

## Bijlage 5: Mediation

### Inleiding

Mediation is een door de overheid erkende professionele wijze van conflictbemiddeling en is in veel gevallen een alternatief voor een juridische procedure. Per jaar worden honderden arbeidsconflicten binnen alle mogelijke soorten organisaties met behulp van een mediator opgelost.

Mediation is een door een mediator begeleid onderhandelingsproces waarin werkgever en werknemer of betrokken partijen een eigen oplossing proberen te bereiken.

### Betrokkenen behouden eigen zeggenschap over de oplossing

In een mediationproces geldt een aantal belangrijke uitgangspunten:

- eigen verantwoordelijkheid
- vertrouwelijkheid
- (juridische) vrijwilligheid

Dit betekent dat partijen te allen tijde volledig zeggenschap houden en verantwoordelijk blijven voor de wijze waarop het geschil wordt aangepakt en opgelost. De vertrouwelijkheid binnen de mediation biedt betrokkenen een veilige omgeving om open en oplossingsgericht met elkaar te spreken over het gezamenlijke geschil, zonder dat in de mediation vergaarde informatie kan worden gebruikt voor of tijdens een gerechtelijke procedure.

### Niets doen of gelijk naar de rechter?

Geen oplossende activiteiten ontplooiën, omdat men bijvoorbeeld vindt dat de oorzaak van het conflict bij de ander ligt, is niet aan te raden. Dit kan leiden tot verdere escalatie van het arbeidsconflict en tevens tot negatieve financiële consequenties voor partijen omdat er niet wordt gehandeld volgens de Wet Verbetering Poortwachter. Als er geen juridisch oordeel wordt gewenst is mediation aan te bevelen boven een gerechtelijke procedure. In een aantal gevallen waarbij het arbeidsconflict direct ter beoordeling voor de rechter is gebracht, heeft de rechter de partijen (terug)verwezen naar een mediator. Hiermee kiest justitie voor het gebruik van mediation voordat wordt gestart met een gerechtelijke procedure. In geval van een niet geslaagd mediationtraject wordt daarna pas overgegaan tot een juridische uitspraak.

### Wanneer?

Mediation is geschikt in gevallen waarin:

- partijen er zelf uit willen komen en dit niet meer of nog niet kunnen;
- de bedrijfsarts van mening is dat partijen zelf het probleem behoren (en dienen te kunnen) oplossen en hijzelf de regie van de probleemoplossing inhoudelijk niet wil/kan voeren, ongeacht of partijen de situatie zelf als 'conflict' benoemen en ervaren of niet.

In arbeidsgeschillen met verzuim wordt op indicatie door arboprofessionals, na hoor en wederhoor te hebben toegepast, aan betrokkenen geadviseerd om een mediationtraject te starten. Als een mediationinterventie wordt geadviseerd is het van belang daarmee zo snel mogelijk te starten.

### Wanneer niet?

- Als partijen er zelfstandig willen uitkomen en dit een reële mogelijkheid is om het geschil op te lossen.
- Als er een juridische uitspraak wordt gewenst.
- Als er sprake is van psychische of fysieke onmacht om aan gesprekken mee te doen (overigens zelden het geval, zoals eerder beschreven).
- Bij dreigend geweldgebruik tussen de direct betrokkenen.

### Juristen en mediation

Mediation is in principe toepasbaar voor alle conflictstadia waarin een geschil zich bevindt. In toenemende mate worden door partijen juristen en advocaten actief betrokken in mediationgesprekken. Dit is ook het geval bij een mediation met als voorgenomen doel re-integratie bij de eigen werkgever. De huidige praktijkervaring leert dat betrokkenheid van juristen meestal (in tegenstelling tot wat door velen wordt gedacht) geen verdere escalatie oplevert, maar snelle en goede resultaten voor de conflictpartijen. Ook andere professionals, zoals P&O-adviseurs en psychologen, kunnen met instemming van beide partijen actief worden betrokken bij de mediationgesprekken. De mediator fungeert als procesbegeleider en daarom is het voor het bereiken van een oplossing soms zinvol, om inhoudsdeskundigen in het mediationproces te betrekken.

#### *(Exit) Mediation bij beëindiging van arbeidsovereenkomst*

Het is een veelvoorkomend misverstand dat mediation niet toepasbaar is bij een ontslagsituatie. Onderhandelen over een beëindiging van het dienstverband in een vertrouwelijke setting en onder leiding van een gespecialiseerde (exit) mediator, biedt voordelen als partijen op een goede manier van elkaar afscheid willen nemen. Deze vorm van beëindiging van de arbeidsovereenkomst kan aanmerkelijk goedkoper zijn dan een reguliere gerechtelijke procedure.

### Voor wie is mediation?

Mediation kan worden ingezet voor individuen en groepen, werkgevers en werknemers, in principe voor alle problemen binnen een arbeidssituatie.

### Pro forma participeren in een mediation

In sommige gevallen wordt de mediationinterventie door partijen als (on)vrijwillig ervaren; dit gevoel is gezien het wettelijk kader te begrijpen en kan een belemmering vormen om de mediation te starten. Men kan om diverse redenen het belang ervaren om dan maar pro forma mee te doen aan de bemiddeling. In de mediationpraktijk is gebleken dat als de verschillende belangen van betrokkenen binnen de vertrouwelijkheid van de mediation worden besproken, er meestal toch een constructief mediationtraject volgt.

### Hoe werkt het, wat kun je van de mediator verwachten?

Alle betrokkenen kunnen, voordat een mediation aanvangt, algemene informatie inwinnen over de procedure en de werkwijze van de desbetreffende mediator.

Afhankelijk van de werkwijze van de mediator wordt de mediation gestart met een apart voorgesprek van de mediator met partijen afzonderlijk, of met een gezamenlijk gesprek. Bij aanvang van het mediationproces sluiten de partijen en de mediator een zogenaamde mediationovereenkomst. Hierin worden afspraken vastgelegd over de werkwijze, de vertrouwelijkheid, het uitsluiten van juridische procedures tijdens de mediation, de beroepsaansprakelijkheid van de mediator en over de kosten van het traject.



Ook de uitkomst van een geslaagd mediationtraject wordt in een overeenkomst vastgelegd. Deze zogenaamde vaststellingsovereenkomst is – na ondertekening door de partijen en de mediator – rechtsgeldig.

Als de mediationpoging niet tot overeenstemming heeft geleid zal dit door de mediator schriftelijk worden bevestigd. In deze neutrale brief wordt geen informatie verstrekt over de reden *waarom* de mediation niet tot overeenstemming heeft geleid.

#### *Geslaagd/mislukt*

Een mediation is geslaagd als beide partijen akkoord gaan met de in de mediation bereikte oplossing of het behaalde resultaat. De mediationpoging is mislukt als deze wordt beëindigd zonder een gezamenlijk gedragen oplossing of resultaat.

#### **Hoe lang duurt een mediation?**

Het is van belang dat na de indicatiestelling door (een van de) conflictpartijen of na de verwijzing van de arboprofessional zo snel mogelijk wordt gestart met de mediation. Uitstellen van een mediation leidt veelal tot verdere escalatie van het conflict.

Na een voorgesprek (wel of niet met betrokkenen gezamenlijk) volgen gemiddeld drie gesprekken. Afhankelijk van het aantal deelnemers en/of de complexiteit van de problematiek zijn meer gesprekken nodig.

Steeds vaker wordt bij een mediation met als uitkomst re-integratie bij de eigen werkgever, een evaluatiegesprek gevoerd waarin de gemaakte afspraken worden getoetst.

#### **Kwaliteit van de mediator**

Erkende mediators zijn geregistreerd en veelal gecertificeerd bij het Nederlands Mediation Instituut (NMI). Het NMI bewaakt de kwaliteit. In het register van Mediators zijn alleen gekwalificeerde mediators ingeschreven.

Alle NMI-mediators hebben zich geconformeerd aan de Gedragsregels voor NMI-mediators. In deze gedragsregels zijn de fundamentele beginselen vastgelegd waaraan de mediator is gebonden, waaronder onafhankelijkheid, neutraliteit en vertrouwelijkheid. Daarnaast is gezorgd voor een klachtenregeling en een onafhankelijke tuchtrechtspraak voor mediators.

#### **Gevolgen van wel of niet meewerken aan mediation**

Partijen dringen er soms bij de bedrijfsarts op aan om juist wel of nadrukkelijk niet te adviseren tot inschakelen van een mediator. Dit mede omdat partijen vrezen dat een door de bedrijfsarts gegeven advies daarover voor de afloop van een eventuele rechtszaak van belang is. De bedrijfsarts dient zich primair te laten leiden door de inhoud van de problematiek. Als in een bepaalde conflictfase de enige oplossing lijkt om een mediator in te schakelen, dan zal de bedrijfsarts vanuit zijn professionaliteit dat advies moeten geven. Het is aan partijen om te beoordelen of ze dat advies opvolgen. Daarin verschilt een advies om mediation in te zetten niet van andere adviezen om de re-integratie te bespoedigen. Natuurlijk kan het wel of niet meewerken aan mediation bij een rechtszaak invloed hebben op de uitspraak van de rechter. Het is echter een misverstand te denken dat die invloed er slechts is indien de bedrijfsarts mediation adviseert. Ook wanneer niet de bedrijfsarts, maar een van de (conflict)partijen daarin zelf het initiatief neemt, zal de andere partij daarop moeten reageren. De motivering om een voorstel tot mediation af te wijzen, zal voor de rechter van belang kunnen zijn.<sup>4</sup>

<sup>4</sup> Kantonrechter Amsterdam 21 april 2006, JAR 2006/142.

**Uit jurisprudentieonderzoek is de volgende lijn te destilleren:<sup>5</sup>**

1. Indien een van de partijen zich na een mislukte mediation tot de (kanton)rechter wendt met het verzoek de arbeidsovereenkomst te ontbinden, zal dit verzoek worden toegewezen.<sup>6</sup>
2. De werkgever die weigert in te gaan op een voorstel tot mediation of daaraan voorwaarden vooraf verbindt, riskeert – indien het daarna tot een beëindiging komt – op die grond een hogere vergoeding.<sup>7,8</sup>
3. Een werknemer die weigert in te gaan op een voorstel tot mediation, riskeert beëindiging van de arbeidsovereenkomst en – indien het daarvan komt – een lagere vergoeding.<sup>9</sup>

<sup>5</sup> J. Pel, 'De (kanton)rechter en mediation'. Tijdschrift Arbeidsrechtpraktijk 2009 nr. 3

<sup>6</sup> Kantonrechter Rotterdam 17 december 2008, LJN: BH0247.

<sup>7</sup> Kantonrechter Haarlem 16 april 2008, JAR 2008/154.

<sup>8</sup> Kantonrechter Haarlem 3 februari 2009, LJN: BH3164.

<sup>9</sup> Kantonrechter Gouda 4 januari 2007, JAR 2008/185.