

Mediation in arbeidszaken (deel II)

“KOESTER HET PROBLEEM NIET, MAAR LOS HET OP”

In ons vorige artikel (HR Overheid nr. 2, maart 2013) hebben wij stilgestaan bij de algemene aspecten van mediation. Nu willen wij stilstaan bij de vraag of de juridische context c.q. sector, en/ of rechtspositie van de werknemer van invloed zijn op de mediation.

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



De ervaring leert dat iedere mediation uniek is. Het voorbereiden van een eerste mediationgesprek kan zinvol zijn maar flexibiliteit ten aanzien van de werkwijze en de oplossingsrichting blijft dan ook geboden voor de mediator. Desondanks zijn wij van mening dat in grote lijnen onderscheid kan worden gemaakt tussen mediations in bepaalde sectoren zoals bij de overheid, de industrie of bij het MKB. Het meest opvallende verschil is dat de werkgever in het MKB de kosten van de mediation en de eventuele kosten van de gemaakte afspraken direct in zijn eigen portemonnee voelt. Dit onderhandelt anders dan wanneer men onderhandelt als leidinggevende binnen een grote organisatie en kosten wel drukken op een budget maar niet op de eigen (persoonlijke) verdiensten. Onderhandelingsruimte, welke in mediationtrajecten weliswaar vaak vergroot wordt, is natuurlijk leidend voor het succes van mediation.

Binnen grotere ondernemingen is vaak sprake van meerdere managementlagen, zodat de leidinggevende die deelneemt aan de mediation soms niet (volledig) gemandateerd is om alle beslissingen te nemen, waar de directeur-eigenaar van een kleinere onderneming besluiten kan nemen zonder voorafgaand overleg te voeren. Grotere ondernemingen kennen vaak ook protocollen, waardoor andere personen, bijvoorbeeld van de afdeling HRM, ook op de een of andere manier betrokken zijn

geraakt in het conflict, en in ieder geval betrokken zijn bij de mogelijke uitkomst. Ervaring leert dat de veronderstelling dat kleinere werkgevers uit het MKB meer persoonlijk betrokken zouden zijn in het conflict, dan de manager van een grote organisatie, niet zonder meer juist is.

Al deze verschillen zijn wel aantoonbaar aanwezig maar in onze ogen niet doorslaggevend voor het al dan niet slagen van de mediation. Wel kan er daarom aanleiding zijn voor de werkgever om na te denken over de vraag wie het beste met de medewerker aan tafel kan gaan voor de mediation: de directeur/eigenaar, het afdelingshoofd, de direct leidinggevende, de medewerker HRM, de andere medewerker waarmee het conflict bestaat.

Verder wijzen wij nog op de kennis van de branche waarin het conflict zich afspeelt. Iedere sector heeft immers zo zijn specifieke kenmerken, en het kan ook voor de mediator nuttig zijn daar kennis van te hebben. Een overheidsorganisatie heeft andere kenmerken dan bijvoorbeeld een ziekenhuis of een commercieel bedrijf. Maar strikt noodzakelijk achten wij kennis van de branche niet. Het gaat vooral om de vaardigheden van de mediator.

Ambtenaar of werknemer; relevant onderscheid?

Voor arbeidsconflicten maakt het zeker uit of het gaat om een ambtenaar of een werknemer. De gespreks-

partner namens de werkgever in de mediation moet bijvoorbeeld wel mandaat hebben, om concrete afspraken te kunnen maken. Indien de mediation slaagt worden de afspraken vastgelegd in een regeling ofwel vaststellingsovereenkomst in de zin van artikel 7:900 BW. Ook buiten mediation kan overigens een regeling tot stand worden gebracht, die resulteert in een vaststellingsovereenkomst. Maar deze overeenkomst heeft in het ambtenarenrecht een andere (juridische) status dan in het ‘gewone’ arbeidsrecht. In het ambtenarenrecht is er namelijk een gesloten stelsel van ontslaggronden, en kan het ontslag uitsluitend worden geëffectueerd door een besluit van het bevoegd gezag. In het ambtenarenrecht zijn partijen weliswaar gebonden aan de vaststellingsovereenkomst op grond van het beginsel van rechtszekerheid en de overeenkomst is een neerslag van hun afspraken, maar het betreft ‘slechts’ een nadere regeling over de uitoefening van de ontslagbevoegdheid. Een regeling behoeft in het ambtenarenrecht nog een uitdrukkelijk besluit om rechtskracht te verkrijgen.

Er kunnen geschillen ontstaan over de regeling en de medewerker kan rechtsmiddelen aanwenden tegen het besluit. Het recht van bezwaar res-

pectievelijk beroep, de rechtsmiddelen in het ambtenarenrecht, zijn van openbare orde en dus niet uit te sluiten in de regeling. Indien van dit recht gebruik gemaakt wordt, kunnen daar wel gevolgen aan verbonden worden. De ambtenaar handelt dan immers in strijd met het rechtszekerheidsbeginsel. In de minnelijke regeling kan bijvoorbeeld overeengekomen worden dat als de ambtenaar toch een rechtsmiddel aanwendt, de daaruit voortvloeiende schade voor het overheidsorgaan zal worden verhaald op de ambtenaar.

Een ander pregnant verschil is de geheimhouding. Zoals hiervoor (in het eerste deel van dit artikel) besproken in punt 2 biedt de geheimhouding in de mediationovereenkomst verschillende waarborgen. Daardoor worden de deelnemers in staat gesteld het achterste van hun tong te laten zien, wat het onderhandelen vergemakkelijkt. Als de deelnemers aan mediation de geheimhoudingsbepaling ondertekenen, verplichten zij zich over en weer vertrouwelijkheid te betrachten over alles wat aan de mediationtafel bekend wordt. In het ambtenarenrecht kan dan een complicatie optreden, omdat de uiteindelijke afspraken tussen de deelnemers nog geformaliseerd moeten worden in een besluit van het bevoegd gezag, en dit bevoegd gezag gemotiveerd geïnformeerd moet

worden, alvorens het definitief kan besluiten. Bovendien kan de vraag gesteld worden hoe de geheimhoudingsplicht zich verhoudt tot eventuele verzoeken op grond van de Wet Openbaarheid van Bestuur, of de intentie van de overheid om zo transparant mogelijk te besluiten. In de mediation kan de mediator deze mogelijke complicaties aan de orde stellen en de deelnemers vragen hoe zij er mee om willen gaan en welke afspraken zij daarover willen maken.

Conclusies

De vraag wat mediation nu eigenlijk is, hebben wij in het eerste deel van ons artikel beantwoord. De vraag kent echter nog veel meer mogelijke antwoorden. De beste manier om mediation te leren kennen, en om te ervaren hoe mediation behulpzaam kan zijn, is te ondergaan hoe de verschillende mediationvaardigheden werken. Er worden verschillende trainingen aangeboden op dat terrein, ook door Capra Advocaten.

Voor partijen die een mediator zoeken, is het vaak lastig om door de bomen het bos nog te zien, omdat Nederland een groot aantal mediators kent. Bovendien is mediator een onbeschermde titel, wat maakt dat iedereen zich mediator kan noemen, vooraf weinig valt te zeggen over de kwaliteit. Wanneer u een ervaren mediator met een bepaald specia-

lisme zoekt, kunt u gebruik maken van het NMI Register. Er zijn meerdere vakverenigingen die op Internet bruikbare zoekmachines bieden. Van belang is in ieder geval dat beide partijen de mediator als onafhankelijk beschouwen en zich er even prettig bij voelen.

Als je mediation beschouwt als instrument dat communicatie optimaliseert en de werkelijke belangen zichtbaar maakt, kan het veel vaker worden ingezet als er nog geen sprake is van een conflict maar van een stagnerende relatie. Voor relatief weinig kosten kan dan escalatie worden voorkomen. Hoewel er iets voor valt te zeggen de begeleiding van het gesprek te laten plaatsvinden door een onafhankelijke en neutrale derde (de mediator) omdat die setting al verandering teweeg brengt, kan een dergelijk gesprek ook worden begeleid door een leidinggevende of een medewerker van de afdeling HRM die geschoold is op het gebied van mediationvaardigheden.

De mate van escalatie van het conflict en de onderlinge afhankelijkheid van partijen bepalen in eerste instantie al dan niet de keus voor mediation. Als het conflict al te ver geëscaleerd is, en partijen zijn er alleen nog op uit om de ander 'kapot te maken', dan kan mediation niet meer succesvol worden ingezet. Maar in onze opinie kan mediation nooit te vroeg worden ingezet. Het helpt mensen om de feiten los te zien van hun eigen interpretaties, de kwestie in een ander perspectief te plaatsen en de ander werkelijk te horen.

Het lijkt zo heel verschillend: in mediation de deelnemers hun eigen verantwoordelijkheid laten nemen om tot een gezamenlijk gedragen oplossing te komen, of elkaar bestoken met schriftelijke munitie om de rechter tot een uitspraak te laten komen in jouw voordeel. We willen hier niet onderbelicht laten dat het

Als je mediation beschouwt als instrument dat communicatie optimaliseert en de werkelijke belangen zichtbaar maakt, kan het veel vaker worden ingezet als er nog geen sprake is van een conflict maar van een stagnerende relatie. Voor relatief weinig kosten kan dan escalatie worden voorkomen.

voeren van een procedure emotioneel veel zwaarder is dan de meeste mensen vooraf denken. Steeds opnieuw geconfronteerd worden met het (stevig verwoorde) standpunt van de wederpartij en gevraagd worden om daar adequaat op te reageren, kan emotioneel heel belastend zijn. Terwijl het voor de verwerking heel behulpzaam kan zijn, als je zelf hebt meegewerkt aan de oplossing van het conflict. De keuze voor mediation hoeft echter niet in de weg te staan aan andere manieren van geschillenbeslechting. Zo kan een uitkomst van mediation bijvoorbeeld ook zijn dat een bepaald vraagstuk binnen de kwestie wordt voorgelegd aan een deskundige die daarover een voor partijen bindend advies geeft. Mediation kan tevens een prima middel zijn om tot een minnelijke regeling te komen. En als mediation niet succesvol verloopt, of maar ten

dele leidt tot concrete afspraken, kan veelal nog steeds een gerechtelijke procedure worden gevoerd of worden voortgezet. Ieder geschil staat op zich en vraagt dus een maatwerk oplossing.

Of het geschil zich voordoet in een grotere organisatie of in het MKB, en of de werknemer een civielrechtelijke arbeidsovereenkomst heeft of ambtenaar is, maakt niet uit voor de vraag of mediation inzetbaar is. De verschillen binnen de sectoren waar de werkgever deel van uit maakt of tussen de rechtspositie van de ambtenaar en de situatie van een werknemer met een civielrechtelijke arbeidsovereenkomst zijn hooguit van invloed op hoe de mediation verloopt en de vorm waarin de uiteindelijke afspraken worden vastgelegd. Wij zijn wel van mening dat een mediator met specialistische kennis

van het toepasselijke rechtsgebied de consequenties van de gemaakte afspraken beter kan overzien en daarmee de deelnemers van dienst kan zijn.

Tot slot concluderen wij dat mediation zeker geen wondermiddel is, maar wel kan leiden tot afspraken die beide deelnemers kunnen en willen nakomen. De kans op succes is dan heel groot!

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.

HR-Overheid dé webportal voor HR in de publieke sector!

Op www.HR-Overheid.nl vindt u alle wet- en regelgeving, jurisprudentie en officiële publicaties met betrekking tot de rechtspositie en arbeidsvoorwaarden van ambtenaren en bestuurders. Maar ook voor nieuws, vacatures en (achtergrond)artikelen uit de praktijk. U vindt snel en doeltreffend de voor u relevante informatie, met een uiterst praktische insteek voor de dagelijkse praktijk.

Uw voordelen

- ✓ Speciaal op de HR-professional bij de overheid en hun adviseurs gerichte informatie
- ✓ Heldere artikelsgewijze toelichtingen
- ✓ Praktisch vertaalde informatie
- ✓ Actueel en betrouwbaar

Meld u nu aan voor de gratis e-nieuwsbrief via www.HR-Overheid.nl!



HR-Overheid concreet en compleet!

Kom snel kennismaken op www.HR-Overheid.nl!