

Hoe vrijwillig is vrijwillig?

Hoe werkt mediation? Paula Boshouwers, mediationadvocaat bij ReulingSchutte in Amsterdam, licht maandelijks een praktijkvoorbeeld door. Aflevering 22: 'Vrijwilligheid in mediation'.

Paula Boshouwers

Een belangrijk beginsel in mediation is dat van vrijwilligheid. Partijen kunnen niet verplicht worden tot het aangaan van of doorgaan met mediation. De achterliggende gedachte is dat bij gedwongen deelname de kans op succes gering is. Ook in de Wetsvoorstellen ter bevordering van mediation in het burgerlijk en het bestuursrecht¹ is vrijwilligheid het uitgangspunt. Maar hoe vrijwillig is vrijwillig?

De wetsvoorstellen introduceren in elk geval een prikkel voor partijen en hun advocaten om mediation in overweging te nemen. De rechter krijgt de mogelijkheid om te verwijzen naar mediation, waarbij het aan de rechter is om te beoordelen of een doorverwijzing naar mediation al dan niet zinvol moet worden geacht. In het geval van vooraf overeengekomen mediationclausules volgt uit de (voorgestelde) wet dat de rechter de procedure moet aanhouden voor een mediationpoging.

Een dergelijke lijn is ook al zichtbaar in de bestaande jurisprudentie. We zien daarin nu nog een duidelijk onderscheid tussen arbeidsrechtelijke mediations en andersoortige zaken. Zo gelden in het arbeidsrecht een aantal vuistregels, door mr. Johan Pel samengevat in zijn boek *Arbeidsrecht en Mediation*.² Samengevat komen de Pel-vuistregels erop neer dat een ongemotiveerd afwijzen van een voorstel tot mediation

of het niet-aanbieden van mediation in een situatie waarin dat zinvol zou kunnen zijn, in een daaropvolgende procedure vaak tégen de 'afwijzende' partij werkt. Grondslag daarvoor zijn de wettelijk neergelegde beginselen van 'goed werkgeverschap' en 'goed werknemerschap'.

In familierechtelijke zaken is mediation in de praktijk vaak al de eerste keus. Maar in de jurisprudentie is er niet iets als 'goed echtliederschap' of 'goed ouderschap' en worden er door de rechter in beginsel ook geen consequenties verbonden aan het niet-meewerken aan mediation. Hetzelfde geldt voor andersoortige zaken. Willen partijen geen mediation, ook al zijn zij dat contractueel overeengekomen, dan kunnen zij daartoe niet gedwongen worden, is tot nog toe steeds de heersende lijn geweest.

Interessant in dit verband is echter het (tussen)vonnis van de Voorzieningenrechter van de Rechtbank Gelderland van 19 juni 2014³. Deze zaak had betrekking op een (zakelijk) geschil tussen drogist en franchiseorganisatie DA en de DA-ondernemers over de uitrol van een nieuwe formule (kosten: 15.000 euro per ondernemer). De ondernemers wilden de uitrol voorkomen voordat overeenstemming bestond over de precieze afspraken. DA wilde door. De rechter bepaalde in kort geding dat partijen eerst uitvoering moesten geven aan het tussen hen in de mantelovereenkomst overeengekomen mediationbeding en hield de procedure aan. In de tussen-

tijd verbood de rechter DA de nieuwe formule uit te rollen. Partijen hadden voorafgaand aan het kort geding wel overleg gevoerd, ook met bijstand van advocaten, maar niet onder leiding van een professionele mediator. De rechter gaf verder als reden voor deze beslissing dat partijen het erover eens waren dat zij tot elkaar veroordeeld waren en zij ook allen belang hadden bij een structurele oplossing.

In een dergelijke situatie, waar sprake is van duurovereenkomsten, lijkt dit, in elk geval een commercieel, wijze beslissing. Maar ook in andere zakelijke geschillen kunnen vergelijkbare belangen spelen. Als voornoemde wetsvoorstellen wet worden, zal het staande de procedure verwijzen naar mediation meer en meer de praktijk worden, zeker in het geval van vooraf overeengekomen mediationclausules.

Nadeel van het in een procedure verwijzen naar mediation kan echter wel zijn dat partijen en hun advocaten zich (te) diep hebben ingegraven in hun standpunten en de relatie tussen partijen dan al (te) ver(der) verstoord is. Dit kan effect hebben op de kans van slagen. Partijen kunnen mediation dan ervaren als een gepasseerd station. Er moet door de mediator en partijen dan meer 'werk verzet' worden om te komen tot een situatie waarin partijen weer constructief – op basis van belangen – met elkaar kunnen spreken. Bekijk in elke zaak dus *tijdig* of mediation te overwegen is en bespreek dit serieus met uw cliënt(en). Komt u tot de conclusie dat mediation geen reële optie is, motiveer dat dan goed.

1 Wetsvoorstellen 33.723 en 33.727, momenteel in behandeling bij de Tweede Kamer.

2 Eerste druk, Sdu 2007. Zie ook mr. E. Knipschild, De Pel-vuistregels bij mediation in het arbeidsrecht, *Tijdschrift Arbeidsrechtpraktijk*, nr. 2, 2014.

3 www.rechtspraak.nl, ECLI:NL:RBEL:2014:3887.