

Arbeidsconflicten en mediation

G. Stouthart, datum 23-05-2019

Datum	23-05-2019
Auteur	G. Stouthart ^[1]
JCDI	JCDI:ADS52556:1
Vakgebied(en)	Arbeidsrecht / Medezeggenschapsrecht Arbeidsrecht / Algemeen Arbeidsrecht / Einde arbeidsovereenkomst
Wetgang	STECR werkwijzer

Mediation is een meer en meer voorkomend interventiemiddel bij arbeidsconflicten. In dit artikel sta ik stil bij wat mediation precies inhoudt en in welke situaties het kan worden ingezet als middel om een arbeidsconflict op te lossen. De Wet bevordering mediation kan in dit kader niet ongenoemd blijven. Verder ga ik in op de vraag hoe vrijwillig de keuze voor mediation eigenlijk is, bijvoorbeeld na een advies van de bedrijfsarts. In dat kader wordt recente rechtspraak hierover besproken. Het is belangrijke informatie voor de arbeidsrechtadvocaat om zijn klant goed te kunnen adviseren.

1. Mediation

Hoewel mediation steeds meer bekendheid geniet, is voor een goed begrip ervan van belang de uitgangspunten en 'spelregels' te schetsen. Mediation is het door partijen zelf, gezamenlijk oplossen van hun conflict(en), onder procesbegeleiding van een onafhankelijke derde, de mediator. De mediator oordeelt niet. Wél begeleidt de mediator het proces en helpt hij bij het vinden van werkbare oplossingen. Mediation raakt als methode van conflictoplossing steeds meer ingebed in de samenleving en in ons rechtsbestel. Zo blijkt uit het jaarverslag van de Raad voor de Rechtspraak^[2] dat het aantal verwijzingen naar mediation in 2018 is gestegen. Tevens wordt in dat Jaarverslag vermeld dat de Rechtspraak is verdergegaan met het versterken van de positie van mediation binnen rechtspraak. Mediation zorgt ervoor dat er door partijen snel een oplossing voor het conflict wordt gevonden. Een mediation wordt veelal binnen enkele maanden afgerond. Er wordt tijdens de mediation veel aandacht besteed aan de vraag waardoor de verhoudingen verstoord zijn geraakt. Daarnaast wordt via gezamenlijke gesprekken ingezoomd op de vraag welke belangen er zijn voor de partijen. Doordat partijen weer met elkaar in gesprek raken, wordt er gewerkt aan herstel van vertrouwen en de verhouding. Voorwaarde voor mediation is dat partijen bereid zijn om tot een oplossing te komen. Het vasthouden aan een principieel standpunt belemmert veelal een succesvolle mediation. Partijen houden altijd zelf de regie. Dit in tegenstelling tot arbitrage, bindende adviezen of rechtspraak, waarin de oplossing of beslissing over het geschil plaatsvindt boven de partijen, en niet door de partijen zelf.

De spelregels van mediation:^[3]

- mediation begint met het ondertekenen van de mediationovereenkomst, waarbij ook het MfN mediation reglement^[4] van toepassing wordt verklaard;
- deelname aan de mediation is altijd vrijwillig, maar niet vrijblijvend. In de

mediationovereenkomst wordt een inspanningsverplichting voor alle betrokkenen opgenomen waarin ze toezeggen actief te zullen meewerken aan het vinden van een oplossing via mediation;

- partijen en de mediator zijn vrij de mediation te beëindigen, bij voorkeur in gezamenlijk overleg;
- partijen, partijadviseurs en anderen die betrokken zijn bij de mediation, ondertekenen een geheimhoudingsclausule. Partijen en de mediator verbinden zich tot vertrouwelijkheid. Tijdens de mediation kunnen partijen vrijuit met elkaar praten. De inhoud van die besprekingen is - voor zover het om nieuwe informatie gaat - vertrouwelijk. Tenzij alle bij de mediation betrokken partijen, waaronder de mediator, het met openbaarmaking eens zijn, mag van de inhoud van de besprekingen geen enkele mededeling aan de rechter of derden worden gedaan;
- als partijen tot overeenstemming komen, worden de gemaakte afspraken vastgelegd in een vaststellingsovereenkomst.

1.1 Verwijzing door de rechter

Ook als er een gerechtelijke procedure loopt, kunnen partijen nog kiezen voor mediation. Dit kan op verschillende manieren:

1. schriftelijke verwijzing: partijen ontvangen een brief van het gerecht waar de procedure loopt waarin op de mogelijkheid van mediation wordt gewezen;
2. verwijzing ter zitting: de rechter wijst partijen tijdens de zitting op de mogelijkheid van mediation;
3. verwijzing op verzoek van partijen: een partij kan zich ook op eigen initiatief aanmelden bij de mediationfunctionaris van de rechterlijke instantie.

De gerechtelijke procedure wordt tijdelijk stilgelegd tijdens de mediation. Zodra (een van) partijen of de mediator aangeeft de mediation te willen stoppen, wordt op verzoek van de partijen de rechterlijke procedure hervat. Als partijen in de mediation tot overeenstemming zijn gekomen, wordt de gerechtelijke procedure gestopt. Uit informatie van de Rechtspraak volgt dat ruim de helft van de zaken die door een civiele rechter worden verwezen, door mediation geheel of gedeeltelijk wordt opgelost.^[5]

Mediation is niet in de wet verankerd maar vindt plaats in het kader van het verbintenissenrecht. Een MfN-registermediator dient op basis van zijn gedragsregels een mediationovereenkomst tussen partijen te sluiten. De mediator is daar tevens partij bij - en daardoor betreft het dus een driepartijenovereenkomst. In de mediationovereenkomst worden concrete verplichtingen en spelregels tussen de partijen vastgelegd. De mediationovereenkomst behelst een inspanningsverplichting voor partijen en de mediator om te proberen het geschil door mediation op te lossen

2. Wet bevordering mediation

2.1 Wetsvoorstel bevordering Mediation

Uit 2016 dateert het Wetsvoorstel bevordering Mediation. Dit wetsvoorstel ziet op het bevorderen van de kwaliteit van mediators en de inzet van mediation als alternatieve wijze van geschiloplossing.^[6] Het dient ter vervanging van drie inmiddels ingetrokken initiatiefwetsvoorstellen, ingediend door toenmalig VVD-kamerlid Van der Steur.^[7] Inmiddels ligt de behandeling van het wetsvoorstel al geruime tijd stil.

In het wetsvoorstel worden verschillende maatregelen getroffen om het gebruik van mediation als volwaardig alternatief voor de oplossing van (juridische) geschillen te stimuleren. Dit gebeurt onder meer door de invoering van een overheidsregister voor mediators en het stellen van kwaliteitseisen aan mediators die in dat register ingeschreven willen worden en door de invoering van de wettelijk beschermde titel 'beëdigd mediator' voor degenen die in het register zijn ingeschreven. Daarnaast worden aanpassingen doorgevoerd in het burgerlijk procesrecht en het bestuursprocesrecht waarmee de toepassing van mediation in het burgerlijk recht en het bestuursrecht wordt gestimuleerd. Van verplichte mediation is geen sprake. Partijen blijven te allen tijden vrij in hun keuze om mediation in te zetten om tot een oplossing van een conflict te komen.

In het kader van de voortgang heeft het MfN-bestuur op 28 februari 2019 het document 'Aanbevelingen voor een nieuwe versie van het Wetsontwerp Mediation' naar minister Dekker gestuurd. [8] Dit document is tot stand gekomen door een brede 'schrijfgroep' van betrokkenen uit het mediationveld en daarbuiten. Onder meer wordt aanbevolen dat het doel van een mediationwet zowel de stimulering van mediation als het bewerkstelligen van een evenwichtige samenhang tussen mediation en behandeling in rechte zou moeten zijn. Verder wordt een nieuw artikel 3:303a BW voorgesteld:

"Behoudens spoedvoorzieningen wordt geen rechtsvordering ingesteld zonder dat de eiser heeft onderzocht of het geschil door partijen in der minne kan worden opgelost. Hij doet dit onderzoek zo mogelijk tezamen met de wederpartij."

Wat betreft de geheimhoudingsplicht wordt aanbevolen dat het wetsvoorstel in de tekst en/of toelichting een duidelijke aanwijzing geeft aan de rechter om de vertrouwelijkheid, ook die van de in mediation ingebrachte schriftelijke stukken, te respecteren. Verder stelt de MfN dat het in sommige gevallen nuttig kan zijn om een rechterlijke interventie binnen een mediation te hebben.[9]

De MfN is geen voorstander van een wettelijk overheidsregister van mediators, omdat de MfN hierin voorziet middels het MfN-register. Wellicht dat de MfN niet op concurrentie zit te wachten. Wel bestaat er bij de MfN behoefte aan een wettelijke verankering van het (huidige) kwaliteitsstelsel voor mediators, zodat publieke gevolgen kunnen worden verbonden aan de registratie - in het bijzonder titelbescherming van de registermediator, borging van de vertrouwelijkheid en bevoegdheden zoals het adïëren van de rechter.[10]

2.2 Stand van zaken wetsvoorstel

In een brief van 11 maart 2019 meldt Minister Dekker voor Rechtsbescherming het volgende:

'In de brief van 11 juli 2018 heb ik uiteengezet waarom ik het wenselijk vind om steviger in te zetten op het versterken van het vermogen van mensen om zelf geschillen op te lossen en het gebruik van buitengerechtelijke geschiloplossing te stimuleren. Mijn doel is de problemen van rechtzoekenden zoveel mogelijk écht op te lossen. De gang naar de rechter blijft verzekerd voor iedereen, maar we zien ook dat door de uitspraak van een rechter de problemen van mensen lang niet altijd opgelost zijn. Informele en eenvoudige geschilbeslechtingsmogelijkheden kunnen er aan bijdragen dat problemen wel opgelost worden.'

Verder geeft de minister aan wanneer de Kamer wordt geïnformeerd en of het huidige voorstel wordt voortgezet.[11] Wordt dus vervolgd!

3. Arbeidsconflicten

Mediation is een bekend interventiemiddel bij arbeidsconflicten. Soms wordt het geadviseerd door de bedrijfsarts of wordt het in een procedure door de rechter als interventiemogelijkheid gegeven. Ook kan de HR-medewerker in geval van een arbeidsconflict inzetten op een mediationtraject. Ook in gevallen waarin de verhoudingen dusdanig zijn verstoord dat terugkeer van de werknemer op de werkvloer geen reële optie meer is, kan er voor mediation worden gekozen. Dan betreft het een zogenaamde 'exitmediation'. De mediation draagt in dat geval bij aan het verbeteren van de onderlinge verstandhouding opdat partijen - in goed overleg - (voor beide partijen) acceptabele afspraken over een beëindiging van de arbeidsovereenkomst kunnen maken.

3.1 STECR Werkwijzer Arbeidsconflicten^[12]

Zoals gezegd, maken partijen niet altijd zelf de keuze voor mediation. In het geval dat er sprake is van (al dan niet ('situatieve') arbeidsongeschiktheid is het ook vaak de bedrijfsarts die mediation adviseert. In de situatie dat er sprake is van een werknemer die door ziekte niet kan werken en er sprake is van een arbeidsconflict, kan de bedrijfsarts mediation als interventie adviseren. In hoofdstuk 1.3.6 van de STECR Werkwijzer wordt toegelicht in welke gevallen mediation als interventie zinvol kan zijn.^[13] De bedrijfsarts zal in zijn advies duidelijk moeten toelichten en motiveren waarom en op welke termijn mediation kan worden gestart. Vervolgens kunnen partijen daardoor een afgewogen keuze maken voor mediation, of voor een andere interventie. De keuze kan achteraf worden getoetst aan het beginsel van goedwerkgever- en goed werknemerschap, waaruit een inspanningsverplichting volgt om het conflict op te lossen. 'Niets doen is geen optie', aldus de STECR-richtlijn.

In hoofdstuk 3.9 (i.e. het juridisch kader) wordt toegelicht dat het advies aan de bedrijfsartsen is om terughoudender te zijn bij het adviseren van mediation. Dit advies kwam voort uit de ervaring dat bedrijfsartsen (te) makkelijk mediation adviseerden, terwijl nog andere interventies mogelijk waren. Dat hing weer samen met het feit dat in de eerste versies van de werkwijzer mediation min of meer als een van de standaardoplossingen voor arbeidsconflicten werd gepresenteerd.

In de Werkwijzer wordt verwezen naar de vijf vuistregels die mr. J. Pel heeft geformuleerd op basis van de jurisprudentie rondom de relatie tussen mediation en beëindiging van de arbeidsovereenkomst, alsmede het recht op loon tijdens afwezigheid wegens een conflict.^[14] In de Werkwijzer wordt er nog op gewezen dat die vuistregels worden herbevestigd door recente rechtspraak.^[15] De vijf vuistregels zijn:

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;
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 ontbindingsvergoeding;
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;
4. een werknemer die draait ten aanzien van mediation of voorwaarden stelt aan mediation, riskeert zijn loon kwijt te raken ex artikel 7:628 of 7:629 BW;
5. een werkgever die draait ten aanzien van mediation of voorwaarden stelt aan mediation, riskeert loon te moeten betalen in een situatie ex artikel 7:628 BW.

De STECR Werkwijzer dateert al van oktober 2014 en lijkt daarmee voor wat betreft de vijf vuistregels niet geheel aan te sluiten bij de Wwz, bijvoorbeeld voor wat betreft de opmerkingen over de ontbindingsvergoeding en het (vooralsnog) gesloten ontslagstelsel van de Wwz. Inmiddels heeft de Nederlandse Vereniging voor Arbeids- en Bedrijfsgeneeskunde (NVAB) een eigen concept richtlijn ontwikkeld voor het handelen van de bedrijfsarts bij arbeidsconflicten, de Richtlijn 'Conflicten in de werksituatie'.^[16] Uit de conceptringhtlijn van juli 2018 volgt dat deze beoogt de ernst van het conflict en de impact daarvan op de organisatie leidend te laten zijn voor de keuze van de interventie van de bedrijfsarts. Pas bij verharding van standpunten in conflicten is mediation het aangewezen middel, aldus de concept richtlijn.^[17] De richtlijn wordt naar verwachting in het voorjaar van 2019 beschikbaar.

4. Mediation verplicht of vrijwillig?

Voor de arbeidsrechtpraktijk is het antwoord op de vraag of partijen verplicht zijn om mee te werken aan

mediation relevant. In hoeverre werpt het niet meewerken aan mediation zijn schaduw vooruit? In hoeverre heeft het wel of niet meewerken door een van de partijen aan mediation invloed op een toewijzing van een ontbindingsverzoek door de rechter of op het toekennen van een billijke vergoeding door de rechter? Op zich zou die invloed opmerkelijk zijn, gelet op het feit dat een van de belangrijke uitgangspunten voor mediation vrijwilligheid is. Toch wordt duidelijk dat vaak aan de hand van de norm van goedwerkgever- c.q. werknemerschap van art. 7:611 BW en aan de hand van de wettelijke re-integratie-verplichtingen van werkgever en werknemer (Wet Poortwachter) een plicht tot meewerken aan mediation wordt gecreëerd. Ligt er een advies van een Arbo-, bedrijfsarts of het UWV dat mediation gewenst is, dan moeten de werkgever en de werknemer in ieder geval gemotiveerd kunnen aangeven waarom zij niet hebben meegewerkt aan de mediation.

Hieronder zal ik aan de hand van recente jurisprudentie ingaan op de vraag in hoeverre het door een van de partijen niet willen meewerken aan mediation invloed heeft op het antwoord op de vragen of de rechter het ontbindingsverzoek toewijst en of de werkgever een extra vergoeding moet betalen. Uit relevante rechtspraak volgt dat niet meewerken meestal niet ten voordele van diegene werkt.^[18]

4.1 Werkgever stuurt te vroeg of uitsluitend aan op exit

Dat de werkgever in mediation alleen wil praten over een exit, of vrijwel meteen aanstuurt op een vertrek werkt niet in diens voordeel. In een uitspraak van de Rechtbank Midden-Nederland^[19] rekende de rechtbank het de werkgever aan dat deze niet had gewerkt aan het herstel van de verhoudingen en zich niet oplossingsgericht had opgesteld in de aanloop naar de mediation. Een eerder door de werkgever ingediend ontbindingsverzoek was al afgewezen. Ter zitting heeft de werkgever het een ander over de mediation toegelicht. De werkgever had onder andere vastgehouden aan de voorwaarde dat de mediation ook op een exit zou moeten zien, terwijl deze wist dat de werknemer wilde werken aan zijn terugkeer in de organisatie. Ter zitting wordt duidelijk dat de werkgever zal blijven streven naar beëindiging van de arbeidsovereenkomst. De rechter oordeelt dat de werkgever ernstig verwijtbaar heeft gehandeld door zaken op de spits te drijven, onder andere door het loon op te schorten en de niet welwillende houding in aanloop naar de mediation. De rechter kent een aanvullende billijke vergoeding toe van € 30.000,-.

Het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden oordeelde^[20] dat de werkgever in een conflict met een MT-lid de optie van een beëindiging van de arbeidsovereenkomst te vroeg had opgebracht. Door vervolgens in mediation (volgens het Hof ' *bij uitstek een middel om te trachten een (beginnend) arbeidsconflict op te lossen* ') te blijven inzetten op beëindiging van het dienstverband, handelde de werkgever ernstig verwijtbaar. De informatie over de mediation volgde onder andere uit het verhandelde ter zitting en de verklaring van de mediator over het staken van de mediation.^[21] Het Hof oordeelde dat in de hoogte van de billijke vergoeding tot uitdrukking moet komen dat de ontbinding van de arbeidsovereenkomst mede het gevolg is geweest van het ernstig verwijtbaar handelen van de werkgever.

De kantonrechter te Lelystad verweet het de werkgever ernstig dat deze niet op een zorgvuldigere wijze met een ingezet mediationtraject was omgegaan, door vanaf het tweede mediationgesprek in te zetten op een afscheidsregeling. Deze informatie over de mediation was ter zitting vast komen te staan.^[22]

4.2 Niet opvolgen advies Arbo- of bedrijfsarts

Als een werkgever het advies van de Arbo- of bedrijfsarts tot mediation niet opvolgt wordt dat veelal door de rechter ten nadele van de werkgever meegewogen. Zo oordeelde het Gerechtshof 's-Hertogenbosch oordeelde in een loonvorderingsprocedure dat de werknemer niet ongeoorloofd had verzuimd.^[23] Het hof was van oordeel dat de werknemer wél recht had op loon. Van de werknemer kon niet worden verwacht in te gaan op een uitnodiging voor gesprekken met de werkgever zonder dat daar een onafhankelijke begeleider bij zou kunnen zijn. Per e-mail had de werkgever laten weten dat het onwenselijk en onnodig was dat bij die gesprekken een advocaat aanwezig zou zijn. Ondanks dat de bedrijfsarts in eerste instantie mediation sterk had aangeraden en vervolgens had geadviseerd dat partijen gesprekken met elkaar moeten gaan voeren, had van de werkgever mogen worden verwacht behoedzaam om te gaan met de communicatie richting de

werknemer en om in te gaan op de herhaalde verzoeken van de gemachtigde van de werknemer om mediation in te zetten. Dit ook mede gezien de psychische gesteldheid van de werknemer, aldus het hof. Wat de werkgever daarop tegen had, heeft hij niet duidelijk gemaakt. Het hof achtte het in deze zaak niet realistisch van de werknemer te verwachten dat hij zich weer op het werk kon melden zonder daaraan voorafgaande mediation.

De Rechtbank Midden-Nederland verwijt de werkgever niet zelf te hebben nagedacht, en geen mediation te hebben ingezet in een arbeidsconflict met een zieke werknemer.^[24] Ondanks dat de bedrijfsarts dat niet nadrukkelijk had geadviseerd en ondanks dat een eerder ingeschakelde mediator (die alleen had bemiddeld over een beëindiging) had aangegeven geen heil te zien in een nieuwe mediation. De omstandigheden, waaronder de verslechterde psychische gesteldheid van de werknemer, hadden aanleiding moeten zijn om, al dan niet onder begeleiding van een mediator, het gesprek met de werknemer aan te gaan. Een en ander leidt ertoe dat de rechtbank oordeelt dat het opzegverbod van artikel 7:670 lid 1 BW van toepassing is en het verzoek tot ontbinding afwijst.

Het niet of te laat inzetten van mediation kan ook ertoe leiden dat het UWV de na de beëindiging van het dienstverband aan de werknemer uitbetaalde ziekteuitkering, verhaalt op de werkgever.^[25] De Centrale Raad van Beroep oordeelt dat het feit dat de verhouding met de werknemer niet optimaal was voor de werkgever juist aanleiding had moeten zijn om het advies van de bedrijfsarts tot mediation direct op te volgen en daarmee niet te wachten. De werkgever moet de ziekteuitkering betalen gedurende het tijdvak dat deze te weinig re-integratie-inspanningen heeft verricht.

4.3 Werknemer niet constructief

Ook een niet-constructieve opstelling van de werknemer wordt door rechters meegewogen.

Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden oordeelde in een zaak dat vooral de houding van de werknemer heeft geleid tot een impasse.^[26] De arbeidsverhouding is ernstig en duurzaam verstoord geraakt. Het betrof hier een frequent zieke werknemer die over nagenoeg alle stappen en voorstellen van haar werkgever (in het kader van haar re-integratie) in discussie ging of daaraan voorwaarden stelde. De medewerkster had zelf een mediator voorgesteld, maar nadat deze door de werkgever was afgewezen wilde zij niet (meer) meewerken aan mediation.

Ook in een andere zaak oordeelde de rechter de houding van de werknemer als niet constructief.^[27] In deze zaak weigerde de werknemer om in gesprek te gaan met een aantal collega's, in het bijzijn van HR. Hoewel het hof het onhandig vindt dat de werkgever dit gesprek als mediation had gepresenteerd, terwijl daarvan in feite geen sprake was, had de werknemer dat gesprek niet mogen weigeren. De eisen van goed werkgeverschap gaan niet zover dat een werkgever kan worden verplicht mee te werken aan mediation zonder dat eerst is geprobeerd onderling tot het verbeteren van het functioneren te komen, aldus het hof. De werkgever was in casu niet verplicht een externe mediator in te schakelen.

In weer een andere zaak oordeelde het Gerechtshof 's-Hertogenbosch dat van een werknemer die ieder ander contact met de werkgever afhield wel mocht worden verwacht mee te werken aan mediation. Dat was volgens het hof de enige manier waarop zij en haar werkgever nog met elkaar in overleg (konden) zijn over de re-integratie.^[28]

4.4 Mislukte mediation

Het mislukken van mediation kan bevestigen dat de arbeidsverhouding ernstig is verstoord, omdat de mediation partijen niet meer tot elkaar heeft gebracht. Zodoende kan het een grondslag voor ontbinding zijn. Dit was het geval in een zaak waarin de rechter het bestaan van een voldragen arbeidsconflict baseerde op het feit dat de mediation geen oplossing heeft kunnen bieden.^[29] Maar een mislukte mediation is niet altijd grond voor ontbinding. De Rechtbank Overijssel overwoog dat een niet-succesvol afgerond mediationtraject met de collega's onvoldoende was om aan te nemen dat er sprake is van een verstoorde arbeidsrelatie.^[30] Bovendien was er ook gedurende een aantal jaren voordien niet gebleken van een verstoorde relatie. Dat

maakte dat de rechter niet van oordeel was dat van de werkgever niet kan worden verwacht de arbeidsovereenkomst voort te zetten.

Uit de hierboven besproken rechtspraak valt het een en ander af te leiden. Zo kan in een procedure het zonder goede reden niet meewerken aan mediation de weigerende partij worden aangerekend. En indien bekend wordt dat er door de werkgever in een mediation uitsluitend wordt ingezet op exit, leidt dat veelal tot de conclusie dat de werkgever ernstig verwijtbaar handelt en kent de rechter vaak een aanvullende billijke vergoeding toe. Daarnaast, dat mediation geen een oplossing heeft gebracht kan tot de conclusie leiden dat de arbeidsverhouding ernstig is verstoord. Dat de houding van partijen bij mediation een rol speelt bij de rechter lijkt enigszins in strijd met zowel het uitgangspunt dat mediation vrijblijvend is als met de geheimhoudingsclausule. Met de vrijblijvendheid van mediation wordt vaak bedoeld dat betrokken partijen zelfs nog in een vergevorderd stadium de mediation zonder juridische consequenties kunnen beeindigen. Deze vrijblijvendheid wordt kennelijk in de rechtspraak wel genuanceerd. Rechters zijn vaak kritisch over de opstelling van partijen in de mediation. Ondanks dat ze in beginsel niet bekend zijn met wat in de mediation is besproken, wordt vaak ter zitting of via de ingediende stukken wel bekend hoe partijen zich hebben opgesteld. In dit kader verwijs ik nog naar een uitspraak van het Hof Amsterdam^[31] waarin werd geoordeeld dat de strekking van de geheimhoudingsplicht meebrengt dat informatie over de (wijze van) beëindiging van de mediation ook onder de geheimhoudingsplicht valt. Dit juist om te voorkomen dat informatie over het verloop van de mediation tegen een partij kan worden gebruikt. Met deze aspecten moet je als advocaat rekening houden bij het inzetten van mediation als strategisch middel.

5. Tot slot

Het onderwerp mediation is actueel en in beweging. Het is duidelijk dat de Minister voor Rechtsbescherming een voorstander is van informele en eenvoudige geschilbeslechtingmogelijkheden om problemen op te lossen. In hoeverre hij daarbij ook denkt aan mediation moeten we afwachten. Ruim de helft van de zaken die door de civiele rechter worden doorverwezen naar mediation wordt geheel of gedeeltelijk opgelost. Er bestaat een hoge mate van tevredenheid bij de mensen die mediation hebben toegepast. Uit de besproken uitspraken kan in het algemeen worden afgeleid dat de vijf vuistregels van Pel in beginsel nog steeds gelden. Als arbeidsrechtadvocaat is het van belang om te weten wat mediation inhoudt, maar tevens om op de hoogte te zijn van de gevolgen van het niet meewerken aan mediation.

Voetnoten

[1] Mw. mr. G. A. Stouthart is advocaat en MfN mediator bij Sprengers advocaten.

[2] Jaarverslag Raad voor de Rechtspraak 2018, p. 28.

[3] Zie M.A. Schonewille, *Toolkit Mediation*, Boom Juridisch 2018, p. 153.

[4] De titel MfN (Mediatorsfederatie Nederland)-registermediator is een beschermde titel. Alleen mediators die gekwalificeerd en erkend zijn door de Stichting Kwaliteit Mediators (SKM), de stichting die het MfN-register beheert en onderhoudt, de titel mogen voeren. MfN-registermediators werken volgens reglementen en modellen die de SKM heeft opgesteld.

[5] Zie brochure *mediation naast rechtspraak in civiele en kantonzaken van de rechtspraak*, p. 9.

[6] Ontwerp memorie van toelichting, *Wet bevordering mediation concept consultatie 2016*. Zie [Internetconsultatie.nl/wetmediation/details](https://internetconsultatie.nl/wetmediation/details).

[7] *Kamerstukken II* 2014/15, [33722, 23](#), [33723, 14](#) en [33727, 12](#).

[8] Zie brief 28 januari 2019. Betreft: aanbevelingen wetsontwerp Mediation, MfN-bestuur.

[9] Zie brief 28 januari 2019 Betreft: aanbevelingen wetsontwerp Mediation, MfN-bestuur, p. 3.

[10] Zie brief 28 januari 2019 Betreft: aanbevelingen wetsontwerp Mediation, MfN-bestuur, p. 4.

[11] Zie brief Directoraat-Generaal Rechtspleging en Rechtshandhaving Directie Rechtsbestel DRB/RG, 11 maart 2019, kenmerk 2501883. (...) “De consultatie heeft, zoals u ook opmerkt in uw vragen, geleid tot sterk uiteenlopende en deels tegenovergestelde reacties. Als bezwaren zijn onder meer aangevoerd dat het conceptwetsvoorstel zou leiden tot overbodige regulering, tot een onwenselijke juridisering van het beroep van mediator, dat er teveel of juist te weinig overheidsbemoeienis is, dat het onvoldoende maatregelen bevat die mediation bevorderen en dat onvoldoende onderbouwd is waarom juist mediation (als één van de vormen van geschilbeslechting waar rechtzoekenden voor kunnen kiezen) gestimuleerd dient te worden. Na de consultatie van het conceptwetsvoorstel inzake mediation heeft een groep van mediators en wetenschappers samen met het bestuur van de Mediatorsfederatie Nederland (MfN) de krachten gebundeld om te kijken of zij een aantal gezamenlijk gedragen uitgangspunten kunnen formuleren ten behoeve van wettelijke maatregelen ter bevordering van mediation. Dit verslag van de gedeelde uitgangspunten is zeer recent aan mij aangeboden. De komende periode benut ik om de uitgangspunten te bestuderen en te onderzoeken of deze op een breder draagvlak kunnen rekenen. Mede op basis daarvan zal ik besluiten over het vervolg van het conceptwetsvoorstel. Ik informeer uw Kamer zo spoedig mogelijk.”

[12] Afkomstig van Stichting Expertisecentrum Participatie. Versie van 6 oktober 2014. Te bestellen via www.stecr.nl.

[13] Volgens de Werkwijzer kan Arbeidsmediation zinvol zijn als:

- Het conflict al enige tijd speelt.
- Het partijen niet lukt zelf eruit te komen.
- Er derden, bijvoorbeeld collega's of juristen bij het conflict zijn betrokken.
- Het conflict is geëscaleerd of escalatie dreigt.
- Door het conflict de duur van de arbeidsongeschiktheid zal toenemen.
- Het conflict is ontstaan door pesten of naar aanleiding van (seksuele) intimidatie.
- Partijen willen spreken over een beëindiging van de arbeidsovereenkomst.

[14] J. Pel, *Arbeidsrecht en Mediation; de rol van mediation in de arbeidsrechtpraktijk*, Sdu 2007, eerste druk. In juli 2013 hebben E. Knipschild en A. Bongers dit boek bewerkt tot een tweede druk.

[15] E. Knipschild, 'De Pel-vuistregels bij mediation in arbeidsrecht anno 2014', *Tijdschrift Arbeidsrechtpraktijk* 2014/14, p. 113 e.v.

[16] www.nvab-online.nl/actueel/nieuws/stress-en-conflicten-op-het-werk.

[17] Zie ook *ArbeidsRecht* 2019/13.

[18] Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 31 mei 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:4214 en Gerechtshof 's-Hertogenbosch 31 januari 2017, ECLI:NL:GHSHE:2017:323. Zie ook Rechtspraak Mediation, 3^e herziene druk 2018, Sdu.

[19] Rechtbank Midden-Nederland 14 januari 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:67. Zie ook Rechtspraak Mediation, derde herziene druk 2018, Sdu nr. 27.

[20] Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 25 augustus 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:6882. Zie ook Rechtspraak

[21] Zie 3.19: 'Op 17 september 2015 heeft [directeur] via de mediator aan [appellante] een concept beëindigingsovereenkomst toegezonden (prod. MM bij akte aanvullende producties en prod. 24 bij verzoekschrift). [appellante] heeft op dat voorstel niet gereageerd. Op 23 oktober 2015 is de mediation schriftelijk beëindigd door de mediator. De mediator schrijft in dat verband: "*In mijn rol als mediator moet ik vaststellen dat er onvoldoende basis is voor partijen om tot overeenstemming te komen. Ik heb dan ook vandaag voorgesteld de mediation te beëindigen.*" (prod. 23 verzoekschrift).'

[22] Rechtbank Midden-Nederland 21 april 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:2440. Zie ook Rechtspraak Mediation, derde herziene druk 2018, Sdu nr. 32.

[23] Gerechtshof 's-Hertogenbosch 5 april 2016, ECLI:NL:GHSHE:2016:1311. Zie ook Rechtspraak Mediation, derde herziene druk 2018, Sdu nr. 30.

[24] Rechtbank Midden-Nederland 4 januari 2017, ECLI:NL:RBMNE:2017:110. Zie ook Rechtspraak Mediation, derde herziene druk 2018, Sdu nr. 46.

[25] Centrale Raad van Beroep 6 april 2016 ECLI:NL:CRVB:2016:1278. Zie ook Rechtspraak Mediation, derde herziene druk 2018, Sdu nr. 31.

[26] Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 31 mei 2016 ECLI:NL:GHARL:2016:4214. Zie ook Rechtspraak Mediation, derde herziene druk 2018, Sdu nr. 35.

[27] Rechtbank Amsterdam 13 juni 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:3970. Zie ook Rechtspraak Mediation, derde herziene druk 2018, Sdu nr. 36.

[28] Gerechtshof 's-Hertogenbosch 31 januari 2017, ECLI:NL:GHSHE:2017:323. Zie ook Rechtspraak Mediation, derde herziene druk 2018, Sdu nr. 47.

[29] Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, 25 augustus 2016 ECLI:NL:GHARL:2016:6882. Zie ook Rechtspraak Mediation, derde herziene druk 2018, Sdu nr. 39.

[30] Rechtbank Overijssel 15 maart 2016, Rechtspraak Mediation, derde herziene druk 2018, Sdu nr. 28.

[31] Hof Amsterdam 8 november 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:4434, NJF 2017/37.