mediation doorgaans meer dan zeer gering, maar zijn anderzijds de financiële belangen vaak ook groot. Ook kunnen de financiële belangen van elk der partijen onderling verschillen.

30 HvJ EU 14 juni 2017, C-75/16, ECLI:EU:C:2017:457, NJ 2018/247 (*Menini*), punt 61-63. Zie nader Van Beukering-Rosmuller, *Mediation in juridisch perspectief* (BPP nr. 7), 2024/42 en de annotatie van C.J.M. Klaassen bij NJ 2018/247.

4.4 Gevolg van eenzijdige niet-nakoming bindende mediationclause

Een andere principiële kwestie waarover de Hoge Raad uitsluitsel geeft, betreft de processuele consequentie van eenzijdige niet-nakoming van een mediationclause waarbij het beproeven van mediation is geformuleerd als een verplichting die eerst moet worden doorlopen alvorens een rechterlijke of arbitrale procedure aanhangig kan worden gemaakt. De Hoge Raad oordeelt dat als een partij een dergelijke bindende mediationclause niet naleeft, de rechter (of arbiter) op verzoek van de andere partij de behandeling van de zaak kan aanhouden om partijen de gelegenheid te geven hun verplichtingen op grond van de mediationclause alsnog na te komen. Hij is daartoe echter niet verplicht, aldus de Hoge Raad. Hiermee krijgen rechters en arbiters, anders dan de A-G voorstond, een keuzevrijheid. De Hoge Raad licht toe dat de rechter (of arbiter) kan beslissen de behandeling van de zaak niet aan te houden bijvoorbeeld omdat de zaak daarvoor te spoedeisend is of omdat het zinloos is om mediation te beproeven. Deze door de Hoge Raad aan een bindende mediationclause toegekende processuele betekenis is mijns inziens de juiste. Er dient een ‘escape’ te zijn, omdat er in ieder geval enige kans moet zijn dat de verplichte mediation succesvol kan zijn en de opschorting van de procedure voor bepaalde tijd doel heeft. Er zullen bijvoorbeeld altijd geschillen zijn waarin een rechterlijke beslissing op puur juridische gronden, bijvoorbeeld over uitleg van het recht, noodzakelijk is om pas daarna zinvol te kunnen onderhandelen. Ook zou een rechterlijke uitspraak, afhankelijk van de juridische complexiteit van het betreffende geschil, meer aangewezen kunnen zijn indien de clause geldt in relatie tot een ‘zwakkere’ partij, bijvoorbeeld een consument, omdat het de taak van de overheidsrechter is deze partijen de bescherming te bieden van (Europees-rechtelijke) regelgeving. Het is onzeker of ook mediators het altijd tot hun taak zullen rekenen deze bescherming te geven. In ieder geval in de faciliterende mediationstijl is de mediator in beginsel slechts verantwoordelijk voor het proces en niet voor het inhoudelijke resultaat. Bereiken partijen in mediation overeenstemming, dan is de verantwoordelijkheid voor de inhoud daarvan in principe aan partijen. Het is immers hun eigen, zelfgekozen geschiloplossing. De mediator dient wel te bevorderen dat partijen bij het bereiken van formele afspraken voldoende geïnformeerd zijn over eventuele juridische (en/of andere) implicaties, althans zich daarvan op de hoogte hebben kunnen stellen, en welbewust handelen (*informed consent*). Soms geldt er voor mediators een extra zorgplicht. Niettemin reikt dit minder ver dan de verantwoordelijkheid van de rechter voor inhoudelijke juridische bescherming.³¹ Door hun opleiding, waarin in toenemende mate ook aan conflict diagnose en mediation (in meer algemene zin) aandacht wordt besteed, en ervaring zouden Nederlandse rechters in principe goed in staat moeten zijn te beoordelen wanneer, in geval van een bindende mediationclause, een uitzondering op

31 Zie nader Van Beukering-Rosmuller, *Mediation in juridisch perspectief* (BPP nr. 7), 2024/4 (met verdere verwijzingen).

opschorting van de procedure nodig is. Daarbij bepleit ik een terughoudende toepassing door rechters (en arbiters) van de ruimte die de Hoge Raad in dit verband biedt. Dat de rechter (of arbiter) kan beslissen tot niet aanhouden omdat de zaak daarvoor te spoedeisend is, sluit aan bij de Europese jurisprudentie (zie punt 4.3).³² Voorts komt ook uit de lagere rechtspraak naar voren dat een afspraak tot mediation in principe geen beletsel dient te vormen voor het (bij de rechter) verzoeken om voorlopige/spoedeisende of bewarende maatregelen.³³

4.5 Relatie clause tot de inspanningsverplichting in de mediation

De Hoge Raad laat de inhoud van de mediationclause medebepalend zijn voor de reikwijdte van de inspanningsverplichting van partijen in de mediation en daarmee de vraag wanneer een partij die dat wenst haar medewerking aan de mediation mag beëindigen. Partijen en de mediator spreken af zich in te zullen spannen om het geschil tussen partijen door mediation op te lossen.³⁴ Dit doen zij doorgaans in de (aan het begin van de procedure gesloten) *mediationovereenkomst*.³⁵ Partijen houden gedurende de mediation, mede gezien de vrijblijvendheid, in principe volledige zeggenschap over de uitkomst ervan.³⁶ Tegelijkertijd brengt de vrijwilligheid van mediation met zich dat het een partij vrijstaat eenzijdig de mediation voortijdig te beëindigen, zoals het HvJ EU op 14 juni 2017 (voor consumenten) heeft bevestigd in het *Menini*-arrest.³⁷ Ook in veel mediationreglementen ligt het recht op (eenzijdige) voortijdige beëindiging van de mediation (dat eveneens aan de mediator toekomt) verankerd.³⁸ Een partij mag de mediation in principe om haar moverende redenen en zonder uitleg beëindigen. Aan uitleg staat in principe ook de geheimhouding, die vrijwel altijd tot de afspraken behoort, in de weg. Het vorenstaande maakt duidelijk dat bij de inspanningsverplichting van partijen in een mediation de vrijwilligheid de boventoon voert.

De Hoge Raad maakt in CSW/PPSB evenwel duidelijk dat met een zorgvuldig geformuleerde mediationclause zou kunnen worden bereikt dat er toch een ondergrens geldt voor de van partijen gevraagde inspanning. Met name kan worden gedacht aan het opnemen van de verplichting om, na het feitelijk te hebben bijgedragen aan het opstarten van de mediation (benoeming mediator), een eerste bijeenkomst bij te wonen van bijvoorbeeld minimaal twee uur.³⁹ Op deze wijze kan de mediator partijen laten kennismaken met het proces en de mogelijkheden ervan in hun concrete geschil. Een goede mediator blijkt een 'onwillige' partij tijdens deze bijeenkomst namelijk niet zelden toch nog warm te kunnen maken voor een nuttige medewerking aan de procedure.⁴⁰ Het omgekeerde komt echter ook voor: de mediator is bij aanvang optimistisch, maar de zaak blijkt toch vaster te zitten dan gedacht.⁴¹ Mocht een zinvolle voortzetting van de mediation niet mogelijk blijken, dan kan de mediation (vlot) worden beëindigd met mogelijk een gerechtelijke procedure, arbitrage of eventueel bindend advies als vervolgstap.

5. Afronding

Na het arrest van de Hoge Raad van 12 juli 2024 (CSW/PPSB) is de stand in de Nederlandse rechtspraak dat een mediationclause, afhankelijk van de formulering, bindend kan zijn. Toepassing van de clause mag evenwel geen onaanvaardbare belemmering opleveren voor het recht van partijen op toegang tot de rechter, mede gewaarborgd door art. 6 EVRM. Europese jurisprudentie is van belang bij het, indien nodig, stellen van grenzen aan de toepassing van de clauses in concrete gevallen. Ten aanzien van het procesuele gevolg van eenzijdige niet-nakoming door een partij van een bindende mediationclause heeft de Hoge Raad principieel gekozen voor het, op verzoek van de andere partij, eventueel aanhouden van de procedure. Bij aanhouding kan een zorgvuldig geredigeerde clause medebepalend zijn voor hoever de inspanningsverplichting van partijen in de mediation minimaal reikt. Samengevat heeft de Hoge Raad met deze beslissing voor rechters en arbiters de mogelijkheid geopend om mediationclauses (in arbitrale bedingen) rechtens afdwingbaar te laten zijn en de behandeling van de zaak aan te houden voor het beproeven van mediation door partijen. Hiermee is bijgedragen aan een steviger fundament voor mediation in de Nederlandse civiele rechtspleging.

³² Zie ook concl. A-G De Bock 26 januari 2024, ECLI:NL:PHR:2024:103, punt 17.34.

³³ Vgl. Hof Arnhem-Leeuwarden 21 december 2021, ECLI:NL:GHARL:2021:11722; Rb. Overijssel (vzr.) 21 maart 2023, ECLI:NL:ROVE:2023:1117; Rb. Rotterdam (vzr.) 28 maart 2018, ECLI:NL:RBROT:2018:3789 (*Agendum/Egis*) en Rb. Breda 10 oktober 2008, ECLI:NL:RBBRE:2008:BF7611, voor conservatoir beslag gedurende het mediationtraject.

³⁴ Zie in verband met deze inspanningsverplichting bijv. E. Schutte & J. Spierdijk, *Juridische aspecten van mediation*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2021, p. 79 en J.M. Bosnak, 'De mediationclause: hoe lang nog beperkt houdbaar?', in: C.J.M. Klaassen, G.J. Meijer & C.L. Schleijpen (red.), *Going Dutch: ADR in Nederland, in het bijzonder bij het NAI (Onderneming en Recht nr. 113)*, Deventer: Wolters Kluwer 2019/14.2.

³⁵ De *mediationovereenkomst* moet worden onderscheiden van de *mediationclause*. In de *mediationovereenkomst* bepalen partijen en de mediator vooral de spelregels van het proces, zie nader Van Beukering-Rosmuller, *Mediation in juridisch perspectief* (BPP nr. 7), 2024/7-8.

³⁶ Zie i.v.m. mediation en vrijblijvendheid P. Ingelse & N. van Thiel-Wortmann, *Zakelijke mediation – wat, hoe en wanneer?*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2022, p. 14-15 en, mede voor actuele rechtspraak in het onderhavige verband, Van Beukering-Rosmuller, *Mediation in juridisch perspectief* (BPP nr. 7), 2024/93 (met verdere verwijzingen).

³⁷ Vgl. HvJ EU 14 juni 2017, C-75/16, ECLI:EU:C:2017:457, NJ 2018/247 (*Menini*), punt 66-69. Zie ook overweging 13 bij de Richtlijn Mediation (2008/52/EG), PbEU 2008, L 136/3.

³⁸ Bijv. in art. 5 MfN-Mediationreglement, zie mfnregister.nl/mediators/regelgeving-en-documenten.

³⁹ Een goed voorbeeld van een clause waarin de verplichtingen voor partijen zijn gepreciseerd vormt het model genoemd onder punt 4.2, zie *Modelleden voor de Rechtspraak*, IV.4A.3.

⁴⁰ E. van Ginkel, 'Afdwingbaarheid van de mediationclause in Californië en Nederland', *Forum voor Conflictmanagement* 2008, afl. 1, p. 10-16. De Nederlandse mediationpraktijk bevestigt de regelmatig nog succesvolle interventie van een mediator bij een meer 'gedwongen' mediation. Vgl. bijv. Bosnak, in: *Going Dutch* (O&R nr. 113), 2019/14.3.

⁴¹ Ingelse & Van Thiel-Wortmann, *Zakelijke mediation – wat, hoe en wanneer?*, 2022, p. 54.