

vergoeding zou worden toegekend. Behalve dat de (mogelijke) nieuwe arbeidsvoorwaarden dan nog onzeker zullen zijn, ziet de ontslagvergoeding niet alleen op de directe inkomensschade als gevolg van het ontslag. Een minder terughoudende opstelling bij het 'korten' van de ontslagvergoeding wegens arbeidsmarktperspectieven werkt de niet wenselijke situatie in de hand dat de werknemer pas na de totstandkoming van de beëindigingsregeling respectievelijk na afloop van de ontbindingsprocedure op zoek gaat naar een andere baan, omdat hij (een deel van) zijn ontslagvergoeding zou mislopen wanneer zijn sollicitaties te snel succesvol lijken te zijn. Pas als de werknemer de mogelijkheid heeft (vrijwel onmiddellijk) elders weer aan het werk te gaan, zou mijns inziens voor hem een spreekplicht bestaan en kan om die reden een verlaging van de ontslagvergoeding gerechtvaardigd zijn. Een verlaging, maar niet een 'nihilstelling'. Het voortbestaan van die nieuwe baan is immers geen zekerheid. Als de werknemer zijn nieuwe baan op korte termijn weer verliest, bijvoorbeeld in verband met een reorganisatie, staat hij praktisch met lege handen. Niet valt in te zien waarom de werknemer daarvan vrijwel het volle risico moet dragen, alleen omdat hij direct en met succes is gaan solliciteren toen hij geconfronteerd werd met de wens van de werkgever om het dienstverband te beëindigen. Evenmin is het redelijk om het risico daarvan ten volle neer te leggen bij de nieuwe werkgever. Het alternatief is dat in zijn algemeenheid arbeidsmarktperspectieven van de werknemer worden meegewogen (in de correctiefactor). Daarvoor is bij een krappe arbeidsmarkt wel wat te zeggen. De keerzijde daarvan is dat er dan eigenlijk geen goede gronden zijn om die niet ook te laten meewegen in slechte tijden, wanneer de arbeidsmarktperspectieven uiterst somber zijn. Bovendien draagt de waardering van die perspectieven een hoog speculatief karakter. Kortom, misschien beter van niet.

#### Conclusie

Alleen wanneer de arbeidsmarktperspectieven zo concreet zijn dat de werknemer (praktisch) een nieuwe baan is aangeboden, dient hij open kaart te spelen en kan hij gekort worden op zijn ontslagvergoeding, maar niet te drastisch!

## Mediation: een strategisch verplichte omweg?

A.J.M. Sponselee<sup>1</sup>

48 In *ArbeidsRecht* 2006, 54 publiceerde mr. J. Pel een artikel over mediation in het arbeidrecht. Hij introduceerde niet alleen het begrip 'mediation', maar zette ook de principes, het verloop en de verankering van mediation op interessante wijze uiteen. Het nogal beknopte overzicht van jurisprudentie in zijn artikel prikkelde echter tot een verdergaande analyse van relevante uitspraken en een aantal aanbevelingen voor de praktijk.

#### Talloze conflicten

Jaarlijks spelen zich vele duizenden conflicten af op de werkvloer; tussen werknemers onderling, maar vooral tussen de werkgever en de werknemer. Dergelijke arbeidsconflicten hebben (helaas) vaak tot gevolg dat de betrokken werknemer zich ziek meldt. In geval van ziekte dient de werknemer met hulp van de werkgever te re-integreren. Op basis van de Wet verbetering poortwachter kan mediation onderdeel uitmaken van dit re-integratieproces. Deze vorm van conflictbemiddeling wordt in de praktijk door bedrijfsartsen warm aanbevolen. Het is natuurlijk ook mogelijk dat een conflict niet tot ziekmelding van een werknemer leidt. Niettemin vraagt het conflict om een oplossing. Ook in die situatie biedt mediation mogelijk een uitkomst. Zoals Pel al aanstipte, vloeit uit art. 7:611 BW voort dat partijen zich als goed werkgever en goed werknemer dienen te gedragen. Van partijen mag op die basis worden verwacht dat zij een oplossing zoeken voor hun geschil. Mediation kan daarbij zeker een handvat zijn.

#### Overwegingen van de kantonrechter

Een groot aantal kantonrechters onderschrijft dat mediation een mogelijke oplossing voor een geschil kan bieden. Uit verschillende uitspraken blijkt dat onder meer het achterwege laten van (een aanbod tot) mediation een werkgever of werknemer in de rechtszaal duur kan komen te staan. Mocht een arbeidsconflict leiden tot een verzoek tot ontbinding dan zal, blijkens de jurisprudentie, de (kanton)rechter

1. Mevr. mr. A.J.M. Sponselee is advocaat bij Baker & McKenzie te Amsterdam.

vaak geneigd zijn onder andere de volgende aspecten bij zijn beslissing te betrekken<sup>2</sup>:

- Wie heeft het initiatief genomen tot (het voorstel voor) mediation?
- Heeft een van de partijen het verzoek om tot mediation over te gaan afgewezen?
- Waren de partijen daadwerkelijk bereid om tot mediation over te gaan?

Op basis van deze aspecten, volgt hierna eerst een selectie van de jurisprudentie waarin het gebruik (of het nalaten) van mediation centraal staat. Daarna wordt ingegaan op de conclusies die uit de jurisprudentie zijn te trekken en op de trend die lijkt te zijn gezet. Een korte schets van iedere casus draagt naar verwachting bij aan de leesbaarheid van een en ander.

### Afwijzing van mediation door werkgever wordt afgestraft

Steeds vaker wordt een werkgever die mediation heeft afgewezen afgestraft door de kantonrechter. Afwijzing kan leiden tot een hoge ontslagvergoeding voor de werknemer. Zo heeft de Kantonrechter Middelburg in een zaak waarin de werkgever weigerde mee te doen aan mediation de correctiefactor op 2 gesteld. Volgens de kantonrechter was de verandering van omstandigheden geheel aan de werkgever te wijten, gelet op de lichtvaardige wijze waarop deze de weg terug naar het werk had afgesneden.<sup>3</sup> De werkgever had na overname van het bedrijf een reorganisatie doorgevoerd. Voor de werkneemster hield dat in dat zij samen met een collega verantwoordelijk werd voor het bedrijfsonderdeel 'Horeca'. Nadien besloot de werkgever dat een eenhoofdige leiding voldoende was. De positie ging naar de collega. De werkneemster meldde zich ziek en de bedrijfsarts stelde een time-out voor en de inschakeling van een mediator. De werkgever maakte hiervan geen gebruik en deed zelfs een voorstel voor beëindiging waardoor 'een grote blokkade voor het herstelproces zou kunnen komen te vervallen'. De werkneemster ging hier niet op in, waarop de werkgever liet weten dat er geen reële herplaatsingsmogelijkheden meer waren. De kantonrechter oordeelde dat het op de weg van de werkgever had gelegen om tot een gedegen re-integratie van de werknemer te komen. Hierbij had mediation kunnen worden gebruikt.

2. H.F.M. van de Griendt & E. Schutte, *Mediation in Arbeidsconflicten*, Rotterdam: Nederlands Mediation Instituut NMI 2006, p. 135.

3. Ktr. Middelburg 2 november 2003, *JAR* 2004/7.

### Onbillijke uitkomst kantonrechtersformule

Een ander voorbeeld is een zaak bij de Kantonrechter Amsterdam, waarbij de neutrale kantonrechtersformule volgens de kantonrechter niet zou leiden tot een billijke vergoeding.<sup>4</sup>

Nadat de werknemer één jaar in dienst was stelde de werkgever dat het functioneren onvoldoende zou zijn, dat gesprekken hierover niet tot verbetering hadden geleid en dat er ernstige wrijvingen waren ontstaan tussen de werknemer en zijn collega's en leidinggevenden. Na hierop te zijn aangesproken meldde de werknemer zich ziek. De bedrijfsarts stelde mediation als oplossing voor. De werkgever wenste hieraan niet mee te werken. De kantonrechter achtte niet aangetoond dat de werknemer niet goed had gefunctioneerd. Wel vond de kantonrechter de arbeidsverhouding inmiddels zodanig verstoord dat ontbinding onontkoombaar was. Dit kwam voor rekening van de werkgever waarbij in aanmerking moest worden genomen dat de werkgever had geweigerd aan de voorgestelde mediation mee te werken. De verstoring van de arbeidsrelatie had daarmee een definitief karakter gekregen. Uit de arbeidsovereenkomst, waarin een bepaling stond over terugbetaling van een door de werkgever betaald bedrag in geval van ontslagname van de werknemer binnen twee jaar, bleek dat partijen de bedoeling hadden een langdurige relatie aan te gaan. De kantonrechter kende een vergoeding toe van zes maandsalarissen, te weten de periode tussen de ontbinding van de arbeidsovereenkomst en de periode van twee jaar. Een andere zaak waarbij een relatief hoge ontslagvergoeding werd toegekend betreft een zaak bij de Kantonrechter Sittard-Geleen, die de arbeidsovereenkomst ontbond van een werknemer die *onterecht* was beschuldigd van seksuele intimidatie van leerlingen.<sup>5</sup> De kantonrechter oordeelde dat de opstelling van de werkgever verwijtbaar was, onder andere omdat deze mediation had geweigerd. De werknemer had de werkgever verzocht om de strafklacht in te trekken, hem te rehabiliteren en weer toe te laten tot het werk. Volgens de kantonrechter kon de werknemer geen verwijt worden gemaakt van de verstoring van de arbeidsrelatie. De werkgever bleef echter overtuigd van grensoverschrijdend gedrag van de werknemer en dientengevolge groeiden partijen steeds verder uit elkaar. De bedrijfsarts adviseerde een mediationstraject te starten. De werkgever voelde daar niets voor, omdat er een onoverbrugbare vertrouwensbreuk zou zijn ontstaan. De kantonrechter achtte het billijk dat de werkgever aan de werknemer een zodanige vergoe-

4. Ktr. Amsterdam 22 januari 2004, *JAR* 2004/54.

5. Ktr. Sittard-Geleen 8 december 2004, *JAR* 2005/21.

ding zou betalen dat deze tot zijn pensioengerechtigde leeftijd hetzelfde inkomen zou genieten.

#### **Weigering kan ook leiden tot afwijzing ontbinding**

Niet alleen de hoogte van de ontslagvergoeding wordt beïnvloed door het al dan niet meedoen aan mediation. Een tekortkoming in de inspanning door de werkgever om uit de impasse te raken, zoals het *niet* benutten van mediation, kan zelfs tot afwijzing van de verzochte ontbinding leiden. De Kantonrechter Schiedam wees het verzoek van de werkgever tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst om die reden af.<sup>6</sup> Volgens de werkgever was sprake van een onhoudbare situatie op de werkvloer, die door de werkneemster zou zijn veroorzaakt. De onrust kwam voort uit een reorganisatie en een verhuizing, die de sfeer niet ten goede was gekomen. Kritiek op de betrokken leidinggevende bleef dan ook niet uit. De werkneemster had hieraan meegedaan, net zoals haar collega's. De werkgever bestempelde de werkneemster als de veroorzaker van alle onrust – voornamelijk gezien het 'verleden' tussen de werkneemster en leidinggevende – en stelde dat haar aanwezigheid tot een 'onhoudbare situatie' had geleid. De werkgever huurde een bemiddelaar in. Dit leidde niet tot mediation, maar tot een 'teamdag'. De werkneemster achtte het van belang daarbij te zijn en had ook een uitnodiging ontvangen. Zij werd echter niet tot de bijeenkomst toegelaten. Kort daarop verzocht de werkgever ontbinding van de arbeidsovereenkomst. De kantonrechter overwoog dat, ondanks dat de werkneemster niet terughoudend was in haar kritiek, zij niet verantwoordelijk kon worden geacht voor de slechte werksfeer. De bemiddelaar die was ingeschakeld door de werkgever had niet het gewenste effect. De kantonrechter zag echter nog mogelijkheden om ná overleg de werkneemster te herplaatsen. Naar het oordeel van de kantonrechter had mediation een oplossing kunnen bieden.

#### **Weigering resulteert in immateriële schadevergoeding**

Verzuim van de werkgever om tot mediation over te gaan, kan zelfs leiden tot een verplichting tot betaling van immateriële schadevergoeding. De Kantonrechter 's-Hertogenbosch ontbond de arbeidsovereenkomst vanwege een verstoorde verhouding tussen partijen.<sup>7</sup> De werkgever had voordien tot drie keer toe op onvoldoende deugdelijke gronden geprobeerd de arbeidsovereenkomst met zijn 64-jarige werknemer te beëindigen en liet deze aan zijn lot over. De werk-

gever voldeed – nadat de werknemer zich had ziek gemeld als gevolg van het conflict – niet aan zijn verplichtingen op grond van de Wet verbetering poortwachter, onder meer door geen medewerking te verlenen aan mediation. De werkgever had niet als een goed werkgever gehandeld. De kantonrechter stelde de vergoeding op de tegenwaarde van de verwachte inkomensderving tot het 65ste jaar en kende bovendien € 10 000 immateriële schadevergoeding toe, nu aannemelijk was dat de werkgever geestelijk leed had berokkend.

#### **Afwijzing van mediation door werknemer**

Het is niet alleen de werkgever die zich moet inspannen voor de oplossing van een conflict. Ook de werknemer zal zijn verantwoordelijkheid moeten nemen. Indien de werknemer dit nalaat kan ook hij hiervan nadelige gevolgen ondervinden. Dit blijkt onder meer uit een uitspraak van de Kantonrechter Gouda.<sup>8</sup> De werkgever had een intern onderzoek ingesteld in verband met mogelijke onregelmatigheden in de uitoefening van de werkzaamheden door de werknemer. Uit het onderzoek bleken geen onregelmatigheden. Echter, de werknemer voelde zich door het onderzoek beschadigd en getraumatiseerd. De kantonrechter sprak de ontbinding van de arbeidsovereenkomst uit als gevolg van een verstoorde arbeidsverhouding. Hij zag echter geen aanleiding voor een vergoeding. Een belangrijke rol daarbij speelde het feit dat de werknemer de door werkgever geïnitieerde mediation had afgewezen. De kantonrechter overwoog dat de werknemer weliswaar niet tot mediation verplicht was, maar de gevolgen daarvan komen dan niet voor rekening van de werkgever. Tevens speelde een rol dat de werkgever ook verder alle mogelijke hulp had aangeboden om werkhervatting mogelijk te maken.

#### **Bereidheid tot mediation**

Ook de houding van partijen tegenover mediation kan van belang zijn. Is men zonder meer bereid om aan mediation deel te nemen of stelt men voorwaarden aan deelname? Deze vraag kwam op in een uitspraak van de Kantonrechter Maastricht.<sup>9</sup> De kantonrechter ontbond de arbeidsovereenkomst met een zieke werknemer nu een vruchtbare samenwerking niet meer mogelijk was. De werkgever viel wel het verwijt te maken dat hij zich, vanaf het moment dat de werkneemster arbeidsongeschikt was geraakt, te weinig terughoudend had opgesteld door steeds weer contact met haar te zoeken in verband met het gaan

6. Ktr. Schiedam 9 januari 2007 (n.n.g.).

7. Ktr. 's-Hertogenbosch 20 september 2005, *JAR* 2006/253.

8. Ktr. Gouda 4 januari 2007 (n.n.g.).

9. Ktr. Maastricht 28 mei 2004, *JAR* 2004/155.

vervullen van andere functies. Daarentegen had de werkneemster zich te weinig flexibel opgesteld door alleen aan mediation te willen meewerken als bepaalde voorwaarden werden vervuld. De kantonrechter achtte een correctiefactor van 0,66 redelijk.

#### Geen of te laat initiatief tot mediation

Ook het tonen van initiatief blijkt een belangrijk aspect in de overwegingen van een kantonrechter. Zo wees de Kantonrechter Maastricht een verzoek tot ontbinding af in een geval waarbij partijen in een impasse waren geraakt.<sup>10</sup> Het had op de weg van de werkgever gelegen om de werknemer op zijn beweerde negatieve gedrag aan te spreken en hem te helpen zijn functioneren te verbeteren. Daarbij komt dat de werkgever zich onvoldoende had ingespannen om uit de impasse te geraken, bijvoorbeeld door het inschakelen van een mediator. De kantonrechter was van oordeel dat dit traject door partijen nog onvoldoende was doorlopen en dat wellicht door tussenkomst van een mediator tot een voor beide partijen aanvaardbare oplossing had kunnen worden gekomen.

Het omgekeerde kan echter ook het geval zijn. De werkgever kan onder sommige omstandigheden besluiten om géén aanbod tot mediation te doen, zonder dat dit voor hem negatieve gevolgen heeft. Op het verzoek om een vergoeding overwoog de Kantonrechter Hilversum dat de werkneemster in redelijkheid niet kon verwachten dat haar wens om op zeer korte termijn buiten het seizoen drie weken vakantie te mogen opnemen, zomaar zou worden gehonoreerd.<sup>11</sup> Ten aanzien van de hieruit voortvloeiende ziekte en het arbeidsconflict, kon van de werkgever niet worden verlangd dat hij een mediator zou inschakelen, nu de werkneemster op geen enkel moment onvoorwaardelijk had aangegeven bereid te zijn weer voor de werkgever te gaan werken. De werkgever diende aan de werkneemster bij de ontbinding geen hogere vergoeding te betalen dan het door hem aangeboden bedrag aan pensioenpremie.

#### Lessons learned?

Uit de uitspraken waarin mediation een rol speelde kunnen conclusies worden getrokken. Duidelijk wordt wat rechters belangrijk vinden en wat, om die reden, zowel de werkgever als de werknemer over mediation moet weten.

De acceptatie of afwijzing van mediation, het wel of niet nemen van initiatief om te komen tot mediation en de mate van bereidheid om aan mediation mee te

werken, zijn stuk voor stuk factoren die het oordeel van de kantonrechter (kunnen) beïnvloeden. Als een van de partijen verzaakt een conflict tot een goed eind te brengen en mediation niet initieert, niet accepteert of niet bereid is tot medewerking, zal dat in beginsel voor die partij nadelig zijn.

Zolang mediation nog tot de mogelijkheden behoort, kan het (te snel) streven naar beëindiging de werkgever, maar ook de werknemer opbreken. Partijen dienen bereid te zijn met open vizier de mediation in te gaan, zonder (te veel) voorwaarden vooraf te stellen. Het is belangrijk de vraag te stellen óf mediation kan bijdragen aan een verbetering van de onderlinge relatie en wellicht tot een oplossing van het conflict. Steeds vaker wordt door rechters gememoreerd dat het niet aangaat dat een werkgever na één (stevig) conflict het bijltje erbij neergooit en een ontbindingsverzoek indient. Uit recente jurisprudentie blijkt dat er rechters zijn die ontbinding weigerden, omdat het mediationtraject niet voldoende was doorlopen. Mediation moet ten minste worden beproefd.<sup>12</sup>

#### Is mediation wel vrijwillig?

Dit brengt mij op dezelfde vraag die ook mr. Pel zich in zijn artikel heeft gesteld: hoe vrijwillig is mediation eigenlijk? Ik ben het met hem eens dat de werkgever noch de werknemer deelname aan mediation door de andere partij kan afdwingen, maar dat een weigering consequenties kan hebben en dat die zich niet beperken tot de hoogte van de vergoeding. Het kan immers ook leiden tot een afwijzing van de verzochte ontbinding. Uitgangspunt is dat partijen in principe geen voor de eigen positie nadelige handelingen verrichten. Dit maakt het al dan niet initiëren of deelnemen aan mediation minder vrijwillig. Uit de jurisprudentie blijkt dat een partij in een conflict mediation niet zonder risico kan afwijzen. Bovendien is ook het nemen van initiatief en het tonen van bereidheid van belang.

Zullen partijen in de toekomst de beslissing nemen om mediation te initiëren, dan wel deze te accepteren, louter om hun positie in een procedure veilig te stellen?

Mr. Pel meent dat het strategisch inzetten van mediation dient te worden voorkomen, onder andere door de inzet van de verwijzer, de bedrijfsarts of de mediator zelf. Ik vrees dat dit een lastige opgave is. Het is de vraag of een verwijzer dan wel een bedrijfsarts een dergelijke opzet van een van de partijen kan voorzien, vooral omdat deze niet altijd betrokken zullen zijn bij de gang naar de mediator. De mediator

10. Ktr. Maastricht 17 november 2005, *JAR* 2006/110.

11. Ktr. Hilversum 10 juli 2006, *JAR* 2006/232.

12. C.J. Loonstra & P. Kruit, 'Statistiek ontbindingsvergoedingen 2006: de stabiliteit voorbij?', *ArbeidsRecht* 2007, 27, p. 21.

heeft wellicht meer kans op succes. Echter, de mediator dient de intenties en belangen van partijen wel in een erg kort tijdsbestek, namelijk in de fase voorafgaand aan het tekenen van de mediation overeenkomst, te onderzoeken en boven tafel te brengen. Indien de mediator de werkelijke intenties van (een) partij(en) pas zou ontdekken gedurende de mediation, geldt de geheimhoudingsplicht.

#### — Pro-formamediation?

De pro-formaontbindingsprocedure is sinds oktober 2006 van de baan. Voorkomen zou mijns inziens moeten worden dat nu de 'pro-formamediation' daarvoor in de plaats komt. Het uitgangspunt van mediation is tenslotte de *vrijwillige* keuze voor deze vorm van alternatieve geschilbeslechting. Dit laat onverlet dat op korte termijn een oplossing moet worden gezocht voor het in deze bijdrage geschetste spanningsveld. Wellicht is de oplossing gelegen in een verplicht intakegesprek met de afzonderlijke partijen, waarbij de geheimhoudingsplicht van de mediator nog geen hindernis vormt. De mediator zou dan de tijd hebben om bij partijen de daadwerkelijke intenties boven tafel te krijgen. Mochten de intenties van (een van) de partijen gedurende de intake niet zuiver blijken, dan zou de mediator kunnen weigeren over te gaan tot daadwerkelijke mediation sessie(s). De reden van deze weigering zou dan openbaar mogen worden gemaakt, aangezien het intakegesprek nog niet onderhevig is aan geheimhouding. Dientengevolge zou de reden van weigering door de mediator in een daaropvolgende procedure aan de orde kunnen worden gesteld en kan de rechter dit in zijn oordeel meenemen. Wellicht zal dit risico voor de partij(en) met onzuivere intenties een overweging kunnen zijn om de 'pro-formamediation' over te slaan.