

Artikel

De invloed van mediation op de ontslagprocedure

mr. Gabi Stouthart*

1. Inleiding

Een geëscaleerd arbeidsconflict leidt nog wel eens tot een ontslagzaak. Vaak is daarvoor geprobeerd om via mediation het conflict op te lossen. Geregeld draagt mediation bij aan een verbetering van de onderlinge verhoudingen. Maar soms leidt de mediation niet tot een succesvol resultaat en wordt die zonder oplossing beëindigd. Of de mediation wordt niet gestart omdat een van de partijen weigert om mee te werken of belemmeringen blijft opwerpen. In hoeverre werkt een niet geslaagde mediation door in een daaropvolgende ontslagprocedure? En heeft het feit dat een van de partijen niet heeft willen meewerken aan mediation een (negatief) effect op de ontslagprocedure?

Eerst sta ik stil bij wat mediation precies inhoudt en in welke situaties deze kan worden ingezet als middel om een arbeidsconflict op te lossen. Verder ga ik kort in op de vraag hoe vrijwillig de keuze voor mediation is. Tevens besteed ik aandacht aan de situatie dat de bedrijfsarts mediation adviseert in het kader van de re-integratie van een zieke werknemer. Vervolgens bespreek ik aan de hand van recente rechtspraak in hoeverre het niet willen meewerken aan en het beëindigen van de mediation invloed heeft op de ontslagprocedure.

2. Mediation – de spelregels

Mediation is – kort samengevat – een proces waarin partijen zelf én gezamenlijk hun conflict(en) bespreken en oplossen, onder procesbegeleiding van een onafhankelijke mediator. De mediator is neutraal en oordeelt niet. De mediator begeleidt het proces en helpt bij het vinden van werkbare oplossingen. Tijdens de mediation wordt aandacht besteed aan de belangen van partijen. Het doel is dat, doordat partijen weer met elkaar in gesprek raken, het onderlinge vertrouwen herstelt en de verhouding verbetert. Voorwaarde voor (de start van de) mediation is dat partijen vrijwillig deelnemen. Eenmaal gestart geldt er een inspanningsverplichting van de partijen en worden zij geacht zich actief in te zetten om gezamenlijk tot een oplossing te komen.¹ De ervaring leert dat het vasthouden aan een principieel standpunt of het stellen van voorwaarden veelal een succesvolle mediation belemmert. In tegenstelling tot arbitrage, bindende adviezen of rechtspraak – waarin de oplossing of beslissing over het geschil plaatsvindt boven de partijen – houden partijen bij een mediationstraject altijd zelf de regie.

Mediation kent een aantal uitgangspunten en ‘spelregels’:²

- mediation begint met het ondertekenen van de mediationovereenkomst, waarbij ook het MfN-mediationreglement³ van toepassing wordt verklaard;

1 Zie M.A. Schonewille, *Toolkit Mediation*, Den Haag: Boom juridisch 2018, p. 35.

2 Zie M.A. Schonewille, *Toolkit Mediation*, Den Haag: Boom juridisch 2018, p. 153.

3 Het MfN-register is het Nederlandse kwaliteitsregister van mediators in Nederland. De Raad voor de rechtspraak en de Raad voor Rechtsbijstand werken alleen met MfN-registermediators, zie <https://mfregister.nl/>.

* Gabi Stouthart is advocaat en MfN-mediator bij Sprengers advocaten.

- 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 op ieder moment 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.

Mediation is niet apart in de wet verankerd. Een MfN-registermediator sluit op basis van zijn gedragsregels een op het overeenkomstenrecht gebaseerde mediationovereenkomst⁴ tussen partijen, waarbij de mediator ook partij is.

56

3. Mediation vrijwillig of toch min of meer verplicht?

Dat partijen vrijwillig deelnemen aan mediation is een belangrijke spelregel, zo zagen we hiervoor. Deze vrijwilligheid vormt naast geheimhouding een van de kernwaarden van mediation. Desondanks kan bijvoorbeeld het tijdens arbeidsongeschiktheid weigeren deel te nemen aan mediation negatieve consequenties hebben. Voor een werknemer kan het bijvoorbeeld leiden tot verlies van het recht op loon. Ook kan het wel of niet meewerken aan mediation invloed hebben op een toe- of afwijzing van een ontbindingsverzoek en het toekennen van een billijke vergoeding. Hoe verhouden deze nadelige gevolgen zich tot de kernwaarde dat mediation vrijwillig moet worden aangegaan?

Het vrijwillige karakter van de mediation stond centraal in een arrest van de Hoge Raad van 12 juli 2024. Hierin speelde dat tussen (zakelijke) partijen een zogenoemde mediationclausule was afgesproken.⁵ Deze clausule was onderdeel van het arbitraal beding dat in de (aandelen) koopovereenkomst was opgenomen. Het arbitraal be-

ding hield in dat eventuele uit de koopovereenkomst voortvloeiende geschillen in eerste instantie via mediation zouden worden opgelost. De Hoge Raad overwoog: het is ‘mogelijk dat een mediationclausule partijen verplicht mediation te beproeven voordat zij in rechte (of in arbitrage) een procedure aanhangig maken’. Naar het oordeel van de Hoge Raad staat het karakter van mediation daaraan niet in de weg. Of de clausule in het concrete geval die verplichting inderdaad meebrengt en, zo ja, wat de reikwijdte is van die verplichting, is een kwestie van uitleg. Daarbij geldt vanzelfsprekend dat toepassing van de clausule niet ‘tot gevolg (mag) hebben dat het recht van partijen op toegang tot de rechter (...) op onaanvaardbare wijze wordt aangetast’. Kortom, volgens de Hoge Raad kan een mediationclausule een verplichtend karakter hebben. Dat is afhankelijk van de inhoud van de clausule en de betekenis die partijen daaraan redelijkerwijs mochten toekennen. Interessant is dat A-G De Bock in deze zaak tot vernietiging van het oordeel van het hof concludeerde. Volgens de A-G is een afspraak tussen professionele partijen om eerst mediation te proberen juridisch bindend. Dat leidt er volgens de A-G toe dat als een partij zich niet aan deze verplichting houdt, de rechter de procedure moet aanhouden.⁶

Naar aanleiding van dit arrest vragen Thiel-Wortmann en Ingelse zich af of een mediationclausule partijen kan verplichten hun conflict aan mediation te onderwerpen⁷ en, zo ja, of dat niet in strijd is met het vrijwillige karakter van mediation. Thiel-Wortmann en Ingelse verwoorden het mooi: ‘mediation is een beweeglijke zoektocht binnen een onstuimige dynamiek’. De auteurs beschrijven dat mediation niet een statisch en lineair proces is ‘dat de gestolde werkelijkheid beoordeelt, maar een vitale zoektocht naar mogelijkheden om de bestaande impasse te doorbreken, met zo min mogelijk nevenschade’. Zij merken op dat mediation niet zonder de vitale inbreng van de direct betrokkenen en/of van de mensen die er belang bij hebben, kan. Dat maakt dat de bereidheid van partijen zich te committeren aan de mediation relevant blijft, ook als de mediation op grond van een mediationclausule verplicht zou zijn.⁸

In de praktijk blijkt mediation alleen zinvol als beide partijen zich willen inspannen om gezamenlijk en onder eigen regie tot gesprekken en idealiter tot een oplossing van hun geschil te komen. Die bereidheid begint met de vrijwillige keuze om deel te nemen aan mediation. Dat het advies om mediation in te zetten wellicht in sommige gevallen als een plicht kan voelen, betekent niet dat er geen sprake is van vrijwilligheid en bereidheid. Soms is een wat dwingende suggestie nodig om de mediation te starten. Dat maakt de mediation niet minder succesvol.

4 Regelgeving en documenten - MFN-register, <https://mfregister.nl/mediators/regelgeving-en-documenten/>.

5 Zie HR 12 juli 2024, ECLI:NL:HR:2024:1078, met conclusie van A-G De Bock van 26 januari 2024, ECLI:NL:PHR:2024:103.

6 Zie Conclusie A-G De Bock 26 januari 2024, ECLI:NL:PHR:2024:103, punt 6.6-6.10.

7 P.A.T.N. van Thiel-Wortmann & P. Ingelse, ‘De mediationclausule: balanceren tussen vrijwilligheid en pacta sunt servanda’, *NJB* 2024/2670.

8 P.A.T.N. van Thiel-Wortmann & P. Ingelse, ‘De mediationclausule: balanceren tussen vrijwilligheid en pacta sunt servanda’, *NJB* 2024/2670, p. 5.

4. Arbeidsconflicten en arbeidsmediation

Mediation is een bekend interventiemiddel bij beginnende arbeidsconflicten. Geregeld wordt mediation door HR-medewerkers ingezet om erger te voorkomen. In geval van een zieke werknemer adviseert de bedrijfsarts veelal in het kader van de re-integratie mediation te starten. In een ontslagprocedure kan de rechter mediation als interventiemogelijkheid opperen aan partijen. In situaties waarin de arbeidsverhoudingen dusdanig zijn verstoord dat terugkeer van de werknemer op de werkvloer geen reële optie meer is, kan er ook door partijen voor mediation worden gekozen. Dan betreft het een zogenoemde ‘exit mediation’.

5. Invloed mediation op de ontslagprocedure

Hierna bespreek ik aan de hand van recente rechtspraak de vraag welke invloed een al dan niet geslaagde mediation in een ontslagprocedure heeft. In hoeverre speelt de vraag of mediation is geprobeerd een rol bij het aannemen van een duurzaam verstoorde arbeidsverhouding? Welke rol speelt het door de werkgever eenzijdig aansturen op een exit mediation in een ontslagprocedure? Kan een werknemer weigeren deel te nemen aan een exit mediation? Wanneer wordt werknemer of werkgever een verwijt gemaakt ten aanzien van het ontstaan en laten voortduren van het conflict? Leidt dat verwijt dan vervolgens tot het toe- dan wel afwijzen van het ontbindingsverzoek en een billijke vergoeding?

Adviezen bedrijfsarts | STECR Werkwijzer Arbeidsconflicten⁹

Het gros van de arbeidsmediations speelt zich af tegen een achtergrond van ziekte. Er kan sprake zijn van medische arbeidsongeschiktheid, maar ook conflicten kunnen ziekmakend zijn. In het geval van (al dan niet situatieve) arbeidsongeschiktheid is het vaak de bedrijfsarts die in het kader van de re-integratie mediation adviseert. Hoofdstuk 8 van de STECR-werkwijzer is in zijn geheel gewijd aan arbeidsmediation. Daar wordt ingegaan op wat arbeidsmediation precies is, wat kritische succesfactoren voor het slagen ervan zijn en wanneer arbeidsmediation kan worden ingezet. Maar in de zevende STECR-werkwijzer wordt ook aandacht besteed aan preventie.¹⁰ Er wordt opgemerkt dat mediation he-

laas vaak pas laat wordt ingezet, namelijk op het moment dat het conflict een ernstige escalatiefase¹¹ heeft bereikt en meerdere pogingen om het probleem op te lossen zijn mislukt. In de STECR-werkwijzer wordt benadrukt dat mediation tijdig moet worden ingezet. Het (erg) laat en als laatste kans inzetten van mediation kan een succesvolle oplossing belemmeren. Daardoor is de kans dat partijen er zelfstandig nog uitkomen klein en ligt een beëindiging van de arbeidsovereenkomst voor de hand. Dit is met name een oproep aan werkgevers en HR-medewerkers om op tijd in te grijpen en het gesprek aan te gaan met de medewerker. Om verergering van het conflict te voorkomen.

Meewerken aan mediation redelijk voorschrift i.z.v. artikel 7:629 lid 3 sub d BW

Een zieke werknemer is in beginsel verplicht om mee te werken aan zijn re-integratie. Het op advies van de bedrijfsarts deelnemen aan een mediation kan tot de re-integratieverplichtingen van een zieke werknemer behoren. Uiteraard is het wel belangrijk dat de zieke werknemer medisch gezien in staat wordt geacht tot deelname aan mediation. Indien een werknemer niet meewerkt aan zijn re-integratie kan dat voor een werkgever aanleiding vormen om een loonstop op te leggen.

Uit een uitspraak van het hof Den Haag uit 2023¹² volgt dat het – ondanks meerdere verzoeken van de werkgever – weigeren van een zieke werknemer met mediation in te stemmen zelfs tot (ernstig) verwijtbaar handelen van de werknemer en tot ontbinding op de e-grond kan leiden. Deze uitspraak van het hof laat niet alleen zien dat het blijven weigeren van een zieke werknemer om aan mediation deel te nemen kan leiden tot een loonstop, maar zelfs tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst op grond van (ernstig) verwijtbaar handelen. Als de mediation door de bedrijfsarts is geadviseerd, de werkgever redelijke voorwaarden verbindt aan de mediation en in overleg treedt over de aan te stellen mediator mag in beginsel van een zieke werknemer worden verwacht mee te werken aan mediation om de verstoorde arbeidsrelatie te herstellen en daarmee bij te dragen aan zijn herstel.

In 2024 oordeelt de feitenrechtspraak – onder verwijzing naar bovenstaande beschikking van het hof Den Haag – een aantal keer dat het meewerken aan mediation/bemiddeling in beginsel een redelijk voorschrift is in de zin van artikel 7:629 lid 3 sub d BW. En dat het niet meewerken negatieve consequenties kan hebben. De kantonrechter Haarlem oordeelde dat, aangezien de zieke werknemer voorwaarden blijft stellen en daarmee in feite de mediation blokkeert, de loonstop van de werkgever rechtsgeldig is.¹³ De werknemer wilde bemiddeling zonder geheimhouding. Ondanks dat de werkgever daarmee instemde, bleef de werknemer nieuwe, on-

9 Stichting Expertisecentrum Participatie (STECR), *Werkwijzer Arbeidsconflicten* (versie 7), 12 april 2022, www.stecr.nl.

10 Zie ook het voorwoord van de STECR-werkwijzer: ‘Hoe creëer je een omgeving die het risico op arbeidsconflicten vermindert en waarin, mochten ze toch ontstaan, werknemers hulp zoeken als ze er zelf niet uitkomen. Wanneer schakel je een arbeidsmediator in met in het achterhoofd de wetenschap dat dit veelal als een voorportaal gezien wordt voor ontslag, terwijl het zo’n mooi instrument is. Alles bij elkaar voldoende onderwerpen voor interessante discussies.’

11 Zie escalatieladder van Glasl; Escalatieladder – Wikipedia, <https://nl.wikipedia.org/wiki/Escalatieladder>.

12 Hof Den Haag 14 februari 2023, ECLI:NL:GHDHA:2023:250.

13 Ktr. Haarlem 27 mei 2024, ECLI:NL:RBNHO:2024:5684.

werkbaar eisen stellen, waardoor bemiddelaars afhaakten. Na waarschuwingen legde de werkgever een loonstop op wegens schending van re-integratieverplichtingen. De kantonrechter vond dit terecht en benadrukte dat mediation zonder voorwaarden moet kunnen plaatsvinden en dat geheimhouding daarbij essentieel is.

In een uitspraak van de rechtbank Amsterdam van 25 juni 2024 oordeelt de kantonrechter eveneens dat de (zieke) werknemer in strijd met zijn re-integratieverplichtingen handelt door niet mee te werken aan het advies van de bedrijfsarts om mediation in te zetten.¹⁴

De bedrijfsarts adviseerde in drie rapporten dat partijen met elkaar in gesprek moesten gaan. Ook adviseerde de bedrijfsarts dat indien deze gesprekken niet zouden leiden tot goede afspraken de partijen mediation moesten starten. De gesprekken leverden geen oplossing op, zodat mediation volgens het advies noodzakelijk was. De kantonrechter verwijst naar het arrest van het hof Den Haag van 14 februari 2023 en benadrukt dat zowel gesprekken als deelname aan mediation tot de re-integratieverplichtingen behoren. Omdat de werknemer geen medewerking verleende aan mediation, handelde hij in strijd met deze verplichtingen en mocht de werkgever op grond van artikel 7:629 lid 3 BW het loon stopzetten.

Overigens was volgens de kantonrechter Amsterdam het meewerken aan mediation geen redelijk voorschrift als bedoeld in artikel 7:629 lid 3 sub d BW en mocht de werknemer dit weigeren. Doorslaggevend voor de kantonrechter was het feit dat de werkgever eenzijdig de mediator had gekozen. De werknemer had hier geen inspraak in gehad.¹⁵ Het is voor voldoende draagkracht bij beide partijen en de kans van slagen van de mediation raadzaam – indien de mediation door een bedrijfsarts wordt geadviseerd – dat de werkgever de werknemer inspraak geeft in de keuze voor een mediator. In de praktijk is het gebruikelijk dat de werkgever een drietal mediators voordraagt waaruit een medewerker dan een keuze kan maken of omgekeerd. Ook kom je regelmatig tegen dat de werkgever aan de werknemer vraagt een aantal (twee of drie) geschikte mediators voor te dragen, waaruit kan worden gekozen. Als het dan nog niet lukt, is het de vraag waar de schoen wringt en of er niet toch überhaupt weerstand bestaat tegen mediation als zodanig.

Werkgever volgt advies bedrijfsarts niet op

Indien een werkgever weigert het advies van de bedrijfsarts om mediation in te zetten over te nemen kan dat tot het oordeel leiden dat de werkgever ernstig tekortkomt.¹⁶ In een uitspraak van de rechtbank Amsterdam overwoog de kantonrechter dat een tijdig ingezette mediation misschien nog had kunnen helpen om de verstoorde verhoudingen te herstellen. Volgens de kantonrechter had de werkgever toen de verhoudingen ver-

stoord raakten – conform het advies van de bedrijfsarts – mediation in moeten zetten.¹⁷ Dat dit niet is gebeurd vormt een van de argumenten om te oordelen dat de werkgever ernstig verwijtbaar heeft gehandeld en derhalve een billijke vergoeding is verschuldigd.

Mediation hoeft niet tegen beter weten in

Het niet opvolgen van een advies van de bedrijfsarts om met elkaar in gesprek te gaan leidt niet altijd tot ernstig verwijtbaar gedrag van de werkgever. In een recente beschikking oordeelde het hof Den Bosch dat – ondanks dat de bedrijfsarts had geadviseerd om met elkaar in gesprek te gaan – de werkgever niet tegen beter weten in mediation hoeft te proberen.¹⁸

De werknemer is van mening dat de werkgever zich onvoldoende inspande om de relatie te verbeteren. Daarnaast bestrijdt hij dat de verhouding al zo verslechterd was dat mediation zinloos was. Het hof oordeelt echter dat de arbeidsrelatie ten tijde van het ontbindingsverzoek diepgaand verstoord was en dat interventie geen uitkomst meer kon bieden. De feiten en de interactie tijdens de zitting tonen een sterke onverenigbaarheid van karakters. Mediation had daar geen verandering in kunnen brengen; de situatie was te veel geëscaleerd. Het hof merkt nog op dat het advies van de bedrijfsarts mogelijk meer gewicht had gehad bij arbeidsongeschiktheid en re-integratieverplichtingen, maar dat dit hier niet aan de orde was.

Van werkgever kan niet tweede mediation worden verlangd

In hoeverre kan van een werkgever worden verlangd om nogmaals via mediation een poging te doen om de arbeidsverhouding te herstellen? In een recente beschikking van de rechtbank Limburg oordeelde de kantonrechter dat de opstelling van werknemer heeft geleid tot een verharding van de communicatie, waardoor een ernstige verstoring van de arbeidsrelatie is ontstaan. Mediation heeft niet tot een oplossing van het conflict geleid.¹⁹ Werkneemster vindt dat een tweede mediation een kans moet worden gegund. Ter onderbouwing van dat standpunt heeft werkneemster in deze procedure uitgebreid betoogd dat de door partijen ingeschakelde mediator de gedragsregels heeft geschonden die gelden voor een MfN-registermediator, dat de mediator op vele vlakken heeft gefaald en dat daarom een nieuw mediati-ontraject aangewezen is.

De kantonrechter volgt het standpunt van werkneemster niet en gaat er op basis van de feiten van uit dat partijen het er over eens waren dat de arbeidsverhouding ernstig was verstoord en dat herstel van het vertrouwen niet meer als een optie werd gezien. De kantonrechter is – met werkgever – van oordeel dat van haar niet verlangd kan worden om nogmaals een poging te

14 Rb. Amsterdam 25 juni 2024, ECLI:NL:RBAMS:2024:3866.

15 Rb. Amsterdam 26 september 2023, ECLI:NL:RBAMS:2023:6036.

16 Rb. Amsterdam 18 november 2024, ECLI:NL:RBAMS:2024:7015.

17 Rb. Amsterdam 18 november 2024, ECLI:NL:RBAMS:2024:7015, r.o. 10.

18 Hof Den Bosch 3 oktober 2024, ECLI:NL:GHSHE:2024:3092.

19 Rb. Limburg 28 november 2024, ECLI:NL:RBLIM:2024:9156.

doen om de arbeidsverhouding te herstellen. De arbeidsovereenkomst wordt ontbonden op de g-grond.

(Zieke) werknemer hoeft niet in te stemmen met exit mediation

Uit een arrest van het hof Den Bosch uit 2015 volgt dat indien de mediation vooral op de beëindiging van de arbeidsovereenkomst (exit mediation) is gericht en niet op re-integratie, er geen sprake is van een redelijk voorschrift als bedoeld in artikel 7:629 lid 3 sub d BW. Van de zieke werknemer kan dan niet worden gevergd dat hij meewerkt aan een exit mediation.²⁰

Maar ook indien er geen ziekte speelt, kan van de werknemer niet worden gevergd om mee te werken aan een exit mediation. Zo volgt uit een beschikking van het hof Den Haag van 28 mei 2024.²¹ Een werknemer werd onder het mom van een kennismakingsgesprek geconfronteerd met een beëindigingsvoorstel. Na weigering volgden gesprekken en werd hij als ‘bankzitter’ verplicht op kantoor te zijn. Hij sloeg mediation af. De werkgever diende een ontbindingsverzoek in wegens disfunctioneren of een verstoorde arbeidsrelatie. De kantonrechter ontbond de arbeidsovereenkomst met transitievergoeding. In hoger beroep bekrachtigde het hof de ontbinding maar kende daarnaast € 50.000 billijke vergoeding en werkelijke advocaatkosten toe, omdat de werkgever ernstig verwijtbaar handelde. Volgens het hof was de relatie duurzaam verstoord door het handelen van de werkgever. Mediation hoefde de werknemer terecht niet te accepteren, omdat deze enkel op beëindiging was gericht en niet op herstel van de arbeidsrelatie.

Dit speelde eveneens in een recente uitspraak.²² De kantonrechter overwoog dat een werknemer niet kan worden verplicht om met haar werkgever in gesprek te gaan over de beëindiging van de arbeidsovereenkomst – middels mediation. De werknemer was zonder inhoudelijke onderbouwing geconfronteerd met een onvoldoende beoordeling. Werkgever had meegedeeld dat dit het einde van de arbeidsovereenkomst betekent. De dag erna ontvangt werknemer een vaststellingsovereenkomst. Dat werknemer daarna niet langer bereid was een gesprek of mediation aan te gaan – nu dit gericht is of lijkt te zijn op beëindiging van de arbeidsovereenkomst – kan werknemer niet worden verweten. De kantonrechter vindt het daarbij ongeloofwaardig dat werkgever later aangeeft dat gesprekken en mediation niet per se tot het einde van de arbeidsovereenkomst hoeft te leiden. Volgens de kantonrechter heeft de werkgever zodanig gehandeld dat als gevolg daarvan een verstoorde arbeidsverhouding is ontstaan en dus is er sprake van ernstig verwijtbaar handelen.²³ De kantonrechter kent de werknemer een billijke vergoeding toe van € 150.000 bruto.

Mediation geprobeerd

Uit de rechtspraak blijkt dat het feit dat partijen het advies van de bedrijfsarts om een mediationtraject in gang te zetten overnemen invloed heeft op de vraag of de arbeidsverhouding duurzaam is verstoord en op de vraag of dat een van de partijen (ernstig) valt te verwijten. Dat de mediation uiteindelijk niet tot een oplossing heeft geleid is daarbij niet van belang.

Zo volgt onder meer uit de beschikking van de kantonrechter Utrecht van 6 november 2024.²⁴ De kantonrechter oordeelt dat de arbeidsrelatie onherstelbaar is verstoord door wederzijds wantrouwen, maar zonder ernstig verwijtbaar handelen van één van beide partijen. Het gedrag van de werknemer – zich lastig opstellen, kritiek niet bespreken en beleid bekritisieren – haalt de hoge drempel voor ernstige verwijtbaarheid niet. De werkgever heeft haar verplichtingen, zoals inschakelen van de bedrijfsarts en mediation, nageleefd. Het verschil in inzicht tussen partijen leidde tot wrijving die zij samen niet konden oplossen. Helaas, zo overweegt de kantonrechter, heeft het mediationtraject niet tot een oplossing geleid en is het conflict tussen partijen blijven bestaan.²⁵

Een andere relevante uitspraak is die van het hof Den Haag van 12 november 2024.²⁶ Na afwijzing voor een functie en het niet verlengen van zijn contract ontstond een vertrouwensbreuk tussen werkgever en werknemer. De werknemer werd ziek, de bedrijfsarts adviseerde mediation, maar dit bracht geen oplossing. De kantonrechter oordeelde dat voortzetting van de relatie niet mogelijk was, mede omdat de werknemer geen perspectief bood hoe dat zou kunnen. Het hof bevestigde dit: de mediation is mislukt, er is geen ernstig verwijtbaar handelen van de werkgever, en herstel van de verhoudingen was niet meer mogelijk.

Goed om te zien dat de kantonrechter Eindhoven het enkele doorlopen van de mediation en mislukken daarvan niet *an sich* als voldoende bouwsteen beschouwt voor de conclusie dat de verhouding tussen partijen onherstelbaar is verstoord.²⁷ Deze uitspraak laat zien dat als partijen min of meer verplicht door de hoepel van mediation springen, de kous nog niet af is. Dat betekent niet per se dat de arbeidsrelatie duurzaam is verstoord. De kantonrechter kijkt verder en beziet wat er in feite aan de hand is.

In deze zaak ging het om de vraag of de arbeidsovereenkomst moest worden ontbonden wegens een impasse. Werknemer wilde terugkeren als hoofdopleider, terwijl de werkgever hem enkel als hoogleraar en psychiater zag. Gesprekken en mediation brachten geen oplossing. De werkgever stelde dat de relatie duurzaam verstoord was, maar de werknemer betwistte dat. De kantonrechter

20 Hof Den Bosch 27 oktober 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:4348, r.o. 3.14.

21 Hof Den Haag 28 mei 2024, JAR 2024/215, ECLI:NL:GHDHA:2024:806.

22 Rb. Amsterdam 20 december 2024, ECLI:NL:RBAMS:2024:8358.

23 Rb. Amsterdam 20 december 2024, ECLI:NL:RBAMS:2024:8358, r.o. 22.

24 Rb. Midden-Nederland 6 november 2024, ECLI:NL:RBMNE:2024:6106.

25 Rb. Midden-Nederland 6 november 2024, ECLI:NL:RBMNE:2024:6106, r.o. 4.7.

26 Hof Den Haag 12 november 2024, ECLI:NL:GHDHA:2024:2056.

27 Ktr. Eindhoven 24 oktober 2024, ECLI:NL:RBOBR:2024:5030.

ter oordeelde dat geen sprake is van een verstoorde arbeidsverhouding, maar van een juridisch meningsverschil over de functie-inhoud. Dat de werkgever werknemer nog steeds een rol als hoogleraar en psychiater bood, ondersteunt dit oordeel.

6. Conclusie

Uit de hierboven besproken rechtspraak valt het een en ander af te leiden.

Als mediation door de bedrijfsarts is geadviseerd mag in beginsel van een zieke werknemer worden verwacht mee te werken aan mediation om de verstoorde arbeidsrelatie te herstellen en daarmee bij te dragen aan zijn herstel. Het meewerken aan mediation/bemiddeling wordt veelal als een redelijk voorschrift in de zin van artikel 7:629 lid 3 sub d BW beschouwd. En het niet meewerken kan negatieve consequenties hebben. Het blijven weigeren van een zieke werknemer om aan mediation deel te nemen kan leiden tot een loonstop en zelfs tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst op grond van (ernstig) verwijtbaar handelen.

Maar, indien de mediation vooral is gericht op de beëindiging van de arbeidsovereenkomst (exit mediation) en niet op re-integratie, is er geen sprake van een redelijk voorschrift als bedoeld in artikel 7:629 lid 3 sub d BW. Van de zieke werknemer kan niet worden gevergd dat hij meewerkt aan een exit mediation. Bovendien kan dat gedrag van de werkgever leiden tot de conclusie dat de arbeidsrelatie duurzaam is verstoord als gevolg van ernstig verwijtbaar handelen van de werkgever.

Indien er geen sprake is van een zieke werknemer en de werkgever de mediation enkel inzet om de beëindiging van de arbeidsovereenkomst te regelen hoeft de werknemer in redelijkheid niet in te gaan op het verzoek om mediation. Indien duidelijk is dat er door de werkgever in een mediation uitsluitend wordt ingezet op een exit, lijkt dat veelal tot de conclusie dat de werkgever ernstig verwijtbaar handelt en kent de rechter vaak een aanvullende billijke vergoeding toe. Uit de rechtspraak volgt dat er begrip is voor werknemers die geen vertrouwen hebben in het voorstel tot mediation als de feiten aanleiding geven te twifelen aan de serieuze en oprechte wens van de werkgever om te komen tot een herstel van de verstoorde arbeidsverhouding.

Daarnaast leidt het feit dat er mediation tussen partijen heeft plaatsgevonden en partijen op die manier hebben geprobeerd tot een oplossing te komen veelal tot de conclusie dat de arbeidsverhouding ernstig is verstoord. Dat de mediation niet tot een oplossing heeft geleid versterkt dit oordeel wellicht. Het conflict is namelijk blijven bestaan. Soms leidt het gedrag van partijen op zitting tot een bevestiging van deze conclusie en dat (nog) een mediation geen zin meer heeft. De arbeidsovereenkomst wordt in die gevallen ontbonden op de g-grond.

De arbeidsverhouding wordt geacht onherstelbaar verstoord te zijn door wederzijds wantrouwen waarbij geen van beide partijen (ernstig) verwijtbaar heeft gehandeld.

De rechters houden goed oog voor de feiten. En kan het zo zijn dat, ondanks dat partijen mediation hebben geprobeerd en niet tot een oplossing zijn gekomen, de feiten – en de gedragingen van partijen op zitting – erop wijzen dat er nog geen sprake is van een onherstelbaar verstoorde arbeidsrelatie. Ondanks dat de werkgever stelt dat daarvan wel sprake is. Dan geeft het mediation traject niet de doorslag.

Tot slot, uiteindelijk is voor een kansrijke mediation het belangrijkste dat deze tijdig – voordat het conflict te zeer geëscaleerd is – wordt ingezet. Dan kunnen partijen onder de begeleiding van de mediator zelf actief op zoek naar de beste oplossing voor het conflict. Waarbij de partijen oog hebben voor de belangen van de ander, en bereid zijn stappen te zetten in elkaars richting. Op die wijze kan een ontslagprocedure worden voorkomen.