

Arbeidsrechtadvocaten en arbeidsmediators: mediation beter dan procederen

Medio 2008 is een enquête gehouden naar de verschillen en gelijkenissen tussen arbeidsrechtadvocaten en arbeidsmediators. Over de resultaten van de enquête werd een speciale conferentie gehouden. Deze bijdrage is een samenvatting van de belangrijkste uitkomsten van de enquête en de daarop volgende discussie.

Door Dirk Jan Bender, Igno Sutorius, Marianne van der Meulen, Piet Jeuken en Ido van der Waal

De enquête was verspreid onder de leden van de Vereniging Arbeidsrecht Advocaten Nederland (VAAN) en de NMI-groep Arbeidsmediation. Doel van het onderzoek was inzicht te krijgen in de wijze waarop arbeidsrechtadvocaten en arbeidsmediators elkaar op het gebied van arbeidsrechtelijke geschillen ervaren. Op 25 november 2008 is door ruim vijftig arbeidsrechtadvocaten en arbeidsmediators uitgebreid gesproken over een aantal thema's die uit de enquête naar voren zijn gekomen. Tevens is besloten de samenwerking tussen beide beroepsgroepen in 2009 voort te zetten.

De enquête

De enquête is door 91 (14 procent) advocaten en 35 (70 procent) mediators ingevuld. De uitkomst is daarmee voor de advocaten statistisch niet representatief, voor de NMI-groep Arbeidsmediation wel. De resultaten geven wel een beeld hoe beide beroepsgroepen over elkaar denken. Opvallend is dat het

merendeel van de advocaten meldt niet veel met mediations op het gebied van arbeidsrecht te maken te hebben. Meer dan de helft van de respondenten is bij minder dan vijf mediations betrokken geweest. Onderwerpen die in de enquête naar voren komen:

- redenen om te kiezen voor mediation;
- aanwezigheid advocaat tijdens mediation;
- rolverdeling advocaat-mediator;
- rol van de advocaat;
- wel of geen overleg tussen advocaat en mediator;
- tekent de advocaat de geheimhoudingsverklaring?;
- uitkomst mediation t.o.v. procedure;
- rol van de mediator bij een pro-formamediation;
- rol van de mediator;
- wat te doen bij onderhandelen tijdens mediation?;
- wie maakt de vaststellingsovereenkomst?;
- terugverwijzen ja of nee?

De VAAN is de landelijke vereniging van advocaten die zich gespecialiseerd hebben op het gebied van arbeidsrecht. VAAN is bedoeld als kwaliteitskeurmerk, als collegiaal overlegorgaan, maar ook als extern advies- en overlegorgaan voor bijvoorbeeld de politiek, de rechterlijke macht en de Nederlandse Orde van Advocaten. De VAAN telt 630 leden.

De NMI-groep Arbeidsmediation bestaat uit NMI-geregistreerde en gecertificeerde mediators, eveneens met specialisme arbeidsrecht. De groep heeft als doelstelling om bij te dragen, vanuit de praktijkervaring van de leden, aan de verdere ontwikkeling en de erkenning van het specialisme arbeidsmediation. Daarnaast wil zij als kenniscentrum en netwerk bijdragen aan de verdere professionalisering van de leden/arbeidsmediators. De NMI-groep Arbeidsmediation telt vijftig leden.

Redenen waarom er wordt gekozen voor mediation

Bijna dertig procent van de mediations komt tot stand door verwijzing door de rechtbank, aldus de advocaten. Beide groepen noemen arbodiensten als belangrijke initiatiefnemer voor mediation op het gebied van arbeidszaken. De redenen om te kiezen voor mediation zijn voor advocaten en mediators globaal dezelfde. Voor beide groepen is het behouden van een goede relatie een belangrijke overweging. Andere overwegingen die genoemd worden, vaak in combinatie met elkaar, zijn: het advies van de arboarts, snelle oplossing, de wens om buiten de rechtbank om te willen handelen. Ruim tien procent van de advocaten zegt dat uit strategische motieven voor mediation wordt gekozen. Opvallend is dat het kostenaspect en het feit dat partijen de oplossing zelf in de hand hebben, door beide groepen weinig wordt genoemd.

Aanwezigheid advocaat tijdens mediation

Tachtig procent van de mediators meldt dat in minder dan de helft van de mediations een advocaat betrokken was. Toch adviseren bijna alle mediators uit het onderzoek de partijen om een advocaat in te schakelen, in de meeste gevallen als juridische check. Meestal hebben partijen overigens zelf al een advocaat of op andere wijze rechtsbijstand. En het merendeel van de mediators vindt het geen probleem als de advocaat bij de mediation aanwezig is. Het overgrote deel van de advocaten was al bij de klant betrokken voordat er sprake was van mediation.

Rolverdeling advocaat-mediator

Advocaten en mediators zijn het eens met elkaar dat zij over de rolverdeling tussen hen beiden het beste kunnen overleggen tijdens de eerste mediationbijeenkomst. Overigens is twintig procent van de advocaten van mening dat er helemaal niet gesproken hoeft te worden over de rolverdeling. De mediators en advocaten zijn het eens over hun rolverdeling. De advocaat behartigt als adviseur het belang van zijn/haar cliënt terwijl de onafhankelijke mediator verantwoordelijk is voor een goed verloop van het mediationproces in het belang van alle partijen.

Wel of geen overleg tussen advocaat en mediator

Over het voeren van bilateraal overleg tussen mediator en advocaten bestaat geen verschil van mening: als cliënten hiervan op de hoogte zijn, moet dit kunnen.

Tekent de advocaat de geheimhoudingsverklaring?

Het merendeel van de mediators vindt dat de advocaat deze moet tekenen, het merendeel van de advocaten heeft hier geen probleem mee.

Uitkomst mediation ten opzichte van procedure

Bijna alle mediators zijn van mening dat de uitkomst van mediation anders is dan wanneer er geprocedeerd zou zijn. Driekwart van de advocaten denkt dit ook. Beide groepen menen dat in mediation meer oplossingsrichtingen en gespreksonderwerpen mogelijk zijn, terwijl er meer rekening wordt gehouden met emoties en de relatie.

De rol van de mediator bij een pro-formamediation

Een kleine meerderheid van zowel advocaten als mediators is van mening dat de mediator niet hoeft te achterhalen of er sprake is van een pro-formamediation en dit dan te melden. Rond de veertig procent van beide groepen vindt dit wel een taak van de mediator.

De rol van de mediator

Een klein deel van de advocaat-respondenten vindt dat de mediator ook verantwoordelijk is voor de belangen van de cliënt (22 procent) en de juridische juistheid van de oplossing

(10 procent). Dit verschil verklaart waarschijnlijk voor een belangrijk deel de opmerkingen die advocaten maken over het gebrek aan juridische kennis bij mediators.

Wat te doen bij onderhandelen tijdens mediation?

Over de vraag wat er moet gebeuren als er onderhandeld moet worden zijn de meningen tussen advocaten en mediators verdeeld. Het overgrote deel van de mediators vindt dit een onderdeel van de mediation en geeft dus aan dat de mediation gewoon doorgaat. Bij de advocaten is er meer verdeeldheid: iets minder dan de helft van hen is het met de mediators eens. Een even grote groep meent dat op dat moment de mediation in een slaapstand gaat.

Wie maakt de vaststellingsovereenkomst?

De vraag wie de vaststellingsovereenkomst opstelt, leidt tot meningsverschillen, zowel binnen beide groepen als tussen de groepen. Circa 40 procent van de advocaten en 30 procent van de mediators vindt dat mediator en advocaten dit gezamenlijk met de partijen horen te doen. Daarentegen vindt 45 procent van de mediators dat de mediator de vaststellingsovereenkomst moet opstellen, iets waar 30 procent van de advocaten het mee eens is.

Terugverwijzen ja of nee?

Alle mediators vinden het een goede zaak dat rechters meer terugverwijzen naar mediation. Voor de advocaten ligt dat duidelijk anders: slechts iets minder dan 33 procent is het hiermee eens. De tegenstanders geven onder andere aan dat overleg al is uitgeput als je eenmaal voor de rechter staat, dan wel dat de partijen van een rechter een beslissing verwachten.

Rapportcijfers

Ruim een derde van de advocaten vindt dat de mening over mediation in positieve zin veranderd is naar aanleiding van de opgedane ervaringen, terwijl van twaalf procent de mening in negatieve zin is veranderd.

Advocaten geven gemiddeld een 6,9 voor het proces van mediation; de kwaliteit van mediators wordt met gemiddeld een 7 fractioneel hoger gewaardeerd.

Mediators geven een ruime voldoende aan het proces van mediation waarbij advocaten betrokken zijn: 7,3. Over de kwaliteit van de advocaten zijn ze ook tevreden, gemiddeld 7,1. De samenwerking tussen advocaten en mediators wordt ongeveer gelijk beoordeeld: de advocaten geven gemiddeld een 6,8, de mediators een 7. Verbetermogelijkheden zien de advocaten vooral op het gebied van communicatie en samenwerking, terwijl ook de kwaliteit van de mediators genoemd wordt. Voor de mediators ligt het verbeterpunt vooral in de houding van (sommige) advocaten.

De conferentie

Over vier onderwerpen uit de enquête is tijdens de conferentie

uitgebreid verder gesproken aan de hand van stellingen. Het ging om:

- De rol van de advocaat
- Vrijwilligheid van partijen
- Is kennis van arbeidsrecht noodzakelijk om een goede arbeidsmediator te zijn?
- Minnelijke regeling en mediation

De rol van de advocaat

Er is uitgebreid stilgestaan bij de wel of niet *actieve* rol van de advocaat. Veelal vindt men dat de rol van de advocaat in het mediationgesprek bij aanvang van het gesprek dient te worden besproken. Er zijn verschillende ervaringen met de uiteindelijke participatie van de advocaat in het mediationgesprek. De rol moet passend zijn bij de situatie, waarbij de mediator de regierol dient te blijven spelen, is de mening van de groep. Voornamelijk op het gebied van de eigen expertise heeft de advocaat een belangrijke rol en kan het ondersteunend voor het mediationproces werken als dit op een constructieve wijze wordt gecommuniceerd.

Wat betreft de vaststellingsovereenkomst is men van mening dat daarin de mediator een leidende rol heeft. Dit kan in de praktijk betekenen dat de advocaten een juridische bijdrage leveren en dat de mediator de verschillende tekstonderdelen verbindt in een vaststellingsovereenkomst. Er zijn voorbeelden genoemd waarbij de advocaten de vaststellingsovereenkomst in onderling overleg zijn gaan regelen zonder de begeleiding of regie van de mediator, met als resultaat een nieuw conflict. Over het algemeen is de opvatting van de mediators dat de advocaten hun rol in het mediationproces goed oppakken.

Vrijwilligheid van partijen

De groep vond dit eigenlijk een academische vraag. Als uitgangspunt moet worden gehanteerd dat partijen vrijwillig aan de mediation deelnemen.

Is kennis van arbeidsrecht noodzakelijk om een goede arbeidsmediator te zijn?

Hoewel mediators het maar zeer beperkt eens zijn met advocaten dat zij verantwoordelijk zijn voor de juridische juistheid van de oplossingen, zijn ook zij van mening dat een goede arbeidsmediator kennis van het arbeidsrecht moet hebben. Men gaat naar een arbeidsmediator in de veronderstelling dat die mediator het gebied kent waar hij het over heeft. Het merendeel van de aanwezigen vindt dan ook dat arbeidsmediation een apart specialisme van mediation moet worden.

Minnelijke regeling en mediation

Advocaten kennen een gedragsregel (3), die inhoudt dat een advocaat dient te streven naar een minnelijke regeling. Naar aanleiding hiervan is gesproken over de vraag of advocaten die niet over mediationstechnieken beschikken, verplicht zijn de

zaak door te verwijzen naar een mediator. Mening van de aanwezigen was dat dit geen verplichting kan zijn, maar dat het soms in het belang van partijen is, dat een mediator wordt gezocht. Dit geldt overigens niet in alle gevallen omdat niet elke zaak zich leent voor mediation. En soms heeft een cliënt niet direct belang bij mediation en is het bereiken van een schikking (het bemiddelen door een advocaat) voldoende. Daarvoor heeft de advocaat (over het algemeen) geen mediationkwaliteiten nodig.

Conclusie

Arbeidsrechtadvocaten en mediators zijn het op veel punten met elkaar eens. Een belangrijk verschil zit in de rol van de mediator: is hij verantwoordelijk voor alleen het proces of ook voor de juridische inhoud van de uitkomst? Ook over de vraag wie de vaststellingsovereenkomst maakt en hoe om te gaan met onderhandelingen tijdens de mediation wordt verschillend gedacht. Het verdient dan ook aanbeveling dat de mediator aan het begin van de mediation aandacht besteedt aan de rol van de advocaat. Diens juridische achtergrond kan met name ook van belang zijn voor de formulering van de vaststellingsovereenkomst. De samenwerking wordt door beide beroepsgroepen met een rapportcijfer 7 gewaardeerd. Verbetermogelijkheden zien de advocaten vooral op het gebied van communicatie en samenwerking, terwijl ook de kwaliteit van mediators genoemd wordt. Voor de mediators ligt het verbeterpunt vooral in de houding van (sommige) advocaten. De resultaten van dit onderzoek en de conferentie sluiten aan bij de verwijzingsvoorziening naar mediation die sinds 1 april 2005 in de Nederlandse gerechten is ingevoerd. Tot 31 december 2007 werd ruim zesduizend keer verwezen naar mediation. In ongeveer zestig procent van de gevallen resulteerde dit in een gehele of gedeeltelijke overeenstemming. De belangrijkste reden waarom advocaten hun cliënt adviseren om deel te nemen aan mediation is de verwachting dat dit traject resulteert in een snellere oplossing dan een uitspraak van de rechter. Ook in deze mediation naast rechtspraak blijken advocaten en mediators tevreden te zijn over elkaars rol. (Bron: *Tijdschrift voor Mediation en Conflictmanagement*, 2008, nr. 3.) Hoewel er gelukkig op diverse terreinen een grote mate van overeenstemming blijkt te bestaan, vonden zowel advocaten als mediators het nuttig met elkaar van gedachten te wisselen. Dit initiatief van de NMI-groep Arbeidsmediation en de VAAN zal dan ook zeker in 2009 een vervolg krijgen.

Over de auteurs

Mr. Dirk Jan Bender, arbeidsrechtadvocaat en geregistreerd arbeidsmediator en mr. Igno Sutorius, arbeidsrechtadvocaat en gecertificeerd arbeidsmediator zijn lid van de Vereniging Arbeidsrecht Advocaten Nederland (VAAN). Drs. Marianne van der Meulen, gecertificeerd arbeidsmediator, drs. Piet Jeuken MA, gecertificeerd arbeidsmediator en Ido van der Waal, gecertificeerd arbeidsmediator zijn lid van de NMI Groep Arbeidsmediation.