

NM 2022/13

Arbeidsrecht. Werktijden. Vertrouwen. Geheimhouding. Art. 7:611 en 7:670b BW
Partijen: Werkgever (evenementenbureau) en werknemer (communicatiemedewerker).

Essentie

Partijen starten een mediationstraject om problemen in de samenwerking en een gebrek aan vertrouwen te bespreken. De leidinggevende geeft na de intakes in de mediation plenair direct aan dat de werkgever de optie voor beëindiging wil bespreken. De werknemer voelt zich klem zitten vanwege de vertrouwelijkheid; haar zorg is dat de mediation wordt 'gebruikt' ter onderbouwing van de verstoorde arbeidsverhouding, omdat die voor de werkgever er niet op gericht was het vertrouwen te herstellen. In overleg formuleren partijen een bericht ter beëindiging van de mediation om die zorg weg te nemen; daar staat tegenover dat de werknemer zich committeert serieus naar een voorstel voor beëindiging te kijken buiten de vertrouwelijkheid van de mediation.

INHOUD MEDIATION

Casus

De werknemer werkt 15 jaar bij de werkgever. Na terugkeer van zwangerschapsverlof, krijgt zij een nieuwe leidinggevende. Door Corona werken de werknemer en de leidinggevende maar korte tijd 'fysiek' en vervolgens op afstand samen. De leidinggevende stelt vragen over de werktijden van de werknemer en verlangt op inhoudelijke punten verbetering in het functioneren. De werknemer raakt onzeker en ervaart wantrouwen van de leidinggevende. De leidinggevende op haar beurt ervaart verzet bij de werknemer in het gesprek over het functioneren. Er worden op afstand gesprekken gevoerd tussen de werknemer en de leidinggevende, uiteindelijk in het bijzijn van HR. Die gesprekken monden uit in lange e-mailwisselingen. Op advies van HR starten werknemer en de leidinggevende de mediation vanuit de wens te onderzoeken wat nodig is om het geschonden vertrouwen te herstellen. In de intakes vertelt de werknemer dat zij altijd goed is beoordeeld. Bij de start van Corona moest zijn plotseling vanuit huis werken, met jonge kinderen thuis. In alle eerlijkheid heeft zij toen aangegeven soms niet aan haar volledige werkuren toe te komen. De leidinggevende bracht daar begrip voor op,

maar reageerde ook 'streng' als de werknemer bijvoorbeeld al voor einde werktijd niet bereikbaar bleek. Gaandeweg is een patroon ontstaan waarbij de werknemer zich gecontroleerd voelt en de leidinggevende draagvlak mist bij de werknemer voor kritiek, bedoeld om het functioneren naar een hoger plan te trekken. De leidinggevende mist namelijk op bepaalde punten kwaliteit bij de werknemer. Zij acht de werknemer in staat te verbeteren, mits zij openstaat voor kritiek. De werknemer voelt zich afgerekend op haar eerlijkheid over de werktijden. Bij haar ontstaat het gevoel te worden 'ge-micromanaged'. In de intakes geven partijen aan alle opties open te willen houden, waaronder de optie te onderzoeken of het vertrouwen hersteld kan worden.

Het eerste gezamenlijke gesprek wordt verplaatst omdat de werknemer ziek is. Als het gezamenlijke gesprek alsnog plaatsvindt, geeft de leidinggevende vrij snel aan dat ontwikkelingen na de start van de mediation via intakes, waaronder de ziekmelding van de werknemer, maken dat het management van de werkgever geen vertrouwen meer heeft in de werknemer. De inzet in de mediation voor de werkgever is om afspraken over een afscheid te maken. De werknemer is verbaasd. Zij vraagt zich af wat de zin van mediation is als de werkgever zich alleen wil richten op de oplossing van afscheid. Er wordt afgesproken dat ieder reflecteert op het gesprek en de mediator partijen enkele dagen daarna belt over het vervolg. In dat contact herhaalt de werknemer haar vraag wat de zin van mediation is als de werkgever zich alleen wil richten op de oplossing van afscheid; waarom heeft de werkgever dat niet buiten de vertrouwelijkheid al aangegeven? Zij is wel bereid serieus naar een voorstel voor beëindiging van de werkgever te kijken. Daaraan stelt ze de voorwaarde dat ze buiten de vertrouwelijkheid wil kunnen noemen dat de werkgever als insteek voor de mediation had een beëindiging te bespreken. Het voorstel voor afscheid kan wat haar betreft dan buiten de mediation worden gedaan, zodat dit niet valt onder de vertrouwelijkheid. De mediator neemt hierover contact op met de leidinggevende. Die begrijpt wat de werknemer zegt. De leidinggevende bespreekt binnen de vertrouwelijkheid van de mediation met HR of een voorstel voor afscheid kan worden gedaan buiten de vertrouwelijkheid van de mediation, onder de door de werknemer genoemde voorwaarde dat in het bericht ter beëindiging van de mediation de insteek van de mediation voor de werkgever tot uitdrukking komt. De mediator heeft vervolgens een concept voor een bericht voor beëindiging van de mediation geformuleerd. Partijen hebben dit bericht allebei geaccordeerd, waarna het definitief is verstuurd.

Belangen

- voor de werknemer is belangrijk dat de mediation niet wordt voorgesteld als een poging van de werkgever het vertrouwen te herstellen (dossiervorming);
- voor de werkgever is belangrijk dat de werknemer zich openstelt voor een voorstel voor beëindiging en daar serieus naar zal kijken;
- de werknemer en de leidinggevende hebben allebei behoefte aan 'openheid'; geen mediation als rituele dans, maar het beestje bij de naam noemen door als werkgever te kunnen zeggen dat men niet verder wil en als werknemer daar in openheid op te kunnen reageren.

Resultaat

Partijen zijn het erover eens dat zij in overleg treden over een beëindiging van de arbeidsovereenkomst buiten de vertrouwelijkheid van de mediation. Zij zijn het er ook over eens dat de wens van de werkgever om in de mediation uitsluitend de mogelijkheid van afscheid te onderzoeken buiten de vertrouwelijkheid van de mediation valt. Wat verder is besproken in de mediation blijft onder de vertrouwelijkheid vallen. Het beëindigingsbericht hebben partijen op voorhand geaccordeerd en luidt als volgt:

In het kader van de mediation heeft één bijeenkomst plaatsgevonden, waarin X namens de werkgever heeft aangegeven in de gegeven situatie alleen de oplossingsrichting van een afscheid te willen bespreken. Jullie hebben besproken dat het mediationtraject dan kan worden beëindigd. De werkgever zal buiten de mediation een voorstel voor afscheid doen, waarop Y zal reageren. De inhoud van dit e-mailbericht is op voorhand afgestemd en jullie zijn het erover eens dat uitsluitend dit bericht niet onder de vertrouwelijkheid van de mediation valt. Voor het overige blijft de overeengekomen geheimhouding wel van kracht. Deze e-mail dient daarmee ook ter bevestiging van het einde van de mediation.

Reflectie mediator

In deze zaak ziet de mediator reflecterend de volgende drie punten van aandacht:

1. Het vraagstuk dat mediation (on)eigenlijk wordt ingezet om de arbeidsrelatie te beëindigen in plaats van te herstellen. In deze casus kwam die ‘omslag’ bij het eerste gezamenlijke gesprek. De werknemer voelde zich voor het ‘karretje van de mediation’ gespannen. Zij wilde voorkomen dat de werkgever de mediation in een eventuele juridische procedure voor zou stellen als een (niet geslaagde) poging om te bespreken wat er nodig is om verder met elkaar te gaan. In arbeidsmediations speelt dit vaker: de vrees van de ene partij dat de andere partij de mediation inzet met een tactisch of strategisch motief, maar weigeren van de mediation ook geen optie is, omdat dit als het blokkeren van een oplossing zou kunnen worden aangemerkt. De mediator heeft onderzocht of een gesprek met het hogere management nog iets zou kunnen bijdragen aan een optie voor verdere samenwerking; daarvoor bleek geen draagvlak. De mediator is toen overgegaan tot het zoeken van een praktische oplossing: afronden, zorgen werknemer wegnemen, draagvlak creëren voor een gesprek over beëindiging buiten de context van mediation en ‘fair’ de mediation beëindigen.
2. De werking van de vertrouwelijkheid in mediation. Die is nuttig, maar bleek in deze zaak ook knellend. In deze mediation kon de mediator de leidinggevende uitleggen wat de werknemer wilde voorkomen, namelijk dat de werkgever de mediation zou voorstellen als een poging het vertrouwen te herstellen. De leidinggevende begreep die zorg en vond het fair om die zorg te erkennen en weg te nemen; die poging was er immers in de mediation niet geweest. Hierbij speelde mee dat de mediator kon refereren aan de intake, waarin de leidinggevende nog wel alle opties had willen openhouden, wat in het plenaire gesprek vanwege ontwikkelingen nadien anders bleek. Partijen bereikten uiteindelijk een (beperkt) doel, namelijk dat erover

en weer bereidheid ontstond om wél die beëindiging te onderzoeken, maar onder de voorwaarde dat dit gesprek buiten de vertrouwelijkheid zou vallen.

3. Het effect van thuiswerken door COVID-19, waardoor ‘het contact’ binnen teams erodeert en – zeker wanneer sprake is van nieuwe teamleden – moeilijk opgebouwd kan worden. Daar kunnen mediators meer van verwachten. In deze zaak is het niet gelukt om dit effect te adresseren als een tussen partijen op te lossen probleem.

PROCES MEDIATION

Verwijzing

De mediation is gestart door partijen gezamenlijk op voorstel van HR.

Co-mediation

Er was geen sprake van co-mediation.

Achtergrond mediator

De mediator is circa 14 jaar werkzaam als mediator (MfN geregistreerd), met name in arbeidszaken. Daarnaast is de mediator 22 jaar werkzaam als advocaat, gespecialiseerd in arbeidsrecht.

Partijbegeleiders en andere betrokkenen

In de plenaire bijeenkomst namen alleen deel de werknemer en de leidinggevende. Er waren geen andere betrokkenen, zij het dat het management een belangrijke rol speelde in het beperken van de mediationvraag- en oplossing. De leidinggevende heeft het concept voor het beëindigingsbericht besproken met HR. HR tekende geen geheimhoudingsverklaring, maar nam verder geen kennis van de inhoud van de mediation.

Intake/plenair/caucus

Er hebben afzonderlijke intakegesprekken plaatsgevonden. Er heeft één plenaire bijeenkomst plaatsgevonden. Het gesprek over het vervolg en het beëindigingsbericht vond telefonisch en per e-mail plaats.

Verslaglegging

Van de plenaire bijeenkomst is een verslag gemaakt. Op de tekst voor het beëindigingsbericht hebben partijen per e-mail akkoord gegeven.

Duur

De looptijd vanaf de eerste intake tot de bevestiging van het einde van de mediation bedroeg circa één maand. Het plenaire gesprek duurde circa 2 uur.

Sanne Schreurs, DingemansVanderKind advocaten en mediators, Amsterdam

NOOT

Inleiding

De casus raakt aan de vraag of mediation kan worden ingezet als een van partijen enkel wil aansturen op één oplossingsrichting, namelijk exit. De nootschrijver is van mening dat dit

kan. Wel is het zo dat het aan de mediator is partijen goed te informeren over wat mediation is en waar dat toe kan leiden. Verwachtingen managen dus, zonder daarbij uit de school te klappen over de specifieke zaak (lees: de intake met andere partij). De mythe dat mediation met name bedoeld zou zijn voor herstel van een relatie moet niet in stand worden gehouden door mediators.

Strategie of overtuiging?

In deze bijdrage schrijft de mediator in haar reflectie dat 'de werknemer zich voor het 'karretje van de mediation' voelde gespannen. (...) Werknemer wilde voorkomen dat de werkgever de mediation in een eventuele juridische procedure voor zou stellen als een 'niet geslaagde poging' om te bespreken wat er nodig is om verder met elkaar te gaan.' Met andere woorden: 'dat de mediation niet wordt voorgesteld als een poging van de werkgever het vertrouwen te herstellen' terwijl 'werkgever al heeft aangegeven geen vertrouwen meer te hebben in werknemer' en de mediation alleen wil inzetten om 'afspraken over een afscheid te maken.'

De mediator beschrijft dat werknemer vreest voor een tactisch of strategisch motief bij werkgever. Een motief dat bij een eventuele juridische procedure in haar nadeel zou kunnen uitvallen en waarbij ook het weigeren van de mediation geen optie was omdat dit mogelijk ook in haar nadeel zou kunnen uitvallen. Een vrees die werd begrepen door werkgever en die uiteindelijk leidde tot het stopzetten van de mediation. Er werden deelaafspraken in de mediation gemaakt: in het beëindigingsbericht werd opgenomen dat het de wens was van werkgever om in de mediation uitsluitend de mogelijkheid van afscheid nemen te onderzoeken en de inhoud van dit bericht zou buiten de vertrouwelijkheid vallen. Ook werd afgesproken dat partijen in overleg zouden treden over een beëindiging buiten de context van mediation.

Waar kies je voor?

Kies je voor mediation in de hoop of uit de overtuiging dat mediation kan leiden tot een goede oplossing waar beide partijen mee kunnen instemmen of wordt de keuze vooral bepaald door strategische overwegingen en de mogelijke gevolgen voor de juridische positie(s)?

Uit recente jurisprudentie blijkt dat zowel een mediation die niet leidt tot overeenstemming als het weigeren van mediation van invloed kunnen zijn op de juridische posities. Maar moeten deze mogelijke gevolgen bepalend zijn bij de keuze van partijen of wel of niet voor mediation te kiezen? En wordt de keuze om wel of niet voor mediation te kiezen daarmee vooral bepaald door strategie en onlosmakelijk onderdeel van (een voorfase in) een (mogelijk) meer juridische afwikkeling?

In mijn achterhoofd hoor ik mijn collega John Bosnak zeggen: "Mediation is een proces 'in the shadow of the law'. In die shadow zou het mijns inziens wel moeten blijven.

Dat er een spanningsveld kan bestaan tussen strategie of overtuigde keuze is duidelijk. Het bespreken van dit spanningsveld en de vermoedde strategieën of tactieken van de andere partij zou partijen in de intakefase ook kunnen helpen bij het maken van een gemotiveerde keuze om wel of niet te starten met mediation. Ook omdat dit spanningsveld mijns inziens vaak onderdeel is van hetgeen partijen verdeeld houdt

en - uiteraard - van grote invloed is op eventuele alternatieve mogelijkheden van partijen om het conflict op te lossen. Dit is de shadow die over het mediationproces valt. Die schaduw valt niet te ontkennen, vraag hier daarom ook naar in de intakefase.

Informed consent?

Het is mijns inziens de taak van de arbeidsmediator om tijdens de voorbereidende gesprekken ook het speelveld van de oplossingsrichtingen te benoemen en dit speelveld te 'normaliseren'. Leg uit wat 'de zin van mediation' kan zijn.

Arbeidsmediation wordt veel ingezet. Dat een mediation ook in een exit kan eindigen - mits partijen daar allebei mee kunnen instemmen - is bij de meeste doorverwijzers wel bekend. Dat partijen dit ook (gaan) weten is onderdeel van de intakefase. Leg tijdens die gesprekken uit dat mediation is bedoeld om een oplossing voor de ontstane situatie te vinden. Leg uit dat de mediation niet gericht hoeft te zijn op herstel van relaties of het terugbrengen van de harmonie. Informeer partijen dat arbeidsmediations ook regelmatig eindigen met een akkoord over een afscheid. En dat goed afscheid nemen in sommige gevallen een prima oplossing kan zijn.

Een mediation is niet 'mislukt' als deze niet heeft geleid tot herstel van vertrouwen in de arbeidsrelatie of tot het terugbrengen van de harmonie. Zat hier de vrees van werknemer: wordt de mediation (on)eigenlijk ingezet om de arbeidsrelatie te beëindigen in plaats van te herstellen? Maak duidelijk dat een mediation pas niet is geslaagd als het partijen niet is gelukt een oplossing te vinden waar ze beiden achter staan. Leg dit alles altijd uit tijdens de intakegesprekken. Ook wanneer tijdens die intakegesprekken mocht blijken dat partijen de mediation enkel en alleen willen inzetten om de relatie te herstellen. Ga dit niet uit de weg. Informeer partijen neutraal over de verschillende oplossingsrichtingen, los van de inhoud van de specifieke casus.

Partijen moeten weten wat ze kunnen verwachten, hierop voorbereid zijn en met *informed consent* de mediation ingaan. Dat hoort ook bij onze taak.

Rituele dans?

De mediator somt in de belangeninventarisatie een gezamenlijk belang op: 'De werknemer en de leidinggevende hebben allebei behoefte aan openheid; geen mediation als rituele dans, maar het beestje bij de naam noemen door als werkgever te kunnen zeggen dat men niet verder wil en als werknemer daar in openheid op te kunnen reageren.'

Ook een mediator zou geen danspartner bij die rituele dans moeten zijn. Als partijen een eventueel afscheid niet binnen de context van de mediation willen verkennen, dan zij dat zo. Als partijen kiezen om langs andere weg een oplossing te vinden voor de ontstane situatie, dan is dat hun keuze. Het blijft een uitdaging hier niets van te vinden.

Zou het echter ook kunnen zijn dat de vrees bij ons mediators bestaat dat arbeidsmediation met een imagoprobleem te kampen krijgt en dat de 'markt' veronderstelt dat arbeidsmediation gelijk is aan exit-mediation? En dat mediation daarom minder zou worden ingezet? Dat we het beestje niet bij de naam noemen en (potentiële) partijen niet (voldoende) informeren dat arbeidsmediations ook tot een exit kunnen leiden.

Dat zou niet nodig hoeven zijn, volgens mij. Een kleine inventarisatie onder collega's leert dat iets meer dan de helft van de arbeidsmediations eindigt in een exit. Is dat erg? Wat mij betreft niet.

Het lijkt me goed dat wij als beroepsgroep dit verder onderzoeken en daarnaast ook naar onszelf het beestje bij de naam noemen: arbeidsmediation eindigt heel regelmatig in een exit. Nogmaals, is dat erg? Wat mij betreft niet.

Nienke Wiersma, BBKWmediation te Arnhem

Patroon

Afbeelding 1

