62. Mediation in arbeidsconflicten: enkele vingerwijzingen voor de advocaat als partijbegeleider

MR. J.J. TRAP EN MR. DRS. J.J. DRAAIJER

Bij 'binnenkomst' van een nieuw dossier dient de advocaat die arbeidszaken behandelt zich steeds af te vragen welke oplossingsmethode voor het probleem van zijn cliënt optimaal is. Veelal bestaat dat probleem uit een (dreigend) conflict. Onder meer in de arbeidsrechtpraktijk blijkt mediation met grote regelmaat te worden gekozen als methode om dat conflict op te lossen.[1] De arbeidsrecht-advocaat zal dus voldoende expertise in huis moeten hebben om de cliënt te kunnen adviseren over de mogelijkheden die mediation biedt.

Wordt gekozen voor mediation als conflictoplossingsmethode, dan dient de advocaat de kunst van de begeleiding van de cliënt in het mediationproces goed te verstaan.[2] Zijn rol als partijbegeleider is dan immers fundamenteel anders dan bij bijvoorbeeld procederen.[3] De invloed van advocaten op (het tot stand komen, verloop en de uitkomst van) een mediation is aanzienlijk.[4]

Dit artikel beoogt de advocaat in zijn rol van (toekomstige) partijbegeleider bij mediation in arbeidsconflicten een aantal vingerwijzingen – zowel tips/adviezen als waarschuwingen – te geven waarmee hij in de praktijk zijn voordeel kan doen. Uiteraard treden bij mediations in arbeidsconflicten ook anderen dan advocaten op als partijbegeleider, zoals bedrijfsjuristen en juristen van vakbonden, rechtsbijstandsverzekeraars of andere (zakelijke) dienstverleners. De vingerwijzingen in dit artikel gelden ook voor hen, met de aantekening dat zij niet gebonden zijn aan de Advocatenwet en met name niet aan de in de Gedragsregels uitgewerkte verplichtingen van een 'behoorlijk advocaat'. Waar nodig zal aan dit aspect nadere aandacht worden besteed.

> De invloed van advocaten op (het tot stand komen, verloop en de uitkomst van) een mediation is aanzienlijk

Overigens wordt inmiddels bekend verondersteld wat mediation inhoudt.[5] In dit artikel worden onder arbeidsconflicten alle conflicten verstaan waarbij de arbeidsrelatie in het geding is.

Hierna wordt ingegaan op de rol van de advocaat bij de voorbereiding op de mediation en tijdens (de verschillende fasen van) het mediationproces. Eerst komen echter de vragen aan de orde wanneer mediation in arbeidsconflicten is aangewezen en welke mediator moet worden gekozen.

Waarom kiezen voor mediation?

Wanneer is mediation eigenlijk geschikt als conflictoplossingsmethode bij een arbeidsconflict? Dat hangt van verschillende, hierna te behandelen, factoren af.[6]

Algemeen

Bij het maken van de keuze voor mediation, spelen belangen als vertrouwelijkheid (mediation is in tegenstelling tot

1 Zie M. van de Griendt, E. Schutte & P. Boshouwers, *Mediation in arbeidsconflicten*, Sdu Uitgevers 2016, p. 15-16. Uit de laatste beschikbare cijfers (2015) van de Mediation Federatie Nederland (MfN) blijkt dat ruim een kwart van het aantal geregistreerde mediations ziet op arbeidsrechtelijke kwesties. Over slagingspercentages zijn de schrijvers geen recente betrouwbare gegevens bekend; het is een ervaringsfeit dat ten minste 70% van de arbeidsmediations succesvol pleegt te eindigen.

2 In de huidige Beroepsopleiding Advocatuur wordt veel aandacht besteed aan de '*toolkit*' van de hedendaagse advocaat die wordt opgeleid als '*conflictmanager*', waarvan conform de toelichting op Gedragsregel 5 (nieuw) mag worden verwacht dat hij met zijn cliënt bespreekt wat tot de beste oplossing van het geschil zou kunnen leiden en mediation daarbij als conflictoplossingsmethode betrekt. De rol van de advocaat als partijbegeleider bij mediation, ook tijdens het mediationproces, komt in de beroepsopleiding ruimschoots aan bod.

3 Inmiddels profileren zich binnen de advocatuur bepaalde 'stijlen' van conflictmanagement. Zie in dit verband Paul Boontje, 'Ervaringen van een mediation-advocaat', *Tijdschrift Conflicthantering* 2018/6, die de taakinhoud van een 'mediation-advocaat' onderscheidt van die van een 'proces-advocaat'.

4 Zie voor literatuur over de rol van de advocaat in mediation onder meer: M.A. Schonewille, *Toolkit Mediation*, Boom juridisch, 2018; E. Schutte & J. Spierdijk, *De advocaat in mediation*, Sdu Uitgevers 2011; M.A. Schonewille e.a., *Mediation Advocacy*, Boom Juridische uitgevers 2007; A.M.F. Diederen, *To plead or not to plead, de advocaat als begeleider van zijn cliënt in het mediationtraject*, Nederlands Mediation Instituut (NMI) 2006.

5 Zie niettemin voor een definitie van mediation: M.A. Schonewille, *Toolkit Mediation*, t.a.p., p. 31-40.

6 Zie voor succesindicatoren en contra-indicaties, E. Knipschild & S. van IJsendoorn, *Arbeidsrecht en mediation*, Sdu Uitgevers 2016, p. 57-62.

een procedure immers niet openbaar), het snel verkrijgen van duidelijkheid (een mediation duurt over het algemeen niet langer dan een aantal weken) en het beperken van de kosten (die vaak een fractie vormen van die van een procedure) een grote rol. Ook beoogd herstel van een verstoorde samenwerking en/of relatie kan een indicatie vormen voor het kiezen voor mediation. Belangrijker is misschien nog het kunnen hebben van eigen invloed op het resultaat, waardoor een oplossing op maat kan worden bereikt.[7]
De advocaat vervult bij de afweging met zijn cliënt van de pro's en contra's van mediation een cruciale rol.[8]

Mediation en WWZ

Bij dit alles dient te worden bedacht dat sinds de invoering van de Wet werk en zekerheid (WWZ) de weg open ligt voor lange procedures die gepaard gaan met onzekerheid en bijbehorende kosten.[9] Uit het artikel van Houweling, Kruit en Kersten in dit tijdschrift[10] blijkt dat '*het onder de WWZ aldus uitdrukkelijk moeilijker is geworden om ontslag te realiseren*'. De schrijvers stellen dat drie jaar na de invoering van de WWZ met betrekking tot ontbindingsverzoeken kan worden geconcludeerd dat vier (!) keer zoveel afwijzingen plaatsvinden.[11] Geen wonder dat de advocaten van partijen die in een arbeidsconflict verwikkeld raken, trachten met de wederpartij een schikking te bereiken, dan wel – al dan niet in tweede instantie – vaak kiezen voor mediation.

Arbeidsongeschiktheid en mediation

Bij de keuze voor arbeidsmediation speelt de factor gezondheid vaak een rol. De praktijk leert dat veel ziekmeldingen voortkomen uit conflicten op de werkplek ('situatieve arbeidsongeschiktheid'). De bedrijfsarts fungeert daarbij in veel gevallen als doorverwijzer naar mediation.[12] In dit kader zij er nog eens aan herinnerd dat volgens de Hoge Raad[13] de werknemer in beginsel gehouden is alle medewerking te verlenen aan inspanningen die erop gericht zijn de oorzaken van situatieve arbeidsongeschiktheid weg te nemen.

> Geen wonder dat de advocaten van partijen die in een arbeidsconflict verwikkeld raken vaak kiezen voor mediation

De schrijvers zijn het eens met de bevinding van Knipschild en Van IJsendoorn in hun artikel in dit tijdschrift[14] dat uit de woorden '*alle medewerking*' kan worden afgeleid dat van een werknemer in zo'n geval kan worden gevergd dat hij meewerkt aan mediation (vergelijk ook het moeten voldoen aan de '*gegeven redelijke voorschriften*' in de zin van artikel 7:629 lid 3 onderdeel d BW). In zoverre verdient de vrijwilligheid als wezenskenmerk van mediation, dat ook door de Hoge Raad is bevestigd[15], enige relativering. Overigens kan eveneens van de werkgever worden verlangd dat deze in het kader van de re-integratie van de werknemer meewerkt aan mediation om het arbeidsconflict uit de wereld te helpen.[16]

Exit-mediation

Ook het afscheid nemen van elkaar kan als oplossingsrichting binnen mediation worden bezien. Hoewel werkgever en werknemer meestal schromen een mogelijk afscheid aanvankelijk tegen elkaar te benoemen, biedt mediation de mogelijkheid om een vertrekregeling in alle vertrouwelijkheid bespreekbaar te maken. Daarbij dient de advocaat te bedenken dat het vooraf stellen van voorwaarden aan de mediation – klassiek is in dit verband dat de werkgever alleen wil spreken over de 'vertrekoptie' en de werknemer over de 'blijfoptie' – valt af te raden, gelet ook op de jurisprudentie ter zake.[17] Daaruit blijkt immers dat de rechter het een partij aanrekent wanneer deze mediation weigert omdat niet aan bepaalde voorwaarden is voldaan.

Strategische mediation

Tevens verdient vermelding dat een arbeidsmediation nogal eens strategisch wordt ingezet door de advocaat van werkgever of werknemer, met als enig doel bij een latere procedure te kunnen aanvoeren dat mediation is beproefd. Maar dat deze helaas is mislukt. Hoewel een ervaren mediator als snel de 'werkelijke agenda' van de partij die mediation heeft voorgesteld, zal achterhalen, is het voor de andere partij lastig om te weigeren aan de mediation mee te werken, in verband met de hiervoor vermelde consequenties. Overigens doet zich in de praktijk het neveneffect voor dat partijen toch een oplossing in mediation bereiken, indien zij eenmaal aan de mediationtafel hebben plaatsgenomen.

---

7 Voor een gestructureerde behandeling van – geanonimiseerde – casuïstiek over onder meer arbeidsmediation en bereikte resultaten zie het tijdschrift *Nederlandse Mediation*, Wolters Kluwer.

8 Het onderzoeksrapport 'ZAM/ACB Onderzoek naar Kansen en Belemmeringen voor Zakelijke Mediation', december 2018; te downloaden op de websites van ACB (www.mediationbedrijfsleven.nl) en van de ZAM (www.vereniging-zam.nl), leert dat 80% van de advocaten het eens is met de stelling dat een advocaat de mogelijkheid van mediation moet onderzoeken en met de cliënt moet bespreken. Twee derde van de advocaten vindt dat zij – voordat zij zich tot de rechter of een arbiter wenden – vaker zouden moeten adviseren om een conflict op te lossen via mediation. Bijna 90% van de advocaten ziet een mediator in staat om een conflict op te lossen, ook als het de advocaat zelf niet is gelukt om een regeling met de wederpartij te treffen.

9 Zie M. van de Griendt, E. Schutte & P. Boshouwers, *Mediation in arbeidsconflicten*, t.a.p., p. 18-19.

10 Zie 'Evaluatieonderzoek ontbindingspraktijk WWZ 2015-2018', *TAP* 2018/7, p. 4-19.

11 Wel kan van de invoering van het inmiddels door de Tweede Kamer aangenomen wetsvoorstel Wet arbeidsmarkt in balans (WAB) een zekere versoepeling van de ontbindingspraktijk worden verwacht.

12 Zie de 'Werkwijzer Arbeidsconflicten' op www.stecr.nl.

13 HR 27 juni 2008 (*Mak/SGBO*), «JAR» 2008/188.

14 Zie 'Mediation en de Wet Werk en Zekerheid', *TAP* 2016/5, p. 5.

15 HR 20 januari 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU3724.

16 Hof 's-Hertogenbosch 5 april 2016 (hoger beroep kort geding), ECLI:NL:GHSHE:2016:1311; Rb. Midden-Nederland 4 januari 2017, ECLI:NL:RBMNE:2017:110; Rb. Noord-Nederland 9 januari 2019, ECLI:NL:RBNNE:2019:65.

17 Rb. Gelderland 22 augustus 2014, ECLI:NL:RBGEL:2014:5483; Hof Den Haag 31 oktober 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:3074.

It takes two to tango

Wanneer een partij eenmaal de keuze voor mediation heeft gemaakt, is het soms een uitdaging om de andere partij ervan te overtuigen dat het ook in diens belang is om op deze wijze te trachten het arbeidsconflict op te lossen. Omdat de verhoudingen tussen partijen niet zelden verstoord zijn, kunnen de raadslieden van beide partijen hierbij een belangrijke rol spelen door hierover contact met elkaar op te nemen. Is de wederpartij niet te 'porren' voor mediation, dan rijst de vraag of hem dat in een procedure kan worden tegengeworpen. Hoewel confraternele correspondentie over het al dan niet bereid zijn aan mediation deel te nemen niet zonder meer aan de rechter kan worden geopenbaard, ligt dit naar onze mening anders wanneer enkel telefonisch contact heeft plaatsgevonden of wanneer de wederpartij zich niet laat bijstaan door een advocaat, maar door een rechtshulpverlener niet zijnde een advocaat, zoals een jurist van de vakbond, of door een HR-functionaris.

Overigens doet zich in de praktijk het neveneffect voor dat partijen toch een oplossing in mediation bereiken, indien zij eenmaal aan de mediationtafel hebben plaatsgenomen

Worden (de raadslieden van) partijen het eens over het beproeven van mediation, dan rijst de vraag welke mediator dient te worden gekozen.

Keuze mediator

Voor de advocaat-partijbegeleider is een belangrijke rol weggelegd bij de selectie van de mediator. Omdat iedereen zich mediator kan noemen, is het zaak dat de advocaat met zijn cliënt een mediator zoekt die voldoende kennis en ervaring als mediator in huis heeft. Een kwaliteitsregister van geregistreerde of gecertificeerde mediators biedt dan houvast.[18] Ook kan het behulpzaam zijn te zoeken bij de vele (gespecialiseerde) verenigingen waarbij mediators veelal zijn aangesloten.[19] Bij mediation in arbeidsgeschillen zal het vaak een pluspunt zijn wanneer de mediator goed thuis is in 'arbeidsrecht-land' en de nodige ervaring bezit in het begeleiden van arbeidsconflicten. Ook kan het voor de advocaat-partijbegeleider meerwaarde hebben wanneer de mediator ervaring heeft als advocaat[20] en dus 'dezelfde taal spreekt'.

Om discussie tussen partijen te vermijden over de meest geschikte mediator, wordt er dikwijls voor gekozen om de andere partij te laten kiezen uit een lijstje met drie geschikte mediators. Of wordt afgesproken dat een door een der (advocaten van) partijen voorgestelde mediator een vrijblijvend intakegesprek met beide partijen houdt, waarna eerst na instemming van beide partijen en hun advocaten met de mediator het mediationproces start. In de praktijk werken deze oplossingen meestal goed.

Wanneer partijen er echter niet in slagen om tot de keuze van een voor beide partijen acceptabele mediator te komen, ontstaat een 'deadlock'. Een even originele als onpraktische suggestie om zo'n impasse te doorbreken, werd door de Utrechtse kantonrechter[21] aangereikt door middel van de volgende overweging:

'Een eenzijdig voorgestelde externe mediator kan niet, zonder medewerking van de andere partij, als een onafhankelijke mediator worden beschouwd. Of het voorstel van [werkgever], dat zij drie mediators noemt waaruit [werknemer] er één mag kiezen, wel als de juiste benadering kan worden beschouwd, is overigens de vraag. Wellicht hebben partijen meer baat bij de aanpak waarbij zij beiden een mediator benaderen en dat deze twee mediators gezamenlijk een derde mediator voordragen die de uiteindelijke mediation kan uitvoeren.'

Afgezien van de vraag of de twee – kennelijk 'partijdige' – mediators blij zullen worden van de opdracht een derde mediator voor te dragen (in hoeverre moeten zij om een adequate voordracht te kunnen doen op de hoogte zijn van de aard van het op te lossen geschil, hoe zit het met zaken als vertrouwelijkheid?) blijft, wanneer de rechterlijke suggestie wordt gevolgd, de mogelijkheid bestaan dat beide partijen (of één partij) de voorgedragen (derde) mediator verwerpen c.q. verwerpt.

Voorbereiding op het mediationproces

Gaat de mediation van start, dan is de advocaat een coach van de cliënt. Daarvoor is een andere benadering nodig dan wanneer de cliënt een rechtsstrijd gaat voeren, nu het er bij mediation niet om gaat de wederpartij in het stof te laten bijten, maar om er samen met de wederpartij (nu wel[22]) uit te komen.

Voorlichting en afstemming vooraf

Tot de taak van de advocaat behoort in elk geval het voorlichten van de cliënt over het verloop van het mediationproces, alsook over de rol die de advocaat in de diverse fasen van dit proces kan spelen. Tevens zal de advocaat zich moeten verdiepen in de op de mediation betrekking hebbende regels. Het mediationproces kent immers juridische waarborgen en administratieve voorschriften, zoals een mediationovereenkomst, met bijbehorende regelingen, waaronder (in het geval van bij het MfN geregistreerde mediators) een tuchtrechtelijke procedure.[23] Het is nuttig

18 Zie onder meer het MfN-register: www.mfnregister.nl, het ADR-register: www.adr-register.com en het IMI: www.imimediation.org.

19 Zie onder meer www.arbeidsmediation.nu en www.vereniging-zam.nl.

20 Bij de Nederlandse Vereniging van Mediation Advocaten (NVVMA) zijn deskundige mediators met ruime ervaring als advocaat aangesloten en te vinden, zie www.nvvma.nl.

21 Rb. Midden-Nederland (kort geding) 30 september 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:7760.

22 Evenals het geval is ten aanzien van het initiëren van een procedure, gaan ook aan het inzetten van mediation veelal – mislukte – schikkingsonderhandelingen vooraf.

23 Zie bijvoorbeeld www.mfnregister.nl voor voorbeelden van mediationdocumenten en mediationregelingen.

om als advocaat – zowel vanuit het eigen belang als dat van de cliënt – kennis te dragen van deze regelingen, waarover men niets in het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering zal vinden. Laat de mediator na deze documenten aan partijen toe te zenden, dan is te adviseren om deze bij de mediator of eventueel het register waarbij de mediator is aangesloten, op te vragen.

Bij de voorbereiding op het mediationproces zal de advocaat zijn cliënt moeten uitvragen over diens werkelijke belang bij de oplossing van het spelende conflict. En over het belang dat de cliënt bij de wederpartij vermoedt. De onderhandelingsbereidheid van de cliënt zal in kaart moeten worden gebracht en in samenspraak zal een geschikte mediator moeten worden geselecteerd. Zoals wij hierboven aangaven, moet geverifieerd worden of deze keuze ook voor de wederpartij aanvaardbaar is. Aan werkgeverszijde zal door de advocaat het mandaat moeten worden gecheckt en aan beide zijden zal het kostenplaatje[24] van de mediation moeten worden besproken.
Eveneens zal besproken moeten worden of de cliënt zijn advocaat naast zich aan de mediationtafel wil hebben of dat deze op de achtergrond betrokken blijft en bijvoorbeeld telefonisch 'stand-by' zal zijn tijdens de mediationsessie(s). Ook de locatie waar de mediationbijeenkomsten zullen plaatsvinden verdient de aandacht van de advocaat. Deze locatie dient om voor de hand liggende redenen voor de cliënt – zeker als het de werknemer betreft – voldoende neutraal te zijn.
Ten slotte zal de advocaat met zijn cliënt moeten afstemmen over de aan de mediator te verstrekken informatie. Hoewel sommige mediators een 'tabula rasa-benadering' propageren en als onbeschreven blad de mediation willen ingaan, blijkt het in de praktijk nuttig dat beide partijen vooraf een kort overzicht (één A4'tje) van de relevante feiten en omstandigheden aan de mediator verstrekken. De advocaat kan dit overzicht ook proactief toezenden aan de mediator die daarvan naar bevind van zaken kennis kan nemen.

Intakegesprek

Bij arbeidsmediations worden door de mediator in veel gevallen, ook gelet op het vaak emotionele aspect van een arbeidsconflict, individuele intakegesprekken met partijen voorgesteld. De advocaat zal met zijn cliënt moeten afstemmen of deze zich bij dit gesprek door zijn advocaat wil laten vergezellen; de mediator zal in het algemeen de wens van partijen respecteren. Het kostenaspect speelt hier uiteraard eveneens een rol; door de advocaat kan ook worden gekozen voor telefonisch contact met de mediator, bijvoorbeeld over onderwerpen als over te leggen correspondentie en wie aan de mediationtafel zullen plaatsnemen.

Fasen van het mediationproces

Hoewel meerdere opvattingen bestaan over de structuur en onderverdeling van het mediationproces, gaan de schrijvers in dit artikel uit van de volgende (vier) nader te behandelen fasen: de startfase, de exploratiefase, de onderhandelfase en de afsluitingsfase. Duidelijk zal worden dat de inbreng van de advocaat per fase kan verschillen.

Startfase

In de startfase bespreekt de mediator met partijen de mediationovereenkomst. Advocaten kunnen in deze fase een ondersteunende (juridische) rol spelen, door erop toe te zien of onderhandeling over of aanvulling van de mediationovereenkomst in het belang van hun cliënt is. Men denke daarbij aan kostenverdeling (veel werknemers gaan er automatisch van uit dat de werkgever de kosten van de mediation draagt, maar dat hoeft de werkgever er niet van te weerhouden een kostenverdeling voor te stellen of een 'cap' af te spreken) en de gewenste omschrijving in de overeenkomst van het in de mediation op te lossen conflict (in het MfN-model mediationovereenkomst 'de Kwestie' genoemd). Tevens dient de advocaat van de werknemer er in deze fase op toe te zien dat degene die namens de werkgever aan tafel zit vertegenwoordigingsbevoegd is en voldoende mandaat heeft. Ook moet hij nagaan of de juiste vennootschap – dat is de vennootschap waarmee de werknemer het arbeidscontract heeft gesloten – als partij in de mediationovereenkomst is vermeld. Bovendien zal de advocaat er alert op moeten zijn dat alle bij de mediation te betrekken derden – zoals een HR-functionaris, adviseurs en de achterban – gebonden worden aan geheimhouding. Zie over vertrouwelijkheid verder hieronder.

Exploratiefase

In deze fase gaat de mediator volgens 'het boekje' op zoek naar de achterliggende belangen van de door partijen genoemde standpunten. Wensen en behoeften van partijen komen op tafel. De mediator zal zich in deze fase vooral richten tot de partijen en de advocaat zal zich nu veelal terughoudender opstellen. De advocaat kan zijn cliënt in deze fase het beste assisteren door erop te letten dat deze zijn belangen goed uit de verf laat komen. Hij kan bovendien de mediator helpen met het formuleren van deze belangen. Verder is het goed om als advocaat erop toe te zien of een tussentijdse schorsing voor onderling overleg met de cliënt en/of vertrouwelijk overleg tussen cliënt en de mediator is aangewezen. Bij apart overleg tussen een partij en de mediator (in het jargon 'caucus' genoemd) dient de advocaat zijn cliënt uiteraard te vergezellen.

24 De kosten van een mediation verschillen van geval tot geval, afhankelijk van de aard van de mediation en het aantal bijeenkomsten (gemiddeld drie tot vier bijeenkomsten met een gemiddelde duur van twee-tweenhalf uur per bijeenkomst). Over het algemeen sluit het tarief van een arbeidsmediator aan bij dat van de gemiddelde arbeidsrecht-advocaat.

Onderhandelingsfase
De mediator zal, nog steeds volgens 'het boekje', partijen nu trachten te laten onderhandelen op basis van belangen volgens de Harvard-onderhandelingsmethode.[25]
De advocaat heeft in deze fase een actieve en 'bewakende' rol. Hij kan zijn cliënt helpen om opties te genereren en daarbij ook eigen ideeën inbrengen.

Aandachtspunten zijn dat de cliënt niet iets wil afspreken dat nadelig is voor hem, dat op alle relevante punten afspraken worden gemaakt en dat deze afspraken realistisch zijn. De advocaat die als professional gewend is onderhandelingen te voeren, kan nu zijn onderhandelingsvaardigheden inzetten.
Niet zelden vinden in deze fase schorsingen en/of één of meer 'caucussen', al dan niet op initiatief van de mediator, plaats, teneinde partijen de gelegenheid te geven met hun advocaten en eventueel de mediator te overleggen. De advocaat moet er (ook) tijdens dit overleg voor waken dat hij niet zijn juridisch gelijk wil halen en steeds de belangen van zijn cliënt voor ogen blijft houden.

Afrondingsfase
Het zwaartepunt in deze fase is het opstellen van een vaststellingsovereenkomst. Dat kan de mediator doen die, zoals hierboven aangegeven, bij arbeidsrechtelijke mediations meestal een (ervaren) jurist zal zijn. Wanneer advocaten ook aan tafel zitten, of op de achtergrond souffleren, is het meestal de werkgeversadvocaat die een concept-vaststellingsovereenkomst opstelt en aan de (advocaat van de) wederpartij zendt, met kopie aan de mediator. De rol van de advocaat is in deze fase essentieel. Hij zal ervoor moeten zorgdragen dat al hetgeen is overeengekomen op de juiste wijze wordt vastgelegd en zal daarbij tevens moeten letten op de uitvoerbaarheid en de afdwingbaarheid van de gemaakte afspraken.[26]

De advocaat moet er (ook) tijdens dit overleg voor waken dat hij niet zijn juridisch gelijk wil halen

De rol van advocaten is niet minder belangrijk indien een mediation niet (volledig) leidt tot een oplossing. Door advocaten kan dan worden bezien over welk deel van de kwestie nog wel afspraken kunnen worden gemaakt in mediation en over welk deel eventueel een oordeel kan worden gevraagd aan een derde die de knoop doorhakt, zoals de rechter, een bindend adviseur of arbiter.[27]

Bij een niet-geslaagde exit-mediation zal meestal geen andere weg openstaan dan het entameren van een procedure waarin de rechter wordt verzocht de arbeidsovereenkomst te ontbinden. In het merendeel van de gevallen zal de werkgever op de voet van artikel 7:671b BW bij de kantonrechter een ontbindingsverzoek indienen. De werknemer evenwel die meent dat hem een billijke vergoeding toekomt omdat zijns inziens sprake is van ernstig verwijtbaar handelen van de werkgever, kan ex artikel 7:671c BW zelf ontbinding verzoeken. De advocaat zal zijn cliënt, wanneer deze de oorlogskleuren opschildert, vanaf dat moment natuurlijk vanuit een (meer) juridische optiek moeten bijstaan.

Met name indien in mediation geen oplossing wordt gevonden, is het relevant dat de advocaat weet hoe hij omgaat met de tijdens de mediation beschikbaar gekomen informatie.

Vertrouwelijkheid

Over de vertrouwelijkheid als een van de kernwaarden van mediation is veel geschreven.[28] Het lijkt niet meer dan logisch dat het, door de mediator begeleide, overleg tussen partijen om een oplossing te bereiken pas zinvol kan worden gevoerd wanneer partijen geen doekjes winden om waar het hen werkelijk om gaat. En dat zij vrijuit kunnen toelichten waarom dat zo is. Wanneer werkgever en werknemer weten dat zij hetgeen zij tijdens een mediation in alle openheid zouden willen uitwisselen vervolgens in een procedure voor hun kiezen krijgen, zal van die openheid weinig overblijven. Probleem is echter dat geen wettelijke geheimhoudingsplicht bestaat voor wat betreft hetgeen tijdens een mediation wordt uitgewisseld. Dat is op zich niet vreemd nu mediation zelf (nog steeds) geen wettelijke basis heeft. Partijen en de mediator moeten het dus doen met over en weer overeengekomen geheimhoudingsverplichtingen die worden vastgelegd in de mediationovereenkomst.[29] Aan deze contractuele geheimhoudingsplicht is de advocaat echter niet gebonden. In de praktijk gebeurt het daarom dikwijls dat mediators de mediationovereenkomst door de advocaten mede laten ondertekenen. Die medeondertekening zal echter uitsluitend op de in de mediationovereen-

25 Voor een klassiek boek over Harvard-onderhandelen zij verwezen naar R. Fischer, W. Ury & B. Patton, *Excellent onderhandelen*, (oorspronkelijke titel *Getting to yes*), Amsterdam/Antwerpen, Uitgeverij Business Contact 2010.

26 Omdat een vaststellingsovereenkomst geen executoriale titel bezit, kan deze eventueel via de notaris of – wanneer een procedure speelt – de rechter worden verkregen.

27 Soms kan de mediator, wanneer die voldoende vertrouwen van partijen geniet, over één of meer resterende geschilpunten op gaan treden als niet-bindend of zelfs bindend adviseur. Om misverstanden te vermijden, zal dit 'van kleur verschieten' van de mediator schriftelijk moeten worden vastgelegd en zullen partijen hieraan uitdrukkelijk, ook schriftelijk, hun akkoord moeten hechten.

28 Zie onder redactie van M. Pel & M.A. Vogel, *'Mediation en vertrouwelijkheid'*, Sdu Uitgevers 2003; E. Schutte en J. Spierdijk, *Juridische aspecten van mediation*, Sdu Uitgevers 2016, p. 73-95; E. Knipschild & S. van IJsendoorn, *Arbeidsrecht en mediation*, t.a.p., p. 16-33.

29 Ingevolge artikel 4.2 van de MfN – model mediationovereenkomst van de MfN in samenhang met het model MfN-mediatonreglement – geldt deze mediationovereenkomst als een bewijsovereenkomst in de zin van de wet. Zie ook HR 10 april 2009, ECLI:NL:HR:2009:BG9470.

komst neergelegde verplichting tot geheimhouding mogen zien. Een alternatief is om de wederzijdse raadslieden een aparte geheimhoudingsverklaring te laten ondertekenen.

Advocaten willen nog weleens aanvoeren dat zij zich niet expliciet aan geheimhouding behoeven te binden omdat zij immers uit hoofde van de Gedragsregels, waarvan de nakoming door het tuchtrecht is gewaarborgd, jegens hun cliënt een geheimhoudingsplicht hebben. De mediator zal hen er dan op wijzen dat het er juist om gaat om geheimhouding in acht te nemen met betrekking tot datgene wat de wederpartij (en trouwens ook de mediator zelf) naar voren brengt. Inmiddels heeft de tuchtrechter verschillende malen uitgemaakt dat een advocaat van een partij bij mediation waarin geheimhouding is overeengekomen, optredende voor zijn cliënt, ook gebonden is aan geheimhouding ingevolge artikel 46 van de Advocatenwet.[30] Het lijkt echter wenselijk, oók uit een oogpunt van betrokkenheid bij de mediation (het 'commitment'), dat de advocaat (aanvullend) tekent voor geheimhouding. Indien de partijbegeleider geen advocaat is, gelden uiteraard voor hem niet de Advocatenwet, de Gedragsregels en de tuchtrechtelijke jurisprudentie. Het laten (mee)tekenen voor vertrouwelijkheid van deze partijbegeleider is dan niet alleen wenselijk, maar tevens noodzakelijk om de vereiste vertrouwelijkheid binnen mediation te borgen. De partijbegeleider dient steeds in de gaten te houden in hoeverre de partijbegeleider aan de 'andere kant' voldoende gebonden is aan geheimhouding.

Slotopmerking

Het is niet de bedoeling van de schrijvers van dit artikel dat het bovenstaande bij de lezer de indruk achterlaat dat arbeidsmediation een panacee vormt voor alle geschillen op of rondom de werkvloer. Een mediation kan mislukken en zelfs – bij een strategische mediation – worden misbruikt. In sommige gevallen moet een voorbeeld worden gesteld dat (naar verwachting) de rechterlijke toetsing doorstaat. Of moet een principiële kwestie aan de rechter worden voorgelegd en tot in hoogste instantie worden uitgevochten. Veel kwesties kunnen ook worden geschikt, al dan niet met behulp van de wederzijdse raadslieden. En soms zijn de verhoudingen domweg te zeer verstoord om nog mediation in te zetten.[31]

Is echter het m-woord gevallen en omarmd, dan zal de hedendaagse arbeidsrechtadvocaat – met de praktische vingerwijzingen in gedachten die dit artikel hem beoogt te bieden – zijn cliënt voorafgaand aan en tijdens het mediationproces hopelijk op effectieve wijze kunnen bijstaan.

Over de auteurs

Mr. J.J. Trap
Advocaat en MfN registermediator bij Vestius advocaten.

Mr. drs. J.J. Draaijer
MfN-registermediator en trainer/docent bij Draaijer Mediation & Conflicthantering.

30 De tuchtrechter heeft meerdere malen geoordeeld dat een advocaat die informatie uit een mediation inbrengt in een rechtszaak *'niet handelt zoals het een goed advocaat betaamt'*. Zie Hof van Discipline, 10 december 2012, ECLI:NL:TAHVD:2012:YA4213 en Raad van Discipline 's-Hertogenbosch 22 februari 2016, ECLI:NL:TADRSHE:2016:31. Overigens oordeelt de civiele rechter wisselend over het in een civiele procedure brengen van vertrouwelijke informatie uit een mediation, zoals verslagen (zie bijv. het overzicht van P.H.A. Boshouwers, A.W. Jongbloed, F. Schonewille, *Rechtspraak Mediation*, Sdu 2018, p. 36-40). Onder meer Rb. Utrecht 2 februari 2005, ECLI:NL:RBUTR:2005:AS5144, achtte zich gebonden aan de tussen partijen in het kader van de mediation gesloten bewijsovereenkomst. Daarentegen was bijvoorbeeld Hof Den Haag 17 mei 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:1718, van oordeel dat het belang van een der partijen dusdanig zwaarwegend was dat nakoming van de geheimhoudingsverplichting, die normaal gesproken geldt, niet kon worden gevergd. Daardoor prevaleerde de waarheidsplicht ex art. 21 Rv boven de overeengekomen geheimhouding.

31 Rb. Noord-Nederland 22 augustus 2018, ECLI:NL:RBNNE:2018:4255.