

Mediation in arbeidszaken (deel I)

‘KOESTER HET PROBLEEM NIET, MAAR LOS HET OP’

Mediation is inmiddels een bekend fenomeen, dat dikwijls pas aan de orde komt als er sprake is van conflicten. Ook in arbeidsconflicten wordt het regelmatig toegepast. Daarom willen wij enkele – vooral juridische – aspecten van mediation belichten in twee artikelen. Deze zijn volgens ons relevant voor iedereen die met mediation te maken krijgt, zoals de leidinggevende, de individuele medewerker, de medewerker HRM, de rechtshulpverlener en de bedrijfsarts. Aanleiding voor dit artikel is onze vraag of een andere juridische context c.q. sector specifieke mediationvaardigheden, of andere aandachtspunten vergt. Binnen onze praktijk hebben wij te maken met (veelal) overheidswerkgevers en particuliere werkgevers. Dit onderscheid komt hierna ook aan de orde.



Astrid Kraag, advocaat en NMI registermediator en Mark van de Laar, advocaat, beiden werkzaam bij Capra Advocaten

In de eerste plaats bespreken wij de vraag wat mediation nu eigenlijk is. Vervolgens de vraag wanneer en hoe mediation kan worden ingezet. Kan mediation ook worden gebruikt om conflicten te voorkomen? Waar moet u op letten bij het zoeken naar een geschikte mediator? In het vervolgartikel gaan wij in op de keus tussen mediation, onderhandelen om een regeling te treffen, procederen of wellicht een combinatie? Tot slot willen wij de vraag beantwoorden of de juridische context van de kwestie bijzondere aandachtspunten vergt. Is een mediation in het bedrijfsleven bijvoorbeeld anders dan binnen de organisatie van een ziekenhuis, gemeente of universiteit? Ten slotte de vraag of de rechtspositie van de medewerker verschil uitmaakt. Spelen er bij mediation in ambtenarenzaken dus mogelijk andere (juridische) aspecten? Wordt bij de overheid hetzelfde gedacht over bijvoorbeeld geheimhouding? Is de juridische afwikkeling (vaststellingsovereenkomst) dezelfde?

Wij sluiten af met enkele conclusies, waarvan wij denken dat deze voor de praktijk – zeker bij de overheid – nuttig zijn, zodat optimaal gebruik kan worden gemaakt van mediation(vaardigheden).

Wat is mediation?

Het Handboek Mediation geeft de volgende definitie: ‘Mediation is een vorm van bemiddeling in conflicten, waarbij een neutrale bemiddelingsdeskundige, de mediator, de onderhandelingen tussen partijen begeleidt teneinde vanuit hun werkelijke belangen tot gezamenlijk gedragen en voor ieder van hen optimale resultaten te komen.’

Deze definitie is voor de praktijk bruikbaar. Er is sprake van bemiddeling, omdat de mediator tussen de partijen staat. Dit in tegenstelling tot de rechter of arbiter die boven de partijen staat, en de advocaat/adviseur die naast zijn eigen partij staat. De positie van de mediator vereist neutraliteit en onpartijdigheid om interventies toe te passen op het gebied van communicatie en conflictbenadering. Dat is namelijk in essentie wat de mediator doet: partijen uitdagen om anders en effectiever te communiceren en de kwestie in een ander perspectief te plaatsen, zodat een gesprek mogelijk wordt. Tot dat moment praten partijen immers veelal vanuit hun standpunten, die niet snel wijzigen en al zo vaak herhaald zijn dat de ander ze (letterlijk) niet meer kan horen. Partijen praten dan ook wel tegen elkaar, maar niet met elkaar.

Als het partijen lukt om hun standpunten los te laten, en te vertellen wat hun werkelijke belang is, is het voor de ander vaak wel mogelijk om dat te horen en daar op te reageren. Dan kan de kwestie gezien worden als een gezamenlijk probleem, waarvoor in onderling overleg oplossingen kunnen worden gezocht. In dat kader spreken wij ook liever van ‘deelnemers’ aan de mediation, dan van ‘partijen’. De term partijen refereert immers nog aan het conflict, de vechthouding en standpunten, terwijl de deelnemers aan mediation zelf hun verantwoordelijkheid nemen, hun eigen aandeel in het conflict kunnen zien, en bereid zijn om te luisteren naar de ander om gezamenlijk mogelijke oplossingen te onderzoeken.

Voordat de mediation kan beginnen dienen de deelnemers, bij voorkeur gezamenlijk, een mediator te kiezen. Het NMI Register (www.nmi-mediation.nl) toont de mediators die een door het NMI geaccrediteerde opleiding hebben gevolgd, een kennis- en een vaardigheidentoets hebben afgelegd, en ervaren zijn. Het kan de voorkeur verdienen om de mediator vooraf te vragen naar zijn of haar werkwijze: faciliterend, oplossingsgericht, of transformatief. Het is een wereld van verschil! De faciliterende



mediator gaat ervan uit dat de deelnemers in staat zijn om hun eigen verantwoordelijkheid te nemen en de oplossingen te vinden die voor alle deelnemers het beste zijn. De oplossingsgerichte mediator zal minder tijd en energie besteden aan het ontstaan van het conflict, maar zich met de deelnemers richten op de toekomst en met hen zoeken naar een oplossing. De transformatieve mediator is ervan overtuigd dat erkenning en empowerment maken dat de deelnemers uiteindelijk weer in staat zijn om te komen tot hun basisbehoefte: het zoeken van verbinding.

Mediation-overeenkomst

De deelnemers aan de mediation verbinden zich aan een aantal belangrijke voorwaarden voor mediation, door ondertekening van de mediation overeenkomst vooraf. De mediator ondertekent deze overeenkomst eveneens. De overeenkomst tussen de deelnemers en de mediator is in juridische termen een 'overeenkomst van opdracht' (artikel 7:400 BW). In de mediationovereenkomst worden de spelregels opgenomen die gelden in de mediation. Deelname aan de mediation is weliswaar vrijwillig, maar niet vrijblijvend. Van de deelnemers en de mediator wordt een

inspanningsverplichting gevraagd. Het succes van de mediation valt of staat immers met de bereidheid van de deelnemers om zich in te zetten een oplossing te bereiken. De mediation-overeenkomst bevat voorts een omschrijving van het geschil, of de kwestie. De geschilomschrijving heeft geen formeel belang, maar een materieel belang: het moet voor partijen en de mediator duidelijk zijn waarop de opdracht aan de mediator betrekking heeft. Hoe concreet die omschrijving is, is afhankelijk van de omstandigheden. Dat proces laat vaak al zien hoe de deelnemers gewend zijn om met elkaar te spre-

ken, welke communicatiemechanismen zij tonen, en waar de essentie van de kwestie in zit.

Een ander belangrijk onderdeel van de mediation-overeenkomst is de geheimhouding. Deelnemers en mediator spreken af dat alles dat hun bekend wordt in de mediation in beginsel vertrouwelijk dient te blijven. In beginsel, omdat uitzonderingen op de geheimhouding zijn te maken, als de deelnemers daar overeenstemming over bereiken. Het is immers voorstelbaar dat een werknemer zijn hart wil kunnen luchten bij zijn partner, of advies wil inwinnen over de eventueel gevonden oplossing. En ook de werkgever kan het nodig vinden om gaandeweg te overleggen met de directie of de afdeling HRM. Wij pleiten ervoor om de uitzondering op de geheimhoudingsbepaling expliciet op te nemen in de mediation overeenkomst, om latere misverstanden zoveel mogelijk te voorkomen. De geheimhouding maakt dat de onderhandelingen binnen de mediation over het algemeen anders verlopen dan bijvoorbeeld onderhandelingen in het kader van een minnelijke regeling, zoals hierna besproken zal worden. De geheimhouding voorkomt namelijk niet alleen dat de kwestie ‘op straat komt te liggen’, maar ook dat de deelnemers zich onvoldoende vrij voelen om hun standpunt los te laten. Binnen de mediation kunnen dan alle mogelijke oplossingen en oplossingsrichtingen worden verkend, en kunnen toezeggingen worden gedaan, zonder dat de deelnemers daar direct aan vast zitten. Processtrategie speelt dan minder een rol.

Verder wordt in de mediation-overeenkomst opgenomen hoe de kosten van de mediation worden gedeeld. Tot slot wordt in de mediation-overeenkomst opgenomen dat de deelnemers de mogelijkheid hebben een klacht in te dienen, voor het geval zij van mening mochten zijn dat de

mediator zich niet conform de van toepassing zijnde gedragsregels heeft gedragen.

Wanneer het de deelnemers lukt om concrete afspraken te maken, die hun geschil oplossen, worden de afspraken veelal op schrift gesteld in de vorm van een vaststellingsovereenkomst (geregeld in artikel 7:900 BW). De vaststellingsovereenkomst zal altijd eerst in concept worden voorgelegd aan partijen, om hun de gelegenheid te bieden nog eens ‘een nachtje te slapen’ over de afspraken, en zich over de consequenties ervan te laten

belangen hebben of waarden voorstaan die niet met elkaar te verenigen zijn. Een conflict heeft meestal diepere achtergronden of een structurele oorzaak. Steeds is de aard en de mate van onderlinge afhankelijkheid van de conflictpartijen op de een of andere manier in het geding. Zonder die afhankelijkheid is er immers geen conflict, en ook geen noodzaak om er iets aan te doen. Is een conflict eenmaal manifest geworden, dan ligt escalatie op de loer, omdat het nu eenmaal aanzet tot vijandige gevoelens als men zich door de ander gedwards-boomd voelt.

Misschien is Nederland nog niet helemaal rijp voor mediation in een vroeg stadium, of zou een dergelijke interventie geen mediation moeten heten om het los te koppelen van de term conflict, maar het zou volgens ons enorm kostenbesparend kunnen werken.

adviseren. Uit veel onderzoeken blijkt dat de afspraken die men zelf heeft gemaakt zich makkelijker laten naleven, dan de oplossing die wordt opgedragen (zoals een rechterlijke uitspraak). Pas als de deelnemers zeker weten dat ze de gemaakte afspraken willen en kunnen nakomen, zetten zij hun handtekening daaronder en zijn zij aan de afspraken gebonden.

Mediationvaardigheden als preventief instrument?

De hiervoor vermelde definitie van mediation is in onze ogen bruikbaar, maar ook beperkt. Mediation is volgens ons namelijk een instrument, dat ook al kan worden ingezet voordat de partijen zelf zouden spreken van een conflict. Wanneer spreek je van een conflict? Wanneer twee (of meer) partijen doelen nastreven,

Juist in de situatie waarin een relatie een beetje stroef begint te lopen en in ieder geval één van beide partijen daar last van begint te krijgen, kan de mediator al worden ingezet. De begeleiding zal dan veel minder tijd vergen, dan wanneer partijen al verhard zijn in hun standpunten. Mediationvaardigheden, zoals het inzicht bieden in minder effectieve vormen van communicatie, het aanreiken van effectieve vormen van communicatie, de ruimte bieden voor andere perspectieven en het bespreekbaar maken van mogelijk ‘oud zeer’, kunnen dan uiterst behulpzaam zijn bij het vlottrekken van de gestagneerde relatie. Misschien is Nederland nog niet helemaal rijp voor mediation in een vroeg stadium, of zou een dergelijke interventie geen mediation moeten heten om het los te

koppelen van de term conflict, maar het zou volgens ons enorm kostenbesparend kunnen werken. In het stadium waarin partijen zelf nog niet van een conflict zouden spreken, maar de relatie wel lijkt te stagneren, kan uiteraard ook een andere minder onafhankelijke derde (bijvoorbeeld de leidinggevende of medewerker HRM), met behulp van eerdergenoemde interventies, de kwestie weer proberen vlot te trekken.

Wanneer kiezen voor mediation?

Bij conflicten is het toepassen van mediation zeker geen vanzelfsprekendheid. Niet ieder arbeidsconflict leent zich daarvoor. Soms is het conflict al zo geëscaleerd, dat het niet reëel is om te veronderstellen dat partijen de kwestie nog in een ander perspectief kunnen plaatsen. Soms is te voorzien dat de betreffende personen niet in staat zullen zijn om in mediation te zoeken naar een oplossing, bijvoorbeeld omdat sprake is van secundaire conflictwinst. Daar bedoelen wij mee dat sommige personen handelen alsof zij er belang bij hebben om het conflict te behouden. Het is ook mogelijk dat er geen onderhandelingsruimte is. Mediation is geen tovermiddel. In sommige gevallen kan het ook de principiële keus van een van de partijen zijn om een uitspraak van de rechter te krijgen, en zal er toch geprocedeerd moeten worden. Dit laat zich niet verenigen met mediation. De mediator kan een dergelijke principiële uitspraak niet doen.

Maar er zijn meer alternatieven voor geschillenbeslechting. Het kan bijvoorbeeld ook zinvol zijn om niet te procederen en niet te mediaten, maar om via onderhandelen, eventueel met behulp van afzonderlijke adviseurs of advocaten, te beproeven of een regeling in der minne mogelijk is. Daarmee kunnen langdurige en kostbare procedures worden voorkomen. Er is dan ook geen procesrisico meer,

omdat de regeling de kwestie oplost en partijen finale kwijting afspreken. Bovendien wordt (negatieve) publiciteit voorkomen. Een regeling is overigens niet afdwingbaar. Verder is van belang dat er, zo blijkt ook uit rechterlijke uitspraken hierover, juridische voorwaarden gelden voor een regeling. Deze moet bijvoorbeeld vrijwillig, dus zonder bedrog of dwang, zijn gesloten. De (overheids)werkgever heeft in dat verband ook een informatieplicht. De regeling moet bovendien, zo blijkt uit de ambtenaarrechtelijke jurisprudentie, een voldoende feitelijke grondslag hebben.

In een regeling staan dan zaken als: overwegingen, ontslaggrond, datum ontslag, vergoeding, afstand uitkering, eindafrekening, geheimhouding, communicatie naar derden, intrekken procedures, geen nieuwe procedures en finale kwijting. Het kan verder raadzaam zijn een voorbehoud te maken, voor de overheidswerkgever bijvoorbeeld dat de regeling ook nog de uitdrukkelijke goedkeuring behoeft van het bevoegd gezag. Bij regelingen is het van belang ook rekening te houden met fiscale aspecten, zeker bij vervroegd pensioen. Voor een vergoeding in het ambtenarenrecht, vaak een belangrijk onderdeel van de onderhandelingen, bestaan overigens geen richtlijnen. De zogenaamde kantonrechterformule, zoals deze geldt in de civiele sector (het arbeidsrecht), is bijvoorbeeld in het ambtenarenrecht niet van toepassing. De bestuursrechter hanteert deze althans niet. Het staat partijen natuurlijk wel vrij om deze formule in onderhandelingen als leidraad te gebruiken.

Het is overigens de vraag wanneer de onderhandelingen moeten beginnen. Wie neemt daarbij het initiatief? Voor de medewerker is het, buiten mediation, vaak minder strategisch om te beginnen. Het zou zijn onderhandelingspositie kunnen verzwakken. Tij-

dens de onderhandelingen kunnen voorts de nodige problemen ontstaan. Er kunnen bijvoorbeeld nieuwe feiten bekend worden, de kwestie kan escaleren, of uitval wegens ziekte wordt een complicerende factor. Indien de onderhandelingen daardoor op niets uitlopen, kan het zinvol zijn om weer naar de andere alternatieven te kijken: procederen of mediation. Zo is de cirkel weer rond. In het kader van een mediation kan immers ook tot een regeling gekomen worden. Het kan dan gaan om de zogenaamde 'exitmediation'. Indien toch geen regeling wordt bereikt, kunnen partijen in beginsel geen rechten ontleenen aan de uitlatingen die gedaan zijn tijdens de onderhandelingen. Dit is anders als er concrete afspraken zijn gemaakt.

De volgende keer geven wij antwoord op de vraag of de juridische context c.q. sector, en/ of de rechtspositie van de werknemer van invloed zijn op de mediation. Bovendien trekken wij dan conclusies naar aanleiding van de vragen die wij in dit eerste artikel hebben gesteld.

Literatuur:

- Allewijn, D., Met de overheid om tafel, Den Haag 2007;
- Brenninkmeijer, A. F. M., Arbeidsconflicten bij de overheid, Den Haag 2003;
- Brenninkmeijer, A. F. M. e.a., Handboek Mediation, Den Haag 2012;
- Schutte, E., e.a., Juridische aspecten van mediation, Den Haag 2011.