

Online mediaten: meer dan een korte flirt in crisistijd?

Toen in maart de corona-pandemie ook Nederland bereikte, vonden we in rap tempo onze weg naar video-conferenzen als *second best* alternatief voor live bijeenkomsten. Rond de zomer werden de RIVM-maatregelen versoepeld en herwon de fysieke ontmoeting tijdelijk weer terrein. Wij stellen ons nu, een half jaar na de eerste uitbraak de vraag: zijn online sessies in mediation een blijvertje? Gaan ook mediators die hun praktijk daarop niet hadden ingericht in de toekomst over naar meer online aanbod en hybride vormen van mediation. Zo ja, wat betekent dat voor de borging van het proces aan de kant van regels en richtlijnen? En misschien nog belangrijker: wat dient de cliënt?

online mediation

Door **Sanne Schreurs** en
Tabitha van den Berg

Vanuit de mediators-community klinken er naast enthousiaste ook kritische geluiden over het uitvoeren van mediation online. Er is blijvend ongemak bij het zich eigen maken van de techniek, de techniek hapert, er zijn zorgen over privacy en vertrouwelijkheid. Signalen worden gemist omdat je slechts in een klein schermje mensen kunt observeren, en dan alleen hoofd en nek ziet, en het kost veel energie om online een sessie zo te begeleiden dat de mediator ook ervaart dat partijen voortgang boeken. Uitgaande van de – bijna heilige – partijautonomie die bij ons vak hoort, zou je de zaak ook kunnen omdraaien. Welke vorm van mediation dient de partijen? Welke (wettelijke) kaders zijn nodig om online mediation veilig en goed te positioneren en borgen in het proces van *alternative dispute resolution*? Met het oog op de beantwoording van die vraag bespreken we in dit

artikel de wettelijke kaders van en de ervaringen met online rechtszittingen bij overheidsrechtspraak en arbitrage. Ook spraken we een wetenschapper die eerder onderzoek deed naar *online dispute resolution*, een discipline die verder gaat dan het simpelweg omzetten van een bijeenkomst die live bedoeld was naar een platform als Zoom of Teams. Om misverstanden te voorkomen: wij gebruiken hier de term ‘online’ met op het netvlies het traditionele systeem van mediation dat in deze tijd elektronisch is uitgevoerd. Dat doet de term online mediation geen volledig recht. Er zijn immers tal van vormen van elektronische mediation die, zowel via synchrone technieken (bijvoorbeeld chat) als asynchrone technieken (bijvoorbeeld e-mail), al jarenlang bestaande praktijk zijn.¹ Het artikel sluit dan ook af met een vooruitblik over wat we (ook) van die technieken kunnen leren.

Rechtspraak en arbitrage

Eerst een blik op de rechtspraak. In verband met de uitbraak van covid-19 is in april 2020 de Tijdelijke wet COVID-19 Justitie en Veiligheid aangenomen.² De wet bevat onder meer bepalingen op basis waarvan fysieke rechtszittingen in afwijking van de bestaande wetgeving tijdelijk ook online kunnen plaatsvinden. Op 20 oktober 2020 publiceerde het *Advocatenblad* de resultaten van een in samenwerking met enkele universiteiten uitgevoerd onderzoek onder advocaten naar de ervaringen met online rechtszittingen.³ Als voornaamste voordelen zijn ervaren dat een online rechtszitting geen of minder reistijd en reiskosten kent, er minder of geen wachttijd is en de zaak efficiënter en sneller verloopt. Als voornaamste nadelen zijn ervaren dat sprake is van gebrekkiger communicatie, non-verbale communicatie wordt gemist, de al dan niet goede werking van techniek grote invloed heeft, men minder het gevoel heeft dat er een 'echte' zitting is en dat sprake is van een gebrek aan sfeer, rituelen en betrokkenheid. Ons zijn geen resultaten bekend van onderzoek naar de ervaringen van partijen zélf bij online rechtszittingen.⁴ De Rechtspraak heeft wel al kenbaar gemaakt ook post-corona online rechtszittingen te willen houden, als daarvoor een wettelijke basis is en zaken zich ervoor lenen.

De Arbitragewet biedt (arbiters/het scheidsrecht) al langer de mogelijkheid te bepalen dat een zitting online plaatsvindt.⁵ In zijn artikel 'Hetzelfde ≠ gelijk' stelt Bas van Zelst deze online zitting centraal.⁶ Op basis van een analyse van de voor arbitrage en overheidsrechtspraak gedeelde (fundamentele) grondslagen van procesvoering, in het bijzonder het recht op een eerlijke behandeling voortvloeiend uit artikel 6 EVRM, schrijft hij dat een dynamische toets moet worden uitgevoerd om te beoordelen of een online zitting geïndiceerd is. Van Zelst benadrukt dat geen consensus bestaat over de invloed van een online zitting op de gelijkheid van partijen. Procedurele keuzes kunnen voor verschillende partijen andere gevolgen hebben. Hij stelt dat in ieder geval de vrijheid van arbiters een online zitting te bepalen is begrensd door het recht op een eerlijke behandeling. Ook in het kader van overheidsrechtspraak moet zorgvuldig worden omgegaan met de inzet van online zittingen, aldus Van Zelst. Het beginsel van gelijke behandeling kán ook daar in het geding zijn. Dezelfde processtap – de keuze dat de zitting online plaatsvindt – betekent voor betrokkenen weliswaar dat zij 'in hetzelfde schuitje zitten', maar dat staat niet per definitie op gelijke voet met 'procedurele gelijkheid'. Qua verschillen tussen overheidsrechtspraak en arbitrage wijst Van Zelst nog op de partijautonomie: de rechter beslist op basis van een vanwege

de staat toegekende bevoegdheid hoe de zitting plaatsvindt, arbiters ontlenen hun bevoegdheid aan de overeenkomst tot arbitrage.

Richtsnoeren voor keuze voor online zitting

Van Zelst presenteert in zijn artikel vijf richtsnoeren voor de beslissing in arbitrage om een elektronische zitting te houden. De richtsnoeren zijn:

1. De partijautonomie is leidend. Als partijen kiezen geen online zitting te laten plaatsvinden, heeft dat voorrang.
2. Het scheidsgerecht zoekt de dialoog over het houden van een online zitting. Het beginsel van hoor en wederhoor dwingt daartoe.
3. Er dient terughoudendheid te worden betracht. Als er verschillende opvattingen zijn, dan is het aan het scheidsgerecht te bepalen of de zitting al dan niet online kan plaatsvinden.
4. Alle omstandigheden van het geval worden gewogen. Daarbij gelden de gezichtspunten a) wat is de strekking van de zitting?, b) staat de aard van de zaak een online zitting in de weg?, c) wat zijn de gerechtvaardigde verwachtingen van partijen? en d) is een online zitting noodzakelijk?
5. Een online zitting dient technisch en financieel haalbaar te zijn.

Er bestaat geen consensus over de invloed van een online zitting op de gelijkheid van partijen

Arbitrage ≠ mediation

Die richtsnoeren zijn interessant voor het proces van mediation. Net als arbitrage is het proces van mediation gestoeld op partijautonomie. Ook aan de basis van mediation ligt een partijovereenkomst ten grondslag. Anders dan in arbitrage is de mediator als procesbegeleider partij bij die overeenkomst en neemt de mediator zelf geen beslissing over de (in)richting van het proces. De mediator bepaalt niet of een mediation online plaatsvindt. Dat doen partijen zelf, mét en onder begeleiding van de mediator. De keuze een bijeenkomst online te houden betekent ook niet dat dit niet in een volgend stadium anders kan. Mediation is in zijn aard een flexibel en aanpasbaar proces. Het is maatwerk, waarbij naar verschillende factoren gekeken kan worden om het juiste type van communicatie en dus mediation te bepalen. De rol van de mediator verschilt ook op overige punten wezenlijk van die van een arbiter:

een mediator beslist niet op basis van standpunten, feiten en bewijs, maar begeleidt een proces tussen partijen waarin zij met elkaar een oplossing gaan zoeken die hen beiden tevreden stelt. Dat proces volgt bepaalde stappen, maar krijgt vorm door bepaalde interventies die de mediator toepast. De mediator acteert mede op basis van 'de onderstroom': verbale en non-verbale signalen, emoties, stiltes en uiteindelijk belangen en wensen van partijen. Daarmee zijn de richtsnoeren van Zelst niet een-op-een toepasbaar op het proces van mediation. Zij geven echter wel zinvolle richting voor de lijnen waarlangs de mediator met partijen de afweging kan maken en samen beslissen het proces of delen daarvan online uit te voeren. Als partijen online het proces willen voeren, dan is dat leidend. Bestaat daarover discussie, dan dient een dialoog te worden gevoerd. Het gesprek daarover volgt naar de aard van mediation de belangen van partijen: wat maakt dat belangrijk is voor de een of de ander elkaar fysiek te treffen of dat juist niet te doen?

Als partijen online het proces willen voeren, dan is dat leidend. Bestaat daarover discussie, dan dient een dialoog te worden gevoerd

Voordelen van online instrumenten

In de inleiding stelden wij de vraag: dient online werken of mediaten de partijen? Hier volgt een aantal gedachten om het gesprek over (meer) online werken te 'voeden'. Een veelgehoord bezwaar van mediators is het gebrek aan zicht op lichaamstaal in een online mediation. Zij kunnen niet waarnemen waar iemand gevoelsmatig is tijdens de online-sessie. Maar stel nou dat partijen of in ieder geval een van partijen het juist prettig vinden als een deel van het proces online plaatsvindt, bijvoorbeeld omdat het hen meer veiligheid biedt, of online interventies juist dienend zijn aan het proces? Wij spraken hierover met Katalien Bollen, organisatiepsycholoog en mediator, werkzaam bij Deloitte en verbonden aan de Universiteit van Leuven. Bollen promoveerde op en deed onderzoek naar belangrijke indicatoren van succes bij e-mediation, zowel met synchrone als asynchrone mediation-instrumenten.⁷ Zij noemt in het gesprek dat bij de keuze van een methode verschillende factoren een rol spelen. Zo is het eerst en vooral belangrijk een onderscheid te maken tussen

de verschillende types van online communicatie (auditieve signalen, visuele signalen en/of tekst) en de effecten hiervan. Is er sprake van (grote) machtsverschillen in de onderliggende relaties, zijn de conflicten geladen met hoog opgelopen emoties, hebben de partijen een erg competitieve attitude ten opzichte van elkaar, is er een groot verschil in taalvaardigheid of verwerkingstempo van mensen, dan blijkt de inzet van online, asynchrone instrumenten beter te werken dan een gezamenlijke *face-to-face* bijeenkomst. Zo tonen resultaten van onderzoek volgens Bollen aan dat wanneer bemiddeld wordt in hiërarchische arbeidsrelaties, de rol van macht veel minder tot niet meer speelt wanneer het proces asynchroon wordt opgestart aan de hand van een online intake. Verder toont het onderzoek ook aan dat scheidende echtparen sneller en beter tot een ouderschapsplan kunnen komen waarbij beide partijen tevreden zijn, indien dit proces volledig (asynchroon) online verloopt dan wanneer dit *face-to-face* plaatsvindt. De aanblik van de ander die zoveel teweegbrengt, heeft doorgaans een negatieve invloed op het mediationproces. Enkel wanneer de grote emoties verwerkt zijn, is een synchrone (*face-to-face*) communicatie een optie en zelfs mogelijk een meerwaarde, aldus Bollen. Zij geeft aan dat het gesprek over online wat haar betreft dan ook te veel geconcentreerd wordt op enkel de economische, technologische en privacyvraagstukken, in plaats van op het fundamentele vraagstuk daaronder: welke technieken dienen het (psychologische) belang van partijen in mediation? Wat is effectief de beste manier om deze mensen te helpen? Daarbij speelt ook het vraagstuk van inclusie en participatie een rol. Rechtstreeks onderhandelen, *face-to-face*, biedt bepaalde mensen met bepaalde vaardigheden een aanzienlijk voordeel ten opzichte van de minder verbaalvaardige partij. Het biedt voordeel aan de partij die zich het meest machtig voelt, de meeste controle heeft over de situatie en/of reeds bewust heeft nagedacht over de eigen wensen en belangen. De vraag kan dan ook gesteld worden of, als de inzet van online mediation, al dan niet via asynchrone instrumenten, die voordelen neutraliseert en er daardoor een meer evenwichtig proces ontstaat, wij als beroepsgroep niet ook gehouden zijn ons daar verder in te verdiepen, voorbij de tijdelijke beperkingen van de pandemie?

De tech-boot niet missen

In de ontwikkeling van het mediationvak, juist in deze tijd, kun je de ogen ook niet sluiten voor de technologische ontwikkelingen die op ons afkomen. In de elders in dit tijdschrift door Manon Schonewille besproken 'Seven keys to unlock mediation's golden age' is de vijfde sleutel om de deur van de gouden eeuw voor mediation te

openen: technologie. Bogacz en Lack wijzen erop dat die sleutel is dat mediators een slag maken door technologie in te zetten en te begrijpen welke producten, algoritmen en systemen beschikbaar zijn en wat de effecten hiervan zijn. Zo zou via databanken en matching-software een betere selectie gemaakt kunnen worden tussen (type) mediator en cliënten, op basis van voorkeuren, behoeftes en stijl. Ook de ontwikkelingen rondom kunstmatige intelligentie nemen de komende jaren een vlucht. Het is zeer waarschijnlijk dat over niet al te lange tijd software op de markt komt die door analyse van lichaamstaal en taalgebruik in *real time* inzicht geeft over wat deelnemers vermoedelijk denken. En die kan voorspellen wat het waarschijnlijke succes van verschillende interventies in verschillende stadia en de waarschijnlijke reacties van de deelnemers op verschillende technieken is. Dit klinkt futuristisch, maar dergelijke technologieën zijn niet ver weg, aldus Bogacz en Lack. Ze kunnen barrières voor online mediation in complexe relaties en emotioneel geladen situaties wegnemen. Hoewel er ook ethische kwesties aan dit soort technologie kleven, is de uitdaging hun potentieel te begrijpen en vervolgens een afgewogen keuze te maken om ze wel of niet in te zetten.

De klant is koning?

Nu er op zo'n grote schaal wordt thuisgewerkt, en internationaal vliegverkeer grotendeels plat is komen te liggen, is er tot slot ook een kanteling gaande in het denken over online of *long distance* werken. Het kan zo maar zijn dat ongeacht onze voorkeuren als mediators, een deel van onze cliënten helemaal niet meer terug wil naar alles face-to-

Enkel wanneer de grote emoties verwerkt zijn, is een synchrone communicatie een optie en zelfs mogelijk een meerwaarde

face afhandelen. Uit een onderzoek van Singapore Management University onder 304 internationale gebruikers van arbitrage en mediation (data uit 2019, pre-corona) blijkt dat partijen in bijna de helft van de gevallen positief en opvallend genoeg positiever dan hun juridisch adviseurs staan tegenover de inzet van online mediationssessies, en zij die ook voor de toekomst de voorkeur geven boven live bijeenkomsten.⁸ Ook om die reden is het belangrijk om heldere kaders en goed onderzoek te doen naar de inzet en effectiviteit van online mediation.

Tot slot: post-corona onderzoeksvragen

Van Zelst spreekt aan het slot van zijn artikel uit dat de huidige situatie mooie kansen biedt meer duidelijkheid te krijgen over de effecten van het gebruik van elektronische middelen in de rechtspleging. Betekenisvol onderzoek naar die effecten zou van overheidswege en vanuit onze sector gestimuleerd moeten worden. Deze crisis is een groot sociaal experiment maar kan ook een versneller zijn van innovatie en *evidence based* inzichten op hoe ons vak in de toekomst gebruik kan maken van

Tips van de MfN

Veel mediators werken op basis van de reglementen en modellen van de MfN. MfN berichtte op 6 april 2020 op haar website dat MfN-registermediators dienen te werken volgens die reglementen en modellen. MfN vervolgde dat het aan de mediator is hoe hier in de praktijk invulling aan wordt gegeven, maar dat hij zich bewust moet zijn van de condities waaronder hij werkt en deze vast moet leggen waar nodig. Ook gaf MfN aandachtspunten mee, zoals dat 1) gecheckt wordt of de aard van de zaak geschikt is voor een digitale mediation, 2) de technische kenmerken van het digitale programma waarmee gewerkt wordt passend is, 3) werkafspraken worden gemaakt over hoe het online proces verloopt, en 4) de vertrouwelijkheid gewaarborgd is, ook door ondertekening van de mediationovereenkomst. Dat zijn zinvolle handreikingen. Deze zijn ons inziens alleen niet (meer) toereikend in het licht van de vlucht die

online voor (onderdelen van) mediations heeft gekregen, waarin ook de vraag leeft of online bijeenkomsten mede het 'nieuwe normaal' zullen zijn in een post-pandemische wereld. Daarin is van belang dat er duidelijke richtlijnen komen voor de beroepsgroep als het proces of delen daarvan online worden uitgevoerd. Enkele voorbeelden: 1) hoe ver gaat bij online de verantwoordelijkheid van de mediator erop toe te zien dat alle betrokkenen zich verplichten de vertrouwelijkheid te respecteren (art. 6 MfN-gedragsregels)?, 2) hoe geeft de mediator bij online mediation invulling aan de verplichting om, na overleg met de partijen, de wijze te bepalen waarop de mediation wordt gevoerd (art. 4.2 MfN-mediationreglement)?, 3) hoe ziet de mediator erop toe dat alle bij de mediation betrokken partijen de autonomie van partijen respecteren (art. 3.2 MfN-gedragsregels)?

Juist nu de voordelen van het mediationproces in deze tijd zo evident zijn, vraagt die tijd ook om een herdefinitie van het proces



Sanne Schreurs is MfN-registermediator, advocaat en partner bij Dingemans-Vander-Kind advocaten en mediators. **Tabitha van den Berg** is partner en registermediator bij Mediation Amsterdam, buurtbemiddelaar en actief als ambassadeur voor mediation in onder meer het (hoger) onderwijs. Beiden zijn redactielid van dit tijdschrift.

technologie. Op het gebied van arbitrage zal het in oktober verschenen lijvige boek *International Arbitration and the COVID-19 Revolution* daaraan een belangrijke bijdrage leveren. Het boek analyseert hoe de covid-19-crisis de arbitragepraktijk heeft gherdefinieerd. Een dergelijke grondige analyse kent de Nederlandse mediationpraktijk nog niet. Wij nemen de oproep van Van Zelst daarom graag over waar het mediation betreft. Het onderwerp online mag of moet zelfs een belangrijk item zijn op de ‘mediationagenda’. Juist nu de voordelen van het mediationproces in deze tijd zo evident zijn, vraagt die tijd ook om een herdefinitie van het proces. Met als kernvraag: wat dient het belang van partijen? ●

Wij danken dr. Katalien Bollen, prof. Bas van Zelst en prof. Dick Allewijn zeer voor hun input voor en meedenken over dit artikel.

Noten

1. Van asynchrone mediation is sprake als partijen niet gelijktijdig deelnemen aan de discussie tijdens mediation maar bijvoorbeeld schriftelijk op elkaar en/of de vragen van de mediator reageren.
2. De wet van 22 april 2020, houdende tijdelijke voorzieningen op het terrein van het Ministerie van Justitie en Veiligheid in verband met de uitbraak van COVID-19 (Tijdelijke wet COVID-19 Justitie en Veiligheid), *Stb.* 2020, 124.
3. Sabine Droogleever Fortuyn, ‘Echt contact met rechter blijft onmisbaar’, *Advocatenblad.nl*, 20 oktober 2020.
4. Er wordt op dit moment wel onderzoek uitgevoerd naar ‘de impact van de coronacrisis op de rechtspraak en de positie van kwetsbare rechtszoekenden’, door samenwerkende universiteiten Utrecht/Leiden/Nijmegen in het kader van een groot ZonMW Covid-19 onderzoeksprogramma (zie zonmw.nl). Het gebruik van – noodgedwongen – online zittingen is daar een onderdeel van.
5. Artikel 1072b lid 4 Rv. De Arbitragewet hanteert de term ‘elektronisch’.
6. Bas van Zelst, ‘Hetzelfde ≠ gelijk. Aandachtspunten bij elektronische zittingen: een arbitragerechtelijk perspectief’, *Tijdschrift voor Civiele Rechtspleging* 2020/3.
7. Voor de onderzoeken waaraan gerefereerd wordt, kunnen o.a. worden geraadpleegd: K. Bollen & M. Euwema, ‘The role of hierarchy in face-to-face and e-supported mediations: The use of an online intake to balance the influence of hierarchy’, *Negotiation and Conflict Management Research*, 2013/4; K. Bollen, A. Verbeke & M.C. Euwema, ‘Computers work for women: Gender differences in e-supported divorce mediation’, *Computers in Human Behavior* 2014, p. 230-237; en K. Bollen, Chances and challenges of online-mediation, in: G. Barth, B. Böhm, C. Covota, S. Chalupka-Dunse, I. Fürle & C. Marucci (Eds.), *Online-mediation in cross-border disputes* (pp. 51-59), Stuttgart: Steinbeis-Edition 2013.
8. Singapore Management University & Singapore International Dispute Resolution Academy, *SIDRA International Dispute Resolution Survey, 2020 Final Report*, p. 69, beschikbaar op sidra.smu.edu.sg.