

Gedwongen vrijwilligheid

Simone Kalff - Marion Uitslag

1. Inleiding

Uit onze dagelijkse mediationpraktijk blijkt dat vrijwilligheid een boeiend onderwerp is. Elke mediator weet dat vrijwilligheid een voorwaarde is voor mediation (Brenninkmeijer e.a. 2003), maar tegelijkertijd is duidelijk dat er de afgelopen tijd aan het begrip vrijwilligheid wordt getornd. Een werkgever of een medewerker, die instemt met het mediationtraject, enkel en alleen omdat hij weet dat de rechter het niet op prijs stelt als de medewerking daaraan geweigerd wordt, stemt wel in met het mediationtraject, maar doet dat niet uit overtuiging (Schreurs 2008). Een echtpaar dat problemen heeft met de omgangsregeling van hun kind en door de rechter doorverwezen wordt naar mediation, zit wel aan de mediationtafel, niet omdat ze zo graag willen maar omdat het van de rechter 'moet'.

Wat de oprekking van het begrip vrijwilligheid voor de partijen en voor de mediator betekent, wordt in het onderstaande artikel besproken.

2. Vrijwilligheid, een van de pijlers van de mediationovereenkomst

Een van de condities voor mediation is de vrijwillige deelname van de betrokkenen aan het mediationproces. Hoe belangrijk deze vrijwilligheid is, blijkt onder andere uit het feit dat in vrijwel elke mediationovereenkomst een artikel over 'vrijwillige deelname' is opgenomen.

Deze vrijwilligheid betreffende het mediationproces is niet alleen van belang bij de start van de mediation, maar lopende het gehele proces. Met andere woorden: de wens tot deelname aan het mediationtraject kan elk moment opnieuw worden gezien door alle deelnemers aan het mediationproces, inclusief de mediator.

In het NMI model van de mediationovereenkomst staat in artikel 3 beschreven:

"De mediation vindt plaats op basis van vrijwilligheid. Het staat elk der partijen vrij om de mediation op elk gewenst moment te beëindigen."

Ook in het NMI-Reglement staat (in artikel 4) *dat elk van de partijen en de mediator de mediationprocedure voortijdig kan beëindigen.*

Bij de start van de mediation wordt deze vrijwilligheid in het kader van de mediationovereenkomst besproken.

3. Vrijwilligheid, een *conditio sine qua non*

In mediationland is de vrijwilligheid een groot goed. Wat maakt deze vrijwilligheid nou zo belangrijk? Vrijwilligheid is voor mediation een *conditio sine qua non*. Vrijwilligheid impliceert dat partijen aan de mediationtafel willen zitten en verantwoordelijk zijn voor de keuze om het voorliggende conflict door middel van mediation op te lossen. Om een conflict te kunnen oplossen, is het noodzakelijk dat partijen zich verantwoordelijk voelen voor hun aandeel in het conflict en daardoor bereid zijn bij te dragen aan een oplossing voor het conflict. Met andere woorden: er bestaat een verband tussen vrijwilligheid en commitment. Met commitment wordt de bereidheid van partijen bedoeld zich in te zetten om de mediation tot een goed einde te brengen. Sommige mediators gaan nog een stapje verder en zien het commitment als de bereidheid van partijen om de ander tegemoet te treden. Hoe het commitment ook wordt uitgelegd, het mag duidelijk zijn dat vrijwilligheid en commitment elkaars evenknie zijn: zonder vrijwilligheid weinig commitment. Een mediation waarin deze twee belangrijke uitgangspunten ontbreken, lijkt gedoemd tot mislukken.

4. Vrijwilligheid binnen verschillende vormen van mediation

Hoe komt het dan toch dat de vrijwilligheid binnen mediation een onderwerp van gesprek is geworden? Het antwoord op deze vraag is dat de praktijk weerbarstiger is dan de theorie. Het begrip 'vrijwilligheid' is niet zo eenduidig als op het eerste gezicht lijkt; zo blijken er in de praktijk verschillende soorten vrijwilligheid te bestaan.

Mediation in traditionele vorm, vrijwilligheid in traditionele zin

Toen mediation zijn intrede deed, was het uitgangspunt dat de partijen op basis van vrijwilligheid aan de mediationtafel plaats zouden nemen. Deze keuzevrijheid bij partijen leidt tot een aantal verantwoorde keuzes:

1. de beslissing om het conflict met elkaar op te lossen en de oplossing niet uit handen te geven aan een derde
2. het besluit om mediation als middel te gebruiken om het voorliggende conflict op te lossen,
3. de keuze voor een bepaalde mediator.

Mediation als pressiemiddel, vrijwilligheid vanuit angst

Een bekende cartoon van Fokke en Sukke heeft als titel 'ik sleep je voor de mediator'. Deze situatie doet zich voor als een machtige partij een minder machtige partij 'dwingt' tot mediation. In arbeidsgeschillen is dit niet onbekend; denk maar aan de situatie waarbij partijen door hun leidinggevende naar de mediator worden gestuurd en waarbij mediation als de laatste mogelijkheid wordt geboden om de kwestie op te lossen voordat er nadere juridische stappen genomen worden. De werknemer wordt door zijn leidinggevende ge-

dwongen een afspraak te maken met de mediator. Betrokken werknemers, zo is de ervaring, vatten dit veelal op als een soort chantage: "*Als ik niet aan de mediation deelneem, dan word ik zeker ontslagen*", is een van de antwoorden die aan de mediationtafel gegeven wordt als de vrijwilligheid besproken wordt.

Een dergelijke situatie is in strijd met het idee achter de vrijwilligheid, namelijk dat men vrij is de mediation op elk moment te beëindigen en dat niemand tegen zijn zin in een mediation betrokken kan worden. Het feit dat iedereen vrij is om aan de mediationtafel het mediationtraject te beëindigen strookt niet met het feit dat partijen min of meer gedwongen worden deel te nemen aan een mediationtraject.

Daar zit dan ook het probleem als de leidinggevende de werknemer heeft meegedeeld aan de mediationtafel het conflict op te lossen. Het commitment van de werknemer is dan niet gebaseerd op vrijwillige deelname aan het mediationtraject, maar op angst. Uit onderstaand voorbeeld blijkt dat een succesvol verloop van de mediation hierdoor niet wordt uitgesloten.

Aan tafel komen twee docenten die al twee jaar alleen per mail het hoognodige met elkaar uitwisselen. Er wordt geen 'goedemorgen' meer gezegd en mondeling overleg over leerlingen behoort niet meer tot de mogelijkheden. De collega's hebben geklaagd bij de directeur en ook de directeur zelf vindt deze situatie onwenselijk. De directeur vraagt de mediator te bemiddelen. Mochten partijen er niet uitkomen dan wacht hen beiden overplaatsing naar verschillende dependances van de school. Partijen zijn op de hoogte van deze sanctie.

De directeur legt op deze manier een enorme druk op de mediation. Als de betrokkenen niet meewerken, dan wacht hen immers overplaatsing. Dit laatste vinden beide docenten ongewenst. De docenten beslissen mee te werken aan het mediationtraject; dat wil zeggen: ze verschijnen beiden op de eerste afspraak. Een van de twee docenten geeft meteen aan dat zij geen conflict heeft, maar desondanks door de directeur naar de mediator is gestuurd. Het probleem ligt volgens haar geheel bij de ander; deze heeft namelijk per mail laten weten (ook aan de directeur) niet meer te communiceren. Aan de mediator de taak om te kijken of er voldoende bereidwilligheid is er samen uit te komen.

Gelukkig geeft de werknemer, die geen conflict heeft, wel aan het belangrijk te vinden met elkaar te kunnen overleggen in een gesprek in plaats van per mail. Al gauw ontstaat er een gesprek tussen beide collega's die zich al snel realiseren dat het gesprek aangaan met elkaar (in plaats van te communiceren per mail) veel misverstanden opheldert.

Deze mediation resulteert in een vaststellingsovereenkomst waarin veel afspraken over de wijze van communiceren zijn opgenomen. De werknemers zijn tevreden en willen de vaststellingsovereenkomst graag bespreken in het bijzijn van de directeur. Dit laatste gebeurt ook en dit resulteert in een prachtig moment waarin de docenten gezamenlijk aan de directeur laten zien dat zij daadwerkelijk het conflict hebben opgelost.

Mediation als voorwaarde voor een succesvol ontbindingstraject, vrijwilligheid als strategie

Naast de werknemer kan ook de werkgever gedwongen worden 'vrijwillig' aan de mediationtafel verschijnen. In verschillende uitspraken heeft de rechter de

werkgever, die niet heeft meegewerkt aan een mediationtraject in de uitspraak terecht gewezen en bepaald dat de werknemer een hogere vergoeding ontvangt bij de beëindiging van de arbeidsovereenkomst omdat de werkgever de kans heeft laten liggen om er aan de mediationtafel uit te komen.¹

Hetzelfde geldt overigens ook voor de werknemer. De werknemer, die weigert mee te werken aan mediation als er sprake is van een arbeidsconflict, hoeft niet te rekenen op coudance van de rechter. De rechter rekent het de werknemer aan dat hij niet bereid is het probleem aan de mediationtafel op te lossen en dat heeft in diverse rechtszaken geleid tot uitspraken waarbij de werknemer een lagere vergoeding ontvangt bij de beëindiging van de arbeidsovereenkomst.²

Als deze tendens in de jurisprudentie doorzet, dan zullen werkgever en werknemer zich genoodzaakt zien, met het oog op het vermijden van ongewenste effecten in een eventuele rechtszaak, om de gang naar de mediator te maken. De vrijwilligheid is in dergelijke gevallen ver te zoeken. De partijen gaan immers niet naar de mediator om hun geschil op te lossen, maar om een "boete" voor het niet meewerken aan mediation bij de rechter te voorkomen.

De angst onder mediators bestaat dat partijen 'pro forma' bij de mediator langs gaan. Als de mediationovereenkomst is getekend, staat formeel de bereidheid tot deelname aan de mediation vast. Vervolgens kan de partij, die het conflict niet wil oplossen via mediation, maar de arbeidsovereenkomst wil ontbinden, de mediation beëindigen en alsnog de gang naar de rechter maken. De mediator en de andere partij zijn gebonden aan de geheimhoudingsplicht betreffende hetgeen in mediation is besproken. De rechter kan de partij, die de mediation heeft gefrustreerd, niet het verwijt maken dat er is geweigerd om het geschil via mediation op te lossen, al is dit in materiële zin wel het geval.

Rechtbankgebonden mediation, vrijwilligheid omdat het van de rechter moet
Mediation heeft haar weg gevonden in het Nederlandse rechtssysteem en inmiddels is *mediation naast rechtspraak* bij alle Rechtbanken ingevoerd. Dit houdt in dat de rechter de partijen naar een mediator kan verwijzen. In 19% van de zaken, die door de rechter zijn doorverwezen blijkt dat het advies van de rechter om het geschil eerst aan een mediator voor te leggen van doorslaggevend belang is voor de partijen om in te stemmen met het mediationtraject (L. Combrink-Kuijters e.a. 2003). Dit heeft consequenties voor de manier waarop de partijen aan de mediationtafel zitten.

Bij de start van de mediation vraagt de mediator aan partijen: 'hoe wilt u elkaar aanspreken?', waarbij de partijen tegelijkertijd en als uit een mond antwoorden met 'niet'. 'Hoe wilt u het gesprek dan voeren met elkaar?', vraagt de mediator. 'Niet', antwoorden de partijen. 'Wat maakt dan dat u hier aan de mediationtafel zit?', vraagt de mediator ... 'omdat het moet van de rechter', aldus de partijen. De media-

¹ Kantonrechter Haarlem, locatie Zaandam, 2 maart 2006, JAR 2006/112; Kantonrechter Maastricht 28 mei 2004, JAR 2004/155.

² Hof Den Haag, 20 december 2002, JAR 2003/36.

tor: 'En wat zou de rechter willen dat u hier aan tafel met elkaar bespreekt?' Een van de partijen antwoordt: 'de omgangsregeling voor Jimmy'. De mediator vraagt: 'Zou u ook willen dat dit geregeld wordt?' waarop partijen antwoorden: 'Ja'.

De gang naar de rechter geeft aan dat partijen er met elkaar niet meer uitkomen. Zij geven het conflict uit handen. Als de rechter dan toch aan partijen voorstelt om met elkaar aan de mediationtafel te gaan zitten, verwijst hij hen in feite terug naar een station, dat al gepasseerd lijkt. Het is de vraag of het slecht is voor partijen als zij, hoewel zij dit in eerste instantie eigenlijk niet wilden, met elkaar om de mediationtafel zitten. Uit cijfers blijkt dat ook mediation naast rechtspraak redelijk succesvol is. Het slagingspercentage is 61%. (Combrink-Kuijters e.a. 2003) Bovendien – zo blijkt uit de evaluaties van de rechtbank – zijn partijen en de mediator over het algemeen tevreden over de mediation, ook al hebben zij geen vaststellingsovereenkomst gesloten. Als partijen wel een vaststellingsovereenkomst hebben gesloten, is het een overeenkomst waar zij achter staan en is het niet een aan hen opgelegde rechterlijke uitspraak. De 'houdbaarheid' van een zelfgemaakte afspraak blijkt groter te zijn dan van een opgelegde rechterlijke uitspraak.

Voor de mediator betekent 'rechtbankvrijwilligheid' dat er extra attentie moet worden besteed aan het commitment; met onwillige honden is het immers slecht hazen vangen. De vraag of de partijen werkelijk bereid zijn zich in te zetten om het conflict met elkaar op te lossen, terwijl de vrijwilligheid een beetje een gedwongen karakter heeft, behoeft aandacht.

Uit Amerikaans onderzoek naar mediation in gezag- en omgangszaken en naar mediation in kleine vorderingen blijkt dat de kans op een akkoord bij partijen die min of meer verplicht aan mediation deelnemen even groot is als bij partijen die geheel op basis van vrijwilligheid aan mediation deelnemen (Pearson en Thoennes 1989; McEwen en Maiman, 2001). Ook blijken partijen die min of meer verplicht aan mediation deelnemen zich even vaak te houden aan de vaststellingsovereenkomst als partijen die dat geheel op basis van vrijwilligheid deden (McEwen en Maiman 2001).

5. Is verplichte mediation wenselijk in Nederland?

Verplichte mediation in Nederland is enerzijds onverenigbaar met de filosofie van mediation omtrent vrijwillige deelname en derhalve onwenselijk. Tegelijkertijd kan verplichte mediation een oplossing bieden voor de overbelaste rechtbanken, is het een relatief goedkope manier voor het oplossen van het probleem en is dejuridisering een van de gewenste gevolgen (zie Combrink-Kuijters e.a. 2003).

Als partijen niet vrijwillig kiezen voor mediation, staan zij hier mogelijk ook minder open voor. De mediator moet dan meer inspanningen verrichten met betrekking tot de mogelijke weerstand bij partijen. Als partijen, ondanks de aanvankelijke weerstand, het mediationtraject toch ingaan dan is de kans op een akkoord bij 'onvrijwillige deelname' even groot als bij vrijwillige deelname aan de mediation. Bovendien, zo blijkt uit onderzoek is de 'houdbaarheid' van

de gemaakte afspraken even groot als bij afspraken, die op basis van vrijwilligheid tot stand zijn gekomen. (Pearson en Thoennes 1989; McEwen en Maiman 2001).

Wij willen hiermee geen pleidooi houden voor verplichte mediation maar willen evenmin verplichte mediations als onwenselijk afdoen.

Referenties

Handboek Mediation, alternatieve geschiloplossing, A.F.M. Brenninkmeijer (hoofdredacteur), H.J. Bonenkamp, K. Van Oyen, H.C.M. Prein & P. Walters (2005), Den Haag, Sdu Uitgevers.

S.K. Schreurs (2008), Mediation, een strategisch verplichte omweg, *Arbeidsrecht*, 15^e jrg, nr. 2 maart 2008 p. 23 -28

R.W. Jagtenberg & A.J. de Roo (2003), Mediation: verplicht of vrijwillig?, *Justitiële verkenningen*, jrg.29, nr. 8.

A. Sponselee (2005), *Verplichte Mediation; een wereld van verschil* scriptie.

L. Combrink-Kuijters, E. Niemijer & M. ter Voert (2003), *Ruimte voor Mediation, Evaluatie van projecten bij de rechterlijke macht en gefinancierde rechtsbijstand*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers.