

Een mediationclausule is niet per definitie tandeloos

In dit themanummer over preventie mag een bijdrage waarin uitvoerig wordt stilgestaan bij de mediationclausule natuurlijk niet ontbreken.¹ Fred Schonewille sprak met kantonrechter Erik Koster en de raadsheren Toine de Bie en Alexander Schild, drie (zeer) ervaren rechters, over de aard van de mediationclausule en de wijze waarop met dergelijke clausules wordt omgegaan in de rechtspraak. Hij geeft eerst een korte toelichting op wat een mediationclausule is en sluit af met een model voor een mediationclausule.

DOOR FRED SCHONEWILLE FOTO'S HENRIËTTE GUEST

Een mediationclausule is een *species* van het *genus* geschillenclausule die door de betrokken partijen – preventief – wordt opgenomen in hun overeenkomst voor het geval er tussen hen in de toekomst discussie zou ontstaan over de afspraken die zij hebben vastgelegd in hun overeenkomst. Zij spreken derhalve bij voorbaat af om in dat geval eerst mediation te zullen beproeven, alvorens naar de rechter te stappen. Mediationclausules komen voor in zeer uiteenlopende verschijningsvormen. Zo kan daarin eenvoudig worden bepaald dat eerst mediation zal worden beproefd. Partijen kunnen in een mediationclausule echter ook een veel uitvoeriger procedure uitwerken en/of een combinatie afspreken van mediation gevolgd door bindend advies, arbitrage of de procedure van artikel 96 Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering, en daarmee bij voorbaat voorzien in een ‘beslisser’ voor het geval de mediation niet slaagt.

In Nederland is het op dit moment zo dat in de rechtspraak de zogenoemde ‘heersende leer’ is dat een mediationclausule door rechters niet als een harde afspraak wordt gezien.

Deze heersende leer, ingezet door de Hoge Raad, is helder samengevat door de rechtbank Overijssel: ‘Anders dan in geval van arbitrage of een bindend adviesprocedure, brengt het inschakelen van een mediator niet mee dat als alternatief voor de rechter een door partijen gekozen derde een geschil op een bindende

wijze beslist, maar dat gepoogd gaat worden om via bemiddeling tot een minnelijke oplossing van het geschil tussen partijen te geraken. Daarbij blijft de rechter onverminderd bevoegd om kennis te nemen van een geschilpunt, indien hij daartoe door één van partijen wordt geroepen.

Naar het oordeel van de rechtbank volgt het voorgaande ook in dit geval uit de aard en strekking van de betreffende bepaling uit de overeenkomst. Het volgen van een mediationtraject kan louter op basis van vrijwilligheid c.q. bereidheid hiertoe bij partijen bij het geschil en waar die ontbreekt kan dit niet onbevoegdheid van de rechtbank meebrengen ingeval de ene partij de andere toch in rechte wil betrekken. De rechtbank neemt hierbij in aanmerking het arrest van de Hoge Raad van 20 januari 2006 (ECLI:NL:HR:2006:AU3724), waarin is overwogen dat het partijen, gelet op de aard van het middel mediation, te allen tijde vrij staat om daaraan alsnog hun medewerking te onthouden, dan wel die om hen moverende redenen te beëindigen.²

Er doet zich hier een merkwaardig fenomeen voor. Enerzijds weegt in de jurisprudentie het beginsel vrijwilligheid kennelijk zo zwaar dat rechters daaraan de gevolgtrekking verbinden dat partijen die een mediationclausule waren overeengekomen in hun contract daaraan niet worden gehouden. Anderzijds wordt partijen die



Fred Schonewille
is hoofdredacteur van dit tijdschrift.

een dergelijke clause niet waren overeengekomen steeds vaker door de rechter voorgehouden dat mediation een goede, logische keuze zou zijn – een pad dat daarom als eerste zou moeten worden bewandeld – waarna zij worden verwezen naar mediation, zij het dat ook hier vrijwilligheid wel een rol speelt.

In de rechtspraak lijkt verder ook in geringe mate te worden onderkend dat partijen de mediationclause vrijwillig onderdeel hebben gemaakt van hun overeenkomst. Daarmee is al

recht gedaan aan het vrijwilligheidsbeginsel dat mediation mede kenmerkt.

Uit het zogenoemde Hermitage-arrest – een tamelijk recente uitspraak van de Hoge Raad – kan echter ook worden opgemaakt dat het voor de rechter bij het vormen van zijn oordeel wel degelijk meeweegt of een partij zich heeft onttrokken aan de door hem met zijn wederpartij afgesproken mediationclause (zie kader).

Kernoverweging Hermitage-arrest Hoge Raad³

3.2.3

Het hof heeft het vonnis van de kantonrechter vernietigd, de vorderingen van de Stichting alsnog afgewezen en de Stichting veroordeeld tot vergoeding van de door Hermitage Café als gevolg van de ontbinding en de ontruiming geleden schade, nader op te maken bij staat en te vereffenen volgens de wet. Hiertoe heeft het hof, voor zover in cassatie van belang, als volgt overwogen.

Onvoldoende gebleken is dat tussen partijen overeenstemming is bereikt over de avondsluiting van restaurant Neva voor het publiek (rov. 3.4).

De sinds 2012 tussen partijen gevoerde onderhandelingen spitsten zich toe op een verhoging van de vaste vergoeding en een verlaging van het afdrachtpercentage en de omzetgrens voor de berekening van de variabele vergoeding. Ten aanzien van deze punten zijn partijen in november 2013 tot elkaar gekomen. Hermitage Café heeft ingestemd met de in het concept-addendum gedane voorstellen van een vaste jaarlijkse vergoeding van € 175.000 en een variabele vergoeding van 6% over de netto-omzet boven een bedrag van € 1.600.000. In de onderhandelingen is vanaf eind 2012 uitgangspunt geweest dat restaurant Neva in de avonden gesloten zou zijn voor publiek; wel is gesproken en gecorrespondeerd over openstelling voor sponsors en relaties van het museum en andere derden. Niet in geschil is dat het restaurant, vanwege achterblijvende omzet, in de zomer van 2012 en vervolgens vanaf mei 2013 in de avonden voor het publiek was gesloten. Tot aan het voorgestelde concept-addendum is nimmer aan de orde gekomen dat Hermitage Café, naast het percentage van de variabele vergoeding, nog een percentage zou moeten afdragen van het gedurende de avondopenstelling aan sponsors, relaties en derden in rekening gebrachte. Onvoldoende weersproken is dat de verlaagde omzetgrens van € 1.600.000 ook zonder avondopenstel-

ling nagenoeg altijd zou worden gehaald en dat het voorstel van de Stichting derhalve zou betekenen dat Hermitage Café 26% over de omzet in de avonden zou moeten afdragen, waardoor deze exploitatie voor haar nimmer rendabel zou kunnen zijn. Hoewel Hermitage Café gelet op haar exploitatieplicht niet zonder meer had mogen weigeren mee te werken aan enige avondopenstelling, had de Stichting in de gegeven omstandigheden in haar sommatie niet zonder meer mogen terugvallen op de overeengekomen avondopenstelling voor het publiek. **Dat geldt te meer nu partijen hun geschil niet, zoals zij zijn overeengekomen, hebben voorgelegd aan een mediator.** Het beroep van de Stichting op de overeengekomen avondopenstelling voor het publiek is in de gegeven omstandigheden, in onderlinge samenhang beschouwd, naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar. Dat brengt mee dat de Stichting niet tot ontbinding en ontruiming kon overgaan. (rov. 3.5)

De omstandigheid dat Hermitage Café naar het oordeel van het hof niet zonder meer (in haar e-mail van 19 november 2013) had mogen weigeren mee te werken aan enige avondopenstelling, maakt niet onbegrijpelijk zijn oordeel dat de Stichting in haar sommatie van 30 november 2013 niet onverkort had mogen teruggrijpen op de in het addendum van juni 2009 overeengekomen avondopenstelling voor het publiek, en dat daarom het beroep van de Stichting op die overeengekomen avondopenstelling naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar moet worden geacht, mede gelet op de omstandigheid dat geen mediator is ingeschakeld. **Met een en ander heeft het hof tot uitdrukking gebracht dat het op de weg van de Stichting had gelegen om in nader overleg met Hermitage Café, zo nodig met behulp van een mediator (zoals in de overeenkomst tussen partijen voor een vergelijkbaar geval was voorzien), tot een voorstel omtrent de avondopenstelling te komen dat commercieel aanvaardbaar zou zijn voor zowel de Stichting als Hermitage Café.**

De partij die naar de rechter gaat zonder eerst mediation te hebben beproefd wordt niet weggestuurd: de rechter acht zich dus wel ontvankelijk. Maar het niet uitvoeren van de afspraak eerst mediation te beproeven kan een factor zijn die ten nadele van de desbetreffende partij kan meewegen in het oordeel van de rechter. Kan de huidige leer waar het betreft mediationclausules zo worden samengevat?

Toine de Bie: Ik heb in het Hermitage-arrest niet gelezen dat de Hoge Raad een andere weg is ingeslagen op dit terrein maar heb deze uitspraak zo begrepen dat de Hermitage wordt voorgehouden – bij wijze van correctie van de machtsongelijkheid tussen de partijen in deze zaak – dat het op zijn weg had gelegen een handreiking te doen, in gesprek te gaan. Ik lees het ook zo omdat die mediationclausule was overeengekomen in het contract met de café-exploitant. Er was door de betrokken partijen dus voorzien in de noodzaak in zo'n situatie met elkaar in gesprek te gaan. Kortom: de Hoge Raad ziet het als een omstandigheid die meeweegt in het oordeel; je moet rekening houden met de gerechtvaardigde belangen van je wederpartij. Onderdeel daarvan is dan dat je als rechter meeweegt dat een mediationclausule was opgenomen in de overeenkomst en in de ongelijke verhouding die in deze casus aan de orde is weegt deze omstandigheid dan zwaarder.

Een wettelijke status van mediation zou beslist helpen, dat maakt de zaak duidelijker

Erik Koster: Ik ben als kantonrechter eerstelijnsrechter en ik zou indien een mediationclausule speelt altijd beginnen met een mondelinge behandeling van de zaak om mediation tot onderwerp van gesprek te maken en er dan pas een oordeel over hebben. Dan lost het zich meestal wel op. Ik vermoed dat er ook partijen zijn die het gesprek over wel of niet mediation liever bij de rechter voeren, mogelijk ook om tijdsverlies te voorkomen. Het klopt natuurlijk dat ik naast rechter ook mediator ben maar mag niet zoetjes aan van alle rechters worden verwacht dat zij de mediationvaardigheden beheersen? Dan denk ik met name aan de vraagtechnieken, teneinde de mogelijkheden voor mediation in het concrete geval te onderzoeken. Ik lees deze aanpak ook in de uitspraak van de rechtbank Utrecht terug. Er staat partijen uiteraard ook niets in de weg om voorafgaand aan die mondelinge behandeling – waar de mediationclausule zal worden besproken – een of meer gesprekken met een mediator te voeren, dat voorkomt tijdsverlies.

De Bie: Dat is een pragmatische aanpak die mij aanspreekt. Je praat in zo'n mondelinge behandeling ook over meer aspecten van de kwestie die speelt en dan kan er ook een gewone verwijzing naar mediation uitrollen.

Alexander Schild: Ik vind het daarbij wel belangrijk te markeren dat je dan wel rechter blijft en geen mediator wordt.

De Bie: Dat klopt uiteraard, het blijft een rechtbankzaak en als er ruimte blijkt voor mediation kun je als rechter verwijzen naar een mediator.

Het is opmerkelijk dat aan het beginsel vrijwilligheid kennelijk zoveel gewicht wordt toegekend, alsof het een

soort dogma zou zijn. Maar hoe zit het dan met het aloude *pacta sunt servanda*?⁴

Schild: De eerste uitspraak van de Hoge Raad over de mediationclausule betrof een bijzondere zaak omdat de afspraak mediation te zullen beproeven door de partijen tijdens het proces werd gemaakt. En je moet deze uitspraak dan ook tegen die achtergrond lezen: hetgeen is overwogen lijkt mij niet zonder meer categorisch bedoeld.⁵

De Bie: In de uitspraak van de Hoge Raad uit 2009 – een echtscheidingskwestie – ging het wel om een mediationclausule die de partijen in hun overeenkomst hadden opgenomen.⁶ De Hoge Raad vond echter, in navolging van het hof 's-Hertogenbosch, kennelijk dat de mediationclausule niet in de weg kon staan aan de vrije toegang tot de rechter die grondwettelijk is vastgelegd; het was een zogenoemde artikel 81 RO-zaak en dat betekent dat je er op die grond dus ook weer niet al te veel aan kunt ophangen.⁷ Kortom: zoals ik het zie is een mediationclausule niet per definitie tandeloos. En ik betreur het dat de Hoge Raad ons niet meer *guidance* heeft gegeven op dit terrein. Hierdoor is de lijn in de lagere rechtspraak, vrees ik, te veel op het spoor terechtgekomen waar we nu nog steeds op lijken te zitten. Als een arbitragebeding wel tanden heeft, evenals de afspraak een bindend adviseur in te schakelen, waarom zou dat dan anders moeten zijn voor een goed geredigeerde mediationclausule? In alle gevallen is het recht op vrije toegang tot de rechter even belangrijk maar het staat partijen vrij om daarvan bij overeenkomst afstand te doen zoals bij arbitrage en bindend advies gebeurt, dan wel er een drempel voor te leggen zoals ingeval van een mediationclausule. Wat mij betreft kun je dus zeker wel vraagtekens plaatsen bij de heersende leer. Daarnaast is mediation ook iets anders dan geschillenbeslechting en dat wordt denk ik nog te weinig gezien.

Zou dit samen kunnen hangen met het gegeven dat arbitrage wettelijk wel uitvoerig is geregeld, evenals – zij het in beperktere mate – het bindend advies, en mediation nog niet?

De Bie: Een wettelijke status van mediation zou beslist helpen, dat maakt de zaak duidelijker.

Als jurist zou je toch moeten stellen dat als het al zo is dat vrijwilligheid een belangrijk beginsel is, partijen die een mediationclausule opnemen in hun overeenkomst dit geheel vrijwillig en opzettelijk hebben gedaan? Ze menen dat het eerst beproeven van mediation veel kan opleveren en daarmee hebben ze al – preventief – uitvoering gegeven aan dit beginsel op het moment waarop tussen hen een geschil ontstaat, naar aanleiding van hun overeenkomst?

Schild: Voor mij is de vraag hier wel dat als een partij op dat moment echt geen mediation (meer) wil, wat dan nog de opbrengst kan zijn van een of meer mediationgesprekken. Je zou als er een mediationclausule is overeengekomen mediation dan wel kunnen voorschrijven aan partijen vanuit je rechterlijke rol. Maar als je hebt gezien dat de proceshouding ten opzichte van mediation negatief is, dan kan het soms ook zo zijn dat partijen inmiddels meer behoefte hebben aan een beslissing.

Dat geldt dan mogelijk voor de partij die geen uitvoering wil geven aan de mediationclausule. Maar wordt dan niet geheel voorbijgegaan aan het belang van de andere partij die wel





Toine de Bie werd na voltooiing van de Raio-opleiding in 2000 tot rechter benoemd in de rechtbank Amsterdam. In 2010 stapte hij over naar het gerechtshof Amsterdam. Hij behandelt sinds 2007 voornamelijk zaken op het gebied van het familie- en jeugdrecht. Sinds 2012 is hij mediationcoördinator van hof en van 2013 tot 2020 was hij lid van de Expertgroep Maatwerk en Mediation van de Rechtspraak.

eerst mediation wil beproeven? Ik ben in mijn praktijk een aantal keren geconfronteerd met de diepe teleurstelling in het rechtssysteem van partijen die meenden dat ook op dit terrein een afspraak een afspraak is.

De Bie: Daar zit zeker wat in. Bovendien kan een mediation-clausule, naar zijn aard, nooit meer inhouden dan een inspanningsverplichting voor partijen. Mediations kunnen nu eenmaal mislukken, en dan blijft het recht op toegang tot de rechter bestaan.

De rechter zou meer een conflictmanager moeten zijn die samenwerkt met een mediator

Koster: Die teleurstelling in de wederpartij kan ik me wel voorstellen, maar niet in het rechtssysteem. Daar is de vrije toegang tot de rechter nu eenmaal een zwaarwegend grondrecht. Daarbij ben ik overigens voorstander van een gedegen onderzoek naar de beste wijze van conflictoplossing in het voorportaal van een gerechtelijke procedure. In die samenspraak met partijen zal toch ook die wederpartij wel merken dat het met onwillige honden slecht hazen vangen is. Al zal die teleurstelling misschien wel blijven.

Schild: Wat wel zou helpen is dat partijen zich meer gaan realiseren dat het door hen niet-nakomen van de gemaakte

afsprake eerst mediation te proberen, bij de oordeelsvorming door de rechter als omstandigheid mee kan wegen in hun nadeel, zoals in het Hermitage-arrest het geval was.

In arbeidszaken wordt een mediationclausule door de kantonrechter als het ware ingelezen in de verhouding tussen werkgever en werknemer zoals geregeld in artikel 611 Boek 7 Burgerlijk Wetboek. Daar geldt ingeval van een geschil mediation als *an offer you cannot refuse*. Een interessante lijn die dus heel anders is dan de algemene lijn in de rechtspraak.

De Bie: Dat klopt, dat is de arbeidsrechtelijke invulling van de redelijkheid en billijkheid die de verhouding tussen werkgever en werknemer beheerst.

Koster: Ik zie inderdaad in arbeidszaken dat die redelijke verplichting om mediation te proberen in de praktijk wel werkt doordat partijen eerst in mediation gaan, voordat ze naar de rechter stappen. Al zie ik hier ook wel dat het soms bij een rondje rond de mediationtafel blijft, opdat die verplichting kan worden afgevinkt. Maar ik vind dat we in de rechtspraak los van arbeidszaken die *bypass* naar mediation veel breder zouden kunnen en moeten inzetten. Als rechter kijk ik in elke zaak naar een opening voor mediation en dan probeer ik partijen daar als het ware toe te verleiden. Wat mij betreft zou in iedere eerste aanleg de vaste trits mediation – schicken – uitspraak rechter vaste prik moeten, in deze volgorde. Maar als er een spoedeisend belang speelt moet je natuurlijk wel kunnen doorpakken. Wat mij betreft zou de rechter meer een conflictmanager moeten zijn die samenwerkt met een mediator: een hybride werkwijze zou in mijn ogen derhalve de norm moeten zijn. Behalve in arbeidszaken is het in scheidingszaken in de afgelopen jaren ook al veel gebruikelijker geworden om voorafgaand aan een procedure de mediator in te schakelen. Ik wil in dit verband nog benadrukken hoezeer ik de door de minister voor Rechtsbescherming aangekondigde nieuwe startbijdrage voor partijen in een rechtszaak die kiezen voor mediation toejuicht, omdat de kosten van mediation in de strategiecaldulatie van partijen ook een argument van gewicht vormen. Als je net hoge kosten hebt moeten maken voor een gerechtelijke procedure, klinkt het niet aantrekkelijk als je eerst nog meer kosten moet gaan maken om mediation te proberen, alvorens je uitzicht op een gerechtelijke beslissing krijgt. Enige financiële stimulans kan dus beslist geen kwaad.

De Bie: Ik ben het met je eens maar ik zou er anderzijds wel weer moeite mee hebben om mensen naar de mediator te sturen omdat – in de perceptie van de partijen – de rechter dat graag wil. Waar het de sterke opkomst van mediation in echtscheidingszaken betreft denk ik dat dit mede is terug te voeren op de invoering van het verplichte ouderschapsplan in 2009. Ik realiseer me dat ook hier vrijwilligheid steeds minder een issue is omdat van scheidende ouders min of meer wordt verwacht dat ze een mediator inschakelen als ze er zelf niet in slagen het verplichte ouderschapsplan op te stellen.

In verschillende uitspraken over mediationclausules lees je ook dat de rechter niet onder de indruk is van de kwaliteit van de mediationclausule. Is dit wellicht een factor die op de achtergrond meeweegt in de jurisprudentie?

Koster: De mediationclausules die ik heb gezien maken tien tegen een niet duidelijk welke stappen, processueel bezien,

moeten worden gezet door partijen als het gaat om de uitvoering ervan. Daar valt dus nog wel wat te winnen. Als een clause wel goed en duidelijk is geredigeerd meen ik dat je zou kunnen proberen om in een kort geding af te dwingen dat eerst een mediationgesprek moet worden gevoerd.

Schild: Wat heel goed zou werken is dat de rechter in elke stand van het geding naar mediation kan verwijzen. En naarmate partijen nauwkeuriger zijn geweest waar het betreft de redactie van hun mediationclause zul je dan veel sneller worden verwezen door de rechter en is de positie van de partij die niet naar een mediator wil dus veel zwakker. De mediationclause krijgt derhalve meer gewicht naarmate deze nauwkeuriger is geformuleerd en vollediger is uitgewerkt. Ik vind ook dat het altijd beter is als partijen er samen uit kunnen komen. De Bie: Dit is ook een kwestie van wetgeving. Op dit moment is er alleen wetgeving op het terrein van mediation als het gaat om het ouderschapsplan: dan wordt van partijen verwacht dat ze een mediator inschakelen en kan de rechter hen ook naar een mediator verwijzen op basis van deze wettelijke grondslag.⁸ Deze bepaling geeft je als rechter meer mogelijkheden in de context van een echtscheiding en dat dus moeten worden verbreed zoals Alexander Schild bepleit. Schild: Een belangrijke factor is zeker ook dat de betrokken advocaten een positieve houding hebben als het gaat om mediation.

Het rechterlijke duwtje tijdens een mondelinge behandeling kan een positiever effect hebben dan een wettelijk voorschrift

De Bie: Dat is zeker waar. Als de advocaten niet bereid zijn mee te werken en mee te denken wordt het vrijwel onmogelijk om naar mediation te verwijzen.

Koster: Voor een verwijzing naar mediation, óók als een van partijen (liever) niet wil, zou ik ook heel graag een wettelijke grondslag opgenomen zien worden in het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering. Want een rechter die nu al te zeer tegen de zin van partijen op een verwijzing naar mediation aanstuurt komt op gespannen voet met artikel 26 Rv (rechtsweigerings).⁹ Een rechter moet namelijk beslissen op de vordering/verzoeken die er zijn gedaan (art. 23 Rv). En een rechter mag best eerst een tussenvonnis wijzen (art. 232 Rv), maar dat moet mijns inziens dan wel een beslissing zijn die op de wet is gebaseerd. Hierbij valt bijvoorbeeld te denken aan een bevel tot het geven van inlichtingen of het overleggen van bescheiden (art. 22 Rv), of een bevel tot een mondelinge behandeling (art. 87 Rv), een bewijsopdracht (art. 149 Rv) of een bevel tot het laten uitbrengen van een deskundigenbericht. Nu kan een rechter wel zelf een schikking beproeven en/of proceshandelingen bevelen die hij geraden acht met het oog op de eisen van een goede procesorde (art. 87 Rv), maar partijen 'bevelen' om, op eigen kosten buiten de gerechtelijke procedure om, in mediation te gaan, als niet beide partijen daarmee instemmen, komt in mijn visie op gespannen voet met de (huidige) taken van een rechter in verband met het bepaalde in art. 23 jo. art. 26 Rv, tegen de achtergrond van



Erik Koster is rechter sinds 1994, eerst in Leeuwarden en sinds 2001 in Zwolle. Hij deed handels-, insolventie-, familie- & jeugd- en strafzaken en is sinds 2014 kantonrechter. Vanaf 2015 is Koster ook MfN-registermediator en voert hij – naast het rechterschap – een eigen mediationpraktijk. Als mediator treedt hij vooral op in huur-, arbeids- en strafzaken en in conflicten tussen bureaus. Hij werd in 2019 lid van de Expertgroep Maatwerk en Mediation van de Rechtspraak.

art. 17 van onze Grondwet: niemand kan tegen zijn wil worden afgehouden van de rechter die de wet hem toekent.

Maar de desbetreffende partij had toch bij het sluiten van de overeenkomst, samen met zijn wederpartij, willens en wetens vastgelegd eerst mediation te zullen beproeven alvorens de zaak aan de rechter voor te leggen ingeval van een geschil over de overeenkomst? Dan kun je toch gewoon constateren dat hij zichzelf in eerste instantie bij de rechter weg heeft willen houden, met ongetwijfeld goede redenen daarvoor, zoals dat ook het geval zou zijn geweest indien hebbende gemaakt om ingeval van een geschil voor arbitrage of bindend advies te kiezen?

De Bie: Als uitgangspunt kan ik mij daarin vinden, zolang partijen uiteindelijk wel toegang blijven houden tot een vorm van geschillenbeslechting. Of partijen 'goede redenen' ervoor hadden is iets dat bij de uitleg van een clause aan de orde zou kunnen komen. In de tijd dat ik bij de rechtbank Amsterdam echtscheidingen op gezamenlijk verzoek beoordeelde, zag ik veel convenanten met mediationclausules langskomen waarvan ik mij wel heb afgevraagd in hoeverre die steeds met partijen besproken waren.

Koster: Ik blijf in het algemeen meer zien in een mediation die begint omdat partijen bij de rechter zijn overreed om mediation een kans te geven, dan in een mediation die start omdat het juridisch nu eenmaal moet. We moeten volgens mij



Alexander Schild is rechter sinds 2017, eerst bij de rechtbank Zeeland-West-Brabant en sinds 2021 bij het hof in Den Haag bij de handelssector. Voordat hij rechter werd is hij onder meer werkzaam geweest bij het Wetenschappelijk Bureau van de Hoge Raad.

oppassen om mediation op deze manier overdreven te gaan juridiseren door het helemaal in het verbintenissenrecht te trekken. Kan een beroep op een mediationclausule dan ook niet verworden tot een juridische oplossing voor een groten-deels niet juridisch probleem, namelijk hoe om te gaan met conflicten? Je zou ook kunnen redeneren dat een mediation-clausule een intentieverklaring is, maar dat je de keuze voor wel of niet mediation en afstand van directe toegang tot een rechter (of arbiter of bindend adviseur) pas kunt maken als er zich een conflict voordoet.

Reactie Expertisegroep Maatwerk en Mediation van de Rechtspraak

Dit artikel behandelt een interessant maar ook lastig vraagstuk. De gang naar de rechter dient immers te allen tijde mogelijk te blijven. Anderzijds leert de ervaring dat succesvolle mediation in geschillen vaak een meer blijvende oplossing biedt dan een rechterlijk vonnis. Het is de moeite waard om vanuit een breder perspectief te onderzoeken hoe het komt dat een partij afziet van mediation voorafgaand aan de gang naar de rechter, waar partijen dat wel uitdrukkelijk en zonder voorbehoud waren overeengekomen. Dit artikel vormt een mooie aanzet tot een dergelijk onderzoek.

Christel Schroten, voorzitter

Hoe zou een concrete wettelijke bepaling er wat jullie betreft uit moeten zien?

Koster: Het zou een positief effect kunnen hebben als in de wet wordt opgenomen dat een mediationclausule de betrokken partijen verplicht om eerst mediation te beproeven, alvorens de rechter in te schakelen. Maar om dit af te kunnen dwingen moet je dan toch weer een beroep op de rechter doen. En anderzijds denk ik dus dat het rechterlijke duwtje tijdens een mondelinge behandeling, met enkele verstandige beschouwingen van de rechter over de zaak, een positiever effect op een mediationproces kan hebben dan een wettelijk voorschrift. En dat zou dan in iedere zaak mogelijk moeten zijn, met of zonder mediationclausule. Overigens denk ik wel dat een rechter onder bepaalde omstandigheden van zo'n wettelijk voorschrift zou moeten kunnen afwijken.

Schild: Het lijkt me beslist verstandig dat de wetgever meer dan nu het geval is prikkels geeft aan partijen om zelf onderzoek te doen naar het antwoord op de vraag of mediation in hun situatie zinvol is. En ik kan me goed voorstellen dat de wetgever als uitgangspunt neemt dat mediation in beginsel zinvol is.

De Bie: Ik denk er ook zo over. En ik zie dan een kader voor me zoals we dat besproken hebben voor het ouderschapsplan. Dan blijft er ook een escape mogelijk ingeval van klemmende situaties, zoals in echtscheidingszaken waar bijvoorbeeld huiselijk geweld aan de orde kan zijn. Wat dat betreft zal de wetgever zich ook rekenschap hebben te geven van de verplichtingen uit het Verdrag van Istanbul.¹⁰

Zou het pleidooi voor het wettelijk vastleggen van 'inverbindingstelling' als hoofdnorm in het civiele recht hier wat jullie betreft goed bij aansluiten?¹¹

De Bie: Dat is een interessante gedachte, die nu opgeld doet in de problematiek rond de incasso van problematische schulden. Met de huidige hoge inflatie zullen die problemen alleen nog maar gaan toenemen. Ik vind er veel voor te zeggen, ook omdat ik als familierechter regelmatig de schaduwzijde zie van het klassieke toernooimodel van de civiele procedure. Interessant vind ik overigens dat een heel ander voorstel dat nu in de Tweede Kamer ligt, het Wetsvoorstel modernisering bewijsrecht, ook als uitgangspunt heeft dat partijen voorafgaand aan een procedure contact moeten hebben, om informatie uit te wisselen. Weliswaar heeft dat tot doel om in een gerechtelijke procedure sneller tot de kern te komen, maar een dergelijk verplicht preprocesueel contact kan natuurlijk ook het karakter krijgen van zo'n inverbindingstelling.

Koster: Zo'n eis van een inverbindingstelling zou in mijn ogen aan kunnen sluiten op de substantiëringsplicht van artikel 111 lid 3 Rv, want ook die gaat uit van preprocesueel contact tussen de conflictpartijen. Bij niet-nakoming beperken sancties zich overigens dan veelal tot de proceskostenveroordeling. En ook hiervoor geldt, dat ik dat voortraject niet te veel zou willen juridiseren door daarin drempels op te werpen voor de toegang tot de rechter. Enkele rechtbanken experimenteren juist met procedures om de toegang tot de rechter eenvoudiger te maken en het minnelijk overleg tussen partijen te bevorderen.¹² Ik zou dat minnelijk overleg in het algemeen wel naar binnen willen trekken, in een voorportaal van de gerechtelijke procedure, waar het dan kan plaatsvinden onder



leiding van een onpartijdige, onafhankelijke en deskundige derde, een mediator, in een hybride proces waarin dan regie gevoerd kan worden door de rechter over de te bewandelen wegen van mediation, een schikking, een rechterlijke beslissing, of misschien wel een combinatie hiervan.

Opmerkelijk is ook de tegenstelling tussen de heersende leer in de rechtspraak met betrekking tot de mediationclause en het tegelijkertijd wel actief door de rechter verwijzen naar mediation van partijen die geen mediationclause waren overeengekomen in hun overeenkomst; deze verwijzingen worden door partijen soms ook wel als drang ervaren.

De Bie: Daar ben ik mij van bewust. Eerder hadden we het al over verschillende gradaties van vrijwilligheid. Maar zonder wettelijke regeling of voorafgaand overeengekomen mediationclause zal de vrijwilligheid toch voorop moeten blijven staan, ook al gelet op het door Erik Koster genoemde artikel 26 Rv. Koster: Er is in mijn ogen niet zozeer sprake van een tegenstelling; beide kunnen naast elkaar bestaan. Maar er wordt wel verschillend gewicht toegekend aan enerzijds het belang van een vrije toegang tot een rechter en anderzijds het belang om partijen zoveel mogelijk in onderling overleg tot een oplossing van hun conflict te laten komen.

Is het dus toch vooral het vrijwilligheidsbeginsel dat het obstakel vormt? Friedrich Glasl wijst er in diens artikel 'Vrijwilligheid of willigheid van mediation' mijns inziens terecht op dat het vanzelfsprekend zo is dat de start van een mediation voor een mediator eenvoudiger is wanneer alle betrokken conflictpartijen vrijwillig en bereidwillig voor mediation hebben gekozen, maar dat deze situatie zich zelden voordoet.¹³ Het is meestal aan de mediator om vanaf het eerste contact aan te voelen hoe het met de (vrij)willigheid van de partijen zit en daarop in te spelen. Het betoog van Glasl maakt duidelijk dat het beginsel van vrijwilligheid in de rechtspraak verkeerd wordt begrepen en dientengevolge voor

een lijn is gekozen die niet juist is. Volgens Glasl schuurt deze jurisprudentie omtrent de mediationclause ook vanuit het oogpunt van rechtszekerheid. Immers, indien partijen willens en wetens met elkaar afspreken een gesprek aan tafel te zullen gaan voeren onder begeleiding van een mediator – want daar komt een goed geformuleerde mediationclause op neer – dient een dergelijke overeenkomst, zoals alle overeenkomsten, gewoon te worden uitgevoerd. Indien een partij de mediation vervolgens, nadat dit gesprek heeft plaatsgevonden, wil beëindigen staat hem dat vrij op grond van het besproken vrijwilligheidsbeginsel.

Koster: Ik vind het een mooi artikel. Het is voor mij een eyeopener om te ontdekken hoezeer je je mediationvaardigheden al kunt benutten nog voordat alle partijen zover zijn om in te stemmen met mediation. Ik wist natuurlijk al wel dat je je niet zómaar hoeft neer te leggen bij een aanvankelijke 'nee' maar ik denk dat ik mezelf in dat stadium nog te veel beperk tot het houden van de welbekende 'verkooppraatjes' en het benoemen van de welbekende rationele argumenten. Ik vond het mooi om te lezen hoe Glasl dan probeert door middel van mediatieve interventies te toetsen hoezeer de strategicalculatie van (een van) partijen 'gefixeerd' is, of dat deze door het mediatieve werk nog ten gunste van mediation kan veranderen. Ik wil me zijn vragen proberen eigen te maken.¹⁴ Hoewel ik graag beweer dat ik op zitting mensen probeer 'te verleiden' om eerst een mediationtraject te beproeven, moet ik misschien wel bekennen dat ik meer bezig ben met overhalen. Omdat ik zelf mediator ben hoop ik niettemin dat mijn interventies als rechter tijdens zittingen toch nog wel ergens tussen verleiden en overhalen in zitten, maar ik kan zeker nog wel wat van dit artikel van Glasl leren.

Als ik wat Glasl betoogt toepas op de rechtspraak zou ik, vanuit de door mij gekoesterde wens om te komen tot een meer hybride vorm van geschiloplossing, wel willen dat we in de van overheidswege aangeboden geschiloplossing – rechtspraak – meer investeren in het onderzoeken en het bevragen

van die door Glasl zo benoemde strategiecaldculatie. Dat moet op vakkundige wijze gebeuren. Door de bank genomen zullen mediators daartoe beter in staat zijn dan rechters. Een verplicht rondje langs de mediator in het 'voorportaal' van een gerechtelijke procedure zou daarom mijn voorkeur hebben boven de conflict diagnoses die rechters nu zelf ter zitting wel proberen te verrichten. Rogier Hartendorp heeft een studie verricht naar zes voorportalen uit het buitenland, die als inspiratie zouden kunnen dienen voor een voorportaal in Nederland.¹⁵

Hoewel ik graag beweer dat ik op zitting mensen probeer 'te verleiden' om eerst een mediationtraject te beproeven, ben ik meer bezig met overhalen

Schild: Wat mij betreft is het niet zozeer het vrijwilligheidsbeginsel dat een obstakel vormt om partijen gebonden te achten aan een mediationclausule. Het gaat mij vooral over wat partijen ermee hoopten te bereiken. Partijen dachten destijds dat mediation nuttig zou kunnen zijn als zij een conflict zouden krijgen. Waarom is een partij daar inmiddels anders over gaan denken. Waarom is nu de bereidheid er niet meer om het gesprek aan te gaan? Indien je tijdens een mondelinge behandeling denkt 'misschien dat er toch bereidheid weer kan ontstaan om zelf naar oplossingen te zoeken' dan is het fijn dat je de mogelijkheid hebt om partijen naar mediation te verwijzen, ook zonder dat ze daar uitdrukkelijk mee hoeven in te stemmen. Het artikel van Glasl geeft daarvoor goede argumenten. De neiging om dat te doen zal groter zijn indien je als rechter het gevoel hebt dat partijen veel te winnen hebben met een succesvolle mediation. Aan de andere kant zou ik aarzelen om partijen een 'verplicht rondje om de kerk te laten fietsen' omdat ze nu eenmaal (vrijwillig) een mediationclausule hebben afgesproken maar je eigenlijk wel weet dat dit naar alle waarschijnlijkheid niets gaat opleveren gelet op alles wat sindsdien is gebeurd.

De Bie: Voor mij is belangrijk wat Glasl schrijft over strategiecaldculatie en de mogelijkheid van *reframing* van percepties over (gedragingen van) de andere partij. Wat Glasl zegt over willigheid bij partijen als alternatief voor vrijwilligheid herken ik ook. Ik maak maar weinig mee dat partijen, als ze eenmaal in een procedure zitten, zo maar bereid zijn voor mediation te kiezen. Daaraan is immers altijd een moment voorafgegaan waarin ten minste een van hen heeft gedacht: 'Nu is het genoeg, nu ga ik naar de rechter.' Die partij calculeert op dat moment dat hij bij de rechter meer kan halen. Het komt eigenlijk steeds neer op het ombuigen van dergelijke onwilligheid in de richting van willigheid. In hoger beroep bestaat nogal eens het idee dat het conflict zodanig is geëscaleerd dat dat geen zin meer heeft. Maar vergeet niet dat het vonnis van de eerste rechter op zichzelf ook alweer invloed heeft op de strategiecaldculatie van partijen. Daar kan een appelrechter gebruik van maken.

Koster: Zoals ik net ook al kort noemde denk ik in dit verband aan een variant waarbij een rechter zich tijdens de mondelinge behandeling op grond van artikel 87 Rv laat vergezellen door

een deskundige mediator. Voor rekening van de Rechtspraak dan uiteraard. Die kan dan als deskundige de vragen stellen, die Glasl in zijn artikel beschrijft om – zoals Glasl uitlegt – te toetsen hoezeer de strategiecaldculatie van partijen in beton is gegoten, en met als doel om die calculatie een meer toetsbare basis te geven. Juist de combinatie van de inbreng van de rechter en die van de mediator zou in dit stadium meerwaarde kunnen bieden en vruchten afwerpen, doordat partijen beter kunnen worden verleid om eerst nog voor mediation te kiezen. Misschien is dit idee het waard om mee te experimenteren in het kader van de Experimentenwet.

Rechtspraak is ook niet vrijwillig en voor die route kan één partij kiezen zonder dat de andere partij daarmee behoeft in te stemmen. Hoe moet je hiernaar kijken gezien vanuit het perspectief van vrijwilligheid?

De Bie: Mediation is geen vorm van geschillenbeslechting. Een vorm van door de overheid georganiseerde geschillenbeslechting zal er altijd moeten zijn, al was het maar ter voorkoming van eigenrichting. Uiteindelijk vind ik het grondrecht van toegang tot de rechter zeer zwaarwegend; naar zijn aard komt vrijwilligheid bij de andere partij daar dan niet aan te pas.

Koster: Daar ben ik het mee eens en daarbij speelt de bereidheid van de wederpartij nu eenmaal geen rol. Maar in de praktijk is het alleen al wegens de kosten, de tijd en de spanning vaak aantrekkelijker om eerst te proberen de zaak in overleg met de andere partij op te lossen. En dat gebeurt in de meeste gevallen ook.

Martin Brink stelt in zijn artikel dat een mediationclausule een inspanningsverplichting in het leven roept en geen resultaatsverbintenis.¹⁶ Dit maakt dat partijen zich ertoe verbinden ten minste één mediationgesprek te voeren en het ieder van hen daarna vrij staat de mediation te beëindigen. Denken jullie dat het zo kan zijn dat een mediationclausule in de rechtspraak mogelijk ook wordt geïnterpreteerd als een resultaatsverbintenis en daarmee als verplichte mediation?

De Bie: Het klopt dat een mediationclausule een inspanningsverplichting meebrengt. De partijen spreken daarmee af mediation in elk geval te zullen proberen. Een resultaatverbintenis zal het echter nooit kunnen zijn, partijen kunnen niet worden verplicht er samen uit te komen zonder de mogelijkheid om terug te vallen op een vorm van geschillenbeslechting. Koster: Je moet de verplichting uit de mediationclausule om bij een conflict eerst een mediator in te schakelen voordat je naar de rechter stapt en de verplichting voor de partijen bij de mediationovereenkomst zich in te spannen om de kwestie door mediation op te lossen niet door elkaar halen. Die tweede verplichting is onmiskenbaar een inspanningsverplichting. De woorden van artikel 1.2 van het MFN-model van de mediationovereenkomst spreken wat dat betreft voor zich. Van de eerstgenoemde verplichting weet ik het eigenlijk niet. Maar door het opwerpen van de vraag bekruip me al de vrees voor het juridiseren van het voortraject. Als je aan het niet-nakomen van een mediationclausule vergaande consequenties zou willen verbinden, zoals niet-ontvankelijkheid, dan voorzie ik allerhande juridische casuïstiek. De rechter moet zich hierbij eerst een oordeel vormen over de prealabele vraag of de partij die de stap van mediation heeft overgeslagen, wel genoeg heeft gedaan.

Tot slot, ik heb de indruk gekregen dat het toch wel uitmaakt welke rechter je als partij voor je krijgt. Zo is Erik naast ervaren rechter ook ervaren mediator en heeft Toine aan de basis gestaan van de pilot mediation bij het gerechtshof Amsterdam.¹⁷ Dat maakt dan toch het verschil in hoe je te werk gaat?

Koster: Ik hoop dat het in de nabije toekomst zo gaat worden dat alle rechters veel betere conflict diagnoses kunnen maken.

De Bie: In de RIO-opleiding wordt tegenwoordig meer

aandacht aan conflict diagnose besteed, en ook aan mediation maar dan wel in meer algemene zin.¹⁸

Schild: Mijn beeld is dat alle civiele rechters inmiddels wordt geleerd niet alleen naar het juridische probleem te kijken maar ook proberen zicht te krijgen op het achterliggende conflict. Dat laat onverlet dat partijen verschillen in stijl zullen ervaren, bijvoorbeeld in de mate waarin de rechter zelf ook met een voorlopig oordeel komt om partijen iets mee te geven over hun proceskansen. ■

Model mediationclausule¹⁹

Overweging toe te voegen aan de considerans van de desbetreffende overeenkomst:

Met de in deze overeenkomst opgenomen mediationclausule beogen partijen uitdrukkelijk een keuze te maken voor de toepassing van mediation ingeval tussen hen een conflict en/of geschil ontstaat over de uitleg van deze overeenkomst dan wel naar aanleiding van hetgeen door hen in deze overeenkomst is afgesproken.

Partijen geven met hun keuze voor mediation uitdrukking aan hun opvatting dat het zeer wenselijk is om als * (NB: benoemen onderlinge relatie) [en (optioneel) tevens uit respect voor *], zich door toepassing van mediation ervoor in te spannen te trachten eerst zelf tot een oplossing van een geschil dat over of naar aanleiding van deze overeenkomst zou ontstaan te komen. De reden hiervoor is het feit dat mediation een methode is waarin niet alleen naar de zakelijk-juridische aspecten van de kwestie wordt gekeken maar ook naar de communicatief-relationale en psychologische aspecten, waarmee een veel rijkere oplossing van het geschil mogelijk is, [(optioneel) en mede gezien het feit dat de onderhavige overeenkomst ook in mediation tot stand is gebracht,] alvorens daartoe een besliser in te schakelen.

Partijen hebben met de opname van deze mediationclausule in deze overeenkomst willens en wetens beoogd om ingeval van een geschil als hiervoor bedoeld, zich er te allen tijde voor in te spannen eerst in de setting van mediation tot een oplossing te trachten te komen en hebben daarmee eenmalig invulling gegeven aan het beginsel van vrijwilligheid dat mediation mede kenmerkt. Zij realiseren zich dat ingeval zich een geschil voordoet, hun onderlinge verhouding minder goed zal zijn dan deze thans is maar zij onderstrepen dat zij juist mede om die reden de afspraak steeds eerst mediation te zullen beproeven bij voorbaat hebben gemaakt. Anders dan uit thans vigerende rechtspraak mogelijk kan worden afgeleid, wensen zij er geen misverstand over te laten bestaan dat zij hun afspraak altijd eerst mediation te zullen beproeven beschouwen als een afdwingbare inspanningsverplichting waaraan geen van hen beiden zich derhalve kan onttrekken met een beroep op het vrijwillige karakter dat mediation mede kenmerkt, noch met een beroep op het rechtsbeginsel van de vrije toegang tot de rechter.

[(optioneel) Partijen hebben voorts het oogmerk om – indien een mediation als bedoeld niet of slechts gedeeltelijk zou slagen – tevens reeds nu op voorhand te voorzien in een deskundige besliser die zij hebben gevonden in de kantonrechter,

bedoeld in artikel 96 Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering, teneinde op een adequate en snelle wijze, alsmede tegen geringe kosten, desgewenst zonder inschakeling van een advocaat, een bindende beslissing te kunnen verkrijgen.]

Mediationclausule

1. Ingeval van elk conflict en/of geschil, betrekking hebbende op de onderhavige door partijen ondertekende overeenkomst of uit mogelijk daarop voortbouwende overeenkomsten, zullen partijen te allen tijde trachten dit in eerste instantie op te lossen met behulp van mediation, behoudens indien zich een spoedeisend belang voordoet, in welk geval de dan noodzakelijke rechtsmaatregelen mogen worden getroffen door een partij, zoals bijvoorbeeld het leggen van beslag of het starten van een kort geding, alvorens uitvoering te geven aan het bepaalde in deze clausule.
2. Partijen stemmen bij voorbaat in met een mediationovereenkomst die inhoudt dat de heer/mevrouw * als mediator zal optreden en dat mitsdien het MfN-reglement en de bijbehorende gedragsregels van toepassing zullen zijn [(optioneel) het van toepassing verklaren van alternatieve processuele regels]. Indien de aangewezen mediator om welke reden dan ook de mediation niet zal kunnen begeleiden, wijzen partijen de heer/mevrouw * aan als mediator. De in dit lid bedoelde mediationovereenkomst omvat tevens hetgeen in de leden 3, 7 [(optioneel), 10] en 12 van deze clausule is bepaald.
3. Partijen zijn ertoe gehouden de individuele intakegesprekken, dan wel het gezamenlijke intakegesprek, alsmede de eerste mediationbijeenkomst bij te wonen. Daarna staat het partijen dan wel een partij vrij om de mediation op ieder gewenst moment te beëindigen.
4. De mediation vangt procesueel gezien aan op het moment waarop partijen contact zoeken met de door hen aangewezen mediator.
5. Indien een partij zich beroept op de toepassing van deze clausule, doet hij daarvan per aangetekend schrijven en per e-mailbericht mededeling aan de andere partij.
6. De mediation zal niet later aanvangen dan binnen 21 dagen na de datum waarop het in lid 5 bedoelde aangetekend schrijven is verzonden, tenzij partijen gezamenlijk instemmen met een latere aanvang.
7. Zolang de mediation niet is beëindigd, zal geen van

partijen het geschil aan de rechter voorleggen, tenzij uitsluitend ter bewaring van rechten.

8. De rechter bij wie een geschil aanhangig wordt gemaakt waarop deze mediationclausule van toepassing is, schort op verzoek van een partij de behandeling van de desbetreffende zaak op. De behandeling van de zaak door de bedoelde rechter wordt voortgezet indien een partij bij aangetekend schrijven aan de bedoelde rechter, alsmede aan de mediator en de andere partij meedeelt dat de mediation is beëindigd.
9. Indien een partij – buiten de situatie van een spoedeisend belang als bedoeld in lid 1 – een gerechtelijke procedure of een arbitrage begint ter zake van een geschil waarop deze clausule betrekking heeft zonder zich eerst op deze clausule te hebben beroepen, verbeurt de desbetreffende partij ten bate van de andere partij een boete van € 2.500, welk bedrag onmiddellijk opeisbaar is, onverminderd het recht van de andere partij schadevergoeding te vragen.
10. Indien toepassing van deze clausule niet leidt tot een oplossing van het geschil zullen partijen het desbetreffende geschil ter beslechting voorleggen aan de kantonrechter van de rechtbank * of aan een andere door partijen in onderling overleg aan te wijzen kantonrechter, op de wijze zoals bedoeld in artikel 96 Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering. De desbetreffende uitspraak van de kan-

tonrechter is voor partijen bindend: hoger beroep daartegen wordt door hen bij dezen uitgesloten. De aanwijzing van de kantonrechter door partijen vindt plaats op grond van de uitdrukkelijke wens van partijen om te voorzien in een snelle en goedkope procedure waarin een ervaren en deskundige persoon – de kantonrechter – het geschil beslecht, voor het geval tussen hen een geschil ontstaat als bedoeld in het eerste lid van dit artikel, ten aanzien van welk geschil blijkt dat dit door hen niet met toepassing van mediation kan worden beëindigd. De aanwijzing van de kantonrechter door partijen vindt derhalve niet plaats met het oogmerk bestaande competentieregels te doorkruisen. Indien de voorgaande aanwijzing nietig wordt verklaard te zijn, zullen partijen in onderling overleg een bindend adviseur aanwijzen, dan wel de genoemde kantonrechter verzoeken een bindend adviseur aan te wijzen indien zij er niet in slagen tot overeenstemming te komen over de desbetreffende aanwijzing, en aan deze een opdracht verstreken die inhoudelijk geheel gelijk is aan de in de eerste en tweede volzin van dit lid bedoelde opdracht aan de kantonrechter.

11. Partijen stellen vast dat deze clausule in rechte afdwingbaar is.
12. De aan de mediation verbonden kosten komen ten laste van beide partijen, ieder voor een gelijk gedeelte.

NOTEN

1. Zie voor een actuele stand van zaken betreffende dit thema de volgende publicaties: Fred Schonewille, 'De handhaafbare mediationclausule ten behoeve van een echtscheidingsconvenant', *WPNR* 2010/6826 en 6827, John Bosnak, 'De mediationclausule: hoe lang nog beperkt houdbaar?' in: C.J.M. Klaassen, G.J. Meijer & C.L. Schleijsen (red.), *Going Dutch: ADR in Nederland, in het bijzonder bij het NAI*, Onderneming & recht nr. 113, Deventer: Wolters Kluwer 2019, hoofdstuk 14, en Martin Brink, 'De-escalatiebedingen', *Ars Aequi* 2020/0233.
2. De vindplaats van deze uitspraak is: ECLI:NL:RBOVE:2014:6437.
3. De vindplaats van dit arrest is: HR 6 oktober 2017 (ECLI:NL:HR:2017:2566).
4. Dit adagium is afkomstig uit het Romeinse recht en betekent: gemaakte afspraken dienen te worden nagekomen. Het is een van de uitgangspunten van ons huidige rechtssysteem. en wordt beginnende rechtenstudenten ingescherpt.
5. Hoge Raad 20 januari 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU3724.
6. Hoge Raad 8 mei 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH7132. Zie ook Hoge Raad 27 juni 2008, ECLI:NL:HR:2008:BD2710.
7. Artikel 81 Wet op de rechterlijke organisatie. Dit artikel bepaalt dat indien de Hoge Raad oordeelt dat een aangevoerde klacht niet tot cassatie kan leiden en niet noopt tot beantwoording van rechtsvragen in het belang van de rechtseenheid of de rechtsontwikkeling, hij zich bij de vermelding van de gronden van zijn beslissing kan beperken tot dit oordeel.
8. Zie art. 818 lid 2 Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering: 'De rechter kan partijen naar een mediator verwijzen met als doel om de echtgenoten in onderling overleg tot afspraken over één of meer gevolgen van de scheiding te laten komen indien het verzoekschrift of de behandeling ter terechtzitting daartoe aanleiding geeft.'
9. De in deze passage genoemde wetsartikelen zijn alle te vinden in het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering.
10. Verdrag van 11 mei 2011 van de Raad van Europa inzake het voorkomen en bestrijden van geweld tegen vrouwen en huiselijk geweld, *Tractatenblad* 2012, 333.
11. Zie het artikel van M. Barendrecht, P. Ingelse, F. Schonewille, J. de Waart en F. van Zomeren, 'Van 'ingebreke' naar 'inverbinding', over de kanteling in het denken over conflictbeslechting en waar de wetgever deze ontwikkeling zou moeten ondersteunen', *Nederlands Juristenblad* 2018/26, p. 1870-1880. In dit artikel bepleiten de auteurs dat wettelijk wordt vastgelegd dat een partij altijd eerst verbinding met de wederpartij zoekt voordat hij deze in gebreke kan stellen.
12. Voorbeelden hiervan zijn de Rotterdamse regelrechter, de Haagse wijkrechter en de Overijsselse overlegrechter.
13. F. Glasl, 'Vrijwilligheid of willigheid van mediation', *Tijdschrift Conflictantering* 2014/5 p. 41-44.
14. Glasl 2014 p. 42.
15. Rogier Hartendorp, Priscilla Haricharan & Tim Lubbers, *Voorportalen voor burgers en kleine ondernemingen. Een rechtsvergelijkende studie naar routes voor oplossingen van rechtsproblemen*, Den Haag: Boom juridisch 2022.
16. Brink 2020.
17. Aan deze pilot is aandacht besteed in *Tijdschrift Conflictantering* 2021/1, p. 36-40.
18. De RIO-opleiding is de initiële opleiding tot rechter of raadsheer.
19. Deze model-mediationclausule is mede gebaseerd op mijn artikel 'De handhaafbare mediationclausule ten behoeve van een echtscheidingsconvenant', *WPNR* 2010/6826 en 6827, op het hoofdstuk 'De mediationclausule: hoe lang nog beperkt houdbaar?' van John Bosnak, in: C.J.M. Klaassen, G.J. Meijer & C.L. Schleijsen (red.), *Going Dutch: ADR in Nederland, in het bijzonder bij het NAI*, Onderneming & recht nr. 113, Deventer: Wolters Kluwer 2019, alsmede op het artikel 'De-escalatiebedingen' van Martin Brink, *Ars Aequi* 2020/0233.