

Mediation bij een arbeidsconflict leidt vaak tot lagere kosten en een sneller resultaat

Binnen uw onderneming ontstaat een conflict, op werknemers- of directie-niveau. U komt er onderling niet uit. Partijen verharden hun standpunten en graven zich in. De weg naar de rechter lijkt de enig mogelijke oplossing. Of toch niet, want in zo'n geval kan het zeer zinvol zijn om aan mediation te denken. Mediation is begin jaren negentig komen overwaaien uit Amerika en Engeland, waar het inmiddels een volwaardig instrument is om geschillen zonder gerechtelijke procedures te beslechten. Ook in Nederland heeft mediation de afgelopen vijftien jaar een hoge vlucht genomen, met name in het familierecht en het arbeidsrecht.

Mediation is het door partijen gezamenlijk oplossen van hun conflict via bemiddeling c.q. begeleiding door een onafhankelijke derde, de mediator, waarmee vanuit hun werkelijke belangen tot een door beiden gedragen en een voor ieder optimaal resultaat kan worden geraakt.

LET OP! Met deze formulering is direct het verschil met rechtspraak, arbitrage of bindend advies aangegeven. Niet iemand die 'boven' de partijen staat, doet een uitspraak, maar partijen lossen zelf in onderling overleg hun probleem op. Het gaat er niet om dat een van beide partijen gelijk krijgt, maar dat een oplossing wordt bereikt die partijen in staat stelt elkaar in de ogen te blijven kijken, en waarbij bijvoorbeeld ook de commerciële relatie gewaarborgd blijft. De rol van de mediator is beperkt tot bemiddeling. Hij begeleidt de gesprekken: zonder partijen inhoudelijk wat op te leggen of te oordelen, draagt hij bij om de mediation tot een goed einde te brengen. Zeer belangrijk bij mediation is dat alle aspecten van een geschil, ook de achterliggende emoties en drijfveren, bespreekbaar kunnen worden gemaakt en hun plaats kunnen krijgen om een oplossing te vinden. Bij de besprekingen kunnen desgewenst de advocaten of gemachtigden van partijen aanwezig zijn.

Spelregels van mediation

Belangrijk is dat mediation op vrijwillige basis wordt aangegaan. U kunt niet verplicht worden tot mediation, maar het is ook weer niet vrijblijvend. U kunt ervoor kiezen om ondanks gemaakte afspraken een mediation te annuleren, maar dat kan op arbeidsrechtelijk gebied consequenties hebben voor zowel werkgever als werknemer. Hierover verderop meer.

Geheimhouding is een cruciaal onderdeel van mediation. De mediator heeft een geheimhoudingsplicht, die ook door de rechtspraak wordt gerespecteerd. In het verlengde daarvan ligt de verplichting tot

het overeenkomen van vertrouwelijkheid. Doorgaans stellen partijen zich in een mediation kwetsbaar op. Daarom moeten zij in alle openheid informatie kunnen uitwisselen en voorstellen bespreken, in de zekerheid dat dit hen later in een eventuele gerechtelijke procedure niet voor de voeten wordt geworpen. Een advocaat die de informatie uit een afgebroken mediation inbracht in een ontslagprocedure, werd daar door de kantonrechter terecht op aangesproken.

Hoe gaat mediation?

Ervan uitgaande dat de mediation niet wordt opgelegd c.q. doorverwezen door de rechter, moet eerst worden onderzocht of de zaak en – niet onbelangrijk! – de partijen zich lenen voor mediation. Voorafgaand aan de mediation overleggen partijen c.q. hun raadslieden of de bereidheid bestaat om het geschil aan een mediator voor te leggen. Vanzelfsprekend is voor het succes van mediation van belang in hoeverre er onderhandelingsbereidheid en -ruimte bij partijen bestaat, evenals de mate waarin het conflict is geëscaleerd.

Vervolgens wordt een eerste afspraak bij de mediator geagendeerd. Die bijeenkomst begint met een bespreking van de mediationregels en de inhoud van de mediationovereenkomst. Tijdens dit intakegesprek kan de mediator onderzoeken of de personen die aanwezig zijn om de zaak tot een oplossing te kunnen brengen, daartoe bevoegd zijn. De uitgangspunten van de mediation – geheimhouding, kosten en dergelijke – worden vastgelegd in een mediationovereenkomst. Na ondertekening daarvan inventariseert de mediator welke punten er opgelost moeten worden en welke factoren de oplossing tot nu toe hebben belemmerd. De partijen krijgen volledig de gelegenheid hun verhaal te doen. De mediator waarborgt dat zij niet alleen in hun eigen 'gelijk' blijven hangen, maar ook de slag kunnen maken naar het zoeken van een oplossing. Alle belangen worden in kaart gebracht, ook de niet-juridische! Niet zelden

is een conflict het gevolg van jarenlang sluimerende onvrede die nooit is uitgesproken. Nadat alle aspecten van het conflict in kaart zijn gebracht, en de belangen dus duidelijk genoeg op tafel liggen, breekt het moment van onderhandelen aan (de onderhandelingsfase). Het is niet gezegd dat alle onderdelen al tijdens de eerste bespreking aan de orde kunnen komen. Veel mediations kunnen met veel succes in één bijeenkomst worden afgerond, maar soms zijn er meerdere besprekingen nodig. De mediator kan er bij het in kaart brengen van de belangen bijvoorbeeld ook voor kiezen om separaat met partijen een gesprek aan te gaan, een zogenaamde caucus. Wanneer partijen tot een oplossing komen, wordt deze vastgelegd in een vaststellingsovereenkomst, waarmee de mediation wordt afgerond.

LET OP! Het is niet zo dat uitsluitend de betrokken partijen aan de mediationtafel plaatsnemen. In sommige gevallen hebben zij behoefte aan morele en/of juridische ondersteuning. De rol van een raadsman is in ieder geval van belang om mogelijke oplossingen te toetsen op juridische haalbaarheid. Voorts kan hij adviseren over de inhoud van de mediationovereenkomst en de uiteindelijk op te maken vaststellingsovereenkomst, wanneer bijvoorbeeld aspecten als fictieve opzegtermijn en dergelijke aan de orde gaan komen. De rol van de mediator is die van onafhankelijk bemiddelaar. Dit betekent niet dat hij per definitie een jurist moet zijn. Soms werkt het zelfs zeer verfrissend als hij dat niet is, omdat de mediator blanco in de verhouding tussen partijen stapt.

Mediation in het arbeidsrecht

De betekenis van mediation in het arbeidsrecht is toegenomen met de invoering van de Wet verbetering poortwachter en de ontwikkeling in de taakopvatting van bedrijfsartsen in het re-integratieproces. Voorts spelen artikel 7:611 BW (goed werkgever- en werknemerschap) en de rechtspraak rond ontbindingen een rol.

Re-integratie

Tot een aantal jaren geleden 'vluchtten' werknemers bij een arbeidsconflict doorgaans de Ziektewet in. De werknemer meldde zich ziek, en door middel van het instituut situationele arbeidsongeschiktheid kon een conflict lange tijd 'dooretteren'. Dit is veranderd met de invoering van de Wet verbetering poortwachter. Aan de werkgever zijn duidelijke prikkels opgelegd om snel duidelijk te maken wat er aan de hand is. Het finan-

cieel belang van de werkgever is evident. Ook een verzekerde werkgever zal ongetwijfeld door zijn verzekeraar op de huid worden gezeten, om ernaar te streven dat de werknemer het werk zo snel mogelijk hervat.

In dat kader is ook de rol van de bedrijfsartsen gewijzigd. Een bedrijfsarts vraagt bij een ziekmelding tegenwoordig gericht of er sprake is van een arbeidsconflict. Wanneer er geen medische beperking is, zal hij doorgaans een afkoelingsperiode van twee weken inlassen en partijen adviseren om tot een oplossing te komen door tussenkomst van een bemiddelaar c.q. onderhandelaar. In dit soort gevallen is interventie door een mediator een uitermate probaat middel. Het medisch dossier kan dan ook worden gesloten, en het initiatief voor de oplossing ligt weer bij partijen.

Goed werkgever- en werknemerschap

Art. 7:611 BW zegt dat werkgever en werknemer verplicht zijn zich als goed werkgever c.q. goed werknemer te gedragen. Wanneer er dus geen sprake meer is van ziekte, rust op beide partijen de verplichting om op constructieve wijze te streven naar een oplossing. Juist voor dit soort gevallen kan een mediator de aangewezen persoon zijn.

Rechtspraak

TIP Hoewel mediation niet verplicht is, kunnen de negatieve consequenties van een weigering aanzienlijk zijn. Voor u als werkgever kan het daarom alleen al uit strategische overwegingen van belang zijn om een mediation aan te gaan. Er zijn uitspraken bekend in ontbindingszaken waarin de kantonrechter het mislukken van mediation (mede) de grond achtte om te concluderen dat ontbinding onvermijdelijk is. Het weigeren van mediation kan bovendien invloed hebben op een toe te kennen ontslagvergoeding (zie bijvoorbeeld de casus die is besproken in de TIP op pagina 1). In deze zaak moest de werkgever een hoge vergoeding betalen, omdat hij niet was ingegaan op het verzoek van de

werknemer om een mediation te volgen. Omgekeerd geldt dat wanneer de werkgever aantoonbaar de bereidheid heeft getoond om tot een vruchtbare voortzetting van de arbeidsrelatie te komen, bijvoorbeeld door middel van mediation, en de werknemer hieraan niet heeft mee willen werken of dit heeft gefrustreerd, dit zijn weerslag kan hebben in de vorm van een lagere ontslagvergoeding.

Exit-mediation

Natuurlijk kan een arbeidsovereenkomst geforceerd tot een einde komen door middel van een ontbindingsprocedure. Het resultaat is doorgaans wel dat partijen over en weer beschadigd raken en iedere vorm van een positieve verhouding voor de toekomst is verdwenen. Een aangewezen middel om escalatie bij de kantonrechter te vermijden, is het inmiddels ingeburgerde begrip exit-mediation. Wanneer het besluit is genomen om tot beëindiging van de arbeidsovereenkomst te geraken, kan via mediation een afscheidsgeregeling 'uitonderhandeld' worden.

Belangrijk hierbij is ook dat de recente aanpassingen in de Werkloosheidswet het mogelijk maken om via een vaststellingsovereenkomst tot een einde van de arbeidsrelatie te komen, zonder dat de werknemer zich al te grote zorgen hoeft te maken over een uitkering. Voorwaarden blijven wel dat het initiatief voor beëindiging van de werkgever moet zijn uitgegaan, én dat er geen sprake is van een dringende reden. Een dergelijke beëindiging wordt ook ingegeven door de doorgaans praktische gang van zaken bij ontbindingsprocedures. Nadat partijen veel energie en moeite hebben gestoken om elkaar ten overstaan van de kantonrechter af te breken, en door de werknemer uitvoering in de stukken is bepleit dat hij toch vooral voortzetting van de arbeidsovereenkomst wenst, blijkt doorgaans tijdens de mondelinge behandeling dat ook de werknemer voortzetting van de arbeidsrelatie niet echt ziet zitten. Na een

schorsing komen partijen veelal tot een oplossing die in ieder geval ligt in beëindiging van de arbeidsovereenkomst. Wanneer partijen zich in het proces van afscheid nemen laten bijstaan door een mediator, kan veel negatieve energie worden vermeden, en toch op een constructieve wijze naar een oplossing worden toegewerkt.

TIP Vanzelfsprekend kunnen partijen al met elkaar overeenstemming hebben bereikt over een aantal uitgangspunten, maar soms blijven nog enkele aspecten hangen, waarna de mediator het proces weer vlot kan trekken. Eventueel met bijstand van de raadsleden. Wanneer partijen een oplossing hebben bereikt, adviseer ik onder alle omstandigheden die juridisch te laten toetsen. ■

Mr. Frits Hommersom

post@hommersomadvocatuur.nl

www.hommersomadvocatuur.nl



COMMENTAAR

Mr. F.J. Hommersom
advocaat en mediator
Hommersom Advocatuur
Utrecht

Mediation wordt nog door veel partijen als soft en te vrijblijvend gezien. Terwijl mediation toch een zeer positieve bijdrage kan leveren aan het oplossen van geschillen binnen uw bedrijf. In ieder geval dient u zich er rekenschap van te geven, dat het innemen van een niet-constructieve houding in een conflict met een medewerker consequenties kan hebben in een ontslagprocedure. Mediation kan zowel op inhoudelijk als op strategisch niveau een zeer belangrijke rol spelen in uw P&O-beleid.

De voordelen van mediation

Snelheid: Een mediation wordt gemiddeld binnen enkele maanden afgerond, soms zelfs binnen een paar uur, terwijl juridische of gerechtelijke procedures jaren kunnen duren.

Controle: Niet een derde partij legt een regeling op, maar partijen dragen zelf de oplossing aan en bepalen zelf wat in de vaststellingsovereenkomst komt.

Maatwerk: In tegenstelling tot een gerechtelijke procedure, waar de zaak beperkt blijft tot de juridische aspecten, kunnen bij een mediation alle onderde-

len van een geschil aan de orde komen en tot een oplossing worden gebracht.

Herstel en behoud relatie: Mediation gaat uit van een oplossing die door beide partijen wordt gedragen, hetgeen een mogelijke vervolgrelatione op welk vlak dan ook zal bevorderen.

Lagere kosten: Gerechtelijke procedures zijn kostbaar vanwege griffierechten, advocaatkosten e.d. Een mediator kan in een kort tijdsbestek met partijen zelf tot constructieve resultaten komen.

TIP Ook wanneer al een gerechtelijke procedure aanhangig is, is er ruimte voor mediation. Rechters maken zeer actief gebruik van het instituut. Per zaak wordt inhoudelijk beoordeeld of deze geschikt is voor mediation, waarna partijen (kunnen) worden verwezen naar mediators. Mediation kan eveneens voordelen hebben wanneer er sprake is van meerdere gerechtelijke procedures die niet gelijk behandeld kunnen worden. In een mediation kunnen alle partijen wel met elkaar om de tafel gaan. ■