

# Mediation bij arbeidsconflicten en de rol van advocaten

*ArbeidsRecht* 2021/12

**Mediation is een manier van conflictoplossing, net als de gang naar de rechter. Het zou een vanzelfsprekend instrument in de gereedschapskist van de advocaat moeten zijn. In dit artikel ga ik in op de aanleidingen die er kunnen zijn om mediation in te zetten, in het bijzonder vanuit het perspectief van de arbeidsrechtadvocaat. Ook komt de rol van de advocaat bij mediation aan de orde. Effectief deelnemen aan de mediationtafel vraagt om andere vaardigheden dan benodigd in de rechtszaal.**

## 1. Mediation bij arbeidsconflicten

Een mediator probeert voor partijen het pad te effenen zodat ze zelf een oplossing kunnen vinden die tegemoetkomt aan de wederzijdse belangen. Het gaat hierbij zowel om materiële, alsook om immateriële belangen. Een rechter hakt uiteindelijk een knoop door op juridische punten, waarbij meestal één van de partijen 'wint' en de ander 'verliest'. De relatie is dan vaak definitief verstoord. Bij mediation kom je er alleen uit als de ander óók tevreden is. Relatiebehoud, zelf beslissen over de oplossing, en de vertrouwelijkheid zijn veelgenoemde voordelen van mediation.

Bij mediation draait het in eerste instantie om het achterhalen van belangen. En vervolgens om partijen bewust te maken van hun eigen belangen én die van de ander. Belangen zijn de zaken waar het partijen uiteindelijk om te doen is. Veel voorkomende belangen zijn: erkenning van de persoon en/of positie, financiële zekerheid, waardering of erbij horen, en vaak ook duidelijkheid en rust krijgen om door te kunnen (met of zonder elkaar). Als partijen zich over en weer erkend voelen in hun belangen, zijn ze eerder bereid zich flexibel op te stellen bij het vinden van een oplossing waar ook de ander zich in kan vinden.

Een geslaagde arbeidsmediation leidt ofwel tot een voortzetting van de arbeidsrelatie, onder voorwaarden waar beide partijen tevreden over zijn, of tot beëindiging van de samenwerking, eveneens onder tezamen overeengekomen voorwaarden. In dat laatste geval heet het exit-meditation. Uiteraard staat de weg naar de rechter onverminderd open als partijen er toch niet met mediation uitkomen.

### 1.1 Arbeidsconflicten

Er is sprake van een arbeidsconflict *'als ten minste een van de partijen vindt dat de andere partij haar dwarsboomt of ergert. Dit kan betrekking hebben op arbeidsinhoud, arbeidsverhoudingen, arbeidsomstandigheden of arbeidsvoorwaarden'*.<sup>2</sup> Anders gezegd: arbeidsconflicten zijn alle conflicten

waarbij de arbeidsrelatie op het spel staat. Zodra één partij meent dat er sprake is van een arbeidsconflict, dan is dat er ook. Het is dus niet noodzakelijk dat beide partijen dit als zodanig ervaren. Arbeidsconflicten kunnen spelen tussen werknemer en werkgever (het meest voorkomend), maar ook tussen werknemers onderling, of tussen leden van een maatschap of ander samenwerkingsverband.

### 1.2 In vertrouwelijkheid opties verkennen

Tenzij werkgever en werknemer al van tevoren overeenstemming hebben dat de inzet van mediation het beëindigen van de arbeidsrelatie moet zijn (hetgeen in de praktijk vaak toch niet zo blijkt te zijn), wordt een mediation 'open' gestart. Dat wil zeggen: in principe zijn aan het begin van een mediation alle oplossingsrichtingen nog mogelijk. In een eerste gezamenlijke gesprek is er aandacht voor de relatie en wat er is gebeurd. Alles wat dwarszit en te maken heeft met de werkrelatie mag aan de orde komen. Ik bereid mijn cliënten er aan het begin van dit gesprek op voor dat er waarschijnlijk een hoop 'modder' op tafel komt, en dat dat goed is. Achter alle verwijten zitten wensen en belangen. Het is de taak van de mediator om met een schepnetje die wensen en belangen eruit te vissen. De mediator benoemt ze, zodat partijen wellicht zichzelf beter begrijpen, maar (vooral) ook de andere partij beter begrijpen. De verwijten en frustraties ontstaan niet op het moment dat ze worden uitgesproken. Ze waren er al, onuitgesproken. Door ze te delen worden ze zichtbaar en (meestal) hanteerbaar. De belangen die op deze manier duidelijk worden, zijn de bouwstenen voor het vinden van een oplossing. Vaak wordt een tweede gezamenlijke gesprek gebruikt voor het vrijblijvend verkennen van oplossingsrichtingen. Waarbij het goed is te melden dat het enkele feit dat je je opties verkent, niet betekent dat je je rechten prijsgeeft. In mediation kunnen in vertrouwelijkheid opties worden verkend, anders dan tijdens onderhandelingen buiten mediation. In een derde (en meestal laatste) gesprek worden veelal concrete afspraken gemaakt. Als deze concrete afspraken het beëindigen van de arbeidsrelatie betreffen, zijn bij dit laatste gesprek meestal ook advocaten aanwezig.

## 2. Aanleidingen voor mediation

Vaak wordt een arbeidsrechtjurist pas bij een conflict betrokken als er al enige of behoorlijke mate van escalatie is. De advocaat wordt vaak ingeschakeld wanneer partijen het gevoel hebben dat ze zich moeten gaan 'wapenen' tegen een (mogelijk dreigende) juridische strijd. Wanneer zetten partijen mediation in of moeten ze dat doen, ondanks het feit dat de inzet van mediation op basis van vrijwilligheid plaatsvindt?

<sup>1</sup> Mevr. drs. J. (Judith) Stoop, MfN-registermediator bij Geschikt Mediation.

<sup>2</sup> STECR Werkwijzer, stecr.nl.

2.1 **De zieke werknemer**

Soms gebeurt het 'spontaan' omdat een HRM of een van de partijen er een goede ervaring mee heeft. Maar vaak wordt mediation ingezet op advies van de bedrijfsarts. Zo'n negentig procent van alle arbeidsmediations spelen zich af tegen een achtergrond van ziekte. Er kan sprake zijn van medische arbeidsongeschiktheid, maar ook conflicten kunnen ziekmakend zijn. Vooral 'koude' conflicten kunnen gevaarlijk zijn. Daarvan is sprake als mensen aangeven dat een negatieve situatie al langere tijd gaande is, maar geen aandacht heeft gekregen. Op basis van verplichtingen die voortvloeien uit de Wet Verbetering Poortwachter kan mediation deel uitmaken van het re-integratieproces. Zodra er verzuim is, moeten partijen alles doen om te zorgen voor werkhervatting. Ingeval van ziekte in combinatie met of als gevolg van een conflict adviseert een bedrijfsarts vaak mediation als interventie. Mediation is zinvol als een conflict al enige tijd speelt, partijen er zelf niet uitkomen, er (verdere) escalatie dreigt, en de arbeidsongeschiktheid mogelijk verder toeneemt als gevolg van het conflict. Het kan ook zijn dat de bedrijfsarts mediation adviseert als 'opschudmoment', bijvoorbeeld na een jaar ziekte. De 'Werkwijzer Poortwachter' van het UWV, de 'Richtlijn conflicten in de werksituatie' van de Nederlandse Vereniging voor Arbeids- en Bedrijfsgeneeskunde (NVAB), en de STECR Werkwijzer Arbeidsconflicten geven richting bij hoe te handelen en het eventueel inzetten van mediation bij ziekte. Ik verwijs graag naar het artikel dat Fiselier en Schreurs hierover eerder in dit blad publiceerden.<sup>3</sup>

2.2 **De advocaat die mediation inzet**

Het kan ook de advocaat zijn die zijn cliënt mediation adviseert. Omdat die er goede ervaring mee heeft en/of de consequenties van het niet inzetten van mediation in beeld heeft. Mediation is vrijwillig. Desalniettemin brengt het weigeren of het niet inzetten van mediation risico's met zich mee. Uit de beginselen van goed werkgever- en werknemerschap vloeit een inspanningsverplichting voort voor beide partijen om het arbeidsconflict op te lossen. Meester J. Pel heeft in 2009<sup>4</sup> hiertoe de inmiddels bekende vuistregel geformuleerd, gebaseerd op de destijds beschikbare jurisprudentie rondom de relatie tussen mediation en de beëindiging van de arbeidsovereenkomst.<sup>5</sup>

- 1 Na mislukte mediation wordt ontbindingsverzoek toegewezen.
- 2 De werkgever die mediation weigert of er voorwaarden aan verbindt, riskeert een hogere ontbindingsvergoeding bij beëindiging.
- 3 Een werknemer die mediation weigert, riskeert bij beëindiging een lagere vergoeding.
- 4 Een werknemer die draait ten aanzien van mediation of voorwaarden stelt, riskeert loon kwijt te raken (ex art. 7:628 of 7:629 BW).

3 Fiselier, M.E.S. & Scheurs, S.K., 'Richtlijn conflicten in de werksituatie', *ArbeidsRecht* 2019/44.

4 Pel, J. (2009), 'De (kanton)rechter en mediation', *TAP* 2009/3, p. 113-116.

5 O.a.: Stouthart, G., 'Arbeidsconflicten en mediation', *ArbeidsRecht* 2019/30.

- 5 Een werkgever die draait ten aanzien van mediation of voorwaarden stelt, riskeert loon te moeten betalen in een art. 7:628 BW situatie.

De huidige jurisprudentie laat een genuanceerder beeld zien. In de jurisprudentie sinds 1 juli 2015 (invoering Wet Werk en Zekerheid) waarin mediation voorafgaand aan beëindiging van het dienstverband in meer of mindere mate een rol speelt, vallen volgens Knipschild en Ridder<sup>6</sup> een aantal zaken op:

- Vrijwel alle ontbindingsverzoeken waarin (het weigeren van) mediation een rol speelt, zijn (mede) gegrond op de g-grond (verstoorde arbeidsverhouding).
- Er zijn verschillende uitspraken waarbij het ontbindingsverzoek wordt afgewezen, terwijl mediation wel is geprobeerd.
- Het afwijzen van mediation speelt een rol bij het vaststellen van (ernstige) verwijtbaarheid en de aanspraak op een mogelijke billijke vergoeding. Er zijn verschillende voorbeelden van uitspraken waar een billijke vergoeding is toegekend omdat de werkgever geen mediation heeft geprobeerd of daar voorwaarden aan stelde.
- Ten slotte lijkt de vraag wie een verzoekschrift indient van belang. Indien een werkgever een verzoekschrift indient en mediation heeft geweigerd of daar ten onrechte voorwaarden aan heeft verbonden, leidt dit in beginsel tot een afwijzing van het verzoek. Indien de werkgever een verzoekschrift indient en de werknemer mediation heeft geweigerd of daar ten onrechte voorwaarden aan heeft gesteld, leidt dit in beginsel tot een toewijzing van het verzoek. Indien een werknemer een verzoekschrift indient, en de werkgever mediation heeft geweigerd of daar voorwaarden aan heeft verbonden, leidt dit in beginsel tot het toekennen van een billijke vergoeding.

Hoewel er nog uitspraken worden gedaan die de 'oude' vuistregels bevestigen, lijken de vuistregels niet langer onverkort te gelden. Dat mediation heeft plaatsgevonden, maar niet tot een oplossing heeft geleid, maakt de verstoorde arbeidsverhouding nog geen feit. De vraag of mediation is geprobeerd, lijkt wel een (belangrijke) rol te spelen bij de vraag of er sprake is van een verstoorde arbeidsverhouding. Van belang is ook wie het conflict heeft veroorzaakt en of er voldoende is gedaan om de relatie te herstellen. Knipschild en Ridder<sup>7</sup> concluderen kortom, dat de Pel-vuistregels rondom ontslag inmiddels zijn gewijzigd:

"indien sprake is van een conflict en de werkgever heeft zich ingespannen dit op te lossen, waarbij mediation niet tot een oplossing heeft geleid, kan dit leiden tot toewijzing van het ontbindingsverzoek, tenzij de werkgever een verwijt kan worden gemaakt ten aanzien van het ontstaan van het conflict."

6 Knipschild, E. & Ridder, T., (2019), *Arbeidsrecht en mediation: De rol van mediation in de arbeidsrechtpraktijk*, vierde herziene druk, Den Haag: SDU.

7 Knipschild, E. & Ridder, T., (2019, p. 126), *Arbeidsrecht en mediation: De rol van mediation in de arbeidsrechtpraktijk*, vierde herziene druk, Den Haag: SDU.

### 2.3 *Andere aanleidingen en op handen zijnde wetgeving*

Mediation kan ook gestart worden tijdens een gerechtelijke procedure. Bijvoorbeeld op verwijzing van de rechter, of op initiatief van een van de partijen. Ook verwijs ik naar het wetsvoorstel van Renkema<sup>8</sup> tot wijziging Arbeidsomstandighedenwet in verband met het verplicht stellen van een vertrouwenspersoon. Op grond van dit wetsvoorstel krijgt de vertrouwenspersoon de taak 'zo nodig een bemiddelaar of deskundige in te schakelen bij conflicten die verband houden met ongewenste omgangsvormen'. Dat kan dus ook een stimulans worden voor mediation.

Tot slot kan ook de ophanden zijnde 'Wet Mediation' niet onvermeld blijven. Deze wet zou tot doel hebben het gebruik van mediation als wijze van geschiloplossing te stimuleren, onder meer door het stellen van kwaliteitseisen aan de mediator. Er komt een wettelijk gereguleerd register van zogeheten 'beëdigd mediators.' Ook is er sprake van een wettelijke geheimhoudingsplicht voor beëdigd mediators

## 3. **Exit-mediation**

Wanneer mediation tot doel heeft de arbeidsrelatie te beëindigen, heet het exit-mediation. Een reguliere mediation kan gaandeweg verworden tot een exit-mediation. Ook wanneer beide partijen exit als insteek van de mediation hebben, is het nuttig eerst een gezamenlijk gesprek te hebben dat gaat over de relatie, wat er is gebeurd, en wat de belangen zijn. Meer begrip over en weer leidt tot meer onderhandelingsbereidheid, ongeacht de te kiezen oplossingsrichting.

Zodra partijen exit willen verkennen, zal de mediator ze beiden adviseren om zich juridisch te laten bijstaan, als dat niet al het geval was. Er kunnen technische zaken spelen, zoals pensioenkwesties of fiscale behandeling van de vergoeding. Ook kan een advocaat diens cliënt begeleiden bij het onderhandelen.

### 3.1 *Onderhandelen aan de mediatieafel*

Mediators hebben zo hun eigen werkwijzen, maar ik nodig partijen en hun juristen graag uit bij mij op kantoor. Het heeft mijn voorkeur de exit-onderling aan de mediatieafel te laten plaatsvinden. Een sessie van zo'n twee uur leidt in veel gevallen tot overeenstemming. Een exit-onderhandeling draait vaak primair om geld (de ontslagvergoeding) en tijd (de datum van uitdiensttreding). In twee aparte kamers vraag ik partijen vertrouwelijk wat hun onderhandelingsruimte is. Ik vraag beide partijen om naar mij toe open kaart te spelen. Dan weet ik of er überhaupt een basis voor onderhandeling is. Als die ruimte er niet is of beperkt is, ga ik in vertrouwen bij partijen afzonderlijk na hoe graag ze er in deze onderhandeling met de ander uit willen komen en wat ze daarvoor over hebben. Hierbij is partijen laten nadenken over hun 'bazo' een belangrijk middel. Deze afkorting staat

voor 'beste alternatief zonder overeenkomst'. Ofwel: hoe ziet de wereld er (in het beste geval) uit als partijen niet onderling (met inzet van mediation) tot een oplossing komen? Wat zijn de vermoedelijke kansen bij de rechter? Onderhandelen binnen mediation gebeurt, zo wordt vaak gezegd, 'in de schaduw van het recht'. Veelal is het alternatief op enig moment de stap naar de rechter. Dat kost tijd, geld, frustratie, en bovendien wordt de oplossing dan aan partijen opgelegd, terwijl de oplossing in mediation zelf uit onderhandeld kan worden.

Nadat partijen in afstemming met hun juristen hebben nagedacht over hun onderhandelingsruimte breng ik ze weer bij elkaar aan tafel. Er worden over en weer voorstellen gedaan, waarbij partijen vaak nog niet het achterste van hun tong laten zien. Als het verschil erg groot blijkt, haal ik ze wederom uit elkaar, en vraag ik partijen opnieuw in vertrouwen naar hun onderhandelingsbereidheid. Ik toets hierbij steeds hoe graag ze er uit willen komen en wat hen dat waard is. Ik laat ze nadenken over wat ze nodig hebben van de ander, én wat ze de ander zouden kunnen bieden, om eruit te komen. Als ik meen dat partijen bereid zijn verder te bewegen, breng ik ze weer bij elkaar. Zo gaat dat door tot er overeenstemming is bereikt (of niet, in een enkel geval). De onderhandeling is vrijblijvend en vertrouwelijk, totdat er volledige overeenstemming is en die is vastgelegd. En dan geldt uiteraard nog de wettelijke bedenktijd van 14 dagen. Zonder ondertekende vaststellingsovereenkomst is er geen overeenstemming.

### 3.2 *De rol van advocaten*

Bij uitzondering, wanneer er sprake is van een zeer hoge mate van escalatie, komen advocaten mee naar een eerste gezamenlijke gesprek. Het is belangrijk dat de mediator bij aanvang van een gesprek waarbij ook advocaten en/of andere 'ondersteuners' aanwezig zijn (zoals bijvoorbeeld soms een partner of vertrouwenspersoon) met partijen bespreekt waarom deze mensen zijn meegenomen en wat hun rol tijdens het gesprek is. In de regel schuiven advocaten pas aan wanneer er een exit-onderhandeling is gepland. En heel soms – eveneens bij vergaande escalatie – hebben partijen überhaupt geen behoefte aan een gesprek over wat er dwarszit en is het eerste gezamenlijke gesprek direct al een exit-onderhandeling.

Als advocaat kun je je cliënt voorbereiden op zo'n exit-onderhandeling binnen mediation, door vooraf te bespreken welke belangen de cliënt heeft en hoe daaraan in de onderhandelingsuitkomst tegemoet zou kunnen worden gekomen. Probeer deze belangen echt te begrijpen; soms blijkt 'rust' belangrijker dan financieel het onderste uit de kan halen, terwijl je er als advocaat tegelijkertijd voor moet waken dat je cliënt zichzelf niet tekort doet. Lees eventuele mediationnotities van voorgaande mediationgesprekken waarin de mediator met partijen deze belangen heeft verkend. Bespreek wat de onderhandelingsruimte (ongeveer) is en wat het de cliënt waard is om eruit te komen. Bespreek ook de opties die er zijn als er géén overeenstemming wordt bereikt en ga samen na hoe aantrekkelijk die zijn. Informeer je cliënt over diens reële kansen bij de rechter, mocht dat er

<sup>8</sup> Kamerstukken II 2020/21, 35592 Voorstel van wet van het lid Renkema tot wijziging van de Arbeidsomstandighedenwet in verband met het verplicht stellen van een vertrouwenspersoon.

eventueel van komen. Bespreek met je cliënt wie van jullie tijdens de onderhandeling waarover het woord doet.

Tijdens het gezamenlijke gesprek kun je als advocaat ook altijd vragen om een time-out om even één-op-één met je cliënt te overleggen, of met de mediator erbij maar zonder de andere partij (dat heet een 'caucus'). Check uiteraard altijd goed bij je cliënt of die de consequenties overziet en omarmt die een mogelijke overeenstemming met zich meebrengt.

De meeste arbeidsrechtadvocaten hebben inmiddels aardig wat ervaring met mediation. Dat is merkbaar. Aan de mediatieafel bepleiten partijen en hun advocaten niet hun juridisch gelijk. De partij tegenover je ga je niet overtuigen, en de mediator heeft geen oordeel over wie er juridisch gelijk heeft. Sterker: iedere juridische discussie is zinloos (aan de mediatieafel althans), en leidt tot meer polarisatie. Wie zijn juridisch gelijk wil, kan naar de rechter. Wie het aan de mediatieafel eens wil worden, parkeert eventuele juridische kwesties, en is bereid om met de andere partij te onderhandelen over een oplossing waar beide partijen ja tegen willen zeggen.

### 3.3 *Tot slot*

Als advocaat wil je bij mediation niet dat je cliënt gelijk krijgt, maar dat je cliënt een oplossing vindt die (beter dan diens 'bazo') tegemoetkomt aan diens belangen. En om daar te komen dien je ook tegemoet te komen aan de belangen van de andere partij. Advocaten die dit goed begrijpen hoor ik aan de mediatieafel vaardig hun begrip voor de belangen van de andere partij uiten. Waardoor de andere partij milder wordt, en er van de andere kant dan vaak ook meer begrip komt. De rol van een advocaat aan de mediatieafel is kortom een hele andere rol dan die van de advocaat in een rechtszaal. Advocaten zijn belangrijk bij zo'n exit-onderhandeling. Zij waken over de belangen van hun cliënten, in het licht van hun rechtspositie, maar met andere vaardigheden dan ze in de rechtszaal inzetten.