



Universiteit
Leiden
The Netherlands

De afspraak tot mediation. Meer dan een promise?

Knigge, M.W.; Hijma, Jac.; Jansen, K.J.O; Memelink, P.; Castermans, A.G.; Snijders, H.J.; Stolker, C.J.J.M.

Citation

Knigge, M. W. (2009). De afspraak tot mediation. Meer dan een promise? In J. Hijma, K. J. O. Jansen, P. Memelink, A. G. Castermans, H. J. Snijders, & C. J. J. M. Stolker (Eds.), *Ex libris Hans Nieuwenhuis* (pp. 353-359). Deventer: Kluwer. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/14584>

Version: Not Applicable (or Unknown)

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

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/14584>

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

Ex libris Hans Nieuwenhuis

Opstellen aangeboden aan prof. mr. J.H. Nieuwenhuis,
hoogleraar burgerlijk recht aan de Universiteit Leiden,
bij zijn emeritaat

A.G. Castermans, Jac. Hijma, K.J.O. Jansen,
P. Memelink, H.J. Snijders & C.J.J.M. Stolker (red.)

Deventer – Kluwer – 2009

De afspraak tot mediation

Meer dan een promise?

*'Het zal blijken dat het speuren naar de bedoeling van partijen niet voldoende is om te bepalen of een afspraak al dan niet als een overeenkomst heeft te gelden. Een oordeel over de vraag of het, los van de bedoeling van partijen, uit maatschappelijk oogpunt gewenst is aan een dergelijke afspraak contractuele kracht te verlenen, kan niet worden gemist.'*¹

Sommige afspraken blijven buiten de sfeer van het contractenrecht. De afspraak om samen te wandelen is hier een, volgens Nieuwenhuis, platgetreden voorbeeld van. In het artikel 'Promises, promises' gaat hij in op de vraag wat goede redenen zijn om 'aan een serieuze afspraak met een alleszins geoorloofde inhoud, niettemin contractuele status te onthouden'. Volgens hem komt het niet enkel aan op de vraag of de wil van partijen was gericht op rechtsgevolg, maar spelen ook overwegingen een rol die weinig te maken hebben met wat partijen hebben bedoeld.²

De aard van het middel van mediation...

Een illustratie van dit standpunt lijkt een beschikking van de Hoge Raad over de afspraak tot mediation te vormen. In deze uitspraak was de vraag aan de orde, of partijen gehouden kunnen worden aan hun afspraak om onder begeleiding van een mediator te proberen hun geschillen op te lossen. De Hoge Raad overwoog:

'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

1 J.H. Nieuwenhuis, 'Promises, promises. Over contracten en andere afspraken', *NJB* 2001, p. 1796.

2 Nieuwenhuis 2001, p. 1795-1799.

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.³

Er bestaat volgens de Hoge Raad voor partijen kortom geen contractuele verplichting om hun geschillen aan mediation te onderwerpen. Hij onderbouwt dit oordeel niet met een beroep op de bedoeling van partijen, maar verwijst naar ‘de aard van het middel van mediation’.

Uit de conclusie van Advocaat-Generaal Huydecoper wordt duidelijker wat onder deze ‘aard van het middel van mediation’ moet worden verstaan. Volgens hem worden met het begrip ‘mediation’ verschillende methoden van conflictoplossing aangeduid die gemeen hebben dat partijen trachten tot overeenstemming te komen, met een onafhankelijke derde als begeleider. Hij benadrukt de rol van de verwachtingen van partijen. Volgens hem zijn deze verwachtingen van primerend belang voor de vraag of een poging tot mediation zinvol is. Mediation zou om deze reden in principe onder de voorwaarden van vrijwilligheid en vrijblijvendheid moeten worden beoefend.⁴

Staat de ‘aard van het middel van mediation’ steeds aan contractualisering van de afspraak van partijen in de weg? Op het eerste gezicht lijkt dit wel uit de uitspraak van de Hoge Raad te volgen. De Hoge Raad overweegt nogal stellig dat het partijen, gelet op de aard van het middel van mediation, te allen tijde vrij staat om van mediation af te zien. Aan de andere kant stelt hij wel enige feiten die specifiek zijn aan deze zaak voorop. Hij wijst er uitdrukkelijk op dat het gaat 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. Dit wijst erop dat het oordeel in een andere situatie anders zou kunnen zijn.

Deze laatste visie wordt ondersteund door de conclusie van A-G Huydecoper. Huydecoper meent dat voor mediation in principe de ‘duurzame instemming’ van beide partijen vereist is, zodat het gerechtvaardigd is van mediation af te zien op het moment dat de instemming komt te ontbreken. Toch zijn er volgens hem gevallen denkbaar waarin een partij verplicht mag worden enige medewerking aan een mediation-poging te verlenen. Van het uitgangspunt dat mediation onder de voorwaarden van vrijwilligheid en vrijblijvendheid plaatsvindt, moet dan dus worden afgeweken. Als voorbeeld noemt hij het geval,

3 HR 20 januari 2006, *NJ* 2006, 75, r.o. 3.4.

4 Conclusie A-G Huydecoper voor HR 20 januari 2006, *NJ* 2006, 75, nrs. 9-16.

dat partijen op voorhand hebben afgesproken dat zij in te verwachten conflictsituaties enige vorm van bemiddeling zullen beproeven vóórdát een beroep op de rechter mag worden gedaan. Harde regels lijken hem op dit gebied niet te geven.⁵

In de literatuur wordt op basis hiervan over het algemeen aangenomen dat de beschikking van de Hoge Raad niet zo moet worden uitgelegd, dat een afspraak tot mediation nooit verbindend is. In bepaalde omstandigheden zou wel degelijk een inspanningsverbintenis van partijen kunnen worden aangenomen om te pogen via mediation hun geschil op te lossen.⁶

Aldus lijkt voor de afspraak tot mediation het volgende systeem te gelden: de afspraak van partijen dat zij mediation zullen beproeven heeft in principe geen contractuele status, ook niet indien de wil van partijen wel gericht was op het in het leven roepen van een bindende afspraak. Deze wil van partijen op het moment van het maken van de afspraak is immers niet voldoende, aangezien de aard van het middel van mediation meebrengt dat de 'duurzame instemming' van partijen vereist is. Slechts onder bijzondere omstandigheden is dit anders.

Aan welke omstandigheden moet hierbij worden gedacht? In ieder geval lijken dit de hoedanigheid van partijen en het moment van het maken van de afspraak te zijn. De Hoge Raad wijst er immers uitdrukkelijk op dat in het door hem te beoordelen geval sprake was van geschillen tussen particulieren, die in de loop van een geding mediation zijn overeengekomen. Ook A-G Huydecoper lijkt het moment van het maken van de afspraak van belang te achten, aangezien hij als uitzondering het geval noemt dat partijen op voorhand een afspraak tot mediation hebben gemaakt.

In de literatuur worden nog meer factoren genoemd die een rol zouden kunnen spelen bij de vraag of een afspraak afdwingbaar is. Van belang zouden onder andere zijn de formulering van de afspraak (is de afspraak duidelijk geformuleerd; bevat de afspraak een verwijzing naar het reglement van een mediationinstituut; wordt mediation dwingend voorgeschreven?), de wijze van totstandkoming van de afspraak (is over het beding onderhandeld; hadden partijen juridische bijstand?), de reikwijdte van de afspraak (ziet de

5 Conclusie A-G Huydecoper voor HR 20 januari 2006, *NJ* 2006, 75, nrs. 9-16.

6 Zie bijvoorbeeld K. Teuben, 'Gebondenheid aan mediationafpraak', *MvV* 2006, p. 94; P.A. Wackie Eysten, 'Is een mediationafpraak niet verbindend?', *TvA* 2006, p. 121; J.M. Bosnak, 'De Hoge Raad en de mediationafpraak – beperkte houdbaarheid?', *Conflicthantering* 2006, p. 41-42; A.W. Jongbloed & F. Schone-wille, 'Mediation. Is een partij gebonden aan een eerder gemaakte mediationafpraak?', *Trema* 2006, p. 265-266; zie ook NAI 9 februari 2007, *TvA* 2008, 31.

afsprak op specifiek omschreven geschillen of gaat het om een algemene verplichting tot mediation?), de vraag of sprake is van een mondelinge of een schriftelijke afspraak, het pre-processuele gedrag van partijen (doet een partij pas bij de rechter een beroep op de mediation-afpraak of heeft zij dit ook voor aanvang van de procedure reeds gedaan?) en het belang van partijen bij mediation (is sprake van een lopende relatie tussen partijen of is deze relatie reeds beëindigd; hoe groot is de kans op een slepende juridische procedure?).⁷

Of toch de bedoeling van partijen?

Waarom zijn de genoemde omstandigheden eigenlijk relevant? Wat doet het ertoe tussen wat voor soort partijen de mediationafpraak is gemaakt, en op welk moment? De Hoge Raad noch de A-G geeft dit aan. Uit de uitspraak wordt niet duidelijk waarom een op voorhand overeengekomen afspraak tussen professionele partijen eerder bindend zou zijn dan een afspraak die particulieren in de loop van een geding hebben gemaakt. Staat in het eerste geval de onvrijwilligheid minder aan een succesvolle mediation in de weg? Bestaat er in dat geval een groter belang bij het volgen van mediation, zodat het beginsel van vrijwilligheid moet wijken?

Beide omstandigheden lijken mij met name van belang voor de vraag in hoeverre partijen bewust voor mediation hebben gekozen. Indien particuliere partijen tijdens een comparitie hebben besloten tot mediation, kan het zijn dat zij dit in een opwelling hebben gedaan. Dit is anders indien sprake is van een mediationbeding dat partijen reeds voordat een geschil ontstond in hun contract hebben opgenomen. Partijen hebben dan de mogelijkheid gehad over hun keuze na te denken. Bovendien kan van professionele partijen meer kennis van zaken worden verwacht dan van particulieren. Zij zullen zich er eerder bewust van zijn dat een mediation-afpraak mee kan brengen dat zij onvrijwillig deel moeten nemen aan een mediation, en dat zij hierdoor tijdelijk worden afgehouden van de rechter.

Al met al lijkt het tóch met name aan te komen op de bedoeling van partijen. Dat de afspraak tussen de ex-echtgenoten niet afdwingbaar was, lijkt niet zo zeer het gevolg te

7 Zie o.a. P. van Schelven, 'Mediationafspraken: wél of niet juridisch afdwingbaar?', *TMD* 2004, p. 100; P. van Schelven, 'Mediation en de toegang tot de rechter', *TMD* 2003, p. 37-41; A.W. Jongbloed, 'Sanctionering van bemiddeling en verzoening naar Nederlands recht', *TCR* 2005, p. 50-51; L.P.M. Klijn, 'Enkele juridische aspecten van mediation', *TMD* 2006, p. 89-90; J.M. Bosnak, 'De Hoge Raad en de mediation-afpraak – beperkte houdbaarheid?', *Conflicthantering* 2006, p. 42-43.

zijn van het feit dat de aard van mediation nu eenmaal aan het maken van bindende afspraken in de weg staat, maar veel meer van het feit dat partijen niet bewust voor een bindende afspraak hebben gekozen. Het is dan ook de vraag of de Hoge Raad en de A-G terecht zo sterk de nadruk leggen op de aard van het middel van mediation. Dit leidt al snel tot het volgende type redenering: ‘De aard van het middel van mediation staat eraan in de weg dat partijen zich juridisch kunnen binden tot het volgen van een mediationprocedure. Maar als zij het écht heel graag willen, kunnen zij dit wel.’ De vraag of partijen zich juridisch *kunnen* binden en de vraag of zij dit ook daadwerkelijk *hebben gedaan*, lopen op deze manier door elkaar.

Het ligt dan ook niet voor de hand om als ‘in principe- regel’ te hanteren dat het partijen altijd vrijstaat om van mediation af te zien, om vervolgens aan te nemen dat van deze regel onder omstandigheden kan worden afgeweken.⁸ Veel logischer lijkt het om als uitgangspunt te nemen dat partijen zich juist wel contractueel kunnen binden tot mediation. Vervolgens is het de vraag of partijen dit in een concreet geval ook daadwerkelijk hebben gedaan. Daarbij komt het aan op de bedoeling van partijen.⁹ Het is overigens niet zo, dat de aard van mediation in het geheel geen rol speelt. Gezien het karakter van vrijwilligheid van mediation kan als uitgangspunt bij de uitleg van de afspraak worden genomen dat partijen niet de bedoeling hadden zich contractueel te binden. Slechts indien uitdrukkelijk blijkt dat zij bewust de toegang tot de overheidsrechter tijdelijk hebben willen uitsluiten, moet worden aangenomen dat zij gebonden zijn aan de mediation-afpraak.

Voordeel van een dergelijke benadering is, dat voor de mediation-afpraak niet een ‘bijzonder’ regime geldt. Uitgangspunt is dat partijen zich juridisch kunnen binden.¹⁰ Een dergelijke benadering sluit bovendien aan bij de overige factoren die in de literatuur genoemd worden als relevant voor de vraag of een mediation-afpraak afdwingbaar is. Ook deze factoren hebben voornamelijk betrekking op de vraag of partijen daadwerkelijk een verplichte mediation hebben gewild. Dit geldt voor omstandigheden als de formulering van de mediationafpraak, de wijze van totstandkoming van de afspraak, de reik-

8 Zie de conclusie van A-G Huydecoper voor HR 20 januari 2006, *NJ* 2006, 75, nr. 18.

9 Zie ook H.J. Sniijders, ‘Naschrift bij reactie van mr. H.A. Wackie Eysten op het *Redactioneel* van prof. mr. H.J. Sniijders, ‘Arbitrage, bindend advies, mediatie en de ontwerprichtlijn betreffende consumentenrechten’, *TvA* 2009, 15.

10 Zie ook J.M. Bosnak, ‘De Hoge Raad en de mediationafpraak – beperkte houdbaarheid?’, *Conflicthantering* 2006, p. 42.

wijdte van de afspraak en de vraag of sprake is van een mondelinge of van een schriftelijke afspraak.

Het pre-processuele gedrag van partijen en het belang dat bij mediation bestaat zijn daarentegen factoren die niet lijken te zien op de bedoeling van partijen. Deze factoren hebben betrekking op feiten die spelen *nadat* de mediationafspraken tot stand is gekomen. Zo zou het belang bij mediation groter zijn in een nog lopende relatie dan in een relatie die reeds is beëindigd. Ook zou dit belang groter zijn indien de juridische procedure die door mediation voorkomen kan worden naar verwachting langer en ingewikkelder is.¹¹ Deze omstandigheden kunnen pas vastgesteld worden op het moment dat al sprake is van een geschil waarvoor de mediation-procedure gevolgd zou moeten worden. Dit geldt ook voor de vraag of een partij tijdig heeft aangegeven dat zij, in plaats van het (direct) volgen van een juridische procedure, nakoming van de mediation-afspraken wenst.

Het pre-processuele gedrag van partijen en het belang dat bij mediation bestaat zijn dan ook geen factoren die een rol behoren te spelen bij de vraag of tussen partijen een juridisch bindende afspraak *tot stand* is gekomen. Beide factoren zouden eventueel wel een rol kunnen spelen in het kader van de vraag of een beroep op een in principe bindende mediation-afspraken in een bepaald geval naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is.

Hetzelfde geldt voor de vraag, in hoeverre van het volgen van mediation negatieve gevolgen voor de relatie van partijen zijn te verwachten. Volgens A-G Huydecoper is denkbaar dat een van partijen de mediation wil gebruiken om de ander onder druk te zetten of uit te schelden.¹² Het is in een dergelijk geval inderdaad begrijpelijk dat de andere partij geen behoefte heeft om aan de mediation mee te werken.¹³ Het gevaar op een dergelijke escalatie van het conflict kan echter het beste worden vastgesteld op het moment dat de mediation daadwerkelijk gevolgd moet worden. Ook deze factor zou dus enkel een rol kunnen spelen in het kader van de vraag of een bindende afspraak buiten toepassing gelaten dient te worden op grond van de redelijkheid en billijkheid.

Voor de vraag of een mediation-afspraken een contract is, komt het kortom met name aan op de bedoeling van partijen. Wel moet nog een extra nuancering worden aangebracht. Zoals gezegd zijn de hoedanigheid van partijen en het moment van het maken van de

11 P. van Schelven, 'Mediationafspraken: wél of niet juridisch afdwingbaar?', *TMD* 2004, p. 100; A.W. Jongbloed, 'Sanctionering van bemiddeling en verzoening naar Nederlands recht', *TCR* 2005, p. 51.

12 Conclusie A-G Huydecoper voor HR 20 januari 2006, *NJ* 2006, 75, nr. 11.

13 Zo ook Huydecoper in zijn conclusie voor HR 20 januari 2006, *NJ* 2006, 75, nr. 11.

afspraken die van belang zijn voor de vraag in hoeverre partijen daadwerkelijk een bindende verplichting tot mediation in het leven hebben willen roepen. Deze factoren kunnen daarnaast echter ook in een andere context een rol spelen. Op het moment dat het onmogelijk is om afdwingbare mediation-afspraken te maken, valt te verwachten dat dit negatieve gevolgen heeft voor de frequentie waarmee partijen mediation overeenkomen. Dit effect zal echter niet in alle gevallen even groot zijn. Met name professionele partijen zullen er wellicht vanaf zien een mediationbeding in hun contract op te nemen, omdat dit beding toch niet afdwingbaar is. Particuliere partijen die al in een geding betrokken zijn zullen zich door de beperkte afdwingbaarheid van de afspraak waarschijnlijk minder snel laten weerhouden. Voor de bevordering van het gebruik van mediation is het dus belangrijker dat een bij voorbaat gemaakt beding afdwingbaar is, dan dit bij een ad hoc-afpraak het geval is. De wens mediation te stimuleren kan reden zijn om de voorwaarden van vrijwilligheid en vrijblijvendheid in het eerste geval iets minder nauw te nemen. Hierdoor zal in dat geval wellicht eerder kunnen worden aangenomen dat sprake is van een contract.

De hoedanigheid van partijen en het moment van het maken van de mediation-afspraken zijn dus van (enige) invloed op de vraag in hoeverre het wenselijk is strikt aan de voorwaarden van vrijwilligheid en vrijblijvendheid vast te houden. Veel belangrijker is echter de rol die deze factoren spelen bij het vaststellen van de bedoeling van partijen.

Conclusie

Bij de beantwoording van de vraag of een afspraak tot mediation juridisch bindend is spelen inderdaad, in overeenstemming met het standpunt van Nieuwenhuis, overwegingen een rol die weinig te maken hebben met wat partijen hebben bedoeld. Toch lijkt het op dergelijke overwegingen niet met name aan te komen. Het is dan ook de vraag of het wenselijk is dat de Hoge Raad de 'aard van het middel van mediation' zo sterk benadrukt. Vooropgesteld zou juist moeten worden dat partijen zich contractueel kunnen binden tot het volgen van een mediationprocedure. De vraag of zij dit daadwerkelijk hebben gedaan, moet vervolgens beantwoord worden aan de hand van de bedoeling van partijen. Vanwege de aard van het middel van mediation als vrijwillige en vrijblijvende methode van geschillenbeslechting zal niet te snel kunnen worden aangenomen dat partijen een afdwingbare afspraak hebben beoogd.

M.W. Knigge