

Afdwingbaarheid van de Mediationclausule in Californië en Nederland

I. INLEIDING

De terminologie in de sfeer van geschilsbeslechting loopt nogal uiteen van land tot land. Zo noemt men bijvoorbeeld mediation in België “bemiddeling”, in Italië “conciliazione”, in Denemarken (naast “mediation”) ook wel “konfliktmægling”, in Duitsland ook wel “Konfliktvermittlung”.

Zo ook verstaat men onder een “mediation agreement” in de Verenigde Staten meestal wat in Nederland veeleer een mediationclausule wordt genoemd. Wat daarentegen een mediation overeenkomst heet naar Nederlands gebruik, heet een “protocol” onder de Belgische wet¹ en (meestal) een “mediation confidentiality agreement” in de Verenigde Staten.²

Gelukkig is de bewoording “mediationclausule” meer universeel. Voorzover deze schrijver kan nagaan, wordt zowel in Nederland als in de Verenigde Staten aan dit woord dezelfde betekenis gehecht.³ Onder beide systemen kan een mediationclausule worden gedefinieerd als ‘een beding tussen twee of meer partijen om in eerste instantie een (eventueel) geschil op te lossen met behulp van een mediator.’

Een mediationclausule kan worden opgenomen in een overeenkomst voordat er een geschil is, meestal als onderdeel van een algemene bepaling over geschilbeslechting. In de laatste jaren wordt het steeds meer usance om een “trapsgewijze”⁴ geschilbeslechtingsbepaling in een overeenkomst op te nemen: in geval van een geschil komt men bijvoorbeeld overeen eerst te onderhandelen; als dat het geschil niet oplost het aan mediation te onderwerpen; en als dat niet lukt hetzij voor de gang naar de rechter hetzij voor arbitrage te kiezen.

Anderzijds kan ook tot mediation worden besloten nadat het geschil is ontstaan. Als het geschil over een overeenkomst gaat, gebeurt dit meestal als partijen daarin geen

¹ Art. 1731. § 1 Gerechtelijk Wetboek, zoals gewijzigd door Art. 15 van de Wet van 21 februari 2005 tot wijziging van het Gerechtelijk Wetboek in verband met de Bemiddeling, Belgisch Staatsblad 22 maart 2005.

² Een mediation confidentiality agreement kan zich beperken tot het onderwerp van vertrouwelijkheid van de procedure, maar wordt veelal ook gebruikt om in meer detail de verhouding tussen de mediator en de partijen te regelen.

³ Onder de voornoemde Belgische wet spreekt men van een “bemiddelingsbeding”. Zie bv. Art. 1725. § 1 Gerechtelijk Wetboek zoals gewijzigd door Art. 9 van de Wet van 21 februari 2005.

⁴ In het Engels “multi-tier” of “multi-step” dispute resolution clause genoemd. Voor een recente bespreking van het gebruik ervan in de Verenigde Staten, zie D. Jason File, *United States: Multi-Step Dispute Resolution Clauses*, IBA MEDIATION COMMITTEE NEWSLETTER, Vol. 3 No. 1, p. 33-37 (July 2007).

manier van geschilbeslechting waren overeengekomen. In deze en andere omstandigheden kan men al voor de rechter staan en besluiten dat het om financiële of emotionele redenen verstandig is om toch maar eerst te proberen met behulp van mediation het geschil op te lossen. Laatstelijk kan het ook in Nederland door de rechter worden gesuggereerd.

In de Verenigde Staten kent men sinds enkele jaren⁵ tevens de figuur dat, meestal voor specifieke soorten van geschillen, maar ook voor geschillen die over een beperkt geldsbedrag gaan, de rechter de partijen eerst tot mediation (of “niet-bindende arbitrage”) kan dwingen.⁶ Het systeem van rechterlijke verwijzing naar mediation in Californië, dat voor bedragen per eiser van \$50,000 of lager dwingend, en overigens op vrijwillige basis, de zaak eerst naar mediation doorverwijst wordt over het algemeen als zeer succesvol gezien.⁷

Onder bijna alle rechtssystemen is de vraag gerezen of, en zo ja in hoeverre, de mediationclausule afdwingbaar moet worden beschouwd als een der partijen de clausule negeert en direct overgaat tot een rechtelijke procedure of arbitrage.⁸

II. AFDWINGBAARHEID VAN DE MEDIATIONCLAUSULE IN NEDERLAND

Wat de afdwingbaarheid van zo'n mediationclausule betreft, kan het in de praktijk verschil maken in Nederland of de afspraak is gemaakt vóór er een geschil was of nadat het geschil is ontstaan. Wellicht hangt dit ook wel mede af van de vraag in hoeverre er sancties worden ingebouwd bij niet-nakoming van de clausule. Bij een besluit tot mediation nadat het geschil is begonnen is het immers minder waarschijnlijk dat (alle) partijen bereid zijn om sancties in te bouwen voor niet-deelname aan de mediation.

⁵ Een van de eerste wetten, die verplichte mediation van bepaalde geschillen voorschrijven, betrof mediation over het ouderlijk gezag over kinderen na echtscheiding, die in Massachusetts en Connecticut reeds in 1980, en in Californië in 1981 werd aangenomen. Zie Suzanne Reynolds, Catherine T. Harris & Ralph A. Peeples, *Back to the Future: An Empirical Study of Child Custody Outcomes*, 85 NORTH CAROLINA L.R. 1629, 1640 (2007).

⁶ Voor een overzicht van de belangrijkste wetten in de VS die verplichte mediation voorschrijven, zie Cole, McEwen & Rogers, *MEDIATION: LAW, POLICY AND PRACTICE* CH.7, §7:1 (in het bijzonder voetnoot 1), §7:2 en Appendix B (update 2007); zie ook Holly A. Streeter-Schaefer, *A Look at Court Mandated Civil Mediation*, 49 DRAKE L. REV. 367 (2001). Voor een beschrijving van wetten die deelname te goeder trouw aan de mediation vereisen, zie John Lande, *Using Dispute System Design Methods to Promote Good-Faith Participation in Court-Connected Mediation Programs*, 50 UCLA L. REV. 69 (2002). Men kan een redelijk goede bibliografie over het onderwerp van verplichte mediation vinden op <http://www.peacemakers.ca/bibliography/bib46mandatoryADR.html>.

⁷ Voor een beknopte beschrijving van dit systeem in Californië, en in het bijzonder Los Angeles, zie Eric van Ginkel, *Mediation under National Law: United States of America*, IBA MEDIATION COMMITTEE NEWSLETTER, Vol. 1 No. 2, 43-54 (August 2005), beschikbaar op de schrijvers website, www.BusinessADR.com, onder de tab “Eric’s Recent Articles and Talks”.

⁸ [insert articles I have that discuss various jurisdictions]

De rechtspraak van de laatste vijf jaar geeft te kennen dat de juridische afdwingbaarheid van een mediationclausule in Nederland niet zonder meer duidelijk is.⁹ De vier voornaamste beslissingen zijn de volgende:

(i) In 2002 vernietigde de rechtbank Amsterdam een vonnis van de kantonrechter die de werknemer niet ontvankelijk had verklaard omdat hij niet eerst de mediationclausule van zijn arbeidsovereenkomst was nagekomen. De rechtbank vernietigde het vonnis met o.a. de overweging dat een mediationclausule iets anders is dan een overeenkomst tot bindend advies of een arbitrageclausule.¹⁰

Bovendien speelden voor de Rechtbank een rol dat (a) de werkgever op het voornemen van de werknemer om een procedure voor de rechter aanhangig te maken heeft gereageerd “zonder melding te maken van de overeengekomen mediation”, (b) mediation uitgaat van de vrijwilligheid van partijen en (c) de mogelijkheid dat een partij zich te allen tijde kan terugtrekken uit de mediation procedure.

(ii) Kort nadat de Rechtbank Amsterdam had gesproken, gaf het Hof 's-Gravenhage te kennen dat een mini-trial clause ook niet afdwingbaar is, althans dat de gewone rechter bevoegd blijft.¹¹ Een software leverancier en zijn opdrachtgever hadden zich in het toepasselijke automatiseringscontract verbonden tot een mini-trial procedure. De opdrachtgever had er geen gebruik van gemaakt en stapte meteen naar de rechter.

De opdrachtgever had conservatoir beslag gelegd ten laste van de leverancier, hetgeen hem verplichtte zijn vordering aan de rechtbank voor te leggen.¹² Dit is dus wel een bijzonder geval, waar eigenlijk alleen de wetgever een oplossing kan bieden.

Klaarblijkelijk een praktische oplossing wensend, gaf het Hof de rechtbank wel in overweging om haar beslissing voor onbepaalde tijd aan te houden teneinde om proceseconomische redenen partijen alsnog in de gelegenheid te stellen om de mini-trial procedure te volgen.

(iii) In een vonnis van de Rechtbank Arnhem van 14 jan 2004¹³ had partij A ten behoeve van partij B computertrainingen verzorgd die deels onbetaald waren

⁹ Zie bijvoorbeeld Prof. Mr A.F.M. Brenninkmeijer, Mr. E. Schutte & Mr. J. Spierdijk, JURIDISCHE ASPECTEN VAN MEDIATION 33 (SDU Uitgevers, Editie 2005), P.C. van Schelven, *Mediationafspraken: Wel of niet Juridisch Afdwingbaar?*, <http://www.nmi-mediation.nl/index.htm#http://www.nmi-mediation.nl/cms/db.php3?id=575&nmi=3b4fd9e9ff310af9b324072471f27d44>.

¹⁰ Rb Amsterdam, 16 oktober 2002, nr. H 01.0636, *NJ 2003 nr. 87*. Voor een samenvatting van de vonnissen van de Kantonrechter en Rechtbank Amsterdam, zie <http://www.mediation-bedrijfsleven.nl/advoc7a.shtml#1>. Men vindt dit soort redenering ook terug in Rb Maastricht, 9 november 2005, LJN nr. AU6364 (“dat ... de ... mediationclausule niet op een lijn gesteld kan worden met een arbitraal beding en een overeenkomst tot bindend advies...”, en “...nu bij mediation partijen zelf, op basis van wederzijdse bereidheid/vrijwiligheid met behulp van een mediator naar een minnelijke oplossing voor hun geschil zoeken en een partij zich terug kan trekken om zich vervolgens tot de rechter te wenden.” Overwegingen 3.2.1 en 3.2.2)

¹¹ Hof 's-Gravenhage, 12 december 2002, nr. 00/1100, *NJ Kort 2003/17*.

¹² Een mini-trial zou namelijk niet aan het vereiste voldoen om ter ondersteuning van het beslag een procedure in de hoofdzaak te beginnen.

gebleven. Partij A maakte derhalve een incassoprocedure aanhangig. B verweerde zich onder meer met een beroep op de geschillenclausule in de algemene voorwaarden, die een minitrial voorschreef.¹⁴ De rechtbank verklaarde A niet ontvankelijk in haar vordering met een verwijzing naar de tekst van de geschillenclausule die zij duidelijk achtte. Volgens de rechtbank werd de minitrial procedure hierin dwingend voorgeschreven.

(iv) Voor het eerst heeft de Hoge Raad op 20 januari 2006 de gelegenheid gehad zich ook over deze kwestie uit te spreken.¹⁵ Daarbij moet evenwel worden opgemerkt dat dit arrest om verschillende redenen niet noodzakelijk vergelijkbaar is.

Het arrest betrof een petitie aan de rechtbank te Breda om de man's alimentatieverplichting op nihil te doen stellen dan wel te verminderen. Tijdens de mondelinge behandeling in hoger beroep voor het Hof in 's-Hertogenbosch, kwamen partijen overeen om alsnog onder begeleiding van een mediator te proberen tot een oplossing te komen. Elf dagen later stuurde de advocaat van de vrouw een fax dat zij definitief afzag van inschakeling van een mediator, op financiële, maar vooral emotionele gronden. Het Hof betreurde de beslissing van de vrouw maar overwoog dat voor een succesvolle verwijzing naar mediation de "duurzame instemming van beide partijen" is vereist.

De Hoge Raad overwoog dat het hier ging om een geschil tussen particulieren die in de loop van een geding een mediation afspraak maken. Omdat het beide partijen te allen tijde vrijstaat om hun medewerking daaraan alsnog te onthouden, dan wel die te beëindigen, is de mediation afspraak niet afdwingbaar.

Het is een kort arrest, dat door de hierboven aangehaalde overweging wellicht het precedentie effect van het arrest wil beperken tot de feitelijke omstandigheden van de zaak.

Daarentegen is de analyse van Procureur-Generaal Huydecoper veel breder. De Procureur-Generaal meende dat het hof een juist kader had getrokken voor de beoordeling of de gemaakte mediation-afspraken een beletsel voor verdere behandeling van de rechtszaak opleverde.¹⁶ Hij lichtte dit nader toe met een algemenere analyse van het fenomeen mediation. Hij stelde in de eerste plaats vast (mijns inziens ten onrechte) dat alle partijen in de regel de verwachting van een positieve uitkomst van de mediation

¹³ Rb Arnhem, 14 januari 2004, LJN nr. AO3003

¹⁴ De toepasselijke bepaling luidde als volgt:

"De geschillen welke tussen One Step to Knowledge BV en cliënt mochten ontstaan naar aanleiding van een door One Step to Knowledge BV met cliënt gesloten overeenkomst dan wel naar aanleiding van nadere overeenkomsten die daarvan het gevolg mochten zijn, zullen worden beslecht door de bevoegde Nederlandse rechter, doch niet nadat de procedure conform het Minitrialreglement van de Stichting Geschillenoplossing Automatisering te Den Haag (=niet bindende adviesprocedure) is gevolgd, onverminderd het recht van partijen een voorziening in kort geding te vragen".

¹⁵ HR 20 januari 2006, LJN nr. AU3724.

¹⁶ Conclusie, Alinea 8.

hebben, en dat deze positieve verwachtingen voor het succes van een mediation wel noodzakelijk, of minstens zeer wenselijk zijn.¹⁷

Hij benadrukte (eveneens ten onrechte) dat onder invloed van negatieve impulsen (bijvoorbeeld dat de vrouw geen behoefte ervaart om door de tegenpartij onder druk te worden gezet dan wel te worden uitgescholden) een partij van gedachte kan veranderen, zodat dan voor de vraag of een poging tot mediation zinvol is de verwachtingen van partijen t.a.v. een eenmaal geaccordeerde mediation van primerend belang zijn.¹⁸

Huydekoper vond dat tegen die achtergrond het te begrijpen is, waarom in de rechtsleer betreffende mediation pleegt te worden benadrukt dat het tot het noodzakelijke (of bij uitstek wenselijke) kader voor mediation behoort, dat deelname vrijwillig en vrijblijvend is.¹⁹

Huydekoper signaleerde ook dat in bepaalde gevallen van dit uitgangspunt moet worden afgeweken, bijvoorbeeld als partijen op de voorhand hebben afgesproken dat zij in te verwachten conflictsituaties enige vorm van bemiddeling zullen beproeven vóórdát een beroep op de rechter mag worden gedaan.²⁰ Hij stelde vast dat, naar gelang van omstandigheden van het geval, en van de uitleg die aan de in geding zijnde mediatonclausule wordt gegeven, het beeld dat uit de bestaande rechtspraak naar voren komt “zoals enigszins voor de hand lag, wisselend” is.²¹

Hij stelde tevens vast, voornamelijk op basis van het werk op dit terrein van Mr P.C. van Schelven, dat in deze rechtspraak en in de literatuur daarover, overigens een vrij aanzienlijke mate van terughoudendheid aan de dag wordt gelegd, respectievelijk aanbevolen. Bovendien vond hij dat “aan de vrijheid van partijen om van mediation af te zien of af te stappen, veel gewicht [wordt] toegekend.”²²

Zowel de Hoge Raad als de Procureur-Generaal schijnen in hun beslissing om de mediation afspraak in casu niet afdwingbaar te maken niet aan het belangrijkste argument toe te komen dat vóór afdwingbaarheid van een mediationclausule pleit, namelijk dat het bijwonen van de eerste zitting met de mediator kan leiden tot een “*buy-in*”. In de persoonlijke ervaring van deze schrijver is het meerdere malen voorgekomen dat een partij naar de mediation zitting kwam zonder enige verwachtingen, en niettemin toch door het meemaken van het proces een paar uur later zich daar enthousiast in kon storten en de mediation tot een succes kon maken.

Naar mijn mening pleiten alle argumenten die de P-G aanvoert over de emotionele rollercoaster waar partijen door moeten voordat de mediation zelf plaatsvindt nu juist vóór het afdwingbaar maken van de mediationclausule. Alleen door het

¹⁷ Conclusie, Alineas 9-10.

¹⁸ Conclusie, Alineas 11-13.

¹⁹ Conclusie, Alineas 15-16.

²⁰ Conclusie, Alinea 17.

²¹ *Ibid.*

²² *Ibid.*

daadwerkelijk bijwonen van de eerste mediation zitting waarin de mediator uitlegt hoe het proces werkt en wat zijn rol daarin zal zijn, kunnen partijen zich een voorstelling maken van de mogelijkheden van mediation, waardoor alle angsten die eraan voorafgingen vaak worden opgeheven en partijen optimistisch het proces onder leiding van de mediator kunnen voortzetten. Dat is het wonder van mediation: de meest sceptische deelnemers “kopen” het proces pas als ze erin zitten: ze zien hoe de mediator uitlegt hoe het proces werkt en wat de mogelijkheden ervan zijn, en ze zien hoe de mediator vorm en structuur geeft aan het proces.

Zoals gezegd, lijkt de Hoge Raad in haar arrest van 20 januari 2006 haar beslissing te willen beperken tot een geschil tussen particulieren die in de loop van een geding afspreken om te pogen via mediation een oplossing te bereiken. Het zou dus kunnen dat er nog een arrest te wachten staat dat voor handelsrelaties afdwingbaarheid zal voorschrijven.

Zoals de heer Wackie Eysten terecht opmerkt:

“Het is waar, elk der partijen in een mediation is vrij zich uit de onderhandelingen terug te trekken en een eind aan de mediation te maken als hij of zij in voortzetting geen heil ziet. Maar die vrijheid behoort niet af te doen aan de in beginsel bindende kracht van de mediationovereenkomst. Dat een door een der partijen niet vrijwillig aangegane mediation tot mislukken gedoemd zou zijn is een fabeltje. De ervaringen met de zogeheten ‘court-ordered’ mediation projecten bewijzen het tegendeel.”²³

Mr P.C. van Schelven, in zijn artikel “Mediationafspraken: Wel of Niet Juridisch Afdwingbaar?”, suggereert dat de verbintenisrechtelijke betekenis van mediationafspraken steeds van geval tot geval zal moeten worden vastgesteld, rekening houdende met een reeks van factoren. Onder meer vermeldt hij daarbij (naast enige voor de hand liggende factoren) dat het verschil moet maken of de mediationclausule onderdeel is van een breder contract, en de hoedanigheid van de partijen (twee ex-geliefden of twee bedrijven) en het type conflict waarop de mediationclausule ziet.

Ik kan me wel inleven in de overwegingen van Van Schelven, maar ik geloof toch niet dat dit een bevredigende oplossing zou bieden. Het zou naar mijn mening veel te veel rechtsonzekerheid opleveren en onnodige gangen naar de rechter veroorzaken, die niet plaats zouden vinden als in principe een mediationclausule steeds afdwingbaar zou worden gemaakt.

Hoe is dit nu in de Verenigde Staten, en met name in Californië geregeld?

III. AFDWINGBAARHEID VAN DE MEDIATIONCLAUSULE NAAR HET RECHT VAN CALIFORNIE

²³ Zie www.mediation-Bedrijfsleven.nl/advoc/advo7a.shtml#1.

Volledigheidshalve dien ik in de eerste plaats op te merken dat, in tegenstelling tot het Nederlands recht, een partij in geval van niet-nakoming van een overeenkomst naar Amerikaans recht alleen in uitzonderingsgevallen het rechtsmiddel van “nakoming” tot zijn beschikking heeft. Dit vindt zijn oorzaak in de scheiding in het oude engelse rechtssysteem tussen een “Court of Law” en een “Court of Chancery”. Het enige rechtsmiddel in een court of law was schadevergoeding. Het rechtsmiddel van nakoming bestond alleen in de uitzonderingsgevallen waarin de eiser een “suit in equity” kon beginnen. Deze scheiding van de twee rechtbanken is reeds sinds lange tijd opgeheven, maar de zogenaamde “equitable remedies” zijn gebleven en worden nog steeds alleen bij hoge uitzondering verleend. Nakoming te eisen van een mediationclausule in de Verenigde Staten ligt dus niet voor de hand.

In de rechtspraak van de jaren tachtig en de vroege negentiger jaren, vond men in het algemeen dat de rechter in de Verenigde Staten de mediationclausule zag als een zogenaamd “agreement to agree” (overeenkomst om iets overeen te komen), iets dat zowel naar Nederlands verbintenissenrecht als Amerikaans contractenrecht als niet afdwingbaar wordt beschouwd.

Tegenwoordig is volgens de meerderheid van de jurisprudentie een mediationclausule afdwingbaar. Eind 2005, begin 2006 deden twee onderzoekers, James Coben en Peter Thompson, een uitgebreid onderzoek naar de rechtspraak over mediation gedurende de vijf jaar van 1999 tot en met 2003.²⁴ Van de 1222 arresten en vonnissen over mediation die gedurende die tijd werden beslist en gepubliceerd²⁵, waren er 279 die met de afdwingbaarheid van mediationclausules te maken hadden. Ze kwamen tot de volgende conclusie:

“Collectively, the 279 opinions support a simple principle: courts are inclined to order mediation on their own initiative, and will generally enforce a pre-existing obligation to participate in mediation, whether the obligation was judicially created, mandated by statute or stipulated in the parties' pre-dispute contract.”

Als gevolg van het afdwingen van mediationclausules zijn diverse sancties denkbaar. Rechter kunnen de eis niet ontvankelijk verklaren, een schorsingsbeschikking geven of zelfs beschikken dat de partij moet deelnemen aan de mediation. Ze hebben daartoe verschillende theorieën toegepast, zelfs een analogie met de Federale Arbitragewet,²⁶ en in enkele gevallen met de arbitragewetgeving van de betrokken staat.²⁷ Rechtbanken in de VS hebben een sterke voorkeur voor de nakoming van

²⁴ James R. Coben & Peter N. Thompson, *Disputing Irony: A Systematic Look at Litigation about Mediation*, 11 HARV. NEGOT. L. REV. 43 (2006)

²⁵ Een groot aantal rechterlijke beslissingen in de VS wordt tegenwoordig niet meer gepubliceerd.

²⁶ *CB Richard Ellis, Inc. v. Am. Envtl. Waste Mgmt.*, No. 98-CV-4183 (JG), 1998 U.S. Dist. LEXIS 20064, at *2 (E.D.N.Y. Dec. 4, 1998).

²⁷ Zie bv. *Cecala v. Moore*, 982 F. Supp. 609, 612 (N.D. Ill. 1997); *Mortimer v. First Mount Vernon Indus. Loan Assn.*, No. AMD 03-1051, 2003 U.S. Dist. LEXIS 24698, at *5 (Md. May 19, 2003); en *Lee v. YES of Russellville, Inc.*, 784 So. 2d. 1022, 1026 (Ala. 2000)

arbitragebedingen, en naar analogie daarvan hebben ze die voorkeur toegepast op nakoming van mediationclausules.²⁸

Dit is des te interessant, daar de Nederlandse rechter juist een onderscheid maakt tussen arbitragebedingen en mediationclausules om tot een conclusie van niet-afdwingbaarheid te komen.

Een groeiend aantal arresten baseert zich op het aloude beginsel “*pacta sunt servanda*”,²⁹ dwz. dat een contractuele verplichting moet worden nagekomen tenzij er een geldige en dringende reden bestaat dat hij niet hoeft te worden nagekomen.³⁰

Bij een “getrapte” clause die na een mislukte mediation arbitrage voorschrijft, komt de vraag wel op wie de beslissing daarover moet nemen: de rechter of de arbiter? In een paar gevallen heeft de rechter zich deze taak toegeëigend.³¹ Men ziet in dit verband dat de rechtbanken zich meer zijn gaan baseren op de theorie dat de mediation stage te zien is als een opschortende voorwaarde voor de inschakeling van de rechter of arbiter.³²

In een enkel geval heeft een hof de hele rechtszaak eruit gegooid (zonder recht de zaak later weer aan te brengen) wegens wanprestatie door de niet-nakoming van de mediationclausule.³³ Recentere arresten verklaren eiser meestal niet-ontvankelijk maar met toestemming later weer hun zaak aan te brengen als de opschortende voorwaarde van mediation is vervuld.³⁴

²⁸ Zie Amy J. Schmitz, *Confronting ADR Agreements’ Contract/No-Contract Conundrum with Good Faith*, 56 De Paul L.Rev. 55 (2006), die voorstelt om voor de bepaling van geldigheid van ADR overeenkomsten het te eenvoudige Contract-of-Geen-Contract model te vervangen door de genuanceerdere ontwikkeling van bepaling van geldigheid van overeenkomsten onder de Uniform Commercial Code, die de geldigheid laat afhangen van vragen zoals of partijen bedoelden een overeenkomst te sluiten, en of er een redelijk zekere basis bestaat voor het verlenen van een gepaste rechterlijke voorziening.

²⁹ Ook wel vrijelijk vertaald als “afspraak is afspraak”.

³⁰ Zie bv. *Semco L.L.C. v. Ellicott Machine Corp. Int’l*, 1999 U.S. Dist. LEXIS 10710 (E.D. La., July 9, 1999); *Annapolis Prof. Firefighters Local 1926 v. City of Annapolis*, 100 Md. App. 714, 642 A.2d 889 (1994).

³¹ Zie *Neurosource Inc. v. Jefferson Univ. Physicians*, 2001 U.S. Dist. LEXIS 1811 (E.D. Pa. Feb. 14, 2001) (arbiter bevoegd) en *White v. Kampner*, 641 A.2d 1381 (Conn. 1994) (rechter bevoegd, mediation is opschortende voorwaarde voor arbitrage) Zie ook Thomas J. Stipanowich, *Contract and Conflict Management*, 2001 WIS.L.REV. 831.

³² Coben en Thompson vonden 122 zaken waarin een opschortende voorwaarde werd gevonden. Zie onder meer 111 F. Supp. 2d 633 (E.D. Pa. 2000). Zie ook *Waterman v. Waterman*, No. FA-01-07-26150, 2003 WL 1962782 (Conn. Super. Ct. Apr. 3, 2003); *DeValk Lincoln Mercury Inc. v. Ford Motor Co.*, 811 F.2d 326 (7th Cir. 1987). Zie ook Coben & Thompson, *supra* noot 23, voetnoten 302 t/m 307 en begeleidende tekst.

³³ Zie bv. *Mortimer v. First Mount Vernon Indus. Loan Assoc.*, 2003 WL 23305155 (D. Md. May 19, 2003); *Tunnell-Spangler & Assocs., Inc. v. Katz*, 2003 WL 23168817 (Pa. Com. Pl. Dec. 31, 2003); *HIM Portland, LLC v. Devito Builders, Inc.*, 317 F.3d 41 (1st Cir. 2003); *Kemiron Atl., Inc. v. Aguakem Int’l, Inc.*, 290 F.3d 1287 (11th Cir. 2002); *DeValk Lincoln Mercury Inc. v. Ford Motor Co.*, 811 F.2d 326 (7th Cir. 1987); *Woods v. Holy Cross Hospital*, 591 F.2d 1164 (5th Cir. 1979).

³⁴ Zie bv. *Halcomb v. Office of the Senate Sergeant-at-Arms of U.S. Senate*, 209 F. Supp. 2d 175 (D.D.C. 2002); *Haertl Wolff Parker, Inc. v. Howard S. Wright Constr. Co.*, 1989 WL 151765 (D.Or. Dec. 4, 1989).

Er zijn twee recente, interessante arresten afkomstig uit Californië, die op deze materie betrekking hebben:

Het eerste arrest is *Templeton Development Corp. v. Superior Court*.³⁵ Dit arrest betrof een onderaannemer (Emard Electric) die de hoofdaannemer uit Nevada (Templeton) aansprak over de niet-betaling van diensten en materialen geleverd aan een project in Sacramento, Californië. Emard beriep zich op een bepaling³⁶ in het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering van Californië dat bepaalt dat geschillen tussen een hoofdaannemer en een Californische onderaannemer over een project in Californië binnen de staat Californië moeten worden beslecht (“litigated, arbitrated or otherwise determined”). Het aannemingscontract had een bepaling die vereiste dat een geschil eerst aan mediation moest worden onderworpen voordat het geschil mocht worden aangebracht bij een rechtbank of in arbitrage. De bewoording van de mediationclausule is bijzonder interessant:

“Any dispute, claim or controversy (collectively referred to as ‘dispute’) between Contractor and Subcontractor ... which cannot be settled through negotiation, shall be submitted to mediation administered by the American Arbitration Association under its Commercial Mediation Rules before resorting to Arbitration or litigation as discussed below, unless otherwise agreed to in writing by the parties hereto. Either party may make a demand with the American Arbitration Association to proceed with mediation and this agreement to mediate shall be enforceable at law. Mediation is an express condition precedent to the hearing of any arbitration demanded under this Article and the mediation proceedings shall take place within twenty (20) days of the mediation demand. . . . If either party resorts to arbitration or court action based on a dispute or claim to which this paragraph applies without first attempting to resolve the matter through mediation, then in the discretion of the Arbitrator or Judge, that party shall not be entitled to recover their attorney’s fees and costs even if such fees and costs would otherwise be available to that party in any such arbitration or court proceeding.”

U ziet dat deze clausule uitdrukkelijk inhoudt

³⁵ 144 Cal.App.4th 1073 (3rd Dis. 14 nov 2006).

³⁶ California Code of Civil Procedure §410.42:

“The following provisions of a contract between the contractor and a subcontractor with principal offices in this state, for the construction of a public or private work of improvement in this state, shall be void and unenforceable:

(a) A provision which purports to require any dispute between the parties to be litigated, arbitrated, or otherwise determined outside this state.

(b) A provision which purports to preclude a party from commencing such a proceeding or obtaining a judgment or other resolution in this state or the courts of this state.

For purposes of this section, "construction" means any work or services performed on, or materials provided for, a work of improvement, as defined in Section 3106 of the Civil Code, and for which a lien may be claimed pursuant to Section 3110 of the Civil Code (whether or not a lien is in fact claimed) or for which such a lien could be claimed but for Section 3109.”

- A. dat hij afdwingbaar is,
- B. een uitdrukkelijke opschortende voorwaarde is, en
- C. in een sanctie resulteert bij niet-nakoming.

Op deze manier heeft de opsteller van de clause zich op drie verschillende manieren ingedekt om alle twijfels weg te nemen over de afdwingbaarheid van de clause. Hoewel dit onder het recht van Californië waarschijnlijk onnodig is, is het een goed gebruik, dat ook in Nederland wenselijk zou kunnen zijn en waarschijnlijk in afdwingbaarheid kan resulteren.

De clause bepaalde voorts dat de mediation en eventuele arbitrage of litigation³⁷ in Las Vegas, Nevada moest plaatsvinden.

Emard zond meerdere malen een officiële kennisgeving aan Templeton om de mediation in Californië te houden, wijzend op de bepaling in het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering, maar Templeton weigerde daarop in te gaan, met het argument dat de Federal Arbitration Act voorging boven Artikel 410.42, en het daadwerkelijk opzij zette. De rechtbank en het Hof oordeelden dat deze zogenaamde “preemption” vraag niet aan de orde kwam onder de Federale Arbitrage Wet, omdat het in eerste instantie om mediation ging. En omdat de mediation een uitdrukkelijke opschortende voorwaarde was voordat arbitrage plaats kon vinden, konden geen van de partijen een arbitrageprocedure aanspannen voordat de mediation had plaatsgevonden.

Bij de interpretatie van “litigated, arbitrated or otherwise determined” in Artikel 410.42 pleitte Templeton dat mediation niet noodzakelijk tot een “determination” leidt. De rechtbank en het Hof evenwel vonden dat de woorden “or otherwise determined” een betekenis moeten hebben (als interpretatieregel van wetteksten), en dat de enig mogelijke uitleg is dat het aan mediation refereert. Zoniet dan zijn die woorden overbodig (“surplusage”).

De bedoeling van de wetgever, aldus het Hof, was om onderaannemers in Californië te beschermen tegen het ongemak in een andere staat het geschil op te moeten lossen, of dat nu door litigation, arbitrage of mediation gebeurt. Als het bouwproject in Californië wordt uitgevoerd, zijn alle bewijsstukken en alle getuigen in Californië, zodat een forum buiten de staat inopportuun is. Derhalve scheidde het Hof de bepaling dat de mediation en arbitrage in Nevada moesten plaatsvinden van de rest van de contractuele bepaling, en verklaarde alleen dat onderdeel nietig als in strijd met de wet. Daarmee kon de rest van de bepaling overeenkomstig de wet van Californië verder ten uitvoer worden gelegd.

Het tweede relevante, recente Californische arrest is *Jeld-Wen v. Superior Court*.³⁸

³⁷ Ter keuze van de hoofdaannemer, - geen goed idee.

³⁸ 146 Cal.App.4th 536 (2007). Voor een uitstekende analyse van dit arrest en de consequenties ervan voor de beslechting van constructiegeschillen, zie Michael P. Carbone, *Jeld-Wen, Inc. v. Superior Court: Lessons In Mediation Of Complex Litigation*, <http://www.mediate.com/articles/carbone9.cfm>.

Jeld-Wen was een gedaagde in een complexe procedure over een bouwproject, die met betrekking tot de andere gedaagden over een hoop geld ging. Jeld-Wen, een grote deuren en ramen fabrikant, die geen verzekering had, werd aangesproken voor \$2,799.

De rechtbank had een “mediator en mandatory settlement rechter” benoemd die de machtiging kreeg om 100 uur aan mediation en schikking conferenties te besteden tegen een vergoeding van \$500 per uur. De partijen werden door de rechtbank bevolen voor deze persoon te verschijnen.

Aangezien Jeld-Wen vaststelde dat haar producten niets met de claim te maken hadden, weigerde zij aan de door de rechtbank voorgeschreven mediation procedure deel te nemen.

Het Hof merkte op dat zo’n mandatory settlement judge benoemd wordt volgens aparte regels, en alleen de daarin vermelde taken kan vervullen. Hij kan daarvoor worden betaald. Maar zo’n referee kan niet tevens de rol van mediator vervullen. Als dezelfde persoon tot beide taken wordt benoemd, dienen de regels voor hem als referee en die van mediator zorgvuldig gescheiden te blijven.

Het Hof beschrijft in detail de procedure van zogenaamde “court-ordered” mediation, en benadrukt dat de mediator bij aanvang van de mediation moet uitleggen dat een deelnemer op ieder moment kan weglopen. Als de partij eenmaal is verschenen en dan besluit weg te gaan, kan de rechter geen sancties opleggen.

Het Hof oordeelde dat het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering in geschillen met een belang van niet meer dan \$50,000 per eiser rechtsgeldig mag bevelen dat partijen een mediation bijwonen. Bovendien mag een rechtbank geldig een “scheidsrechter” (referee) benoemen. Wat de rechtbank evenwel niet kan doen is bevelen dat partijen een mediation moeten bijwonen en ervoor moeten betalen. Dat druist in tegen de vrijwillige aard van mediation.

Zoals U ziet speelt het beginsel van de vrijwilligheid van mediation ook een rol in een staat zoals Californië, en zulks ondanks het feit dat het gedetailleerde wetgeving heeft aangaande mediation, inclusief verplichte mediation op bevel van de rechter. In zo’n geval is er evenwel slechts een verschijningsplicht, maar geen plicht tot betaling en de partij kan op ieder moment opstappen.

Dit zelfde beginsel kan worden toegepast op de mediationclausule: hij kan afdwingbaar zijn zodat de partijen deel moeten nemen aan de benoeming van de mediator en moeten verschijnen op de eerste zitting, maar daarna is iedere partij te allen tijde vrij om op te stappen en de mediation te beëindigen.

Zoals ik al eerder heb benadrukt, is voor mij het belangrijkste doel van een afdwingbare mediationclausule dat het de “buy-in” mogelijk maakt. Als de partijen moeten meewerken aan de benoeming van de mediator en op de eerste zitting moeten

verschijnen, is de kans groot dat een ervaren mediator de partijen van de voordelen van mediation kan overtuigen en daarmee doet besluiten erbij te blijven in plaats van op te stappen, waartoe zij gezien de vrijwilligheid van mediation, nu ten volste gerechtigd zijn.