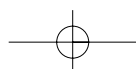
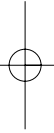
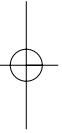
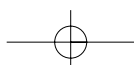
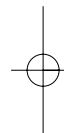
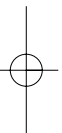


Mediation en de vaststellingsovereenkomst





Mediation en de vaststellingsovereenkomst

Aantasting en afdwingbaarheid naar Nederlands en Amerikaans recht

Mediation and the Settlement Agreement

*Avoidance and enforceability under Dutch and American law
(with a summary in English)*

Proefschrift

ter verkrijging van de graad van doctor aan de Erasmus Universiteit Rotterdam op gezag
van de rector magnificus Prof.dr. S.W.J. Lamberts en volgens besluit van het
College voor Promoties.

De openbare verdediging zal plaatsvinden op vrijdag 15 juni 2007 om 13.30 uur

door

Marie Sophie van Muijden

geboren te Leiden



Promotiecommissie

Promotor: Prof.dr. F.J.M. De Ly
Overige leden: Prof.mr. J.M. Barendrecht
Prof.mr. W.H. van Boom
Prof.mr. A.I.M. van Mierlo

Van deze uitgave verschijnt een handelseditie onder ISBN 978-90-121-2029-6

© Marie Sophie Van Muijden, 2007

Alle rechten voorbehouden. Alle auteursrechten en databankrechten ten aanzien van deze uitgave worden uitdrukkelijk voorbehouden.

Behoudens de in of krachtens de Auteurswet 1912 gestelde uitzonderingen, mag niets uit deze uitgave worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand of openbaar gemaakt in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever.

Voorzover het maken van reprografische verveelvoudigingen uit deze uitgave is toegestaan op grond van artikel 16 h Auteurswet 1912, dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoedingen te voldoen aan de Stichting Reprorecht (postbus 3051, 2130 KB Hoofddorp, www.reprorecht.nl). Voor het overnemen van gedeelte(n) uit deze uitgave in bloemlezingen, readers en andere compilatiewerken (artikel 16 Auteurswet 1912) dient men zich te wenden tot de Stichting PRO (Stichting Publicatie- en Reproductierechten Organisatie, postbus 3060, 2130 KB Hoofddorp, www.cedar.nl/pro). Voor het overnemen van een gedeelte van deze uitgave ten behoeve van commerciële doeleinden dient men zich te wenden tot de uitgever.

Hoewel aan de totstandkoming van deze uitgave de uiterste zorg is besteed, kan voor de afwezigheid van eventuele (druk)fouten en onvolledigheden niet worden ingestaan en aanvaarden de auteur(s), redacteur(en) en uitgever deswege geen aansprakelijkheid voor de gevolgen van eventueel voorkomende fouten en onvolledigheden.

All rights reserved. No part of this publication may be reproduced, stored in a retrieval system, or transmitted in any form or by any means, electronic, mechanical, photocopying, recording or otherwise, without the publisher's prior consent.

While every effort has been made to ensure the reliability of the information presented in this publication, Sdu Uitgevers neither guarantees the accuracy of the data contained herein nor accepts responsibility for errors or omissions or their consequences.

Inhoudsopgave

Lijst van afkortingen	xiii
1. Inleiding	1
1. Mediation	1
2. De vaststellingsovereenkomst	3
3. Doelstelling van het onderzoek	4
4. Reikwijdte en afbakening van het onderzoek	5
5. Verantwoording en methode van onderzoek	9
6. Plan van behandeling	11
2. Mediation	13
1. Inleiding	13
2. Mediation gedefinieerd	13
3. Het mediationproces	20
4. De verschillende typen mediation	22
4.1. Faciliterende mediation	23
4.2. Evaluerende mediation	23
4.3. Transformatieve mediation	25
5. Mediation in Nederland	26
5.1. Inleiding	26
5.2. Aanbieders van mediation	27
5.2.1. Het Nederlands Mediation Instituut	27
5.2.2. ACBMediation	28
5.2.3. De vereniging van Familierecht Advocaten Scheidings- bemiddelaars	28
5.2.4. Andere aanbieders van mediation	29
5.2.5. Zelfregulering door mediationaanbieders	29
5.2.5.1. De mediationovereenkomst	30
5.2.5.2. Het mediationreglement	32
5.2.5.3. De gedragsregels	33
5.2.5.4. De tuchtrechtspraak	35
5.2.5.5. Concluderende opmerkingen	36
5.3. Mediationprojecten vanuit de overheid	38
5.3.1. Inleiding Scheidings- en Omgangsbemiddeling	39
5.3.2. Project Scheidingsbemiddeling	40
5.3.2.1. Resultaten	41
5.3.3. Project Omgangsbemiddeling	42
5.3.3.1. Resultaten	43
5.3.4. Politieke besluitvorming	45
5.3.5. Project Mediation Rechterlijke Macht	47

5.3.5.1.	Resultaten	48
5.3.6.	Onderzoek geschilbeslechtingdelta 2003	50
5.3.7.	Politiek besluitvorming	50
5.3.8.	Resultaten doorverwijzingsvoorziening	52
6.	Mediation in de Verenigde Staten	53
6.1.	Inleiding	53
6.2.	Ethische regels	54
6.3.	Uniform Mediation Act	55
7.	Mediation en Europa	56
7.1.	Europese Richtlijn	56
7.2.	European Code of Conduct	58
8.	Mediation en de Verenigde Naties	59
3.	De vaststellingsovereenkomst	61
1.	Inleiding	61
2.	Geschiedenis	61
3.	Definitie	62
4.	Totstandkoming	65
5.	Aantasting	67
5.1.	Dwingend recht	67
5.2.	Openbare orde en goede zeden	69
5.3.	Strijd met de redelijkheid en billijkheid	70
5.3.1.	Bindend advies	70
5.3.2.	Directe vaststelling	73
5.3.2.1.	Rechtsverwerking	74
5.3.2.2.	Toetsing	75
5.4.	Wilsontbreken	78
5.4.1.	Wil, verklaring en gerechtvaardigd vertrouwen	78
5.4.2.	Onbekwaamheid en geestelijke stoornis	79
5.5.	Wilsgebreken	80
5.5.1.	Dwaling	81
5.5.1.1.	Rechtspraak	83
5.5.1.2.	Eenzijdige-wederzijdse dwaling	85
5.5.1.3.	Enige bijzondere gemeenschappen	86
5.5.1.4.	Dwaling en mediation	87
5.5.2.	Bedrog	88
5.5.2.1.	Bedrog door een derde	89
5.5.3.	Bedreiging	91
5.5.4.	Misbruik van omstandigheden	92
5.5.5.	Tussenconclusie wilsgebreken	94
6.	Vaststellingsovereenkomsten opgenomen in akten	95
6.1.	Type akten en bewijskracht	95
6.2.	De notariële zorgplicht	95
7.	Tenuitvoerlegging	97
7.1.	Directe executie	98
7.2.	Indirecte executie	98
8.	Verweer tegen executie en samenloop met aantasting	100
8.1.	Vonnissen en beschikkingen	100

8.2.	Andere executoriale titels	100
8.2.1.	Notariële akte	101
8.2.2.	Proces-verbaal van een minnelijke schikking	102
9.	Arbitrale schikkingsvonnissen	103
9.1.	Inleiding	103
9.2.	Rechtskarakter	103
9.3.	Aantasting	105
4.	De settlement agreement	107
1.	Inleiding	107
2.	Het Amerikaanse rechtssysteem	107
3.	Settlement and compromise	111
3.1.	Inleiding	111
3.2.	Definitie	111
3.3.	Totstandkoming	112
3.4.	Gronden voor aantasting	116
3.4.1.	Illegality	116
3.4.2.	Misrepresentation	117
3.4.2.1.	Misrepresentation door een derde	119
3.4.2.2.	Het rechtsgevolg	119
3.4.3.	Duress	120
3.4.4.	Undue influence	122
3.4.5.	Mistake	124
3.4.5.1.	Misunderstanding	124
3.4.5.2.	Mutual mistake	125
3.4.5.3.	Unilateral mistake	126
3.4.5.4.	Mistake en de settlement agreement	128
3.4.6.	Unconscionability	130
3.4.6.1.	Substantive unconscionability	131
3.4.6.2.	Procedural unconscionability	132
3.4.6.3.	Rechtsmiddelen	132
3.5.	Rechtsmiddelen bij niet-nakoming	133
3.5.1.	Enforcement	134
3.5.2.	Rescission	134
3.5.3.	Damages	135
3.5.4.	Het verlies van rechtsmiddelen	135
3.6.	Bewijslast	135
3.7.	Procedurele aspecten van settlement agreements	136
3.7.1.	Summary procedure	136
3.7.2.	Consent judgment	137
3.7.3.	Tenuitvoerlegging	139
5.	Samenvatting en rechtsvergelijkende conclusie	141
1.	Mediation	141
2.	Ontwikkelingen en ervaringen met mediation	144
3.	De vaststellingsovereenkomst en de settlement agreement	146
4.	De aantastingsgronden	147
5.	Procesrechtelijke opmerkingen	149

6. De mediated settlement	151
1. Algemene inleiding	151
2. Californië	153
2.1. Inleiding	153
2.2. Vereisten	153
2.2.1. Aanhangige zaken	154
2.2.1.1. Schriftelijk en ondertekend	156
2.2.1.2. Mondelinge mededeling	156
2.3. Executoriale titel	157
2.3.1. Aanhangige zaken	157
2.3.1.1. Rechterlijk toezicht op de uitvoering	158
2.3.2. Niet-aanhangige zaken	159
2.3.3. Bijzondere bepalingen	160
2.4. Aantasting	161
2.4.1. Aanhangige zaken	161
2.4.1.1. Procedurele toetsing	162
2.4.1.2. Materiële toetsing	162
2.4.2. Algemeen	164
2.4.2.1. Rechtspraak	164
2.5. Vertrouwelijkheid	166
2.5.1. Regelgeving	166
2.5.2. Vertrouwelijkheid en afdwingbaarheid	168
2.5.3. Vertrouwelijkheid en aantastbaarheid	169
2.6. Samenvatting en conclusie	172
3. Florida	174
3.1. Inleiding	174
3.2. Vereisten	175
3.2.1. Vermogensrecht	175
3.2.2. Familierecht	177
3.3. Executoriale titel	178
3.3.1. Sancties	179
3.4. Aantasting	179
3.4.1. Toetsing van de totstandkoming	180
3.4.1.1. Duress en undue influence	180
3.4.1.2. Mistake	183
3.4.2. Toetsing van de inhoud	184
3.4.2.1. Vermogensrecht	184
3.4.2.2. Familierecht	185
3.4.3. Consent judgments en aantasting	188
3.5. Vertrouwelijkheid	189
3.5.1. Regelgeving	190
3.5.2. Vertrouwelijkheid en afdwingbaarheid	190
3.5.3. Vertrouwelijkheid en aantastbaarheid	191
3.5.4. Sancties	193
3.6. Samenvatting en conclusie	194
4. Texas	196
4.1. Inleiding	196
4.2. Vereisten	197

4.2.1.	Aanhangige zaken	197
4.3.	Executoriale titel	200
4.3.1	Vermogensrecht	200
4.3.2.	Familierecht	203
4.3.2.1.	Alimentatie en bezoekenregelingen vóór 1995	203
4.3.2.2.	Alimentatie en bezoekenregelingen na 1995	203
4.3.2.3.	Echtscheiding vóór 1997	204
4.3.2.4.	Echtscheiding na 1997	206
4.3.2.5.	Toetsing van mediated settlement agreements	207
4.3.3.	Sancties	209
4.4.	Aantasting	210
4.4.1.	Vermogensrecht	210
4.4.1.1.	Duress and undue influence	210
4.4.1.2.	Mistake	211
4.4.2.	Familierecht	212
4.4.2.1.	Duress and undue influence	212
4.4.2.2.	Incapacity	213
4.4.2.3.	Mistake	213
4.4.2.4.	Misrepresentation	215
4.5.	Vertrouwelijkheid	215
4.5.1.	Regelgeving	215
4.5.2.	Vertrouwelijkheid en afdwingbaarheid	217
4.5.3.	Vertrouwelijkheid en aantastbaarheid	218
4.6.	Samenvatting en conclusie	219
7.	De mediated vaststellingsovereenkomst	223
1.	Inleiding	223
2.	Vereisten	224
3.	Executoriale titel	225
3.1.	Aanhangige zaken	225
3.1.1.	De dagvaardingsprocedure	225
3.1.2.	De verzoekschriftprocedure	229
3.2.	Niet-aanhangige zaken	231
3.2.1.	De notariële akte	231
3.2.2.	Het boetebeding	232
3.2.3.	De proceskostenveroordeling	233
3.2.4.	Het arbitraal schikkingsvonnis	233
3.2.5.	De vordering tot nakoming	235
3.2.5.1.	Het kort geding	236
3.2.5.2.	De bodemprocedure	238
4.	Aantasting	238
4.1.	De rechtspraak	240
4.2.	De tuchtrechtspraak	242
5.	Vertrouwelijkheid	245
5.1.	Vertrouwelijkheid en afdwingbaarheid	246
5.2.	Vertrouwelijkheid en aantastbaarheid	247
6.	Samenvatting en conclusie	248

8. Evaluatie en aanbevelingen	253
1. Inleiding	253
2. Kernwaarden en procedureregels	254
3. De vaststellingsovereenkomst en het overeenkomstenrecht	258
4. De afdwingbaarheid	260
4.1. Formele geldigheidseisen	261
4.2. Verkrijging van een executoriale titel op gezamenlijk verzoek	262
4.3. Nakomingsacties en titelverkrijging op verzoek van één partij	264
4.4. Sancties bij niet-nakoming	268
4.5. Executie en executiegeschillen	269
4.6. De voorgestelde oplossing	271
5. De toetsing	273
5.1. De onderzochte rechtspraak	274
5.1.1. Procedurele rechtvaardigheid in het vermogensrecht	274
5.1.1.1. Informatieproblemen	275
5.1.1.2. Dwang	275
5.1.1.3. Ontvankelijkheid en beïnvloeding	276
5.1.2. Procedurele rechtvaardigheid in het familierecht	277
5.1.2.1. Informatieproblemen	277
5.1.2.2. Dwang	278
5.1.2.3. Ontvankelijkheid en beïnvloeding	280
5.1.3. Conclusie procedurele rechtvaardigheid	280
5.1.4. Materiële rechtvaardigheid in het vermogensrecht	281
5.1.4.1. Onredelijke sanctiebepalingen	281
5.1.5. Materiële rechtvaardigheid in het familierecht	282
5.1.5.1. Onredelijke sanctiebepalingen	282
5.1.5.2. Onredelijke financiële afspraken	283
5.1.5.3. Onredelijke afspraken ten aanzien van minderjarigen	284
5.1.6. Conclusie materiële rechtvaardigheid	285
5.2. De onderzochte tuchtrechtspraak	285
5.3. Identificatie en classificatie van problemen bij toetsing	286
5.3.1. De totstandkoming	286
5.3.2. De inhoud	289
5.4. Mogelijke oplossingen voor de geconstateerde problemen	293
5.4.1. Oplossingen gericht op de totstandkoming	294
5.4.1.1. Rechtsvorming door de rechter	294
5.4.1.2. Rechtsvorming door de wetgever	296
5.4.1.3. Compensatie van machtsongelijkheid	296
5.4.2. Een oplossing gericht op de inhoud	298
5.4.3. Gemengde oplossingen	299
5.4.3.1. Een oplossing naar analogie van bindend advies	299
5.4.3.2. Een oplossing naar analogie van arbitrage	305
5.4.3.3. Een afkoelingsperiode	307
5.5. De voorgestelde oplossing	310
5.5.1. De oplossing naar analogie van bindend advies	310
5.5.2. Concretisering van de open norm	313
5.5.2.1. Procedurele rechtvaardigheid	313

5.5.2.2. Materiële rechtvaardigheid	314
6. De vertrouwelijkheid	316
7. Aanbevelingen	319
7.1. Executoriale titel	319
7.2. Toetsing	320
Bijlage	323
Aangehaalde mediationregelgeving	
Summary	325
Lijst van aangehaalde jurisprudentie	337
Lijst van aangehaalde literatuur	349
Curriculum vitae	389

Lijst van afkortingen

A.	Atlantic Reporter
AA	Ars Aequi
AAA	American Arbitration Association
Aant.	Aantekening(en)
ABA	American Bar Association
A.D.	Appellate Division Reports
ADR	Alternative Dispute Resolution
AFCC	Association of Family and Conciliation Courts
Afd.	Afdeling(en)
A-G	Advocaat-Generaal
Ala.	Alabama Reports / Supreme Court of Alabama
Alaska	Supreme Court of Alaska
ALR	American Law Reports
Amend.	Amendment
Am. Jur.	American Jurisprudence
Ann.	Annotated
App.	Appellate
Ariz.	Arizona Reports
Ariz. App.	Court of Appeals of Arizona
Ark.	Arkansas / Arkansas Reports / Supreme Court of Arkansas
Ark. Code Ann.	Arkansas Code Annotated
Arr.	Arrondissement
Art.	Artikel(en)
Ass'n	Association
BenGH	Benelux-Gerechtshof
BW	Burgerlijk Wetboek
C.A.3	United States Court of Appeals, Third Circuit
C.A.6	United States Court of Appeals, Sixth Circuit
C.A.8	United States Court of Appeals, Eighth
C.A.9	United States Court of Appeals, Ninth Circuit
C.A.D.C.	United States Court of Appeals, District of Columbia Circuit
C.A. Fed.	United States Court of Appeals, Federal Circuit
Cal.	California / California Reports / Supreme Court of California
Cal. App.	California Appellate Reports
Cal. App. Dist.	District Court of Appeal
Cal. Bus. & Prof. Code	California Business and Professions Code
Cal.C.C. P.	California Code of Civil Procedure
Cal. Code Civ. Proc.	California Code of Civil Procedure

Cal. Evid. Code	California Evidence Code
Cal. Fam. Code	California Family Code
Cal. Ins. Code	California Insurance Code
Cal. Rptr.	California Reporter
Cert.	Certiorari
Ch.	Chapter
Ch. Div.	Chancery Division
Cir.	Circuit
Civ. Code	Civil code
CJS	Corpus Juris Secundum
Cl.	Clause
Co.	Company
Colo. App.	Colorado Court of Appeals
COM	Commissiedocument
Concl.	Conclusie
Conn.	Connecticut Reports
Conn. Supp.	Connecticut Supplement / Superior Court of Connecticut
Const.	Constitution
Corp.	Corporation
Ct. Cl.	Court of Claims Reports
CvB	College van Beroep
D.C.	District of Columbia
DCA	District Court of Appeal
D.C. App.	Municipal Court of Appeals for the District of Columbia.
D.C. Wash.	District Court of Washington
Diss.	Dissertatie
Dist.	District
Div.	Division
D. Mass.	United States District Court, District of Massachusetts.
E.D.	United States District Court, Eastern District
Ed.	Editor
EEX	EEG-Verdrag betreffende de rechterlijke bevoegdheden en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken
Eff.	Effective
EK	Eerste Kamer
Eng. Rep.	English Reports
Et al.	Et alia / et alii (en andere(n))
EU	Europese Unie
EUR	Erasmus Universiteit Rotterdam
EVRM	Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens
F.	Federal Reporter
Fed. Cir.	United States Court of Appeals for the Federal Circuit
Fed. R. Appellate P.	Federal Rules of Appellate Procedure
Fed. R. Civil. P.	Federal Rules of Civil Procedure

Fla.	Florida / Florida Reports / Supreme Court of Florida
Fla. App.	Florida District Court of Appeal
Fla. DCA	Florida District Court of Appeal
Fla. Dist. Ct. App.	Florida District Court of Appeal
Fla. L. Weekly	Florida Law Weekly
Fla. R. App. P.	Florida Rules of Appellate Procedure
Fla. R. Civ. P.	Florida Rules of Civil Procedure
Fla. Stat. Ann.	Florida Statutes Annotated
FLPRAC R.	Florida Practice Series
Fl. St.	Florida Statutes
F.R.D.	Federal Rules Decisions
F. Supp.	Federal Supplement
Ga.	Georgia Reports / Supreme Court of Georgia
Ga. App.	Georgia Appeals Reports
GRS	Groene Serie Privaatrecht
Haw.	Hawaii Reports
Hawaii	Supreme Court of Hawaii
Hawaii App.	Intermediate Court of Appeals of Hawaii
Hof	Gerechtshof
Hous.	Houston
HR	Hoge Raad der Nederlanden
ICC	International Chamber of Commerce
Idaho	Idaho Reports / Supreme Court of Idaho
Ill.	Illinois Reports / Supreme Court of Illinois
Ill. App.	Illinois Appellate Court Reports
Ill. Dec.	Illinois Decisions
Inc.	Incorporated
Ind.	Indiana Reports / Supreme Court of Indiana
Ind. App.	Court of Appeals of Indiana
Ins.	Insurance
Iowa	Iowa Reports / Supreme Court of Iowa
Jo	Juncto / junctis
Kan.	Kansas Reports / Supreme Court of Kansas
KG	Kort Geding
Ktr.	Kantonrechter
Ky.	Kentucky Reports / Court of Appeals of Kentucky (voor 1976), Supreme Court of Kentucky (na 1976)
Ky. App.	Court of Appeals of Kentucky
La. App.	Court of Appeal of Louisiana
LBM	Landelijk Bureau Mediation naast rechtspraak
Leg.	Legislator
LEXIS	LexisNexis
LJN	Landelijk Jurisprudentie Nummer
Losbl.	Losbladige uitgave
Ltd.	Limited
Mass.	Massachusetts Reports / Supreme Court of Massachusetts
Md.	Maryland Reports / Court of Appeals of Maryland

M.D. Ala.	United States District Court, Middle District of Alabama
Me.	Maine Reports / Supreme Judicial Court of Maine
Med.-arb.	Mediation-arbitration
Mich.	Michigan / Michigan Reports / Supreme Court of Michigan
Mich. App	Michigan Appeals Reports / Court of Appeals of Michigan
Minn.	Minnesota / Minnesota Reports / Supreme Court of Minnesota
Misc.	New York Miscellaneous Reports
Miss.	Mississippi Reports
ML	Model Law
M.m.v.	Met medewerking van
M.nt.	Met noot van
Mo.	Missouri
Mo.App. E.D.	Missouri Court of Appeals, Eastern District
Mo.App. S.D.	Missouri Court of Appeals, Southern District
Mont.	Montana Reports / Supreme Court of Montana
M.S.A	Minnesota Statutes Annotated
MvA I	Memorie van Antwoord (Eerste Kamer)
MvA II	Memorie van Antwoord (Tweede Kamer)
MvT I	Memorie van Toelichting (Eerste Kamer)
MvT II	Memorie van Toelichting (Tweede Kamer)
NAI	Nederlands Arbitrage Instituut
NBW	Nieuw Burgerlijk Wetboek
N.C.	North Carolina Reports / Supreme Court of North Carolina
N.C. App.	North Carolina Court of Appeals Reports / Court of Appeals of North Carolina
N.D.	North Dakota Reports / Supreme Court of North Dakota
N.D. Ill.	United States District Court, Northern District of Illinois
N.E.	North Eastern Reporter
Nev.	Nevada
NICOA	Nederlands Instituut Conflictmanagement Overheid en Arbeid
NJ	Nederlandse Jurisprudentie
N.J.	New Jersey
N.J. Dist. Ct	New Jersey District Court
NJF	Nederlandse Jurisprudentie Feitenrechtspraak
N.J. Super	New Jersey Superior Court Reports
N.J. Super. Ch.	Superior Court of New Jersey, Chancery Division
N.M.	New Mexico Reports / Supreme Court of New Mexico
N.M. App.	Court of Appeals of New Mexico
NMI	Nederlands Mediation Instituut
NMv	Nederlandse Mediatorsvereniging

Nr.	Nummer
NVvMA	Nederlandse Vereniging van Mediation Advocaten
NVvR	Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak
N.W.	North Western Reporter
N.Y.	New York / New York Reports / Court of Appeals of New York
N.Y.A.D.	Supreme Court, Appellate Division, New York.
N.Y. Dist. Ct	New York District Court
N.Y.S.	New York Supplement
OJ	Official Journal
OK.	Oklahoma
Okla.	Oklahoma Reports / Supreme Court of Oklahoma
Okla. Civ. App.	Court of Civil Appeals of Oklahoma
Or.	Oregon
P.	Pacific Reporter / pagina('s)
Pa.	Pennsylvania
Par.	Paragraaf / paragrafen
Parl. Gesch.	Parlementaire Geschiedenis
Parl. Gesch. Herz. Rv.	Parlementaire Geschiedenis Herziening Burgerlijk Procesrecht
Pres. Rb.	President van de Rechtbank
Project RM	Project 'mediation rechterlijke macht'
Rb.	Rechtbank
Red.	Redactie
R.I	Supreme Court of Rhode Island
R.o.	Rechtsoverweging
Rv.	Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering
RvdW	Rechtspraak van de Week
S. Ct.	Supreme Court Reporter
S.D.	South Dakota / Supreme Court of South Dakota
S.D. Ohio	United States District Court, Southern District of Ohio
S.E.	South Eastern Reporter
Sec.	Section
SGOA	Stichting Geschillenoplossing voor Organisatie & Automatisering
So.	Southern Reporter
Stb.	Staatsblad
STM	Stichting Tuchtrechtspraak Mediators
Super. Ct.	Superior Court
Suppl.	Supplement
S.W.	South Western Reporter
TC	Tuchtcommissie
Tenn.	Tennessee
Tex.	Texas / Texas Reports / Supreme Court of Texas
Tex. App.	Court of Appeals of Texas (voorheen Tex. Civ. App.)
Tex. Civ. App.	Court of Civil Appeals of Texas
Tex. Civ. Prac. & Rem. C.	Texas Civil Practice and Remedies Code
Tex. Fam. Code	Texas Family Code

Tex. R. Civ. P.	Texas Rules of Civil Procedure
TK	Tweede Kamer
TM	Toelichting Meijers
TMD	Tijdschrift voor Mediation
TvA	Tijdschrift voor Arbitrage
UCC	Uniform Commercial Code
UMA	Uniform Mediation Act
UNCITRAL	United Nations Commission on International Trade Law
Unif. Med. Act.	Uniform Mediation Act
Unpub.	Unpublished
U.S.	United States / United States Reports / Supreme Court of the United States
USCA	United States Code Annotated
U.S. Const.	Constitution of the United States
USCS	United States Constitution
V.	Versus
Va.	Virginia
Va. Code Ann.	Code of Virginia Annotated
VFAS	Vereniging van Familierecht Advocaten Scheidingsbemiddelaars
VMSN	Vereniging van Mediators en Scheidingsbemiddelaars in het Notariaat
VR	Verkeersrecht
Vt.	Vermont Reports / Supreme Court of Vermont
Wash. App.	Washington Appellate Reports / Court of Appeals of Washington
W.D. Mich.	United States District Court, Western District of Michigan
Wis.	Wisconsin Reports / Supreme Court of Wisconsin
WL	Westlaw
WODC	Wetenschappelijk Onderzoek- en Documentatiecentrum
WPNR	Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie

1. Inleiding

1. MEDIATION

Dit onderzoek wordt verricht naar aanleiding van de sterk toegenomen belangstelling voor mediation in Nederland.¹ In navolging van de Verenigde Staten, waar de moderne mediationmethode haar wortels heeft, is mediation sinds het midden van de jaren negentig in Nederland in opmars.² Vooral in arbeidsconflicten en in echtscheidingszaken wordt regelmatig gebruik gemaakt van mediation.³ Daarnaast komt mediation steeds meer in de belangstelling bij geschillen in de gezondheidszorg en het onderwijs en bij zakelijke en commerciële conflicten.⁴

De belangstelling voor mediation heeft haar wortels aan de aanbodkant; bij de overheid en de juridische beroepsgroepen.⁵ De doelstellingen van het ministerie van Justitie achter het bevorderen van Alternative Dispute Resolution⁶ (waar mediation een verschijningsvorm van is), zijn dejuridisering van geschilafdoening, het aanbieden van de kwalitatief beste wijze van geschilafdoening, het creëren van een pluriforme toegang tot het

¹ Het onderzoek is op 1 maart 2007 afgesloten. Na die datum verscheen de monografie 'Mediation in juridisch perspectief'. Aangezien de monografie geen consequenties heeft voor het onderzoek, is deze niet meer verwerkt (A.H. Santing-Wubs, *Mediation in juridisch perspectief*, Deventer: Kluwer 2007).

² Ook in ander Europese landen wint mediation aan populariteit. Zie voor een beschrijving De Roo & Jagtenberg 2004.

³ Pel 2004a, p. 47 e.v. Zie voor mediation in echtscheidingszaken Hoefnagels 2001; Hoefnagels 2003; Chin-A-Fat 2004 en Zonnenberg 2004. Zie voor mediation in arbeidsrelaties, Klijn 2004; Klijn 2005a; Pel 2003; Claassen 2004; Verspagen 2004 en Brenninkmeijer 2003.

⁴ Pel 2004a, p. 49.

⁵ Er is, zoals Huls het formuleert, sprake van *supply side economics*; dus te veel aanbod en te weinig vraag (Huls 2000, p. 103). Dit was de situatie in 2000 toen Huls de uitspraak deed, maar deze duurt ook nu nog voort. Volgens een enquête van de Nederlandse Mediatorsvereniging uit medio 2003 waren er destijds circa 4700 mediators ingeschreven bij het Nederlands Mediation Instituut (NMI). Daarvan hadden er slechts 1269 ervaring met mediation. 3431 mediators hadden nog nooit bemiddeld. Het totaal aantal mediations in 2003 werd op 9100 geschat. Als van die 1269 meer mediators fulltime gaan werken dan zal dit hun capaciteit verhogen tot ver boven de 100.000 mediations (Sprangers 2004, p. 43-45). Ter vergelijking, de civiele takken van de rechterlijke macht behandelden ongeveer 700.000 zaken in 2002, waarvan 500.000 in de sector kanton. In 70.000 zaken werd geen beslissing gegeven (hieronder vallen de rechterlijke schikkingen). In 70.000 zaken werd een einduitspraak op tegenspraak gedaan. In het leeuwendeel van de zaken gaat het om enkele titelverschaffing (incasso) of om zaken waarin partijen met een gemeenschappelijk voorstel bij de rechter komen, de zogenaamde notariële functie van rechtspraak (Reiling 2003, p. 2288 e.v.). Ingleby merkt op dat ook rechters belang hebben bij doorverwijzing naar mediation; zij hebben te veel zaken, mediators te weinig (Ingleby 1993, p. 441-442). Pel, directeur van het Landelijk bureau 'mediation naast rechtspraak' en vice-president van het Gerechtshof Arnhem, ontkent dit belang van rechters bij mediation (interview met Pel door Van Groezen, zie Van Groezen 2006, p. 63).

⁶ In het vervolg van dit boek zal de Engelstalige afkorting ADR gebruikt worden.

recht, het creëren van een eigen verantwoordelijkheid voor conflicten en het verminderen van de werkdruk op de rechter.⁷

Mediation is erop gericht de belangen en behoeften achter de (juridische) standpunten van partijen op tafel te krijgen en op basis daarvan tot een oplossing te komen.⁸ Het idee is bovendien dat als partijen zelf de afspraken hebben gemaakt, zij deze ook beter na zullen komen dan een beslissing van een derde in het geschil.⁹ Zowel het mediationproces als de fase van de uitvoering van de afspraken zouden dan aan de juridische regels worden onttrokken, met als gevolg dejuridisering van geschilafdoening.¹⁰ Mediation verschilt dus fundamenteel van arbitrage, waarin een derde een bindende uitspraak doet in het geschil.¹¹

Mediation zou in een bepaald type gevallen geschikter zijn als methode voor geschilbeslechting dan rechtspraak.¹² Zo zou een uitspraak van de rechter geen soelaas bieden in geval het geen puur juridisch geschil betreft.¹³ Mediation zou de kwaliteit van de geschilbeslechting in de samenleving kunnen verbeteren omdat het voor dit type gevallen een betere methode aandraagt.¹⁴ Overheidsrechtspraak zou ook om andere redenen minder geschikt voor partijen kunnen zijn. De werkdruk op de rechters is groot en daardoor duren procedures vaak lang. Behalve tijdrovend zijn procedures voor de overheidsrechter ook kostbaar, aangezien partijen (behalve bij de kantonrechter) vertegenwoordigd moeten worden door een advocaat.¹⁵ Bovendien zijn bij overheidsrechtspraak zowel de zitting als de uitspraak openbaar. Dit kan voor privépersonen die procederen over gevoelige en preciaire onderwerpen en voor bedrijven

⁷ *Kamerstukken II*, 1999-2000, 26 352, nr. 19, p. 7. Voor een vermeende verschuiving in prioriteit van de beleidsdoelstellingen, zie Van Steenberghe 2005, p. 2365. Voor een zeer kritische noot bij rechterlijke doorverwijzing: Van Daal 2006, p. 323-324 en Sijmonsma 2006, p. 41-42.

⁸ In Mediation wordt vaak onderhandeld op basis van het Harvard-model voor probleemoplossend onderhandelen, zoals dat wordt beschreven in 'Getting to Yes', het populaire boek van Fisher en Ury. De vijf basiselementen voor deze methode van onderhandelen zijn: het scheiden van de mensen van het probleem, de focus richten op belangen en niet op (juridische) posities, het zoeken naar oplossingen die in het wederzijdse belang zijn, het hanteren van objectieve criteria en partijen moeten bekend zijn met de eigen BATNA (the best alternative to a negotiated agreement) (Fisher & Ury 1983). Zie hiervoor ook Brenninkmeijer 2005a, p. 4; Van der Werf & Venhuizen 2002, p. 46-47; Pel 2000, p. 82. Zie ook de brochure 'Samen uit elkaar' van de vereniging Familierecht Advocaten Scheidingsbemiddelaars (vFAS), te raadplegen op www.verenigingfas.nl.

⁹ Brenninkmeijer 2005a p. 10; *Kamerstukken II*, 2003-04, 29 528, nr. 1, p. 6. Uit de evaluatie van de mediationprojecten bij de rechterlijke macht, waar ik in par. 5.3.5 van hoofdstuk 2 op terugkom, blijkt dat 66% van de afspraken in mediation geheel wordt nagekomen en 22% gedeeltelijk.

¹⁰ *Kamerstukken II*, 1999-2000, 26 352, nr. 19, p. 7.

¹¹ Arbitrage komt vooral voor in (internationale) commerciële conflicten en is alleen toegestaan in geschillen die ter vrije beschikking van partijen staan (art. 1020 lid 3 Rv).

¹² *Kamerstukken II*, 1999-2000, 26 352, nr. 19, p. 7.

¹³ Er worden in de mediationliteratuur verschillende type conflicten onderscheiden waarvan er maar één, de pure procedure, onverkort geschikt zou zijn voor afdoening door een rechterlijke uitspraak omdat met de juridische uitspraak het geschil geheel wordt opgelost (Pel 2000, p. 81). Een schijnprocedure, waarbij de juridische strijd een niet-juridisch conflict maskeert, zou in het geheel niet geschikt zijn voor rechterlijke afdoening (Gijbels 1998, p. 134).

¹⁴ 'Naar gelang de aard van de conflictsituatie varieert ook de aard van de meest bevredigende of doelmatige voorziening. Het beleid is er daarom op gericht om in die gevallen waarin andere vormen van conflictoplossing passend kunnen zijn te bevorderen dat zoveel mogelijk van die andere vormen gebruik wordt gemaakt' (*Kamerstukken II*, 2003-04, 29 528, nr. 1, p. 5). Zie ook Menkel-Meadow 2001, p. xvi.

¹⁵ Minstens €5000 voor griffierecht en advocaatkosten (Brenninkmeijer 2005a, p. 1 en 11). Griffierechten variëren per type zaak en kunnen uiteenlopen van €30 tot enkele honderden euro's (Van Erp & Klein Haarhuis 2006, p. 50).

die niet willen dat productinformatie uitlekt naar de concurrent, belastend zijn.¹⁶ Ook kan een gerechtelijke procedure een polariserend effect hebben, omdat de uitspraak van de rechter leidt tot een win-lose situatie, terwijl men met mediation tot win-win situaties probeert te komen.¹⁷

Mediation zou tegemoet komen aan de maatschappelijke behoefte aan een meer pluriforme toegang tot het recht, waarbij de verantwoordelijkheid voor het eigen conflict voorop staat.¹⁸ Bovendien wordt mediation vanuit de overheid gestimuleerd om de rechterlijke macht te ontlasten.¹⁹

2. DE VASTSTELLINGSOVEREENKOMST

Er is in de Verenigde Staten, en in de laatste jaren ook in Nederland, veel geschreven over mediation. Verschillende auteurs roemen het fenomeen om zijn deëscalerende werking en de mogelijkheden die het biedt om partijen ook emotioneel weer met elkaar in het reine te laten komen.²⁰

Als er al zorgen zijn met betrekking tot mediation op het juridisch-technische vlak, uiten deze zich vooral op het gebied van de opleidingseisen van mediators, de (beroeps)aansprakelijkheid van de mediator, de houdbaarheid van de geheimhoudingsplicht in een eventueel volgende juridische procedure, de status van de mediationclausule en de mogelijkheid van een mediator om als de mediation niet mocht lukken als arbiter op te treden.²¹ Over het eindproduct van een geslaagde mediation, naar Nederlands recht een vaststellingsovereenkomst in de zin van titel 7.15 BW²² en naar Amerikaans recht een *settlement agreement*, is in Nederland minder gepubliceerd.²³

Maar juist met betrekking tot het resultaat van een geslaagde mediation zouden zich in de toekomst wel eens de meeste problemen voor kunnen doen, zo blijkt uit Amerikaanse

¹⁶ Zie ook Pel 2004a, p. 13. De openbaarheid van zitting en uitspraak kan in bepaalde gevallen en voor bepaalde partijen ook voordelig zijn, bijv. in zaken waar het verkrijgen van een precedent van belang is.

¹⁷ Het bereiken van een win-win uitkomst vormt een doel van mediation (Brenninkmeijer 2005a, p. 8). Er worden over het algemeen drie oorzaken gegeven voor de mate van polarisering in een gerechtelijke procedure. De eerste is dat de communicatie niet direct verloopt maar via advocaten. De tweede hangt samen met de aard van de procedure, met de focus op rivaliserende (juridische) posities waaruit 'de waarheid' of 'gerechtigheid' tevoorschijn zal komen, en de derde dat de oplossing afkomstig is van de advocaten in plaats van de partijen zelf (Beck & Sales 2001, p. 57-58).

¹⁸ *Kamerstukken II*, 1999-2000, 26 352, nr. 19, p. 7; *Kamerstukken II*, 2003-04, 29 528, nr. 1, p. 6; Brenninkmeijer 2005a, p. 1 en 5.

¹⁹ *Kamerstukken II*, 1999-2000, 26 352, nr. 19, p. 7.

²⁰ Zie onder meer Brenninkmeijer 2005a, p. 9; Gijbels 1998, p. 136 e.v.

²¹ Vanuit rechtstheoretische hoek is wel kritiek. Er is zorg dat de fundamentele normen en waarden die verankerd liggen in het recht gecorrumpeerd worden als rechtsgeschillen worden onttrokken aan berechting door de overheidsrechter en door middel van compromissen worden afgedaan. Het uiteindelijke gevolg zou zijn dat er afbreuk wordt gedaan aan de rechtstaat en dat de samenleving als geheel hierdoor benadeeld zou worden (Fiss 1984, p. 1073 e.v., besproken in Jagtenberg & De Roo 1995, p. 82).

²² Titel 7.15 bestaat uit elf artikelen waarvan de laatste vier slechts zien op de collectieve schadeovereenkomst. Deze laatste vier artikelen zijn voor dit onderzoek niet van belang. De eerste zeven artikelen geven onder meer een begripsbepaling van de 'vaststellingsovereenkomst', regelen de totstandkoming van de vaststelling, beschrijven de verplichtingen van partijen, geven aan dat een vaststelling in bepaalde gevallen in strijd mag zijn met dwingend recht en regelen in geval van een bindend advies of bindende partijbeslissing wanneer de beslissing vernietigd kan worden.

²³ Wel specifiek gericht op de juridisch-technische aspecten van mediation zijn onder meer Brenninkmeijer, Schutte & Spierdijk 2005; Nijman 2004; Brenninkmeijer 2005b en Jongbloed 2005.

rechtspraak.²⁴ Partijen investeren tijd, geld (hoewel niet zoveel als in een procedure voor de rechter) en energie in het mediationproces. Ook wordt vaak gevoelige informatie geopenbaard. De mediation is duidelijk bedoeld als eindstation. Partijen willen eens en voor altijd hun conflict oplossen en besluiten dat op een moderne manier te doen door een keuze voor mediation en niet voor de rechter. Het resultaat van hun keuze is echter geen vonnis maar ‘slechts’ een overeenkomst en dus niet vatbaar voor tenuitvoerlegging als de wederpartij om wat voor reden dan ook niet meer wenst mee te werken aan de uitvoering van de gevonden oplossing.²⁵ Wat zijn nu de opties voor een ‘mediationganger’ die een vaststellingsovereenkomst heeft als resultaat van een succesvol verlopen mediation, maar die geconfronteerd wordt met een onwillige wederpartij?

En wat is de situatie als een partij de vaststellingsovereenkomst wenst aan te tasten op grond van een wilsgebrek of een wilsontbreken? Hoe oordeelt een rechter over de aantastbaarheid van de vaststellingsovereenkomst? Komt dit oordeel op dezelfde wijze tot stand als een oordeel ten aanzien van de aantastbaarheid van elke andere (wederkerige) overeenkomst? Titel 7.15 BW kent immers geen aparte regeling voor de wilsgebreken. En zou het bijzondere voorstadium gewicht in de schaal moeten leggen, met andere woorden, zouden aan de vernietigbaarheid van *mediated* vaststellingsovereenkomsten andere eisen moeten worden gesteld dan aan de vernietiging van ‘gewone’ vaststellingsovereenkomsten?²⁶

3. DOELSTELLING VAN HET ONDERZOEK

Zoals uit de vorige paragraaf blijkt, zijn er nog allerlei vragen over de aantastbaarheid en afdwingbaarheid van de *mediated* vaststellingsovereenkomst in het Nederlandse recht. Deze vragen wil ik behandelen, omdat mediation zich alleen verder kan ontwikkelen als er duidelijkheid is over de status, namelijk de afdwingbaarheid en aantastbaarheid, van het eindresultaat. Met het onderzoek wordt beoogd om met behulp van de ervaringen die in de Verenigde Staten zijn opgedaan met mediation, te inventariseren wat de problemen met de toetsing en de afdwingbaarheid van de *mediated* vaststellingsovereenkomst in Nederland kunnen gaan worden en wat eventuele oplossingen zouden kunnen zijn.

Bij de vraag naar de toetsing gaat het om de interactie tussen de mediator en partijen tijdens het mediationproces en de gevolgen van deze interactie voor de aantastbaarheid van de vaststellingsovereenkomst.²⁷ De aanwezigheid van de mediator in het totstandkomingsproces is immers wat de *mediated* vaststellingsovereenkomst fundamenteel onderscheidt van de ‘gewone’ vaststellingsovereenkomst waarbij bij de totstandkoming slechts de twee (of meer)

²⁴ Zie hiervoor hoofdstuk 5.

²⁵ Niet alle afspraken en intenties van partijen zijn in rechte afdwingbaar. Indien de afspraken niet afdwingbaar zijn, omdat ze naar hun aard niet juridisch zijn, bijv. de afspraak om elkaar te groeten op de gang, vormen ze geen vaststellingsovereenkomst in de zin van de wet. Een vaststellingsovereenkomst is per definitie juridisch. Uit art. 7:900 lid 1 BW volgt dat het te voorkomen of te beëindigen geschil of de te voorkomen of te beëindigen onzekerheid betrekking moet hebben op hetgeen tussen partijen rechtens geldt (Brenninkmeijer, Schutte & Spierdijk 2005, p. 75). Zie ook Pel 2004a, p. 31.

²⁶ Met een *mediated* vaststellingsovereenkomst wordt een vaststellingsovereenkomst bedoeld die tot stand is gekomen na een succesvol doorlopen mediation.

²⁷ Het gaat mij bij het onderzoek naar de aantastingsmogelijkheden van de *mediated* vaststellingsovereenkomst slechts om de omstandigheden die ten tijde van de totstandkoming al bestonden. Het leerstuk van de onvoorziene omstandigheden (art. 6:258 BW) is dus geen onderwerp van onderzoek.

partijen betrokken zijn.²⁸ De vraag is of de huidige rechterlijke toetsing van de ‘gewone’ vaststellingsovereenkomst voldoet voor een vaststellingsovereenkomst die tot stand is gekomen na een geslaagde mediation.

Bij de vraag naar de toetsing is van belang hoe de toetsing zich verhoudt tot de mogelijkheid om de gemaakte afspraken in de vaststellingsovereenkomst in rechte af te dwingen. Immers, tegenover een partij die de overeenkomst aan wil tasten, staat een partij die uitvoering van de vaststellingsovereenkomst wenst. Op het raakvlak van toetsing en afdwingbaarheid speelt de problematiek van samenloop van tenuitvoerlegging en aantasting.

Bij het beantwoorden van de vragen die besloten liggen in de doelstelling van het onderzoek moet rekening worden gehouden met de problematiek van de vertrouwelijkheid. Uit de volgende hoofdstukken zal blijken dat vertrouwelijkheid een kenmerk van mediation is en dat de vertrouwelijkheid gevolgen kan hebben voor het bewijs van het bestaan van een vaststellingsovereenkomst en het bewijs van een eventueel wilsgebrek of wilsontbreken.

4. REIKWIJDTE EN AFBAKENING VAN HET ONDERZOEK

Mediation wordt in dit onderzoek in Nederland en de Verenigde Staten onder de loep genomen in de hoedanigheid van methode van geschilbeslechting.²⁹ Dit onderzoek richt zich dus op mediation toegepast in conflictsituaties ter beëindiging van een geschil.³⁰ Mediation kan worden onderscheiden in mediation binnen de justitiële infrastructuur (*court-annexed* mediation) en mediation buiten de justitiële infrastructuur (private mediation). Er is sprake van court-annexed mediation als partijen bij mediation terechtkomen in enig stadium na het indienen van een inleidend processtuk.³¹ Worden partijen verwezen door de rechter of een gerechtsmedewerker, al dan niet op vrijwillige basis, dan spreek ik van *court-ordered* mediation. Het eindresultaat van een geslaagde mediation is een vaststellingsovereenkomst.³²

Als het gaat om een vaststellingsovereenkomst ter beëindiging van een geschil waarbij de beslissing door beide partijen wordt genomen, zoals in mediation het geval is, en waar beide

²⁸ Een situatie die enigszins vergelijkbaar is met de rechterlijke schikkingscomparitie van art. 87 Rv. Een aantal opmerkingen dat relevant is voor toetsing van de mediated vaststellingsovereenkomst, zou ook relevantie kunnen hebben voor de toetsing van de rechterlijke schikking. Toetsing van de rechterlijke schikking is geen onderwerp van onderzoek.

²⁹ Dus als alternatief voor overheidsrechtspraak en in bepaalde gevallen voor arbitrage.

³⁰ Op de verschillende definities en omschrijvingen van mediation kom ik in het volgende hoofdstuk te spreken, maar uit die definities zal blijken dat mediation een methode is die wordt toegepast ter beëindiging van een conflictsituatie. Mediation in een geval dat partijen echt geen idee hebben hoe iets zit of hoe zij iets moeten regelen, bijv. als zij geen idee hebben over hoe een erfafscheiding loopt en daarover ook geen standpunt innemen zodat geen strijd kan ontstaan, is niet goed voorstelbaar. Dit zal ook uit de definities van mediation blijken, waarbij steeds blijkt dat de mediator de belangen achter de standpunten probeert te achterhalen. Goed denkbaar is dat naast het conflict ook kwesties spelen waarover partijen onzeker zijn. Bijv.: in een echtscheidingsmediation is er een conflict over de omgang met de kinderen en over de verdeling van het huwelijksvermogen. Er vindt mediaton plaats en tijdens de mediation blijkt dat partijen niet weten hoe het zit met de pensioenverevening. Over dit onderwerp hebben zij geen dus conflict maar zijn zij onzeker. Als over alle genoemde onderwerpen afspraken gemaakt worden, zal de resulterende vaststellingsovereenkomst een gemengd karakter hebben. Zie ook Asser/Van Schaik 2004, nr. 259 en Brenninkmeijer, Schutte & Spierdijk 2005, p. 75.

³¹ Zie ook De Roo & Jagtenberg 2003, p. 76.

³² Zie ook Asser/Van Schaik 2004, nr. 259. In echtscheidingsbemiddeling wordt wel de term ‘convenant’ gebruikt. Het convenant na een geslaagde scheidingsbemiddeling is een vaststellingsovereenkomst in de zin van de wet. Ik kom hier in par. 1 van hoofdstuk 3 op terug.

partijen concessies doen, kan naar mijn mening ook de term ‘schikking’ worden gebruikt.³³ Deze term komt overeen, zoals later in dit onderzoek zal blijken, met de Amerikaanse term ‘settlement’.³⁴ Als ik dus in de context van het Amerikaanse recht over schikking spreek, doel ik op een vaststellingsovereenkomst ter beëindiging van een geschil waarbij door beide partijen iets toegegeven wordt ten opzichte van hun eerdere standpunt(en) in de onderhandelingen die aanleiding gaven tot de vaststellingsovereenkomst. Voor het Nederlandse deel gebruik ik in principe de term ‘vaststellingsovereenkomst’. Ik spreek echter van ‘schikking’ wanneer dit in het licht van het (arbitraal) schikkingsvonnis en art. 87 Rv (schikkingscomparitie) de gebruikelijke terminologie is. Schikking wordt dan gebruikt in de betekenis van een vaststellingsovereenkomst ter beëindiging van een geschil.³⁵

Het onderzoek heeft geschillen in het privaatrecht als onderwerp. Hierbij zullen zowel materiële als procesrechtelijke aspecten aan bod komen. In de familierechtelijke sfeer kan gedacht worden aan puur familierechtelijke zaken, zoals ouderlijk gezag³⁶ en echtscheiding, als ook aan familievermogensrecht (partneralimentatie en huwelijksvermogensrecht). Het straf- en bestuursrecht blijven buiten beschouwing.³⁷ Bij de toepassing van mediation in echtscheidingen wordt veelal gebruik gemaakt van de term ‘scheidingsbemiddeling’ en de mediator wordt

³³ Schikken wordt volgens de Van Dale gedefinieerd als ‘het tot oplossing brengen van een geschil of tegenstelling doordat elk wat toegeeft’. Van Dale omschrijft de schikking ‘als een overeenkomst waarbij van weerszijden wat wordt toegegeven’. Ook de term ‘dading’ zou nog gebruikt kunnen worden. De dading heeft geen zelfstandige betekenis meer, want is volledig door de vaststellingsovereenkomst geabsorbeerd, maar een dading diende ter beëindiging van een geschil onder het doen van wederzijdse opofferingen, Asser/Van Schaick 2004, nr. 257. Anders: De Graaf 2004, p. 1, 55 en 57. Hij definieert in zijn dissertatie ‘Schikken in het bestuursrecht’ de schikking als ‘een overeenkomst tussen partijen over de tussen hen te gelden rechtsbetrekking, welke de strekking heeft definitief en rechtsgeldig een einde te maken aan hun juridische geschil en aan de gerechtelijke procedure waarin dat geschil aan de orde is’. En later als ‘de overeenkomst waarbij partijen zich jegens elkaar binden aan een vaststelling van de rechtsverhouding *ter beëindiging van een geschil* (zijn cursivering; MS), bestemd om ook te gelden voor zover zij van een tevoren bestaande rechtsverhouding mocht afwijken’. In deze definities komt het doen van concessies niet voor.

³⁴ Black’s Law Dictionary (8th ed.) definieert de settlement als ‘an agreement ending a dispute or lawsuit’. In hoofdstuk 4 zal de Amerikaanse settlement agreement uitgebreid besproken worden en zal blijken dat de definitie die ik geef van schikking overeenkomt met de definitie die in de Amerikaanse rechtspraak en literatuur wordt gegeven aan settlement.

³⁵ Zie voetnoot 33.

³⁶ Het gezamenlijke ouderlijk gezag loopt na echtscheiding door. Partijen kunnen hier zonder tussenkomst van de rechter niets aan veranderen, wel kunnen zij in hun vaststellingsovereenkomst een andere afspraak maken en de rechter verzoeken een beschikking te geven conform hun afspraak. De rechter zal dit alleen doen indien hij dit in het belang van het kind acht (art. 251 lid 2 BW jo art. 819 Rv).

³⁷ Mediation kan niet in de plaats van het strafproces treden. Na afloop van de strafzaak is het mogelijk om mediation toe te passen in de relatie dader-slachtoffer, dit wordt ‘herstelbemiddeling’ genoemd (Brennkmeijer, Schutte & Spierdijk 2005, p. 129). Bij mediation tussen overheid en burger moet met een aantal aspecten rekening worden gehouden die niet gelden in privaatrechtelijke relaties, bijv. het belang van derdebelanghebbenden, kwesties van mandaat, de werking van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur en grote machtsverschillen (Rapport van de Commissie Rechtsbescherming 2004, Te kennen uit: Pel 2004a, p. 48-49). Om deze reden is er voor gekozen mediation in bestuursrechtelijke geschillen buiten beschouwing te laten. Ook privaatrechtelijk handelende overheden vallen buiten bereik van het onderzoek, vanwege de bijzonderheden die ook aan dit type overeenkomst kleven, zie hiervoor Asser/Hartkamp 2005, nr. 31. Voor schikkingen in het bestuursrecht verwijs ik naar het proefschrift van De Graaf uit 2004 over dit onderwerp.

aangeduid als ‘bemiddelaar’.³⁸ Dit is verwarrend, want ‘bemiddeling’ is een breder begrip dan ‘mediation’,³⁹ terwijl met ‘scheidingsbemiddeling’ juist een begrip bedoeld wordt dat minder omvattend is dan ‘mediation’, namelijk mediation op het gebied van de echtscheiding.⁴⁰ Ook wordt wel gesproken van ‘omgangsbemiddeling’ wat een species betreft van scheidingsbemiddeling. Bij scheidingsbemiddeling komen alle facetten van de echtscheiding aan de orde, terwijl het bij omgangsbemiddeling slechts om de omgangsregeling met de kinderen gaat.⁴¹ Voor zover bemiddeling de specifieke kenmerken van mediation heeft, valt het onder het bereik van dit onderzoek.⁴²

Het onderzoek ziet niet op bemiddelingen onder leiding van vertrouwenspersonen van partijen. Zoals uit hoofdstuk 2 zal blijken, wordt er bij mediation van uitgegaan dat de onderhandelingen tussen partijen begeleid worden door een neutrale en onpartijdige derde.

In de Nederlandse literatuur en jurisprudentie wordt nauwelijks tot geen aandacht geschonken aan ad hoc mediation. Dit lijkt een indicatie dat ad hoc mediation in Nederland weinig voorkomt. Het onderzoek zal zich voor het Nederlandse deel daarom vooral richten op geïnstitutionaliseerde mediations. Ad hoc mediation wordt gehanteerd in de betekenis van ad hoc arbitrage. Dus mediation gefaciliteerd door een mediationinstituut waarbij de regelgeving van dat instituut van toepassing is, kan bestempeld worden als geïnstitutionaliseerde mediation en mediation waarbij partijen alles zelf regelen of slechts de regels van een instituut overnemen zonder verdere service van dat instituut, als ad hoc mediation. De mediations op verwijzing door de rechter worden uitgevoerd met toepassing van de regelgeving van het Nederlands Mediation Instituut (NMI) en door NMI-gecertificeerde mediators en betreffen dus geïnstitutionaliseerde mediation.⁴³ Voorzover ad hoc mediations de kenmerken van mediation hebben (waarover in hoofdstuk 2 meer) maar er geen bestaande regelgeving op van toepassing is verklaard, valt dit type mediation onder de reikwijdte van dit onderzoek.

Het onderzoek ziet ook niet op gemengde vormen van ADR waarvan mediation een van de componenten is, zoals combinaties van mediation en arbitrage, waarvan med.-arb. en

³⁸ Zoals het geval was bij de experimenten scheidings- en omgangsbemiddeling (Chin-A-Fat & Steketeer 2001, p. 9 e.v.; Kamerstukken II, 2002-03, 28 600 VI, nr. 105, p. 6). Zie hierover meer in hoofdstuk 2.

³⁹ Mediation is altijd een vorm van bemiddeling maar bemiddeling is niet altijd mediation. Bemiddeling is pas mediation als het de specifieke kenmerken van mediation heeft. Bemiddelen wordt in de Van Dale gedefinieerd als ‘tussenbeide komen om een overeenkomst tot stand te brengen’ en bemiddeling als ‘tussenkomst’, en dan in het bijzonder ‘tussenkomst tot verzoening’. Een bemiddelaar is iemand die ‘twistende partijen tot elkaar brengt, ze verzoent’. Uit de definitie van ‘bemiddelen’ en ‘bemiddeling’ blijkt dat het niet hoeft te gaan om de beëindiging van een geschil. Aldus ook Verkijk 2005, p. 35.

⁴⁰ Chin-A-Fat 2005a, p. 295; Chin-A-Fat 2004, p. 4.

⁴¹ Chin-A-Fat 2005a, p. 296.

⁴² Ook de term ‘conflictbemiddeling’ wordt wel gebruikt. Bij deze term is het in ieder geval duidelijk dat het bemiddeling ter beëindiging van een geschil betreft (*Kamerstukken II*, 2003-04, 29 528, nr. 2, p. 22). Als de term scheidingsbemiddeling wordt gebruikt in de situatie dat partijen geen conflict hebben, maar de advocaat-scheidingsbemiddelaar raadplegen om hun gemeenschappelijke regeling deugdelijk vast te leggen en een gemeenschappelijk verzoek tot echtscheiding in te dienen, valt deze scheidingsbemiddeling buiten de reikwijdte van dit onderzoek. Ook in de politiek is onderkend dat het gebruik van de twee termen verwarrend kan zijn en wordt voorgesteld om ook in echtscheidingszaken voortaan van ‘mediation’ en ‘mediator’ te spreken, mits de bemiddeling inderdaad de kenmerken van mediation bezit, zie *Kamerstukken II*, 2006-07, 30 145, nr. 6, p. 6. Voor de definitie van mediation verwijs ik naar het volgende hoofdstuk.

⁴³ Zie voor het verschil tussen ad hoc arbitrage en geïnstitutionaliseerde arbitrage, Snijders 2003, p. 83-86.

minitrage verschijningsvormen zijn. Later in dit onderzoek komen deze twee gemengde vormen kort aan de orde.⁴⁴

Duo-mediations, waarbij de onderhandelingen tussen partijen begeleid worden door twee mediators, zijn verder in het onderzoek niet bestudeerd en komen niet veel voor.⁴⁵ Als deze mediations voorkomen is het in complexe zaken met meerdere partijen (team-mediation) of voor opleidingsdoeleinden (co-mediation). In principe gelden de uitkomsten van het onderzoek ook voor duo-mediations.

Ook wordt in de buitenlandse literatuur wel gesproken van ‘*conciliation*’ als het gaat om een proces van conflictoplossing waarbij een derde de onderhandelingen structureert. Soms wordt *conciliation* op dezelfde wijze gebruikt als mediation, maar er wordt niet altijd hetzelfde mee bedoeld.⁴⁶ In Nederland en de Verenigde Staten is de term ‘*conciliation*’ niet gebruikelijk. Hiervoor geldt hetzelfde als opgemerkt over bemiddeling en ad hoc mediation; heeft *conciliation* de specifieke kenmerken van mediation dan valt het onder de reikwijdte van dit onderzoek.

Zoals gezegd vormt onderwerp van onderzoek de interactie tussen de mediator en partijen tijdens het mediationproces en de gevolgen hiervan voor de aantastbaarheid van de vaststellingsovereenkomst. Het gaat dus om de situatie dat een partij vernietiging of nietigheid van de overeenkomst vordert, al dan niet in reactie op een vordering tot nakoming.⁴⁷ De problematiek van de afdwingbaarheid van de mediated vaststellingsovereenkomst wordt onderzocht omdat mediation wordt aangeboden als methode van conflictoplossing, ook vanuit de rechtspraak, zonder dat het resultaat een voor tenuitvoerlegging vatbare titel geeft. Ik wil onderzoeken of de huidige mogelijkheden tot het verbinden van een executoriale titel aan een vaststellingsovereenkomst voldoen voor de mediationsituatie.⁴⁸ Vertrouwelijkheid van mediation is geen zelfstandig onderwerp van onderzoek, maar zal alleen aan de orde komen wanneer de geheimhoudingsplicht consequenties heeft voor de vordering tot nakoming of vernietiging. De vraag naar de noodzaak van schorsing van verjaringstermijnen in verband met vorderingen die het onderwerp zijn van mediation, valt buiten het bereik van dit onderzoek.

Het onderzoek betreft uitdrukkelijk geen rechtssociologische, rechtspsychologische of rechtseconomische studie naar mediation. Het betreft ook geen normatief onderzoek naar het mediationproces zelf. Ik baseer mij in dit onderzoek op de kenmerken en omschrijvingen van mediation zoals deze in de mediationliteratuur naar voren komen. Ook geef ik geen oordeel over de vraag hoe de mediator zich op zal dienen te stellen in de mediation. Ik geef slechts aan wat de juridische consequenties van gedragingen van de mediator voor de vaststellingsovereenkomst tussen partijen zijn.

⁴⁴ Zie voor minitrage, hoofdstuk 2, par. 5.2.4 en voor med-arb., hoofdstuk 6, par. 4.5.2.

⁴⁵ Mediations onder leiding van twee mediators kunnen onderscheiden worden in team- en co-mediations. Bij team-mediations zijn de twee mediators samen verantwoordelijk voor het proces, bij co-mediations is sprake van een ‘leerling-meester’-verhouding (Pel 2004a, p. 41).

⁴⁶ Brenninkmeijer 2005a, p. 9. In de UNCITRAL Model Law on International Commercial Conciliation wordt de term ‘*conciliation*’ bijv. gebruikt in de betekenis van ‘*mediation*’. Zie hiervoor par. 8 van hoofdstuk 2.

⁴⁷ Art. 3:51 lid 1 BW ‘Een rechterlijke uitspraak vernietigt een rechtshandeling, doordat zij een beroep in rechte op een vernietigingsgrond aanvaardt’. Een beroep op vernietiging ex art. 3:51 BW is ook mogelijk in een rekestprocedure (HR 25 oktober 1996, NJ 1997/68).

⁴⁸ Ontbinding (art. 6:265 BW) en schadevergoeding (art. 6:74 BW) vormen dus geen onderwerp van onderzoek.

Bovendien heeft deze dissertatie niet expliciet de positie van de mediator als onderwerp. Er wordt daarom geen onderzoek gedaan naar mediatorvaardigheden en -technieken noch naar de opleidingseisen en de eventuele aansprakelijkheid van de mediator, tenzij relevant voor de doelstelling van het onderzoek.

5. VERANTWOORDING EN METHODE VAN ONDERZOEK

Het onderzoek richt zich op het Nederlandse en Amerikaanse recht ten aanzien van mediation en de vaststellingsovereenkomst. Het recht op het gebied van mediation is in de Verenigde Staten (veel) verder ontwikkeld dan in andere landen.⁴⁹ Het grote belang van een onderzoek naar het recht van de Verenigde Staten is dat juristen in Nederland veel kunnen leren van hoe daar in de praktijk sinds midden jaren tachtig met mediation en daaropvolgende settlement agreements omgesprongen wordt. Het grote voordeel van een analyse van het Amerikaanse recht is dat vele concrete praktijkproblemen aan bod kunnen komen gelet op het casuïstische karakter van het *common law* stelsel.⁵⁰

Omdat het doel van het onderzoek het voorbereiden van het eigen recht op een toekomstige situatie is, zijn de deelvragen voor het Nederlandse en het Amerikaanse recht niet gelijk. Het Amerikaanse recht betreffende de settlement agreement wordt beschreven om de Amerikaanse jurisprudentie over mediation en de status van de vaststellingsovereenkomst op waarde te kunnen schatten. Het Nederlandse recht wordt besproken om te kunnen bepalen in hoeverre de geanticipeerde problemen, zoals die zullen blijken uit de Amerikaanse jurisprudentie, onder het huidige recht opgelost kunnen worden en waar eventuele aanpassingen noodzakelijk zijn.

De sociaal-economische, sociaal-culturele, religieuze en ethische omstandigheden in de Verenigde Staten en Nederland liggen dicht genoeg bij elkaar om een studie van het Amerikaanse recht zinvol te doen zijn. Mediation en de vaststellingsovereenkomst / settlement agreement hebben in de Verenigde Staten een zelfde functie als in Nederland.⁵¹

Het is echter niet mogelijk om naar het Amerikaanse recht betreffende aantastbaarheid en afdwingbaarheid van mediated settlement agreements te kijken, omdat er geen uniforme regeling bestaat. Er zijn wel bepaalde tendensen te onderscheiden die voor de hele Verenigde Staten gelden, zoals toename van mediation en specifiek court-ordered mediation, maar de Amerikaanse staten hebben mediation onafhankelijk van elkaar geregeld.⁵² Bovendien gelden op federaal niveau weer andere regels. Dit alles maakt dat een vergelijking met de Verenigde

⁴⁹ Het doel van de vergelijking, in dit onderzoek de verbetering van het eigen recht, bepaalt de selectie van de te onderzoeken stelsels (De Boer 1992, p. 42 & 45-46; Kokkini-Iatridou, 1988, p. 140).

⁵⁰ Voor een beschrijving van de Anglo-Amerikaanse rechtsfamilie verwijs ik naar Zweigert & Kötz 1998, p. 180 e.v.

⁵¹ Pintens, 1998, p. 50. In het volgende hoofdstuk zal blijken dat mediation in Nederland en de Verenigde Staten een vergelijkbare functie vervult en dat het proces in beide landen dezelfde uitgangspunten en kenmerken heeft. Ook zal uit het onderzoek blijken dat de Nederlandse vaststellingsovereenkomst en de Amerikaanse settlement agreement dezelfde rol vervullen in mediation. Zie voor deze conclusies hoofdstuk 5.

⁵² Er zijn in de Verenigde Staten meer dan 2500 wetten die op een of andere wijze mediation als onderwerp hebben (Vogel 2004, p. 133). Een achttal staten (Illinois, Iowa, Nebraska, New Jersey, Ohio, Utah, Vermont en Washington) heeft inmiddels de Uniform Mediation Act (UMA) aangenomen en ook in het District of Columbia is de UMA inmiddels geïncorporeerd. De UMA is een modelwet, geadresseerd aan de staten, met als doel harmonisatie van regelgeving betreffende mediation, voornamelijk op het gebied van vertrouwelijkheid van mediationcommunicatie.

Staten niet mogelijk is, immers dan zou het recht van de vijftig deelstaten en het federale niveau beschreven moeten worden. Ook het op één hoop gooien van de vijftig staten biedt geen oplossing omdat dan een te algemeen en abstract beeld ontstaat dat geen recht doet aan het rechtssysteem waarin mediation zijn plaats heeft gekregen. Juist de concrete technisch-juridische kanten van mediation en de verhouding tot het overeenkomstenrecht en het burgerlijk procesrecht zijn voor dit onderzoek van belang. Als alleen enkele wetten en uitspraken uit een vijftigtal staten aangehaald wordt, komt juist deze samenhang niet boven tafel.

Er diende dus een keuze te worden gemaakt uit de vijftig Amerikaanse staten.⁵³ Aangezien het voor het onderzoek belangrijk was om veel jurisprudentie over de positiefrechtelijke gevolgen van mediation en de vaststellingsovereenkomst in handen te krijgen, was het een logische stap om die staten te selecteren waar een groot arsenaal aan *case law* voor handen was. Om die staten te achterhalen is gebruik gemaakt van zoekopdrachten in LexisNexis en Westlaw.⁵⁴ Vervolgens zijn de uitkomsten hiervan geverifieerd aan de hand van de bespreking van de *cases* in de mediationliteratuur om te garanderen dat de zoekopdracht daadwerkelijk relevante zaken naar boven bracht.

Uit de zoekopdrachten bleek dat drie Amerikaanse staten verantwoordelijk waren voor 57% van de jurisprudentie over de status van de mediated settlement agreement. De overige 43% kwam uit de resterende 47 staten. Staten nummer vier en vijf waren samen goed voor nog eens 11%. De overige 45 staten namen vervolgens 32% van de jurisprudentie voor hun rekening. Hier zaten geen grote uitschieters meer in. Gemiddeld gaat het dan om ongeveer 0.7% per staat van alle voor handen zijnde jurisprudentie. De drie uitschieters zijn in alfabetische volgorde Californië (15%), Florida (17%) en Texas (25%).⁵⁵ Logischerwijs waren dit ook de staten die al in een vroeg stadium mediationwetgeving in het leven hadden geroepen waardoor verwijzing naar mediation door de rechter mogelijk was.⁵⁶ Veel mediation genereert immers veel uitspraken over mediation. Ook de hoge inwonertallen van deze staten genereren veel uitspraken.⁵⁷ Er is voor alle drie de staten een hoger percentage uitspraken betreffende mediations in de familiesector dan in de commerciële sector gevonden.

De bestudeerde jurisprudentie is niet representatief voor de Verenigde Staten. Zij is slechts representatief voor de staten waar zij uitkomt. Doel van het onderzoek is uitdrukkelijk niet een rechtsvergelijking tussen het recht van de drie Amerikaanse staten.⁵⁸ Het gaat in dit

⁵³ In hoofdstuk 4, par. 2 en hoofdstuk 6, par. 1 wordt uitgelegd waarom het federale niveau niet meegenomen is.

⁵⁴ De dekking begint onder Westlaw in Californië in 1850, in Florida vanaf 1846 en in Texas in 1840. Zowel LexisNexis als Westlaw worden dagelijks aangevuld. In het onderzoek is vooral gebruik gemaakt van Westlaw, vanwege de grotere reikwijdte van deze databank en de gebruiksvriendelijkheid.

⁵⁵ De *prefatory note* bij de Uniform Mediation Act noemt deze drie staten als dé Amerikaanse staten die een duidelijk gevormde mediationpraktijk hebben, compleet met de bijbehorende wetgeving.

⁵⁶ Zo nam Florida in 1987 een van de meest veelomvattende wetten met betrekking tot court-ordered mediation aan (hoofdstuk 6, par. 3.1) en wordt Texas over het algemeen gezien als de bakermat van de mediationwetgeving (hoofdstuk 6, par. 4.1). Zie ook Chin-A-Fat 2004, p. 349.

⁵⁷ Californië heeft het hoogste inwonertal van alle Amerikaanse staten (bijna 34 miljoen) en de grootste stedelijke populatie. Het is na Alaska en Texas de grootste staat in oppervlakte. Texas heeft 22 miljoen inwoners en is daarmee de tweede staat. Florida heeft 17 miljoen inwoners (het inwonertal is tussen 1980 en 1990 met 32% gestegen) en is daarmee de vierde Amerikaanse staat na New York (19 miljoen).

⁵⁸ Ook een vergelijking binnen een staatkundig verband zou onder de noemer 'rechtsvergelijking' geschaard kunnen worden, zie De Boer 1992, p. 40.

onderzoek, zoals eerder aangegeven om een verbetering c.q. ondersteuning van de ontwikkeling van het eigen recht.⁵⁹

6. PLAN VAN BEHANDELING

Doel van het onderzoek is het in kaart brengen van potentiële problemen bij mediation en de daarop volgende vaststellingsovereenkomst. Ik doe dit onder meer door in de drie geselecteerde staten van de Verenigde Staten en in Nederland rechterlijke uitspraken te bestuderen die zijn gewezen in procedures over de status van de vaststellingsovereenkomst na een geslaagde mediation. De rechterlijke uitspraken in de Verenigde Staten zijn van belang omdat zij een duidelijk beeld geven van de praktijkproblemen die ten aanzien van de mediated vaststellingsovereenkomst bestaan.

Tot aan hoofdstuk 8 heeft het onderzoek een vrij descriptief karakter om zo alle relevante aspecten en aandachtsgebieden – uiteraard binnen de doelstelling van het onderzoek – van de mediated vaststellingsovereenkomst in kaart te kunnen brengen, iets dat tot nu toe nog niet (op deze schaal) is gebeurd. Tijdens deze beschrijving ben ik voorzichtig met het geven van mijn mening met als doel het zo neutraal mogelijk weergeven van de stand van zaken. In het laatste hoofdstuk zal ik mijn eigen standpunten ten aanzien van de geconstateerde problemen naar voren brengen.

Om de weg te effenen voor dit jurisprudentieonderzoek wordt mediation in hoofdstuk 2 gedefinieerd en worden de wezenlijke kenmerken van mediation geschetst. Er zal worden aangetoond dat mediation in Nederland en de Verenigde Staten een vergelijkbaar proces is met een zelfde functie. In dit hoofdstuk worden ook het mediationproces en de verschillen mediatorstijlen besproken. Bovendien wordt de zelfregulering van de diverse aanbieders van mediation bestudeerd. Ik zal een uitgebreid overzicht geven van de mediationpraktijk in Nederland en een beknopt overzicht van de mediationpraktijk in de Verenigde Staten. Doel van het uitgebreide overzicht van de Nederlandse mediationpraktijk is om de historische ontwikkeling van mediation in Nederland te schetsen, de belangen van de overheid bij mediation in kaart te brengen, een beeld van het verloop van de procedure in de praktijk te krijgen, en om inzicht te krijgen in hoe mediators en partijen het proces ervaren. Dit alles is van belang om een oordeel over de gewenste toetsing te kunnen vellen. Ook de regelgeving met betrekking tot mediation op Europees niveau en de regelgeving van de United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL) zal besproken worden.

In hoofdstuk 3 bespreek ik de vaststellingsovereenkomst naar Nederlands recht. Ook behandel ik in dit hoofdstuk het burgerlijk procesrecht voorzover relevant voor de doelstelling van het onderzoek. De relevante delen van het burgerlijk procesrecht in dit hoofdstuk zijn de tenuitvoerlegging van executoriale titels; hoe kunnen partijafspraken uitgevoerd worden als de wederpartij onwillig is? En wat gebeurt er als de ene partij wenst te executeren en de andere partij de overeenkomst aan wil tasten? Dit is een belangrijk punt in dit onderzoek dat immers ziet op aantastbaarheid en afdwingbaarheid van de mediated vaststellingsovereenkomst. Het arbitrale schikkingvonnis wordt besproken omdat door middel van een dergelijk vonnis een executoriale titel aan de partijafspraken kan worden verbonden. Hoofdstuk 3 geeft dus voor

⁵⁹ Zie ook Zweigert & Kötz 1998, p. 15 en De Boer 1992, p. 42.

zowel de aantastbaarheid als de afdwingbaarheid het wettelijk kader waarin de mediated vaststellingsovereenkomst ingebed is.

Vervolgens beschrijft hoofdstuk 4 het Amerikaanse recht betreffende de settlement agreement. De studie van de Amerikaanse settlement is relevant omdat beoordeeld moet worden of de vaststellingsovereenkomst en de settlement agreement voldoende vergelijkbaar zijn. Alleen als dit zo is, kunnen de Amerikaanse regels en uitspraken over de mediated settlement waarde hebben voor de ontwikkeling van de mediated vaststellingsovereenkomst in Nederland. Voorzover relevant voor de settlement agreement zullen ook kort het Amerikaanse contractenrecht en het burgerlijk procesrecht besproken worden. Dit is noodzakelijk omdat voor de analyse van de Amerikaanse jurisprudentie in hoofdstuk 6 duidelijk moet zijn wat verstaan wordt onder de Amerikaanse contractenrechtelijke leerstukken en terminologie.

Hoofdstuk 5 vat het onderzoek tot dan toe samen en geeft een tussenconclusie met een rechtsvergelijkend perspectief, die als opstap dient voor het vervolg van het onderzoek.

De kern van het onderzoek wordt gevormd door hoofdstuk 6. Dit hoofdstuk behelst de regelgeving en jurisprudentie die specifiek ziet op mediated settlement agreements in de drie onderzochte staten in de Verenigde Staten. Aan dit hoofdstuk worden de praktijkproblemen ontleend die spelen bij de afdwingbaarheid en de aantastbaarheid van de mediated vaststellingsovereenkomst.

De Nederlandse tegenhanger van hoofdstuk 6 is hoofdstuk 7. Dit hoofdstuk beschrijft de status van de mediated vaststellingsovereenkomst in Nederland. Hier wordt ook uitgebreid ingegaan op toetsing en de mogelijkheden tot het verkrijgen van een executoriale titel, maar het hoofdstuk heeft een wat ander karakter dan het Amerikaanse hoofdstuk, gezien de nog geringe hoeveelheid jurisprudentie over dit onderwerp in Nederland. Dit is ook de reden dat de volgorde van deze twee hoofdstukken (eerst de Verenigde Staten en dan Nederland) afwijkt van de volgorde van behandeling in de hoofdstukken 3 en 4 (eerst Nederland en dan de Verenigde Staten), omdat alleen op deze wijze bij de behandeling van de mediated vaststellingsovereenkomst in Nederland ingespeeld kon worden op de Amerikaanse rechtspraak over dit onderwerp.

Hoofdstuk 8 is een uitgebreide analyse, voornamelijk gebaseerd op de Amerikaanse data, om in kaart te brengen welke aandachtspunten er zijn bij toetsing van mediated vaststellingsovereenkomsten in Nederland en het afdwingen van nakoming daarvan. Ik kom tot de conclusie dat zich problemen voordoen bij de toetsing en het afdwingen van nakoming en ik draag daarvoor oplossingen aan. Dit maakt het boek ook voor de praktijk relevant. Het hoofdstuk sluit af met concrete aanbevelingen.

2. Mediation

1. INLEIDING

Na de introductie in het vorige hoofdstuk, zal ik in dit hoofdstuk mediation nader omschrijven. Het begrip 'mediation' wordt gedefinieerd en het mediationproces wordt besproken. Ik zal de diverse in gebruik zijnde mediatorstijlen toelichten en de Nederlandse mediationpraktijk in kaart brengen. Daarna wordt in kort bestek de ontwikkeling en praktijk van mediation in de Verenigde Staten behandeld. Bovendien worden de voor Nederland relevante mediationontwikkelingen in Europa aangestipt en wordt gekeken naar de initiatieven van UNCITRAL op het gebied van mediation.

2. MEDIATION GEDEFINIEERD

Er zijn veel definities van mediation in omloop die grotendeels overeenstemmen. Ik zal hieronder een aantal omschrijvingen van mediation weergeven, zoals ik die heb aangetroffen in de Nederlandse en Amerikaanse literatuur.

In een Amerikaans *casebook* wordt de volgende definitie van mediation gegeven:¹ Mediation is: 'A procedure for resolving controversies. It is a process in which an impartial intervener assists two or more negotiation parties identify matters of concern and then develop mutually acceptable proposals to deal with the concerns. Mediation is a process that takes seriously the philosophy of democratic decision-making'.²

Een andere omschrijving van mediation in de Amerikaanse literatuur is 'a process where third parties not involved in the controversy assist disputing parties in their negotiations'.³

Ook kwam ik de omschrijving tegen 'mediation is a process in which an impartial third party, who lacks authority to impose a solution, helps others resolve a dispute or plan a transaction'.⁴

Uit de Amerikaanse definities kan geconcludeerd worden dat het bij mediation moet gaan om het begeleiden van onderhandelingen in een conflictsituatie, door een derde. Deze derde kan geen uitspraak doen in het geschil zodat partijen zelf tot een oplossing zullen moeten komen, waarbij zij, zoals uit de eerste definitie voortvloeit, op een gelijkwaardige wijze tot een beslissing moeten komen, gebaseerd op hun beider input in de onderhandelingen. Dit wordt ook wel het vereiste van *democratic participation* of *democratic decision-making* genoemd.⁵ Uit de

¹ Casebooks bevatten de belangrijkste Amerikaanse uitspraken op een bepaald rechtsgebied voorzien van commentaar en opgaven. Ze worden gebruikt in het onderwijs aan de Amerikaanse rechtenfaculteiten (Black's Law Dictionary, p. 228).

² Alfini e.a. 2001, p. 1.

³ Cole, McEwen & Rogers (Mediation: Law, Policy and Practice), §2:1.

⁴ Riskin 1996, p. 8 en 11.

⁵ Zie onder meer Menkel-Meadow 1997, p. 452; Alfini 2001, p. 1 en Stulberg & Montgomery 1987, p. 21.

definities blijkt ook dat het proces berust op zelfbeschikking van de partijen. De mediator helpt de onderhandelingen te structureren en assisteert bij het vinden van een oplossing, maar partijen houden de controle over hun geschil.

Ondanks het (kleine) verschil in definities wordt in de Amerikaanse literatuur als wezenlijk voor mediation beschouwd dat het proces berust op overeenstemming; zowel met betrekking tot het proces als met betrekking tot de overeenkomst. De kern van mediation is dat het een vrijwillig proces is⁶ en dat partijen actief deelnemen aan de mediation, ook als zij worden bijgestaan door een raadsman.⁷ Mediation is een methode van geschilbeslechting; het dient ter oplossing van conflicten.

Mediation wordt gefaciliteerd door een derde die buiten het onmiddellijke geschil of conflict staat. Mediators worden gedefinieerd als ‘third parties’ not otherwise involved in a controversy who assist disputing parties in their negotiations’.⁸ De mediator is dus een neutrale en onpartijdige derde.

Door middel van mediation wordt getracht om oplossingen voor problemen of beslissingen in conflicten tot stand te brengen, gebaseerd op wederzijdse instemming en rechtvaardigheid tegenover de partijen. Mediation wordt gebruikt om wederzijds begrip en zorg voor de noden, belangen en de situatie van de wederpartij te kweken.⁹ Van partijen wordt in het mediationproces verwacht dat zij zich coöperatief, open en integer opstellen, ideeën en gedachten delen, samenwerken en oog en begrip hebben voor elkaars belangen en vertrouwen hebben in de mediator en in het mediationproces. Bovendien is mediation intensief en zijn partijen tijdens de sessies (voortdurend) in elkaars nabijheid.¹⁰ Als wezenlijk voor mediation wordt ook geacht dat het proces vertrouwelijk is.¹¹ Het doel van mediation is het komen tot een wederzijds acceptabele oplossing waarmee het geschil eindigt.

Laten wij nu kijken naar een drietal Nederlandse definities van bemiddeling.

Brenninkmeijer hanteert in het Handboek Mediation de volgende definitie: ‘Mediation is een vorm van bemiddeling in conflicten, waarbij een neutrale bemiddelingsdeskundige, de mediator, de onderhandelingen tussen de deelnemers begeleidt teneinde vanuit hun werkelijke belangen tot gezamenlijk gedragen en voor ieder van hen optimale resultaten te komen’.¹²

Pel omschrijft mediation als ‘een methode van conflictbemiddeling waarbij een onafhankelijke en neutrale derde, de mediator, partijen begeleidt om vanuit hun werkelijke belangen in een kort tijdsbestek tot een gezamenlijk gedragen en voor ieder van hen optimale dan wel acceptabele oplossing te komen van hun onderlinge conflict’.¹³

⁶ Hoewel er in de Verenigde Staten recentelijk inspanningen zijn om in bepaalde zaken mediation verplicht voor te schrijven, maar dan is er alleen de verplichting om mediation te proberen, eventueel met de eis dat deze poging te goeder trouw wordt ondernomen. Partijen zijn niet verplicht om tot overeenstemming te komen in mediation.

⁷ Menkel-Meadow 2001, p. xxix.

⁸ Cole, McEwen & Rogers (Mediation: Law, Policy and Practice), §1:1.

⁹ Menkel-Meadow 2001, p. xxix.

¹⁰ Thompson 2004, p. 556-557.

¹¹ O.m. Alfani e.a. 2001, p. 193; Kovach 2000, p. 180.

¹² Brenninkmeijer 2005a, p. 6.

¹³ Pel 2004a, p. 18. Dit is ook de definitie die wordt gehanteerd in het onderzoeksrapport ‘Ruimte voor mediation’ van het Wetenschappelijk Onderzoek- en Documentatiecentrum van het ministerie van Justitie (WODC) (Combrink-Kuiters, Niemeijer & Voert 2003, p. 23)

Ten slotte geeft Prein aan dat ‘mediation doorgaans wordt gezien als een probleemoplossend proces, waarbij de deelnemers – via het doorlopen van een aantal fasen of stadia – werken aan het oplossen van hun probleem onder de begeleiding van de mediator’.¹⁴

Ook uit deze definities vloeit voort dat het gaat om een proces waarbij een neutrale derde de onderhandelingen van partijen begeleidt en structureert.¹⁵ De partijen lossen samen hun conflict op, de mediator begeleidt dat proces. De wederzijdse belangen van partijen staan centraal en niet hun (juridische) standpunten. De kern van mediation is zelfbeschikking van partijen; de mediator begeleidt de onderhandelingen slechts. Bovendien vloeit uit deze definities de vrijwilligheid van het proces voort en blijkt eruit dat de nadruk ook in de Nederlandse definities ligt op de consensus van partijen.¹⁶ Zowel consensus met betrekking tot het proces, berustend op de vrijwilligheid van partijen en slechts door de mediator gefaciliteerd, als ook consensus met betrekking tot de inhoud. De oplossing moet gezamenlijk gedragen zijn. Uit de Nederlandse definities blijkt, net als uit de Amerikaanse omschrijving, dat mediation wordt gedefinieerd als een methode van conflict- of probleemoplossing. In deze betekenis zal mediation gebruikt worden in dit onderzoek.¹⁷ Dit betekent dat de uitkomst van een geslaagde mediation, een vaststellingsovereenkomst of een settlement agreement, afdwingbaar moet zijn. Dit is inherent aan mediation als geschiloplossingsmethode. De uitkomst moet finaliteit hebben, zowel voor partijen (het conflict moet eens eindigen) als ook voor de maatschappij (een maatschappelijke ordening veronderstelt dat conflicten opgelost worden en niet dat geschilbeslechtsingsmechanismen op elkaar gestapeld worden).

Deze punten, een neutrale en onpartijdige derde, een proces dat berust op democratic decision making, consensus zowel met betrekking tot het proces als met betrekking tot de uiteindelijke oplossing, zelfbeschikking, vrijwilligheid en een zekere finaliteit van de uitkomst vormen de wezenlijke elementen van mediation. Het doel van mediation is net als in de Verenigde Staten het komen tot een voor beide partijen optimale dan wel acceptabele oplossing van hun geschil. De vraag is of uit de mediationliteratuur nog andere wezenlijke elementen van mediation kunnen worden afgeleid.

In aanvulling op de in Nederland gehanteerde definities heeft Pel de kenmerken van mediation waarover overeenstemming bestaat op een rij gezet. Zij geeft aan dat mediation een professionele en gestructureerde methode is die onder leiding van een onafhankelijke en neutrale mediator wordt uitgevoerd.¹⁸ Zoals ook uit de definities blijkt, gaat het bij mediation om conflictoplossing door partijen zelf, waarbij partijen een grote eigen inzet en inbreng hebben. Mediation is gericht op het herstel of de verbetering van de communicatie en er wordt onderhandeld op basis van wederzijdse belangen.¹⁹ Deelname aan mediation door partijen is

¹⁴ Prein 2004, p. 25.

¹⁵ Zie ook *Kamerstukken II*, 2006-07, 30 145, nr. 6, p. 5, waar neutraliteit van de mediator als kernwaarde van de mediator (cursivering; MS) wordt gezien.

¹⁶ Ook vrijwilligheid wordt in de politiek erkend als belangrijke waarde van mediation, zie *Kamerstukken II*, 2006-07, 30 145, nr. 6, p. 7.

¹⁷ Zie het inleidende hoofdstuk, par. 4.

¹⁸ Pel 2004a, p. 26-27.

¹⁹ Maar het is volgens Pel geen therapie, het herstel van de communicatie en de verbetering van de relatie staat altijd ten dienste van een wederzijds bevredigende oplossing in het conflict (Pel 2000, p. 81, noot 26). Dat het ook anders af kan lopen, getuigt een uitspraak van de rechtbank Arnhem. Een stel doorloopt mediation maar niet helemaal duidelijk wordt of overeenstemming is bereikt over de verblijfplaats van de kinderen en over een omgangsregeling.

vrijwillig en het proces is vertrouwelijk. De mediator heeft de mogelijkheid om tijdens de mediation afzonderlijke gesprekken te voeren met een partij (dit wordt *caucus* genoemd). Startpunt van het mediationproces is de ondertekening van de mediationovereenkomst, waarna partijen de snelheid bepalen waarmee de mediation verloopt. De uitkomst van de mediation is maatwerk en de gemaakte afspraken worden neergelegd in een vaststellingsovereenkomst.²⁰ Partijen zullen elkaar in de vaststellingsovereenkomst over en weer algehele en finale kwijting verlenen gezien het feit dat de vaststellingsovereenkomst bedoeld is als definitief einde van het geschil.²¹ Het belang van vertrouwen in mediation en de gerichtheid op herstel van de relatie brengt met zich mee dat partijen jegens elkaar een informatieplicht hebben, ook wel de noodzaak tot *informed consent* genoemd.²² Ook informed consent is dus een wezenlijk element van mediation. Uit deze opsomming van Pel die de stand van zaken in Nederland weergeeft, blijkt dat in Nederland, en trouwens ook in de Verenigde Staten zoals later nog uitvoerig zal blijken, ook als een van de wezenlijk elementen van mediation wordt gezien dat het proces vertrouwelijk is. Niets dat in de mediation naar voren is gekomen mag openbaar worden gemaakt, noch tijdens de loop van de mediation noch daarna.²³

Ook in de Verenigde Staten is discussie gevoerd over wat typische kenmerken van mediation zijn. Aangezien uitgekristalliseerde procedurele regels, zoals bij overheidsrechtspraak, ontbreken,²⁴ wordt als belangrijkste procedurele waarborg in mediation het bewaren van de keuzevrijheid van partijen genoemd.²⁵ Het mediationproces is eerlijk als partijen de vrije keuze hebben en de uitkomst is eerlijk als partijen er in alle vrijheid voor gekozen hebben.²⁶ Vereiste voor deze zelfbeschikking van partijen is de afwezigheid van misbruik en dwang.²⁷ Net als in Nederland is dus het feit dat partijen de controle hebben over hun conflict van wezenlijk belang.

De man stelt dat er nooit overeenstemming is bereikt en dat hij zich in mediation onder druk gezet voelde om tot een bepaalde oplossing te komen, maar geeft niet aan waaruit die druk bestond. De rechter die de zaak voor zich krijgt nadat de kinderen niet terug zijn gekeerd van een bezoek aan hun vader (de verblijfplaats was bij de moeder), geeft aan dat zijns inziens de mediation de standpunten van partijen alleen maar heeft verhard (Rb. Arnhem 5 december 2003, LJN: AQ2565). Zie voor een bespreking van deze zaak, Pel 2004b, p. 22 e.v.

²⁰ Pel 2004a, p. 26-27.

²¹ Zoals uit blijkt uit het model echtscheidingsconvenant van de vereniging Familierecht Advocaten Scheidingsbemiddelaars (vFAS), de model vaststellingsovereenkomst zoals opgenomen in Brenninkmeijer, Schutte en Spierdijk 2005 op p. 157 en de model vaststellingsovereenkomst zoals opgenomen in Labohm 2000, p. 63-64. Zie ook De Graaf 2004, p. 219.

²² Prein spreekt van de noodzaak een keuze te maken gebaseerd op alle beschikbare informatie (Prein 2004, p. 13). Zie voor verschillende opvattingen van informed consent de vFAS bemiddelingsovereenkomst (art. 1.3), de vFAS Gedragsregels (regel 6), de Gedragsregels voor de mediator van het NMI (art. 4.2) en de European Code of Conduct for Mediators (section 3.3). Zie de par. 5.2.5.1, 5.2.5.3 en 7.2 van dit hoofdstuk.

²³ Zie over vertrouwelijkheid in de onderzochte staten en Nederland uitgebreid hoofdstuk 6, par. 2.5, 3.5, 4.5 en hoofdstuk 7, par. 5 e.v.

²⁴ Er zijn in de Verenigde Staten wettelijke regels betreffende mediation maar die adresseren vaak niet het hele mediationproces op een systematische manier. Ook in de drie door mij onderzochte Amerikaanse staten ontbraken uitgebreide wettelijke procedure regels die het hele mediationproces structureerden en reguleerden. Zie hoofdstuk 5.

²⁵ Cole, McEwen & Rogers (Mediation: Law, Policy and Practice), §2:2; Carrie Menkel-Meadow 1995, p. 2693-2694; Greatbatch & Dingwall 1989, p. 614. Zie voor Nederlandse literatuur: Prein 2004, p. 12.

²⁶ Cole, McEwen & Rogers (Mediation: Law, Policy and Practice), §2:2;

²⁷ Menkel-Meadows, 1997, p. 449.

Vaak wordt ook nog het vereiste van informed consent gesteld, waarmee, zoals eerder gezegd, wordt bedoeld dat partijen voldoende geïnformeerde beslissingen moeten nemen; zij moeten elkaar goed voorlichten en zorgen dat zij voldoende informatie tot hun beschikking hebben.²⁸ Nogmaals kan worden benadrukt dat informed consent wezenlijk is voor mediation gezien de uitgangspunten van mediation als een proces waarbij partijen onder meer rekening dienen te houden met elkaars belangen en zich coöperatief en integer op moeten stellen. Voorts moet de oplossing tot stand komen op basis van gelijkwaardige participatie van partijen.²⁹

Ondanks de consensus over de basiswaarden en kenmerken van mediation zijn er nog een aantal punten waarover zowel in Nederland als in de Verenigde Staten discussie bestaat. Het doel van mediation is in beide landen het komen tot een wederzijds acceptabele oplossing, zo bleek uit de definities. Dit is een subjectief criterium. Over het bestaan van een objectieve, normatieve standaard van wat gezien moet worden als een rechtvaardig onderhandelingsresultaat is de mediationliteratuur verdeeld. De vraag is of een oplossing in mediation legitiem of rechtvaardig is als partijen dit vinden of dat voor oplossingen in mediation een bepaalde externe standaard aangelegd moet worden, bijvoorbeeld ‘de rechtens aanvaardbare oplossing’, in aanvulling op de opvatting van partijen.

Cole, Rogers en McEwen onderscheiden verschillende typen ‘*outcome fairness*’.³⁰ Zij stellen dat de meest dominante benadering die is die zelfbeschikking, in de betekenis van afwezigheid van *settlement pressure* en informed consent, vooropstelt. Dit is de benadering die procedurele en materiële rechtvaardigheid verbindt. De uitkomst is rechtvaardig als de procedure dat is geweest.³¹ Mediation wordt hiertoe ook vergeleken met onderhandelingen als vorm van conflictoplossing. Er mogen in mediation geen extra kosten of lasten worden opgelegd die er in onderhandelingen ook niet zouden zijn geweest.³² Dit resulteert soms in regels die een verdergaande bescherming pogen te bieden dan partijen zouden hebben gehad als zij onderhandeld zouden hebben. Bijvoorbeeld de regel dat als de mediation plaatsvindt in een aanhangige zaak, de inhoud van de vaststellingsovereenkomst onderworpen is aan goedkeuring

²⁸ Zowel informed consent m.b.t. het proces van mediation als ook m.b.t. de uitkomst (Menkel-Meadow 1997, p. 449 & 451 e.v.). Zie Nolan-Haley 1999, p. 778 e.v. Nolan-Haley onderscheidt verschillende gradaties van informed consent. Zie ook Chin-A-Fat 2004, p. 327 e.v. en 371 e.v.

²⁹ Het beginsel van democratic decision-making heeft zijn oorsprong in het principe van hoor- en wederhoor. Dit principe is niet onverkort toepasbaar in mediation, omdat daar het apart horen van partijen, caucus, is toegestaan. Zie ook Brenninkmeijer 2005a, p. 4. Schending van het principe van hoor- en wederhoor levert aantastbaarheid van de uitspraak op in arbitrage, bindend advies en rechtspraak.

³⁰ Cole, McEwen & Rogers (Mediation: Law, Policy and Practice), §2:2.

³¹ Thompson formuleert het zo: ‘The concept of self-determination that is central to the mediation culture suggests that a fair result is one in which the parties voluntarily agree is in their best interests, without regard to what lawyers or judges might predict they would receive if they went to court. Absent a voluntary and self-determined agreement, the settlement in mediation cannot be fair even if it is consistent with what lawyers predict would result in court’ (Thompson 2004, p. 563). Of zoals Love opmerkt: ‘Enabling and prompting self-determination and collaborative decision-making are central tasks of the mediator (...)’. ‘The notion of self-determination includes the value of informed decision-making’. ‘(...) the values, preferences and priorities of the parties should govern the outcome in mediation’ (Love 1997, p. 739-740). Vergelijk ook Brenninkmeijer: ‘in de mediationgesprekken zal de mediator bevorderen dat partijen goed geïnformeerd tot een beslissing komen en zal hij hen zonedig wijzen op de mogelijkheid om deskundig advies in te winnen’ (Brenninkmeijer, Schutte & Spierdijk 2005, p. 80). Zie ook McEwen, Rogers & Maiman 1995, p. 1320 e.v.

³² Cole, McEwen & Rogers (Mediation: Law, Policy and Practice), §2:2.

van de rechter.³³ Of het creëren van nieuwe verweren tegen de afdwingbaarheid van mediated settlements.³⁴ Een andere optie is dat de vaststellingsovereenkomst alleen dan bindend is als partijen dit schriftelijk overeen zijn gekomen.³⁵

Als tweede maatstaf voor fairness, dus naast de benadering die procedurele en materiële rechtvaardigheid verbindt, wordt genoemd het effect dat de mediated settlement heeft op derden, dus op niet-partijen bij de overeenkomst. Dit doet zich het duidelijkst voor bij echtscheidingszaken waar de belangen van kinderen in het spel zijn.³⁶ In veel andere zaken zal het moeilijker zijn aan te geven wie derdebelaagden zijn bij de overeenkomst.³⁷

Een derde benadering ten aanzien van fairness in mediation vergelijkt mediation met het proces en de uitkomst van rechtspraak.³⁸ Als men de procedures van rechtspraak en mediation vergelijkt en daarbij overheidsrechtspraak met zijn formaliteiten, vertegenwoordiging door advocaten en procedurele waarborgen als standaard voor fairness ziet, dan is het mediationproces per definitie niet fair.³⁹ De uitkomst wordt op dezelfde manier vergeleken. Een mediated vaststellingsovereenkomst is billijk als de uitkomst overeenkomt met wat een rechter in een vergelijkbaar geval zou hebben beslist. De verdienste van deze benadering lijkt te zijn het beschermen van partijen die geen weet hebben van hun rechten. Zo'n uitkomst zou dus volledig in overeenstemming moeten zijn met het geldend recht en niet noodzakelijkerwijs toegespitst op belangen en behoeftes van partijen.⁴⁰ Het grote bezwaar van deze benadering is dat in ieder geval voor de situatie in de Verenigde Staten geldt dat mediation niet zozeer een alternatief is voor overheidsrechtspraak maar een alternatief voor *negotiations*. Om die reden zou een vergelijking met overheidsrechtspraak spaak lopen.⁴¹

In de eerste en de derde benadering wordt fairness gekoppeld aan het procedurele en materiële recht.⁴² Maar er zijn ook stromingen die zeggen dat het recht niet relevant is voor de

³³ Cole, McEwen & Rogers (Mediation: Law, Policy and Practice), §2:2.

³⁴ Vitakis-Valchine v. Valchine, 793 So. 2d 1094 (*duress* van de kant van de mediator zou grond voor vernietiging van de overeenkomst kunnen zijn). Over deze uitspraak meer in par. 3.4.1.1 van hoofdstuk 6.

³⁵ Cal. Bus. & Prof. Code §467.4 '(a) An agreement resolving a dispute entered into with the assistance of a program shall not be enforceable in a court nor shall it be admissible as evidence in any judicial or administrative proceeding, unless the consent of the parties or the agreement includes a provision that clearly states the intention of the parties that the agreement or any resulting award shall be so enforceable or admissible as evidence'.

³⁶ In de Cal. Fam. Code zijn een aantal bepalingen opgenomen die zien op de bescherming van de belangen van het kind in mediation (Cal. Fam. Code §3161, 3162, 3180, 3184). Section 3184 gaat zelfs zover dat ook het kind een raadgever kan krijgen die hem vertegenwoordigt in de mediation.

³⁷ Cole, McEwen & Rogers (Mediation: Law, Policy and Practice), §2:2.

³⁸ Cole, McEwen & Rogers (Mediation: Law, Policy and Practice), §2:2. Grillo 1991, p. 1593.

³⁹ Bryan meent dat mediation in echtscheidingszaken per definitie oneerlijk is ten opzichte van vrouwen omdat vrouwen door hun sociaal-maatschappelijke positie minder machtig zijn dan mannen. Zonder de bescherming van een formele procedure en toepassing van het geldende recht zouden vrouwen het onderspit delven. Zij verkiest dan ook onderhandelingen waarin partijen worden bijgestaan door advocaten boven mediation (in afwezigheid van advocaten). Zie Bryan 1992, p. 441 e.v.

⁴⁰ Cole, McEwen & Rogers (Mediation: Law, Policy and Practice), §2:2. Ook in Nederland leeft in de praktijk de vraag of partijen op de hoogte moeten zijn van de waarde van hun rechtsposities, zie ook Chin-A-Fat 2004, p. 371 e.v.

⁴¹ Cole, McEwen & Rogers (Mediation: Law, Policy and Practice), §2:2. Dit geldt niet voor de Nederlandse situatie. Hier wordt mediation gezien als een alternatief voor overheidsrechtspraak en veel minder voor onderhandelingen.

⁴² Dit doet Brenninkmeijer ook als hij zich afvraagt in hoeverre de mediator er voor dient te zorgen dat de inhoud van de vaststellingsovereenkomst in overeenstemming is met het recht (Brenninkmeijer 2005b, p. 202).

beoordeling van de fairness van de uitkomst. Er zou een intuïtief beeld kunnen zijn van wat *fair* is dat door partijen en de mediator wordt gedeeld.⁴³ Het valt goed voor te stellen dat het intuïtieve beeld van wat al dan niet eerlijk is, mede wordt gevormd door het recht.⁴⁴

Naast de verschillende benaderingen van rechtvaardigheid van het onderhandelingsresultaat, bestaat ook verschil van mening over de positie van de mediator. De vraag is of hij relatief passief moet blijven ten aanzien van de onderhandelingen van partijen of dat de mediator daadwerkelijk mag participeren in het oplossen van de problemen en in het nemen van besluiten in het conflict.⁴⁵ Deze discussie speelt meer in de Verenigde Staten dan in Nederland, aangezien er hier vooralsnog overeenstemming over is dat de mediator geen beslissingen neemt en niet participeert in het oplossen van de problemen, behalve als neutrale procesbegeleider. In bijvoorbeeld echtscheidingsmediation zal dit (soms) anders zijn aangezien de advocaat-scheidingsbemiddelaar partijen ook voor zal lichten over het recht en zich als inhoudelijk deskundige profileert.⁴⁶

Zo is in sommige Amerikaanse staten pas sprake van een billijk resultaat als partijen een goed geïnformeerde beslissing hebben genomen, dus als zij op de hoogte zijn van hun rechten. Dit zou kunnen worden gezien als een verdergaande vorm van informed consent. Hiertoe wordt soms bepaald dat het is toegestaan dat advocaat-mediators advies geven en de settlement agreement opstellen. Soms is de advocaat-mediator zelfs verplicht informatie te geven en te adviseren. Als slechts één partij bijstand heeft van een advocaat is de gedachte dat door de voorlichting van de mediator de informatieachterstand van de wederpartij (deels) gecompenseerd kan worden.⁴⁷

In andere staten is wetgeving die benadrukt dat de settlement geheel vrijwillig tot stand moet zijn gekomen, en dat dus geen sprake mag zijn van enige vorm van druk. Hiertoe is regelgeving in het leven geroepen die juist moet verhinderen dat de mediator een te nadrukkelijke rol krijgt in het mediationproces.⁴⁸

⁴³ Grillo 199, p. 1593; Carrie Menkel-Meadow 1995, p. 2692: 'Settlements may be based on important nonlegal principles or interests, which may, in any given case, be as important or more important to the parties than "legal" considerations'; Rosenberg 1991, p. 487-488. In Rosenberg's opvatting zouden de partijen doordat de mediator met hen spreekt over verschillende concepten van fairness tot een soort gedeelde opvatting over wat een eerlijke uitkomst is, kunnen komen. Zie verder nog McEwen, Rogers & Maiman 1995, p. 1327: 'for some mediation advocates, fair outcomes are in the eyes of the beholder – if parties believe the outcome to be fair, then it is'. En zie ook Stulberg 2005, p. 241 e.v. Hij meent dat partijacceptatie van de uitkomst van het mediationproces het karakteriserende kenmerk van rechtvaardigheid in mediation is, mits de procedure rechtvaardig is geweest.

⁴⁴ Grillo 1991, p. 1593.

⁴⁵ Menkel-Meadow 2001, p. xxix-xxx.

⁴⁶ Zie par. 4.2 van dit hoofdstuk.

⁴⁷ Cole, McEwen & Rogers (Mediation: Law, Policy and Practice), §2:2 en §10:1.

⁴⁸ Wat betreft de door mij onderzochte staten zijn als voorbeeld te noemen: Cal.Bus. & Prof.Code §467.3: 'Programs funded pursuant to this chapter shall provide persons indicating an intention to utilize the dispute resolution process with a written statement prior to the dispute resolution proceeding, in language easy to read and understand, stating all of the following: the rights and obligations of the parties, including, but not limited to, all of the following: (2) The right of the parties to be accompanied by counsel, who may participate as permitted under the rules and procedures of the program'. Ann.Cal.Fam.Code §3182: '(a) The mediator has authority to exclude counsel from participation in the mediation proceedings pursuant to this chapter if, in the mediator's discretion, exclusion of counsel is appropriate or necessary'. Ann.Cal.Fam.Code §3184: 'Except as provided in Section 3188, nothing in this chapter prohibits the mediator from recommending to the court that counsel be appointed, pursuant to Chapter

Vervolgens is de vraag of alle conflicten en geschillen geschikt zijn voor mediation of dat er conflicten zijn waarvoor mediation zich niet leent.⁴⁹ En of mediation doel- of middelgericht is;⁵⁰ is het tot stand brengen van een eindproduct (een oplossing) de focus of is mediation een middel in verbeteren van het contact tussen de partijen?⁵¹

3. HET MEDIATIONPROCES

Mediation is gedefinieerd als een procedure waarin twee partijen vrijwillig een onafhankelijke derde (de bemiddelaar) inschakelen die hen assisteert en adviseert om een tussen hen bestaand geschil tot een oplossing te brengen door middel van onderhandelingen. Met deze definitie in gedachten zal in deze paragraaf worden gekeken hoe het mediationproces verloopt.

Pel onderscheidt vier mediationfasen.⁵² In de Verenigde Staten deelt Kovach het proces in negen stadia in.⁵³ Ondanks het feit dat Kovach meer fasen onderscheidt dan Pel, verloopt de procedure in beide landen in beginsel volgens een zelfde stramien.⁵⁴ Bij de bespreking van het mediationproces volg ik de indeling van Pel, maar geef ik aan met welk van de stadia van Kovach dit correspondeert.

De eerste fase noemt Pel de *intakefase*.⁵⁵ De mediator geeft uitleg over het mediationproces en neemt de toepasselijke regels door. Hij kijkt of mediation geschikt is voor partijen en checkt hun motivatie en betrokkenheid. In deze fase wordt de mediationovereenkomst getekend door de partijen en de mediator.⁵⁶ De mediationovereenkomst regelt de verhouding tussen de partijen onderling gedurende het mediationproces en de relatie

10 (commencing with Section 3150), to represent the minor child. In making this recommendation, the mediator shall inform the court of the reasons why it would be in the best interest of the minor child to have counsel appointed'. Cal.Bus. & Prof.Code §467.7: '(a) Unless the parties have agreed to a binding award, nothing in this chapter shall be construed to prohibit any person who voluntarily enters the dispute resolution process from revoking his or her consent, withdrawing from dispute resolution, and seeking judicial or administrative redress'.

⁴⁹ Dit is in Nederland niet echt een discussiepunt. De gedachte is dat het merendeel van de conflicten zich wel leent voor mediation maar dat niet alle partijen er geschikt voor zijn (Pel 2000, p. 81 en Pel 2004a, p. 75). Uit de later te bespreken experimenten met mediation in Nederland komt een duidelijk beeld naar voren van welke zaken geschikt zijn voor mediation. Daaruit blijkt dat vooral de onderhandelingsbereidheid van partijen, de onderhandelingsruimte en de escalatiegraad van het conflict succesindicatoren zijn (Pel 2004a, p. 77).

⁵⁰ Menkel-Meadow 2001, p. xxix-xxx.

⁵¹ De laatste twee kwesties hangen samen met de verschillende mediatorstijlen die er zijn. Hierover in de volgende paragraaf meer. Pel geeft duidelijk aan dat het verbeteren van het contact tussen de partijen geen hoofddoel mag zijn, zie voetnoot 19.

⁵² Pel 2004a, p. 28-29; Combrink-Kuiters, Niemeijer, & Ter Voert 2003, p. 23; Chin-A-Fat 2004, p. 364.

⁵³ Ze onderscheidt ook nog vier optionele fasen (Kovach 2000, p. 31 e.v.).

⁵⁴ Zie ook Kovach 2000, p. 31. Maar in transformatieve mediation zou de mediator juist geen sterk gestructureerd proces opleggen aan partijen, omdat het opleggen van een structuur invloed zou hebben op het geschil van partijen (Bush & Folger 2005, p. 224 e.v.).

⁵⁵ Dit komt bij Kovach overeen met de *Mediator's introduction*. Kovach onderscheidt hiervoor nog de fase van de *Preliminary Arrangements*. Deze fase omvat alles dat voor het begin van de mediation plaatsvindt, zoals doorverwijzing, benoeming van de mediator, afspraken over plaats en datum van mediation etc. (Kovach 2000, p. 31-32).

⁵⁶ De mediationovereenkomst bevat enige regels voor de te volgen procedure en geeft de verplichtingen van partijen ten opzichte van elkaar. Vaak wordt in de mediationovereenkomst nog een mediationreglement van toepassing verklaard dat aanvullende regelgeving voor de mediation bevat. Zo wijst de NMI model Mediationovereenkomst in art. 1.2 naar het NMI Mediationreglement. Ook bij mediation onder de paraplu van de vFAS wordt een vFAS bemiddelingsovereenkomst gesloten.

tussen de partijen en de mediator.⁵⁷ Ik kom hier in par. 5.2.5.1 op terug. In de Verenigde Staten is overigens minder aandacht voor het tekenen van een mediationovereenkomst.⁵⁸ De nadruk ligt daar meer op wettelijke regelgeving en regelgeving door middel van *court-rules* en minder op zelfregulering door de branche.⁵⁹

In de *exploratiefase* worden de belangen, zorgen en wensen van de partijen geïnventariseerd en wordt de inzet van de mediation bepaald.⁶⁰ Partijen krijgen de gelegenheid hun zienswijze op het conflict toe te lichten. In deze fase vindt ook de feitenverzameling plaats en wordt gewerkt aan het herstellen van de verstoorde communicatie.⁶¹

Is de exploratiefase succesvol doorlopen, dan volgt de *onderhandelingsfase*. In dit stadium worden ideeën, opties en alternatieven naar voren gebracht om tot oplossing van het conflict te komen. Getracht wordt om volgens de Harvard-methode van onderhandelen de keus voor de oplossing te legitimeren door aansluiting te zoeken bij objectieve maatstaven en procedures.⁶² Het is de taak van de mediator om partijen aan te sporen mogelijke oplossingen aan de realiteit te toetsen. Als het alternatief voor mediation een gerechtelijke procedure is, kan de oplossing worden vergeleken met een vermoedelijke uitkomst van de procedure. Als de mediator in de mediation besluit om afzonderlijke gesprekken te voeren met de partijen gebeurt dit of in de exploratiefase bij het bepalen van de inzet van de mediation of in de onderhandelingsfase.⁶³

De *afsluitende fase* kan zich in drie verschijningsvormen voordoen: de mediation eindigt met complete overeenstemming op alle punten van geschil, de mediation eindigt met gedeeltelijke overeenstemming, of partijen bereiken in het geheel geen overeenstemming.⁶⁴ Als overeenstemming is bereikt, legt de mediator de overeenstemming deugdelijk vast.⁶⁵ Dit markeert ook op officiële wijze de afsluiting van het conflict. Als geen overeenstemming is bereikt, doet de mediator verslag van de vorderingen die in mediation zijn gemaakt. Belangrijk is dat de mediator het proces duidelijk afrondt, zodat alle partijen weten waar zij aan toe zijn.⁶⁶

⁵⁷ De Minister van Justitie merkt op dat zijns inziens pas sprake is van mediation wanneer er een daartoe bestemde mediationovereenkomst wordt getekend (*Kamerstukken II*, 2003-04, 29 528, nr. 2, p. 16). Maar uit tuchtrechtspraak blijkt dat een schriftelijke mediationovereenkomst geen bestaansvoorwaarde voor mediation is (Wackie Eysten 2005a, p. 24 e.v. en Wackie Eysten 2005e, p. 22). Deze zienswijze is bevestigd in appel door het College van Beroep (CvB) van de Stichting Tuchtrechtspraak Mediators (STM) (Wackie Eysten 2006a, p. 40-41). Zie over tuchtrechtspraak par. 5.2.5.4 van dit hoofdstuk.

⁵⁸ Een omvangrijke praktijk waarin schriftelijke mediationovereenkomsten worden getekend is mij althans niet bekend.

⁵⁹ Zie o.m. par. 6 e.v. van dit hoofdstuk en hoofdstuk 7.

⁶⁰ Deze fase komt bij Kovach overeen met *opening statements by parties, information gathering, issue and interest identification* en eventueel *ventilation* en *agenda setting* (Kovach 2000, p. 31 e.v.).

⁶¹ Pel 2004a, p. 28.

⁶² De Harvard-methode berust, zoals eerder ook aan de orde is geweest, op vijf basiselementen: het scheiden van de mensen van het probleem, de focus op belangen en niet op (juridische) posities, het zoeken naar oplossingen die in het wederzijdse belang zijn, het hanteren van objectieve criteria en bekendheid van partijen met de eigen alternatieven voor een overeenkomst. Zie ook voetnoot 8 van hoofdstuk 1.

⁶³ Pel 2004a, p. 28-29; Kovach p. 31 e.v. Bij Kovach komt de onderhandelingsfase overeen met *option generation*, eventueel *reality testing*, en *bargaining and negotiation*.

⁶⁴ Pel 2004a, p. 29. Dit noemt Kovach *agreement and closure*.

⁶⁵ Deze verplichting voor de mediator is uitdrukkelijk opgenomen in de regelgeving van het NMI, waarover later meer (Brenninkmeijer, Schutte & Spierdijk 2005, p. 72).

⁶⁶ Brenninkmeijer 2005c, p. 84; Brenninkmeijer, Schutte & Spierdijk 2005, p. 74.

Bovendien is mijns inziens belangrijk dat partijen nog een moment van bezinning hebben voor zij tekenen en eventueel overleg hebben met hun advocaten. De aanwezigheid van advocaten in mediation verschilt per type mediation.⁶⁷ De advocaat kan lijfelijk aanwezig zijn in het mediationproces, of een functie vervullen op de achtergrond, bijv. bij het beoordelen van de totstandgekomen afspraken. Bovendien kunnen ook andere deskundigen, zoals een accountant, een functie vervullen in mediation.⁶⁸ Ook lijkt het geëigend het moment van ondertekening een officieel karakter te geven, zodat het een duidelijk eindpunt van het conflict vormt.⁶⁹

4. DE VERSCHILLENDE TYPEN MEDIATION

Zoals in de voorafgaande paragrafen is geconstateerd, zijn de definities van mediation vrijwel eensluidend en verloopt de procedure volgens een vaste structuur. De manier waarop de mediator het mediationproces aanpakt, kan echter sterk verschillen. In de literatuur over dit onderwerp wordt onderscheid gemaakt tussen drie of vier mediatorstijlen.⁷⁰ In navolging van

⁶⁷ Zie voor de verschillende typen mediation de volgende paragraaf. In principe zijn er bij mediations in familiezaken die zijn doorverwezen via de gerechten, geen advocaten aanwezig (Brochure 'Mediation: toch samen het conflict oplossen. Informatie voor mensen die betrokken zijn bij een juridische procedure rond een familieconflict', p. 17). Bij mediations in vermogensrechtelijke zaken zijn wel vaak advocaten aanwezig. Zie ook de brochure 'Mediation: toch samen het conflict oplossen. Informatie voor mensen en organisaties die al een juridische procedure hebben lopen bij de civiele of kantonrechter', p. 16-17). Beide brochures zijn te raadplegen op www.rechtspraak.nl.

⁶⁸ Brenninkmeijer, Schutte & Spierdijk 2005, p. 42-44.

⁶⁹ Bonenkamp spreekt van afsluitingsrituelen. Voorbeelden hiervan zijn handen schudden, het afstand doen van bepaalde voorwerpen, etc. (Bonenkamp 2005, p. 115).

⁷⁰ Soms wordt alleen het onderscheid tussen evaluerende mediation en faciliterende mediation gemaakt. Bijv. in *Travelers Casualty and Surety Co. v. Superior Court*, 126 Cal.App.4th 1131. 'Mediation generally falls into two categories: first is traditional or classic mediation where attorneys are not present and mediator meets directly with parties to facilitate negotiations while remaining passive, expressing neither judgment nor opinion on the merits, and second is type conducted as part of voluntary settlement conferences in which lawyers are present and mediator takes active role, often expressing opinion on the merits but without authority to reach decision'. Soms ook wordt het onderscheid tussen 'bargaining' and 'therapeutic' mediation gemaakt (Silbey & Merry 1986, p.8). Prein onderscheidt drie typen mediation, de oplossingsgerichte, de probleemoplossende en de communicatiegerichte aanpak (Prein 2004, p. 21 e.v.). De oplossingsgerichte aanpak is vooral gericht op het bereiken van een oplossing die voor beide partijen aanvaardbaar is, de probleemoplossende stijl hecht meer aan een gezonde procedure en een constructief proces dan aan het per se vinden van een oplossing. De communicatiegerichte aanpak hecht primair aan het verbeteren van de relatie tussen partijen (Pel 2004, p. 22-25). Pel onderscheidt drie typen: faciliterend, evaluerend en transformatief (Pel 2004a, 32 e.v.). De laatste tijd zijn narratieve en forensische mediation in opkomst, maar dit zijn vrij nieuwe technieken die nog erg weinig gebruikt worden. Bij narratieve mediation gaat men uit van geheel andere aannames over conflicten dan gebruikelijk. Het idee is dat mensen hun leven leiden aan de hand van verhalen die ze zich zelf vertellen in plaats van vanuit drijfveren of belangen. In narratieve mediation tracht de mediator ruimte te creëren voor het vertellen van een alternatief verhaal dat het conflictrijke verhaal dat partijen zich zelf vertelden, vervangt. Narratieve mediation is een dusdanig afwijkende vorm van mediation dat het in dit proefschrift buiten beschouwing blijft. Voor literatuur hierover wordt verwezen naar Winslade & Monk 2000, Bos 2005 en Bos 2006. Bij forensische mediation vindt de mediation plaats in opdracht van de rechter. De vertrouwelijkheid geldt niet tegenover de rechter voor wie de mediator een verslag maakt van wat er tijdens de mediation aan de orde is geweest. Forensische mediation speelt voornamelijk in het familierecht. De mediator wordt als deskundige benoemd op basis van art. 194 Rv. Forensische mediation blijft verder buiten beschouwing. De Minister van Justitie merkt op dat dit specialisme zijns inziens niet onder de noemer 'mediation' hoort omdat de techniek m.n. is bedoeld om de rechter voor te lichten (*Kamerstukken II*, 2003-04, 29 528, nr. 2, p. 19). Ook ik zou dit niet onder mediation willen scharen. Zie voor literatuur en uitleg onder meer: Van Leuven 2005, Labohm 2003 en Kooger 2004. Ook interessant is www.forensischemediation.nl. Forensische mediation kwam onder meer ter sprake in een uitspraak van de Rb. Den Haag van 4 november 2005, LJN: AU7045, in een uitspraak van de Rb.

Prein definieer ik mediatorstijl als een samenhangend stelsel van strategieën en tactieken, dat het gedrag van een mediator in een mediation karakteriseert.⁷¹

4.1. Faciliterende mediation

De eerste mediatorstijl die ik zal bespreken is de faciliterende stijl. Deze wordt in Nederland het meest gebruikt. De faciliterende stijl gaat ervan uit dat mediation een vrijwillig en consensueel proces is waarbij de mediator de communicatie tussen partijen faciliteert, maar geen evaluatie geeft.⁷² Met evaluatie wordt bedoeld dat de mediator een inschatting maakt van de sterke en zwakke kanten van de positie van een partij en partijen informeert over de merites van hun geschil. De interne rechtvaardiging van mediation wordt bij deze stijl gevonden in het feit dat het proces gericht is op de relatie tussen partijen. Het is de wederkerigheid en de instemming van partijen waardoor het proces gestuurd en gelegitimeerd wordt.⁷³ De mediator zal zich op de achtergrond houden en zich er voor hoeden te sturen of druk uit te oefenen.⁷⁴ De focus van de mediator ligt meer op het proces van de onderhandelingen dan op de inhoud ervan.⁷⁵ Pel ziet de faciliterende stijl als basis van iedere mediation.⁷⁶ Tijdens de opleiding tot mediator ligt de nadruk ook vaak op de faciliterende stijl.⁷⁷ Bovendien werd in beginsel de faciliterende stijl gebruikt indien partijen door de rechter werden doorverwezen naar mediation in het kader van het project ‘mediation rechterlijke macht’ (project RM), waarover later dit hoofdstuk meer.⁷⁸

4.2. Evaluerende mediation

Een tweede veel gebruikte mediatorstijl, die overigens frequenter wordt gebruikt in de Verenigde Staten dan in Nederland, is evaluerende mediation. Bij evaluerende mediation geeft de mediator een (juridische) analyse van de sterke en zwakke kanten van de posities van partijen. Het referentiekader van de mediator is een procedure voor de overheidsrechter of een arbitrale procedure.⁷⁹ De mediator is juridisch geïntereerd en zal zich ook uitspreken over wat hij denkt dat een rechter zal beslissen.⁸⁰ De mediator zal billijke en haalbare oplossingen aandragen of een zekere druk uitoefenen op partijen om een bepaalde oplossing te accepteren.⁸¹

Haarlem van 27 september 2005, LJN: AU3479, in een uitspraak van het hof 's-Hertogenbosch van 26 januari 2006, LJN: AV4210, in een uitspraak van het hof 's-Gravenhage van 9 oktober 2002, LJN: AE9444, van 13 december 2006, LJN: AZ4433 en van 13 december 2006, LJN: AZ4437.

⁷¹ Prein 2004, p. 21.

⁷² De faciliterende stijl is terug te voeren op Fuller. Zie Fuller 1971, p. 305 e.v.

⁷³ Menkel-Meadow 2001, p. xx.

⁷⁴ Riskin 1996, p. 28.

⁷⁵ Brenninkmeijer 2005b, p. 201.

⁷⁶ Pel 2004a, p. 32; Pel 2000, p. 82. In haar optiek is de mediator een professionele procesbegeleider die in wezen niets hoeft af te weten van de inhoud van het conflict. De mediator stuurt het proces en de partijen bepalen de inhoud.

⁷⁷ Brenninkmeijer 2005b, p. 201.

⁷⁸ Combrink-Kuiters, Niemeijer & Ter Voert 2003, p. 23. Zie over dit project, par. 5.3.5 van dit hoofdstuk.

⁷⁹ Riskin 1996, p. 23-24 en p. 26. In dit opzicht vertoont evaluerende mediation enige overeenkomst met de rechterlijke schikking o.g.v. art. 87 Rv.

⁸⁰ Ook andere (professionele) achtergronden zijn mogelijk. Waar het om gaat is dat de mediator deskundig is op het terrein van het conflict waarin hij bemiddelt. Zie ook Pel 2004a, p. 32.

⁸¹ Riskin 1996, p. 26 e.v.

Het risico van deze methode waarbij de mediator een sturende rol aanneemt, is dat de neutraliteit van de mediator en de zelfbeschikking van partijen in het gedrang kunnen komen.⁸² Prein maakt een onderscheid tussen neutraliteit en onpartijdigheid. Onder neutraliteit verstaat hij dat de mediator geen belang mag hebben bij de (inhoudelijke) oplossing van het conflict of een bepaalde uitkomst mag bewerkstelligen.⁸³ Onder onpartijdigheid wordt verstaan de afwezigheid van favoritisme in woord en daad en het voorkomen van handelen vanuit vooringenomenheid.⁸⁴ Onpartijdigheid in de zin van favoritisme en neutraliteit in de zin van een belang hebben bij een bepaalde inhoudelijke oplossing van het conflict zal bij mediations onder leiding van een professionele mediator waarschijnlijk geen groot probleem zijn.⁸⁵ Sommige Amerikaanse schrijvers wijzen er echter op dat mediators wel een belang en een voorkeur kunnen hebben in mediation, namelijk het tot stand brengen van een schikking.⁸⁶ Een ander gevaar is dat de mediator zich kan vergissen en als een resultaat daarvan de partijen verkeerd voorlicht. Dit gevaar wordt groter naarmate de mediation meer (juridisch) complex is.

Er wordt wel geopperd dat indien partijen al verwickeld zijn in een gerechtelijke procedure mediation met een evaluerende inslag beter beantwoordt aan hun verwachtingen. In dit geval geven partijen ook aan dat zij het prettig vinden als de mediator jurist is.⁸⁷

Zo is in Nederland echtscheidingsbemiddeling vaak evaluatief omdat de oplossingen en afspraken per definitie juridische consequenties hebben en de scheidingsbemiddelaar partijen hierover zou moeten kunnen informeren.⁸⁸ De advocaten van partijen zijn in echtscheidingsbemiddeling meestal niet aanwezig. Zij kunnen echter wel juridisch advies geven, bijvoorbeeld bij het beoordelen van de ontwerp-vaststellingsovereenkomst. De bemiddelaar is vaak echtscheidingsadvocaat en verschaft juridische informatie over bijv. pensioenverevening en alimentatie zodat partijen een geïnformeerde beslissing kunnen nemen. De bemiddelaar draagt ook zorg voor het vastleggen van de afspraken in een convenant.⁸⁹

⁸² Zie ook Riskin 1996, p. 44-45.

⁸³ Geregeld in de NMI gedragsregels voor mediators in art. 2.1 en 2.5.

⁸⁴ Prein 2004, p. 14 e.v. Zie voor onpartijdigheid art. 1.2 en 2.1 van de vFAS bemiddelingsovereenkomst en art. 2.2 en 2.3 van de NMI gedragsregels voor mediators.

⁸⁵ In een zaak uit 2005 verweet een van partijen in mediation de mediator dat hij niet voldoende neutraal zou zijn geweest durende de mediation. De mediator zou tussen de mediationssessies door met partijen hebben gecommuniceerd via email en telefoon. Een eindbeslissing in deze zaak is (nog) niet gegeven. Zie Rb. Arnhem 25 mei 2005, LJN: AU0366.

⁸⁶ Thompson 2004, p. 560; Bush & Folger 1994, p. 104. In *Feldman v. Kritch*, 824 So. 2d 274 werd een mediation die niet had geresulteerd in een settlement agreement door de rechter als mislukt bestempeld (par. 3.4.2.1 van hoofdstuk 6). Burns merkt iets vergelijkbaars op waar hij stelt dat mediators en mediationaanbieders het succes van mediation meten aan de hand van het aantal mediations dat uitmondt in een settlement (Burns 1986, p. 99). Zie ook *Chin-A-Fat* 2004, p. 366.

⁸⁷ Pel 2004a, 34.

⁸⁸ Pel 2004a, p. 33; *Chin-A-Fat* 2005a, p. 297. Zie ook *Brennkmeijer* 2005b, p. 203. De brochure 'Samen uit elkaar', te raadplegen op www.verenigingfas.nl, bepaalt: 'De vFAS scheidingsbemiddelaar is door ruime ervaring in de familierechtelijke aangelegenheden in staat de partners objectieve juridische informatie te verschaffen en hen alternatieven voor te leggen, om zo tot een goede regeling van de gevolgen van de echtscheiding te komen op zakelijk gebied'.

⁸⁹ De vFAS bemiddelingsovereenkomst, art. 1.3. Zie over het rechtskarakter van het convenant, voetnoot 32 van hoofdstuk 1 en par. 1 van hoofdstuk 3.

4.3. Transformatieve mediation

Een andere benadering van mediation vormt de transformatieve mediation. Bij transformatieve mediation is het therapeutische element, in tegenstelling tot de twee voornoemde mediationvormen, belangrijker dan het conflictoplossende.⁹⁰ Een geschil wordt niet gezien als een probleem maar als een gelegenheid voor morele groei en transformatie.⁹¹ Doelstelling van transformatieve mediation is *empowerment* en *recognition*.

Bij *empowerment* gaat het om het versterken van het gevoel van eigenwaarde van partijen en van hun gave om met de moeilijkheden waarmee zij geconfronteerd worden om te gaan. *Empowerment* staat los van de uitkomst van de mediation. Een partij kan *empowerment* ervaren en toch in de ogen van de mediator een onbillijke schikking zijn aangegaan.⁹²

Recognition is het volgende stadium; als partijen eenmaal gesterkt zijn, hebben zij een grotere ontvankelijkheid voor de omstandigheden waarin de andere partij verkeert en voor de andere partij als mens.⁹³

Hoewel voorstanders van transformatieve mediation er op wijzen dat de mediator in deze vorm van mediation geen invloed uitoefent op de uitkomst van de mediation maar zijn invloed juist richt op het versterken van de autonomie van partijen,⁹⁴ bestaat toch de vrees dat de mediator juist door zijn bijna therapeutische rol te veel een sturende factor is.⁹⁵

Transformatieve mediation zou nuttig zijn in langlopende relaties (zoals bij scheidingsbemiddeling) of waar sprake is van een ernstige persoonlijke krenking.⁹⁶

Er bestaan verschillende mengvormen van mediatorstijlen.⁹⁷ Als het goed is, hebben partijen ook invloed op de te kiezen stijl, immers kern van mediation is zelfbeschikking van partijen. Een mediator zal waarschijnlijk neigen naar het toepassen van een bepaalde techniek waar hij

⁹⁰ Over de relatie tussen therapie en mediation, zie Bush & Folger 2005, p. 225 e.v. Zie over transformatieve mediation ook Prein 2006, p. 93 e.v.

⁹¹ Bush & Folger 1994, p.81; Bush & Folger 2005, p. 53 e.v (dit is de *revised edition* van het boek uit 1994).

⁹² Bush & Folger 1994, p. 85-89. Ik vraag me dan wel af hoe lang het weldadige gevoel van versterkte eigenwaarde bij deze partij blijft als de negatieve gevolgen van de overeenkomst duidelijk worden.

⁹³ Bush & Folger 1994, p. 89-94. In de revised edition uit 2005 spreken Bush en Folger van *empowerment shift* en *recognition shift* (Bush & Folger 2005, p. 75).

⁹⁴ Bush & Folger 1994, p. 101 & 104-108.

⁹⁵ Menkel-Meadow 2001, p. xxi. Zie ook Bloom 2006, p. 136.

⁹⁶ Pel 2004a, p. 34. Anders: Bush & Folger 2005, p. 218 e.v. Het Hof Den Haag achtte in een zaak betreffende een omgangsregeling van de vader met de kinderen (transformatieve) mediation geïndiceerd vanwege de zeer sterk verstoorde communicatie tussen de ex-echtgenoten (Hof 's-Gravenhage 4 augustus 2004, LJN: AQ6572). Zie ook hof 's-Gravenhage 29 maart 2006, LJN: AV8707.

⁹⁷ Riskin zet de verschillende mediatorstijlen op een continuüm. Het ene uiterste is een begrensde evaluerende stijl. Het andere uiterste de brede facilitatieve stijl. In de begrensde evaluerende stijl gaat het puur om het bereiken van het resultaat dat ook zou zijn bereikt als de zaak voor de rechter zou zijn gekomen. De mediator is zeer juridisch georiënteerd. Bij het andere uiterste op het continuüm, de brede facilitatieve stijl, ligt de nadruk op het begrijpen van de onderliggende belangen. De mediator is er op gericht dat partijen van elkaar leren. In plaats van zich alleen op het concrete probleem te richten waarvoor de mediation is gestart, zal de mediator trachten te kijken of er nog andere belangen zijn waarmee iets gedaan kan worden, zodat de oplossing breder is dan alleen een oplossing voor het probleem (Riskin 1996, p. 23 e.v.). Een ander continuüm is dat met aan de ene zijde mediation als een onderhandelingsproces in de schaduw van het recht en aan de andere zijde mediation als een communicatieproces waarin gevoelens centraal staan en dat gelijkenissen vertoont met therapie (Silbey & Merry 1986, p. 8 en 19).

zich vertrouwd mee voelt of goede resultaten mee heeft behaald.⁹⁸ Of hij zal afhankelijk van het soort geschil voor een bepaalde benadering kiezen.⁹⁹ Toch zullen de meeste mediators in Nederland een stijl hanteren die faciliterend of evaluerend is of een mix daarvan. Transformatieve mediation is minder ingeburgerd.¹⁰⁰

Behalve het feit dat verschillende stijlen van mediation worden toegepast, wordt mediation aangewend voor verschillende doeleinden; het komen tot kwalitatief betere procedures en oplossingen dan mogelijk is met andere methoden van geschilbeslechting is een ander oogmerk dan het terugdringen van de *case loads* van de gerechten.¹⁰¹ Verder ligt aan evaluerende mediation een andere ideologie ten grondslag dan aan transformatieve mediation.

Bovendien komt mediation op verschillende (rechts)gebieden voor en de manier waarop partijen bij mediation komen kan verschillen. Mediation komt voor in het strafrecht, bestuursrecht, familierecht en vermogensrecht; de rechter kan partijen verwijzen (in Nederland wel altijd vrijwillig), maar partijen kunnen ook gezamenlijk voor mediation kiezen al dan niet ten aanzien van een aanhangige zaak.

Uit hoofdstuk 5 zal blijken dat uit de rechtspraak over mediation en de vaststellingsovereenkomst vaak niet duidelijk wordt welke mediatorstijl is gehanteerd.

5. MEDIATION IN NEDERLAND

5.1. Inleiding

Mediation is in de late jaren zestig in de Verenigde Staten ontwikkeld uit onvrede met overheidsrechtspraak.¹⁰² Via Engeland is het in de jaren negentig naar het Europese continent overgewaaid.¹⁰³ Diverse continentaal Europese landen hebben inmiddels wetgeving op het

⁹⁸ Zie echter Riskin 1996, p. 35 e.v. Als ook Silbey & Merry 1986, p. 19.

⁹⁹ Chin-A-Fat 2004, p. 317.

¹⁰⁰ Combrink-Kuiters, Niemeijer & Ter Voert 2003, p. 23. Transformatieve mediation is slechts in een beperkt aantal civiele conflicten geschikt. Bijv. in sommige echtscheidingszaken, m.n. als het gaat omgangsregelingen (Pel 2004a, p. 34-35).

¹⁰¹ Zie ook Menkel-Meadow 1997, p. 408. Zie ook *Kamerstukken II*, 2003-04, 29 528, nr. 1, p. 6.

¹⁰² Het gaat hier om de moderne mediationmethode zoals wij die nu ook in Nederland kennen. Methoden waarbij een derde partijen in geschil bijstaat in hun onderhandelingen, zijn vanzelfsprekend zeer oud en meldingen van mediation gaan in China 4000 jaar terug (Pei 1999, p. 32-33). Ook Nederland heeft een rijke geschiedenis als het om bemiddeling gaat. Ten tijde van de Republiek der Zeven Verenigde Nederlanden hadden partijen in geschil de verplichting hun conflict voor te leggen aan de Leidse Vredemakers voor een verzoeningspoging voordat de stap naar de rechter mocht worden gezet (Paulus Merula 1741, Te kennen uit: Jagtenberg 1997, p. 2).

¹⁰³ Jagtenberg 1997, p. 4-5; Wackie Eysten 1994, p. 1163.

gebied van mediation,¹⁰⁴ maar in Nederland is het beleid voornamelijk om eerst ervaring op te doen met mediation voordat over wetgeving wordt gedacht.¹⁰⁵

Hiertoe is in het kader van de Fundamentele herbezinning burgerlijk procesrecht gekeken naar eventuele aanpassingen in het procesrecht die zouden kunnen bijdragen aan effectieve conflictoplossing en de toepassing van mediation zouden kunnen bevorderen.¹⁰⁶ Recentelijk is het eindrapport verschenen en de Commissie fundamentele herbezinning stelt zich terughoudend op als het gaat om het bevorderen en reguleren van mediation van overheidswege.¹⁰⁷ Zo is zij geen voorstander van een wettelijke regeling van mediation noch voor mediation in het algemeen noch voor court-annexed mediation. Haar advies is om mediation door middel van zelfregulering door de (mediation)branche te regelen.¹⁰⁸

5.2. Aanbieders van mediation

Met deze conclusie van de Commissie komen wij bij de verschillende organisaties die mediation aanbieden. De drie belangrijkste zullen worden besproken, de rest wordt genoemd en voor meer informatie over deze *providers* wordt verwezen naar de websites van de betreffende aanbieders.

Alle drie de organisaties hebben enige regelgeving opgesteld om het mediationproces te structureren en in goede banen te leiden. Bovendien hebben zij gedragscodes opgesteld waaraan de bij hen geregistreerde mediators zich moeten houden. Het mediationproces wordt dus vormgegeven door zelfregulering door de branches zoals de Commissie ook voorstaat. Deze producten van zelfregulering zullen besproken worden vanwege hun belang voor de communicatie over en weer tussen mediator en partijen tijdens het mediationproces.¹⁰⁹

Deze interactie is relevant in het licht van de onderzoeksvraag naar de gewenste toetsingsmaatstaf voor mediated vaststellingsovereenkomsten.¹¹⁰

5.2.1. Het Nederlands Mediation Instituut

Rond 1990 werden de eerste gekwalificeerde en opgeleide mediators in Nederland werkzaam. In 1993 werd het Nederlands Mediation Instituut (NMI) opgericht als onafhankelijke

¹⁰⁴ Per 30 september 2005 is de Belgische wet d.d. 21 februari 2005 tot wijziging van het Gerechtelijk Wetboek in verband met de bemiddeling in werking getreden. Door deze wet wordt een zevende deel met als titel 'bemiddeling' toegevoegd aan het Gerechtelijk Wetboek. Arbitrage is geregeld in het zesde deel (Demeyere 2006, p. 32). Slowakije heeft wetten inzake *criminal mediation* en *civil mediation* die op respectievelijk 1 januari en 1 september 2004 in werking traden (Potasch 2004, p. 69 e.v.). In Frankrijk is de mogelijkheid van doorverwijzing naar mediation in een gerechtelijke procedure in de wet verankerd en in een besluit nader geregeld (Loi no 95-125 du 8 février 1995 en Décret no 96-652 du 22 juillet 1996. Te kennen uit: Pel 2001, p. 28). Zie voor een beschrijving van regelgeving over mediation in diverse Europese landen: De Roo & Jagtenberg 2004.

¹⁰⁵ De angst bestaat dat regulering afbreuk zou kunnen doen aan de flexibiliteit van mediation en de ontwikkeling ervan zou kunnen remmen (*Kamerstukken II*, 2003-04, 29 528, nr. 2, p. 10).

¹⁰⁶ *Kamerstukken II*, 2003-04, 29 528, nr. 1, p. 3.

¹⁰⁷ Bovendien wil zij de discussie over mediation als alternatief voor overheidsrechtspraak verbreden door de differentiatie van procedures, de inrichting van de voorfase van de procedure en de uitbreiding van materieel rechtelijke remedies mee te nemen in de gedachtewisseling over mediation (Asser, Groen & Vranken 2006, p. 43).

¹⁰⁸ Asser, Groen & Vranken 2006, p. 43-44.

¹⁰⁹ De model mediationclausules van het NMI worden hier niet besproken, omdat ze buiten het bestek van dit onderzoek vallen.

¹¹⁰ Zie voor de doelstelling van het onderzoek, hoofdstuk 1, par. 3.

kwaliteitsorganisatie voor mediation in Nederland. Het NMI beheert een openbaar register voor geregistreerde en gekwalificeerde NMI-mediators.¹¹¹ Dit betekent dat mediators aan allerlei opleidingseisen dienen te voldoen.¹¹²

In 1998 werden 329 mediations uitgevoerd door en gemeld bij het NMI tegenover meer dan 5172 in 2005. De groei is in de eerste jaren redelijk explosief gestegen maar laat in 2005 een dalende lijn zien (5172 ten opzichte van 6927 in 2004). De cijfers geven geen volledig beeld omdat slechts een beperkt aantal van de landelijk uitgevoerde mediations in de praktijk bij het NMI wordt gemeld. Verreweg de meeste gemelde mediations worden uitgevoerd in familiezaken (bijna 44%) en arbeidszaken (meer dan 36%). De overige mediations betroffen de sectoren zakelijk (9%), omgeving (5.5%), overheid (3.5%), gezondheid (0,2%), onderwijs (1.5%) en overig (0,3%). Van de gemelde mediations is over de jaren 1998-2005 76,5% geslaagd, compleet met een schriftelijke afrondingsdocument.¹¹³

5.2.2. *ACBMediation*

Vanuit het bedrijfsleven ontstond midden jaren negentig de behoefte aan een mediationorganisatie die gespecialiseerd was in zakelijke conflicten. Daarom is in 1998 vanuit de juridische beroepsgroepen en het bedrijfsleven de Stichting ACBMediation opgericht (verder: ACB). Doel van de organisatie is het bevorderen van het gebruik van alternatieve vormen van geschiloplossing in zakelijke conflicten. De Stichting begeleidt zakelijke mediations en adviseert bedrijven bij de toepassing van ADR, bijvoorbeeld over welke conflicten zich lenen voor mediation en welke mediator geschikt is in een bepaalde zaak. Als partijen besluiten hun conflict door mediation op te lossen, biedt de stichting een mediationreglement aan de hand waarvan het mediationproces gestructureerd wordt.¹¹⁴

5.2.3. *De vereniging van Familierecht Advocaten Scheidingsbemiddelaars*

De vereniging van Familierecht Advocaten Scheidingsbemiddelaars (vFAS) is een vereniging van advocaten die gespecialiseerd zijn in het personen- en familierecht. Bovendien heeft een groot aantal van de aangesloten leden zich gespecialiseerd tot advocaat-scheidingsbemiddelaar. De scheidingsbemiddelaar begeleidt mensen die in onderling overleg de gevolgen van een (echt)scheiding willen regelen, zowel in geval dat de partners het al eens zijn over de inhoud van de regeling als ook in de situatie dat over de te regelen onderwerpen nog geschil of

¹¹¹ Pel 2004a, p. 35.

¹¹² Een vereiste voor registratie bij het NMI is dat men succesvol een onder de NMI-erkenning vallende mediationtraining of -opleiding heeft doorlopen. De website van het NMI geeft een overzicht van door het NMI erkende trainings- en opleidingsinstituten. Te raadplegen op www.nmi-mediation.nl. In mei 2006 stonden er 2862 mediators bij het NMI geregistreerd en waren er 1055 NMI gecertificeerde mediators (NMI-informatie, TMD 2006, p. 52). Dit betekent dat er in mei 2006 in totaal 3917 mediators in de registers van het NMI stonden. Tot 2003 was er elk jaar een stijging van het aantal NMI geregistreerde mediators, in 2004 en 2005 is er een dalende lijn. Deze dalende tendens heeft te maken met het nieuwe kwaliteitssysteem dat op 1 januari 2003 intrad en dat een onderhoudsvereiste t.a.v. NMI-registratie meebracht van jaarlijkse permanente educatie. Een groot aantal mediators voldeed niet aan dit nieuwe criterium en is dientengevolge uitgeschreven (NMI-informatie, TMD 2006, p. 52).

¹¹³ NMI-informatie, TMD 2006, p. 52-53.

¹¹⁴ Informatie ontleend aan de website van de stichting ACB (www.mediation-bedrijfsleven.nl); Rubriek in Tijdschrift voor Mediation 2004, p. 104-105; Eijsbouts & Schonewille 2005, p. 346 en Stichting ADR Centrum voor het bedrijfsleven 1998, p. 39 e.v.

onzekerheid bestaat.¹¹⁵ De vFAS is dus net als ACBMediation, maar in tegenstelling tot het NMI, een branchegeoriënteerde vereniging.

5.2.4. *Andere aanbieders van mediation*

Buiten de drie genoemde organisaties zijn nog een aantal aanbieders van mediation te noemen, zoals het Nederlands Instituut Conflictmanagement Overheid en Arbeid (NICOA), een aanbieder van mediation in arbeidszaken bij overheidsinstellingen¹¹⁶ en de Stichting Geschillenoplossing voor Organisatie & Automatisering voor geschillen in de ICT (SGOA).¹¹⁷ Advocaten worden vertegenwoordigd in de Nederlandse Vereniging van MediationAdvocaten.¹¹⁸ Het Nederlands Instituut voor Psychologen levert mediators die psycholoog zijn.¹¹⁹ Bovendien is er nog een algemene mediationvereniging, de Nederlandse Mediatorsvereniging (NMv), die zich tot doel stelt de belangen van de beroepsgroep te behartigen.¹²⁰

Als laatste noem ik minitrage door het Nederlands Arbitrage Instituut (NAI). Minitrage is een vorm van sterk gestructureerde bemiddeling onder leiding van een bemiddelingscommissie en wordt gebruikt bij conflicten in het bedrijfsleven. Als partijen tot een vergelijk komen, wordt dit opgenomen in een arbitraal schikkingsvonnis. Minitrage zal verder in dit onderzoek niet meer aan de orde komen aangezien het een andere methode van conflictoplossing is dan mediation.¹²¹

5.2.5. *Zelfregulering door mediationaanbieders*

Bij alle drie de besproken mediationaanbieders vangt de mediation aan met de ondertekening van een mediationovereenkomst.¹²² De mediationovereenkomst voor zover die de verhouding

¹¹⁵ www.verenigingfas.nl. De situaties dat er een convenant wordt gesloten zonder dat er sprake is van beëindiging van een onzekerheid of geschil, bijv. wanneer partijen het met elkaar eens zijn hoe de aspecten van de scheiding geregeld moeten worden, vallen buiten het bestek van dit onderzoek omdat het hier niet gaat om bemiddeling ter beëindiging van een geschil. Zie hiervoor het inleidende hoofdstuk.

¹¹⁶ Pel 2004a, p. 36. Voor meer informatie www.nicoa.nl.

¹¹⁷ www.sgoa.org. De SGOA heeft ook een eigen mediationreglement (zie de website). De SGOA hanteert een iets afwijkende mediationprocedure met de vorming van een vierkoppige mediationcommissie bestaande uit een mediator en co-mediator plus de gevolmachtigden/raadsleden van partijen.

¹¹⁸ Informatie is te vinden op www.nvma.nl. 'De NVvMA heeft als missie het realiseren van een pool van gekwalificeerde mediation-advocaten voor het bedrijfsleven en overheid in zaken die (onnodig) gejuridiseerd zijn of dreigen te worden. De mediation-advocaat onderscheidt zich van andere mediators doordat hij het juridisch speelveld kent. Juist in gejuridiseerde conflicten is dat van belang. De vereniging stelt met een specifiek trainingsprogramma haar leden in de gelegenheid om hun vaardigheden als mediator te verdiepen en waarborgt daarmee de kwaliteit van de in het bestand op te nemen mediation-advocaten. Leden van de vereniging zijn via hun registratie bij het Nederlands Mediation Instituut gebonden aan de Gedragsregels voor Mediators en de daaraan verbonden tuchtrechtspraak'.

¹¹⁹ Informatie op www.psynip.nl.

¹²⁰ De opgesomde instituties zijn ontleend aan Pel 2004a, p. 36. De website van het NMv is www.mediatorsvereniging.org.

¹²¹ Minitrage vindt plaats onder leiding van een commissie van bij voorkeur drie leden waarvan er twee benoemd worden door de conflictpartijen en de derde neutraal is. In 2005 zijn er vier minitrages gemeld bij het NAI (uit het jaarverslag 2005 van het NAI, TvA 2006, 53).

¹²² De vraag is of een mediationovereenkomst een vaststellingsovereenkomst is. Voor de beantwoording voor die vraag verwijs ik naar par. 4 van hoofdstuk 3.

regelt tussen partijen en de mediator, is een overeenkomst van opdracht zoals geregeld in art. 7:400 BW e.v.¹²³ Het NMI en de vFAS werken met een model mediationovereenkomst.

Het NMI en het ACB kennen een mediationreglement dat het mediationproces reglementeert. Bovendien heeft het NMI nog een model vaststellingsovereenkomst, die in het volgende hoofdstuk aan de orde zal komen. Zowel het NMI als het ACB als de vFAS hanteren gedragsregels voor bij hen aangesloten mediators. Als waarborg voor naleving van de gedragsregels hebben het NMI en het ACB een gemeenschappelijke klachtenregeling en tuchtrecht. Hiertoe hebben zij de Stichting Tuchtrechtspraak Mediation opgericht (STM).¹²⁴

5.2.5.1. De mediationovereenkomst

Elke NMI-mediation vangt aan met de ondertekening van de model-mediationovereenkomst.¹²⁵ De mediationovereenkomst wordt ondertekend door partijen en hun eventuele vertegenwoordigers of gevolmachtigden en de mediator. In de mediationovereenkomst nemen partijen en de mediator de inspanningsverplichting op zich om het tussen partijen gerezen geschil op te lossen door mediation conform het reglement van het NMI.¹²⁶

Art. 3 geeft aan dat het mediationproces vrijwillig is en dat het elk van de partijen en de mediator vrij staat om de mediation op elk gewenst moment te beëindigen.

In art. 4.1 wordt de geheimhoudingsplicht voor partijen geregeld onder verwijzing naar het NMI mediationreglement.¹²⁷ Art. 4.1 bepaalt dat voor zover de onderhavige overeenkomst in samenhang met het reglement partijen verplicht tot geheimhouding, dit een bewijsovereenkomst is in de zin van art. 7:900 lid 3 BW jo art. 153 Rv.¹²⁸

Art. 5 beschrijft hoe betrokkenen zich tegenover elkaar en tegenover de mediator in het mediationproces dienen te gedragen; zij moeten bereid zijn naar elkaars argumenten te luisteren en te zoeken naar compromissen en zich onthouden van acties of gedragingen die de mediation in ernstige mate bemoeilijken of belemmeren.

Vervolgens regelt art. 6 kwesties van vertegenwoordiging, art. 7 het betrekken van derden in de mediation en art. 8 de honoraria en kosten.

Art. 9 geeft aan dat een als gevolg van de mediation in der minne bereikte oplossing van het geschil tussen partijen, zal worden vastgelegd in een daartoe strekkende, schriftelijke

¹²³ Brenninkmeijer, Schutte & Spierdijk 2005, p. 48. Bovendien is het ook een meerpartijenovereenkomst in de zin van art. 6:279 BW (Verbunt & Polet 2004, p. 37).

¹²⁴ Zie voor deze informatie de websites van de mediationaanbieders: www.nmi-mediation.nl, www.mediation-bedrijfsleven.nl, www.verenigingfas.nl.

¹²⁵ Deze modelovereenkomst is ook als basis gebruikt voor de model mediationovereenkomst die werd gebruikt in het project 'mediation rechterlijk macht'.

¹²⁶ Art. 1 van de NMI model mediationovereenkomst.

¹²⁷ Chin-A-Fat spreekt van een tweetrapsraket omdat de geheimhouding wordt gebaseerd op het NMI reglement. Dit zou de nodige problemen op kunnen leveren voor de gebondenheid aan de geheimhoudingsplicht (Chin-A-Fat 2004, p. 367).

¹²⁸ Zie over de verhouding tussen een bewijsovereenkomst in de zin van art. 153 Rv en de wettelijke waarheidsplicht van art. 21 Rv: Rb. Utrecht 2 februari 2005, NJF 2005/152. En ook Klaassen 2005, p. 753 e.v. Zie over het karakter van de geheimhoudingsafspraken, Van Schaick 2006, p. 133 e.v. Van Schaick redeneert dat de geheimhoudingsafspraken uit art. 4 van de mediationovereenkomst niet zijn te kwalificeren als een bewijsovereenkomst in de zin van art. 153 Rv en dat ze niet rechtsgeldig zijn omdat ze een verkapt verschoningsrecht creëren voor alle partijen bij de mediationovereenkomst. Zie voor een verdere bespreking van de opvatting van Van Schaick, hoofdstuk 7, par. 5.1.

vaststellingsovereenkomst (lid 1). Tijdens de loop van de mediation tussen partijen gemaakte afspraken binden hen alleen voorzover deze schriftelijk tussen hen zijn overeengekomen. Partijen kunnen in een dergelijke overeenkomst bepalen dat bedoelde afspraken hen niet binden indien en zodra de mediation wordt beëindigd zonder vaststellingsovereenkomst als bedoeld in art. 9 lid 1 (lid 2). Op de model mediationovereenkomst is het Nederlands recht van toepassing.¹²⁹

Ook een vFAS bemiddeling vangt aan met ondertekening van de mediationovereenkomst door partijen en de mediator.¹³⁰ Het eerste artikel bepaalt dat het de verantwoordelijkheid van de partners en de mediator is om tot een rechtvaardige regeling te komen van de echtscheiding en de gevolgen daarvan.

De taken van de advocaat-scheidingsbemiddelaar bestaan, voorzover voor dit proefschrift van belang, uit het verschaffen van juridische informatie en de gevolgen daarvan, het bevorderen dat beide partners over voldoende informatie beschikken om gelijkwaardig te kunnen handelen en beslissingen te kunnen nemen, het voorleggen van diverse mogelijkheden, en het begeleiden van de onderhandelingen en het resultaat hiervan schriftelijk vast te leggen in een convenant.¹³¹ In eerste instantie zullen de afspraken worden vastgelegd in een conceptconvenant dat partijen kunnen laten bekijken door hun adviseurs.¹³² Als partijen uiteindelijk een scheidingsconvenant tekenen, dient de advocaat-bemiddelaar bij de bevoegde rechtbank een gemeenschappelijk verzoek tot echtscheiding in.¹³³

De partijen hebben dezelfde verantwoordelijkheden als in de NMI mediationovereenkomst, maar de vFAS bemiddelingsovereenkomst voegt hier nog aan toe dat partijen elkaar juiste en volledige informatie moeten verschaffen, in het bijzonder op financieel terrein.¹³⁴

Het voeren van afzonderlijke gesprekken met de partijen is de scheidingsbemiddelaar, in tegenstelling tot de NMI mediator, niet toegestaan.¹³⁵ Indien de bemiddelaar de voorstellen of regeling van de partijen onrechtvaardig vindt, kan hij de bemiddeling beëindigen.¹³⁶

Net als bij het NMI is ook de vFAS echtscheidingsbemiddeling gebaseerd op vrijwilligheid; de partners kunnen de bemiddeling op elk gewenst moment afbreken.¹³⁷ De advocaat-scheidingsbemiddelaar kan alleen met instemming van de beide partners andere deskundigen inschakelen, zoals een fiscalist of een notaris. De mediation is dus in principe besloten. Partijen kunnen wel tussentijds advies inwinnen van een deskundige.¹³⁸

¹²⁹ Art. 11 van de model NMI mediationovereenkomst.

¹³⁰ De vFAS bemiddelingsovereenkomst is opgenomen als bijlage in het boekje 'Samen uit elkaar' uit 2002 van de vFAS.

¹³¹ Art. 1.3 van de vFAS bemiddelingsovereenkomst.

¹³² Art. 2.9 van de vFAS bemiddelingsovereenkomst. Uit art. 2.10, 3.1 en 3.2 volgt dat de afspraken uit het conceptconvenant, deelafspraken, voorstellen en toezeggingen de partijen nog niet binden. Deelafspraken binden de partijen wel indien dit uitdrukkelijk is overeengekomen en schriftelijk is vastgelegd (art. 3.2).

¹³³ Art. 2.11 van de vFAS bemiddelingsovereenkomst.

¹³⁴ Art. 1.4 van de vFAS bemiddelingsovereenkomst.

¹³⁵ Art. 13 NMI mediationreglement.

¹³⁶ Art. 2.1 en 2.3 van de vFAS bemiddelingsovereenkomst.

¹³⁷ Art. 2.6 van de vFAS bemiddelingsovereenkomst.

¹³⁸ Art. 2.7 en 2.8 van de vFAS bemiddelingsovereenkomst.

Alles wat in de bemiddeling is voorgevallen is vertrouwelijk, maar als tussen partijen een convenant tot stand is gekomen en over de interpretatie en uitvoering van dit convenant een procedure gevoerd wordt, zal de geheimhoudingsplicht voor partijen en de bemiddelaar niet gelden.¹³⁹

5.2.5.2. Het mediationreglement

Als partijen een NMI modelovereenkomst tekenen, verklaren zij daarmee het NMI mediationreglement van toepassing op het mediationproces.¹⁴⁰ Het reglement herhaalt een aantal voorschriften uit de mediationovereenkomst, zoals de vrijwilligheid en de vrijblijvendheid van mediation.¹⁴¹ Het reglement bepaalt in aanvulling op de mediationovereenkomst dat het proces besloten is, namelijk dat er geen anderen bij aanwezig zijn dan de mediator, partijen en hun eventuele adviseurs, tenzij partijen daarvoor toestemming hebben gegeven. Art. 7 werkt de geheimhoudingsplicht uit en art. 8 de verhouding van de mediationprocedure ten opzichte van andere procedures, zoals een gerechtelijke of arbitrale procedure.¹⁴² Ook de aansprakelijkheid van het NMI en de mediator, machtiging van een vertegenwoordiger, en de benoeming en de vervanging van de mediator worden behandeld in het reglement.

De mediator bepaalt na overleg met partijen hoe de mediationprocedure zal gaan verlopen (art. 13). In ditzelfde artikel wordt de bevoegdheid van de mediator geregeld tot het voeren van afzonderlijke gesprekken met partijen. Als een minnelijke regeling wordt bereikt, wordt deze vastgelegd in een vaststellingsovereenkomst waarbij de mediator verantwoordelijk is voor de deugdelijke vastlegging. Art. 15 bepaalt dat indien een geschil over de vaststellingsovereenkomst ontstaat, dit geschil wordt voorgelegd aan een mediator voordat het aan het oordeel van een rechter of arbiter wordt voorgelegd. Als een partij de vaststellingsovereenkomst niet nakomt, kan de wederpartij in uitzondering op de geheimhoudingsplicht van art. 7, de ondertekende vaststellingsovereenkomst overleggen aan de mediator, rechter of arbiter.

Het ACB mediationreglement, laatstelijk gewijzigd in 2006, is van toepassing als partijen conflictbemiddeling in overeenstemming met het reglement overeen zijn gekomen of als een verzoek om bijstand aan het ACB is gedaan.¹⁴³ Net als bij NMI mediation vangt de mediator

¹³⁹ Art. 4.3 Dit geldt ook voor bindende deelafspraken in de zin van art. 3.3.

¹⁴⁰ Art. 1 van de NMI model mediationovereenkomst. Het reglement wordt beheerst door Nederlands recht. Dit geldt ook voor de vaststellingsovereenkomst zoals bedoeld in art. 14 van het reglement, tenzij partijen anders hebben bepaald (art. 20 van het NMI Mediationreglement 2001). Er is een nieuw NMI reglement in voorbereiding. Ook de model-mediationovereenkomst en de klachtenregeling zijn geheel herzien. De verwachting is dat de herziene documenten in 2007 zullen worden geïmplementeerd. In het project 'mediation rechterlijk macht' werd gebruik gemaakt van het NMI reglement, maar de art. 11 en 12 over de benoeming en vervanging van de mediator werden uitgesloten.

¹⁴¹ Art. 5 en 9 lid 1 van de NMI model mediationovereenkomst.

¹⁴² Dit artikel dat stelt dat partijen tijdens de mediationprocedure geen andere procedures jegens elkaar aanhangig zullen maken over het geschil of onderdelen daarvan, is bedoeld om de mediationprocedure rustig te laten verlopen zonder dat partijen elkaar in onnodige juridische procedures betrekken. Maar dit art. is niet van toepassing als dit naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is (Rb. Arnhem 18 november 2003, LJN: AQ2547). Zie voor een bespreking van deze zaak Pel 2004b, p. 23 e.v.

¹⁴³ Art. 2 ACB mediationreglement.

aan door ondertekening van de mediationovereenkomst.¹⁴⁴ De mediator bepaalt na overleg met partijen de wijze waarop de mediation plaatsvindt, zoals dat ook bij het NMI gebeurt.¹⁴⁵ De mediation is vrijwillig dus partijen kunnen zich op elk gewenst moment uit de mediation terugtrekken.¹⁴⁶ Caucus is toegestaan en partijen kunnen niet worden gehouden aan tussentijdse voorstellen en standpunten.¹⁴⁷ De mediation is besloten; slechts met toestemming van alle partijen kan de mediation anderen bij de mediation betrekken die zich dan schriftelijk tot geheimhouding moeten verplichten.¹⁴⁸ Art. 12 geeft een geheimhoudingsplicht voor alle bij de mediation betrokkenen. De mediator draagt zorg voor het vastleggen van de afspraken in een overeenkomst en zowel deze vaststellingsovereenkomst als het reglement worden beheerst door Nederlands recht.¹⁴⁹ Art. 14 bepaalt dat de mediation eindigt door ondertekening door partijen van de in art. 13 bedoelde overeenkomst.

5.2.5.3. De gedragsregels

Zowel het NMI, als het ACB en de vFAS hebben gedragsregels die voorschrijven hoe de mediator zich dient te gedragen tijdens de mediation.

Art. 2 van de NMI en ACB gedragsregels regelt de onpartijdigheid en neutraliteit van de mediator.¹⁵⁰ De vFAS gedragsregels zwijgen over de neutraliteit van de bemiddelaar, maar bepalen wel dat het de scheidingsbemiddelaar na beëindiging van de bemiddeling niet vrijstaat om een van de partners rechtsbijstand te verlenen in een zaak die met de bemiddeling samenhangt.

De NMI mediator is verplicht om voor aanvang van de mediation met partijen een mediationovereenkomst te sluiten (art. 3). Dit artikel is in een aantal tuchtrechtelijke uitspraken

¹⁴⁴ Art. 7 ACB mediationreglement.

¹⁴⁵ Art. 8 lid 1 ACB mediationreglement.

¹⁴⁶ Art. 14 lid 1 sub c ACB mediationreglement.

¹⁴⁷ Art. 8 lid 2 en 3 ACB mediationreglement.

¹⁴⁸ Art. s 9 lid 2 en 3 ACB mediationreglement.

¹⁴⁹ Respectievelijk art. 13 en art. 19 van het ACB mediationreglement.

¹⁵⁰ Anders: Chin-A-Fat 2004, p. 366-367. De onpartijdigheid en onafhankelijkheid van de mediator stonden ter discussie in een uitspraak van de tuchtcommissie van de STM (zie par. 5.2.5.4). De mediator had aangegeven dat hij de advocaat van een van partijen persoonlijk kende, maar dat hem dat niet belemmerde om het geschil onpartijdig en onafhankelijk te behandelen. Hadden partijen hier niet voldoende vertrouwen in dan zou hij niet aan de mediation beginnen. Partijen spreken hun vertrouwen uit maar na het mislukken van de mediation beklagt een van partijen zich over het gebrek aan objectiviteit van de mediator vanwege zijn bekendheid met de advocaat van de wederpartij. De klacht wordt afgewezen omdat de klager voorafgaand aan de mediation op de hoogte was van deze bekendheid. Bovendien heeft misschien nog meegespeeld dat het contact niet innig was, het ging om twee advocaten van ongeveer dezelfde leeftijd die in dezelfde stad werkzaam waren (Wackie Eysten 2005b, p. 23 e.v.). Deze uitspraak werd in hoger beroep door het CvB van de tuchtcommissie bevestigd (Wackie Eysten 2006b, p. 66). Ook in een uitspraak van de tuchtcommissie van 22 februari 2005 werd een klacht over de onpartijdigheid en onafhankelijkheid behandeld. De mediator had aan de werkgeefster van klaagster (het betrof een arbeidsgeschil) een brief geschreven waarin zij schreef: 'Hierbij rapporteer ik dat in de mediation tussen werkgever en werknemer eind vorige week heb beëindigd aangezien ik deze als mislukt beschouw'. Deze handelswijze kon in de ogen van de tuchtcommissie geen genade vinden en de mediator werd berispt (Wackie Eysten 2005c, p. 21-22). Ook een berisping ontving een mediator die, weer in een arbeidsgeschil, had gerapporteerd over de mediation aan de werkgever (Wackie Eysten 2005d, p. 16-17). Zie voor een bespreking van een klacht met als onderwerp onpartijdigheid en het betrekken van derden in mediation, Wackie Eysten 2005c, p. 22. En voor een bespreking van een geval van inmenging van de enige kantoorgenoot van de mediator in het geschil, Wackie Eysten 2005b, p. 21-23. Ook in deze zaak volgde overigens een berisping.

van de STM geïnterpreteerd.¹⁵¹ Zo werd een klacht gegrond bevonden die luidde dat de mediator de gedragsregels had geschonden door de mediationovereenkomst niet schriftelijk aan te gaan.¹⁵² Uit een ander uitspraak van de tuchtcommissie wordt duidelijk dat een mediator die zich presenteert en gedraagt als een mediator, zich niet kan onttrekken aan de bevoegdheid van de tuchtcommissie door aan te voeren dan van mediation geen sprake was, maar dat het slechts een voorfase betrof. Dit verweer steunde onder meer op het feit dat nooit een schriftelijke mediationovereenkomst was aangegaan. Echter, het ontbreken hiervan maakt de gedragsregels niet minder van toepassing. Een schriftelijke mediationovereenkomst is dus geen bestaansvoorwaarde voor mediation.¹⁵³ Ook de vFAS gedragsregels onderstrepen dat de bemiddeling pas kan worden aangegaan als de partners akkoord zijn met de voorwaarden van de bemiddelingsovereenkomst. Zo'n bepaling ontbreekt bij de ACB gedragsregels.

De NMI en ACB mediators zijn verplicht de mediation met de nodige voortvarendheid te behandelen.¹⁵⁴ Ook bepalen de NMI gedragsregels dat de mediator van partijen verlangt dat zij de informatie verstrekken die voor een goede besluitvorming noodzakelijk is. Een zelfde soort bepaling vinden wij bij de vFAS gedragsregels. Daar wordt bepaald dat de advocaat-scheidingsbemiddelaar er tijdens de bemiddeling voortdurend voor zorgt dat de beide partners in voldoende mate op de hoogte zijn van de juridische aspecten die voor hun overleg en hun onderhandelingen van belang kunnen zijn. De ACB gedragsregels zwijgen over de noodzaak tot het nemen van een geïnformeerde beslissing.

De NMI gedragsregels bepalen dat de mediator zorg dient te dragen voor een evenwichtige behandeling van het geschil en zoveel mogelijk moet bevorderen dat partijen op een gelijkwaardige wijze aan bod komen (art. 4). Zowel bij de ACB als de vFAS gedragsregels ontbreekt zo'n bepaling.

Art. 5 van de NMI en art. 3 van de ACB gedragsregels adresseren de geheimhoudingsplicht van de mediator. De vFAS gedragsregels zwijgen over een geheimhoudingsplicht van de mediator.

De ACB gedragsregels bepalen in art. 5 dat het de mediator niet is toegestaan uitspraak te doen over het geschil en dat hij zich dient te onthouden van een oordeel over de juridische of zakelijke merites, tenzij partijen dit uitdrukkelijk verzoeken.

Art. 8 van de NMI gedragsregels en art. 6 van de ACB regels bepalen dat de mediator onderworpen is aan het tuchtrecht conform het Reglement STM, waarover in de volgende

¹⁵¹ Zie over de NMI en ACB tuchtrechtspraak en klachtenbehandeling, par. 5.2.5.4.

¹⁵² De tuchtcommissie meende dus dat met art. 3 van de NMI gedragsregels wordt bedoeld dat de mediationovereenkomst schriftelijk wordt aangegaan. Het art. spreekt slechts over 'het sluiten van een mediationovereenkomst'. Er werden in dit geval geen sancties opgelegd omdat de mediator zijn nalaten 'volmondig had erkend' (Wackie Eysten 2005a, p. 24). Ook in een aantal andere uitspraken wordt geklaagd over het ontbreken van een schriftelijke mediationovereenkomst, en ook hier wordt de klacht gegrond bevonden. Zie hiervoor Wackie Eysten 2005b, p. 21-23; Wackie Eysten 2005b, p. 23 en Wackie Eysten 2005c, p. 21. Deze overweging wordt in een appelprocedure genuanceerd door het CvB van de STM; als niet voldoende duidelijk is welke personen partij zullen worden bij de mediationovereenkomst is van schending van art. 3 van de gedragsregels geen sprake als in die situatie nog geen schriftelijke en ondertekende model mediationovereenkomst wordt gesloten (Wackie Eysten 2006a, p. 41).

¹⁵³ Wackie Eysten 2005a, p. 24 e.v. Deze zienswijze is in appel bevestigd door het CvB van de STM (Wackie Eysten 2006a, p. 40-41). Anders: de Minister van Justitie, *Kamerstukken II*, 2003-04, 29 528, nr. 2, p. 16

¹⁵⁴ Art. 4.1 van de NMI gedragsregels en art. 4 van de ACB gedragsregels.

paragraaf meer. De gedragsregels van de vFAS stellen dat de advocaat-bemiddelaar, als hij bemiddelt, zijn hoedanigheid van advocaat niet verliest en dat het voor advocaten geldende gedragsrecht eveneens van toepassing is.

5.2.5.4. De tuchtrechtspraak

Sinds 2001 hebben het NMI en het ACB een onafhankelijk kanaal om klachten over de NMI geregistreerde mediator te behandelen in de vorm van een Klachtenregeling.¹⁵⁵ Het is een laagdrempelige en informele procedure waarbij de klachtbehandelaar rechtstreeks met partijen overlegt met inachtneming van het principe van hoor en wederhoor.¹⁵⁶ De behandeling is praktisch en gericht op het oplossen van de klacht en er kunnen geen sancties opgelegd worden.¹⁵⁷ De belangrijkste klachten die tot dusver bij het NMI gedeponereerd zijn, behelzen vermeend onzorgvuldige procesbegeleiding, neutraliteitskwesaties en vermeende schending van de vertrouwelijkheid. Ook komt onvrede over de uitkomst en de kosten voor en is geklaagd over vermeende nalatigheid van de mediator.¹⁵⁸

Niet alle klachten kunnen opgelost worden in de klachtprocedure.¹⁵⁹ Als het gaat om schending van de NMI gedragsregels kan de onopgeloste klacht voorgelegd worden aan de tuchtcommissie van de STM.¹⁶⁰ De tuchtcommissie kan dus slechts oordelen over klachten ter naleving van de gedragsregels.¹⁶¹ Tegen de uitspraak van de tuchtcommissie kan vervolgens

¹⁵⁵ Art. 16 van het NMI mediationreglement 2001 bepaalt dat als een partij klachten heeft over het functioneren van de NMI geregistreerde mediator, zij een klacht in kan dienen bij het NMI. Maar ook voor 2001 werden door het NMI ook al klachten behandeld. Over de periode 1999-2003 werden op 9000 mediations 31 klachten in behandeling genomen. De informatie is afkomstig uit ADR Actueel 2004, nr. 2, te kennen uit: Brenninkmeijer, Schutte & Spierdijk 2005, p. 109. Over 2004 en 2005 was het aantal in behandeling genomen klachten respectievelijk 32 en 39 (Sloots 2006, p. 71). Het gaat dus om een forse stijging. De klachtregeling van het ACB is te raadplegen op www.mediation-bedrijfsleven.nl. De klachtregelingen zijn identiek.

¹⁵⁶ Dit betekent dat de mediator in een klachtprocedure niet gehouden is aan zijn geheimhoudingsplicht als hij daardoor in zijn verweer wordt bemoeilijkt (Wackie Eysten 2005a, p. 26). Deze uitspraak werd bevestigd door het CvB (Wackie Eysten 2006a, p. 41). En nogmaals door de tuchtcommissie in een andere zaak (Wackie Eysten 2006d, p. 109). Bovendien is er een uitspraak van de burgerlijke rechter waarin ook wordt geconcludeerd dat als het gaat om een beroepsaansprakelijkheidsprocedure, de mediator zich mag verweren zonder daarin door de geheimhoudingsplicht beperkt te worden. Maar de geheimhoudingsplicht vervalt alleen voorzover dit noodzakelijk is voor het onderbouwen van dit verweer (Rb. Arnhem 25 mei 2005, LJN: AU0366).

¹⁵⁷ Sloots 2006, p. 71.

¹⁵⁸ Sloots 2006, p. 72.

¹⁵⁹ In 2005 werd 52% van de klachten in de klachtprocedure opgelost. De klachtenaantallen zijn het hoogst in arbeids- en familiezaken wat overeenkomt met de getalsmatige verdeling van gemelde uitgevoerde mediations. (Sloots 2006, p. 71, tabel 1 en p. 72, tabel 3).

¹⁶⁰ Er moet dus eerst een klachtprocedure worden gevolgd voordat de klacht aanhangig kan worden gemaakt bij de tuchtcommissie (Brenninkmeijer, Schutte & Spierdijk 2005, p. 108). Zie ook Wackie Eysten 2005b, p. 21-22, waar hij een uitspraak van de STM bespreekt die de relatie tussen klachtbehandeling en tuchtrechtspraak uiteenzet. De tuchtcommissie kan niet oordelen over een mediator die weliswaar de NMI gedragsregels hanteert maar niet geregistreerd is bij het NMI (Wackie Eysten 2005c, p. 20-21). Ook als het weliswaar gaat om een NMI geregistreerde mediator maar om een proces dat geen mediation is, zijn de gedragsregels niet van toepassing en is de tuchtcommissie onbevoegd. Bij de vraag of er sprake is van mediation kan van belang zijn of er uitleg is gegeven over het begrip 'mediation', en of er voorafgaand aan het proces een mediationovereenkomst is getekend (Wackie Eysten 2006d, p. 109-110). Zie ook Wackie Eysten 2006e, p. 123.

¹⁶¹ Art. 2 lid 1 van het reglement van de STM, te raadplegen op www.nmi-mediation.nl. Het bereik van de tuchtrechtelijke toetsing is dus vrij beperkt. Dit in tegenstelling tot de tuchtrechtspraak van advocaten. Art. 46 van

hoger beroep worden ingesteld bij het College van Beroep (CvB) van de STM. Als een klacht gegrond wordt bevonden, kunnen de tuchtcommissie en het CvB een waarschuwing, een berisping, een schorsing van de registratie bij het betreffende instituut (NMI of ACB) van ten hoogste een jaar, of doorhaling van de registratie opleggen.¹⁶²

5.2.5.5. Concluderende opmerkingen

De drie grote mediationaanbieders in Nederland hanteren de regel dat het mediationproces op elk gewenst ogenblik door partijen mag worden afgebroken.¹⁶³ Dit zou een aanpassing zijn van de leer van de afgebroken onderhandelingen zoals deze door de Hoge Raad ingezet is in Plas/Valburg en in latere arresten is uitgewerkt.¹⁶⁴ Een recent arrest van de Hoge Raad lijkt deze zienswijze van de mediationaanbieders te bevestigen.¹⁶⁵ De mediationovereenkomst beïnvloedt dus de precontractuele fase; de vrijwilligheid van het proces staat voorop.¹⁶⁶

Nauw verwant met de mogelijkheid om mediation op elk moment te beëindigen, is de kwestie of een partij tegen haar zin in een mediation kan worden betrokken.¹⁶⁷ Over de afdwingbaarheid van de partijafpraak om een geschil door middel van mediation op te lossen is mede naar aanleiding van een aantal recente rechterlijke uitspraken, het nodige gepubliceerd.¹⁶⁸ Vier van de vijf uitspraken die ik heb gevonden over dit onderwerp, gaan uit

de advocatenwet onderwerpt aan tuchtrechtelijke toetsing 'enig handelen of nalaten dat een behoorlijk advocaat niet betaamt' (Wackie Eysten 2006d, p. 110). Zie ook Wackie Eysten 2005e, p. 21.

¹⁶² Brenninkmeijer, Schutte & Spierdijk 2005, p. 112.

¹⁶³ NMI mediationreglement 2001, art. 4; vFAS bemiddelingsovereenkomst, art. 2.6; Art. 14 (c) ACB mediationreglement; Pel 2004a, p. 21 e.v. Geadviseerd wordt wel om in de mediationovereenkomst te bepalen dat de mediation op elk moment kan worden afgebroken als een partij of de mediator er geen heil meer in ziet (Brenninkmeijer, Schutte & Spierdijk 2005, p. 52).

¹⁶⁴ Zie ook HR 12 augustus 2005, RvdW 2005/93, waarin de HR zich terughoudend opstelt ter zake van afgebroken onderhandelingen. Zie de annotatie van Hartlief: Hartlief 2005, p. 1027 e.v. Zie ook Van Wechem & Wissink, 2006, p. 17 e.v., n.a.v. het arrest van de HR van 3 februari 2006, LJN: AU8278.

¹⁶⁵ HR 20 januari 2006, NJ 2006/75. Een van partijen ziet om emotionele redenen af van een overeengekomen mediation. De HR bepaalt dat het partijen, gelet op de aard van het middel mediation, te allen tijde vrij staat hun medewerking aan mediation te onthouden dan wel de mediation om hen moverende redenen te beëindigen. Zie ook HR 14 april 2006, RvdW 2006/394. De A-G Wesseling-Van Gent merkt op dat er geen verplichting bestaat om eerst aan mediation mee te werken en dat verwijzing naar mediation alleen plaats kan vinden als de andere partij meewerkt, omdat uitgangspunt van mediation is dat het proces op vrijwillige basis geschiedt en primair de verantwoordelijkheid van partijen zelf is. Ook de Rb. Haarlem ging uit van de vrijwilligheid van het mediationproces (Rb. Haarlem 4 juni 2002, LJN: AQ2615) en zo ook het hof 's-Hertogenbosch (11 oktober 2006, LJN: AZ1883). Zie voor een bespreking van HR 20 januari 2006 o.m. Teuben 2006, p. 93-95 en Wackie Eysten 2006f, p. 119 e.v.

¹⁶⁶ Dit lijkt passend gezien het feit dat het leerstuk van de afgebroken onderhandelingen ontwikkeld is vanuit het idee van bescherming van de wederpartij van de partij die zich terugtrekt en met een ander in zee gaat, terwijl die wederpartij zich al helemaal had ingesteld op het contract en zelfs al kosten had gemaakt. Deze situatie zal zich niet voordoen bij de beëindiging van een relatie zoals in mediation, omdat partijen er juist niet op gericht zijn een relatie tot stand te brengen maar simpelweg tot elkaar veroordeeld zijn. Aldus ook Bol & Lodder 2005, p. 375. Ook zouden de bepalingen inzake vrijwilligheid van het proces in de mediationovereenkomst of het mediationreglement als expliciet voorbehoud kunnen worden opgevat. Zie verder voor een bespreking van het leerstuk van de afgebroken onderhandelingen toegepast op mediation, Bol & Lodder 2005, p. 374 e.v.

¹⁶⁷ Brenninkmeijer, Schutte & Spierdijk 2005, p. 51.

¹⁶⁸ Bijv. Van Schelven 2001, p. 87 e.v.; Wackie Eysten 2003, p. 112 e.v.; Van Schelven 2003, p. 37 e.v.; Van Schelven 2004, p. 99 e.v.; Klijn 2005b, p. 82 e.v.; Van Schelven 2006, p. 26 e.v. Voor de uitspraken verwijs ik naar: HR 20 januari 2006, LJN: AU 3724; Rb. Maastricht 9 november 2005, LJN: AU6364; Rb. Haarlem 4 juni

van de vrijwilligheid van mediation waaronder ook valt dat een partij ondanks een overeengekomen mediationclausule van mediation af kan zien.¹⁶⁹

Een ander uitgangspunt van mediation bij de drie belangrijke mediationinstituten NMI, ACB en vFAS, is de vrijblijvendheid van het proces; de partijen zijn niet gebonden aan tijdens de mediation ingenomen standpunten en tussentijdse afspraken.¹⁷⁰ Slechts de eindafspraken uit de vaststellingsovereenkomst zijn bindend.¹⁷¹ De mediator draagt er zorg voor dat deze afspraken deugdelijk worden vastgelegd, wat veelal zal betekenen een schriftelijke en door partijen ondertekende vaststellingsovereenkomst.¹⁷² De vFAS-bemiddelaar adviseert partijen ook om de afspraken eventueel te overleggen aan een deskundige.¹⁷³

Mediation heeft een besloten karakter. Als partijen daarvoor geen uitdrukkelijke toestemming hebben gegeven, mogen geen andere personen (uitgezonderd de vertegenwoordigers van partijen) bij de mediation aanwezig zijn.¹⁷⁴

Het vereiste van de gelijkwaardigheid van partijen in het mediationproces komt zowel in de NMI gedragsregels als in de vFAS overeenkomst terug.¹⁷⁵ De mediator dient zorg te dragen voor een evenwichtige behandeling van het geschil en bevordert zoveel mogelijk dat iedere partij op gelijkwaardige wijze aan bod komt. In geval van machtsongelijkheid is het aan de mediator om deze ongelijkheid zo veel mogelijk op te heffen.¹⁷⁶ In de mediationliteratuur wordt in beginsel ook uitgegaan van de gelijkwaardigheid van partijen.¹⁷⁷

2002 LJN: AQ2615; Rb. Arnhem 14 januari 2004 (het ging hier om een minitrageclausule), LJN: AO 3003 en Rb. Amsterdam 16 oktober 2002, NJ 2003/87.

¹⁶⁹ Slechts de Rb. Arnhem kwam tot een andere conclusie en bovendien ging het hier om minitrage en niet om mediation. Mogelijk is dit ook nog van invloed geweest op het oordeel van de rechter. In arbeidsrechtelijke conflicten kan het weigeren om deel te nemen aan mediation wel van invloed zijn op de vergoeding op basis van de kantongerechtsformule (Van de Griendt en Schutte 2006, p. 72-73).

¹⁷⁰ Art. 5 van het NMI mediationreglement en 9.2 van de model mediationovereenkomst (tenzij partijen schriftelijk anders overeenkomen). Art. 3 van de vFAS bemiddelingsovereenkomst (tenzij partijen schriftelijk anders bepalen, art. 3.3). Art. 8 lid 2 van het ACB reglement (tenzij schriftelijk anders overeengekomen). Zie voor toepassing van dit uitgangspunt Rb. Utrecht 24 september 2003, LJN: AQ2600 en over deze zaak Pel 2004b, p. 20 e.v. Anders: Rb. Utrecht 23 januari 2002, NJ 2002/310 en het hoger beroep in deze zaak, Hof Amsterdam 10 december 2003, LJN: AR5521 waar partijen wel werden gehouden aan afspraken waarvan een van partijen aanvoerde dat het slechts een werkdocument betrof. Beide zaken vingen aan met de ondertekening van de mediationovereenkomst die werd gebruikt bij het project RM, waarvan de bepaling betreffende tussentijdse afspraken vermeldt dat een tijdens de loop van de mediation schriftelijk vastgelegde en door partijen ondertekende overeenkomst niet zijnde de vaststellingsovereenkomst, partijen alleen bindt als dit uitdrukkelijk door hen (schriftelijk) is overeengekomen. Zie voor de mediationovereenkomst gebruikt in het project RM, Pel & Vogel 2004, bijlage 1.

¹⁷¹ Art. 5 jo 14 NMI mediationreglement.

¹⁷² Art. 14 van het NMI reglement jo art. 9.1 NMI model mediationovereenkomst; Art. 13 jo 14 lid 1 sub a ACB mediationreglement; Art. 1.3 jo 3.1 van de vFAS bemiddelingsovereenkomst.

¹⁷³ Art. 2.9 van de vFAS bemiddelingsovereenkomst.

¹⁷⁴ Art. 7.2 van de NMI modelovereenkomst; Art. 6 van het NMI mediationreglement; Art. 9.2 van het ACB mediationreglement. Dit volgt ook uit art. 2.7 van vFAS bemiddelingsovereenkomst.

¹⁷⁵ Art. 4.3 NMI gedragsregels en art. 1.3. van de model vFAS bemiddelingsovereenkomst.

¹⁷⁶ *Kamerstukken II*, 2006-07, 30 145, nr. 6, p. 8; Prein 2004, p. 15. Zie over interventietechnieken van de mediator en het hanteren van machtsverschillen, M.C.P.H. Houben 2005, p. 182 e.v.

¹⁷⁷ Zie hierover par. 2 van dit hoofdstuk.

Vertrouwelijkheid wordt gezien als een van de kernelementen van mediation.¹⁷⁸ Alleen als het proces vertrouwelijk is, zullen partijen hun belangen en emoties tonen en met behulp van deze informatie op zoek gaan naar de beste oplossing voor hun geschil.¹⁷⁹ Alle drie de mediationproviders adresseren de geheimhoudingsplicht van de deelnemers aan mediation in hun regelgeving. De geheimhoudingsplicht kan onderscheiden worden in de plicht van de partijen bij het conflict ten opzichte van elkaar en die van de mediator tegenover de partijen.¹⁸⁰ De beide geheimhoudingsplichten zijn tot nog toe contractueel van aard.¹⁸¹ Op het moment dat in een gerechtelijke procedure een beroep wordt gedaan op een geheimhoudingsplicht om het geven van een getuigenis af te weren, spreken wij van een verschoningsrecht.¹⁸² Het is nog onbeslist of de geheimhoudingsplicht in de toekomst wettelijk geregeld zal worden en of de mediator een wettelijk verschoningsrecht zal krijgen.¹⁸³

5.3. Mediationprojecten vanuit de overheid

Van overheidswege is men de laatste jaren in de weer met het onderzoeken van de mogelijkheden van ADR.¹⁸⁴ Deze ontwikkeling past in de recente trend om burgers meer verantwoordelijkheid voor hun geschillen te geven.¹⁸⁵ Bovendien bestaat behoefte aan snelle en duurzame conflictbeslechting en wordt gestreefd naar vermindering van de groei van het beroep op de overheidsrechter. Daarom heeft het ministerie van Justitie de afgelopen jaren een aantal opdrachten tot onderzoek van de mogelijkheden van mediation gegeven.

De belangstelling ging vooral uit naar court-annexed mediation en dit resulteerde in een aantal mediationexperimenten. Sommige werden geheel of gedeeltelijk gefinancierd door het ministerie van Justitie, andere door de (semi-) particuliere sector.¹⁸⁶ Een aantal van de

¹⁷⁸ Vertrouwelijkheid valt slechts binnen het bereik van dit onderzoek als de overeengekomen geheimhoudingsplicht interfereert met vraagstukken van aantasting en afdwingbaarheid. Zie par. 4 van het inleidende hoofdstuk.

¹⁷⁹ Barendrecht, Brenninkmeijer & Pel 2004a, p. 13.

¹⁸⁰ Barendrecht, Brenninkmeijer & Pel 2004a, p. 14. In een geval van co-mediation handelden de mediators tuchtrechtelijk verwijtbaar door na het mislukken van de mediation zich in een schriftelijk rapport, dat vervolgens kennelijk een tamelijk ruime verspreiding vond, zich zeer kritisch uit te laten over klager. Deze handelwijze resulteerde in een berisping (Wackie Eysten 2005a, p. 25).

¹⁸¹ Art. 4 van de NMI model overeenkomst in samenhang met het NMI reglement; art. 4 van de vFAS bemiddelingsovereenkomst; art. 12 van het ACB mediationreglement.

¹⁸² Pel 2004a, p. 64.

¹⁸³ De Minister van Justitie is geen voorstander van een wettelijke geheimhoudingsplicht voor mediators (*Kamerstukken II*, 2003-04, 29 528, nr. 1, p. 14). Zie ook Barendrecht, Brenninkmeijer & Pel 2004a, p. 24. En Rb. Almelo 29-09-2004, LJN: AT4104. De rechtbank was van oordeel 'dat een NMI gecertificeerd mediator in principe een beroep toekomt op zijn verschoningsrecht met een verwijzing naar de vertrouwelijkheid van de mediation, zoals vastgelegd in het NMI-reglement en in de door partijen ondertekende mediationovereenkomst'. Zie voor een bespreking van deze uitspraak, Verkijk 2005, p. 484 e.v. En Schutte 2005a, p. 27-28. Zie over de reikwijdte van een eventueel verschoningsrecht, Schutte 2005b, p. 17-18 en de voorvermelde uitspraak.

¹⁸⁴ Zie onder meer de onderzoeksrapporten van het WODC: 'De aard en omvang van arbitrage en bindend advies in Nederland', 'Ruimte voor mediation', en 'De praktijk van mediation in ons omringende landen'.

¹⁸⁵ Zoals onder meer blijkt uit *Kamerstukken II*, 2003-2004, 29528, nr. 1, p. 6.

¹⁸⁶ Volledige financiering ministerie van Justitie: Project Scheidingsbemiddeling; project Omgangsbemiddeling; project Mediation rechterlijke macht; project Mediation gefinancierde rechtsbijstand. Startsubsidie of gedeeltelijke financiering ministerie van justitie of gemeenten: Peer mediation op scholen; buurtbemiddeling, Nicoo (arbeidsgeschillen publieke sector); ADR Centrum voor het bedrijfsleven (ACB); KvK-projecten; mediation in de huursector. Volledige financiering door (semi-) particuliere sector: Raden van Expertise in de bouw, Mediation Centre voor Arbeidsgeschillen (Kleiboer 2000, p. 13).

belangrijkste door de overheid gefinancierde experimenten zullen in de volgende paragrafen besproken worden.

5.3.1. Inleiding Scheidings- en Omgangsbemiddeling

Een echtscheiding kan tot op heden alleen worden verkregen door rechterlijke tussenkomst.¹⁸⁷ De rechterlijke tussenkomst kan gezamenlijk worden ingeroepen of slechts op verzoek van één van de echtelieden (art. 1:150 BW). Ook als partijen een scheidingsbemiddelaar inschakelen en tot overeenstemming komen over de voorwaarden van hun scheiding zal het convenant alsnog aan de rechter moeten worden voorgelegd.¹⁸⁸ Bovendien is in de huidige situatie echtscheiding alleen mogelijk met procesvertegenwoordiging. De afschaffing van de verplichte procesvertegenwoordiging was sinds 1985 al een aantal keer onderwerp van wetsvoorstellen, en dit resulteerde in 1994 in de instelling van de Commissie Herziening Scheidingsprocedure (Commissie De Ruiter) die het echtscheidingsrecht onder de loep nam.¹⁸⁹ Het advies van de commissie luidde dat gescheiden zou moeten kunnen worden zonder tussenkomst van de rechter.¹⁹⁰ In het rapport van de Commissie kwam scheidingsbemiddeling ook aan de orde, maar volgens critici niet voldoende.¹⁹¹ Als reactie op het rapport en de kritiek heeft het ministerie van Justitie in 1999 twee experimenten gestart.¹⁹²

Het onderzoek moest antwoord geven op de vraag of er voldoende waarborgen bestonden in de scheidings- en omgangsbemiddeling waardoor inschakeling van de rechter overbodig werd.¹⁹³ Het doel achter het experiment met echtscheidingsbemiddeling was het nagaan of ook kon worden gescheiden op basis van een convenant zonder tussenkomst van de rechter.¹⁹⁴ Het doel van de omgangsbemiddeling was om te kijken of verwijzing door de rechter

¹⁸⁷ In de praktijk is het sinds 2001 (nu nog, de minister wil er van af, zie *Kamerstukken II* 2003-2004, 29 520, nr. 1, p. 9) mogelijk om door middel van een flits scheiding een huwelijk om te zetten in een geregistreerd partnerschap en dit dan vervolgens te laten ontbinden. Hier komt de rechter niet aan te pas. Zie art. 1:80c jo 1:80d BW (*Kamerstukken II* 1998-1999, 26 672, nr. 3, p. 6-9). Deze mogelijkheid zal echter als wetsvoorstel 'Wet bevordering voortgezet ouderschap en zorgvuldige scheiding' wet wordt, komen te vervallen. Zie par. 5.3.4 van dit hoofdstuk.

¹⁸⁸ De rechter kan de getroffen regelingen geheel of gedeeltelijk in de beslissing opnemen (819 Rv).

¹⁸⁹ Chin-A-Fat 2004, p. 24 e.v.

¹⁹⁰ En ging dus verder dan een louter procureurloze scheiding (Rapport van de Commissie De Ruiter, 1996, p. 32 e.v.; Chin-A-Fat 2004, p. 32-33).

¹⁹¹ De kritiek bestond er onder meer uit dat de voorstellen van de Commissie niet ver genoeg gingen en dat de Commissie niet eenduidig voor scheidingsbemiddeling had gekozen. Voor een overzicht van deze kritiek, zie Chin-A-Fat 2004, p. 44-46. De meeste kritiek kwam op de positie van het minderjarige kind (*Kamerstukken II* 1996-97, 25 451, nr. 1, p. 3-4; Chin-A-Fat 2004, p. 52).

¹⁹² In de rersorten Amsterdam, Leeuwarden, 's-Hertogenbosch en vanaf 2000 ook in Den Haag (*Kamerstukken II* 1996-97, 25 451, nr. 1, p. 6; Chin-A-Fat & Steketee 2001, p. 45). De looptijd van de experimenten was twee jaar, behalve in Den Haag waar de looptijd een jaar bedroeg (Chin-A-Fat & Steketee 2001, p. 9-10. Zie ook *Kamerstukken II* 25 451, nr. 1 en 2). De organisatie van de experimenten was in handen van de raden voor rechtsbijstand. Bovendien had elk project een begeleidingscommissie. De evaluatie van de experimenten Scheidings- en Omgangsbemiddeling was in handen van het Verwey-Jonker Instituut en de Faculteit der Rechtsgeleerdheid van de Vrije Universiteit, hoewel eerst in handen van het WODC (Chin-A-Fat & Steketee 2001, p. 37).

¹⁹³ Chin-A-Fat 2005b, p. 731.

¹⁹⁴ Chin-A-Fat 2004, p. 51.

naar bemiddeling een gunstige invloed heeft op de uitkomsten van geschillen over de omgang met minderjarige kinderen.¹⁹⁵

De bemiddelingen vonden plaats onder leiding van vFAS of NMI erkende bemiddelaars.¹⁹⁶ De meeste scheidingsbemiddelingen zijn door juristen, de meeste omgangsbemiddelingen zijn door niet-juristen gedaan.¹⁹⁷ De Raad voor Rechtsbijstand toetste of voorgelegde zaken geschikt leken voor bemiddeling; te ingewikkelde en te eenvoudige zaken kwamen niet in aanmerking.

De bemiddelaars werd in het evaluatieonderzoek Scheidingsbemiddeling gevraagd welke mediatorstijl zij hanteerden (intervenierend of faciliterend). 68% koos voor geen enkele stijl. De voorkeur van de bemiddelaars was in gelijke mate verdeeld over beide stijlen van bemiddelen. Bovendien gaven zij aan de stijlen door elkaar te gebruiken en dat het soort zaak van invloed is op de te hanteren stijl.¹⁹⁸

5.3.2. *Project Scheidingsbemiddeling*

Voorwaarde voor opname van een zaak in het project was dat partijen daadwerkelijk een conflict hadden. Als partijen al zo ver waren dat zonder bemiddeling een gemeenschappelijk verzoek tot echtscheiding kon worden ingediend, leende hun zaak zich niet voor het experiment.¹⁹⁹

De bedoeling van het project was dat de bemiddeling alle onderdelen van de scheiding betrof. In de scheidingsovereenkomst dienden daarom partneralimentatie, kinderalimentatie, boedelverdeling, verevening of verrekening van pensioenrechten, ouderlijk gezag, verblijfplaats van en omgang met de kinderen, en de echtelijke woning aan de orde te komen.²⁰⁰ De uitkomst van de mediation werd vastgelegd in een convenant (een vaststellingsovereenkomst in de zin van titel 7.15) en vervolgens omgezet in een gemeenschappelijk verzoek tot echtscheiding.²⁰¹

¹⁹⁵ Chin-A-Fat & Stekete 2001, p. 9. Voorwaarde bij beide experimenten was dat voldoende waarborgen bestonden ten aanzien van de positie van de zwakkere partij in de bemiddeling en m.n. de positie van minderjarige kinderen.

¹⁹⁶ Chin-A-Fat & Stekete 2001, p. 10.

¹⁹⁷ Chin-A-Fat & Stekete 2001, p. 56-57.

¹⁹⁸ Chin-A-Fat 2004, p. 229-230.

¹⁹⁹ Chin-A-Fat 2004, p. 51. Aan het begin van het experiment Scheidingsbemiddeling konden mensen alleen deelnemen indien er nog geen gerechtelijke procedure was gestart. Halverwege het experiment werd besloten om het mogelijk te maken om de rechter in het kader van een voorlopige voorziening naar bemiddeling te laten verwijzen. Het experiment met scheidingsbemiddeling was dus zowel non-court-annexed als court-annexed. De laatste type zaken vormden samen 10% van het onderzoek (Chin-A-Fat & Stekete 2001, p. 87).

²⁰⁰ Chin-A-Fat 2004, p. 51; Chin-A-Fat & Stekete 2001, p. 46-47. Gezagkwesties staan overigens niet ter vrije beschikking van partijen (art. 1:251 lid 2 BW). Dit betekent dat bij opname van het convenant in een beschikking er een uitdrukkelijke beslissing van de rechter moet komen op dit punt (procesreglementen Familierecht rechtbanken; procesreglement scheidingsprocedure; toelichting ten behoeve van de toepassing van het scheidingsreglement art. 11.2 (laatstelijk gewijzigd 1 april 2004)).

²⁰¹ Chin-A-Fat & Stekete 2001, p. 47.

5.3.2.1. Resultaten²⁰²

In het kader van de onderzoeksvraag is het van belang te onderzoeken hoe aan de mediationbijeenvakomsten vorm werd gegeven en hoe de deelnemers het proces ervoeren en de afspraken nakwamen.

Om met het eerste punt te beginnen. Het blijkt dat de gemiddelde duur van de bemiddelingen iets meer dan drie bijeenkomsten van anderhalf uur betrof. Het totaal aantal uren dat een bemiddeling in beslag nam verschilde van anderhalf tot veertig uur.

Ten aanzien van de ervaringen van de deelnemers geeft slechts 14% van de bemiddelden aan dat zij apart met de bemiddelaar hebben gepraat (caucus). De overige 86% had niet afzonderlijk met de bemiddelaar gesproken.²⁰³ 89% van de respondenten vindt dat zij voldoende ruimte hebben gekregen om hun standpunten naar voren te brengen, tegenover 11% die dat niet vindt.²⁰⁴ 67% van de bemiddelden is de mening toegedaan dat zij voldoende invloed hebben kunnen uitoefenen op het uiteindelijke resultaat van de bemiddeling. 78% is tevreden met de bemiddeling als procedure.²⁰⁵ 75% is tevreden met de uitkomst.²⁰⁶ 86% vindt dat de gesprekken rechtvaardig zijn verlopen.²⁰⁷ 80% is tevreden over de bemiddelaar en een overgrote meerderheid van de bemiddelden vindt de bemiddelaar onpartijdig.²⁰⁸

Ten aanzien van nakoming van de afspraken denkt 91% van bemiddelden dat zij zich zelf aan de gemaakte afspraken zullen houden en 74% denkt dat hun ex-partner zich aan de overeenkomst houdt. Reden om zich aan de afspraak te houden is dat de overeenkomst eerlijk en duidelijk is, dat zij de overeenkomst zelf en in goed overleg zijn aangegaan, en dat het in het belang van het kind is om de afspraken na te komen.²⁰⁹ In ruim driekwart van de bemiddelingen wordt de scheiding volledig afgehandeld. In 15% van de gevallen zijn overeenkomsten gesloten over een deel van de onderwerpen en in 4% van de gevallen is geen overeenkomst totstandgekomen.²¹⁰

Als het gaat om de ongelijkheid van de partijen ten opzichte van elkaar, blijkt dat niet zo zeer materiële ongelijkheden zoals betere juridische kennis of hogere opleiding, maar emotionele verschillen in de verwerking van de scheiding het meest speelden.²¹¹ Overigens leek

²⁰² De feedback is gekregen door zowel de mediators als de partijen diverse formulieren in te laten vullen. Bovendien zijn er ook een beperkt aantal interviews afgenomen met zowel mediators als bemiddelden. De meetinstrumenten zijn hetzelfde voor het project Omgangsbemiddeling (Chin-A-Fat & Stekete 2001, p. 39 e.v.).

²⁰³ Deze gesprekken gingen meestal over het huis, de kinderen en relationele problemen (Chin-A-Fat & Stekete 2001, p. 96; Chin-A-Fat 2004, p. 104).

²⁰⁴ Chin-A-Fat & Stekete 2001, p. 96.

²⁰⁵ Chin-A-Fat & Stekete 2001, p. 99, tabel 5.4; Chin-A-Fat 2004, p. 105, tabel 5.3.

²⁰⁶ Chin-A-Fat & Stekete 2001, p. 101, tabel 5.5.

²⁰⁷ Chin-A-Fat & Stekete 2001, p. 113, tabel 5.13. Factoren die bijdroegen aan het gevoel van rechtvaardigheid waren 1) dat er ruimte voor vragen was, 2) dat er een persoonlijker omgeving was, 3) dat er voldoende aandacht was en 4) dat de bemiddelaar de juiste sfeer trof waardoor partijen zich ondanks de moeilijke situatie op hun gemak konden voelen (Chin-A-Fat 2004, p. 106).

²⁰⁸ Chin-A-Fat & Stekete 2001, p. 103.

²⁰⁹ Chin-A-Fat & Stekete 2001, p. 97.

²¹⁰ Chin-A-Fat & Stekete 2001, p. 129-130.

²¹¹ Dit brengen zowel de bemiddelden als de bemiddelaars naar voren (Chin-A-Fat & Stekete 2001, p. 114-116). In de Verenigde Staten zijn een aantal artikelen verschenen waarin wordt gewezen op de gevaren die voor vrouwen aan echtscheidingsbemiddeling kleven. Zie m.n. Grillo 1991, p. 1545 e.v. Echter, uit onderzoek – en ook uit het hierboven besproken onderzoek (p. 123) – blijkt dat een andere factor dan sekse van belang is bij machtsverschillen. Deze factor wordt ook wel de initiator-status genoemd. Dit houdt in dat de partij die niet het

het mee te vallen met de ongelijkheid tussen partijen; in meer dan driekwart van de gevallen beschouwde de bemiddelaar de partijen als gelijk.²¹²

Een jaar nadat de bemiddeling was afgerond zijn bemiddelden benaderd voor een telefonische enquête met het doel de duurzaamheid van de gemaakte afspraken vast te stellen.²¹³ Ruim 77% was direct na de bemiddeling tevreden over de gemaakte afspraken. Een jaar na dato is 66% nog steeds tevreden. Dit verschil in tevredenheid wordt voornamelijk veroorzaakt doordat partijen het gevoel hebben te snel te hebben beslist in mediation. Uiteindelijk is slechts één respondent naar de rechter gestapt uit ontevredenheid (achteraf) met de gemaakte afspraken. Hij verweet de bemiddelaar dat hij niet goed geïnformeerd was in de procedure en dat er geen ruimte was om bepaalde zaken goed door te spreken vanwege het hoge tempo waarin alles afgehandeld werd.²¹⁴

Wat betreft de nakoming geeft 60% van de respondenten aan dat de destijds gemaakte afspraken worden gerespecteerd. 17% geeft aan dat zij niet worden nagekomen en 7% zegt dat de afspraken wisselend wel of niet worden uitgevoerd.²¹⁵

5.3.3. *Project Omgangsbemiddeling*

In dezelfde arrondissementen waar de experimenten met scheidingsbemiddeling liepen, zijn in april 1999 experimenten met omgangsbemiddeling gestart. Het ging hier om zaken die al bij de rechter aanhangig waren en waarbij partijen een conflict hadden over de omgang met de kinderen. Partijen konden niet zelf rechtstreeks naar de bemiddelaar maar moesten doorverwezen worden door de rechter.²¹⁶ Het ging dus in alle gevallen om court-annexed bemiddeling.²¹⁷

De doorverwijzing kon op verschillende momenten plaatsvinden: op het moment van een voorlopige voorziening, bij een definitieve voorziening bij de rechtbank en bij hoger beroep. Gedurende de bemiddeling werd de gerechtelijke procedure geschorst. Partijen konden de rechter verzoeken een succesvolle bemiddeling vast te leggen in een beschikking.²¹⁸

initiatief tot de scheiding heeft genomen zowel emotioneel als praktisch een achterstand heeft in de bemiddeling (Chin-A-Fat 2004, p. 291).

²¹² Chin-A-Fat & Steketee 2001, p. 115. Het succes van de bemiddeling hangt samen met het niet hebben van kinderen en met de fase waarin de zaak voor een bemiddelaar is gekomen (geen gerechtelijke procedure gestart versus verwezen tijdens aanvraag voor voorlopige voorzieningen). Chin-A-Fat & Steketee 2001, p. 127-128; Chin-A-Fat 2004, p. 177.

²¹³ Niet alle deelnemende ex-echtelingen hebben hier aan mee willen werken. Uiteindelijk zijn 82 mensen geïnterviewd, waarvan er 82% in de bemiddeling volledige overeenstemming had bereikt, 4% gedeeltelijk overeenstemming had bereikt en 15% in het geheel geen overeenstemming had bereikt. De opbouw van de populatie van bemiddelden die zijn geïnterviewd komt overeen met de opbouw van de totale groep van mensen die aan het project Scheidingsbemiddeling hebben deelgenomen (Chin-A-Fat & Steketee 2001, p. 129-130).

²¹⁴ Chin-A-Fat & Steketee 2001, p. 130-131; Chin-A-Fat 2004, p. 124.

²¹⁵ Chin-A-Fat & Steketee 2001, p. 132.

²¹⁶ De verwijzing kan plaatsvinden in een echtscheidingsprocedure maar ook in een afzonderlijke omgangsprocedure. Mensen die deelnemen aan de omgangsbemiddeling kunnen dus zowel gescheiden als niet gescheiden zijn (Chin-A-Fat & Steketee 2001, p. 141).

²¹⁷ Met uitzondering van enkele ouders in het ressort 's-Hertogenbosch die zich zelf bij het bureau 'Kinderen en Scheiden' hadden gemeld. Zij waren op de hoogte van het bestaan van dit bureau uit de lokale media of via hun advocaat (Chin-A-Fat & Steketee 2001, p. 158).

²¹⁸ Chin-A-Fat & Steketee 2001, p. 47-48.

Bij de keuze voor bemiddeling speelde de verwachting dat de (ex)partner zich aan de afspraken zou houden sterk mee. Maar liefst 94% van de respondenten gaf aan dat dit een reden was om aan bemiddeling deel te nemen.²¹⁹

5.3.3.1. Resultaten

Gemiddeld werden tijdens de omgangsbemiddeling per zaak drie à vier gesprekken gevoerd. Het maximum was elf gesprekken. De gesprekken duurden gemiddeld anderhalf tot twee uur. De totale tijd die gemiddeld per zaak aan de gesprekken werd besteed, was 7,3 uur, met een maximum van 25 uur.²²⁰ In ruim een kwart van de bemiddelingen heeft de bemiddelaar behalve met partijen samen, ook met partijen apart gesproken.²²¹

70% van de respondenten vindt dat zij voldoende de mogelijkheid hebben gekregen om hun mening kenbaar te maken. Maar ruim een kwart had meer willen zeggen over de kinderen. Een ruime meerderheid is tevreden over de bemiddelingsprocedure, maar 23% is niet gelukkig met de procedure.²²² 60% van de bemiddelden zou anderen omgangsbemiddeling aanraden. Vijftien procent zou het niet aanraden. De waardering voor de uitkomst van de bemiddeling is lager dan voor de procedure. De mensen die ongelukkig zijn met het eindresultaat van de bemiddeling wijten dit overigens niet aan bemiddeling als methode maar aan het oncoöperatieve gedrag van hun ex-partner.²²³ 39% is tevreden met de uitkomst van de bemiddeling maar bijna net zoveel mensen zijn ongelukkig met het eindresultaat.²²⁴

80% van de bemiddelden vindt dat de bemiddelaar zich onpartijdig heeft opgesteld. 29% is echter ontevreden over de bemiddelaar. 55% is wel tevreden. Mensen die ontevreden zijn over de bemiddelaar klagen over diens onmacht om resultaten af te dwingen.²²⁵

In minder dan de helft van de gevallen hebben partijen voor alle besproken onderwerpen een afspraak weten te maken. Ruim een kwart heeft gedeeltelijk afspraken gemaakt en gaat voor de nog uitstaande onderwerpen terug naar de rechter of de eigen advocaat. In 31% van de zaken is in het geheel geen overeenstemming bereikt. Men kiest er dan voor om de zaak weer voor te leggen aan de rechter.²²⁶ 57% van de deelnemers vindt dat zij zelf geheel of gedeeltelijk de afspraken hebben gemaakt. 28% vindt dit niet. 40% vindt dat zij voldoende invloed hebben gehad op de bemiddelingsgesprekken, terwijl 28% vindt dat hun

²¹⁹ Chin-A-Fat & Steketee 2001, p. 164, tabel 6.14.

²²⁰ Chin-A-Fat & Steketee 2001, p. 168.

²²¹ Deze gesprekken met de ouders apart waren vaak eenmalig en gingen over alle onderwerpen die betrekking hadden op de kinderen en over de relationele problemen van de ouders.

²²² Chin-A-Fat & Steketee 2001, p. 169.

²²³ Chin-A-Fat & Steketee 2001, p. 171.

²²⁴ Chin-A-Fat & Steketee 2001, p. 170, tabel 7.2.

²²⁵ Chin-A-Fat & Steketee 2001, p. 174. Dit was ook het geval in het project Scheidingsbemiddeling, zie Chin-A-Fat & Steketee 2001, p. 104. De bemiddelaars zelf menen in 48% van de gevallen dat de bemiddeling geslaagd is, dat wil zeggen dat er overeenstemming is bereikt of dat de relatie tussen partijen verbeterd is. In 44% van de gevallen menen ze dat de bemiddeling niet geslaagd is, dus geen verbetering in de onderlinge verhouding en geen overeenstemming. De bemiddelaars beoordelen de uitkomsten van de bemiddeling dus iets positiever dan de partijen (Chin-A-Fat & Steketee 2001, p. 175).

²²⁶ Chin-A-Fat & Steketee 2001, p. 176. De resultaten geven een iets (positief) vertekend beeld omdat er meer mensen van wie de bemiddeling geslaagd is de beoordelingsformulieren hebben ingevuld dan mensen bij wie de bemiddeling niet tot overeenstemming heeft geleid (Chin-A-Fat & Steketee 2001, p. 177).

invloed onvoldoende is geweest. Meer dan de helft denkt dat de ex-partner zich niet aan de gemaakte afspraken zal gaan houden.²²⁷

Ten aanzien van de perceptie van rechtvaardigheid van de bemiddeling vond 58% dat de bemiddelingsgesprekken rechtvaardig verliepen. 21% was van mening dat de gesprekken onrechtvaardig verliepen.²²⁸ Met betrekking tot het verblijf van de kinderen vond 35% de gemaakte afspraken eerlijk, met betrekking tot de opvoeding was dat 29% en met betrekking tot het contact weer 35%. In de groep die de afspraken in hun nadeel beschouwden was het percentage mannen oververtegenwoordigd.

De bemiddelaars beschouwen vooral de man als de zwakkere partij (in dertig procent van de mediations is sprake van ongelijke verhoudingen), in tegenstelling tot wat vaak gedacht wordt.²²⁹ Dit komt omdat de woonplaats van de kinderen een machtsfactor blijkt te zijn en de kinderen in het leeuwendeel van de gevallen bij de moeder woonachtig zijn. Zowel bij de omgangs- als bij de scheidingsbemiddeling blijkt dat niet zozeer materiële factoren machtsongelijkheid tussen partijen veroorzaken, als wel emotionele factoren.²³⁰

Ook bij het project Omgangsbemiddeling is een jaar nadat partijen hun bemiddeling hadden afgerond een duurzaamheidsonderzoek gestart.²³¹ Van de groep geïnterviewden had een krappe meerderheid over alles afspraken gemaakt.²³² Van de mensen die afspraken hadden gemaakt was driekwart destijds tevreden. 20% was ontevreden en de rest heeft hierover geen verslag gedaan. Een jaar na beëindiging van de mediation is driekwart niet van mening veranderd. Het kwart dat wel van mening is veranderd, is dit omdat de omgangsregeling in de praktijk juist wel (in twee gevallen) of niet goed werkt.²³³ Van de mensen die afspraken hadden gemaakt geeft 45% aan dat zij nog steeds zo worden uitgevoerd. Ruim een derde geeft aan dat ze niet worden uitgevoerd als afgesproken maar ervaart dit niet per se als negatief (slechts 60%, tegenover 40% positief). En 10% zegt dat de afspraken wisselend worden nagekomen.²³⁴

Overigens heeft niemand gebruik gemaakt van een gerechtelijke procedure om de afspraken af te dwingen.²³⁵ Als de respondenten wordt gevraagd of de bemiddeling ertoe heeft bijgedragen dat zij meer achter de afspraken staan dan wanneer deze door de rechter zijn opgelegd antwoordt de helft ontkennend en de helft bevestigend (dit is de helft van de helft want de helft heeft deze vraag niet beantwoord). 65% van de respondenten zou weer voor bemiddeling kiezen.²³⁶ Respondenten geven zelf aan dat de resultaten nog beter zouden zijn geweest als de bemiddeling in een eerder stadium zou hebben plaatsgevonden. Reden hiervoor

²²⁷ Chin-A-Fat & Stekete 2001, p. 179.

²²⁸ Op de vraag naar de rechtvaardigheid van de afspraken is door een grote groep geen antwoord gegeven (rond de 40%). Hiervan gaf 45% van de ondervraagden geen antwoord op de vraag naar de rechtvaardigheid van de afspraken m.b.t. het verblijf van de kinderen, 44% m.b.t. de opvoeding van de kinderen en 38% m.b.t. contact met de kinderen (Chin-A-Fat & Stekete 2001, p. 184).

²²⁹ De kritiek op scheidings- en omgangsbemiddeling is vaak dat het nadelig zou zijn voor vrouwen. Zie voetnoot 39 en 211.

²³⁰ Chin-A-Fat & Stekete 2001, p. 184-185.

²³¹ Dit onderzoek bestond uit telefonische interviews. 49 mensen zijn geïnterviewd, 24 vrouwen en 25 mannen.

²³² Chin-A-Fat & Stekete 2001, p. 194.

²³³ Chin-A-Fat & Stekete 2001, p. 195.

²³⁴ Chin-A-Fat & Stekete 2001, p. 196.

²³⁵ Chin-A-Fat & Stekete 2001, p. 230.

²³⁶ Chin-A-Fat & Stekete 2001, p. 198.

is dat het conflict dan nog niet zo verhard is.²³⁷ Partijen hadden de keus om hun overeenkomst op te laten nemen in een beschikking. Rechter riep partijen echter niet altijd op om op de zitting te verschijnen.²³⁸

5.3.4. Politieke besluitvorming

In de politieke debatten over de echtscheiding moeten twee thema's worden onderscheiden. Dit is in de eerste plaats het debat over de invoering van de buitengerechtelijke scheiding, zoals werd voorgesteld in het rapport van de Commissie De Ruiter en in de tweede plaats de structurele invoering van mediation in echtscheidingszaken (scheidingsbemiddeling).²³⁹ De discussies lopen overigens door elkaar.

Over het eerste punt kan opgemerkt worden dat minister Donner van Justitie geen voorstander was van de mogelijkheid van buitengerechtelijke scheiding. Het huwelijk is zijns inziens een bijzonder instituut en geen contract dat men met onderlinge overeenstemming kan opheffen.²⁴⁰ De minister voerde voorts het ontbreken van een executoriale titel en problemen van internationaal privaatrecht aan om zijn bezwaren tegen de buitengerechtelijke scheiding te ondersteunen.²⁴¹ Bovendien vond de minister het belangrijk dat er nog een rechterlijke toets plaatsvindt bij een verzoek tot echtscheiding mede gelet op het belang van eventuele kinderen.²⁴²

²³⁷ Chin-A-Fat & Stekete 2001, p. 201.

²³⁸ Chin-A-Fat & Stekete 2001, p. 219-220.

²³⁹ Chin-A-Fat 2004, p. 386.

²⁴⁰ *Handelingen II* 2002-2003, no. 17, p. 1022; *Handelingen II* 2002-2003, no. 34, p. 2576. Eind 2002 is echter een motie aangenomen (*Handelingen II*, 2002-03, nr. 35, p. 2669) waarin de regering werd verzocht om de mogelijkheid van scheiding zonder rechterlijke tussenkomst te onderzoeken. De minister gaf in reactie op de motie aan dat er nauwelijks meer aanvullend onderzoek nodig is voor beantwoording van de vraag of scheiden zonder rechterlijke tussenkomst mogelijk is. De experimenten naar aanleiding van het rapport van de Commissie De Ruiter hebben bewezen dat scheiden zonder tussenkomst van de rechter door middel van bemiddeling met voldoende waarborgen is omkleed (*Kamerstukken II*, 2002-03, 28 600 VI, nr. 132, p. 1 en 2). Zie voor de motie *Kamerstukken II* 2002-2003, 28 600 VI, nr. 114.

²⁴¹ De minister heeft een aantal vragen voorgelegd aan het Comité personen- en familierecht van de Raad van Europa om de mogelijkheden en consequenties van scheiden zonder rechterlijke tussenkomst te onderzoeken (*Kamerstukken II*, 2002-03, 28 600 VI, nr. 132, p. 2). Naar aanleiding van deze vragen is een enquête gehouden in een aantal Europese landen en negen van de geënquêteerde landen gaven aan de buitengerechtelijke scheiding niet te zullen erkennen wegens strijd met de openbare orde. In vijf landen bestaat twijfel of een dergelijke scheiding erkend zal worden. De EEX-verordening II bis, in werking getreden op 1 maart 2005, maakt de administratieve echtscheidingsprocedure mogelijk, mits het een constitutieve beschikking betreft, maar in niet-EU-landen zal de erkenning van een dergelijke scheiding problematisch blijven. Dit sterkte de minister in zijn besluit dat buitengerechtelijke scheiding niet wenselijk is (*Kamerstukken II*, 2003-04, 29 520, nr. 1, p. 7-8). Zie ook Quispel 2006, p. 279 die meent dat het punt van erkenning buiten de EU geen argument is om de administratieve scheiding af te wijzen.

²⁴² Hoewel onduidelijk is in welke mate de rechter de afspraken uit het echtscheidingsconvenant toetst bij het geven van een echtscheidingsbeschikking. De Raad voor de Rechtspraak geeft aan dat 'als aan de grondslag voor het echtscheidingsverzoek is voldaan, de rechter geen bevoegdheid heeft om de echtscheiding te weigeren en nadere voorwaarden te stellen om tot een toewijzing van het echtscheidingsverzoek te komen. Ten aanzien van verzochte nevenvoorzieningen heeft de rechter in een aantal zaken m.n. bij verzoeken omtrent kinderen de plicht om ambtshalve te toetsen of afspraken in overeenstemming zijn met wet of verdragen en of de afspraken in het belang van het kind zijn. In die gevallen wordt soms afgeweken van afspraken tussen partijen.' (Te kennen uit: *Kamerstukken II*, 2002-03, 28 600 VI, nr. 132, p. 3-4).

Het standpunt van de minister kwam onder druk te staan toen in november 2005 wetsvoorstel Luchtenveld ingediend werd tot wijziging van onder meer Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek en van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering om zo de mogelijkheid van beëindiging van het huwelijk zonder rechterlijke tussenkomst te creëren (een administratieve echtscheiding o.a. met behulp van mediation).²⁴³ Het wetsvoorstel maakte het mogelijk dat een huwelijk zonder kinderen met wederzijds goedvinden kon worden beëindigd ten overstaan van de ambtenaar van de burgerlijke stand.²⁴⁴ In november 2005 werd dit wetsvoorstel in de Tweede Kamer aangenomen.²⁴⁵ Maar uiteindelijk werd het wetsvoorstel, tegen de verwachtingen in, op 20 juni 2006 door de Eerste Kamer verworpen.²⁴⁶

Vervolgens waren de ogen weer gericht op minister Donner. De minister had aangegeven voorstander te zijn van een structurele invoering van echtscheidings- en omgangsbemiddeling, maar was van mening dat de besluitvorming over landelijke invoering van een doorverwijzingssystematiek voor scheidings- en omgangsbemiddeling bij de bredere besluitvorming over de plaats van mediation in het rechtsbestel moest worden betrokken.²⁴⁷

Om te bevorderen dat mensen die gaan scheiden goede afspraken maken wilde de minister het inleidende verzoekschrift aan een aantal eisen laten voldoen.²⁴⁸ De minister meende dat de verplichting tot het maken van afspraken de partijen zou stimuleren om een

²⁴³ *Kamerstukken II*, 2005-06, 29 676, nr. 35.

²⁴⁴ Het idee was om een nieuw in te voegen afdeling in Boek 1 van het BW op te nemen die zou gaan zien op de administratieve echtscheiding. Deze afdeling zou niet van toepassing zijn op echtgenoten die al dan niet gezamenlijk het gezag uitoefenen over een of meer kinderen (*Kamerstukken II*, 2005-06, 29 676, nr. 35, p. 3). Doelstelling van het creëren van een administratieve scheiding was dat partijen op een snelle en makkelijke manier hun scheiding konden regelen (*Kamerstukken I*, 2005-06, 29 676, 2005-06, C, p. 2). Zie voor een uitgebreide bespreking van en de nodige kritiek op het voorstel, Antokolskaia 2005a, p. 737 e.v. en Antokolskaia 2005b, p. 1048 e.v. Zie ook Nuytinck 2006, p. 162 e.v.

²⁴⁵ *Handelingen II*, 2005-06, nr. 27, p. 1862-1862. Hier waren vier nota's van wijziging, diverse amendementen en de nodige besprekingen in de literatuur aan vooraf gegaan. Zie de discussie hierover in *WPNR* 6636 en *WPNR* 6648 (november/december 2005).

²⁴⁶ *Handelingen I*, 2005-06, nr. 32, p. 1482-1483. In de EK had de vaste commissie voor Justitie wel de nodige kritiek naar voren gebracht onder meer t.a.v. wat de toegevoegde waarde was t.o.v. het huidige scheiden op gemeenschappelijk verzoek, en dat het problematisch is dat twee typen huwelijken worden onderscheiden, nml. die met en zonder kinderen (*Kamerstukken I*, 2005-06, 29 676, 2005-06, C, p. 2). Ook speelden de erkenningsproblemen mee, zie voetnoot 241.

²⁴⁷ De projecten Scheidings- en Omgangsbemiddeling hebben aangetoond dat mediation een geschikt instrument kan zijn om langdurige procedures rond de echtscheiding te voorkomen (*Kamerstukken II*, 2002-03, 28 600 VI, nr. 105, p. 7; *Kamerstukken II*, 2002-03, 28 600 VI, nr. 132, p. 4; *Kamerstukken II*, 2003-04, 29 520, nr. 1, p. 7).

²⁴⁸ Zo zou uit het verzoekschrift moeten blijken over welke onderdelen van het verzoek wel dan wel geen overeenstemming is bereikt. De onderwerpen die bij aanvang van de procedure aan de orde zouden moeten komen zijn: het gebruik van de echtelijke woning, de verdeling van de gemeenschap, de eventuele uitkering tot levensonderhoud, de verevening of verrekening van pensioenrechten, de kosten van verzorging en opvoeding van de kinderen, en de wijze van uitoefening van het ouderlijk gezag (*Kamerstukken II*, 2003-2004, 29 520, nr. 1, p. 3). Het laatste onderwerp (het ouderlijk gezag) zal een verplicht onderdeel zijn van het verzoekschrift. Ouders moeten hier afspraken over maken die vervolgens door de rechter ambtshalve zullen worden getoetst om te bepalen of ze niet in strijd met de wet zijn, en of ze in het belang van het kind zijn. Als niet aan de vereisten van het verzoekschrift is voldaan heeft de rechter drie sanctiemogelijkheden. 1) hij kan de zaak terugverwijzen met het verzoek het verzoekschrift aan te vullen 2) hij kan partijen doorverwijzen naar een mediator indien het dit kansrijk en noodzakelijk acht en 3) hij kan een partij veroordelen in de proceskosten als hij dat aangewezen acht (*Kamerstukken II*, 2003-2004, 29 520, nr. 1, p. 4).

mediator in de arm te nemen, maar hij was geen voorstander van een generieke verplichting tot mediation.²⁴⁹ Deze opvatting van de minister resulteerde in een wetsvoorstel waarin naast het afschaffen van de flitsscheiding de verplichting voor ouders wordt ingesteld tot het vroegtijdig opstellen van een ouderschapsplan na echtscheiding.²⁵⁰ Het ouderschapsplan moet ondertekend worden door beide ouders en deskundige bijstand of mediation bij het opstellen ervan is niet vereist. De sanctie op het niet indienen van een ouderschapsplan is niet-ontvankelijkheid van het verzoek tot scheiding.²⁵¹

5.3.5. *Project Mediation Rechterlijke Macht*

Bij de projecten Scheidings- en Omgangsbemiddeling is doorverwijzing naar mediation tijdens een gerechtelijke procedure al ter sprake gekomen. Doorverwijzing tijdens een rechterlijke procedure naar mediation heeft iets paradoxaals. De strijd tussen partijen is zodanig verhard dat de zaak al aan de rechter voorgelegd is. Aan beide kanten zijn de stellingen betrokken. Is het mogelijk en wenselijk dat partijen alsnog op hun schreden terugkeren? De centrale vraag in het project RM was of structurele doorverwijzingsvoorzieningen bestaansrecht hebben, en zo ja op welke wijze deze dienen te worden ingebed in de justitiële infrastructuur.²⁵²

Aan het project deden vijf arrondissementen mee.²⁵³ De centrale regie was in handen van een landelijk projectleider die kantoor houdt op een landelijk projectbureau dat is gesitueerd bij de rechtbank Arnhem.²⁵⁴ Doelstelling van het project was om in ieder geval vijfhonderd doorverwijzingen te realiseren over een periode van drie jaar.²⁵⁵ Het project behelsde mediation als extra service naast rechtspraak. Voorwaarde van deelname was dat de zaak aanhangig was bij de deelnemende rechterlijke instantie. De mediation was kosteloos voor

²⁴⁹ De minister wijst erop dat in de praktijk veel echtscheidingsadvocaten tevens het beroep van mediator uitoefenen en dat partijen dus al in een vroeg stadium op de mogelijkheid van mediation worden gewezen (*Kamerstukken II*, 2003-2004, 29 520, nr. 1, p. 6-7). Op deze voorstellen van de minister is forse kritiek gekomen. Zie Doek & Chin-A-Fat 2003, p. 81 e.v. Zij begrijpen niet dat de minister vast blijft houden aan zijn opvatting dat scheiden zonder tussenkomst van de rechter niet mogelijk moet zijn en ze voorspellen dat de voorstellen van de minister een zwaardere belasting van de rechterlijke macht en (dus) hogere kosten met zich mee gaan brengen.

²⁵⁰ *Kamerstukken II*, 2004-05, 30 145, nr. 2 (voorstel van wet) en nr. 3 (MvT). Zie ook de *Kamerstukken II*, 2005-06, 30 145, nr. 5 (verslag); *Kamerstukken II*, 2006-07, 30 145, nr. 6 (nota n.a.v. het verslag), nr. 7 (nota van wijziging) en nr. 8 (tweede nota van wijziging).

²⁵¹ *Kamerstukken II*, 2004-05, 30 145, nr. 3, p. 4-6. Zie voor forse kritiek op het verplichte ouderschapsplan, Antokolskaia 2005a, p. 741 e.v.

²⁵² Combrink-Kuiters, Niemeijer & Ter Voert 2003, p. 26.

²⁵³ Arnhem, Zwolle, Assen, Utrecht en Amsterdam. In vijf andere arrondissementen werd een mediationweek georganiseerd (Combrink-Kuiters, Niemeijer, & Ter Voert 2003, p. 25). Tijdens de mediationweken (zes in totaal; in Rotterdam, Den Haag, Breda, Maastricht en tweemaal Haarlem) zijn er 350 mediations doorverwezen waarvan er 212 in het onderzoek konden worden betrokken (Combrink-Kuiters, Niemeijer, & Ter Voert 2003, p. 46-47).

²⁵⁴ Combrink-Kuiters, Niemeijer & Ter Voert 2003, p. 38.

²⁵⁵ Het project liep (voor alle boven vermelde gerechten) tot 1 januari 2003, althans tot deze datum werden de gegevens meegenomen in het WODC-onderzoek. Het project liep daadwerkelijk tot 1 april 2005. Vanaf deze datum werd begonnen met het creëren van doorverwijzingsfuncties bij alle gerechten. Naar verwachting zullen in 2007 alle rechtbanken en hoven over een informatiepunt 'mediation' beschikken. Op 15 september 2006 boden de volgende gerechten al mediation aan: Rb. Arnhem, Hof Arnhem, Rb. Assen, Rb. Zwolle, Rb. Utrecht, Rb. Amsterdam, Rb. Alkmaar, Rb. Haarlem, Rb. Zutphen, Rb. Roermond, Rb. 's-Hertogenbosch, Rb. Almelo, Rb. Dordrecht, Rb. Breda en Rb. Rotterdam. Partijen kunnen voor of tijdens de zitting kiezen voor mediation (www.rechtspraak.nl).

partijen.²⁵⁶ Aan het eind van de projectperiode was een groep van zeventig projectmediators aan het project verbonden. Daarnaast waren er ten behoeve van de mediationweken nog eens 136 extra mediators geselecteerd. Tweederde van de geselecteerde projectmediators is jurist, de helft daar weer van advocaat.²⁵⁷ De mediatorstijl die in beginsel gehanteerd werd was de faciliterende stijl.²⁵⁸ Op de mediations die in het kader van het project werden gevoerd was het NMI reglement van toepassing.²⁵⁹ De mediation werd gestart door ondertekening van de NMI model mediationovereenkomst door de mediator en partijen en hun vertegenwoordigers of gemachtigden. Mediators dienden partijen voor te houden dat zij een vaststellingsovereenkomst pas tekenden als zij deze eerst hadden voorgelegd aan hun eigen advocaat.²⁶⁰

5.3.5.1. Resultaten

Uiteindelijk zijn 973 zaken doorverwezen naar mediation.²⁶¹ Driekwart daarvan betrof civiele zaken, de rest was bestuursrechtelijk.²⁶² Geschillen over overeenkomsten en echtscheidingskwesties vormden de grootste groepen civiele mediations.²⁶³ 57% van de mediations werd doorverwezen vanuit een rolzaak, 28% betrof een verzoekschrift procedure en 15% een kortgeding procedure.²⁶⁴ Het gemiddelde aantal contacturen bedroeg 6,3 uur waarbij 63% van de mediations binnen zes uur werd afgerond. Gemiddeld duurde een mediationbijeenkoms 2,5 uur. De gemiddelde doorlooptijd was 95 dagen waarbij de helft van de zaken binnen 71 dagen werd afgerond.²⁶⁵ In 61% van de 973 mediations kwamen partijen tot overeenstemming, waarvan in 6% gedeeltelijk.²⁶⁶

Partijen en hun raadslieden is gevraagd hun oordeel te geven over het mediationproces en de eigenschappen van de mediator. Dit gebeurde op een vijfpuntsschaal lopend van zeer tevreden tot zeer ontevreden. Ten aanzien van het proces zijn partijen vooral tevreden over de duur van de mediation (3.4), dan komt het verloop van de mediation (3.3) en vervolgens de

²⁵⁶ Combrink-Kuiters, Niemeijer & Ter Voert 2003, p. 40. De eventuele aanwezigheid van eigen advocaten was vanzelfsprekend wel voor eigen rekening, tenzij er sprake was van toevoeging of een rechtsbijstandsverzekering.

²⁵⁷ Combrink-Kuiters, Niemeijer & Ter Voert 2003, p. 47. De al dan niet juridische achtergrond van de mediators bleek overigens geen verschil te geven in slagingspercentage (Combrink-Kuiters, Niemeijer & Ter Voert 2003, p. 114).

²⁵⁸ Combrink-Kuiters, Niemeijer & Ter Voert 2003, p. 23. Zie voor een beschrijving van de faciliterende mediatorstijl par. 4.1 van dit hoofdstuk.

²⁵⁹ Een aantal artikelen was echter uitgesloten. Dit betrof de art. 11 en 12 over de benoeming en vervanging van mediators aangezien gedurende de looptijd van het project gebruik werd gemaakt van speciaal geselecteerde projectmediators. Ook art. 17 over de financiële afwikkeling bleef buiten toepassing.

²⁶⁰ Combrink-Kuiters, Niemeijer & Ter Voert 2003, p. 48.

²⁶¹ Combrink-Kuiters, Niemeijer & Ter Voert 2003, p. 31.

²⁶² Combrink-Kuiters, Niemeijer & Ter Voert 2003, p. 75. Bij maar twee van de drie deelnemende rechtbanken (Amsterdam en Zwolle) werd doorverwezen in bestuursrechtelijke zaken (Combrink-Kuiters, Niemeijer & Ter Voert 2003, p. 45).

²⁶³ Respectievelijk 22% en 35% (Combrink-Kuiters, Niemeijer & Ter Voert 2003, p. 75). 21% van de zaken had een belang van meer dan €45.000. Overigens werd in 49% van de zaken de omvang van het financiële belang niet gemeld op het formulier. Bij bestuursrechtelijke zaken is het financiële belang gemiddeld lager dan bij de civiele zaken (Combrink-Kuiters, Niemeijer & Ter Voert 2003, p. 75).

²⁶⁴ Combrink-Kuiters, Niemeijer & Ter Voert 2003, p. 66.

²⁶⁵ Combrink-Kuiters, Niemeijer & Ter Voert 2003, p. 77-78.

²⁶⁶ In het rapport wordt opgemerkt dat het gaat om een experimentele setting waarin ook risicovolle zaken werden doorverwezen (Combrink-Kuiters, Niemeijer & Ter Voert 2003, p. 77).

uitkomst (2.8). De verdeling van de waardering van de drie aspecten van het mediationproces levert op dat 17% van de partijen ontevreden is over de duur van de mediation, 22% over het verloop en 40% over de uitkomst.²⁶⁷ Als het gaat om de eigenschappen van de mediator zijn partijen het meest tevreden over zijn onpartijdigheid en de zorgvuldigheid (4.1), vervolgens over zijn betrokkenheid (4.0) en daadkracht (3.8). Het minst tevreden zijn partijen over de inhoudelijke deskundigheid. Gemiddeld zijn partijen over alle eigenschappen van de mediator samen tevreden (3.9).²⁶⁸

66% van de ondervraagde partijen bij een geslaagde mediation geeft aan dat de afspraken uit de vaststellingsovereenkomst volledig zijn nagekomen, 22% zegt dat dit gedeeltelijk het geval was en 12% geeft aan dat in het geheel niet is nagekomen. Van de overeenkomsten die geheel zijn nagekomen, is dat in 77% van de gevallen zonder problemen gebeurd en in 23% van de gevallen was nakoming meer problematisch.²⁶⁹

83% van de partijen die een geslaagde mediation achter de rug hebben, geeft na verloop van tijd nog aan (drie maanden na afronding) dat zij de gang naar mediation bij een toekomstig soortgelijk geschil weer zouden maken, tegenover 89% direct na afronding van de mediation.²⁷⁰ Als belangrijkste nadeel van mediation noemen partijen die een geslaagde mediation achter de rug hebben, het niet afdwingbaar zijn van de overeenkomst. In het WODC-rapport wordt opgemerkt dat dit opmerkelijk is aangezien partijen juist bij court-annexed mediation de mogelijkheid hebben om een executoriale titel aan hun overeenkomst te verbinden door middel van opname in een proces-verbaal, beschikking of vonnis.²⁷¹ Van 351 geslaagde zaken is bekend dat er een vaststellingsovereenkomst is gesloten.²⁷² Deze is vervolgens in 38% van de gevallen opgemaakt in executoriale vorm.²⁷³

In een kwart van de gevallen waarin de mediationafspraken niet (volledig) werden nagekomen, werd een nieuwe procedure gestart. Aangenomen kan worden dat hier geen zaken tussen zaten waarin de vaststellingsovereenkomst was opgemaakt in executoriale vorm. Eén op de zes partijen stapt opnieuw naar de mediator indien de wederpartij niet nakomt.²⁷⁴ In 95% van de civiele zaken waarin geen overeenstemming werd bereikt, valt men terug op een rechterlijke procedure.²⁷⁵

²⁶⁷ Gekeken is naar het totale aantal zaken, dus zowel geslaagde zaken als zaken waarin partijen niet tot overeenstemming zijn gekomen (Combrink-Kuiters, Niemeijer & Ter Voert 2003, p. 78).

²⁶⁸ Combrink-Kuiters, Niemeijer & Ter Voert 2003, p. 79.

²⁶⁹ Het responspercentage was 60% en de gemiddelde duur tussen de enquête en de laatste mediationbijeenvoering veertien maanden (Combrink-Kuiters, Niemeijer & Ter Voert 2003, p. 98, schema 3.4). Partijen wijten de (gedeeltelijke) niet-nakoming van de afspraken overigens aan hun tegenpartij. Slechts drie respondenten gaven aan dat zij degene waren die de afspraken hadden geschonden.

²⁷⁰ Dit verschil van 6% zou veroorzaakt kunnen worden doordat partijen teleurgesteld zijn in de uitvoering van de afspraken (Combrink-Kuiters, Niemeijer & Ter Voert 2003, p. 99). Zie ook Pel 2004a, p. 56.

²⁷¹ Combrink-Kuiters, Niemeijer & Ter Voert 2003, p. 100. De mogelijkheden tot het verkrijgen van een executoriale titel worden uitvoerig behandeld in hoofdstuk 7, par. 3 e.v.

²⁷² Dit is 59% van alle geslaagde zaken en het betreft vooral civiele zaken.

²⁷³ Combrink-Kuiters, Niemeijer & Ter Voert 2003, p. 100.

²⁷⁴ Combrink-Kuiters, Niemeijer & Ter Voert 2003, p. 99.

²⁷⁵ Combrink-Kuiters, Niemeijer & Ter Voert 2003, p. 101-102.

5.3.6. *Onderzoek geschilbeslechtingdelta 2003*

In de periode augustus 2002 tot maart 2004 heeft er een WODC-onderzoek plaatsgevonden dat een overzicht geeft van de mate waarin (potentieel) juridische problemen voorkomen in de maatschappij en hoe burgers die problemen oplossen.²⁷⁶ Uit de in 2003 gehouden enquêtes bleek dat over een periode van vijf jaar 67% van de Nederlanders één of meer (potentiële) rechtsproblemen heeft gehad waarvan 89% civielrechtelijk van aard was en 11% bestuursrechtelijk.²⁷⁷ In totaal is in 1541 zaken actie ondernomen waarvan in zestig gevallen de actie bestond uit het aanpakken van het probleem met behulp van mediation.²⁷⁸ Betrokkenen zijn op eigen initiatief (40%), via de andere partij (20%), de werkgever (11,7%) of via vrienden, familie of kennissen (8,3%) bij mediation terecht gekomen. Vooral de mogelijkheid om het eigen verhaal te doen, de oplossing in eigen hand te houden en een betere en snelle oplossing voor het conflict te krijgen liggen aan de keuze voor mediation ten grondslag.²⁷⁹

Partijen waren ook hier tevreden over het mediationproces. Men kon het verloop van de mediation over het algemeen goed tot zeer goed volgen (81,7%), had ruim voldoende de gelegenheid om zijn verhaal te doen (83,3%) en alle belangrijke punten waren aan de orde geweest (91,7%). Minder tevreden was men over de informatie die vooraf gegeven werd (53,4%). Bovendien was slechts 61,7% van de mensen overtuigd van de onpartijdigheid van de mediator. 48,3% van de zaken eindigde in gehele of gedeeltelijke overeenstemming. 71,6% van de respondenten zou weer kiezen voor mediation, 15% misschien en 13,3% (waarschijnlijk) niet.

Deze resultaten zijn minder gunstig dan die van het WODC-onderzoek 'Ruimte voor Mediation'. Dit komt waarschijnlijk omdat in het onderhavige onderzoek ook andere vormen van bemiddeling onder mediation werden gerekend.²⁸⁰

5.3.7. *Politiek besluitvorming*

Zoals in het inleidende hoofdstuk vermeld, is het bevorderen van ADR al jaren onderdeel van het justitiebeleid. Uit het onderzoek 'Ruimte voor mediation' blijkt dat er inderdaad ruimte is voor mediation binnen de justitiële infrastructuur.²⁸¹ Ook blijkt dat de doorverwijzing voorlopig nog gepaard zal dienen te gaan met een krachtig ondersteunend beleid, gezien de vooralsnog grote onbekendheid met mediation.²⁸²

²⁷⁶ Van Velthoven & Ter Voert 2003, p. 11; *Kamerstukken II*, 2003-04, 29 279, nr. 11, p. 1.

²⁷⁷ Van Velthoven & Ter Voert 2003, p. 81.

²⁷⁸ Dus 3,9% van het totaal van 1541 zaken waarin actie is ondernomen. 80% hiervan betrof civielrechtelijke zaken. Vooral in familierechtelijke zaken en in zaken betreffende het huren van woonruimte is verhoudingsgewijs veel gebruik gemaakt van mediation (Van Velthoven & Ter Voert 2003, p. 119, tabel 5.1).

²⁷⁹ Van Velthoven & Ter Voert 2003, p. 118.

²⁸⁰ Van Velthoven & Ter Voert 2003, p. 119. In het onderzoek 'mediation rechterlijke macht' scoorde de onpartijdigheid van de mediator 4.1 op een schaal van 5 en partijen kwamen daar in 61% van de gevallen tot overeenstemming.

²⁸¹ Wat de omvang van die ruimte is, viel niet af te leiden uit het project omdat er aan de ene kant aan het project beperkingen t.a.v. de omvang en aard van de mediations waren verbonden en aan de andere kant sprake was van extra stimuli om het gebruik van mediation te bevorderen (Combrink-Kuiters, Niemeijer & Ter Voert 2003, p. 184).

²⁸² Uit het project RM bleek dat 64% van de partijen pas via het project voor het eerst kennis maken met mediation (Combrink-Kuiters, Niemeijer & Ter Voert 2003, p. 167 en 174).

Vanuit het project werd aanbevolen om de faciliterende stijl van mediation toe te blijven passen, aangezien de evaluerende stijl overeenkomsten vertoont met de schikking ter comparitie en daarom onvoldoende aanvulling zou betekenen op de bestaande methoden van conflictoplossing binnen de justitiële infrastructuur.²⁸³ Ook zouden partijen uitdrukkelijk gewezen dienen te worden op de mogelijkheid van het verkrijgen van een executoriale titel.²⁸⁴ Immers kosten-, tijd- en werkdrukbesparingen doen zich niet voor in de situatie dat een partij niet nakomt en de wederpartij de gang naar de rechter moet maken om een executoriale titel te verkrijgen.²⁸⁵

Gezien de positieve resultaten van de experimenten met mediation heeft de minister in april 2004 bij brief aan de Tweede Kamer laten weten dat hij maatregelen wilde treffen om de toepassing van mediation verder te bevorderen, bestaande uit het inrichten van Juridische Loketten²⁸⁶ waar naar mediation kan worden verwezen en het creëren van voorzieningen bij de gerechten die doorverwijzing naar mediation mogelijk maken.²⁸⁷

Sinds 1 april 2005 worden gefaseerd doorverwijzingsvoorzieningen²⁸⁸ ingevoerd bij alle gerechten.²⁸⁹ De verwachting is dat dit proces in ieder geval in 2007 is voltooid.²⁹⁰ De verwijzing (het mediationaanbod door de rechter) kan plaatsvinden tijdens de zitting of schriftelijk voorafgaand aan zitting. Partijen hebben de keus om, na adequate voorlichting, al dan niet het mediationtraject in te gaan.²⁹¹ Partijen kunnen overigens ook zelf aangeven dat zij

²⁸³ Schikken ter comparitie (art. 87 Rv), kan niet gekwalificeerd worden als mediation en valt daarom buiten het bereik van dit onderzoek. Zie voor de kenmerken van mediation par. 2 van het onderhavige hoofdstuk.

²⁸⁴ Combrink-Kuiters, Niemeijer & Ter Voert 2003, p. 185.

²⁸⁵ Bij doorverwijzing naar mediation tijdens de mondelinge behandeling ter comparitie in dagvaardingszaken is de doorlooptijd bij een succesvolle mediation gemiddeld 141 dagen korter dan de doorlooptijd van contradictoire bodemzaken inclusief een comparitie na antwoord (exclusief de sector kanton). Als de mediation niet eindigt met overeenstemming bedraagt de vertraging gemiddeld 89 dagen ten opzichte van de situatie dat niet werd doorverwezen naar mediation (Eshuis & Van Es 2000, Te kennen uit: Combrink-Kuiters, Niemeijer & Ter Voert 2003, p. 107). Is doorverwezen tijdens de mondelinge behandeling in een kortgedingprocedure en slaagt de mediation, dan wordt in 10% van de gevallen een bodemprocedure uitgespaard. Dit levert een tijdwinst op van 141 dagen. In 90% van de geslaagde mediations wordt wel een bodemprocedure gestart en wordt het traject van geschiloplossing verlengd met 92 dagen (de doorlooptijd van een geslaagde mediation) (Combrink-Kuiters, Niemeijer & Ter Voert 2003, p. 107). Een vergelijking van doorlooptijden tussen mediation en rechterlijke afdoening in familierechtelijke zaken bleek niet mogelijk (Combrink-Kuiters, Niemeijer & Ter Voert 2003, p. 107-108).

²⁸⁶ Het eerste Juridische Loket is opgericht in het voorjaar van 2004 (*Kamerstukken II*, 2003-04, 29 528, nr. 1, p. 10). Het Juridisch Loket is een nieuwe landelijke publieksvoorziening in het kader van de gesubsidieerde rechtsbijstand en het neemt een deel van de taken over van de huidige Bureaus Rechtshulp. Deze bureaus verdwijnen of worden omgevormd tot sociale advocatenkantoren. Er zijn op het moment dertig vestigingen van het Juridisch Loket in Nederland.

²⁸⁷ *Kamerstukken II*, 2003-04, 29 528, nr. 1, p. 1 en 7 e.v.; *Kamerstukken II*, 2006-07, 30 145, nr. 6, p. 3.

²⁸⁸ Dit houdt in dat in zaken die daartoe geschikt worden bevonden door de rechter aan partijen een mediationaanbod wordt gedaan. Zie *Kamerstukken II*, 2003-2004, 29 528, nr. 1, p. 10.

²⁸⁹ In december 2006 boden 22 gerechten mediation naast rechtspraak aan (Combrink & Pel 2006, p. 490).

²⁹⁰ *Kamerstukken II*, 2006-07, 30 145, nr. 6, p. 3. Twee jaar na aanvang van de invoering van de doorverwijzingsvoorzieningen volgt een tussenevaluatie van de resultaten en na vier jaar zal een eindevaluatie volgen (*Kamerstukken II*, 2006-07, 30 145, nr. 6, p. 3).

²⁹¹ *Kamerstukken II*, 2003-04, 29 528, nr. 1, p. 10-11. Rechters kunnen niet in hun werkzame uren als mediator optreden noch in hun niet-werkzame uren mediations in hun eigen arrondissement doen (*Kamerstukken II*, 2003-04, 29 528, nr. 1, p. 11).

voor mediation voelen. Doorverwijzing zal niet verplicht worden gesteld gezien art. 19 van de Grondwet en art. 6 EVRM.²⁹²

Mediators die willen bemiddelen in zaken die zijn doorverwezen door een Juridisch Loket of de rechter zullen aan bepaalde kwaliteitseisen dienen te voldoen. Er is regulering vanuit de branche door bijvoorbeeld het NMI. Ook is certificering van mediators sinds 1 mei 2003 mogelijk.²⁹³ Er is echter nog onvoldoende zekerheid ten aanzien van de kwaliteit en daarom wil de minister in overleg met betrokkenen additionele criteria stellen.²⁹⁴

5.3.8. Resultaten doorverwijzingsvoorziening

Van 1 april 2005 tot eind oktober 2006 zijn in totaal tweeduizend zaken vanuit de gerechten naar mediation gegaan. Eind oktober waren 912 zaken ingevoerd in het systeem waarmee beëindigde mediations worden gemonitord. Van deze 912 zaken was de helft familiegerelateerd.²⁹⁵ Van de 912 zaken is tweederde geheel (57%) of gedeeltelijk (7%) geslaagd. Het merendeel van de zaken komt van de rechtbanken (87%). 8% is afkomstig van de sector kanton en 5% van de hoven. Bijna driekwart van de ruim 720 mediations is civielrechtelijk. Het slagingspercentage van de civiele zaken ligt op 58%.²⁹⁶

De tevredenheid van partijen kan onderverdeeld worden in tevredenheid over de mediator en over de procedure. Ongeacht de uitkomst van de mediation is 88% van de partijen (zeer) tevreden over de onpartijdigheid van de mediator, nog eens 88% is (zeer) tevreden over zijn zorgvuldigheid en 86% is (zeer) tevreden over hoe de mediator leiding geeft. Partijen zijn meer tevreden over de mediator als de mediation geslaagd is.²⁹⁷ De 467 ingeschreven mediators voor deelname aan de doorverwijzingsvoorziening zijn NMI gecertificeerd of lid van de vFAS.²⁹⁸

Over de uitkomst van mediation is slechts een krappe meerderheid (zeer) tevreden, maar hieronder bevinden zich ook de mediations die niet geslaagd zijn. Bij de wel geslaagde mediations is 83% (zeer) tevreden over het resultaat van de mediation. 67% van partijen is (zeer) tevreden over de duur van de mediation. De gemiddelde doorlooptijd vanaf de start van de mediation tot de laatste bijeenkomst is in civiele zaken 47 dagen. 20% van de zaken werd op dezelfde dag afgedaan. De maximale doorlooptijd bedroeg 311 dagen. Het gemiddelde aantal bijeenkomsten ligt op drie, het maximum bedroeg dertien bijeenkomsten. Het gemiddelde aantal contacturen is 6,3. Het maximale aantal contacturen was zestig.²⁹⁹

²⁹² *Kamerstukken II*, 2003-04, 29 528, nr. 2, p. 11. Partijen zullen zelf de kosten voor de mediation moeten dragen. Er zal wel een tijdelijke (maximaal vijf jaar) vaste kostenvergoeding voor mediation komen ter stimulering van het gebruik ervan (€200). Deze zal vervallen wanneer mediation meer bekendheid krijgt. Indien dit bedrag niet toereikend is voor het bereiken van een overeenkomst, zal de mediation op eigen kosten voortgezet dienen te worden. Partijen onder een bepaalde inkomensgrens zullen een tegemoetkoming in de kosten voor mediation ontvangen, geregeld in de Wet op de Rechtsbijstand (*Kamerstukken II*, 2003-04, 29 528, nr. 1, p.11-13). Hiervoor is aanpassing van de Wet op de Rechtsbijstand nodig, zie *Kamerstukken II*, 2005-06, 30 436, nr. 2.

²⁹³ *Kamerstukken II*, 2003-04, 29 528, nr. 2, p. 17.

²⁹⁴ *Kamerstukken II*, 2003-04, 29 528, nr. 1, p. 13-14.

²⁹⁵ Pel 2006, p. 193.

²⁹⁶ Combrink & Pel 2006, p. 490.

²⁹⁷ Combrink & Pel 2006, p. 490-491.

²⁹⁸ Combrink & Pel 2006, p. 491

²⁹⁹ Combrink & Pel 2006, p. 491-492

6. MEDIATION IN DE VERENIGDE STATEN

Zoals in de inleiding al werd aangegeven, is mediation in de Verenigde Staten reeds veel meer gemeengoed dan in Nederland. In de volgende paragrafen zal kort de ontwikkeling van de mediationpraktijk in de Verenigde Staten geschetst worden. Bij de bespreking ligt de nadruk op de mediationpraktijk van de drie geselecteerde staten (Californië, Florida en Texas). Deze staten zullen in hoofdstuk 4 nog uitgebreid aan bod komen wanneer de status van de vaststellingsovereenkomst volgend op een geslaagde mediation besproken wordt.

6.1. Inleiding

De moderne mediationmethode ontstond in de Verenigde Staten in de jaren zestig en zeventig van de vorige eeuw uit onvrede met de gerechtelijke procedure.³⁰⁰ De kritiek was destijds dat de gerechtelijke procedure te duur was, te veel tijd in beslag nam en in veel zaken geen bevredigend resultaat gaf. Bovendien zouden partijen in een gerechtelijke procedure onvoldoende controle over hun geschil hebben omdat zij afhankelijk zijn van advocaten voor het overbrengen van hun standpunt, en van de rechter voor een beslissing in het conflict.³⁰¹ Mediation zou partijen de controle over hun conflict teruggeven door zij rechtstreeks en actief in het proces en in de uitkomst te laten participeren.³⁰²

Als gevolg van de belangstelling voor mediation, had elke Amerikaanse staat midden jaren negentig een of meer *court-connected* mediationprogramma's – dus mediationprogramma's verbonden aan een gerecht – die soms mediation in het algemeen, soms mediation op een bepaald rechtsgebied regelden.³⁰³ Een voorbeeld van een algemene regeling is de Texaanse ADR Act die rechters de bevoegdheid geeft om zaken naar een ADR procedure te verwijzen.³⁰⁴ Een voorbeeld van mediation op een deelgebied is de Californische Insurance Code § 10089.82, die speciale regels geeft voor mediation in verzekeringszaken.³⁰⁵

Ook meer dan de helft van de federale rechtbanken had in diezelfde periode een mediationprogramma.³⁰⁶ Elke federale rechtbank heeft op grond van de federale ADR Act uit 1998 de verplichting om een ADR procedure in civiele zaken aan te bieden.³⁰⁷

³⁰⁰ Vooral bij de federale hoven constateerde men in de jaren zeventig een toename van het aantal zaken. Mede hierdoor ontstond bij het publiek, de advocatuur en de rechterlijke macht belangstelling voor alternatieve vormen van geschilbeslechting (Cole, McEwen & Rogers (Mediation: Law, Policy and Practice), §5:2). In 1976 kwamen juridische beroepsoefenaars bijeen op de Pound Conference om de algemene onvrede met het rechtssysteem te bespreken. Deze bijeenkomst wordt door velen gezien als het beginpunt van de moderne mediationbeweging (Kovach 2000, p. 28-29; Nolan-Haley 1996, p. 57-58).

³⁰¹ Welsh 2001, p. 15-16.

³⁰² Welsh 2001, p. 16. Aan mediation liggen dus verschillende argumenten ten grondslag, variërend van idealistisch (betere oplossing van het conflict) tot economisch (minder druk op de gerechten). Zie ook Cole, McEwen & Rogers (Mediation: Law, Policy and Practice), §5:2).

³⁰³ Judith Filner e.a 1995. Te kennen uit: Wissler, p. 200. Zie voor een overzicht van mediationwetgeving in de staten, Cole, McEwen & Rogers (Mediation: Law, Policy and Practice), Appendix C).

³⁰⁴ Texas Civil Practice & Remedies Code §154.001-073.

³⁰⁵ Nadeel van specifieke regelgeving is dat de mediationwetgeving versnipperd raakt; specifieke rechtsgebieden hebben dan hun eigen mediationbepaling(en). Voordeel is dat de betreffende mediationbeplanning goed toegesneden kan worden op het type conflict, bijv. als het gaat om de vraag naar de billijkheid van de uitkomst en van het proces (Cole, McEwen & Rogers (Mediation: Law, Policy and Practice), §12:1).

³⁰⁶ Plapinger & Stienstra 1996, p. 15-17.

³⁰⁷ 28 U.S.C.A. §652 (a); 28 U.S.C.A. §651 (b).

6.2. Ethische regels

Door het toenemende gebruik van mediation ontstond de behoefte aan kwaliteitseisen en gedragscodes voor mediators. In sommige staten werd hieraan tegemoet gekomen in lokale court rules, terwijl in andere staten de kwaliteitseisen werden opgenomen in de wet.³⁰⁸

In Florida heeft bijv. het statelijke hoogerechtshof de kwaliteitseisen en ethische regels voor door de rechter benoemde mediators uitgevaardigd (de Florida Rules for Certified and Court-Appointed Mediators).³⁰⁹ Deze gedragscode bepaalt onder meer dat zelfbeschikking van partijen uitgangspunt is, en dat de mediator geen druk mag uitoefenen en niet bewust onware informatie over feiten of omstandigheden aan partijen mag geven.³¹⁰

In Texas zijn de kwaliteitseisen voor mediators opgenomen in de wet.³¹¹ Ook een aantal (summiere) gedragsvoorschriften voor mediators is bij wet geregeld. In Texas is het de mediator net als in Florida niet toegestaan om partijen tot schikken te dwingen.³¹² Bovendien heeft Texas sinds 1994 Ethical Guidelines for Mediators waarin uitgebreide algemene gedragsvoorschriften voor mediators worden gegeven en die mediators als leidraad voor hun handelen kunnen nemen.³¹³

Californië heeft Standards of Practice for California Mediators.³¹⁴ Hierin staat dat de mediator onpartijdig dient te zijn, en als hij dat niet is, moet hij dat in ieder geval duidelijk aangeven.³¹⁵ Ook worden regels gegeven voor mediators die bemiddelen in civiele geschillen in court-connected mediation programma's (de California's Ethical Standards for Mediators). In beide regelingen staan zelfbeschikking en vrijwillige deelname voorop.³¹⁶

Op nationaal niveau hebben organisaties als de American Arbitration Association (AAA), de American Bar Association (ABA) en de Association of Family and Conciliation Courts (AFCC), gedragscodes voor mediators in het leven geroepen, zoals de Model Standards of Conduct for Mediators (door de AAA, ABA en the Association for Conflict Resolution) en de Model Standards of Practice for Family and Divorce Mediation, een gezamenlijk project van onder meer de ABA en de AFCC.³¹⁷ In de beide Model Standards is zelfbeschikking van

³⁰⁸ Cole, McEwen & Rogers (Mediation: Law, Policy and Practice), §11:2).

³⁰⁹ Rule 10.010 e.v., Florida Rules for Certified and Court-Appointed Mediators. Een mediator die wordt benoemd om in zaken op rechtbankniveau (met uitzondering van het familierecht) te bemiddelen, dient minimaal veertig uur training achter de rug te hebben, de afgelopen vijf jaar lid te zijn geweest van de Florida Bar of een gepensioneerd rechter te zijn, twee mediations te hebben bijgewoond en onder supervisie twee mediations te hebben gedaan en of *good moral character* zijn (Rule 10.100 (c) 1 t/m 4). De regels zijn te raadplegen op www.flcourts.org. De regels zijn in mei 2006 aangepast en er is een puntensysteem geïntroduceerd voor mediators, dat meer flexibel zou zijn dan het systeem van verplichte opleidingseisen (931 So. 2d 877 (Supreme Court of Florida 2006); Cole, McEwen & Rogers (Mediation: Law, Policy and Practice), §11:2). Vanaf augustus 2007 is certificering alleen mogelijk als een mediator aan de eisen van het puntensysteem voldoet.

³¹⁰ Rule 10.310 a t/m d, Florida Rules for Certified and Court-Appointed Mediators.

³¹¹ §154.052 Texas Civil Practice and Remedies Code. Ook in Texas geldt dat de mediator minstens veertig uur mediationstraining moet hebben gevolgd.

³¹² §154.053 Texas Civil Practice and Remedies Code.

³¹³ Te raadplegen op www.texasadr.org.

³¹⁴ De regels zijn het product van zelfregulering door de California Dispute Resolution Council (CDRC).

³¹⁵ Zie ook *Helm III v. Furia*, 111 Cal. App. 4th 945 (2003).

³¹⁶ Beide regelingen zijn te raadplegen op www.mediate.com.

³¹⁷ Zowel de Model Standards of Conduct for Mediators als de Model Standards for Family and Divorce Mediators zijn te raadplegen op www.abanet.org. De Model Standards of Conduct voor mediators zijn herzien in 2005. Ze gelden voor alle praktijkgebieden. Door het totstandkomingsproces en het brede draagvlak kunnen de Model

partijen uitgangspunt. Hier vloeit uit voort dat het proces vrijwillig is. De mediator mag hiervan niet afwijken (standard I van beide gedragsregels). Ook informed consent is van groot belang, zowel met betrekking tot het proces van mediation (standard III: ‘A family mediator shall facilitate the participants understanding of what mediation is and assess their capacity to mediator before the participants reach an agreement to mediate’) als met betrekking tot de uitkomst (standard VI: ‘A family mediator shall structure the mediation process so that the participants make decisions bases on sufficient information and knowledge’).³¹⁸ Informed consent vloeit in de Model Standards of Conduct for Mediators voort uit zelfbeschikking (standard I).

6.3. Uniform Mediation Act

Een ander gevolg van de toenemende belangstelling voor mediation was dat de vertrouwelijkheid van mediationcommunicatie geregeld moest worden. Vertrouwelijkheid is een kernelement van mediation, maar zonder wetgeving is de verplichting om de mediationinformatie vertrouwelijk te behandelen slechts contractueel van aard. In eerste instantie werd de vertrouwelijkheid van mediation in de staten afzonderlijk geregeld wat resulteerde in een groot aantal wetten over het onderwerp. Door al deze verscheidenheid in wetgeving ontstond eind jaren negentig de behoefte aan een algemene en uniforme regeling van vertrouwelijkheid voor het hele grondgebied van de Verenigde Staten.³¹⁹ Dit leidde in 2001 tot de Uniform Mediation Act (UMA). De Act is inmiddels in acht staten en het District of Columbia van kracht.³²⁰

Grondbeginsel van de UMA is dat het gebruik van mediationcommunicatie niet is toegestaan in een gerechtelijke procedure. Dit resulteerde in een verschoningsrecht voor partijen en de mediator. Maar ook de fairness van het mediationproces wordt belangrijk gevonden. Daarom tracht de UMA een balans te vinden tussen de beide uitgangspunten. Dit gebeurt onder meer door bepalingen die uitzonderingen op de verschoningsrechten toestaan (section 6), die mediators opdragen belangenverstrengelingen te melden (section 9) en die toestaan dat partijen een advocaat of een andere ondersteuner bij zich hebben tijdens de mediation (section 10).³²¹

Bij de uitzondering op het verschoningsrecht wordt de spanning duidelijk tussen enerzijds het belang van vertrouwelijkheid en anderzijds overwegingen van fairness. Immers, indien de vertrouwelijkheid absoluut is en niets van wat in de mediation heeft plaatsgevonden openbaar mag worden gemaakt, kan noch het bestaan van een settlement noch een gebrek in de wilsvorming worden bewezen.³²² Dit heeft consequenties voor de mogelijkheid om nakoming af te kunnen dwingen, en voor de mogelijkheid tot toetsing van de rechtvaardigheid van het

Standards for Family and Divorce Mediators als nationale regels voor de scheidingsbemiddelaar beschouwd worden. De regels zijn *work in progress* en worden steeds bijgesteld. Zie voor een uitgebreide bespreking van deze regels, Chin-A-Fat 2004, p. 310 e.v.

³¹⁸ Model Standards of Practice for Family and Divorce Mediation.

³¹⁹ Er is regelgeving op het gebied van mediation in 2500 verschillende wetten. Een uniforme wet is vooral van belang als partijen uit verschillende staten komen en niet duidelijk is welk recht van toepassing zal zijn op hun geschil.

³²⁰ De UMA is zowel van toepassing op court-annexed als op private mediation (Unif. Med. Act. §3, Reporter’s Notes 2; Deason, 2005, p. 562). Voor een lijst van de staten verwijs ik naar voetnoot 52 in hoofdstuk 1.

³²¹ Unif. Med. Act, Refs & Annos, prefatory note.

³²² Deason 2005, p. 562.

mediationproces en de inhoud van de settlement. De UMA kiest in dit spanningsveld voor een tussenoplossing; er is geen gebruik gemaakt van een automatische *bright-line* uitzonderingsbepaling die bij elk aangevoerd gebrek in de totstandkoming de vertrouwelijkheid van de mediationcommunicatie opzij zet, noch wordt aan de vertrouwelijkheid in elke situatie vastgehouden. De UMA laat het oordeel of in een bepaald geval de vertrouwelijkheid gerespecteerd moet worden over aan de rechter.³²³ Deze beslist na een *in camera hearing* (een zitting zonder publiek) waarin de verschillende belangen tegenover elkaar worden afgewogen, of het bewijs van wat tijdens de mediation heeft plaatsgevonden, toelaatbaar is. Tot deze conclusie zal de rechter alleen komen als het bewijs niet op een andere manier verkregen kan worden, en als de noodzaak voor bewijslevering substantieel zwaarder weegt dan het belang van vertrouwelijkheid.³²⁴

7. MEDIATION EN EUROPA

7.1. Europese Richtlijn

Op 22 oktober 2004 hebben het Europees Parlement en de Raad een voorstel gedaan voor een Richtlijn betreffende bepaalde aspecten van bemiddeling in burgerlijke en handelszaken (verder: de concept-of ontwerprichtlijn).³²⁵ De in de conceptrichtlijn opgenomen implementatiedatum is 1 september 2007. In commissiekringen wordt ervan uit gegaan dat de ontwerprichtlijn in gewijzigde vorm ten opzichte van de versie uit 2004 in 2007 aangenomen zal worden.³²⁶ Vóór de implementatiedatum moeten de lidstaten hun wetgeving hebben aangepast om aan het doel van de in de ontwerprichtlijn opgenomen bepalingen – het bevorderen van de toegang tot geschilbeslechtsingsprocedures – te voldoen.³²⁷ Het is duidelijk dat deze datum niet gehaald zal worden, aangezien de richtlijn nog niet vastgesteld is.

Het bevorderen van bemiddeling gebeurt ten eerste via bepalingen die het gebruik van overheidsrechtspraak en bemiddeling op elkaar afstemmen door voor de civiele procedure een aantal minimumeisen te stellen.³²⁸ Hiertoe draagt de conceptrichtlijn aan de lidstaten op dat aan

³²³ Deason 2005, p. 570.

³²⁴ Unif. Med. Act §6 (b) (2), Reporter's Notes 11; Deason 2001, p. 64.

³²⁵ COM (2004) 718 definitief; 2004/0251 (COD)/(OJ 2006/C49/12). In de Engelse versie van het voorstel tot Richtlijn wordt de term 'mediation' gebruikt. De Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak (NVvR) wijst er in een advies over de Richtlijn daterend van 20 oktober 2005 op dat 'mediation' en 'bemiddeling' in Nederland een andere inhoud hebben. 'Mediation' ziet op onderhandelingen op grond van belangen en de mediator kan niet zelf met voorstellen komen. Bij bemiddeling komen ook de juridische standpunten van partijen aan bod en de bemiddelaar kan zelf voorstellen doen. Bemiddeling vindt bijv. plaats door de rechter in het kader van eens schikkingpoging (art. 87 lid 1 Rv). Zie voor de afbakening van het onderzoek hoofdstuk 1, par. 4. Het advies van de NVvR is te raadplegen op www.verenigingvoorrechtspraak.nl. Uit art. 2 (a) van de concepttekst blijkt dat onder bemiddeling wordt verstaan: 'alle procedures, ongeacht hun benaming, in het kader waarvan twee of meer partijen bij een geschil door een derde partij worden bijgestaan met het oog op het bereiken van een overeenkomst over de beslechting van het geschil, ongeacht of de procedure is ingeleid door de partijen, is voorgesteld of gelast door een rechterlijke instantie dan wel wordt voorgeschreven door de nationale wetgeving van een lidstaat.' Deze definitie is ruimer dan de definitie die in het inleidende hoofdstuk gegeven is van mediation. Pogingen van de rechter om een geschil tijdens de gerechtelijke behandeling van het geschil op te lossen, vallen niet onder de definitie (art. 2 (a)).

³²⁶ Het wetgevingsproces kan worden gevolgd op <http://eur-lex.europa.eu/nl>.

³²⁷ Art. 9 lid 1 van het voorstel tot Richtlijn; Jagtenberg 2004, p. 102; Art. 1 lid 1 van het voorstel tot Richtlijn;

Toelichting §1.1.1. bij COM (2004) 718 definitief.

³²⁸ Art. 1 lid 1 van het voorstel tot Richtlijn; Toelichting §1.1.1. bij COM (2004) 718 definitief.

de vaststellingsovereenkomst een executoriale titel verbonden dient te kunnen worden zodat deze op dezelfde wijze als een rechterlijke uitspraak uitvoerbaar wordt (art. 5), wijdt de conceptrichtlijn een bepaling aan het verschoningsrecht voor bemiddelaars (art. 6) en aan de schorsing van de verjaringstermijnen (art. 7).³²⁹

Ten tweede probeert de ontwerprichtlijn de rechterlijke instanties van de lidstaten de nodige instrumenten te verschaffen om zo het gebruik van bemiddeling actief te bevorderen.³³⁰ Hiertoe bepaalt art. 3 van de conceptrichtlijn dat de rechter partijen kan verzoeken van bemiddeling gebruik te maken.

De ontwerprichtlijn geeft geen regels voor de bemiddelingsprocedure en de aanstelling en accreditatie van bemiddelaars, omdat niet duidelijk is of voor deze onderwerpen wetgeving geschikt is of dat dit aan zelfregulering door de branche moet worden overgelaten.³³¹

Wat is nu het belang van de conceptrichtlijn voor de Nederlandse mediationpraktijk? Als de richtlijn vastgesteld wordt, moeten er wettelijke maatregelen worden genomen zodat wordt voldaan aan de eisen die de richtlijn stelt. Maar onduidelijk is of de richtlijn ook ziet op geschillen die geen grensoverschrijdende gevolgen hebben.³³² Mocht dit zo zijn dan zijn de consequenties van de richtlijn voor mediation in Nederland beperkter. In 2005 is begonnen met het instellen van doorverwijsvoorzieningen bij alle gerechten. Aan art. 3 van de ontwerprichtlijn wordt dus voldaan. Ook bestaan er in Nederland al mogelijkheden om de vaststellingsovereenkomst in executoriale vorm op te maken. Dit kan door middel van een notariële akte, een proces-verbaal (art. 87 Rv) en opname in een vonnis of beschikking.³³³ Een wettelijk verschoningsrecht kennen wij echter niet. Tot nu toe berust de vertrouwelijkheid van de mediationcommunicatie op de mediationovereenkomst. Dit betekent dat de geheimhoudingsplicht voor partijen en de mediator dus slechts contractueel van aard is.³³⁴ Op grond van de ontwerprichtlijn zou in Nederland wel een wettelijke regeling moeten komen. Ook de gevolgen voor de verjaringstermijnen in geschillen die worden onderworpen aan mediation, zijn in Nederland niet wettelijk geregeld. Wij kennen immers in het geheel geen wettelijke bepalingen die zien op mediation.³³⁵

De Minister van Justitie is niet gecharmeerd van Europese regulering op het gebied van mediation. In zijn ogen doet regulering af aan de flexibiliteit van mediation en moet niet ingegrepen worden in een rechtsgebied dat zonder overheidsregulering weinig problemen

³²⁹ De NVvR spreekt van een verschoningsplicht omdat het de mediator wordt verboden bepaalde verklaringen of getuigenissen af te leggen. Zie par. 3.2.6 van haar advies van 20 oktober 2005.

³³⁰ Art. 1 lid 1 van het voorstel tot Richtlijn; Toelichting §1.1.1. bij COM (2004) 718 definitief.

³³¹ Toelichting §1.1.1. bij COM (2004) 718 definitief. Art. 4 van de conceptrichtlijn bepaalt dat de Commissie en de lidstaten de ontwikkeling en naleving van de vrijwillige gedragscodes door bemiddelaars en bemiddelingsproviders moeten bevorderen. Ook de opleiding van bemiddelaars dient te worden bevorderd en gestimuleerd.

³³² *Kamerstukken II*, 2004-05, 22 112, nr. 362, p. 3-4.

³³³ De mogelijkheden tot het verkrijgen van een executoriale titel komen in de volgende hoofdstukken uitgebreid aan bod.

³³⁴ Zoals art. 4 NM mediationovereenkomst jo art. 7 NMI mediationreglement 2001; Barendrecht, Brenninkmeijer & Pel 2004a, p. 14.

³³⁵ Die regelgeving zal er zowel voor de waardering van het bewijs verkregen uit mediation als voor de verjaringstermijnen dienen te komen indien het Commissievoorstel in grote lijnen ongewijzigd wordt vastgesteld (*Kamerstukken II*, 2004-05, 22 112, nr. 362, p. 1).

geeft.³³⁶ De vraag is echter hoe lang mediation nog weinig problemen zal geven. Het is nog een jong fenomeen en er zijn nog niet veel zaken door mediation afgedaan. Tijdens de looptijd van het project RM zijn 973 zaken door middel van mediation afgedaan.³³⁷ Ter vergelijking, op jaarbasis worden zeventienduizend civiele zaken in eerste aanleg afgehandeld.³³⁸

7.2. European Code of Conduct

Op 2 juli 2004 werd de European Code of Conduct voor mediators uitgebracht. De gedragsregels voor mediators zijn geen formele Europese regelgeving maar het resultaat van zelfregulering door de mediationbranche; bij de totstandkoming van de gedragsregels heeft de Europese Commissie slechts een ondersteunende rol gespeeld. De Europese gedragsregels zien op mediation in burgerlijke en handelszaken. Mediators kunnen zich vrijwillig aan de regels aanpassen. Ook mediationaanbieders kunnen de regels onderschrijven en zo de bij hen aangesloten mediators aan de Code of Conduct binden.³³⁹

De gedragsregels zijn onderverdeeld in vier artikelen. Art. 1 ziet op de bevoegdheid en de benoeming van de mediator. Art. 2 op diens onafhankelijkheid en onpartijdigheid. Art. 3 op de processuele aspecten, namelijk de mediationovereenkomst, het proces, de schikking en de kosten. Art. 3 bepaalt uitdrukkelijk dat de mediator rekening moet houden met mogelijke machtsverschillen tussen de partijen, en met rechtsregels. Ook moet de mediator er voor zorgen dat partijen voldoende gelegenheid hebben om te participeren in de mediationprocedure. Als de mediator meent dat er een vaststellingsovereenkomst tot stand komt die niet afdwingbaar of in strijd met de wet is, kan hij de mediation beëindigen. Opmerkelijk is dat de European Code uitdrukkelijk bepaalt dat de mediator er voor moet waken dat de settlement het resultaat is van *knowing and informed consent* en dat partijen de overeenkomst begrijpen. Het mediationproces berust op vrijwilligheid en de mediator kan op verzoek van partijen binnen de grenzen van zijn bevoegdheid aangeven hoe ze de overeenkomst kunnen formaliseren en bindend kunnen maken. Als laatste regelt art. 4 de geheimhoudingsplicht van de mediator.

³³⁶ De minister wil dan ook 'de door de Europese Commissie (en sommige andere lidstaten) aan de dag gelegde voortvarendheid temperen' (*Kamerstukken II*, 2003-04, 29 528, nr. 2, p. 10 en *Kamerstukken II*, 2004-05, 22 112, nr. 362, p. 4 e.v.). Zijn zorg wordt gedeeld door Wackie Eysten die opmerkt dat de ontwerprichtlijn een bijna absolute zwijgplicht voor de mediator creëert, en dat de bepaling betreffende de verjaring tot onzekerheid leidt omdat niet duidelijk is wanneer de diverse termijnen gaan lopen (Wackie Eysten 2005f, p. 147-148). De opvatting dat zware regulering van mediation onwenselijk is en de Europese Commissie misschien iets in haar enthousiasme moet worden geremd, vinden we ook bij Asser, Groen & Vranken 2006, p. 42-43. Zie voor kanttekeningen door de NVvR geplaatst bij art. 6 en 7 van de conceptrichtlijn, par. 3.2.6 t/m 3.2.8 van haar advies van 20 oktober 2005.

³³⁷ Par. 5.3.5.1. van dit hoofdstuk. In maart 2000 begonnen de rechtbank en het hof Arnhem als eerste met doorverwijzen. In september 2000 startte de rechtbank Amsterdam als laatste (Combrink-Kuiters, Niemeijer & Ter Voert 2003, p. 45).

³³⁸ Reiling 2003, p. 2288. Zie voetnoot 5 in hoofdstuk 1.

³³⁹ Bovenstaande informatie is afkomstig uit de Toelichting bij de European Code of Conduct on Mediation, alsmede van Jagtenberg 2005, p. 38. De gedragsregels en de toelichting zijn te raadplegen op <http://europa.eu.int>. Het NMI heeft de regels nog niet overgenomen (Jagtenberg 2005, p. 39).

8. MEDIATION EN DE VERENIGDE NATIES

In november 2002 keurde de Algemene Vergadering van de Verenigde Naties de UNCITRAL Model Law on International Commercial Conciliation goed.³⁴⁰ Tot op heden hebben Nicaragua, Canada (beide 2005), Kroatië (2003) en Hongarije (2002) wetgeving op basis van de UNCITRAL Model Law (ML) aangenomen.

De ML heeft als onderwerp mediation in internationale commerciële geschillen en bestaat uit 14 artikelen die zien op het mediationproces.³⁴¹ Het gaat om een summiere procedurele regeling en het staat partijen vrij om aanvullende regels van toepassing te verklaren op hun mediationprocedure (art. 6.1).³⁴² De ML regelt onder meer de benoeming van de conciliators, de vertrouwelijkheid van het proces en de communicatie tussen partijen en de derde.³⁴³ De ML laat de wijze waarop een settlement agreement afgedwongen kan worden over aan de staten die de ML in hun wetgeving overnemen, omdat een oplossing voor het afdwingen van settlement agreements die wereldwijd aanvaardbaar was, niet gevonden kon worden.³⁴⁴ Art. 14 bepaalt alleen dat de settlement verbindend en afdwingbaar is.

De Amerikaanse staten hebben in 2003 de mogelijkheid gekregen om de ML tegelijk met de UMA te implementeren. Hiertoe is een bepaling aan de UMA toegevoegd waarin wordt bepaald dat als een Amerikaanse staat de UMA overneemt, automatisch ook de ML van kracht wordt.³⁴⁵ Voor binnenlandse en niet-commerciële mediations geldt dan de UMA en voor internationale commerciële geschillen de ML.³⁴⁶ Deze constructie is in het leven geroepen om te voorkomen dat de Amerikaanse staten allemaal hun eigen aanpassingen zouden doen bij overname van de ML in hun wetgeving. Dit is onwenselijk omdat het voor buitenlandse partijen dan moeilijk te overzien wordt welke aanpassingen in welke staten zijn gemaakt. De vrees is

³⁴⁰ De ML is beïnvloed door de UNCITRAL Conciliation Rules uit 1980 en door de UMA (Sekolec & Getty 2003, p. 194). De UNCITRAL Conciliation Rules geven processuele regels voor mediations in commerciële geschillen. Zowel organisaties die mediation aanbieden als partijen kunnen de regels gebruiken om het mediationproces te structureren. De Conciliation Rules zijn te raadplegen op <http://www.uncitral.org>. Ook verschillende aanbieders van ADR in internationale conflicten zoals de International Chamber of Commerce (ICC) hebben processuele regels in het leven geroepen.

³⁴¹ De ML definieert 'conciliation' heel breed als een proces waarbij een derde partijen assisteert bij het bereiken van een minnelijke oplossing van hun conflict. De derde heeft niet de bevoegdheid om aan partijen een oplossing van hun geschil op te leggen (art. 1.3 van de ML), maar mag wel voorstellen tot schikking doen (art. 6.4). Wat in Nederland en de Verenigde Staten onder 'mediation' wordt verstaan, valt onder deze definitie. Ook 'international' wordt ruim gedefinieerd; als een geschil internationale aspecten heeft valt het onder de ML. Ook indien de zaak geen internationale dimensie heeft, kunnen partijen de ML van toepassing laten zijn. Dit kunnen ze bereiken door simpelweg overeen te komen dat de zaak internationale aspecten heeft (Conway 2004, p. 96-97). Ook staten die de ML uitvaardigen kunnen deze van toepassing verklaren op binnenlandse geschillen (Sekolec & Getty 2003, p. 184).

³⁴² Zulke regels zouden onder meer de UNCITRAL Conciliation Rules kunnen zijn of de regels die een mediationaanbieder hanteert (Sekolec & Getty 2003, p. 184).

³⁴³ Art. 5, 7, 9 en 10 van de ML.

³⁴⁴ De UNCITRAL commissie die was belast met het opstellen van de ML wilde een makkelijke en snelle procedure voor het afdwingen van settlement agreements, maar de verschillen in procesrecht tussen de rechtsstelsels bleken te groot voor harmonisatie op dit terrein. Zie de Guide to enactment and use of the UNCITRAL Model Law on International Commercial Conciliation (2002), comments to article 14. Te raadplegen op www.uncitral.org. Zie ook Brenninkmeijer & Shelkopyas 2004, p. 224-225.

³⁴⁵ Washington D.C. en Utah hebben in 2006 de UMA aangenomen, inclusief het supplement waarmee de ML van kracht wordt. Staten kunnen overname van de ML overigens weigeren.

³⁴⁶ Unif. Med. Act §11 (b), comment 4.

dat dit het gebruik van mediation zal schaden.³⁴⁷ De bepalingen betreffende de vertrouwelijkheid van mediationcommunicatie uit de UMA zijn ook van toepassing op internationale commerciële mediations, zodat partijen het voordeel hebben van de omvangrijkere bescherming van de vertrouwelijkheid die de UMA biedt.³⁴⁸

³⁴⁷ Unif. Med. Act §11. Zie ook de amendment to the Uniform Mediation Act (2003), section 11, International commercial mediation, Prefatory note.

³⁴⁸ Unif. Med. Act §11 (a), (c) and comment. Partijen kunnen hier overigens bij overeenkomst afstand van doen (Unif. Med. Act §11 and comment 1).

3. De vaststellingsovereenkomst

1. INLEIDING

In het vorige hoofdstuk is een beschrijving gegeven van mediation en ben ik ingegaan op het gebruik en de regulering van mediation in Nederland en de Verenigde Staten. Als mediation succesvol wordt doorlopen, eindigt het proces met een vaststellingsovereenkomst, tenzij de gemaakte afspraken geen juridisch afdwingbare verplichtingen bevatten. In het onderhavige hoofdstuk staat de vaststellingsovereenkomst naar Nederlands recht centraal. De regeling is opgenomen in titel 7.15 van het Burgerlijk Wetboek, maar de vaststellingsovereenkomst komt ook in verschillende gedaanten verspreid over het Burgerlijk Wetboek voor; de alimentatieovereenkomst (art. 1:158 BW), de boedelbeschrijving (art. 4:146 lid 2 BW), de overeenkomst van grensvastlegging (art. 5:31 BW) en het boetebeding (art. 6:91 BW) zijn alle vaststellingsovereenkomsten. Ook in het belastingrecht komt de vaststellingsovereenkomst voor in de vorm van het fiscale compromis. Voorzover het echtscheidingsconvenant een regeling geeft ter beëindiging van onzekerheid of geschil, valt het onder de werking van titel 7.15.¹

Ook regelt titel 7.15 het geval dat partijen aan een derde opdragen een beslissing te nemen ter beëindiging van hun onzekerheid of geschil (bindend advies) en de situatie dat zij dit aan een van hen opdragen (bindende partijbeslissing). Deze vormen van de vaststellingsovereenkomst zullen slechts dan aan de orde komen als dit voor een goed begrip van vaststellingsovereenkomsten gesloten na een geslaagde mediation, noodzakelijk is.

De aandacht is in dit hoofdstuk gericht op de vaststellingsovereenkomst ter beëindiging van onzekerheid of geschil.² De geschiedenis, definitie en de totstandkoming van de vaststellingsovereenkomst worden besproken. Ook wordt uitvoerig ingegaan op de mogelijkheden tot aantasting. In par. 6 wordt ingegaan op het vastleggen van de vaststellingsovereenkomst in akten. Het gaat hierbij om bewijsrechtelijke aspecten en de notariële zorgplicht. In par. 7 staat tenuitvoerlegging van executoriale titels centraal en in par. 8 wordt ingegaan op problemen van samenloop van aantasting en tenuitvoerlegging. In par. 9 wordt ten slotte het rechtskarakter van het arbitraal schikkingsvonnis besproken.

2. GESCHIEDENIS

De vaststellingsovereenkomst bestond reeds in het Romeinse recht en was daar bekend onder de naam 'transactio'. De overeenkomst werd als volgt omschreven: 'wie tot schikking voorgeat, doet dit betreffende een ongewisse zaak en over een proces waarvan de afloop onzeker is, en

¹ Zie ook Rb. Utrecht 23 januari 2002, *NJ* 2002/310; Zonnenberg 2001, p. 104; Kleijn & Van Duivendijk-Brand 1986, p. 202-207; vFAS model echtscheidingsconvenant. Zie over gemengde overeenkomsten Asser/Hartkamp 2005, nr. 48 e.v.

² Zie hoofdstuk 1, par. 4.

dat nog niet beëindigd is'.³ Via de receptie van het Romeinse recht en de Franse Code Civil is de transactio in 1838 in de negentiende titel van het Vierde Boek van het oud BW terechtgekomen onder de naam 'dading'. De dading had echter een beperkter toepassingsgebied dan de originele Romeinse transactio.⁴

Uit art. 1888 oud BW blijkt dat een dading een overeenkomst is waarbij partijen ter beëindiging of voorkoming van een geding hun rechtsverhouding onderling vaststellen onder het doen van wederzijdse opofferingen. Voor de rechtsgeldigheid van de dading is een geschrift vereist.⁵

Bij de transactio kon het object van de schikking zowel een ongewisse zaak (onzekerheid) als een geding (proces) waarvan de afloop onzeker was, zijn. Bij de dading is de onzekerheid als zelfstandig object weggefallen. Slechts onzekerheid die aanleiding zou kunnen geven tot een geding kan object van dading zijn. In de wettelijke regeling van de vaststellingsovereenkomst is de koppeling tussen onzekerheid en het voorkomen of beëindigen van een geding losgelaten. Hiermee is aansluiting gevonden bij de Romeinse transactio en is de cirkel weer rond.⁶

Met de invoering van de wettelijke regeling van de vaststellingsovereenkomst op 1 september 1993 in titel 7.15 van het nieuw Burgerlijk Wetboek is de regeling van de dading uit het BW verdwenen; de dading is opgegaan in de vaststellingsovereenkomst.⁷ De huidige regeling van de vaststellingsovereenkomst startte in 1993 met zeven artikelen⁸ en kent sinds de toevoeging van vier artikelen over de collectieve schadeovereenkomst in 2005 – voor dit onderzoek verder niet van belang – elf artikelen.⁹

3. DEFINITIE

Art. 7:900 BW omschrijft de vaststellingsovereenkomst en luidt voorzover relevant:

'Lid 1. Bij een vaststellingsovereenkomst binden partijen ter beëindiging of ter voorkoming van onzekerheid of geschil omtrent hetgeen tussen hen rechtens geldt,

³ Van Zijst 2001, p. 4.

⁴ Zie voor enige historische notities hierover, Van Zijst, p. 4 e.v.

⁵ Asser/Kleijn 1988, nr. 359; A.A. van Rossum 2001, p. 2.

⁶ Van Zijst 2001, p. 4-12.

⁷ In 1983 werd het wetsontwerp 17 779 ingediend ter invoering en vaststelling van de titels 7.7 (opdracht), 7.9 (bewaarneming), 7.14 (borgtocht) en 7.15 (vaststellingsovereenkomst) (*Kamerstukken II* 1982-83, 17 779, nr. 1-3). In 1990 zijn titel 7.9 (bewaarneming) en 7.14 (borgtocht) uit het ontwerp gelicht, omdat ze al wet waren geworden. Zie hiervoor *Kamerstukken II*, 1989-90, nr. 4, p. 10. De vaststellingsovereenkomst bleef wetsvoorstel en werd uiteindelijk bij wet van 27 mei 1993, *Stb.* 1993/309 vastgesteld. Bij Koninklijk Besluit van 25 juni 1993, *Stb.* 1993/373 werd 1 september 1993 aangewezen als datum voor inwerkingtreding.

⁸ Het voorontwerp Meijers uit 1972 telde er nog elf (Ontwerp voor een Nieuw Burgerlijk Wetboek van Prof. Mr. E.M. Meijers ingevolge opdracht van de minister van Justitie opgesteld onder leiding van mr. F.J. de Jong. Tekst vierde gedeelte (boek 7) en Toelichting vierde gedeelte (boek 7). 's-Gravenhage: Staatsdrukkerij- en uitgeverijbedrijf 1972). Deze teruggang komt door het schrappen van een speciale dwalingsbepaling en de overgang van een declaratief naar een dispositief stelsel (Van Zijst 2001, p. 75-76. Zie voor het onderscheid declaratief – dispositief par. 4 van het onderhavige hoofdstuk).

⁹ Wet van 23 juni 2005 tot wijziging van het Burgerlijk Wetboek en het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering teneinde de collectieve afwikkeling van massaschades te vergemakkelijken (Wet collectieve afwikkeling massaschade), *Stb.* 2005/340. Inwerkinggetreden op 27 juli 2005 (*Stb.* 2005/380).

zich jegens elkaar aan een vaststelling daarvan, bestemd om ook te gelden voor zover zij van de tevoren bestaande rechtstoestand mocht afwijken.

Lid 2. De vaststelling kan tot stand komen krachtens een beslissing van partijen gezamenlijk of krachtens een aan een van hen of aan een derde opgedragen beslissing'.

Onder deze definitie zou ook de overeenkomst van arbitrage vallen, ware het niet dat deze overeenkomst in lid 4 van toepassing van titel 7.15 BW is uitgezonderd.¹⁰ De vaststelling bindt partijen. Hiermee voldoet de vaststellingsovereenkomst aan de eisen van een obligatoire overeenkomst in de zin van art. 6:213 BW.¹¹ Vanwege de gelaagde structuur van het BW is het algemene overeenkomstenrecht (titel 6.5) en de regeling van de rechtshandelingen (titel 3.2) van toepassing op totstandkoming en uitleg van vaststellingsovereenkomsten.¹²

De discussie of een vaststellingsovereenkomst naar zijn aard een wederkerige overeenkomst is en hoe deze discussie zich verhoudt tot de opmerking in de toelichting voorontwerp dat het doen van wederzijdse concessies niet vereist is voor het bestaan van een vaststellingsovereenkomst, wordt in de literatuur uitgebreid besproken.¹³ De vraag naar de wederkerigheid van de vaststellingsovereenkomst is voornamelijk interessant bij ontbinding van vaststellingsovereenkomsten en dit onderwerp valt buiten het bestek van dit onderzoek.¹⁴ Om deze reden voert het te ver om de problematiek van de wederkerigheid hier te behandelen.

¹⁰ Zie ook toelichting voorontwerp titel 7.15, p. 1132.

¹¹ *Kamerstukken II*, 1982-83, 17 779, nr. 3, p. 36. Zie ook A.A. van Rossum 2001, p. 8; Mac Lean & Wachter (GRS), art. 7:900 BW, aantekening 2; Meijer 1992, p. 54. Anders: Hesens & Smits 2006a, p. 33. Zij menen dat op grond van de schakelbepaling van art. 6:216 BW de regeling van de obligatoire overeenkomst ook van toepassing is op de vaststellingsovereenkomst.

¹² De obligatoire overeenkomst is een species van de rechtshandelingen (Asser/Hartkamp 2005 nr. 5 en 24; Broekema-Engelen 2005, art. 7:900, aant. 2a; Croes e.a. 1995, p. 383; Wessels 1998, p. 488; De Kluiver & Jongeneel 2006, p. 15).

¹³ De toelichting voorontwerp stelt dat voor een dading vereist is dat beide partijen concessies doen, terwijl een vaststellingsovereenkomst ook kan bestaan indien de tegemoetkomingen geheel van één kant komen (toelichting voorontwerp, titel 7.15, p. 1132). De memorie van toelichting stelt dat een vaststellingsovereenkomst wederkerig is op het moment dat partijen elkaar ingevolge de vaststellingsovereenkomst over en weer een tegemoetkoming moeten doen en lijkt hiermee de wederkerigheid dus afhankelijk te stellen van de inhoud van de beslissing (*Kamerstukken II*, 1982-83, 17 779, nr.3, p. 41). Van Schaick stelt zich daarentegen op het standpunt dat de eventuele wederkerigheid van de vaststellingsovereenkomst is gelegen in de bereidheid van partijen om afstand te doen van hun initiële positie. In deze bereidheid zou het wederkerige karakter tot uiting komen. Daarmee zou niet van belang zijn of de bereidheid daadwerkelijk resulteert in het doen van concessies. Die zouden ook van één kant kunnen komen. Dit zou betekenen dat de vaststellingsovereenkomst per definitie wederkerig is (Asser/Van Schaick 2004, nr. 256 en 267 e.v.). De benadering van Van Schaick snijdt weliswaar hout voor de indirecte vaststelling, maar niet voor de directe vaststelling (waarover in par. 4 meer). Juist omdat voor het bepalen van de wederkerigheid de uiteindelijk concessies niet van belang zijn, kan bij een directe vaststelling nooit getoetst kan worden of die bereidheid tot het afstand doen van de initiële positie er wel was (par. 4). Bij de indirecte vaststelling is het al dan niet doen van concessies niet meer in handen van partijen maar van een derde. Daar kan dus inderdaad gesteld worden dat partijen bereid zijn concessies te doen; ze geven zich immers over aan het oordeel van een derde. Gezien mijn twijfels bij de zienswijze van Van Schaick volg ik de benadering van wederkerigheid van de wetgever. Met deze benadering als uitgangspunt zullen in de praktijk veruit de meeste mediated vaststellingsovereenkomsten wederkerig zijn. Zie voor verder discussie over de wederkerigheid van de vaststellingsovereenkomst onder meer: A.A. van Rossum 2001, p. 8-9 en Luttik 1992, p. 182.

¹⁴ Zie voor ontbinding van de vaststellingsovereenkomst, Luttik 1992, p. 179 e.v.

Als partijen een vaststellingsovereenkomst zijn aangegaan, zijn zij hieraan gebonden. Tegenbewijs is niet meer relevant. Rechtsens doet het er niet toe als de werkelijke rechtsverhouding anders is dan partijen in de vaststellingsovereenkomst zijn overeengekomen. Partijen wilden immers hun onzekerheid of geschil uit de wereld hebben.¹⁵ Als partijen een bewijsovereenkomst¹⁶ hebben gesloten en later tot de conclusie komen dat hun werkelijke rechtsverhouding afwijkt van wat zij overeenkamen, moet de rechter met de werkelijke toestand rekening houden.¹⁷ Dit vormt het verschil tussen een vaststellingsovereenkomst en een bewijsovereenkomst. In art. 7:900 lid 3 wordt overigens de bewijsovereenkomst waarbij tegenbewijs wordt uitgesloten met een vaststellingsovereenkomst gelijkgesteld.¹⁸

Met betrekking tot de beëindiging of voorkoming van de onzekerheid of het geschil is het voldoende dat partijen feitelijk onzeker zijn of een geschil hebben, dan wel dit voor de toekomst vrezen. Objectieve onzekerheid is niet vereist. Wel is vereist dat de onzekerheid betrekking heeft op wat rechtens tussen partijen geldt.¹⁹

De vraag is of de vaststellingsovereenkomst een kansovereenkomst is (art. 7A:1811 BW). De definitie luidt dat een kansovereenkomst een handeling is waarvan de uitkomsten (met betrekking tot voordeel en nadeel), hetzij voor alle partijen, hetzij voor eenige derzelve, van een onzekere gebeurtenis afhangen.

Van Schaick meent van dat de vaststellingsovereenkomst geen kansovereenkomst is omdat de verbintenissen die krachtens de vaststellingsovereenkomst op partijen rusten, bepaald worden door de beslissing die ter voorkoming van de rechterlijke uitspraak wordt genomen en niet door de rechterlijke uitspraak (de onzekere gebeurtenis).²⁰ Deze mening deel ik. Bij de vaststellingsovereenkomst ontbreekt de onzekere gebeurtenis; deze doet zich niet voor, omdat partijen juist om die gebeurtenis te vermijden een vaststellingsovereenkomst aangaan. Dit neemt niet weg dat er wel een risico-element in de vaststellingsovereenkomst besloten ligt.²¹ Partijen nemen het risico dat hun rechtsverhouding anders is dan zij bij vaststellingsovereenkomst hebben bepaald. Dit betekent dat de vaststellingsovereenkomst voor een partij ongunstiger kan uitpakken dan bijvoorbeeld bij een rechterlijk oordeel over het geschil het geval zou zijn, maar de eventuele voor- of nadelen doen niet hun intrede als gevolg van een onzekere

¹⁵ A.A. van Rossum 2001, p. 7.

¹⁶ De bewijsovereenkomst is een overeenkomst door middel waarvan partijen van de wettelijke bewijsvoorschriften afwijken of twijfel omtrent de toepasselijkheid van een wettelijk bewijsvoorschrift oplossen (Asser/Hartkamp 2005, nr. 28).

¹⁷ A.A. van Rossum 2001, p. 7-8; MacLean & Wachter (GRS), titel 7.15, vaststellingsovereenkomst, inleiding, aantekening 3.

¹⁸ De bewijsovereenkomst die tegenbewijs uitsluit, is praktisch niet te onderscheiden van de vaststellingsovereenkomst, aldus de memorie van toelichting bij het voorontwerp (art. 7.15.1, p. 1136). Zie ook Broekema-Engelen 2005, art. 7:900, aantekening 5. De rechtsgeldigheid van de bewijsovereenkomst die tegenbewijs uitsluit, is vrijwel unaniem aanvaard (Asser/Hartkamp 2005, nr. 29).

¹⁹ Memorie van toelichting voorontwerp, p. 1135; Asser/Van Schaick 2004, nr. 263; Broekema-Engelen 2005, art. 7:900, aantekening 2b.

²⁰ Asser/Van Schaick 2004, nr. 258.

²¹ Asser/Hartkamp 2005, nr. 241.

gebeurtenis. De classificatie 'kansovereenkomst' heeft geen praktische consequenties, dus ik ga er verder niet op in.²²

Art. 7:900 BW is gebaseerd op een materieelrechtelijke opvatting van de vaststellingsovereenkomst. Partijen stellen in een vaststellingsovereenkomst vast wat rechtens tussen hen geldt. Deze formulering is ruimer dan de tussen partijen bestaande rechtsverhouding, aangezien onder de huidige formulering de vaststelling ook betrekking kan hebben op een absoluut recht. Bovendien kunnen partijen vaststellen dat er tussen hen juist geen rechtsverhouding bestaat.²³

4. TOTSTANDKOMING

Op grond van het tweede lid van art. 7:900 BW kan een vaststelling tot stand komen krachtens een beslissing van partijen gezamenlijk of krachtens een aan één van hen of aan een derde opgedragen beslissing. Wordt de beslissing opgedragen aan een derde dan spreken wij van bindend advies. In geval een partij de beslissing neemt, van een bindende partijbeslissing.

De vaststellingsovereenkomst uit titel 7.15 is een consensuele overeenkomst; voor de totstandkoming is de enkele wilsovereenstemming voldoende. Zij kan dus volledig vormvrij (dus ook mondeling) worden aangegaan.²⁴ Toch doen partijen er verstandig aan de vaststellingsovereenkomst vast te leggen in een onderhandse of authentieke akte om later bewijsproblemen te voorkomen.²⁵

In titel 7.15 worden de begrippen *vaststellingsovereenkomst*, *beslissing* en *vaststelling* gebruikt. Deze termen dienen onderscheiden en onderling afgebakend te worden. Ik begin met het onderscheid tussen *vaststellingsovereenkomst* en *beslissing*.

De beslissing komt tot stand op grond van de vaststellingsovereenkomst. Vaststellingsovereenkomst en beslissing vallen samen en kunnen dus niet als twee in de tijd gescheiden fasen worden gezien, indien de beslissing door partijen gezamenlijk wordt genomen. Dit wordt ook wel *directe* vaststelling genoemd. Wel kan het bij de directe vaststelling zo zijn dat de vaststellingsovereenkomst meer omvat dan alleen de beslissing die een einde maakt aan de onzekerheid of het geschil, bijv. als de vaststellingsovereenkomst nog andere kwesties regelt (zogenaamde nevenbedingen).²⁶

Bij bindend advies vallen de vaststellingsovereenkomst en de beslissing niet samen, de zogenaamde *indirecte* vaststelling.²⁷

²² Zie ook Asser/Hartkamp 2005, nr. 42.

²³ Toelichting voorontwerp bij art. 7.15.1, p. 1135. Zie ook A.A. van Rossum 2001, p. 7; Broekema-Engelen 2005, art. 7:900, aantekening 2c; Asser/Van Schaick 2004, nr. 255.

²⁴ Zie voor de consensuele overeenkomst: Asser/Hartkamp 2005, nr. 52 e.v.

²⁵ Par. 6.1 van dit hoofdstuk. Zie voor de eisen die aan de mediated vaststellingsovereenkomst worden gesteld par. 5.2.5.1, 5.2.5.3 en 5.2.5.4 van hoofdstuk 2.

²⁶ Zie ook Van Zijst 2001, p. 60.

²⁷ Dit onderscheid is terug te voeren op Scheltema 1935, p. 455-456. Zie ook Boon 1945, p. 6-7. In de literatuur (o.a. door A.A. van Rossum 2001, p. 15 en door Mac Lean & Wachter (GRS), titel 7.15, vaststellingsovereenkomst, art. 7:902, aantekening 2) wordt gesteld dat *vaststelling* en *vaststellingsovereenkomst* samenvallen bij een directe vaststelling. Deze formulering is niet juist in het licht van de terminologie van titel 7.15 waar met de vaststelling het rechtsgevolg wordt bedoeld (MvT, p. 37). Deze onzorgvuldigheid is er waarschijnlijk ingeslopen doordat het al

Stein meent dat de vaststellingsovereenkomst en de beslissing wel degelijk als twee onderscheiden fasen gezien moeten worden en dat zij ook in de tijd van elkaar gescheiden kunnen worden. Ter illustratie: als partijen in hun overeenkomst een clausule opnemen waarin bepaald wordt dat toekomstige conflicten over deze overeenkomst opgelost zullen worden door een beslissing van partijen gezamenlijk, dan is deze clausule naar zijn mening een vaststellingsovereenkomst. De beslissing van partijen die genomen wordt nadat het eventuele conflict zich inderdaad heeft voorgedaan, is na voldaan te hebben aan de uitvoeringshandelingen, de vaststelling.²⁸ Dus in de visie van Stein zou een mediationclausule een vaststellingsovereenkomst zijn.

Jongbloed daarentegen meent dat een mediationclausule geen vaststellingsovereenkomst is, omdat partijen zich in de mediationclausule *niet binden* aan een vaststelling ter beëindiging van een geschil omtrent hetgeen tussen hen rechtens geldt.²⁹ Ik sluit me hierbij aan. Mediation is een vrijwillig proces en partijen kunnen de mediation op elk gewenst moment beëindigen, dus ook voordat een beslissing is genomen. Dit betekent dat de mediationclausule niet voldoet aan de definitie van art. 7:900 lid 1 BW. Hetzelfde zou gelden voor een clausule waarin partijen overeenkomen dat ze door middel van onderhandelingen hun toekomstige geschil zullen oplossen.

Bij de wettelijke regeling van de vaststellingsovereenkomst is gekozen voor de dispositieve leer. Deze leer houdt in dat de overeengekomen nieuwe rechtstoestand, uitgaande van de verschillende veronderstellingen over de oude toestand waar het geschil of de onzekerheid betrekking op heeft, op de bij obligatoire overeenkomsten gebruikelijke wijze moet worden gerealiseerd door levering, afstand van recht of wat voor de verwerkelijking van die nieuwe rechtstoestand anderszins vereist is.³⁰ Op basis van art. 7:901 lid 2 zijn partijen verplicht om de noodzakelijke handelingen te verrichten om de nieuwe rechtstoestand tot stand te brengen.³¹

Hiermee hangt het onderscheid tussen *beslissing* en *vaststelling* samen. De vaststelling komt tot stand krachtens de beslissing. Vaststelling wordt gebruikt in de betekenis van de rechtstoestand die door de nakoming van de op de vaststelling gerichte verbintenissen wordt bewerkstelligd.³²

oude onderscheid tussen directe en indirecte vaststelling uitgebreid aan de orde kwam in een artikel van Luttkik (Luttkik 1994, p. 260 en Luttkik 1992, p. 179), waar zij stelt dat bij een directe vaststelling, vaststellingsovereenkomst en vaststelling samenvallen en bij een indirecte vaststelling niet, met daarbij de uitdrukkelijke aantekening dat zij de terminologie van de wet niet volgt en 'vaststelling' gebruikt in de betekenis van 'beslissing'. Iets wat in de latere literatuur niet meer vermeld wordt. Ik volg de terminologie van de wet en waar in de literatuur 'vaststelling' wordt gebruikt voor 'beslissing' houd ik vast aan 'beslissing'. Overigens is de wetgever zelf ook slordig geweest en spreekt van 'vaststelling' waar het 'beslissing' zou moeten zijn, zoals in art. 7:902 en art. 7:906 lid 1 BW. Zie ook Asser/Van Schaick 2004, nr. 254.

²⁸ Stein 1981, 433 e.v.

²⁹ Jongbloed 2005, p. 47. Zie in dezelfde zin Asser/Van Schaick 2004, nr. 259. En ook Luttkik 1994, p. 262. Zij meent dat indirecte vaststelling door partijen gezamenlijk niet kan, zoals Stein verdedigt, vanwege de eis dat de verbintenissen die partijen op zich nemen bepaalbaar moeten zijn op grond van art. 6:227 BW.

³⁰ Mac Lean & Wachter, titel 7.15, vaststellingsovereenkomst, inleiding, aantekening 4.

³¹ Broekema-Engelen 2005, art. 7:901 BW, aantekening 3.

³² *Kamerstukken II*, 1982-83, 17 779, nr. 3, p. 37; Asser/Van Schaick 2004, nr. 254; Wessels 1998, p. 488; Broekema-Engelen 2005, art. 7:900 BW, aantekening 4b.

De keuze voor de dispositieve leer heeft tot gevolg dat beslissing en vaststelling samenvallen in de tijd als er géén nadere uitvoeringshandelingen nodig zijn (art 7:901 lid 3), en niet samenvallen als die wél nodig zijn (art. 7:901 lid 1 en 2).³³

Om het voor de duidelijkheid kort samen te vatten; chronologisch is de volgorde dus: vaststellingsovereenkomst, beslissing en vaststelling. Bij de indirecte vaststelling vallen vaststellingsovereenkomst en beslissing niet in de tijd samen; de partijen nemen de beslissing tot bindend advies of een bindende partijbeslissing (de vaststellingsovereenkomst) en vervolgens brengt een derde of de aangewezen partij advies uit (de beslissing). Bij de directe vaststelling kan dit onderscheid in de tijd niet gemaakt worden; vaststellingsovereenkomst en beslissing vallen samen. Als er geen uitvoeringshandelingen nodig zijn, vallen beslissing en vaststelling zowel bij de directe als de indirecte vaststelling samen.

5. AANTASTING

In de volgende paragrafen zal geïnventariseerd worden wat de gronden voor aantasting van een vaststellingsovereenkomst kunnen zijn. Hierbij staat de vaststellingsovereenkomst waarbij partijen gezamenlijk een beslissing nemen ter beëindiging van hun geschil, centraal. Dit is immers de verschijningsvorm van de vaststellingsovereenkomst na een geslaagde mediation.³⁴ Andere typen vaststellingsovereenkomsten worden alleen behandeld voorzover ze relevant zijn voor de doelstelling van het onderzoek.

5.1. Dwingend recht

Art. 7:902 BW bepaalt dat een vaststelling ter *beëindiging* van onzekerheid of geschil op vermogensrechtelijk gebied ook geldig is indien zij in strijd is met dwingend recht, tenzij zij ook in strijd is met de goede zeden of openbare orde.³⁵ Het artikel is alleen van toepassing indien het gaat om een vaststelling op vermogensrechtelijk gebied.³⁶ Een

³³ Aldus ook Mc Lean & Wachter, titel 7.15, vaststellingsovereenkomst, art. 7:900, aantekening 4.

³⁴ Zie par. 4 van hoofdstuk 1.

³⁵ Art. 7:902 BW. Slechts de vaststelling zelf mag in strijd zijn met dwingend recht, maar eventuele nevenbedingen die ook in de vaststellingsovereenkomst zijn opgenomen, kunnen getoetst worden aan art. 3:40 BW (toelichting voorontwerp, p. 1141; *Kamerstukken II* 1982-83, 17 779, nr. 3, p. 36). Zie ook Van Zijst 2001, p. 60. Bovendien ziet art. 7:902 slechts op de vaststelling *ter beëindiging* van onzekerheid en geschil en niet op voorkoming daarvan. Dit wordt in de toelichting gemotiveerd door te stellen dat bij een vaststelling vooraf minder rekening zal worden gehouden met de geldende rechtsregels (toelichting voorontwerp, p. 1141). Zie ook Van Zijst 2001, p. 61. Het begrip dwingend recht in art. 7:902 is ruimer dan strijd met een dwingende wetsbepaling (3:40 lid 2 BW spreekt over een wet in formele zin) (Broekema-Engelen 2005, art. 7:902 BW, aantekening 3a). Anders: A.A. van Rossum 2001, p. 20.

³⁶ Vaststellingen (lees: beslissingen) buiten het vermogensrecht kunnen onbeperkt aan dwingend recht worden getoetst. Zij zullen in veel gevallen buiten het vermogensrecht dus weinig zin hebben, aangezien juist buiten het vermogensrecht veel bepalingen van dwingend recht zijn. Gaat het om een vermogensrechtelijke verhouding die voortkomt uit een rechtsfeit van niet-vermogensrechtelijke aard, dan kan de vaststelling die zich beperkt tot de vermogensrechtelijke aspecten dwingend recht doorbreken (A.A. van Rossum 2001, p. 19 e.v.; toelichting voorontwerp, p. 1141). Zie ook Van Zijst 2001, p. 61. Zie voor een nuancering van de opvatting dat de beslissing strijdig kan zijn met dwingend recht, verderop in deze paragraaf.

aantal auteurs meent dat de wetgever in het onderhavige artikel met ‘vaststelling’ ‘beslissing’ heeft bedoeld.³⁷ Een opvatting die ik onderschijf.³⁸

Deze interpretatie van art. 7:902 BW, van ‘vaststelling’ naar ‘beslissing’, heeft consequenties. Zoals ik in de vorige paragraaf heb aangegeven, wordt in de literatuur het onderscheid tussen *directe* en *indirecte* vaststelling gemaakt. Gesteld wordt dat een beslissing van partijen gezamenlijk een *directe* vaststelling is, en een bindend partij beslissing of bindend advies een *indirecte* vaststelling. Wij hebben gezien dat bij een *directe* vaststelling, vaststellingsovereenkomst en beslissing samenvallen.³⁹

Een veelvoorkomende opvatting in de literatuur, in navolging van de toelichting voorontwerp, is dat de vaststelling (lees: beslissing) in strijd mag zijn met dwingend recht (art. 7:902), maar dat de vaststellingsovereenkomst onverkort getoetst kan worden aan art. 3:40 BW.⁴⁰ Dit is inderdaad de situatie bij de indirecte vaststelling. Maar deze scheiding van vaststellingsovereenkomst en beslissing is naar mijn mening niet zo maar mogelijk bij de directe vaststelling. Daar vallen vaststellingsovereenkomst en beslissing immers samen. Hun lot is dus verbonden.⁴¹ Zij dienen dan beide getoetst te worden aan art. 7:902 BW.⁴² Immers, art. 7:902 BW is een *lex specialis* is ten opzichte van art. 3:40 lid 2 BW.

Op grond van art. 7:902 geldt dus voor de directe vaststelling dat zowel de vaststellingsovereenkomst als de beslissing in strijd mogen zijn met dwingend recht (mits zij samenvallen), tenzij ze door inhoud of strekking ook in strijd zijn met de goede zeden en de openbare orde.⁴³ Dat deel van de vaststellingsovereenkomst dat de beslissing van partijen omvat, kan dus niet onverkort getoetst worden aan art. 3:40 BW. Dit lijkt ook juist in het licht van de ratio achter de bepaling, namelijk dat partijen er een te respecteren belang bij hebben om in geval van onzekerheid of geschil in der minne een oplossing te kunnen bereiken, ook als hun problemen met dwingend recht verweven blijken te zijn.⁴⁴

Maar nu komt de volgende moeilijkheid in zicht. Het is namelijk onduidelijk hoe art. 3:40 lid 2 precies geïnterpreteerd moet worden. Als dit artikellid slechts ziet op het aangaan van de overeenkomst (de contractsluiting), zoals de Toelichting-Meijers suggereert, verandert er weinig door de conclusie dat bij de directe vaststelling ook de vaststellingsovereenkomst

³⁷ Onder meer Asser/Van Schaick 2004nr. 274; Broekema-Engelen 1999, p. 172; Luttik 1994, p. 268.

³⁸ Zie voetnoot 27.

³⁹ Zie de vorige paragraaf.

⁴⁰ Toelichting voorontwerp, p. 1142. Voor de literatuur, zie onder meer Brenninkmeijer, Schutte & Spierdijk 2005, p. 81; Broekema-Engelen 2005, art. 7:902 BW, aantekening 2a.

⁴¹ Zie ook A.A. van Rossum 2001, p. 21 en Luttik 1992, p. 268. Ik volg dus niet de opvatting van Stein die stelt dat indirecte vaststelling door partijen gezamenlijk mogelijk is. Zie par. 4.

⁴² De verwarring is misschien ontstaan doordat de rechtspraak bij art. 7:902 bijna allemaal ziet op de indirecte vaststelling, en in het bijzonder op het verzekeringsrechtelijke indenniteitsbeginsel. De Hoge Raad heeft herhaaldelijk aangegeven dat een beslissing van schadetaxateurs met betrekking tot de grootte van de geleden schade, berust op een tussen partijen gesloten vaststellingsovereenkomst in de zin van titel 7.15 BW. De beslissing van het schadebedrag door de taxateurs kan niet worden aangetast vanwege het feit dat het indenniteitsbeginsel (een dwingend rechtelijk principe) is geschonden. Zie o.m.: HR 5 april 1991, *NJ* 1992/244 m.nt. PvS; HR 11 september 1998, *NJ* 1998/851; HR 14 februari 1992, *NJ* 1992/245 m.nt. PvS en HR 17 december 1993, *NJ* 1994/243.

⁴³ Art. 3:40 lid 1 BW. Vgl. H.J. Snijders 1999, p. 160.

⁴⁴ Toelichting voorontwerp, p. 1140; Broekema-Engelen 1999, p. 169-170.

strijdig mag zijn met dwingend recht.⁴⁵ Immers, strijd met dwingend recht naar inhoud en strekking valt in deze wethistorische visie toch al niet onder lid 2. Dit lid ziet dan slechts op het aangaan van een overeenkomst in strijd met de wet. In deze visie is het in strijd met de openbare orde om zich tot prestaties te verplichten die de wet verbiedt en dus valt die situatie onder lid 1.⁴⁶ Opgemerkt dient wel te worden dat niet al het dwingend recht van openbare orde is en dus niet alle overeenkomsten met een verboden inhoud of strekking nietig zijn op grond van lid 1.⁴⁷

Als lid 2 ruim uitgelegd wordt, zoals Hogervorst, Hijma en Snijders bepleiten, en daaronder ook strijd met dwingend recht naar inhoud en strekking valt, kunnen de inhoud en strekking van de vaststellingsovereenkomst dus niet getoetst worden aan lid 2 voorzover vaststellingsovereenkomst en beslissing samenvallen.⁴⁸ De vaststellingsovereenkomst mag dan in tegenstelling tot andere overeenkomsten in strijd zijn met dwingend recht, mits dit dwingend recht niet tevens van openbare orde is. Het bewust opzij zetten van een regel van dwingend recht is in ieder geval strijdig met de openbare orde.⁴⁹ Bovendien mag de beslissing van partijen bij de uitleg, de toepassing of niet-toepassing van een regel van dwingend recht niet een standpunt inhouden waar men in redelijkheid niet toe heeft kunnen komen. Hierbij maakt het niet uit of dit standpunt bewust dan wel door onoplettendheid is ingenomen.⁵⁰

Op niet-vermogensrechtelijke beslissingen zijn bovenstaande overwegingen vanzelfsprekend niet van toepassing, aangezien art. 7:902 BW voor dit type beslissingen niet geldt.

5.2. Openbare orde en goede zeden

Zoals in de vorige paragraaf duidelijk werd, mag de vaststelling (beslissing) niet in strijd zijn met de openbare orde of goede zeden (art. 7:902).⁵¹ De openbare orde ziet op de wijze waarop de maatschappij is ingericht. De goede zeden is een moreel begrip.⁵² Vaststellingen

⁴⁵ Parl. Gesch. Boek 3, p. 191-192. Broekema-Engelen gaat uit van deze wethistorische interpretatie en komt tot de opmerkelijke conclusie dat art. 7:902 de toetsing van de vaststellingsovereenkomst verder oprekt ten opzichte van andere overeenkomsten, in plaats van aan banden legt (Broekema-Engelen 1999, p. 178).

⁴⁶ Toelichting-Meijers, p. 191.

⁴⁷ Zie onder meer Broekema-Engelen 1999, p. 174.

⁴⁸ Hoogervorst 1999, p. 150; Hijma 1991, p. 886; H.J. Snijders 1999, p. 159.

⁴⁹ Toelichting voorontwerp, p. 1141-1142; *Kamerstukken II*, 1982-83, 17 779, nr. 3, p. 39; HR 21 april 1995, *NJ* 1997/570 m.nt. CJHB (Fysiotherapeutisch Instituut Schmitz/Caspers).

⁵⁰ Toelichting voorontwerp, p. 1142; Broekema-Engelen 1999, p. 177-178.

⁵¹ Deze twee criteria worden in dezelfde betekenis gebruikt als in art. 3:40 lid 1 BW (Broekema-Engelen 2005, art. 7:902, aantekening 3b).

⁵² Hartkamp noemt het maatschappelijke oordeel omtrent hetgeen behoort, beslissend voor de inhoud van de goede zeden (Asser/Hartkamp 2005, nr. 256). Aldus ook Hoogervorst 1999, p. 140. Zie ook HR 11 mei 2001, *NJ* 2002/364 m.nt. JH. Als in strijd met de goede zeden werd een echtscheidingsconvenant bevonden waarin de voogdes zich had verplicht het kind naar een katholieke school te sturen. Als tegenprestatie zou de man haar een uitkering geven (HR 20 mei 1938, *NJ* 1939/94 m.nt. PS). Hartkamp noemt dit een overeenkomst omtrent onvervreembare rechten. Het onvervreembare recht is hier de door de wet verlangde vrijheid van de voogdes om naar eigen inzicht te beslissen over de opvoeding van het kind. Deze vrijheid werd gefrustreerd door de gemaakte afspraak (Asser/Hartkamp 2005, nr. 265.).

(beslissingen) in strijd met een van deze criteria zijn nietig.⁵³ Art. 3:40 lid 1 ziet zowel op de inhoud als op de strekking van de overeenkomst.⁵⁴ Strijd met dwingend recht is mogelijk zonder dat dit leidt tot strijd met de openbare orde en goede zeden. Het indenniteitsbeginsel bijv. is van dwingend recht maar niet van openbare orde.⁵⁵ Maar een beslissing die strijdig is met de openbare orde of goede zeden doet zich voor als partijen bewust een regel van dwingend recht opzij zetten of onjuist toepassen.⁵⁶

5.3. Strijd met de redelijkheid en billijkheid

In de volgende paragrafen zal worden ingegaan op strijd met de redelijkheid en billijkheid van zowel de indirecte als de directe vaststelling. Bij de bespreking van de indirecte vaststelling wordt uitgegaan van het bindend advies en niet van de bindende partijbeslissing, vanwege de grotere maatschappelijke relevantie van het bindend advies als vorm van geschilbeslechting. De wetgever maakt overigens geen onderscheid tussen beide rechtsfiguren. Er is geen juridisch relevant verschil tussen de termen 'redelijkheid' en 'billijkheid', hoewel er in gevoelswaarde wel sprake is van een verschil.⁵⁷

5.3.1. Bindend advies

Art. 7:904 lid 1 bevat de maatstaf voor toetsing van de partijbeslissing of de beslissing van een derde.⁵⁸ Een bindend advies of bindende partijbeslissing kan worden vernietigd indien gebondenheid aan dat advies in verband met de inhoud of wijze van totstandkoming daarvan in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn.⁵⁹ Ook gedeeltelijke vernietiging van de beslissing is mogelijk.⁶⁰ Het gaat bij art. 7:904 om een marginale toets van de beslissing.⁶¹ Gebondenheid aan de beslissing is regel en uitsluitend ernstige gebreken geven aanleiding tot een sanctie. De beslissing is onaantastbaar als de grenzen waarbinnen redelijk denkende mensen van mening kunnen verschillen niet zijn

⁵³ Broekema-Engelen 2005, art. 3:40 BW, aantekening. 2e. Gedeeltelijke nietigheid op grond van art. 3:41 BW is mogelijk. Wanneer de beslissing van partijen gezamenlijk nietig is, zal meestal de daaraan ten grond liggende vaststellingsovereenkomst op grond van 3:41 BW ook nietig zijn (Luttik 1994, p. 268).

⁵⁴ Bij de strekking van de overeenkomst moet gedacht worden aan de motieven die partijen hadden bij het aangaan van de overeenkomst (Asser/Hartkamp 2005, nr. 259; HR 11 mei 2002, *NJ* 2002/364 m.nt. JH).

⁵⁵ Zie ook de vorige paragraaf en zie de arresten in voetnoot 42. Zie verder over het indenniteitsbeginsel, dwingend recht en de vaststellingsovereenkomst, De Groot 1999, p. 211 e.v.

⁵⁶ Toelichting voorontwerp, p. 1141-1142; HR 21 april 1995, *NJ* 1997/570 m.nt. CJHB (Fysiotherapeutisch Instituut Schmitz/Caspers). Schmitz en Caspers waren overeengekomen dat mocht de rechter bepalen dat bepaalde regels van dwingend recht van toepassingen waren, in strijd met deze regels zou worden gehandeld. Zie ook Asser/Hartkamp 2005, nr. 243; A.A. van Rossum 2001, p. 26.

⁵⁷ Asser/Hartkamp 2005, nr. 302; Scholten in zijn noot onder HR 16 april 1971, *NJ* 1971/282 m.nt. GJS en Rijken 1994, p. 3.

⁵⁸ Krachtens art. 7:906 lid 2 BW vindt art. 904 BW overeenkomstige toepassing wanneer aan een der partijen bij een rechtsverhouding of aan een derde de bevoegdheid is gegeven de regeling van de verhouding aan te vullen of te wijzigen.

⁵⁹ Hartkamp merkt op dat het advies apert onjuist moet zijn, wil men met succes een beroep doen op de onverbindendheid (Asser/Hartkamp 2005, nr. 326). Zie in dezelfde trant HR 25 maart 1994, *NJ* 1995/23.

⁶⁰ *Kamerstukken II*, 1982-83, 17 779, nr. 3, p. 40.

⁶¹ HR 29 januari 1931, *NJ* 1931, p. 1317; HR 18 juni 1993, *NJ* 1993/615; HR 25 maart 1994, *NJ* 1995/23; Hof Leeuwarden 18 september 1996, *NJ* 1998/27.

overschreden.⁶² In de rechtspraak wordt echter niet altijd zuiver geformuleerd en wordt soms van 'strijd met de redelijkheid en billijkheid' gesproken, wat een verdergaande toetsing dan een marginale toets suggereert.⁶³ De onderliggende vaststellingsovereenkomst kan worden getoetst aan art. 6:248 lid 2 BW.

Hartkamp stelt dat onaanvaardbaarheid wegens de inhoud van het advies en wegens de totstandkoming ervan twee onafhankelijke gronden zijn voor onverbindendheid.⁶⁴

Bij gebreken in de wijze van totstandkoming dient te worden gedacht aan schending van fundamentele rechtsbeginselen, zoals het beginsel van hoor en wederhoor.⁶⁵ Maar uit de rechtspraak blijkt dat het bij vernietiging op basis van schending van elementaire beginselen van procesrecht van belang is of er nadeel is toe gebracht aan de zijde van degene jegens wie een fout is gemaakt.⁶⁶ Er is dus geen sprake van volledige loskoppeling tussen totstandkoming en inhoud.

Bij onaanvaardbaarheid wegens de inhoud gaat het erom dat de beslisser, alle omstandigheden van het geval in aanmerking genomen, in redelijkheid niet tot zijn beslissing heeft kunnen komen.⁶⁷ Een voorbeeld van een geval waarin die grenzen worden overschreden en het advies vanwege zijn inhoud vernietigd kan worden, is ingeval de beslissing te gebrekkig is gemotiveerd. De vraag is wanneer nu precies sprake is van een *te* gebrekkige formulering, met andere woorden waar liggen de grenzen van 'marginaal'? Het Hof Arnhem stelt dat de motivering te gebrekkig is als op basis van de beslissing niet kan worden nagegaan of bepaalde geschilpunten zijn onderkend en daarop daadwerkelijk is beslist, laat staan dat een reële mogelijkheid wordt geboden om de inhoud van het advies (marginaal) door de rechter te laten toetsen.⁶⁸ Hierbij nam het hof wel mee dat ook de totstandkoming gebreken vertoonde en dat deze omstandigheid juist het ontbreken van een ondeugdelijke motivering zo nijpend maakte.⁶⁹ Ondanks de formulering van art. 7:904 lid 1 lijkt het ook hier weer dat inhoud en totstandkoming communicerende vaten zijn.

Bij toetsing van het bindend advies op grond van art. 7:904 is het onderscheid tussen zuiver en onzuiver bindend advies van belang. Bij het onzuivere bindend advies treedt de

⁶² Toelichting voorontwerp, p. 1147. Of zoals de Hoge Raad het formuleert: 'Een partij bij een bindend advies kan niet elke onjuistheid in het advies inroepen teneinde de bindend kracht daarvan te bestrijden doch kan die bestrijding slechts hierop gronden dat het advies uit hoofde van zijn inhoud of wijze van totstandkoming zo zeer indruist tegen redelijkheid en billijkheid dat het naar de uit redelijkheid en billijkheid voortvloeiende maatstaven onaanvaardbaar zou zijn dat zij aan dit advies zou kunnen worden gehouden' (HR 25 maart 1994, *NJ* 1995/23). Zie ook HR 18 juni 1993, *NJ* 1993/615.

⁶³ Zie onder meer HR 17 november 1995, *NJ* 1996/143 r.o. 8.

⁶⁴ Asser/Hartkamp 2005, nr. 319. In dezelfde zin Stein/Rueb 2005, p. 287-288.

⁶⁵ Broekema-Engelen 2005, art. 7:904 BW, aantekening 2c; Asser/Hartkamp 2005, nr. 327; A.A. van Rossum 2001, p. 28; HR 11 juni 1965, *NJ* 1965/258. Vgl. echter ook HR 1 juli 1988, *NJ* 1988/1034 waar een procedurefout niet tot onverbindendheid leidde.

⁶⁶ HR 24 maart 2006, *NJ* 2007/115 m.nt. HJS; HR 20 mei 2005, *NJ* 2007/114 m.nt. Rutgers AA 2005, p. 1043 e.v.; HR 1 juli 1988, *NJ* 1988/1034; HR 25 maart 1994, *NJ* 1995/23. Het nadeelvereiste is van belang omdat anders strijd zou ontstaan met het beginsel 'geen belang geen actie', zie Conclusie A-G Biegman-Hartogh bij HR 1 juli 1988, *NJ* 1988/1034.

⁶⁷ HR 18 juni 1993, *NJ* 1993/615.

⁶⁸ Hof Arnhem 13 november 2001, *NJ* 2002/248, r.o. 4.6.

⁶⁹ Hof Arnhem 13 november 2001, *NJ* 2002/248, r.o. 4.5.

bindend adviseur op als rechter. Bindend advies fungeert dan als methode van geschilbeslechting. Bij het zuivere bindend advies heeft de bindend adviseur geen rechterlijke rol maar treedt hij op als een terzake kundige.⁷⁰ Verdedigd wordt wel dat de toetsing van de beslissing afhangt van de aard van het bindend advies. De Hoge Raad lijkt als argument voor het verschil in toetsing te geven dat een zuiver bindend adviseur meer intuïtief te werk gaat en dat een onzuiver bindend adviseur kennelijk meer juridisch bezig is.⁷¹ Dit zou voor de toetsing betekenen dat onzuivere bindend adviezen strenger worden getoetst dan zuivere bindend adviezen. Meer specifiek zouden de regels van een goede procesorde niet van toepassing zijn bij een zuiver bindend advies zodat schending daarvan niet tot vernietiging van de beslissing leidt.⁷² Het verschil in karakter van de twee vormen van bindend advies brengt ook met zich mee dat aan de motivering van het onzuivere bindend advies hogere eisen worden gesteld dan aan de motivering van het zuivere bindend advies.⁷³

In geval de inhoud van de beslissing strijdig is met de openbare orde en goede zeden (art. 7:902), komt men niet toe aan de redelijkheid- en billijkheidstoets op grond van art. 7:904 lid 1 BW.⁷⁴ Een gerelateerd probleem was aan de orde in *Confood/Zurich*.⁷⁵ Het ging hier om de vraag of een vaststelling (lees: beslissing) die in strijd was met dwingend recht (gelegitimeerd door art. 7:902 BW), alsnog opzij gezet kon worden door een beroep op art. 7:904 lid 1 BW. Het antwoord luidde ontkennend. Het enkele feit dat de beslissing strijdig is met dwingend recht, is onvoldoende om te concluderen dat er sprake is van onaanvaardbaarheid naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid. Immers, zou het anders zijn, dan neemt de ene hand weg wat met de andere hand gegeven was.⁷⁶ Slechts ernstige gebreken in de beslissing kunnen de beslissing in botsing brengen met art. 7:904 lid 1 BW.⁷⁷ Dit zal bijvoorbeeld het geval zijn bij het ontbreken van een motivering van de beslissing (zie eerder deze paragraaf).

Bij de indirecte vaststelling doemt de vraag op in hoeverre een beslissing nog geldig is als de onderliggende vaststellingsovereenkomst wordt vernietigd. Van Rossum betoogt dat de beslissing in dat geval niet in stand kan blijven aangezien de beslissing een causale rechtshandeling is ten opzichte van de vaststellingsovereenkomst.⁷⁸ Ik sluit mij hierbij aan. Wanneer een partij door bedreiging heeft ingestemd met een vaststellingsovereenkomst waarbij aan een derde werd opgedragen uitspraak te doen in het geschil tussen partijen, kan het naar

⁷⁰ Conclusie van A-G Biegman-Hartogh, r.o. 3.2. e.v. bij HR 1 juli 1988, *NJ* 1988/1034.

⁷¹ HR 20 mei 2005, *NJ* 2007/114; HR 24 maart 2006, *NJ* 2007/115 m.nt. HJS, r.o. 3.4.2.

⁷² Zie onder andere de conclusie van A-G Biegman-Hartogh bij HR 1 juli 1988, *NJ* 1988/1034. Maar het enkele feit dat een procedure bij de Klachtencommissie Effectenbedrijf niet dezelfde procedurele mogelijkheden kent als een gewone civiele procedure maakt een uitspraak van de Klachtencommissie nog niet vernietigbaar vanwege een gebrekkige wijze van totstandkoming (Hof 's-Hertogenbosch 14 oktober 1999, *NJ* 2000/595).

⁷³ HR 20 mei 2005, *NJ* 2007/114 in r.o. 3.4; HR 24 maart 2006, *NJ* 2007/115 m.nt. HJS, r.o. 3.4.2.

⁷⁴ A.A. van Rossum 2001, p. 29; Broekema-Engelen 2005, art. 7:904 BW, aantekening. 2e.

⁷⁵ HR 12 september 1997, *NJ* 1998/382 m.nt. MMM.

⁷⁶ A-G Bakels in zijn conclusie bij HR 12 september 1997, *NJ* 1998/382 m.nt. MMM. Bakels spreekt uitsluitend over de situatie dat het dwingend recht een indenniteitsbeginsel betreft, zoals in dit arrest aan de orde was. Mijns inziens geldt deze redenering ook in zijn algemeenheid, tenzij een situatie voorstelbaar is waarin de aard van het dwingend recht meebrengt dat strijd daarmee automatisch strandt op de marginale toets aan de redelijkheid en billijkheid.

⁷⁷ HR 12 september 1997, *NJ* 1998/382 m.nt. MMM, r.o. 3.5.

⁷⁸ A.A. van Rossum 2001, p. 30-31.

mijn mening niet zo zijn dat de beslissing van de derde in stand blijft, zelfs niet als er met die beslissing op zich niets mis is.

Lid 2 ziet juist op de situatie dat de beslissing niet geldig is, maar de onderliggende vaststellingsovereenkomst wel. Is de beslissing naar zijn inhoud niet geldig dan kan de rechter (en niet de in eerste instantie door partijen aangewezen partij of derde) een nieuwe beslissing geven. Hij is daarbij gebonden aan de vaststellingsovereenkomst. In art. 7:904 (art. 7.15.7 NBW) was in lid 2 bepaald dat de beslissing geldig bleef ondanks een gebrek in de wijze van totstandkoming indien haar inhoud niettemin met de redelijkheid en billijkheid overeenstemde.⁷⁹ Dit is een volledige rechterlijke toetsing van de beslissing.⁸⁰ Deze bepaling is later geschrapt omdat het beter werd geacht deze materie aan de rechter over te laten.⁸¹ Ook hier blijkt dus weer het verband tussen de totstandkomingsfase van het advies en de inhoud van de beslissing.⁸² Uit de aard van de overeenkomst of de aard van de beslissing kan voortvloeien dat deze op een andere wijze vervangen dient te worden.⁸³

5.3.2. Directe vaststelling

De directe vaststelling valt buiten het bereik van art. 7:904 BW. Maar op basis van art. 6:2 BW is elke verbintenis aan de eisen van redelijkheid en billijkheid onderworpen. Art. 6:248 herhaalt dit voor de obligatoire overeenkomst.⁸⁴ De vaststellingsovereenkomst, een verbintenis-scheppende overeenkomst, is daarom onderworpen aan de eisen van de redelijkheid en billijkheid.⁸⁵ Art. 6:248 lid 2 ziet op de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid en is daarmee een *lex generalis* ten opzichte van art. 7:904 BW.⁸⁶ Omdat het onderzoek op aantasting en niet op uitleg van mediated vaststellingsovereenkomsten ziet, wordt art. 6:248 lid 1 (de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid) niet besproken.⁸⁷

Art. 6:248 lid 2 BW bepaalt dat een tussen partijen als gevolg van de overeenkomst geldende regel niet van toepassing is voor zover dit in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn.⁸⁸ Uit deze formulering

⁷⁹ De eisen die aan de wijze van totstandkoming moeten worden gesteld, dienen immers om het verkrijgen van een naar inhoud juiste beslissing te bevorderen, zodat het onpraktisch is de beslissing te doen vernietigen als zij toch door een naar inhoud gelijke zou moeten worden vervangen (toelichting Voorontwerp, p. 1147).

⁸⁰ Toelichting voorontwerp, p. 1147; H.C.F. Schoordijk 1974, p. 766; Meijer 1992, p. 63.

⁸¹ *Kamerstukken II*, 1982-83, 17779, nr. 3, p. 40; Rutgers 2005, p. 1046; Meijer 1992, p. 63.

⁸² Aldus ook Conclusie A-G Hartkamp bij HR 25 maart 1994, *NJ* 1995/23.

⁸³ Toelichting voorontwerp, p. 1147; *Kamerstukken II*, 1982-83, 17 779, nr. 3, p. 40. Zie ook Broekema-Engelen 2005, art. 7:904 BW, aantekening 3.

⁸⁴ Asser/Hartkamp 2005, nr. 305.

⁸⁵ Zie par. 3 van het onderhavige hoofdstuk.

⁸⁶ Asser/Hartkamp 2005, nr. 319.

⁸⁷ Voor een bespreking van de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid wordt verwezen naar Asser/Hartkamp 2005, nr. 307 e.v. Voor uitleg van overeenkomsten verwijs ik naar Asser/Hartkamp 2005, nr. 279 e.v.; Hijma 1999, p. 461 e.v. Zie voor een recent voorbeeld van uitleg van een vaststellingsovereenkomst uit de rechtspraak: HR 6 oktober 2006, *NJ* 2006/546. Zie voor enkele opmerkingen ten aanzien van uitleg van de mediated vaststellingsovereenkomst: Van Dijk 2006a, p. 125.

⁸⁸ Art. 3:12 BW vult het begrip 'redelijkheid en billijkheid' in. Bij de vaststelling van wat 'redelijk en billijk' is, zijn van belang 1) algemeen erkende rechtsbeginselen, 2) de in Nederland levende rechtsovertuigingen en c) de maatschappelijke en persoonlijke belangen die bij het geval zijn betrokken (Huijgen 2005, art. 3:12 BW, aantekening 1 & 2).

vloeit voort dat de redelijkheid en billijkheid van rechtswege hun werking hebben. Het objectieve recht schrijft partijen voor zich te gedragen in overeenstemming met de eisen van redelijkheid en billijkheid. Hierdoor kan een wijziging van de contractuele rechten en plichten ontstaan. De rechter wijzigt de overeenkomst niet op grond van de redelijkheid en billijkheid, maar stelt slechts vast welke wijziging het objectieve recht teweeg heeft gebracht.⁸⁹ Het gevolg van art. 6:248 lid 2 kan zijn dat van een overeenkomst in het geheel of voor een deel geen nakoming meer kan worden gevorderd.⁹⁰ De rechter zal de derogerende werking met terughoudendheid moeten toepassen. Evenals bij art. 7:904 gaat het ook hier om een marginale toets.⁹¹ De aard van de vaststellingsovereenkomst brengt deze terughoudende toepassing van de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid ook met zich mee.⁹² De hoofdregel uit het procesrecht 'wie stelt, bewijst', geldt ook voor een beroep op de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid.⁹³ Alle tussen partijen als gevolg van de overeenkomst geldende regels kunnen vatbaar zijn voor beperking op grond van art. 6:248 lid 2. Dit betekent volgens Hartkamp dat de redelijkheid en billijkheid ook beperkend kunnen werken ten aanzien van dwingende wetsbepalingen die de totstandkoming van de overeenkomst betreffen en toepassing waarvan zou leiden tot nietigheid of vernietigbaarheid van de overeenkomst.⁹⁴ Dit zou voor de mediated vaststellingsovereenkomst kunnen betekenen dat een beroep op dwaling bij de totstandkoming afketst op de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid.⁹⁵

5.3.2.1. Rechtsverwerking

Hiermee nauw verwant is het leerstuk van de rechtsverwerking. Het gaat bij dit leerstuk om het geval dat een partij zich op grond van art. 6:248 lid 2 BW niet op een haar toekomend contractueel recht kan beroepen vanwege de eigen houding, of het eigen handelen of nalaten.⁹⁶

⁸⁹ Net als bij vernietiging en ontbinding kan art. 6:248 lid 2 dus zonder tussenkomst van de rechter zijn werking krijgen, maar eventuele beperking van de partijafspraken op grond van art. 6:248 lid 2 zal net zoals dit bij vernietiging en ontbinding het geval is, meestal aan de rechter worden voorgelegd (Asser/Hartkamp 2005, nr. 315).

⁹⁰ Asser/Hartkamp 2005, nr. 328. Zie ook Van Wechem & Winsink 2006, p. 46-47.

⁹¹ Asser/Hartkamp 2005, nr. 314a; Valk 2005, art. 6:248 lid 2 BW, aantekening 4a. Zie voor jurisprudentie hierover: HR 19 maart 1993, *NJ* 1994/92 m.nt. EAAL; HR 9 januari 1998, *NJ* 1998/363 m.nt. ARB en HR 25 februari 2000, *NJ* 2000/471 m.nt. ARB. Anders: Abas 1998, p. 163 e.v. en Abas 2000a, p. 259-260. Abas meent dat uit de parlementaire geschiedenis zou blijken dat 'naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar' hetzelfde zou betekenen als 'in strijd met de redelijkheid en billijkheid'. Zie ook Asser/Hartkamp 2005, nr. 314a.

⁹² HR 6 oktober 2006, *NJ* 2006/546, Conclusie A-G Langemeijer onder 2.4. Zie ook Van Dijk die meent dat een beroep op redelijkheid en billijkheid als grond voor aantasting vrijwel altijd kansloos zal zijn (Van Dijk 2006a, p. 125).

⁹³ Asser/Hartkamp 2005, nr. 315. Op deze hoofdregel zijn uitzonderingen mogelijk, zie HR 19 januari 1996, *NJ* 1996/617 m.nt. WMK. 'Een beroep op het vervalbeding moet naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar worden geacht in een geval waarin een van de gewezen echtgenoten na hun echtscheiding verrekening vordert van in het verleden overgespaarde inkomsten, tenzij blijkt van, door de echtgenoot die zich op het vervalbeding beroept te stellen en zo nodig te bewijzen, omstandigheden die een beroep op het beding rechtvaardigen'. En ook HR 9 september 2005, *JOL* 2005/469 besproken door Nuytinck 2006, p. 46 e.v. Zie ook de reactie van Vrieze (Vrieze 2006, p. 350 e.v.) en de reactie van Nuytinck (Nuytinck 2006, p. 352-353).

⁹⁴ Asser/Hartkamp 2005, nr. 317.

⁹⁵ Theoretisch is zo'n situatie misschien mogelijk, maar een voorbeeld waarbij aan de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid wordt toegekomen, is lastig te geven. Potentiele 6:248 lid 2 situaties bij de totstandkoming zullen veelal door art. 6:228 lid 2 BW ondervangen worden.

⁹⁶ Asser/Hartkamp 2005, nr. 320.

Bij de mediated vaststellingsovereenkomst zou gedacht kunnen worden aan rechten terzake van wanprestatie, bijvoorbeeld het recht op nakoming van de overeenkomst.⁹⁷ Het beroep op een contractueel recht kan spaak lopen op de redelijkheid en billijkheid zowel voor zover het gedragingen betreft vóór of bij de totstandkoming van de overeenkomst als gedragingen na contractssluiting.⁹⁸ Voor de toelaatbaarheid van een beroep op rechtsverwerking is niet vereist dat de gedragingen van de partij die haar recht heeft verwerkt in enig nadeel voor de wederpartij heeft geresulteerd.⁹⁹

5.3.2.2. Toetsing

Meestal zal de toetsing krachtens art. 6:248 lid 2 BW geschieden in het licht van gedragingen en omstandigheden die na het sluiten van de overeenkomst hebben plaatsgevonden.¹⁰⁰ Maar de toetsing is hier toe niet beperkt. Ook gedragingen en omstandigheden vóór en bij het sluiten van de overeenkomst kunnen aanleiding geven tot toepassing van de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid.¹⁰¹

In de onderhandelingsfase dienen partijen zich te gedragen in overeenstemming met de eisen van de redelijkheid en billijkheid. Dit brengt mee dat zij hun gedrag moeten laten bepalen door de gerechtvaardigde belangen van de wederpartij.¹⁰² Er is geen reden om aan te nemen dat dit anders is in de situatie dat de onderhandelingen plaatsvinden onder de leiding van een mediator. In tegendeel, alles in het mediationproces is gericht op het respecteren van elkaars belangen zoals blijkt uit de omschrijving van mediation en de regelgeving van de mediationaanbieders.¹⁰³

Een enkel verschil in de gelijkwaardigheid van de prestaties is voor de rechter niet voldoende om op grond van art. 6:248 lid 2 de overeenkomst of bepalingen daaruit opzij te

⁹⁷ Zie ook Asser/Hartkamp 2005, nr. 321; HR 15 januari 1993, *NJ* 1993/193. In deze zaak kon een contractspartij zich niet op een vorderingsrecht (in casu een vergoeding voor uitgevoerde reparaties aan een auto) beroepen vanwege zijn gedrag na ontstaan van het recht. Zie voor een oudere uitspraak: HR 18 juni 1926, *NJ* 1926, p. 1078, m.nt. EMM.

⁹⁸ Asser/Hartkamp 2005, nr. 321. Anders: Abas 1972, p. 325. Hij stelt zich op het standpunt dat de goede trouw slechts beperkend kan werken indien een recht bestaat. Bij gedragingen met betrekking tot het ontstaan van het recht is het juist de vraag of het recht bestaat. Hartkamp meent dat dit onder de werking van het huidige BW (art. 6:248 lid 2) anders ligt, omdat deze bepaling inhoudt dat onder omstandigheden aan een tussen partijen geldende *regel* kan worden gederogerd (Asser/Hartkamp 2005, nr. 321).

⁹⁹ Asser/Hartkamp 2005, nr. 322; Tjittes 1992, p. 35. Voor rechtspraak: HR 7 juni 1991, *NJ* 1991/708; HR 29 september 1995, *NJ* 1996/89; HR 29 december 1995, *NJ* 1996/302. Anders: Houwing 1968, p. 32 en Abas 1972, p. 325.

¹⁰⁰ Dit onderzoek ziet slechts op gedragingen en omstandigheden die zich vóór en bij het sluiten van de overeenkomst hebben voorgedaan. Op de problematiek van na het sluiten van de overeenkomst ingetreden omstandigheden ziet het leerstuk van de onvoorziene omstandigheden (art. 6:258 BW). Zie hiervoor onder meer Asser/Hartkamp 2005, nr. 329 e.v.

¹⁰¹ Asser/Hartkamp 2005, nr. 318.

¹⁰² HR 15 november 1957, *NJ* 1958/67 (Baris/Riezenkamp).M.nt. Van der Grinten AA 7, p. 103 e.v. 'Dat immers partijen door in onderhandeling te treden over het sluiten van een overeenkomst, tot elkaar komen te staan in een bijzondere, door de goede trouw beheerste, rechtsverhouding, medebrengende, dat zij hun gedrag mede moeten laten bepalen door de gerechtvaardigde belangen van de wederpartij'. En ook HR 21 januari 1966, *NJ* 1966/183 m.nt. GJS (Booy/Wisman). Zie ook de noot van Van der Grinten AA 16, p. 16 e.v.; Rijken 1994, p. 52; Asser/Hartkamp 2005, nr. 158 e.v.; Hartlief 1999a, p. 17 e.v.; Ruygvoorn 2005, p. 1.

¹⁰³ Zie hiervoor par. 2 en par. 5.2.5 e.v. van hoofdstuk 2.

zetten. Het Nederlandse recht kent geen beginsel van *aequitas praestationis*.¹⁰⁴ Dit wil zeggen dat het niet mogelijk is om een overeenkomst of beding terzijde te stellen op de enkele grond dat de inhoud daarvan voor een van partijen onbillijk is, of dat de prestaties onevenredig zijn.¹⁰⁵ De heersende leer is dat toetsing van de inhoud van de overeenkomst of het beding alleen mogelijk is als de overeenkomst of het beding tot stand is gekomen onder omstandigheden die een beroep op het overeengekomene onaanvaardbaar doen zijn.¹⁰⁶ Er is een raakvlak tussen art. 6:248 lid 2 en de bepalingen die remedies bieden tegen onbillijke totstandkoming, zoals art. 3:44 BW en art. 6:228 BW. Indien deze bepalingen van toepassing zijn, wordt aan art. 6:248 lid 2 niet toegekomen.¹⁰⁷ Dit suggereert dat er nog een restcategorie van gevallen is die niet voldoen aan de eisen van de artikelen 3:44 en 6:228 BW of aan de wettelijke bepalingen die zien op een wilsontbreken, maar die een functie hebben bij toetsing van de inhoud van de overeenkomst aan de redelijkheid en billijkheid.¹⁰⁸

Het lijkt onaannemelijk dat de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid nog een rol speelt bij de toetsing van de totstandkoming van de overeenkomst als de overeenkomst inhoudelijk niet onrechtvaardig is. Dit is ook de visie van Lebens-de Mug. Zij

-
- ¹⁰⁴ Een rechtvaardige verhouding tussen de prestaties, of ook wel *iustum pretium* (rechtvaardige prijs) genoemd. De leer van het *iustum pretium* werd vooral verdedigd door Kamphuisen 1933, p. 273 e.v.; Van Nispen tot Sevenaer 1937, p. 1 e.v. en G.J. Scholten 1934, p. 187-188. De modernere bronnen wijzen het *iustum pretium* bijna allemaal af. Zie Van Zeven 1960, p. 2 e.v.; Stein 1957, p. 10; Nieuwenhuis 1979, p. 122; Asser/Hartkamp 2005, nr. 239 & 318. Ook de Hoge Raad wijst de leer van het *iustum pretium* af, HR 11 januari 1957, *NJ* 1959/37 (Bovag II). Anders: Smits 1995, p. 282 e.v.; Abas 2000b, p. 1 e.v. en Abas 2003, p. 136 e.v. Zie voor de historische ontwikkeling van het *iustum pretium*-beginsel, Grosheide 2004, p. 69 e.v. Ook bij dading onder het oude recht werd het beginsel van *iustum pretium* niet erkend (HR 30 oktober 1970, *NJ* 1971/98 m.nt. E.A.A.L., r.o.8).
- ¹⁰⁵ Hartkamp spreekt van 'onbillijkheid' (Asser/Hartkamp 2005, nr. 318). Hartlief gebruikt 'onevenredigheid' (Hartlief 1999b, p. 243 e.v.). De evenredigheid van de prestaties speelt alleen bij wederkerige overeenkomsten. Veruit de meeste mediatie vaststellingsovereenkomsten zullen wederkerig zijn (par. 3, voetnoot 13).
- ¹⁰⁶ Van Zeven 1960, p. 38-39; Lebens-de Mug 1981, p. 112; Nieuwenhuis 1979, p. 122 e.v.; Asser/Hartkamp 2005, nr. 318. Zie voor voorbeelden uit de jurisprudentie, HR 11 januari 1957, *NJ* 1959/37 (Bovag II). 'Een overeenkomst, waardoor de ene partij ten gevolge van een wanverhouding tussen wat wederzijds werd bedongen met een ernstig nadeel wordt belast, kan een geoorloofde oorzaak ontberen i.v.m. de bijzondere invloeden, welke zich bij het sluiten der overeenkomst doen gelden, m.n. wanneer de benadeelde partij de onevenredig grote last heeft aanvaard onder den druk van omstandigheden, waarvan zijn medecontractant misbruik maakte'. Zie ook HR 19 mei 1967, *NJ* 1967/261 m.nt. GJS (Saladin/HBU). Zie P.A. Stein in AA 16, p. 214 e.v. In dit arrest werd bepaald dat toelaatbaarheid van een beroep op een exoneratiebeding afhankelijk kan zijn van de waardering van tal van omstandigheden, 'zoals: de zwaarte van de schuld, mede in verband met de aard en de ernst van de bij enige gedraging betrokken belangen, de aard en de verdere inhoud van de overeenkomst waarin het beding voorkomt, de maatschappelijke positie en de onderlinge verhouding van partijen, de wijze waarop het beding is totstandgekomen, de mate waarin de wederpartij zich de strekking van het beding bewust is geweest.' En ook HR 20 februari 1976, *NJ* 1976/486 m.nt. GJS (Pseudo-Vogelpest). Zie De noot van Van der Grinten, AA 25, p. 467. De Hoge Raad herhaalt in dit arrest dat er omstandigheden zijn waaronder een beroep op een exoneratiebeding niet is toegestaan. En HR 25 april 1986, *NJ* 1986/714 m.nt. G. Het betrof hier een door een boetebeding versterkt beding in algemene voorwaarden. De gemeente mocht hier alleen een beroep op doen indien zij omstandigheden stelde waaruit bleek dat een beroep op het beding niet in strijd was met de goede trouw. Zie over de mogelijkheden van het beperken van een exoneratie: Hesselink 1999, p. 103; Valk 2005, art. 6:248 lid 2 BW, aantekening 4b.
- ¹⁰⁷ Asser/Hartkamp 2005, nr. 319.
- ¹⁰⁸ Hartkamp meent dat deze restcategorie er inderdaad is (Asser/Hartkamp 2005, nr. 319). Ook Van Bijnen gaat hiervan uit (Van Bijnen 2005, p. 290-291). Van Bijnen meent overigens dat men niet snel een beroep zal kunnen doen op een totstandkomingsgebrek o.g.v. art. 6:248 lid 2 BW vanwege de brede werkingsfeer van de specifieke totstandkomingsregelingen.

meent dat de billijkheidsoverwegingen bij de totstandkoming vastliggen in een aantal concrete ontstaansgebreken, zoals de wilsgebreken.¹⁰⁹

Er zijn ook auteurs die voor de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid slechts een rol weggelegd lijken te zien bij de uitvoering van overeenkomsten.¹¹⁰ Zo is in Hartlief's optiek benadeling of bevoordeling op zichzelf niet voldoende voor aantasting, maar is het noodzakelijk dat de benadeling niet is gewild door de benadeelde (art. 3:33 en art. 3:34 BW), of dat de wil van de benadeelde gebrekkig is gevormd (art. 3:44 en art. 6:228 BW).¹¹¹ In deze zienswijze ontbreekt dus de mogelijkheid tot een inhoudelijke toets van overeenkomsten volledig, ook als de overeenkomst of het beding tot stand is gekomen onder omstandigheden die een beroep op het overeengekomene onaanvaardbaar doen zijn.

Naar mijn mening is deze beperkte visie op de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid (slechts relevant bij de uitvoering van overeenkomsten) in het licht van een recente uitspraak van de Hoge Raad niet meer houdbaar. In een arrest uit 2003 oordeelde het hoogste rechtscollege dat het recht op nakoming van een tussen moeder en zoon gesloten optieovereenkomst door de zoon niet uitgeoefend kon worden, omdat dit naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn.¹¹² De zoon had een optierecht gekregen op de koerswinst die hij eventueel zou behalen met de effectenportefeuille die hij voor zijn moeder in beheer had. Hij verkreeg het optierecht voor fl 135.000. Het aandelenpakket bedroeg ten tijde van het aangaan van de optieovereenkomst fl 883.859. Het optierecht diende binnen vijf jaar geëffectueerd te worden. De koerswinst bedroeg drie en een half jaar later ruim 1,3 miljoen gulden. Op dat moment wenst de zoon uitvoering van zijn optierecht in de vorm van aandelen ter waarde van de koerswinst.

In dit arrest was niet voldaan aan de stelplicht voor een beroep op een wilsgebrek noch bleek van een wilsonbreken bij moeder.¹¹³ Toch oordeelde de Hoge Raad dat de overeenkomst niet uitgevoerd behoefte te worden, omdat dit naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn tegenover de andere erfgenamen die niet deelden in de waardevermeerdering van de effectenportefeuille.¹¹⁴

¹⁰⁹ Lebens-de Mug 1981, p. 133. Van Bijnen meent ook dat totstandkomingsgebreken pas aangepakt kunnen worden met een beroep op de redelijkheid en billijkheid als er 1) geen specifiek leerstuk is dat het probleem regelt en 2) als het gebrek heeft geleid tot afspraken die rationele of voldoende geïnformeerde partijen niet zouden maken (Van Bijnen 2005, p. 291). Zie ook Asser/Hartkamp 2005, nr. 319.

¹¹⁰ Dit lijkt ook bij Pitlo het geval te zijn, Pitlo/Gerver e.a. 1995, p. 146.

¹¹¹ Hartlief 1999b, p. 243, 248 en 252. 'Benadeling op zich is onvoldoende grond, een niet gewilde of onder invloed van een wilsgebrek totstandgekomen benadeling is aantastbaar. Doch in dat geval niet vanwege de benadeling, maar vanwege de 'onvrijwilligheid'. In dezelfde zin M.M. van Rossum 1996, p. 660: 'Voor de gevallen waarbij de gelijkwaardigheid eerst later verdwijnt, kan aansluiting worden gezocht bij art. 6:248 en meer specifiek bij art. 6:258, dat ontbinding of wijziging van de overeenkomst mogelijk maakt op grond van onvoorziene omstandigheden'. M.a.w. waar de gelijkwaardigheid van meet af aan ontbrak biedt art. 6:248 BW geen uitkomst. Hartkamp 1981, p. 231 merkt op dat het belang van art. 6:248 lid 2 BW vooral in de problematiek van de rechtsverwerking schuilt.

¹¹² HR 26 september 2003, *NJ* 2004/21. Maar zie ook Rb. Utrecht, 23 januari 2002, *NJ* 2002/310. Deze uitspraak wordt uitvoerig besproken in par. 4.1 van hoofdstuk 7.

¹¹³ In het cassatiemiddel lijkt te worden vertrouwd op de opvatting van Hartlief ten aanzien van de vereisten voor een beroep op art. 6:248 lid 2, nml. dat er sprake dient te zijn van een wilsgebrek of een wilsonbreken (te vinden onder aanvulling en toelichting op het cassatiemiddel).

¹¹⁴ Het ging dus om een kansovereenkomst waarvoor de zoon fl 135.000 had betaald. Dit betekende voor moeder (en indirect haar kinderen in de hoedanigheid van erfgenaam) een gegarandeerd rendement van 15% over vijf jaar. Bij

In dit arrest was er sprake van bijzondere omstandigheden in de totstandkomingsfase.¹¹⁵ Het bestaan van deze omstandigheden was onvoldoende gesteld voor een geslaagd beroep op een wilsgebrek, maar zij lijken de Hoge Raad op het spoor te hebben gezet van onaanvaardbaarheid van de inhoud van de overeenkomst op grond van de redelijkheid en billijkheid. Het hof heeft de *wilstoestand* (cursivering; MS) van de moeder voorafgaand en ten tijde van het sluiten van de overeenkomst in aanmerking genomen en aan de hand daarvan geconcludeerd dat uitvoering van de optieovereenkomst onaanvaardbaar was.¹¹⁶ Dit lijkt een breuk met de opvatting van Hartlief.¹¹⁷

Moeilijk bij dit arrest is dat het niet helemaal duidelijk is of de derogerende werking ziet op de uitvoering van de overeenkomst of de inhoud ervan. Immers, was het hele optiebeding onaanvaardbaar, ook als de koerswinst over die drie en een half fl 235.000 had bedragen? Minus de betaalde fl 135.000 voor het optierecht was de winst voor de zoon dan fl. 100.000 geweest (wat alle partijen zagen als een reële vergoeding voor het beheer van de effectenportefeuille door de zoon). Of was de overeenkomst zoals deze in dit concrete geval heeft uitgediend (explosief stijgende koersen) onaanvaardbaar, met andere woorden was de uitvoering in dit geval onaanvaardbaar?

Waarschijnlijk is de opvatting dat art. 6:248 lid 2 hier ziet op de inhoud van de overeenkomst en niet op de uitvoering de juiste. Volgens de Hoge Raad komt het er voor een geslaagd beroep op art. 6:248 lid 2 niet op aan dat de aan het beding verbonden nadelen zich daadwerkelijk verwezenlijken maar dat verwezenlijking mogelijk is.¹¹⁸ Dat is precies wat zich in dit arrest voor doet.¹¹⁹

5.4. Wilsontbreken

5.4.1. Wil, verklaring en gerechtvaardigd vertrouwen

Art. 3:33 BW bepaalt dat een rechtshandeling een op een rechtsgevolg gerichte wil vereist die zich heeft geopenbaard door een verklaring. Is aan art. 3:33 niet voldaan dan komt in beginsel geen geldige overeenkomst tot stand. Hijma geeft als voorbeeld van situaties waarin geen sprake is van wilsovereenstemming: vergissing (verspreking en verschrijving), simulatie, scherts, dubbelzinnig woordgebruik en onjuiste overbrenging.¹²⁰ De genoemde situaties worden ook wel met 'oneigenlijke dwaling' aangeduid in tegenstelling tot de 'eigenlijke dwaling' uit

dalende koersen zou de zoon dit bedrag kwijt zijn geweest. Bij de stijgende koersen van midden jaren negentig behaalt hij een koerswinst van bijna 150% over drie en een half jaar.

¹¹⁵ Dit werd in drie instanties aangegeven.

¹¹⁶ Daarmee bedoelend datgene wat zij heeft gewild c.q. hoe haar wil tot stand is gekomen (conclusie A-G Hartkamp bij *NJ* 2004/21). Hierbij speelde mee dat de zoon bekend was of had moeten zijn met de wilstoestand van moeder.

¹¹⁷ Zie kritisch over deze uitspraak Drion & Van Wechem 2004, p. 472-473. Drion & Van Wechem lijken vraagtekens te plaatsen bij de redenering van de Hoge Raad dat er rekening mag worden gehouden met omstandigheden die de wilsvorming betreffen, maar die niet voldoende zijn voor een beroep op een wilsgebrek. Zij delen dus de opvatting van Hartlief. Zoals eerder in deze paragraaf aangegeven meen ik dat dit een onjuiste opvatting van art. 6:248 lid 2 is. Zie voor kritiek ook Janssen & Van Rossum 2004, p. 809 e.v. De laatste schrijvers menen dat vernietiging van de optieovereenkomst op grond van misbruik van omstandigheden meer voor de hand had gelegen.

¹¹⁸ HR 23 maart 1990, *NJ* 1991/214 m.nt. HJS (arbitraal beding in algemene voorwaarden onredelijk bezwarend); Asser/Hartkamp 2005, nr. 318.

¹¹⁹ Zie ook Asser/Hartkamp 2005, nr. 318.

¹²⁰ Hijma 2005, art. 3:33 BW, aantekening 3c; Asser/Hartkamp 2005, nr. 98.

art. 6:228 BW. Bij oneigenlijke dwaling heeft de verkeerde veronderstelling geen betrekking op de eigenschappen van de persoon tot wie men zich richt of op het object waarop de geuite wilsverklaring betrekking heeft, maar op de strekking van de afgelegde verklaring.¹²¹

Art. 3:33 vindt zijn begrenzing in art. 3:35 BW (het vertrouwensbeginsel). Toepassing van het vertrouwensbeginsel kan er toe leiden dat ondanks het ontbreken van een op een rechtsgevolg gerichte wil, toch sprake kan zijn van een geldige, onaantastbare rechtshandeling.¹²² Art. 3:35 is een uitwerking van art. 3:11 dat ziet op de goede trouw. Het artikel biedt de wederpartij van degene die zich beroept op het ontbreken van wil, bescherming.¹²³ Deze bescherming krijgt de wederpartij slechts als haar vertrouwen onder de gegeven omstandigheden gerechtvaardigd was.¹²⁴ Van belang zijn hierbij 'de aard van de rechtshandeling, de bijzondere deskundigheid of ondeskundigheid van partijen, de mogelijkheid van nader onderzoek naar de wil van de declarant en de met de handeling verbonden voor- en nadelen voor de bij de handeling betrokken partijen'.¹²⁵

5.4.2. Onbekwaamheid en geestelijke stoornis

De regelingen met betrekking tot handelingsonbekwaamheid en geestelijke gestoordheid zijn onverkort van toepassing op de vaststellingsovereenkomst.¹²⁶

Ieder natuurlijk persoon is bekwaam tot het verrichten van rechtshandelingen, tenzij de wet anders bepaalt.¹²⁷ De wet bepaalt anders ten aanzien van minderjarigen die zonder toestemming van hun wettelijke vertegenwoordiger handelen (art. 1:233 jo art. 1:234) en ten aanzien van onder curatele gestelden (art. 1:381 lid 2).¹²⁸

Art. 3:34 BW ziet op de situatie dat de wil achter de verklaring ontbreekt onder invloed van een geestelijke stoornis. Indien de geestelijk gestoorde onder curatele is gesteld, geldt art. 3:32 BW in plaats van art. 3:34.¹²⁹ Ook bij het aangaan van rechtshandelingen door een geestelijk gestoorde geldt dat de rechtshandeling vernietigbaar is (lid 2).¹³⁰ In het artikel wordt niet aangegeven wanneer er precies sprake is van een geestelijke stoornis. Hartkamp

¹²¹ Valk 2005, art. 6:228 BW, aantekening 1; Asser/Hartkamp 2005, nr. 173.

¹²² Hijma 2005, art. 3:33 BW, aantekening 3b. In geval van vergissing zal de correctie van art. 3:35 op art. 3:33 BW vrijwel steeds een bevredigende uitkomst geven. Hartkamp geeft het voorbeeld dat iemand per ongeluk vijf meter stof bestelt in plaats van vier meter. In dit geval is duidelijk dat de zich vergissende koper gebonden is aan de overeenkomst (Asser/Hartkamp 2005, nr. 118). De vraag of de verkoper had moeten begrijpen dat de koper geen vierhonderd meter maar vier meter wilde bestellen zal naar de omstandigheden van het geval moeten worden beoordeeld.

¹²³ Hijma 2005, art. 3:35 BW, aantekening 1.

¹²⁴ Hijma 2005, art. 3:35 BW, aantekening 2c.

¹²⁵ Asser/Hartkamp 2005, nr. 110; Hesens & Smits 2006b, p. 22-24.

¹²⁶ Zie par. 3 van dit hoofdstuk.

¹²⁷ Art. 3:32 lid 1 BW.

¹²⁸ Hijma 2005, art. 3:35 BW, aantekening 3a; Asser/Hartkamp 2005, nr. 90; Hesens & Smits 2006b, p. 22. Meerzijdige en eenzijdige gerichte rechtshandelingen van onbekwamen zijn vernietigbaar (door de onbekwame), de eenzijdige ongerichte rechtshandeling is nietig (art. 3:32 lid 2).

¹²⁹ Zie ook Asser/Hartkamp 2005, nr. 116.

¹³⁰ Een beroep op vernietigbaarheid kan worden geblokkeerd door het in art. 3:35 BW neergelegde vertrouwensbeginsel. Slaagt het beroep van de wederpartij op art. 3:35 dan is de onder invloed van een geestesstoornis gedane rechtshandeling onaantastbaar (Hijma 2005, art. 3:34 BW, aantekening 4; Hijma 2005, art. 3:35 BW, aantekening 1).

noemt dronkenschap, narcose, hypnose, verstrooidheid en hevige opwinding.¹³¹ In al deze gevallen beschikt de handelende persoon niet over een normale wil en kan zich dus geen rekenschap geven van zijn handeling of van de strekking daarvan.¹³²

Om een geslaagd beroep op vernietiging van de rechtshandeling te kunnen doen slagen, zal degene die zich op de geestelijke stoornis beroept, moeten aantonen dat hij aan een geestelijke stoornis leed op het moment van de rechtshandeling en dat die stoornis de oorzaak is van de verklaring.¹³³ Het causale verband wordt vermoed aanwezig te zijn als de rechtshandeling nadelig is voor de geestelijk gestoorde, tenzij het nadeel op het tijdstip van de rechtshandeling redelijkerwijze niet was te voorzien (laatste zin van art. 3:34 lid 1).¹³⁴

5.5. Wilsgebreken

Een rechtshandeling lijdt aan een wilsgebrek als wil en verklaring wel met elkaar overeenkomen, maar als de wil op gebrekkige wijze is gevormd. In deze situatie is geen sprake van discrepantie tussen wil en verklaring, want aan art. 3:33 BW is voldaan.¹³⁵ Een rechtshandeling totstandgekomen onder invloed van een wilsgebrek is vernietigbaar zonder dat een nadeelsvereiste wordt gesteld.¹³⁶ Art. 3:49 e.v. bepaalt dat vernietiging kan worden geëffectueerd door middel van een rechterlijke uitspraak of door middel van een buitengerechtelijke verklaring.

De vernietiging van een dading was vroeger aan banden gelegd.¹³⁷ Hetzelfde gold voor de vaststellingsovereenkomst in het Ontwerp-Meijers.¹³⁸ De huidige titel 7.15 kent geen aparte regeling meer voor vernietiging van vaststellingsovereenkomsten wegens een wilsgebrek. Door de gelaagde structuur van het BW zijn de artikelen 3:44 en 6:228 BW van toepassing op de vaststellingsovereenkomst. Clausules in vaststellingsovereenkomsten waarin opgenomen wordt dat de overeenkomst niet aantastbaar is op grond van art. 3:44 zijn nietig.¹³⁹

Partijen kunnen daarentegen een beroep op gemeenschappelijke dwaling (art. 6:228 lid 1 sub c BW) contractueel uitsluiten.¹⁴⁰ Maar er zijn omstandigheden denkbaar waarin een

¹³¹ Dit zijn tijdelijke stoornissen. Ook gedacht kan worden aan een blijvende stoornis zoals zwakzinnigheid (Hijma 2005, art. 3:34 BW, aantekening 2b). Ook tijdelijke of permanente geestelijke labiliteit valt onder art. 3:34 (Hesen & Smits 2006b, p. 24).

¹³² Asser/Hartkamp 2005, nr. 116-117.

¹³³ Hijma 2005, art. 3:34 BW, aantekening 2a.

¹³⁴ Asser/Hartkamp 2005, nr. 117.

¹³⁵ Hijma & Olthof 2005, p. 33; Asser/Hartkamp 2005, nr. 168.

¹³⁶ Asser/Hartkamp 2005, nr. 168; HR 19 januari 2001, *NJ* 2001/159: 'Voor een beroep op de in art. 3:44 en 6:228 BW vermelde vernietigingsgronden is niet vereist dat degene die zich daarop beroept is benadeeld door het aangaan van de overeenkomst onder invloed van het wilsgebrek'.

¹³⁷ Voor de dading: Van Zijst 2001, p. 28 e.v.

¹³⁸ Art. 7.15.6 Ontwerp Nieuw BW.

¹³⁹ Hijma (GRS), art. 3:44 lid 1, aantekening 41; Van Nispen 2003, p. 19-20. Van Mierlo maakt hierbij het onderscheid tussen bedreiging en misbruik van omstandigheden aan de ene kant en dwaling en bedrog aan de andere kant. De eersten zouden niet contractueel uitgesloten kunnen worden, omdat de 'uitsluitingsafspraken' evenzeer door de bereiging en het misbruik tot stand komt als de overeenkomst. De laatsten zouden wel uitgesloten moeten kunnen worden, hoewel een dergelijke afspraak in geval van bedrog misschien strijdig zal zijn met de openbare orde en goede zeden (Van Mierlo 1991, p. 128).

¹⁴⁰ Blijkend uit de omschrijving of door uitdrukkingen als 'voetstoots' en 'op eigen bate en schade' (Asser/Hartkamp 2005, nr. 195). Zie ook Smits 1999, p. 45 en M.M. van Rossum 1991, p. 97-98. Van Mierlo meent dat een beroep op dwaling wel contractueel uit te sluiten is (Van Mierlo 1991, p. 128-129).

beroep op zo'n beding afketst op art. 6:2 lid 2 en art. 6:248 lid 2.¹⁴¹ Bij bepaalde overeenkomsten wordt een beroep op uitsluiting van dwaling op straffe van vernietigbaarheid verboden.¹⁴²

5.5.1. Dwaling

Art. 6:228 BW geldt voor obligatoire overeenkomsten, maar op grond van art. 6:216 BW is de dwalingsregeling ook van toepassing op andere meezijdige vermogensrechtelijke rechtshandelingen. Dwaling wordt gedefinieerd als de afwezigheid van een juiste voorstelling van zaken, die causaal is voor het sluiten van de overeenkomst.¹⁴³ Het is niet noodzakelijk dat er een wezenlijk verschil bestaat tussen de overeenkomst zoals deze onder de invloed van dwaling is gesloten en zoals zij zonder de verkeerde voorstelling van zaken zou zijn gesloten. Voldoende is dat de overeenkomst zonder de dwaling niet onder dezelfde voorwaarden tot stand zou zijn gekomen.¹⁴⁴ De vaststellingsovereenkomst zou dus bij afwezigheid van dwaling niet gesloten zijn of op andere voorwaarden gesloten zijn. Bij een beslissing van partijen gezamenlijk ligt de beslissing besloten in de vaststellingsovereenkomst. Dwaling ten aanzien van de beslissing brengt dan gehele of gedeeltelijke vernietiging van de overeenkomst mee. Indien de beslissing afkomstig is van een van partijen of een derde vallen vaststellingsovereenkomst en beslissing niet samen. De beslissing kan dan slechts worden aangetast op grond van art. 7:904 BW.¹⁴⁵

Het artikel geeft aan in welke drie gevallen de overeenkomst vernietigbaar is. De eerste situatie betreft dwaling te wijten aan een inlichting van de wederpartij.¹⁴⁶ De tweede ziet op verzwijging door de wederpartij.¹⁴⁷ In de derde situatie is sprake van wederzijdse dwaling.¹⁴⁸

¹⁴¹ Hijma, art. 6:228, aantekening 25 (GRS): 'Voor de derogerende werking van redelijkheid en billijkheid zal m.n. ruimte bestaan, wanneer de wederpartij de ander bewust in dwaling bracht of hield'. Zie ook HR 25 juni 1993, *NJ* 1994/291, m.nt. CJHB.

¹⁴² Consumentenkoop, art. 7:6 BW. Zie ook 6:233 sub a indien het beding voorkomt in algemene voorwaarden.

¹⁴³ De oneigenlijke dwaling wordt beheerst door de art. 3:33 en 3:35 BW. In dit geval komt geen overeenkomst tot stand, omdat sprake is van een ontbreken van de wil, tenzij voldaan is aan art. 3:35 BW (zie par. 5.4.1 van het onderhavige hoofdstuk).

¹⁴⁴ TM, Parl. Gesch. 6, p. 901; Asser/Hartkamp 2005, nr. 177; HR 17 januari 1997, *NJ* 1997/222: 'Niet kan van de dwalende worden verlangd dat hij precies aangeeft, op welke andere voorwaarden hij de overeenkomst zou hebben gesloten indien hij niet onder de invloed van dwaling zou hebben gehandeld, doch is voldoende dat hij stelt - en in geval van betwisting aannemelijk maakt - dat hij in dat geval een of meer concreet door hem aan te wijzen onderdelen van de overeenkomst niet zou hebben aanvaard'.

¹⁴⁵ Toelichting voorontwerp, p. 1145-1146; Luttik 1994, p. 265 e.v.; A.A. van Rossum 2001, p. 35-36.

¹⁴⁶ Er zijn veel voorbeelden uit de jurisprudentie waarin deze vorm van dwaling zich voordeed. De bekendste zijn wel HR 15 november 1957, *NJ* 1958/67 (Baris/Riezenkamp) en HR 21 januari 1966, *NJ* 1966/183 m.nt. GJS (Booy/Wisman). Zie voor meer jurisprudentie: Asser/Hartkamp 2005, nr. 183.

¹⁴⁷ Dit is de situatie dat een mededelingsplicht is geschonden. Hier doet zich de problematiek voor van de verhouding tussen de mededelings- en onderzoeksplicht. Voor jurisprudentie hierover, Asser/Hartkamp 2005, nr. 185. De omstandigheden van het geval zijn beslissend voor de vraag wanneer er een mededelingsplicht wordt aangenomen. Van belang kan zijn de deskundigheid van partijen, of er sprake is van een vertrouwensrelatie, de vraag wie van partijen over informatie beschikt of daar het makkelijkst aan kan komen, de aard van de transactie, etc. (Asser/Hartkamp 2005, nr. 186).

¹⁴⁸ Beroemd voorbeeld van wederzijdse dwaling is HR 19 juni 1959, *NJ* 1960/59 m.nt. HB (Kantharos van Stevensweert) waar zowel verkoper als koper dwaalden over de eigenschappen van de verkochte zaak. Hoewel de meningen overigens verdeeld zijn over de vraag in hoeverre de koper inderdaad vooraf geen weet had - zoals in de

Voor de eerste en derde situatie geldt dat een beroep op dwaling niet mogelijk is als de wederpartij mocht aannemen dat ook zonder zijn inlichting c.q. een juiste voorstelling van zaken de overeenkomst zou zijn gesloten.¹⁴⁹

Een beroep op dwaling is ook mogelijk als niet gedwaald is omtrent de feiten maar omtrent het recht.¹⁵⁰ Maar bij een beroep op dwaling ten aanzien van het objectieve recht zal het veel voorkomen dat het beroep wordt afgewezen omdat de dwaling te wijten is aan eigen schuld of voor risico van de dwalende komt.¹⁵¹ Ook dwaling betreffende de identiteit van de wederpartij of zijn eigenschappen of hoedanigheden (persoonsdwaling) is erkend.¹⁵² De eisen die gelden voor dwaling over de feiten gelden ook voor rechts- en persoonsdwaling.

Lid 2 geeft vervolgens een beperking voor het beroep op dwaling, namelijk wanneer de dwaling toekomstige omstandigheden betreft en indien de dwaling voor rekening van de dwalende behoort te blijven.¹⁵³ Voor deze laatste afweging zijn van belang: de aard van de overeenkomst, de in het verkeer geldende opvattingen en de omstandigheden van het geval. Deze omstandigheden kunnen gelegen zijn in het feit dat de dwalende door middel van zelfstandig onderzoek de dwaling had kunnen voorkomen.¹⁵⁴ Andere omstandigheden waarop een beroep op lid 2 kan afketsen, kunnen de aard van het gebrek of de deskundigheid van partijen zijn.¹⁵⁵ De bevoegdheid tot vernietiging vervalt wanneer de wederpartij tijdig een wijzigingsvoorstel doet (art. 6:230 lid 1). Ook de rechter kan op verlangen van een van de partijen de gevolgen van de overeenkomst wijzigen (art. 6:230 lid 2).¹⁵⁶

De vaststellingsovereenkomst is een bijzondere overeenkomst waarbij partijen bewust afzien van eventuele aanspraken om aan een onzekerheid of geschil een einde te maken. In het geval van een vaststellingsovereenkomst brengt de aard van de overeenkomst mee dat partijen in beginsel geen beroep kunnen doen op dwaling ter zake van hetgeen waarover getwist werd of dat onzeker was.¹⁵⁷ Een vaststellingsovereenkomst heeft een kanselement; partijen nemen

procedure door het hof werd vastgesteld – van de uitzonderlijke waarde van het object. Zie speciaal aan de kantharos gewijd: Bekkers & Gommers 1998.

¹⁴⁹ Dit wordt de *kenbaarheidscorrectie* of ook wel de *eis der kenbaarheid* genoemd (Hijma & Olthof 2005, p. 319-320; Asser/Hartkamp 2005, nr. 182; Hesen en Smits 2006, p. 36-37).

¹⁵⁰ Asser/Hartkamp 2005, nr. 196. Een beroep op rechtsdwaling wordt door de Hoge Raad erkend, HR 13 december 1981, *NJ* 1981/441. Het beroep op dwaling t.a.v. het bestaan of de betekenis van algemeen verbindende voorschriften is een beroep op rechtsdwaling, zie noot CJHB onder dit arrest.

¹⁵¹ Asser/Hartkamp 2005, nr. 196.

¹⁵² Parl. Gesch. Boek 6, p. 907-908.

¹⁵³ Een beroep op dwaling kan niet *uitsluitend* worden gegrond op de omstandigheid dat de bij het aangaan van de overeenkomst gekoesterde verwachtingen niet in vervulling zijn gegaan (Asser/Hartkamp 2005, nr. 191 e.v.; Valk 2005, art. 6:228 BW, aantekening 4 a). Voor een voorbeeld van teleurgestelde verwachtingen: HR 10 juni 1932, *NJ* 1933/5 (Marktcafé).

¹⁵⁴ Zoals het geval van verkopersdwaling, HR 19 juni 1959, *NJ* 1960/59 m.nt. HB (Kantharos van Stevensweert).

¹⁵⁵ Voor het eerste geval is HR 15 april 1994, *NJ* 1995/614 m.nt. CJHB illustratief. Het ging om de koop van een tweedehands auto die gebreken vertoonde. De verkeersveiligheid bracht hier mee dat de dwaling niet voor rekening van de dwalende koper diende te komen. Een voorbeeld van een verschil in toetsing in het tweede geval zijn HR 1 juni 1990, *NJ* 1991/759 m.nt. CJHB (waar het om een particuliere borg ging) en HR 3 juni 1994, *NJ* 1997/287 m.nt. CJHB (waar het ging om een professionele borg). Zie hierover Valk 2005, art. 6:228 BW, aantekening 5c; Asser/Hartkamp 2005, nr. 195a. Asser/Van Schaick 2004, nr. 231.

¹⁵⁶ Hesen & Smits 2006a, p. 37.

¹⁵⁷ Ontwerp Meijers Nieuw BW 1972, Toelichting p. 1143; Asser/Hartkamp 2005, nr. 195. Zie ook Hof Amsterdam 24 januari 1991, *NJ* 1991/811.

willens en wetens het risico dat later blijkt dat de rechtsverhouding anders ligt dan zij bij vaststelling zijn overeengekomen.¹⁵⁸ Zij zullen dit risico nemen om onzekerheid te beëindigen of geschil te voorkomen en gaan ervan uit dat dit gunstiger is dan de onzekerheid te laten voortduren of het geschil te laten escaleren. Als later blijkt dat de vaststellingsovereenkomst voor een van partijen ongunstig is, verzet de aard van de overeenkomst zich tegen vernietiging op grond van dwaling.¹⁵⁹

5.5.1.1. Rechtspraak

De Hoge Raad heeft zich in een aantal arresten uitgelaten over dwaling bij vaststellingsovereenkomsten.

De eerste uitspraak die ik zal bespreken is *Ebele Dillema II*.¹⁶⁰ De casus is als volgt. Een automobilist rijdt de vier jaar oude Ebele Dillema aan. De vader van Ebele en de verzekeringmaatschappij van de automobilist verschillen van mening over de vraag of de automobilist aansprakelijk is voor het ongeluk, en zo ja wat een gepaste schadevergoeding zou zijn. Uiteindelijk gaan de verzekeraar en de heer Dillema een dading aan (de zaak speelt in 1972). Tegen ontvangst van fl 25.000 verleent de vader van Ebele finale kwijting aan de verzekeraar voor alle gevolgen van het ongeval.

In 1978 doet de Hoge Raad zijn bekende uitspraak in *Ebele Dillema I* waarin wordt bepaald dat Ebele geen eigen schuld had aan het ongeluk.¹⁶¹ De heer Dillema stelt zich op het standpunt dat hij bij de dading in 1972 was uitgegaan van eigen schuld aan de kant van Ebele en dat hij dus gedwaald heeft bij het totstandkomen van de overeenkomst. Hij vordert vernietiging van de dading.

Zowel het hof als de Hoge Raad verwerpen zijn beroep op dwaling met het argument dat de dwaling verdisconteerd was in de dading. Partijen verkeerden in onzekerheid over de schuld van Ebele aan het ongeluk. Vader ging er van uit dat Ebele schuld had en als later blijkt dat deze voorstelling van zaken onjuist is, dient dit voor zijn rekening te blijven. Het hof geeft aan wanneer zijns inziens wel een geslaagd beroep op dwaling mogelijk is, namelijk:

‘Indien partijen bij het aangaan van die overeenkomst zijn uitgegaan van als vaststaand aangenomen feiten, omstandigheden of factoren, die van invloed zijn op een onderlinge rechtsverhouding zelf, zoals deze volgens hen rechtens heeft te gelden, terwijl achteraf blijkt dat beiden dan wel een van hen omtrent een en ander een verkeerde voorstelling van zaken hadden en ook overigens aan de andere vereisten voor het beroep op dwaling is voldaan’.

Dus als partijen als vaststaand en onbetwist hadden aangenomen dat Ebele schuld had, had de dading wel vernietigd kunnen worden wegens dwaling, omdat dwaling van zeker geachte feiten niet is verdisconteerd. De rechter dient in verband met de aard van de

¹⁵⁸ Par. 3.

¹⁵⁹ *Kamerstukken II* 1982/1983, 17 779, nr. 3, p. 35.

¹⁶⁰ HR 15 november 1985, *NJ* 1986/228 m.nt. G.

¹⁶¹ *Ebele Dillema I*, HR 30 juni 1978, *NJ* 1978/685 m.nt. GJS.

vaststellingsovereenkomst terughoudend te zijn met de toepassing van de dwalingsregeling (art. 6:228 lid 2 BW).

De opvatting van de Hoge Raad in *Ebele Dillema II* wordt gevolgd in de uitspraak *Financiële Raadgevers Associatie BV/Van 't Hart*.¹⁶² Een werkgever en een werknemer hebben een geschil betreffende de eindafrekening van een tussen hen bestaan hebbende arbeidsovereenkomst. Zij leggen hun conflict voor aan de rechter die een tussenvonnissen wijst. Na kennisneming van de uitspraak procederen partijen door, maar voeren ondertussen ook overleg dat uitmondt in een vaststellingsovereenkomst. Als uiteindelijk een eindvonnis wordt gewezen dat de gezette toon uit het tussenvonnissen niet doortrekt, wil de werknemer, in wiens voordeel het eindvonnis uitviel, van de vaststellingsovereenkomst af. Hij beroept zich hiertoe onder meer op dwaling. De rechter oordeelt in navolging van *Ebele Dillema II* dat de dwalingsregeling terughoudend toegepast moet worden bij vaststellingsovereenkomsten. Omdat niet gesteld kan worden dat partijen het oordeel uit het tussenvonnissen als zeker en onbetwist aan hun overeenkomst ten grondslag hebben gelegd, is de vaststellingsovereenkomst niet vernietigbaar.¹⁶³

Dat een geslaagd beroep op dwaling bij vaststellingsovereenkomsten niet onmogelijk is bewijzen de uitspraken in *ABN AMRO/Hendriks en Dohrmann/Van der Bent*.¹⁶⁴

Te beginnen met de eerste zaak. De heer Hendriks had in 1990 aanzienlijke verliezen geleden op de optiebeurs. Hij trachtte zijn schade te verhalen op de bank, die hem zijns inziens onaanvaardbare risico's had laten lopen. Er volgen besprekingen tussen de bank en Hendriks en als resultaat hiervan ontvangt Hendriks van de bank een 'coulance betaling' en zien partijen over en weer af 'van verdere rechten jegens elkaar'. Hendriks werd bij het sluiten van de vaststellingsovereenkomst bijgestaan door een accountant en hij had advies ingewonnen bij een advocaat.

Na verloop van tijd vat bij Hendriks de gedachte post dat hij recht heeft op een hogere schadevergoeding. Hij stelt gedwaald te hebben omdat de bank hem niet juist heeft ingelicht over zijn rechtspositie tegenover de bank en over gunstiger regelingen, door de bank met andere cliënten gesloten. Hendriks heeft de door de bank gegeven mededelingen als zeker aangenomen. De bank stelt dat de aard van de totstandgekomen overeenkomst een beroep op dwaling uitsluit. De Hoge Raad verwerpt en oordeelt dat vaststellingsovereenkomsten op grond van dwaling kunnen worden vernietigd. De omstandigheid dat degene die alvorens een vaststellingsovereenkomst aan te gaan een advocaat heeft geraadpleegd, legt wel gewicht in de schaal, maar is op zichzelf niet doorslaggevend voor beantwoording van de vraag of de omstandigheden van het geval meebrengen dat de dwaling voor rekening van de dwalende behoort te blijven.

¹⁶² Ktr. Groningen 9 september 1998, *NJ* 1999/391.

¹⁶³ Immers, geen beroep op dwaling kan worden gedaan ter zake van hetgeen waarover juist getwist werd of waarover onzekerheid bestond. De aard van de vaststellingsovereenkomst verzet zich hiertegen (art. 6:228 lid 2). Een beroep op dwaling is slechts gerechtvaardigd als er een misverstand bestaan heeft t.a.v. hetgeen partijen als zeker en onbetwist aan hun overeenkomst ten grondslag hebben gelegd. Hoewel het eindoordeel van de rechter partijen verraste, was een nuancering van het eerdere standpunt niet uitgesloten te achten.

¹⁶⁴ HR 29 september 1995, *NJ* 1998/81 m.nt. CJHB en Hof Den Haag 21 februari 1995, *VR* 1996/34.

In 1983 is Dohrmann in Gouda aan het tanken. Juist op dat moment ramt een door Karremans bestuurde maar aan Van der Bent toebehorende vrachtauto, de desbetreffende pomp. Dohrmann loopt zwaar lichamelijk letsel op. Ten tijde van het ongeluk had Dohrmann een riant salaris en ruime carrièremogelijkheden. Dohrmann stelt Karremans en Van der Bent aansprakelijk voor de geleden en nog te lijden schade voor een bedrag van ongeveer vier miljoen gulden.¹⁶⁵

De verzekeraar Delta Lloyd geeft aan dat de dekking onder de polis maximaal één miljoen gulden is. De bewuste vrachtauto was echter ook verzekerd op een excedent-polis (een herverzekering voor een risico boven een bepaald bedrag) bij Lloyds in Londen. Dit laatste werd in de onderhandelingen tussen Delta Lloyd en Dohrmann niet aan Dohrmann meegedeeld. In 1986 is een dading gesloten tussen Delta Lloyd (mede namens Van der Bent en Karremans) en Dohrmann. Delta Lloyd zou een schadevergoeding uitkeren van ruim fl 800.000 en Dohrmann zou Van der Bent, Karremans en Delta Lloyd finale en voorbehoudsloze kwijting verlenen.

Na de totstandkoming van de dading raakt Dohrmann op de hoogte van de excedent-polis. De claim bij Lloyds in Londen ketst af op de finale kwijting die Dohrmann aan Karremans en Van der Bent had verleend. Dohrmann stapt vervolgens naar de rechter en eist vernietiging van de dading. Zowel Rechtbank als Hof wijzen de vordering toe omdat Delta Lloyd een mededelingsplicht had en deze heeft geschonden.

5.5.1.2. Eenzijdige-wederzijdse dwaling

De vraag of het al dan niet gaat om een in de vaststellingsovereenkomst verdisconteerde dwaling hangt mijns inziens samen met de vraag of sprake is van wederzijdse dan wel eenzijdige dwaling. Bij wederzijdse dwaling (art. 6:228 lid 1 sub c BW) is ruimte om, zoals in *Ebele Dillema II* en *Financiële Raadgevers Associatie BV/Van 't Hart*, op basis van art. 6:228 lid 2 te concluderen dat de dwaling is verdisconteerd in de overeenkomst. Bij dwaling met een beroep op sub a of sub b is hiervoor geen plaats.¹⁶⁶ Immers, voor een geslaagd beroep op dwaling op grond van sub a of b is het vereist dat de inlichting of verzwijging dusdanig relevant is dat deze de totstandkoming van de overeenkomst heeft bewerkstelligd.¹⁶⁷ Dit impliceert dat de dwalende zonder de mededeling of verzwijging de overeenkomst niet of althans niet op dezelfde voorwaarden zou hebben gesloten. Hier vloeit uit voort dat de dwalende deze uitspraak of verzwijging als zeker en onbetwist heeft aangenomen. Want als de dwalende de mededeling of verzwijging toch al als onzeker en betwist beschouwde, kan niet gezegd worden dat de overeenkomst onder invloed hiervan tot stand is gekomen.¹⁶⁸

¹⁶⁵ Waarvan een groot gedeelte indirecte carrièreschade.

¹⁶⁶ Hiermee in overeenstemming is de overweging van het Hof Arnhem 20 januari 1998, *NJ* 2001/538, r.o. 5.4.

¹⁶⁷ Tenzij in geval van sub a de wederpartij van de dwalende mocht aannemen dat de overeenkomst ook zonder deze inlichting zou worden gesloten. Is dit echter het geval, dan ketst vernietigbaarheid af op de kenbaarheid en niet op de aard van de overeenkomst (lid 2).

¹⁶⁸ Anders: Ontwerp Meijers Nieuw BW 1972, tekst van art. 7.15.6 lid 2 sub b. In art. 7.15.6 lid 2 sub b werd nog uitgegaan, in tegenstelling tot met wat ik hier betoog, van de mogelijkheid dat de eenzijdige dwaling verdisconteerd kan zijn in de vaststellingsovereenkomst (toelichting voorontwerp, p. 1144).

5.5.1.3. Enige bijzondere gemeenschappen

Vermeld moet worden dat als een vaststellingsovereenkomst een verdeling van een bijzondere gemeenschap omvat, op deze verdeling de artikelen 6:228-230 BW niet van toepassing zijn.¹⁶⁹ Hiervoor in de plaats komt art. 3:196 BW dat bepaalt dat wanneer een deelgenoot over de waarde van een of meer van de te verdelen goederen en schulden heeft gedwaald en daardoor voor meer dan een vierde gedeelte is benadeeld, de verdeling vernietigbaar is (de *laesio enormis*).¹⁷⁰

Art. 3:189 lid 1 stelt dat de regeling uit art. 3:196 niet geldt voor een huwelijksgemeenschap, gemeenschap van een geregistreerd partnerschap, maatschap, vennootschap of rederij zolang zij niet ontbonden zijn, noch voor de gemeenschap van een in appartementsrechten gesplitst gebouw zolang de splitsing niet is opgeheven. Maar de regels van art. 3:196 zijn mede van toepassing op een rechtshandeling waarbij een huwelijksgemeenschap wordt verdeeld vóór haar ontbinding, maar onder de opschortende voorwaarde dat die ontbinding zal plaatsvinden. Met zo'n voorwaardelijke rechtshandeling moet voor toepassing van art. 3:196 op één lijn worden gesteld een overeenkomst waarbij de deelgenoten zich tot een bepaalde, concreet aangegeven verdeling van de gemeenschap verplichten. Art. 3:189 lid 1 staat hieraan niet in de weg omdat zulke rechtshandelingen ertoe strekken een rechtstoestand te regelen die met en door de ontbinding zal intreden.¹⁷¹

Van dwaling in de zin van art. 3:196 BW is ook sprake indien een deelgenoot weliswaar weet of behoort te weten dat hij voor meer dan een vierde benadeeld is, maar niet weet voor welk bedrag hij benadeeld is of in welke orde van grootte de waarde van de benadeling ligt.¹⁷²

De *laesio enormis* kan gezien worden als een uitvloeisel van het *iustum pretium*-beginsel.¹⁷³ De verdeling van een gemeenschap is een gedwongen rechtshandeling; niet de wilsovereenstemming maar de verplichting om de onverdeeldheid op te heffen is het wezenlijke element. Om deze reden wordt een andere toetsing gebruikt dan bij andere overeenkomsten.¹⁷⁴

Wanneer in het kader van mediation de boedel wordt verdeeld, komt art. 3:196 als *lex specialis* van art. 6:228 BW in beeld. Verdedigd wordt dat als een van de (ex)echtgenoten voor meer dan een vierde benadeeld is, de boedelscheiding vernietigd kan worden.¹⁷⁵ Maar de Hoge Raad meent dat indien een boedelscheiding te beschouwen is als een *dading*, daar niet zo maar tegenop kan worden gekomen op grond van benadeling.¹⁷⁶

Wat is nu de regel bij een vaststellingsovereenkomst na een geslaagde mediation waarbij verdeling van een gemeenschap speelt? Kan daar op grond van benadeling tegen

¹⁶⁹ Art. 3:199 BW.

¹⁷⁰ Tenzij degene die zich op de *laesio enormis* beroept bij het voltrekken van de boedelscheiding al van de door hem gestelde benadeling op de hoogte was (HR 30 oktober 1970, *NJ* 1971/98 m.nt. EAAL. Zie ook Nieuwenhuis 1979, p. 123).

¹⁷¹ HR 7 April 1995, *NJ* 1996/499 m.nt. WMK. De motivatie om art. 3:196 toch van toepassing te achten, is dat het niet aannemelijk is dat op de overeenkomst die tot een bepaalde verdeling verplicht een andere vernietigingsregel van toepassing zou zijn dan op de verdeling zelf. Zie ook Hartkamp 2005, p. 155.

¹⁷² HR 7 April 1995, *NJ* 1996/499 m.nt. WMK.

¹⁷³ Lebens-de Mug, 1981, p. 111-112; Grosheide 2004, p. 72; Groeneboom 1942, p. 8.

¹⁷⁴ Groeneboom 1942, p. 9 en 68.

¹⁷⁵ Zie onder meer Brenninkmeijer, Schutte & Spierdijk 2005, p. 95; Chin-A-Fat 2004, p. 376.

¹⁷⁶ HR 30 oktober 1970, *NJ* 1971/98 m.nt. EAAL, r.o. 7/8.

worden opgekomen? De vaststellingsovereenkomst ter beëindiging van een geschil valt onder de definitie van de dading naar oud recht.¹⁷⁷ De uitspraak van de Hoge Raad is dus ook relevant voor de mediated vaststellingsovereenkomst. Ik meen dat als geschil of onzekerheid bestond over de te verdelen gemeenschap (bijv. over de waarde van te verdelen goederen of over de inbreng) en partijen hebben het geschil of de onzekerheid beëindigd door hierover afspraken te maken, het een vaststellingsovereenkomst betreft en art. 3:196 niet van toepassing is.¹⁷⁸ Betreft het een zuivere boedelscheiding omdat geschil of onzekerheid ontbrak, dan is een beroep op *laesio enormis* mogelijk. Maar het probleem bij mediation is dat de regels betreffende vertrouwelijkheid in de weg (kunnen) staan aan het bewijs van de aard van de verdeling, waardoor het beroep niet te effectueren zou zijn.¹⁷⁹ De vertrouwelijkheid van mediation komt in hoofdstuk 7 nog uitgebreid aan de orde.¹⁸⁰

5.5.1.4. Dwaling en mediation

Nu dwaling in relatie tot de vaststellingsovereenkomst in de voorgaande paragrafen behandeld is, is de tijd nu rijp voor toespitsing van het dwalingsleerstuk op de mediated vaststellingsovereenkomst. Deze onderscheidt zich van een ‘gewone’ vaststellingsovereenkomst door de aanwezigheid van een derde – de mediator – die het totstandkomen van de overeenstemming tussen partijen begeleidt en bevordert.¹⁸¹

Hoe zouden de drie dwalingsvormen uit art. 6:228 BW zich in mediation voor kunnen doen? Ik denk hierbij dus specifiek aan de situatie dat de mediator de bron van de dwaling is. De mediator is geen partij bij de overeenkomst en dus is de vraag in hoeverre een beroep op art. 6:228 BW nog tot vernietiging van de overeenkomst zou kunnen leiden.¹⁸² Ik zal een aantal situaties schetsen, te beginnen met een geval waarin een beroep zou kunnen worden gedaan op art. 6:228 lid 1 sub a.

Stel dat een mediator verkeerde informatie die hij heeft verkregen in caucus, doorgeeft aan de andere partij en de andere partij (mede) op grond hiervan de overeenkomst sluit. In deze situatie is de mediator een doorgeefluik. Kan de overeenkomst vernietigd worden op basis van sub a? Ik zou bevestigend willen antwoorden; de dwaling is te wijten aan een inlichting van de

¹⁷⁷ Zie par. 4 van het inleidende hoofdstuk.

¹⁷⁸ In gelijke zin: Lammers (GRS), art. 3:196 BW, aantekening 11 en 12; Schoordijk 1983, p. 106 e.v. Dit zou volgens Schoordijk anders liggen als op grond van de vernietigbare vaststellingsovereenkomst die de waarde van de te verdelen goederen regelt al een boedelscheiding is gevolgd, omdat dan de boedelscheiding niet meer uit de vaststellingsovereenkomst kan worden gelicht.

¹⁷⁹ Oplossing voor dit probleem zou kunnen zijn dat wordt aangenomen dat ook over de verdeling van de gemeenschap geschil of onzekerheid bestond, aangezien dit in de mediation aan de orde is geweest. Een beroep op art. 3:196 lid 1 BW zou dan dus uitgesloten zijn, waardoor er ook geen bewijsprobleem meer kan ontstaan.

¹⁸⁰ Zie voor de vertrouwelijkheid van mediationcommunicatie o.m. ook par. 5.2.5.5, 6.3 en 7.1 van hoofdstuk 2.

¹⁸¹ Deze situatie doet zich ook voor bij een schikking ter comparitie waar de rechter partijen tot het komen tot een schikking probeert te bewegen. De rechterlijke schikking valt verder buiten de afbakening van het onderzoek, maar zie de opmerking die hierover in voetnoot 28 van hoofdstuk 1 is gemaakt.

¹⁸² Hier doet niet aan af of de mediator de vaststellingsovereenkomst mede ondertekent, want ondertekening maakt hem nog geen partij bij de rechtshandeling (de rechten en plichten die tussen de partijen in geschil ontstaan). Aldus ook Brenninkmeijer, Schutte & Spierdijk 2005, p 73 en Van Dijk 2006b, p. 142. Anders: Labohm 2000, p. 63-63

wederpartij, de mediator was slechts de boodschapper; hier vindt toerekening plaats. Bewijs van dwaling zal echter in deze situatie zeer moeilijk te leveren zijn.¹⁸³

Vervolgens een voorbeeld van een potentiële sub b-situatie. Een mediator licht partijen verkeerd voor over het recht. Partij A weet dat de informatie niet klopt, maar zwijgt. Partij B neemt de informatie voor waar aan en raakt in dwaling. Onder invloed hiervan sluit zij de overeenkomst. Vernietiging zal mijns inziens mogelijk kunnen zijn op basis van sub b afhankelijk van de omstandigheden van het geval.¹⁸⁴ Maar ook hier zal bewijs lastig te leveren zijn.

Nu de laatste casus. De mediator stelt zich wederom actief op in de mediation en geeft partijen verkeerd inhoudelijk advies.¹⁸⁵ In dit geval kan op grond van art. 6:228 lid 1 sub c de vaststellingsovereenkomst vernietigd worden als beide partijen op grond van die verkeerde informatie de overeenkomst aangingen, mits de dwaling niet aan een van hen wordt toegerekend en mits partijen de mededeling als zeker en onbetwist aan hun vaststellingsovereenkomst ten grondslag hebben gelegd.¹⁸⁶ De vraag is hoe snel dit aangenomen zal worden. Moeten partijen er bijvoorbeeld rekening mee houden dat de mediator zich kan vergissen? Als het een uitdrukkelijke mededeling van een terzakekundige (evaluerende) mediator betreft, lijkt vernietiging mij mogelijk.

5.5.2. *Bedrog*

Bedrog hangt nauw samen met het dwalingsleerstuk. Bedrog wordt samen met bedreiging en misbruik van omstandigheden geregeld in art. 3:44 BW. Hartkamp omschrijft bedrog als 'de misleidende handelwijze van een der partijen, waarmee wordt beoogd de wederpartij in dwaling te brengen en daardoor tot het aangaan der overeenkomst te bewegen'. De dwaling hoeft niet aan de vereisten uit art. 6:228 BW te voldoen.¹⁸⁷ Bedrog kan worden gepleegd met alle daartoe geëigende middelen; een opzettelijk gedane onjuiste mededeling of een opzettelijke verzwijging waar gesproken had moeten worden, is voldoende.¹⁸⁸ Voor een beroep op bedrog is het noodzakelijk dat de bedrieger de ander willens en wetens misleidt. Er wordt dus uitgegaan van een subjectief opzetvereiste.¹⁸⁹ Net als bij dwaling dient er een causaal verband te zijn tussen het bedrog en de rechtshandeling; zonder het bedrog zou de rechtshandeling niet, althans niet met dezelfde inhoud, zijn verricht.¹⁹⁰

Vernietiging van de vaststellingsovereenkomst op grond van bedrog kan niet worden tegengehouden met het argument dat de bedrogene zich niet op het bedrog kon beroepen, omdat hij wist dat hij onvolledig en onjuist was geïnformeerd, maar onzeker was over de vraag in

¹⁸³ Nog los van de hele problematiek van vertrouwelijkheid van mediationcommunicatie waarover in hoofdstuk 7 meer.

¹⁸⁴ Hier doet de problematiek van mededelings- en onderzoeksplichten zijn intrede en ik ga hier verder niet op in. Zie ook voetnoot 147.

¹⁸⁵ Zie voor een omschrijving van evaluerende mediation hoofdstuk 2, par. 4.2.

¹⁸⁶ Par. 5.5.1 en Financiële Raadgevers Associatie/Van 't Hart (par. 5.5.1.1).

¹⁸⁷ Asser/Hartkamp 2005, nr. 199 & 202. Dit betekent dat het bedrog in het algemeen niet voor rekening van bedrogene kan blijven.

¹⁸⁸ Wanneer een spreekplicht wordt aangenomen, wordt bepaald door de verkeersopvattingen (Hijma 2005, art. 3:44 lid 3 BW, aantekening 5a; Asser/Hartkamp 2005, nr. 200.

¹⁸⁹ Hijma 2005, art. 3:44 lid 3 BW, aantekening 5b.

¹⁹⁰ Hijma 2005, art. 3:44 lid 3 BW, aantekening 5c; Asser/Hartkamp 2005, nr. 201.

welke omvang en aan die onzekerheid een einde heeft willen maken door het aangaan van de vaststellingsovereenkomst. Analoge toepassing van art. 6:228 lid 2 (aard van de overeenkomst verzet zich tegen een beroep op dwaling) vindt geen weerklank bij de rechter.¹⁹¹ Naar mijn mening is bij eenzijdige dwaling (art. 6:228 sub a en b) al geen ruimte om aan te nemen dat de aard van de overeenkomst zich verzet tegen vernietigbaarheid.¹⁹² In bedrogsituaties zou dan helemaal geen plaats zijn voor analoge toepassing van art. 6:228 lid 2 BW.

5.5.2.1. Bedrog door een derde

Art. 3:44 lid 5 bepaalt dat indien een verklaring tot stand is gekomen door bedreiging, bedrog of misbruik van omstandigheden van de zijde van iemand die geen partij is bij de rechtshandeling, op dit gebrek geen beroep kan worden gedaan tegenover een wederpartij die geen reden had het bestaan ervan te veronderstellen.

Partijen worden in mediation vaak bijgestaan door advocaten.¹⁹³ Van belang is dus om te onderzoeken of bedrog door een deskundige van een partij, zoals een advocaat, accountant of een andere vertrouwenspersoon, dat de wederpartij tot het aangaan van de rechtshandeling beweegt, gelijkgesteld wordt met bedrog door deze partij –en de overeenkomst dus vernietigbaar is – of dat een beroep op bedrog van de wederpartij afketst op lid 5.

Is de deskundige uitdrukkelijk bevoegd tot het verrichten van rechtshandelingen dan kan van vertegenwoordiging worden gesproken. Dit doet zich voor in de situatie dat de advocaat de onderhandelingen voert en de cliënt duidelijk geen eigen inbreng heeft. De heersende opvatting is dat bedrog door een *vertegenwoordiger* van de wederpartij wordt gelijkgesteld met bedrog door de wederpartij. Art. 3:44 lid 5 speelt dan dus niet.¹⁹⁴ Ditzelfde zal gelden voor misbruik van omstandigheden en bedreiging.

Maar een deskundige die een partij bijstaat in mediaton heeft vaak een andere rol. In mediation gaat het er juist om dat partijen er samen uit komen en samen de beslissingen nemen.¹⁹⁵ Partijen representeren dus zichzelf. De advocaat of deskundige brengt niet de rechtshandeling (de vaststellingsovereenkomst) tot stand, dat doet de partij zelf. Als de deskundige van een partij in deze situatie bedrog pleegt en de wederpartij van zijn cliënt op het verkeerde been zet, wat geldt er dan? Is dit een lid 5-situatie en kan de bedrogen wederpartij geen beroep doen op haar wilsgebrek indien degene die zich van de deskundige bediende van niets wist? Dat zou betekenen dat de mediated vaststellingsovereenkomst niet vernietigd kan worden als deze partij geen reden had om het bestaan van het bedrog door ‘haar’ deskundige te veronderstellen. Ik meen van niet. Ook als de handelende persoon de bevoegdheid tot vertegenwoordiging niet heeft, kan niet steeds tegenover de wederpartij met wie de onbevoegde vertegenwoordiger heeft gehandeld een beroep op de onbevoegdheid worden gedaan. Soms is sprake van schijn van vertegenwoordiging die de vertegenwoordigde tegen zich moet laten

¹⁹¹ Rb. Amsterdam 20 november 1996, VR 1997/137 (*B.J.M./Delta Lloyd Schadeverzekeringen NV*). Zie ook HR 8 September 2006, LJN: AX7782, r.o. 4.16. Het enkele feit dat een partij een bepaalde verwachting heeft van een rechterlijk tussenvonniss en om die reden een vaststellingsovereenkomst sluit, levert geen bedrog op.

¹⁹² Zie hiervoor par. 5.5.1.2 van dit hoofdstuk.

¹⁹³ Par. 3 van hoofdstuk 2.

¹⁹⁴ Asser/Hartkamp 2005, nr. 203; Hijma 1988, p. 134-135; Van Dam 2004, p. 238. Naar oud recht werd hetzelfde aangenomen, zie HR 28 februari 1930, NJ 1930/1258.

¹⁹⁵ Par. 2 van hoofdstuk 2; Brenninkmeijer, Schutte & Spierdijk 2005, p. 42.

gelden.¹⁹⁶ Dat is het geval als een deskundige een partij bijstaat in mediation. Ook aan het kenbaarheidsvereiste, nodig voor toerekening, lijkt in mediation te zijn voldaan. Dit wil zeggen dat de wederpartij uit de verklaringen en gedragingen van de handelende persoon (de advocaat van een partij) moet hebben kunnen afleiden dat deze als vertegenwoordiger handelde.¹⁹⁷ Dit lijkt mij het geval te zijn als de advocaat zich actief mengt in de mediation. Bovendien zou gesteld kunnen worden dat sprake is van een stilzwijgende volmachtverlening die voortvloeit uit de overeenkomst van opdracht tussen de partij in mediation en haar advocaat.¹⁹⁸ De functie van advocaat houdt naar de verkeersopvatting een vertegenwoordigingsbevoegdheid in.¹⁹⁹ De grens van de vertegenwoordigingsbevoegdheid uit hoofde van de functie van advocaat ligt bij handelingen, zoals mededelingen, die redelijkerwijs niet geacht kunnen worden te blijven binnen het raam enerzijds van de werkzaamheid van een advocaat en anderzijds van het gestelde doel.²⁰⁰ Die grenzen worden waarschijnlijk in de situatie dat de advocaat van de wederpartij bedrog pleegt in de mediation, niet overschreden. Doel is tenslotte het komen tot een schikking. Ter verwezenlijking daarvan mag een advocaat die een cliënt begeleidt, uitlatingen doen. Op basis van beide redeneringen, schijn van vertegenwoordiging en stilzwijgende volmacht, kom ik tot de conclusie dat handelingen van de advocaat en/of deskundige tot vernietiging kunnen leiden.

Voor bedreiging en misbruik van omstandigheden zullen bovenstaande redeneringen in principe ook gelden.²⁰¹ Ook bij dwaling (art. 6:228 BW sub a en b) gaan bovenstaande redeneringen op.²⁰² Maar het lijkt voorstelbaar dat bij bepaalde type (ernstige)bedreigingen de schijn van vertegenwoordiging en stilzwijgende volmachtverlening niet meer aangenomen kan worden, met als gevolg dat toerekening niet meer kan plaatsvinden en art. 3:44 lid 5 in beeld komt.²⁰³

Dan moet nog de situatie worden onderscheiden dat de partij die zich van de vertegenwoordiger of adviseur bedient, door deze wordt bedrogen of bedreigd of dat deze persoon misbruik van omstandigheden maakt. Deze situatie valt onder art. 3:44 lid 5. Het gebrek in de wil is veroorzaakt door iemand die geen partij is bij de overeenkomst. Een geslaagd beroep op art.

¹⁹⁶ Asser/Kortmann 2004, nr. 5. Van belang hierbij kan zijn of de deskundige de mediationovereenkomst mee ondertekent. Als hij dit doet onder vermelding van 'vertegenwoordiger', kan zijn gedrag toegerekend worden aan de opdrachtgever. De vraag is of dit nodig zal zijn. Vgl. Wackie Eysten die een uitspraak van de tuchtcommissie bespreekt waarin een adviseur van een partij de klacht indiende en de tuchtcommissie oordeelde dat de adviseur kon worden gezien als vertegenwoordiger, en dat dus o.g.v. art. 1 van de klachtenregeling van het NMI (dat als klager aanduidt 'de bij een mediation betrokken partij of diens vertegenwoordiger) over de klacht geoordeeld kon worden. Ook Wackie Eysten meent overigens een adviseur strikt genomen geen vertegenwoordiger is (Wackie Eysten 2005c, p. 20). Zie over de klachtenregeling par. 5.2.5.4 van hoofdstuk 2.

¹⁹⁷ Asser/Kortmann 2004, nr. 5.

¹⁹⁸ Zie ook Asser/Kortmann 2004, nr. 22 en 36 e.v.

¹⁹⁹ Asser/Kortmann 2004, nr. 36.

²⁰⁰ HR 16 juni 1967, *NJ* 1967/340 m.nt. GJS.

²⁰¹ Respectievelijk behandeld in par. 5.5.3. en 5.5.4.

²⁰² Zie over dwaling par. 5.5.1 e.v.

²⁰³ Bij (ernstige) bedreigingen komt het onrechtmatige daadsrecht overigens in beeld met de problematiek van toerekening van onrechtmatige daden. Dit valt buiten de reikwijdte van het onderhavige onderzoek dat immers ziet op de aantastbaarheid van de vaststellingsovereenkomst. Zie voor de afbakening van het onderzoek, hoofdstuk 1, par. 4.

3:44 lid 5 zal echter vrijwel altijd afketsen op het feit dat het gebrek in de wilsvorming niet kenbaar is voor de wederpartij.

In het geval dat het bedrog afkomstig is van de mediator kan de vaststellingsovereenkomst niet vernietigd worden op grond van bedrog als de wederpartij van de bedrogene geen reden had om het bedrog te vermoeden (art. 3:44 lid 5). Hier doet niet aan af of de mediator de vaststellingsovereenkomst mede ondertekent, want ondertekening maakt hem nog geen partij bij de overeenkomst.²⁰⁴ Bovenstaande opmerkingen betreffende lid 5 gelden vanzelfsprekend ook voor de nog in de volgende paragrafen te behandelen leerstukken bedreiging en misbruik van omstandigheden.

5.5.3. *Bedreiging*

‘Bedreiging is aanwezig, wanneer iemand een ander tot het verrichten van een bepaalde rechtshandeling beweegt door onrechtmatig deze of een derde met enig nadeel in persoon of goed te bedreigen. De bedreiging moet zodanig zijn, dat een redelijk oordelend mens daardoor kan worden beïnvloed’.²⁰⁵

Bedrog brengt iemand in dwaling. Bedreiging jaagt iemand vrees aan en onder invloed van deze vrees wordt een overeenkomst gesloten. In deze situatie dekt de verklaring de wil wel, maar is de wil niet in vrijheid en dus gebrekkig gevormd.²⁰⁶ De dreiging kan tegen de onder dwang handelende persoon of tegen een derde zijn gericht.²⁰⁷ Het nadeel kan bestaan uit een stoffelijk of ideëel nadeel.²⁰⁸ Er is sprake van een objectieve standaard; de bedreiging moet zodanig zijn dat een redelijk oordelend mens daardoor kan worden beïnvloed. Dit wil echter niet zeggen dat niet in elke concrete situatie gekeken moet worden naar alle omstandigheden van het geval om tot een redelijk oordeel te kunnen komen of de persoon in kwestie door de bedreiging kon worden beïnvloed.²⁰⁹ Hartkamp voert aan dat niet alleen rekening kan worden gehouden met ouderdom, kunnen, ontwikkeling en karakter van degene die zich bedreigd voelt, maar ook met lichamelijke en geestelijke weerstand.²¹⁰

Ten aanzien van het onrechtmatige karakter van de bedreiging kunnen zich twee situaties voordoen. In de eerste situatie is datgene waarmee bedreigd wordt onrechtmatig, bijv. het dreigen met geweld. In het tweede geval is datgene waarmee bedreigd wordt op zichzelf niet onrechtmatig, zoals het dreigen met het doen van aangifte van een strafbaar feit, maar wordt het onrechtmatig in het licht van het beoogde doel (als de bedreiging wordt gedaan om de

²⁰⁴ Zie voetnoot 182.

²⁰⁵ Art. 3:44 lid 2 BW.

²⁰⁶ Asser/Hartkamp 2005, nr. 205-206.

²⁰⁷ Parl. Gesch. Boek 3, p. 209; Hijma 2005, art. 3:44 lid 2, aantekening 4a; Asser/Hartkamp 2005, nr. 208.

²⁰⁸ Parl. Gesch. Boek 3, p. 209; Hijma 2005, art. 3:44 lid 2, aantekening 4a.

²⁰⁹ Asser/Hartkamp 2005, nr. 208.

²¹⁰ Asser/Hartkamp 2005, nr. 208.

bedreigde tot een bepaalde prestatie te dwingen)²¹¹ of wegens de wijze waarop of de omstandigheden waaronder de bedreiging plaatsvindt.²¹²

Van bedreiging moet de situatie worden onderscheiden van direct op de handeling zelf gerichte fysieke dwang, zoals het bewegen van iemands hand bij ondertekening van een akte. In dit geval is geen sprake van een wil gericht op een rechtsgevolg. Dit is een zogenaamd *vis absoluta*. Aan art. 3:33 BW, een rechtshandeling vereist een op een rechtsgevolg gerichte wil die zich door een verklaring heeft geopenbaard, is niet voldaan. Er komt geen overeenkomst tot stand. Op art. 3:35 BW kan vanzelfsprekend in bovengeschetste omstandigheid geen beroep worden gedaan.²¹³

5.5.4. *Misbruik van omstandigheden*

Evenals bij bedrog en bedreiging en in tegenstelling tot dwaling, gelden voor vernietiging van vaststellingsovereenkomsten wegens misbruik van omstandigheden geen beperkingen ten opzichte van andere ‘gewone’ overeenkomsten.²¹⁴ Dit blijkt al uit de wettekst van art. 3:44 BW, die in tegenstelling tot de tekst van art. 6:228 BW niet rept over onmogelijkheid van vernietiging als de aard van de overeenkomst zich daartegen verzet. Het blijkt ook uit de rechtspraak; voor een geslaagd beroep op vernietiging wegens misbruik van omstandigheden is het karakter van de overeenkomst die onder invloed van dit misbruik tot stand is gekomen niet van belang.²¹⁵

Voor een geslaagd beroep op misbruik van omstandigheden is vereist dat zich bijzondere omstandigheden voordoen. De wet noemt noodtoestand, afhankelijkheid, lichtzinnigheid, abnormale geestestoestand of onervarenheid.²¹⁶ Als de wederpartij weet of moet begrijpen dat de handelende persoon zich in een dergelijke omstandigheid bevindt en

²¹¹ Het lijkt erop dat dreigen met het doen van aangifte van een strafbaar feit eerder ongeoorloofd is naarmate het dreigement verder afstaat van de af te dwingen handeling. Zie Hijma (GRS), art. 3:44 lid 2, aantekening 39, voor jurisprudentie.

²¹² Hijma & Olthof 2005, p. 34; Asser/Hartkamp 2005, nr. 207. Zie voor jurisprudentie specifiek over de vaststellingsovereenkomst, HR 8 januari 1999, *NJ* 1999/342. Het betrof hier een echtscheidingsconvenant. Het ging om een vaststellingsovereenkomst onder de opschortende voorwaarde dat de scheiding werd uitgesproken. Aan de orde was of tussen partijen een echtscheidingsconvenant tot stand was gekomen, en zo ja of dit convenant vernietigbaar was wegens bedreiging. Het hof had volgens de Hoge Raad ten onrechte overwogen dat van bedreiging geen sprake kon zijn wanneer de door het dreigement bewogen rechtshandeling pas is verricht nadat de bedreigde persoon na de bedreiging ruim de tijd heeft gehad om in overleg met zijn raadsman zijn oordeel te vormen over de vraag of hij de rechtshandeling wel zou gaan verrichten. Zie voor een bespreking van dit arrest, Hijma (GRS), art. 3:44 lid 2, aantekening 37.

²¹³ Asser/Hartkamp 2005, nr. 115.

²¹⁴ Voor misbruik van omstandigheden geldt wel art. 3:54 dat bepaalt dat de bevoegdheid om ter vernietiging van een meerzijdige rechtshandeling een beroep op misbruik van omstandigheden te doen, vervalt wanneer de wederpartij tijdig een wijziging van de gevolgen van de rechtshandeling voorstelt, die het nadeel op afdoende wijze opheft. Ook kan de rechter op verlangen van een van de partijen, in plaats van de vernietiging uit te spreken, de gevolgen van de rechtshandeling wijzigen ter opheffing van het nadeel.

²¹⁵ HR 8 februari 2002, *NJ* 2002/267. In deze zaak overwoog de rechtbank, rechtsprekend in tweede instantie: ‘Op grond van de inhoud van deze verklaring neemt de rechtbank aan dat tussen partijen een overeenkomst is gesloten. Welk karakter die overeenkomst heeft (Topmen stelde dat het om een vaststellingsovereenkomst ging; MS), kan naar het oordeel van de rechtbank in het midden blijven. De rechtbank is namelijk op grond van na te melden overwegingen van oordeel dat Topmen zich heeft schuldig gemaakt aan misbruik van omstandigheden en zal het beroep van Sjoers op vernietiging van de overeenkomst derhalve honoreren’.

²¹⁶ Het gaat om een enuntiatieve opsomming.

daardoor tot de rechtshandeling wordt bewogen en deze toch bevordert én hetgeen zij weet of moet begrijpen haar van het bevorderen van de rechtshandeling zou behoren te weerhouden, is de overeenkomst vernietigbaar.²¹⁷ Het gaat dus om de kenbaarheid van de omstandigheden waarvan vervolgens misbruik is gemaakt (het misbruikvereiste). Bij misbruik van omstandigheden dient causaal verband te zijn tussen de omstandigheden en het sluiten van de overeenkomst.²¹⁸ Bij een beroep op misbruik van omstandigheden geldt de hoofdregel van art. 150 Rv dat wie stelt dient te bewijzen.²¹⁹

Onder het oude recht was misbruik van omstandigheden niet wettelijk geregeld. Overeenkomsten totstandgekomen door misbruik van omstandigheden werden nietig verklaard wegens strijd met de goede zeden (art. 1371 en 1373 oud BW).²²⁰ Het leerstuk van misbruik van omstandigheden zou zijn ontstaan uit de leer van de rechtvaardige prijs (iustum pretium).²²¹ Benadeling is echter geen constitutief element van misbruik van omstandigheden.²²² Hiermee wordt ook weer afstand genomen van de iustum pretium-leer.²²³ Uiteindelijk is misbruik van omstandigheden als grond voor vernietigbaarheid opgenomen in het Nieuw BW. De iustum pretium-leer heeft het niet gehaald.²²⁴

De bijzondere omstandigheden waarvan volgens het artikel sprake dient te zijn, kunnen worden onderscheiden in twee categorieën.

De eerste ziet op externe omstandigheden zoals noodtoestand en dwangpositie waardoor iemand in een situatie komt te verkeren waarin hij overgeleverd is aan een wederpartij in een, veelal economische, machtspositie. Iemand is overgeleverd aan hulp of medewerking van een ander om hem uit zijn benarde positie te bevrijden.

De tweede categorie ziet op interne omstandigheden zoals abnormale geestestoestand of onervarenheid, waardoor iemand zijn belangen niet meer kan overzien.

²¹⁷ Hijma & Olthof 2005, p. 35. Hartkamp acht misbruik aanwezig indien een wederpartij die de benarde positie of geestelijke afhankelijkheid van het slachtoffer kent, de overeenkomst sluit hoewel zij wegens de voor haar kenbare nadelen die voor de ander uit de overeenkomst voortvloeien, van het sluiten van de overeenkomst af had behoren te zien (Asser/Hartkamp 2005, nr. 214).

²¹⁸ En niet tussen het *misbruik* van omstandigheden en het sluiten van de overeenkomst, o.m. omdat het niet vereist is dat het slachtoffer door een actief handelen tot het sluiten van de overeenkomst wordt bewogen (Asser/Hartkamp 2005, nr. 213).

²¹⁹ Hoewel wel geopperd is om in bepaalde gevallen uit te gaan van een weerlegbaar vermoeden van misbruik van omstandigheden (Asser/Hartkamp 2005, nr. 216a).

²²⁰ Parl. Gesch. Boek 3, p. 203; Asser/Hartkamp 2005, nr. 209 en 212; Van Zeven 1960, p. 27 e.v.

²²¹ Lebens-de Mug 1981, p. 117. Zie ook Stein 1957, p. 173. In het *Bovag II* arrest werd als eerste misbruik van omstandigheden expliciet als grond van nietigheid aangenomen door de Hoge Raad (HR 11 januari 1957, *NJ* 1959/37 m.nt. HB). Zie Lebens-De Mug 1981, p. 43 e.v. Zie over het iustum pretium-beginsel, par. 5.3.2.2.

²²² Asser/Hartkamp 2005, nr. 214 e.v.; Nieuwenhuis 1979, p. 130; M.M. van Rossum 1996, p. 661. Hoewel nadeel onder het oude recht wel voorwaarde was voor het aannemen van misbruik van omstandigheden, miste het als criterium onderscheidend vermogen (Noot CJHB onder HR 2 november 1979, *NJ* 1980/429) nadat de Hoge Raad had bepaald dat het niet noodzakelijk was dat er een bepaalde mate of een bepaalde vorm van benadeling aanwezig is (HR 29 mei 1964, *NJ* 1965/104 (Elmbt/Feierabend, m.nt. GJS)). Voor uitspraken onder het nieuwe recht, zie: HR 5 februari 1999, *NJ* 1999/652 m.nt. PAS en HR 19 januari 2001, *NJ* 2001/159. Maar de aanwezigheid, de aard en de omvang van de benadeling zullen wel een rol spelen bij de vraag of de wederpartij van het slachtoffer zich van het bevorderen van de rechtshandeling had behoren te onthouden (MvA II, Parl. Gesch. 3, p. 213; HR 9 januari 2004, *NJ* 2004/141).

²²³ Lebens-de Mug 1981, p. 116.

²²⁴ Grosheide 2004, p. 83-84. Zie par. 5.3.2.2 van dit hoofdstuk.

De eerste categorie doet wel denken aan het leerstuk van bedreiging.²²⁵ Het onderscheid tussen de beide categorieën omstandigheden zal in de praktijk niet altijd zo scherp kunnen worden gemaakt. Denkbaar is ook dat de categorieën samenlopen.²²⁶

Een voorbeeld van een geslaagd beroep op art. 3:44 lid 4 BW bij een vaststellingsovereenkomst is een uitspraak van het hof Arnhem.²²⁷ In deze zaak werd bepaald dat verzekeraar Sterpolis misbruik maakte van de omstandigheid dat hij geestelijk overwicht had op de onervaren en ondeskundige Kobussen, door haar tot het aangaan van de vaststellingsovereenkomst te bewegen, terwijl Sterpolis wist dat Kobussen haar belangen niet kon overzien en de overeenkomst voor haar nadelig zou (kunnen) zijn. Hierbij was van belang dat Kobussen nauwelijks enige tijd had gekregen om na te denken over de door Sterpolis voorgestelde vaststellingsovereenkomst, aangezien deze werd gesloten op dezelfde dag dat de besprekingen over de hoogte van de schade hadden plaats gehad.

5.5.5. Tussenconclusie wilsgebreken

Uit de voorgaande paragrafen blijkt dat er bij dwaling bij het sluiten van een vaststellingsovereenkomst terughoudendheid betracht dient te worden in verband met de aard van de overeenkomst. Deze kanttekening wordt ten aanzien van bedrog, bedreiging en misbruik van omstandigheden niet geplaatst. Zo'n beperkende werking van deze wilsgebreken vloeit niet voort uit art. 3:44 BW. Noch in de literatuur noch in de hierboven weergegeven jurisprudentie wordt aangenomen dat in geval van bedreiging, bedrog of misbruik van omstandigheden anders geoordeeld dient te worden in geval de gevraagde vernietiging een vaststellingsovereenkomst betreft, dan wanneer het om een gewone obligatoire overeenkomst gaat.

Het probleem met het dreigen met nadeel zoals dat gebeurt bij misbruik van omstandigheden en bedreiging is, dat dezelfde omstandigheden die een partij dwingen om akkoord te gaan met een vaststellingsovereenkomst, een partij ook vaak zullen tegenhouden om later een procedure te starten om de overeenkomst vernietigd te krijgen.²²⁸ Een partij die zwaar geïntimideerd wordt om akkoord te gaan met de schikking zal niet daarna zomaar van haar angst af zijn. Dezelfde bedreiging die de schikking tot stand bracht, zal weer van kracht worden als getracht wordt de overeenkomst te vernietigen.

²²⁵ Asser/Hartkamp 2005, nr. 209 e.v.

²²⁶ Asser/Hartkamp 2005, nr. 212; M.M. Van Rossum 1998, p. 15.

²²⁷ Hof Arnhem 20 januari 1998, *NJ* 2001/538. Een voorbeeld van een beroep op misbruik van omstandigheden bij het totstandkomen van een echtscheidingsconvenant is Hof Amsterdam 14 maart 1996, *NJ* 1999/183. Deze zaak werd na een inlichtingencomparitie geroyeerd, zodat niet duidelijk werd of de vordering tot vernietiging op grond van misbruik van omstandigheden uiteindelijk zou zijn toegewezen. Voor uiteindelijke toewijzing was nodig dat vast kwam te staan dat de vrouw de overeenkomst vanwege de voor haar daaraan verbonden nadelen niet zou hebben gesloten als zij niet in de gegeven omstandigheden zou hebben verkeerd. Die omstandigheden waren onder meer dat de vrouw daar zij zich gedurende 35 jaar huwelijk altijd op het huishouden en de zeven kinderen had gericht, niet op de hoogte was van de zakelijke aangelegenheden van de gemeenschap, dat het convenant was opgesteld door de raadsman van de man en dat zij geen rechtsbijstand had gehad en bovendien volslagen overrompeld was door de mededeling van de man dat hij wilde scheiden.

²²⁸ Barendrecht & Van Beukering-Rosmuller 2000, p. 115. Zie ook Asser/Hartkamp 2005, nr. 207.

6. VASTSTELLINGSOVEREENKOMSTEN OPGENOMEN IN AKTEN

6.1. Type akten en bewijskracht

Vaststellingsovereenkomsten kunnen vormvrij worden aangegaan, maar vanuit bewijsrechtelijk oogpunt heeft het de voorkeur dat de schikking op schrift wordt gesteld en door partijen wordt ondertekend zodat sprake is van een akte (art. 156 lid 1 Rv).²²⁹ Als de akte wordt opgemaakt door een daartoe bevoegde ambtenaar is sprake van een authentieke akte (art. 156 Rv).

Bij vaststellingsovereenkomsten opgenomen in een authentieke akte, moet gedacht worden aan een notariële akte, of aan een proces-verbaal van een minnelijke schikking (art. 87 lid 3 Rv). Er zijn dus verschillende manieren waarop vaststellingsovereenkomsten in executorialie vorm kunnen worden gegoten. De mogelijkheden die deze methoden bieden en de voor- en nadelen ervan, zullen voor mediated vaststellingsovereenkomsten in hoofdstuk 7 besproken worden.

Authentieke akten leveren dwingend bewijs van het feit dat er verklaard is (formele bewijskracht) en de waarheid van de daarin opgenomen verklaringen (materiële bewijskracht).²³⁰ Dwingend bewijs houdt in dat de rechter verplicht is de inhoud van bepaalde bewijsmiddelen als waar aan te nemen dan wel verplicht is de bewijskracht te erkennen die de wet aan bepaalde gegevens verbindt. Tegenbewijs tegen dwingend bewijs is mogelijk, tenzij de wet het uitsluit (art. 151 Rv).

Onderhandse akten zijn alle akten die geen authentieke akten zijn. Zij zijn aan geen andere vorm gebonden dan aan schriftelijkheid en ondertekening.²³¹ Onderhandse akten leveren ten nadele van de ondertekenaar dwingend bewijs op.²³² Vaststellingsovereenkomsten die geen akten zijn, leveren vanzelfsprekend noch formeel noch materieel dwingend bewijs op. Hiervoor geldt art. 152 Rv; de rechter is vrij in zijn waardering van het bewijs.²³³

Het belangrijkste voordeel van opname van de afspraken in een authentieke akte, naast de bewijsrechtelijke functie, is dat de grosse van een dergelijke akte ten uitvoer kan worden gelegd (art. 430 lid 1 Rv).

6.2. De notariële zorgplicht²³⁴

Een notariële akte is per definitie een authentieke akte. Notariële akten kunnen worden onderverdeeld in proces-verbaal en partijakten. In een proces-verbaal akte is het uitsluitend de notaris die verklaringen doet. In een partijakte doen de partijen verklaringen.²³⁵ Een vaststellingsovereenkomst opgenomen in een notariële akte maakt de akte dus tot een partijakte.

²²⁹ Zoals ook in de regelgeving van de mediationaanbieders bepaald wordt (par. 5.2.5 e.v. van hoofdstuk 2).

²³⁰ Huijgen & Pleysier 2001, p. 85; Stein/Rueb 2005, p. 131; Melis/Waaijer 2003, p. 101-102 en Hugenholtz/Heemskerk 2006, p. 88.

²³¹ Hugenholtz/Heemskerk 2006, p. 88. Onderhandse akten waarin wordt verkaart dat de ondertekenaar een geldsom schuldig is, moeten aan bijzondere vereisten voldoen (art. 158 lid 1 Rv). Een elektronische handtekening heeft dezelfde rechtsgevolgen als een handgeschreven handtekening, mits deze voldoende betrouwbaar te authenticeren is (art. 3:15a lid 1 BW).

²³² Stein/Rueb 2005, p. 127 e.v.; Tjittes 2002, p. 10.

²³³ Stein/Rueb 2005, p. 127.

²³⁴ Zie voor de betekenis van de notariële zorgplicht voor mediation, par. 3.2 van hoofdstuk 7.

²³⁵ Art. 37 lid 1 van de Wet op het Notarisambt. Zie ook Melis/Waaijer 2003, p. 101.

Bij het totstandkomen van authentieke akten rust op de notaris een zwaarwegende zorgplicht ter zake van hetgeen nodig is voor het intreden van de rechtsgevolgen die zijn beoogd met de in de akte opgenomen rechtshandelingen.²³⁶ Schendt de notaris zijn zorgplicht dan is hij tegenover partijen aansprakelijk, omdat deelnemers aan het rechtsverkeer erop moeten kunnen vertrouwen dat de in de authentieke akte opgenomen rechtshandeling zonder materieel gebrek tot stand is gekomen en niet blootstaat aan nietigheid of vernietigbaarheid.²³⁷ Deze zorgplicht heeft de notaris ten opzichte van alle partijen bij de in de akte opgenomen rechtshandeling.²³⁸

Boks onderscheidt in haar proefschrift drie deelverplichtingen van de notariële zorgplicht. Het gaat om de verplichting tot wilscontrole, de onderzoeksplicht en de informatieplicht.

Bij de *wilscontrole* dient de notaris te onderzoeken of wat in de akte is opgenomen in overeenstemming is met de wil van partijen. Met andere woorden komen wil en verklaring overeen en is dus voldaan art. 3:33 BW?²³⁹ Ook dient de notaris erop toe te zien dat er geen wilsgebreken bestaan.²⁴⁰

Hier vloeit uit voort dat naast de verplichting tot wilscontrole ook sprake is van een *onderzoeksplicht*. Het onderzoek zou betrekking moeten hebben op de in de akte opgenomen feiten en de toepasselijke rechtsregels. Ook zou de notaris verplicht zijn de juistheid van de gegevens in de akte en van de feiten die er aan ten grondslag liggen, te controleren. De notaris mag op de gegevens die hem door zijn cliënt(en) worden aangereikt, afgaan, tenzij hij vermoedt dat de informatie niet volledig of juist is. Volgens Boks zal de notaris zijn ministerie moeten weigeren als hij ernstige reden heeft om te veronderstellen dat de akte niet overeenstemt met de werkelijke situatie. De zwaarwegende zorgplicht zou zijn grenzen hebben in de situatie dat partijen bewust of onbewust verkeerde informatie geven en de notaris geen reden heeft om aan de juistheid of volledigheid daarvan te twijfelen. De onderzoeksplicht geldt alleen voor zover nodig is voor de totstandkoming van de beoogde rechtsgevolgen.²⁴¹

De *informatieplicht* van de notaris behelst dat de notaris een verplichting heeft om zijn cliënten te informeren over de juridische betekenis en de rechtsgevolgen van de voorgenomen rechtshandeling.²⁴²

Naast de zwaarwegende zorgplicht heeft de Hoge Raad in het *Groninger huwelijksvoorwaarden*-arrest uitgemaakt dat de notaris ook een *waarschuwingsplicht* heeft. In

²³⁶ Een vorm van zorg door de notaris is overigens ook vereist als de notaris zijn medewerking verleent aan het totstandkomen van een onderhandse akte. Het kan zijn dat partijen er gerechtvaardigd op mogen vertrouwen dat de hulp van de notaris bij het opstellen van een onderhandse akte er toe leidt dat de rechtshandeling niet aan vernietiging blootstaat (HR 4 oktober 1996, *NJ* 1997/594, m.nt. WMK; Boks 2002, p. 38.)

²³⁷ Boks 2002, p. 36-37.

²³⁸ Anders dan Kleijn (in zijn noot bij *Wever/Aruba Bank*, HR 8 april 1983, *NJ* 1984/785) meent Boks dat de zorgplicht ook geldt indien partijen vrijwillig kiezen voor een authentieke akte en dus niet alleen als de wet deze vorm voorschrijft (Boks 2002, p. 42-43). En blijkens HR 20 december 2002, *NJ* 2003/325 m.nt. WMK heeft de notaris genoemde zorgplicht niet alleen jegens partijen bij de in de notariële akte opgenomen rechtshandelingen maar jegens alle belanghebbenden.

²³⁹ Par. 5.4.1.

²⁴⁰ Boks 2002, p. 42.

²⁴¹ Boks 2002, p. 44 e.v.

²⁴² Boks 2002, p. 53 e.v.

deze zaak had een vrouw zich door haar man laten overtuigen om hun huwelijksvermogensregime te wijzigen tot een algehele gemeenschap van goederen. De man (een notaris) had financiële problemen, de vrouw had vermogen. De suggestie voor omzetting was gedaan aan de man door de Kamer van Toezicht op voorspraak van een collega-notaris bij wie ook de akte tot omzetting werd verleden. Toen het vijf jaar later tot een scheiding kwam, bleek het vermogen van de vrouw opgegaan aan de schulden van de man. De vrouw stelde de notaris aansprakelijk voor haar schade. Rechtbank en hof wezen af, maar de Hoge Raad bepaalde: 'De functie van de notaris in het rechtsverkeer brengt immers (en bracht ook destijds) mee dat hij beroepshalve gehouden is naar vermogen te voorkomen dat misbruik wordt gemaakt van juridische onkunde en feitelijk overwicht'.²⁴³ De notaris dient dus ambtshalve de ongelijkheid tussen partijen te compenseren.²⁴⁴

7. TENUITVOERLEGGING

Krachtens art. 430 Rv is de executoriale kracht verbonden aan de grosse van de executoriale titel. Art. 430 Rv erkent als executoriale titel uitspraken van de Nederlandse rechter, authentieke akten in Nederland verleden en andere bij wet aangewezen stukken. De grosse moet aan de schuldenaar (of soms ook aan een derde) betekend worden. De overhandiging van de grosse legitimeert de deurwaarder tot het nemen van executiemaatregelen.²⁴⁵

Niet elke executoriale titel is executabel. Hiervoor is noodzakelijk dat de uitspraak, de akte of het stuk voor executie vatbare aanspraken ten behoeve van een bepaalde persoon bevat.²⁴⁶ Voor rechterlijke uitspraken houdt dit in dat het om condemnatoire vonnissen of beschikkingen moet gaan.²⁴⁷

Vonnissen waarin een bepaalde rechtsbetrekking teniet wordt gedaan of een nieuwe rechtstoestand in het leven wordt geroepen, zijn constitutief. Met een declaratoir vonnis verklaart de rechter wat rechtens is. Een vonnis waarbij de eis wordt afgewezen vertoont overeenkomst met een declaratoir vonnis.²⁴⁸ Voor al deze vonnissen geldt dat ze niet voor executie in aanmerking komen.

Executieperikelen doen zich bij (mediated) vaststellingsovereenkomsten dus alleen voor indien er een succesvolle vordering tot nakoming is geweest waarop een condemnatoir vonnis is gevolgd waaraan gedaagde vervolgens geen gehoor heeft gegeven, of indien de

²⁴³ HR 20 januari 1989, *NJ* 1989/766 m.nt. EAAL. Zie ook HR 9 september 2005, *JOL* 2005/469. Zie voor een bespreking, Nuytinck 2006, p. 46 e.v.

²⁴⁴ Boks 2002, p. 80-81. Anders: Pleysier 1999, p. 456-457. Hij houdt vast aan de lijdelijkheid van de notaris, zie ook p. 454.

²⁴⁵ Stein/Stein 2002, p. 63.

²⁴⁶ De Bruijn/Kraan 1992, p. 74. Zie onder meer ook HR 26 juni 1992, *NJ* 1993/449.

²⁴⁷ De meeste condemnatoire uitspraken betreffen de veroordeling tot betaling van een geldsom (Oudelaar 1995, p. 10; Stein/Rueb 2005, p. 174). Condemnatoire vonnissen kunnen ook ten uitvoer worden gelegd indien ze nog niet in kracht van gewijsde zijn gegaan. Dit is anders als een gewoon rechtsmiddel (verzet, hoger beroep, cassatie) wordt ingesteld. In dat geval wordt de executie geschorst (Stein/Rueb, 2005, p. 181). De schorsing van de tenuitvoerlegging treedt niet op indien het vonnis uitvoerbaar bij voorraad is verklaard (art. 233 Rv e.v.). Een verklaring dat het vonnis uitvoerbaar bij voorraad is, kan alleen worden gegeven als eiser dit vordert. Over het algemeen zullen eisers dit standaard vorderen en wordt deze vordering ook bijna altijd toegewezen (Stein/Rueb, 2005, p. 182).

²⁴⁸ Stein/Rueb 2005, p. 174-176.

vaststellingsovereenkomst is opgenomen in een authentieke akte en gedaagde de verschuldigde prestatie niet vrijwillig voldoet.

Er kunnen twee grondvormen van executie worden onderscheiden die in de volgende paragrafen besproken zullen worden.

7.1. Directe executie

Bij directe executie wordt de prestatie die de schuldenaar verschuldigd is in zijn plaats en voor zijn rekening door een remplaçant (de deurwaarder) verricht. Er zijn twee vormen van directe executie.²⁴⁹

De eerste is de *verhaalsexecutie*. Indien de schuldenaar een geldsom verschuldigd is, vindt de directe executie plaats door verhaal. De deurwaarder verkoopt goederen van de schuldeiser om zo uit de opbrengst van de verkoop de schuldeiser te bevredigen (art. 3:276 BW).²⁵⁰ Verhaalsexecutie wordt per definitie ingeleid met een (executoriaal) beslag.²⁵¹

De tweede vorm van directe executie is *reële executie* (art. 3:296 lid 1 BW). Reële executie komt in beeld als de schuldenaar een niet-geldelijke prestatie verschuldigd is. De verschuldigde prestatie kan hier worden verricht door de crediteur zelf of door een remplaçant (art. 3:299 lid 1 BW).²⁵² Het afdwingen van geldelijke verplichtingen is eenvoudiger dan het afdwingen van niet-geldelijke verplichtingen. In het eerste geval kan door inbeslagneming en verkoop van goederen van de schuldenaar aan de verplichtingen worden voldaan. In het tweede geval dient de schuldenaar iets te doen, iets na te laten of iets te geven, een situatie die tot meer complicaties aanleiding geeft.²⁵³ Gaat het om een verplichting om iets na te laten, dan kan de crediteur gemachtigd worden om wat in strijd met die verplichting is verricht, ongedaan te maken, uiteraard ook op kosten van de schuldenaar (art. 3:299 lid 2 BW).²⁵⁴ Reële executie is niet altijd mogelijk zonder rechterlijke uitspraak. Zo is voor de afgifte van een minderjarige op grond van art. 812 Rv een rechterlijke uitspraak vereist.

7.2. Indirecte executie

Tegenover de directe executie staat de indirecte executie. Bij de indirecte executie wordt de schuldenaar door middel van prikkels bewogen om alsnog ‘vrijwillig’ na te komen.²⁵⁵ Het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering kent twee zulke prikkels; lijfsdwang (gijzeling) en

²⁴⁹ De regels van titel 3.11 (Rechtsvorderingen) kunnen ook buiten het vermogensrecht toepassing vinden op grond van art. 3:326 BW, voorzover de aard van de betrokken rechtsverhouding zich daartegen niet verzet.

²⁵⁰ Stein/Stein 2002, p. 61.

²⁵¹ Stein/Rueb 2005, p. 303.

²⁵² Hugenholtz/Heemskerk 2006, p. 240.

²⁵³ De verplichting om te geven valt uiteen naar gelang het soort goederen dat in geding is. Voor de executie gericht op afgifte van roerende zaken geven de art. 491-500 Rv een regeling. De levering van onroerende zaken (en andere registergoederen) geschiedt door het opmaken van een notariële leverings- of transportakte en de inschrijving daarvan in de openbare registers (art. 3:89 BW). Indien een partij niet aan de levering wil meewerken, kan de rechter deze partij tot medewerking veroordelen. De uitspraak van de rechter komt dan in de plaats van de akte of een deel daarvan (op basis van art. 3:300 BW). Art. 3:300 ziet overigens niet alleen op de levering van registergoederen, maar op alle gevallen waarin de schuldenaar is gehouden een rechtshandeling te verrichten.

²⁵⁴ Art. 3:299 BW is van regelend recht. Partijen kunnen dus opnemen dat het verkrijgen van een rechterlijke machtiging niet nodig is (Jongbloed (GRS), titel 11. Rechtsvorderingen, aantekening 10).

²⁵⁵ Stein/Stein 2002, p. 61.

dwangsom. De lijfswang is geregeld in art. 585 Rv e.v. De dwangsom vindt een regeling in art. 611a Rv e.v.²⁵⁶

Lijfswang is alleen toelaatbaar bij vonnissen en beschikkingen en de veroordeling moet tot iets anders dan het betalen van geld verplichten (art. 585 sub a Rv).²⁵⁷ Lijfswang kan dus niet plaatsvinden uit hoofde van een authentieke akte zijnde geen rechterlijke uitspraak, behoudens de gevallen omschreven in art. 585 sub b Rv. Sub b ziet op de zogenaamde alimentatielijfswang. In uitzondering op sub a gaat het hier om de betaling van een geldsom.²⁵⁸ Ook andere familierechtelijke verplichtingen die niet tot het familievermogensrecht behoren, kunnen met behulp van lijfswang worden afgedwongen.²⁵⁹ De lijfswang is een zwaar middel aangezien het beneming van de persoonlijke vrijheid betekent. Het wordt zelden opgelegd en nog minder vaak ten uitvoer geleid en het heeft daarom voornamelijk een preventieve werking.²⁶⁰

Een dwangsom is een bij rechterlijke uitspraak op te leggen betaling van een geldsom ten laste van de debiteur voor het geval dat deze aan de hoofdveroordeling niet voldoet.²⁶¹ Het opleggen van een dwangsom is dus een subsidiaire veroordeling. Een dwangsom kan niet worden opgelegd in geval het een veroordeling tot betaling van een geldsom betreft (art. 611a lid 1 Rv).²⁶² De dwangsom heeft voornamelijk een nuttige functie in gevallen waarin de reële executie weinig kans van slagen heeft. De theoretische mogelijkheid van reële executie ten spijt, zullen in de praktijk de gevallen waarin iemand gedwongen moet worden iets te doen of na te laten vrijwel altijd door middel van een dwangsom worden afgedwongen.²⁶³ Dwangsommen kunnen ook in zaken van familierechtelijke aard worden opgelegd, maar de rechter zal hier (heel) terughoudend moeten zijn.²⁶⁴ De hoogte van de dwangsom wordt bepaald aan de hand van het criterium of deze voldoende effectief is om nakoming van de

²⁵⁶ Zie uitgebreid over de dwangsom in het burgerlijk recht de dissertatie van Beekhoven van den Boezem 2007.

²⁵⁷ Arbiters kunnen geen lijfswang verbinden aan hun vonnissen (Jongbloed, art. 585 Rv, aantekening 3c). Maar de voorzieningenrechter kan wel lijfswang bevelen (art. 585 Rv). Het opleggen van lijfswang is mogelijk voor iedere rechter die daartoe de noodzaak ziet (Jongbloed 2005, art. 585 Rv, aantekening 2a). Zie ook Schenk/Blaauw 2002 (deel A), p. 212 en Jongbloed 1987, p. 461.

²⁵⁸ Afspraken over levensonderhoud vastgelegd in een echtscheidingsconvenant (art. 1:158 BW) kunnen dus als *ultimum remedium* worden afgedwongen door middel van lijfswang.

²⁵⁹ Zo kan de afgifte van een minderjarige door de ene ouder aan de ander ouder uitvoerbaar bij lijfswang worden verklaard (HR 5 december 1986, *NJ* 1987/527 m.nt. WLH).

²⁶⁰ Hugenholtz/Heemskerk 2006, p. 270. Het kan zin hebben als een dwangsom vanwege onverhaalbaarheid geen nut heeft.

²⁶¹ Art. 611a jo art. 611i Rv bepaalt uitdrukkelijk dat ook arbiters de mogelijkheid hebben om een dwangsom op te leggen. Hetzelfde geldt op grond van art. 611a lid 1 Rv voor de voorzieningenrechter (Schenk/Blaauw 2002 (deel A), p. 208).

²⁶² Dit geldt niet indien het betaling aan een derde betreft. Zoals de situatie dat de ene (ex)echtgenoot de andere (ex)echtgenoot via de rechter wil dwingen bepaalde betalingen te doen, bijv. betaling van de huur en de hypotheekrente (BenGH, 9 juli 1981, *NJ* 1982/190 m.nt. WHH; President Utrecht, 16 april 1973, *NJ* 1976/155; Blaauw/Schenk 2002, p. 209; Jongbloed 2007, p. 60; Van Mierlo 1998, p. 259). Over het verbod op het toewijzen van een dwangsom als het een veroordeling tot betaling aan eiser betreft, kan worden opgemerkt dat een dwangsom geen toegevoegde waarde heeft, omdat in dit geval een ander adequaat executiemiddel beschikbaar is (nml. verhaalsexecutie). Zie ook Schenk/Blaauw 2002 (deel A), p. 208-209.

²⁶³ Duinkerken, 1973, p. 29. Zie ook Stein/Rueb 2005, p. 304.

²⁶⁴ Schenk/Blaauw 2002 (deel A), p. 210 e.v. Afspraken in het familierecht zullen relatief vaak door middel van indirecte executie afgedwongen moeten worden, bijv. in geval van naleving van een omgangsregeling na echtscheiding (Stein/Rueb 2005, p. 311 en 325).

hoofdveroordeling te waarborgen. De dwangsom staat volledig los van de schadevergoeding en er is dus geen verband tussen de hoogte van de verbeurde som en de te lijden of geleden schade.²⁶⁵

8. VERWEER TEGEN EXECUTIE EN SAMENLOOP MET AANTASTING

8.1. Vonnissen en beschikkingen

Als de crediteur een vordering tot nakoming instelt, kan de debiteur zich hier tegen verweren door te stellen dat hij niet tot nakoming gehouden is en de overeenkomst vernietigd dan wel ontbonden dient te worden. Laat de debiteur dit na of vond het verweer of de tegenvordering geen weerklank bij de rechter, dan kan een ingezette executie van het condemnatoire vonnis nog in een aantal gevallen tegen worden gehouden door het starten van een executiegeschil op basis van art. 438 Rv.

De meeste executiegeschillen zullen vanwege het spoedeisende karakter worden aangebracht bij de voorzieningenrechter.²⁶⁶ Het gesloten systeem van rechtsmiddelen brengt mee dat tegen de executie in een executiegeschil geen inhoudelijke bezwaren kunnen worden aangebracht. Deze hadden als verweer moeten worden aangevoerd en indien zij niet succesvol waren in eerste aanleg, stond ook nog de mogelijkheid van hoger beroep open. De enige grond waarop executie tegen gehouden kan worden, is misbruik van executiebevoegdheid (art. 3:13 BW). Dit doet zich bijvoorbeeld voor indien het vonnis op een klaarblijkelijke feitelijke of juridische misslag berust of indien na het vonnis opgekomen feiten een noodtoestand creëren voor de geëxecuteerde, met het gevolg dat executie onaanvaardbaar is.²⁶⁷ Alleen de executie zelf kan nog onderwerp van geschil zijn, niet meer de hoofdzaak waarin het vonnis is geweest.²⁶⁸

8.2. Andere executorialle titels

Ook als een crediteur over een authentieke akte beschikt waarin de verbintenis van de debiteur is neergelegd, kan tot executie worden overgegaan. Ook in deze situatie is denkbaar dat zich misbruik van executiebevoegdheid voordoet.²⁶⁹ Bijvoorbeeld als de debiteur al heeft betaald of de prestatie al heeft verricht, of als zich na het verlijden van de akte feiten voordoen die noodtoestand voor de debiteur creëren.²⁷⁰

De samenhang tussen een executiegeschil en de mogelijkheid tot vernietiging van de aan de executorialle titel ten grondslag liggende verbintenis, ligt bij een authentieke akte anders dan bij een vonnis. Bij een condemnatoir vonnis kan gesteld worden dat op het moment dat de crediteur nakoming vorderde, de debiteur alle mogelijkheden had om daartegen inhoudelijk verweer te voeren, eventueel ook nog in hoger beroep. Zo'n inhoudelijk verweer is dan niet

²⁶⁵ Hugenholtz/Heemskerk 2006, p. 272.

²⁶⁶ Art. 438 lid 2 biedt die mogelijkheid (Schenk/Blaauw 2002 (deel A), p. 226 e.v.).

²⁶⁷ HR 22 april 1983, NJ 1984/145 m.nt. WHH (Ritzen/Hoekstra); Stein/Rueb 2005, p. 313; Gieske, art. 438 Rv, aantekening 2b. Zie ook HR 22 december 2006, RvdW 2007/28.

²⁶⁸ Hugenholtz/Heemskerk 2006, p. 248; Conclusie A-G Strikwerda bij HR 22 december 2006, RvdW 2007/28.

²⁶⁹ Zie ook Jongbloed 1987, p. 461.

²⁷⁰ Het al voldaan zijn van de schuld blijkt immers niet uit de akte. Gaat de crediteur in deze omstandigheden toch tot executie over, dan kan de debiteur zich tegen de executie verzetten.

meer op zijn plaats in de executiefase, omdat gebreken in de totstandkoming van de overeenkomst ontdekt zullen worden voordat er een executoriale titel ligt.²⁷¹ Misbruik van executiebevoegdheid is in deze situatie de toets voor het tegenhouden van de tenuitvoerlegging. Voor inhoudelijke verweren is geen plaats meer.²⁷² Het is dan ook logisch dat de reikwijdte van dit artikel in de rechtspraak restrictief wordt uitgelegd.²⁷³

De situatie ligt anders bij authentieke akten. Bij een authentieke akte heeft de crediteur van de in de akte vastgelegde verbintenis een executoriale titel zonder dat de debiteur van de verbintenis inhoudelijk verweer heeft kunnen voeren tegen de grondslag van de executie (de overeenkomst). Op het moment dat het gebrek in de totstandkoming van de overeenkomst ontdekt wordt, ligt er al een executoriale titel. Waar kan de debiteur nu nog heen met zijn inhoudelijke bezwaren als de weg van art. 438 Rv afgesloten is? Moet er met andere woorden ten aanzien van executoriale titels niet-vonnissen niet anders getoetst worden aan art. 438 Rv dan voor rechterlijke uitspraken geldt?²⁷⁴

8.2.1. Notariële akte

De Bruijn beantwoordt deze vraag voor notariële akten ontkennend. Executie van een notariële akte zou zijns inziens slechts dan gestaakt kunnen worden indien, net als bij het vonnis, de akte een juridische of feitelijke mislag zou inhouden.²⁷⁵ Het zou de debiteur niet vrij staan om op grond van art. 438 Rv aan te tonen dat er een gebrek kleeft aan de rechtshandeling die volgens de akte heeft plaatsgevonden.²⁷⁶

De Bruijn maakt ook gewag van een eventuele mogelijkheid om een executoriale titel te verkrijgen door middel van een onderhandse akte.²⁷⁷ In de akte wordt dan een clause opgenomen die bepaalt dat de schuldeiser, als de schuldenaar in gebreke blijft, het recht zal hebben om een notariële akte te laten opmaken die dezelfde inhoud heeft als de onderhandse akte, waarbij de schuldenaar de schuldeiser machtigt om voor hem bij de notaris te verschijnen en om voor hem te tekenen. De schuldeiser heeft op deze manier een geweldige troef in handen. Komt de debiteur zijn verplichtingen na, dan is inschakeling van de notaris niet nodig. Dit zal in een groot deel van de gevallen het scenario zijn. Maar krijgt de schuldeiser te maken met een niet presterende debiteur, dan kan alsnog een notaris ingeschakeld worden. Notariskosten worden alleen gemaakt als executie noodzakelijk blijkt en dan als aantrekkelijk en goedkoop alternatief voor een gang naar de rechter.

Buitengewoon efficiënt dus, maar mag het ook? De Bruijn meent van niet. Hij stelt dat deze clause nietig zal zijn omdat de debiteur in deze constructie er bij voorbaat van af ziet om zich in een eventueel proces te verweren. Een afspraak waarin afstand wordt gedaan van het

²⁷¹ Zie ook Van Oven 1937, p. 406. Hij meent dat de schuldenaar achteraf alsnog de gelegenheid moet krijgen om rechterlijke controle die in normale gevallen voor het ontstaan van de titel heeft plaatsgevonden, op de overeenkomst te laten uitoefenen.

²⁷² Dit zal alleen anders zijn indien er gegevens worden achtergehouden of vervalst en dit pas na het in kracht van gewijsde gaan van het vonnis ontdekt wordt, maar in dat geval is er het buitengewone rechtsmiddel 'herroeping' (art. 382-391 Rv). Zie Ktr. Nijmegen 6 oktober 2004, *JBRr* 2004/79 m.nt. Van Mierlo.

²⁷³ Zoals gebeurde in HR 22 april 1983, *NJ* 1984/145 m.nt. WHH (Ritzen/Hoekstra).

²⁷⁴ Een negatief antwoord hierop lijkt te worden gegeven door Heemskerk, Tjong Tjin Tai & Wisman 2006, p. 225.

²⁷⁵ Gedacht moet dan worden aan overtreding van bepaalde vormvoorschriften met nietigheid als gevolg.

²⁷⁶ De Bruijn/Kraan 1992, p. 34-35.

²⁷⁷ De Bruijn/Kraan 1992, p. 35-37.

recht om verweer te voeren voordat er een procedure is gestart, is in strijd met de openbare orde, zo meent De Bruijn.²⁷⁸

Ik sluit mij hier graag bij aan. Maar ik meen dat er een vergelijkbare situatie ontstaat op het moment dat op art. 438 Rv bij inhoudelijke verweren ten aanzien van de verbintenis opgenomen in de authentieke akte, geen beroep kan worden gedaan. De debiteur staat ook dan met de rug tegen de muur. Bovenstaande uiteenzetting van De Bruijn over het verkrijgen van executoriale titels door middel van onderhandse akten versterkt mijn standpunt dat bij authentieke akten inhoudelijke bezwaren op grond van art. 438 Rv aangebracht moeten kunnen worden.

Het zou mogelijk moeten zijn om de overeenkomst waaraan de titel is verbonden obligatoir aan te tasten. De voorzieningenrechter zou dan de executie kunnen schorsen op voorwaarde dat er een bodemprocedure over de geldigheid van de overeenkomst gestart is of gestart zal worden.²⁷⁹ Immers, anders doet ook hier de debiteur vooraf afstand van het recht om (inhoudelijk) verweer te voeren. Een zeer onwenselijke situatie naar mij dunkt.²⁸⁰

Kortom, er is naar mijn mening een wezenlijk verschil tussen notariële akten en rechterlijke uitspraken waar het de mogelijkheden voor verweer tegen executie betreft. Dit heeft te maken met de toetsing die vooraf gaat aan de executoriale titel. De notaris is nu eenmaal geen rechter en zijn functie is niet om tot een zelfde belangenafweging te komen als waartoe de rechter uit hoofde van zijn ambt geroepen is.²⁸¹ Ik distantieer mij van De Bruijn waar hij meent dat bij authentieke akten de executie niet meer te schorsen is ook al is de overeenkomst waaraan de titel is verbonden, totstandgekomen op grond van een materieel gebrek in de totstandkoming.

8.2.2. Proces-verbaal van een minnelijke schikking

De schikking die tot stand komt ter terechtzitting is een vaststellingsovereenkomst. Om de vaststellingsovereenkomst executoriale kracht te geven kan deze worden opgenomen in een proces-verbaal. De vaststellingsovereenkomst is nu een authentieke akte en kan ten uitvoer worden gelegd. De schikking ter terechtzitting heeft het rechtskarakter van een overeenkomst en het algemene overeenkomstenrecht is dan ook van toepassing. Dit betekent dat als een partij van de schikking af wil omdat deze vermeend tot stand is gekomen onder invloed van een wilsgebrek, een beroep kan worden gedaan op de art. 3:44 en 6:228 BW. Vanwege het karakter van vaststellingsovereenkomst heeft dit gevolgen voor het beroep op dwaling (art. 6: 228 lid 2 BW).²⁸²

Ten aanzien van schikkingen opgenomen in een proces-verbaal meen ik, dat ook hier de executie te schorsen is op grond van een materieel gebrek in de totstandkoming van de

²⁷⁸ De Bruijn/Kraan 1992, p. 36.

²⁷⁹ Anders dus De Bruijn/Kraan 1992, p. 34-35.

²⁸⁰ Aldus ook Van Mierlo (GRS), titel 1. Inleiding en algemene bepalingen, art. 438 Rv, aantekening 5. Van Mierlo wijst er op dat de Hoge Raad in Ritzen/Hoekstra met enige nadruk spreekt van 'een dergelijk executiegeschil'. Het ging in Ritzen/Hoekstra om de bevoegdheid tot beperking van de executie van een door de bodemrechter gewezen, uitvoerbaar bij voorraad verklaard vonnis. Van Mierlo meent dat naarmate de executie op een diepgaander voorafgaande rechterlijke beoordeling berust, waarschijnlijk minder noodzaak is om ter beperking van de executie in te grijpen.

²⁸¹ Van Oven 1937, p. 406. Schending van de notariële zorgplicht zoals in het geval dat er wel een wilsgebrek bestond, leidt tot notariële aansprakelijkheid en niet tot vernietiging van de overeenkomst.

²⁸² Par. 5.5.1 en 5.5.1.1 van het onderhavige hoofdstuk.

schikking. Het maakt hierbij niet uit of het een rechterlijke schikking betreft of dat partijen na verwijzing naar mediation tot een vergelijk zijn gekomen en de rechter verzoeken de vaststellingsovereenkomst vast te leggen in een proces-verbaal. In beide situaties hebben partijen niet de gelegenheid gehad om inhoudelijk verweer te voeren tegen nakoming van de schikking.²⁸³ Als de schikking wordt vernietigd, vervalt de aan de schikking verbonden executoriale titel.²⁸⁴

9. ARBITRALE SCHIKKINGSVONNISSEN

9.1. Inleiding

Art. 1069 Rv geeft de mogelijkheid om de inhoud van een vergelijk tussen partijen, totstandgekomen gedurende een arbitraal geding, vast te leggen in een arbitraal vonnis. Dit gebeurt op gezamenlijk verzoek van partijen en het scheidsgerecht kan het verzoek zonder opgave van redenen weigeren. Art. 1069 verklaart in lid 2 dat het arbitraal vonnis houdende een vergelijk tussen partijen als een gewoon arbitraal vonnis geldt. Dit maakt het arbitraal schikkingsvonnis tot een wat vreemde figuur. Het gaat hier immers om een overeenkomst tussen partijen en niet om de uitspraak van een derde.

Art. 87 Rv dat ziet op de schikking ter zitting in een procedure voor de overheidsrechter, geeft ook de mogelijkheid om het vergelijk tussen partijen in een executoriale vorm te gieten, maar doet dit door te bepalen dat de overeenkomst tussen partijen opgenomen kan worden in een in executoriale vorm opgemaakt proces-verbaal. Toevlucht tot opname in een vonnis is niet nodig, aangezien de rechter bevoegd is tot het opmaken van authentieke akten, iets wat voor arbiters niet geldt. Bovendien is in arbitrage opname in een vonnis nodig als erkenning en tenuitvoerlegging van het arbitraal vergelijk in het buitenland wordt gezocht op grond van het Verdrag van New York.²⁸⁵

De centrale vraag bij arbitrale schikkingsvonnissen is in hoeverre partijen deze nog op grond van het overeenkomstenrecht kunnen aantasten. Deze vraag is een andere vraag dan die naar de aantastbaarheid van het vonnis. Aantasting van een arbitraal vonnis kan door middel van een vernietigingsprocedure (art. 1065 Rv) of een herroepingsprocedure (art. 1068 Rv). Deze artikelen zijn van overeenkomstige toepassing op arbitrale schikkingsvonnissen, overigens met beperkingen ten aanzien van de mogelijkheden tot vernietiging. Maar aan een schikkingsvonnis ligt een schikking ten grondslag en de vraag is in hoeverre deze overeenkomst in aanvulling op bovengenoemde artikelen nog aantastbaar is.

9.2. Rechtskarakter

Wanneer partijen tijdens de arbitrageprocedure tot een vergelijk komen, al dan niet met assistentie of in de aanwezigheid van de arbiters en vervolgens de arbitrageprocedure beëindigen, hebben zij een vaststellingsovereenkomst gesloten in de zin van titel 7.15 BW. Op deze vaststellingsovereenkomst is door de gelaagde structuur van het BW het algemene

²⁸³ Zij hebben in geval van een rechterlijke schikking wel de mogelijkheid gehad inhoudelijk verweer te voeren t.a.v. het onderliggende geschil. Of dit het geval is in de mediationsituatie hangt af van het tijdstip van doorverwijzen.

Zie voor timing en methoden van doorverwijzing: Pel 2004a, p. 91 e.v.

²⁸⁴ De Graaf 2004, p. 217.

²⁸⁵ Snijders (GRS), art. 1069, aantekening 1. Zie ook Sanders 1996, p. 291.

overeenkomstenrecht van toepassing.²⁸⁶ De vaststellingsovereenkomst is vernietigbaar als zich materiële gebreken hebben voorgedaan in de totstandkoming ervan.²⁸⁷ Is de situatie nu anders als partijen aan arbiters hebben gevraagd om op grond van art. 1069 Rv hun vaststellingsovereenkomst op te nemen in een arbitraal vonnis teneinde zo een executoriale titel te verkrijgen? Zou simpelweg door incorporatie in een arbitraal vonnis de overeenkomst geen overeenkomst meer zijn maar alleen nog maar vonnis?

Sanders beantwoordt die vraag bevestigend.²⁸⁸ Hij stelt dat de bepalingen van titel 7.15 niet van toepassing zijn op het arbitraal schikkingvonnis.²⁸⁹ Hij laat zich niet uit over toepasselijkheid van Boek 3 en 6 BW. Ik neem aan dat hij deze laatste bepalingen ook niet van toepassing acht. In Sanders ogen heeft het schikkingvonnis geen dubbel karakter, slechts de bepalingen in de arbitragewet zijn van toepassing, het BW blijft buiten beschouwing.²⁹⁰

Deze opvatting deel ik niet. Ik zie niet in waarom het algemene overeenkomstenrecht en de regeling van de vaststellingsovereenkomst niet van toepassing zouden zijn. Uiteindelijk gaat het om een schikking tussen partijen die om reden van executie opgenomen is in een vonnis. Ik zou dan ook zeggen dat vernietiging op grond van een wilsgebrek mogelijk moet zijn. Het zou toch merkwaardig zijn dat alleen het feit dat een schikking totstandkomt gedurende een arbitraal geding (al dan niet in aanwezigheid of door bemiddeling van arbiters) en om reden van executie geïncorporeerd wordt in een vonnis, met zich mee zou brengen dat het overeenkomstenrecht buitenspel zou komen te staan.

Een antwoord op de vraag naar het rechtskarakter van het arbitrale vergelijk kan wellicht gevonden worden in de wetsgeschiedenis. De memorie van toelichting spreekt van 'transformatie van het vergelijk in een vonnis'. Bovendien bepaalt de toelichting: 'Het vergelijk dat is opgenomen in een arbitraal vonnis is, als gezegd, daardoor een arbitraal vonnis geworden: Het heeft het volle rechtskarakter van een vonnis verkregen'.²⁹¹ Onduidelijk is wat de wetgever bedoelt. Wijst deze zin erop dat de bepalingen van het overeenkomstenrecht niet van toepassing zijn aangezien het vergelijk overeenkomst af is op het moment van opname in een vonnis? Zo ja, dan ben ik van mening dat op deze wijze de transformatie rechtsmethodologisch niet mogelijk is.²⁹² Uit pragmatisch oogpunt kan gesteld worden dat een schikking het karakter van een vonnis krijgt, opdat geëxecuteerd kan worden. Maar met opname in een vonnis blijft het een schikking, meer specifiek een vaststellingsovereenkomst. Het rechtskarakter van

²⁸⁶ Par. 3 van het onderhavige hoofdstuk.

²⁸⁷ Par. 5 van het onderhavige hoofdstuk.

²⁸⁸ Sanders 1996, p. 292. In gelijke zin Van den Berg 1984, p. 218.

²⁸⁹ Hij wijst hiervoor ook op art. 7:900 lid 4 dat bepaalt dat titel 7.15 niet van toepassing is op de overeenkomst tot arbitrage. Maar naar mijn mening biedt dit artikel geen steun voor deze bewering. Het ziet op de overeenkomst of de bepalingen in een overeenkomst waarin onderwerping van het geschil aan arbitrage wordt overeengekomen. Het artikel ziet niet op overeenkomsten totstandgekomen in arbitrage.

²⁹⁰ Sanders verwijst nog naar het Duitse recht dat uitdrukkelijk bepaalt dat een arbitraal schikkingvonnis een dubbel karakter heeft (Sanders 1996, p. 291).

²⁹¹ MvT II, TvA 1984/4a, p. 49-50.

²⁹² Zie ook Snijders 2003, p. 301 e.v. Hij meent dat de wetgever door aan de vaststellingsovereenkomst het rechtskarakter van een vonnis te geven zich 'overtilt'. Toch is Snijders daar vanuit pragmatisch oogpunt voorstander van, maar hij wijst erop dat het onduidelijk is of het vonnis het rechtskarakter van overeenkomst verliest.

overeenkomst kan er niet aan ontnomen worden. Hoogstens kan de wetgever uitdrukkelijk bepalen dat de bepalingen uit het overeenkomstenrecht niet van toepassing zijn.²⁹³

Bovendien is het ook maar helemaal de vraag of het ontnemen van het rechtskarakter van vonnis is wat de wetgever voor ogen stond met het aangehaalde citaat. In de memorie van antwoord merkt de wetgever ten aanzien van art. 1069 Rv op:²⁹⁴

‘In dit artikel is bij de nota van wijziging nu voor de duidelijkheid de bepaling opgenomen dat het arbitrale vonnis, houdende een vergelijk tussen de partijen, als een gewoon arbitraal vonnis moet worden beschouwd. Hiermede wordt alle twijfel weggenomen ten aanzien van de vraag of bij tenuitvoerlegging in het buitenland een arbitraal schikkingsvonnis ex art. 1069 ook onder het Verdrag van New York van 1958 valt (...)’.²⁹⁵

Het lijkt er sterk op dat de wetgever de tekst van art. 1069 Rv heeft aangepast niet zozeer om aan te geven dat de schikking zijn rechtskarakter van overeenkomst heeft verloren, maar om te benadrukken dat het arbitraal schikkingsvonnis om reden van tenuitvoerlegging als een volwaardig vonnis moet worden beschouwd.

In mijn ogen heeft het arbitraal schikkingsvonnis dus én het rechtskarakter van een overeenkomst én omwille van praktische overwegingen, het rechtskarakter van een vonnis. Dit is methodologisch al geen fraaie constructie, maar het wordt nog minder fraai als de schikking het rechtskarakter van overeenkomst verliest.

9.3. Aantasting

Bij arbitrale vergelijken zouden zich dus in geval van een executiegeschil na verkrijging van het exequatur, dezelfde problemen voordoen als bij de notariële akte en het proces-verbaal. Stel dat er na het doorlopen van mediation een vaststellingsovereenkomst tot stand komt die wordt vastgelegd in een arbitraal schikkingsvonnis.²⁹⁶ Een van partijen beweert vervolgens dat de overeenkomst onder invloed van een wilsgebrek tot stand is gekomen en wenst de executie tegen te houden. Dit zou naar mijn mening mogelijk moeten zijn op grond van art. 438 Rv, naast de mogelijkheden die een partij op grond van de Arbitragewet heeft.²⁹⁷

²⁹³ Zoals in art. 7:900 lid 4 BW t.a.v. de overeenkomst van arbitrage is bepaald dat titel 7.15 BW niet van toepassing is.

²⁹⁴ MvA II, TvA 1986/2, p. 92.

²⁹⁵ De oude tekst van lid 2 luidde: ‘Het arbitrale vonnis, houdende een vergelijk tussen partijen, wordt door de meerderheid der arbiters en door de partijen ondertekend. Het vonnis bevat niet de gronden waarop het rust’ (TvA 86/2, p. 122).

²⁹⁶ Bijv. in een constructie dat de mediator tot arbiter wordt benoemd door partijen op het moment dat er een vaststellingsovereenkomst ligt om zo een executorialie titel te verkrijgen (hoofdstuk 7, par. 3.2.4). Of omdat arbiters verwezen hadden naar mediation en bereid zijn het daar totstandgekomen vergelijk op te nemen in een arbitraal vonnis.

²⁹⁷ In plaats van vijf gronden voor vernietiging is er t.a.v. het schikkingsvonnis maar één; als het vergelijk, geïncorporeerd in het vonnis, inhoudelijk of door zijn wijze van totstandkoming in strijd is met de openbare orde of goede zeden is het vernietigbaar (art. 1069 lid 2 sub a). Bij een arbitraal schikkingsvonnis spelen procesrechtelijke beginselen veel minder een rol dan bij een gewoon arbitraal vonnis, aangezien het niet de arbiters zijn die een uitspraak doen. Het belang van vernietiging zal zich vooral voordoen indien de inhoud van het vergelijk strijdig is met de openbare orde of goede zeden. Art. 1068 Rv geeft de gronden voor herroeping. Het artikel is zonder

Het is overigens de vraag of de kwestie van veel belang is. Buiten het feit dat aantasting van arbitrale schikkingsvonnissen zich in de praktijk niet veel voor zal doen, speelt ook nog dat een deel van de vernietigingsgronden uit het overeenkomstenrecht, namelijk (gedeeltelijk) dwaling en bedrog, terug te vinden zijn in art. 1068 Rv,²⁹⁸ overigens zonder de beperkingen die de artikelen 3:44 lid 3 en 6:228 lid 1 sub c BW geven.²⁹⁹ Voor bedreiging kan geopperd worden dat deze figuur zou kunnen vallen onder de grond van strijd met de openbare orde of goede zeden (art. 1065 lid 1 sub e Rv), mits er openbare orde elementen aankleven. Dit zal zich lang niet bij alle uitingsvormen van bedreiging voordoen, immers dan was art. 3:44 lid 2 overbodig in het licht van art. 3:40 lid 1 BW.³⁰⁰ Misbruik van omstandigheden is niet onder een van de gronden in art. 1065 of 1068 Rv te brengen. Een beroep op art. 3:44 lid 4 BW zal hier uitkomst moeten bieden.

beperking van toepassing op het arbitraal schikkingsvonnis. Zie over art. 1069 Rv in het licht van het Voorstel Herziening Arbitragewet, Sanders 2006, p. 44 e.v. De voorstellen tot wijziging van het tweede lid van art. 1069 Rv komen neer op het schrappen van 'strijdig met de goede zeden' in sub a en het schrappen van sub c (medeondertekening van het arbitrale vonnis door partijen).

²⁹⁸ Aldus ook Snijders 1992b, p. 123-124. Snijders lijkt met mij van mening te zijn dat een schikking vastgelegd in een vonnis aantastbaar moet zijn als er sprake is van een wilsgebrek. Maar hij lijkt niet de conclusie te willen trekken dat het overeenkomstenrecht van toepassing is. Hij zoekt zijn heil in de herroepingsgronden van art. 1068 Rv, maar merkt ook op dat niet alle wilsgebreken onder dit artikel te brengen zijn.

²⁹⁹ HR 4 oktober 1996, *NJ* 1998/45, waarin werd bepaald dat art. 3:44 lid 3 BW niet van toepassing is op en de uitleg niet bepalend is voor de rekestciviel-grond 'bedrog'. Het ging hier overigens wel om rekestciviel met als onderwerp een vonnis van de overheidsrechter. Maar ik zie geen reden om aan te nemen dat dit oordeel t.a.v. een herroepingsprocedure van een arbitraal vonnis anders zou luiden. In dit zelfde arrest wordt bepaald dat onder 'bedrog' ook 'verzwijging' valt.

³⁰⁰ Bedreiging met geweld waardoor de lichamelijke integriteit wordt aangetast zal eerder openbare orde elementen in zich (kunnen) dragen dan het dreigen met vermogensbenadeling.

4. De settlement agreement

1. INLEIDING

In het vorige hoofdstuk is de vaststellingsovereenkomst behandeld. Om te kunnen beoordelen of de Nederlandse vaststellingsovereenkomst en de Amerikaanse settlement agreement vergelijkbare overeenkomsten zijn, is het van belang ook de settlement agreement te bespreken. Die vergelijkbaarheid is van belang gezien de bespreking van de Amerikaanse rechtspraak in hoofdstuk 6 ten aanzien van de mediated settlement. De Amerikaanse jurisprudentie wordt in dit onderzoek gebruikt om te inventariseren wat eventuele problemen zijn die zich zouden kunnen voordoen bij niet-nakoming en toetsing van mediated vaststellingsovereenkomsten in Nederland. Om het gebruik van de Amerikaanse uitspraken als inspiratiebron voor de Nederlandse situatie te rechtvaardigen, dient mediation in beide landen een vergelijkbaar proces te zijn en dienen de vaststellingsovereenkomst en de settlement voldoende gelijkenissen hebben. De vergelijkbaarheid van mediation in beide landen is reeds in hoofdstuk 2 uitgebreid aan de orde gekomen.

Voor een goed begrip van de beide 'Amerikaanse hoofdstukken' wordt in de volgende paragraaf een introductie in het Amerikaanse rechtssysteem gegeven.

2. HET AMERIKAANSE RECHTSSYSTEEM

Het Amerikaanse recht bestaat uit het recht van de federale overheid en het recht van de vijftig autonome staten. Toch is er sprake van een zekere rechtseenheid in het rechtsdenken.¹ Vooral met betrekking tot bepaalde rechtsgebieden, zoals het overeenkomstenrecht, is er grote eenvormigheid. Het burgerlijk procesrecht, een ander belangrijk terrein van het onderhavige onderzoek, behoort net als het overeenkomstenrecht tot de bevoegdheid van de staten, mits de zaak aanhangig is bij een *state court*. Als de zaak dient bij een *federal court* gelden de federale regels.²

Net als de wetgevende en de uitvoerende macht is ook de rechterlijke macht in de Verenigde Staten verdeeld over twee niveaus; het federale niveau en het niveau van de individuele staten. Op het federale niveau zijn de *District Courts* de gerechten van eerste aanleg.³ Tegen uitspraken van de *District Courts* kan in hoger beroep worden gegaan bij de

¹ Pintens noemt verschillende factoren die hierbij een rol spelen, zoals het onderwijs aan de grote juridische faculteiten die de algemene beginselen en de methodiek van het Amerikaanse recht aanleren en zich niet richten op het recht van de staat waar zij gevestigd zijn, de diverse codificatiepogingen langs modelwetten, de *restatements*, het feitelijke gezag van rechtspraak uit andere staten en het belang van de uitspraken van de Supreme Court (Pintens 1998, p. 184).

² Title 28 USCA.

³ Er zijn 91 *federal judicial districts*. In elke Staat, het District of Columbia en Puerto Rico, is in ieder geval één district court (Wright 1994, p. 8). Bovendien zijn er nog drie district courts voor Guam, the Virgin Islands, en de Northern Mariana Islands, die zowel plaatselijke als federale bevoegdheid hebben (Abraham 1998, p. 172-173).

Circuit Courts.⁴ Als ook daar een partij onwelgevallige uitspraak wordt gegeven, kan zij de zaak aanhangig maken bij de *United States Supreme Court*.⁵

De meeste staten hebben een rechterlijke organisatie die is verdeeld over drie niveaus. De gerechten van eerste aanleg ‘*trial courts*’, de appelinstanties ‘*intermediate appellate courts*’, en een hoogste rechter ‘*the court of last resort*’.⁶ Van de naamgeving van deze gerechten worden in de verschillende staten overigens allerlei variaties aangetroffen.⁷ Niet alle staten hebben overigens *intermediate appellate courts*.⁸ In hoger beroep zetelt de rechter zonder jury, maar ook in lang niet alle burgerlijke zaken in eerste aanleg wordt gebruik gemaakt van een jury. In de appelprocedure vindt geen nieuwe behandeling van de feiten plaats. Er wordt slechts gekeken of in het geding in eerste aanleg het recht juist is toegepast.⁹

Federale gerechten zijn per definitie gerechten met een begrensde absolute bevoegdheid. Ze hebben alleen rechtsmacht over die gevallen die hun door de *U.S. Constitution* en door het *Congress* uitdrukkelijk zijn toebedeeld.¹⁰ Het uitgangspunt is dat de federale gerechten geen jurisdictie hebben totdat eiser aantoonde dat het onderwerp van geschil onder de bevoegdheid van de federale rechter valt.¹¹ Als het onderwerp van geschil tot federale bevoegdheid leidt, wordt het federale recht toegepast (bestaande uit de federale wetten, de *U.S. Constitution*, en verdragen en hun interpretatie).¹²

Ook hebben federale rechters bevoegdheid om te oordelen over *Diversity of Citizenship cases*.¹³ Wanneer partijen in civiele zaken uit verschillende Amerikaanse staten komen, of wanneer een van beide partijen staatsburger is van een vreemde staat, en er is een bedrag groter dan \$ 75.000 in het geding, hebben de federale rechters rechtsmacht.¹⁴

⁴ Er zijn dertien *federal circuits*: elf voor het grondgebied van de Verenigde Staten, bestaande uit de vijftig staten en de territoriale gebieden, één circuit court voor het District of Columbia en een *Court of Appeals for the Federal Circuit*, dat landelijke bevoegdheid heeft om uitspraken van gespecialiseerde federale gerechten, zoals de *Court of International Trade* en de *Court of Federal Claims* in hoger beroep te horen. Het aantal en de samenstelling van de circuits is geregeld in de federale grondwet (28 U.S.C.S. §41). Zie Wright 1994, p. 10.

⁵ Wright 1994, p. 15.

⁶ De *trial courts* worden opgesplitst in *trial courts of limited jurisdiction* en *trial courts of general jurisdiction*. Gerechten van eerste aanleg met een beperkte absolute bevoegdheid zijn gerechten die alleen kleine zaken mogen behandelen, vaak hebben ze ook een beperkte geografische bevoegdheid (bijv. *municipal courts*) of zijn ze in het leven geroepen voor speciale gevallen (zoals *juvenile courts*). De *trial courts of general jurisdiction* behandelen de zwaardere zaken (Carp & Stidham 1998, p. 67 e.v.).

⁷ The Bluebook, een leidraad voor juridische auteurs, kan hier uitkomst bieden (*The Bluebook. A uniform system of citation*, Cambridge, MA: Harvard law Review Association 2000).

⁸ Carp & Stidham 1998, p. 69.

⁹ Pintens 1998, p. 202; Von Mehren 1988, p. 38. Zie ook Farnsworth 1996, p. 109-110.

¹⁰ Wright, 1994, p. 27. Als de federale gerechten bevoegdheid toegekend hebben gekregen voor bepaalde geschillen, wil dit niet zeggen dat de federale rechters met uitsluiting van de state courts bevoegd zijn. *Concurrent jurisdiction* van state courts en federal courts is de meest voorkomende situatie. Alleen in gevallen waarin dit door de wetgever uitdrukkelijk is beslist, is er sprake van exclusieve bevoegdheid van de federale rechter. Zulke gevallen zijn bijvoorbeeld: *criminal, antitrust, bankruptcy, patent* en *copyright cases*, en zaken aangespannen tegen de Verenigde Staten. Ook *admiralty cases* vallen soms onder de exclusieve bevoegdheid van de federale rechter (Currie 1999, p. 112).

¹¹ Wright, 1994, p. 27.

¹² Wright 1994, p. 100 e.v.; Ehrenzweig, Louisell & Hazard Jr. 1980, p. 159.

¹³ U.S. Const. art. III, §2, cl. 1.

¹⁴ 28 U.S.C.S. §1332.

In Diversity of Citizenship zaken wordt het recht van een staat toegepast. Dit recht wordt in beginsel bepaald aan de hand van het conflictenrecht van de staat waar het federale gerecht zijn zetel heeft.¹⁵ De federale rechter moet recht spreken volgens de opvatting van de staat waar hij zijn zetel heeft. Hij mag in beginsel geen *federal common law* ontwikkelen. Dit om te voorkomen dat er verschil gaat ontstaan tussen uitspraken van de federale gerechten in een staat en de state courts.¹⁶

De in de voorgaande alinea's besproken federale bevoegdheden zijn in de praktijk de belangrijkste. Bovendien zijn alleen deze bevoegdheden voor dit onderzoek relevant, op de resterende gronden voor federale bevoegdheid zal ik niet ingaan.¹⁷

Als het geschil aanhangig is bij een state court en het valt onder federaal recht dan eist de *Supremacy Clause* in de federale grondwet dat de state courts federaal recht toepassen.¹⁸ Als er geen kwesties van federaal recht spelen, passen de gerechten van de staten hun eigen statelijk recht toe.¹⁹

Naast het tweelagensysteem van de statelijke en federale gerechten kende de Verenigde Staten, in lijn met de Engelse traditie, naast de 'gewone' *common law courts*, nog een afzonderlijke juridische hiërarchie: de *courts of equity*.²⁰ In de courts of equity werd het recht zoals dat gesproken werd in de common law courts, aangevuld. Als geen passende remedie voorhanden was onder de common law, omdat geen sprake was van een erkend juridisch belang of recht, kon men naar de equity courts om te kijken of er niet op grond van de billijkheid tot een ander oordeel gekomen kon worden.²¹ In de Verenigde Staten zijn de aparte courts of equity bijna allemaal afgeschaft. De *law of equity*, bestaande uit de leerstukken en rechtsfiguren die in de loop van de geschiedenis zijn gevormd door de courts of equity, maakt nu onderdeel uit van de common law en wordt dus door de Amerikaanse rechters toegepast.²²

Er zijn twee rechtsmiddelen ontstaan in equity die relevant zijn voor geschillen uit overeenkomst: *specific performance* en *injunction*. Een rechterlijke uitspraak tot specific performance veroordeelt de partij die in gebreke blijft tot het verrichten van de beloofde prestatie. Een injunction draagt een partij op om zich te onthouden van een bepaalde

¹⁵ Zie voor uitleg en jurisprudentie: Wright 1994, p. 386 e.v.

¹⁶ *Erie Railroad Co. v. Tompkins*, 304 U.S. 64 (1938). Dit is alleen anders als zich in een diversity case geschilpunten voordoen die beheerst worden door het federale recht. In dat geval is niet statelijk recht maar federaal recht van toepassing (Ehrenzweig, Louisell & Hazard Jr. 1980, p. 159-161). De ratio achter het toepassen van statelijk recht in diversity cases is dat er geen sprake is van een federaal belang in de uitkomst. Het gaat er in dit type zaken alleen om partijen een neutraal forum te bieden. Zie voor een discussie hierover Wright 1994, p. 142.

¹⁷ De overige gronden zijn te vinden in: U.S. Const. art. III, §2, cl 1 & cl. 2, Judiciary Act of 1789. Zie voor een bespreking van deze gronden: Abraham 1998, p. 172.

¹⁸ U.S. Const. art. VI, §3, Cl. 2.

¹⁹ U.S. Const. Amend. 10

²⁰ Campbell 1983, p. 2. Zie voor het verschil tussen common law en civil law, Uniken Venema/Zwalve 2000, p. 26 e.v.

²¹ Campbell 1983, p. 2; Von Mehren 1988, p. 12. Common law wordt in deze gebruikt in de betekenis van het recht ontwikkeld in de law courts. Zie voor het onderscheid tussen common law en equity, Uniken Venema/Zwalve 2000, p. 43 e.v.

²² Von Mehren 1988, p. 12. Substantial law of equity wordt bijvoorbeeld teruggevonden in rechtsfiguren als '*promissory estoppel*', een billijke oplossing voor overeenkomsten die niet afdwingbaar zijn, omdat ze niet aan het vereiste van *consideration* – waarover later meer – voldoen (Dobbs 1993, p. 51 en 101-102).

handeling.²³ Vroeger werd de remedie van specific performance alleen gegeven indien de common law-remedie van schadevergoeding niet adequaat was. Tegenwoordig zijn de standaarden voor toekenning van specific performance minder streng. Maar nog steeds dient aan een aantal vereisten voldaan te zijn. Schadevergoeding als remedie moet ontoereikend zijn en de bepalingen van het contract moeten voldoende duidelijk zijn. Bovendien mag de uitwisseling van prestaties niet volledig ongelijk zijn en mogen de bepalingen van de overeenkomst ook niet op andere wijze oneerlijk zijn. Ook mag de veroordeling tot specific performance niet in strijd zijn met *public policy*, noch mag de handeling waartoe veroordeeld wordt hiermee in strijd zijn. En *last but not least*, de toezichthoudende taak van de rechter op het naleven van de prestatie moet niet te ingewikkeld zijn.²⁴

Tot slot van deze inleiding nog een aantal opmerkingen over de status van de verschillende Amerikaanse rechtsbronnen. Er wordt onderscheid gemaakt tussen *primary authority* en *secondary authority*. Primary authority zijn bronnen van recht die afkomstig zijn van een overheidsorgaan. Te denken valt aan grondwetten (van de staten of de federale overheid), wetgeving, regelgeving van *administrative agencies*, regelgeving van de gerechten en rechterlijke uitspraken.

Secondary authorities dienen om de primary authorities uit te leggen, actueel te houden, te ontwikkelen en te interpreteren. Voorbeelden van secondary authorities zijn handboeken, artikelen in juridische tijdschriften, *American Law Reports*,²⁵ juridische encyclopedieën²⁶ en heel belangrijk de *Restatements of the Law*.²⁷

²³ Corbin (volume 12/interim edition), p. 185. Dobbs classificeert specific performance als een vorm van injunction (Dobbs 1993, p. 162-163).

²⁴ Zie o.m. Restatement Second of contracts §359, 362, 364, 365 en 366.

²⁵ Dit is een uitgebreide bespreking en analyse van jurisprudentie op een heel specifiek rechtsgebied. Deze besprekingen worden *annotations* genoemd.

²⁶ De juridische encyclopedieën worden geordend naar onderwerp en deze onderwerpen worden weer onderverdeeld in paragrafen. Zo is er een onderwerp 'settlement and compromise'. Ze geven objectieve informatie over de stand van het recht in verhalende vorm met uitgebreide verwijzingen naar rechtspraak. De uitspraken worden niet geëvalueerd of geanalyseerd, alleen verzameld en geordend. Het raadplegen van juridische encyclopedieën is een waardevolle methode om rechtspraak op een bepaald rechtsgebied te ontsluiten. Er zijn twee algemene encyclopedieën: het Corpus Juris Secundum (C.J.S.) en de American Jurisprudence 2d (Am.Jur. 2d). Beide bespreken meer dan vierhonderd onderwerpen.

²⁷ In 1923 werd door de Amerikaanse orde van advocaten het *American Law Institute* opgericht met als oogmerk het ordenen van de vele uitspraken naar rechtsgebied en het distilleren van algemene regels. Zo zijn er momenteel op twaalf rechtsgebieden restatements verschenen, waaronder op het gebied van het overeenkomstenrecht. De restatements zijn zeer gezaghebbend en hebben duidelijk hun weerslag gehad op de rechtsvorming. De Restatement on Contracts kent al een tweede versie, verschenen in 1981, waarin als aanvulling op de versie uit 1932 nieuwe onderwerpen zijn opgenomen (Jacobstein, Mersky & Dunn 1998, p. 391 e.v.).

3. SETTLEMENT AND COMPROMISE²⁸**3.1. Inleiding**

De oplossing van conflicten door middel van *compromise* of settlement agreements wordt in de Verenigde Staten aangemoedigd, zeker in familierechtelijke conflicten waarbij partijen ook na het conflict nog met elkaar te maken krijgen.²⁹ Als partijen op een vreedzame en minnelijke manier door het voeren van overleg tot een gezamenlijke oplossing van hun conflict of onzekerheid kunnen komen, is de heersende opvatting dat die oplossing door het recht ondersteund moet worden.³⁰ Gerechten moedigen het sluiten van settlement agreements dan ook aan, met dien verstande dat settlements als ‘gewone’ overeenkomsten worden beschouwd en dat het algemene overeenkomstenrecht dus onverkort van toepassing is.³¹

3.2. Definitie

Een compromise of settlement agreement is een overeenkomst waarbij door het doen van wederzijdse concessies een claim die wordt betwist of waarvan de hoogte van het verschuldigde bedrag wordt betwist, uit de wereld wordt geholpen.³² Het is een minnelijke methode om bona

²⁸ Bij het schrijven van dit hoofdstuk is gebruik gemaakt van twee Amerikaanse secundaire bronnen, de American Jurisprudence 2d en het Corpus Juris Secundum. Het onderwerp settlement en compromise wordt in de handboeken nauwelijks beschreven, daarom heb ik mijn toevlucht gezocht tot deze juridische encyclopedieën die beide het onderwerp uitvoerig behandelen. Ik heb de encyclopedieën gebruikt op de manier waarvoor zij bedoeld zijn, nml. het ontsluiten van rechtspraak over een bepaald onderwerp. De uitspraken waarnaar verwezen wordt, heb ik alle uitvoerig geraadpleegd. Frequent neem ik de terminologie over van deze encyclopedieën met alleen een verwijzing naar de rechtspraak, waaruit ook zij overigens de regel hebben ontleend, maar niet naar de betreffende paragraaf van de encyclopedie, dit omdat ik de originele bron heb bestudeerd en niet indirect wil verwijzen. Dit is alleen anders als ik uit de bijgevoegde uitspraken waarop de auteurs zich baseren zelf de rechtsregel niet kon afleiden en dus op de auteurs moest vertrouwen.

²⁹ Zie o.m. Fowler v. Smith, 230 Ga.App. 817, 498 S.E.2d 130 (1998). ‘Compromises, especially of family controversies, are favored by the courts as tending to prevent litigation.’

³⁰ Zie o.m. Joel v. Valley Surgical Center, 68 Cal.App.4th 360; 80 Cal.Rptr.2d 247 (1998). ‘Indeed, acceptance of ValleyCare’s argument would indubitably frustrate the strong public policy of this state promoting settlements of civil disputes. The courts are empowered to encourage settlements, thereby discouraging needless litigation and its attendant expense’; Leary v. Julian, 225 Ga.App. 472; 484 S.E.2d 75 (1997). ‘Settlement agreements are highly favored under the law and will be upheld whenever possible as a means of resolving uncertainties and preventing lawsuits’; Brock v. Brock, 256 A.D.2d 375; 681 N.Y.S.2d 559 (1998). ‘(...) it is well settled that stipulations of settlement are favored by the courts, and are not to be lightly cast aside’; State Farm Fire v. Pacific Rent-all, Inc., 90 Haw. 315; 978 P.2d 753 (1999). ‘We acknowledge the well-settled rule that the law favors the resolution of controversies through compromise or settlement rather than by litigation’; U.S. v. County of Muskegon, 33 F.Supp.2d 614 (1998). ‘Voluntary settlement of legal disputes is favored by the courts and is generally perceived to be in the public interest’.

³¹ Zie o.m. Bateski v. Ransom, 658 So.2d 630 (1995). ‘Although we agree with the principle that settlements are favored and will be enforced whenever possible, a valid agreement is a predicate to an order of enforcement and such an agreement was not established in this case’; Gramer v. Gramer, 207 Mich.App. 123; 523 N.W.2d 861 (1994). ‘(...) a settlement agreement, (...) is a contract and is to be construed and applied as such. Absent a showing of factors such as fraud or duress, courts act properly when they enforce such agreements’; Novamedix v. NDM, 166 F.3d 1177, 49 U.S.P.Q. 2d (BNA) 1613 (Fed. Cir. 1999). ‘Settlement agreements are a type of contract and are therefore governed by contract law’.

³² Een claim waarvan de hoogte van het verschuldigde bedrag ter discussie staat wordt een ‘*unliquidated claim*’ genoemd. ‘An unliquidated claim is a claim in which the amount owed has not been determined’ (Black’s Law Dictionary, p. 240).

fide geschillen of onzekerheden tot een oplossing te brengen met de bedoeling om procedures voor de rechter te voorkomen of tot een einde te brengen. Partijen komen overeen dat een vervangende prestatie acceptabel is in plaats van wat eerder gevorderd werd. Elke partij stemt in en geeft iets toe om het risico om alles te verliezen dat de andere partij eerder eiste, uit te sluiten en zoveel als mogelijk te verkrijgen van al wat zij eerder eiste.³³ Uit deze definitie wordt duidelijk dat de Nederlandse vaststellingsovereenkomst meer omvattend is dan de Amerikaanse settlement. Ik kom hier in hoofdstuk 5 uitgebreider op terug.

In de Amerikaanse literatuur worden de termen *compromise* en *settlement* veelal samengetrokken of als synoniem gebruikt, maar in de context van *mediation* wordt eigenlijk altijd van *settlement* en zeer zelden van *compromise* gesproken.³⁴ In navolging hiervan gebruik ik de termen *settlement* en *compromise* in dit hoofdstuk door elkaar, maar ik zal in het volgende hoofdstuk, waar schikkingen volgend op een geslaagde *mediation* onderwerp van onderzoek zijn, spreken van *settlements*. In par. 4 van het inleidende hoofdstuk gaf ik een definitie van 'schikken'. Zoals ook in de inleiding al opgemerkt, kunnen de termen *settlement* en *schikking* door elkaar gebruikt worden en ter bevordering van de leesbaarheid zal ik dat ook doen.

3.3. Totstandkoming

Voor het totstandkomen van een geldige *settlement* of *compromise agreement* moet aan alle eisen worden voldaan die volgens het algemene contractenrecht gelden voor de totstandkoming van een geldige overeenkomst.³⁵ Dit betekent allereerst dat er sprake moet zijn van aanbod en aanvaarding.³⁶ Een aanbod tot het sluiten van een *compromise* kan bestaan uit een daad of een belofte zolang het voor de geadresseerde maar duidelijk en onmiskenbaar is dat het een aanbod

³³ 15A Am. Jur. 2d *Compromise and Settlement* §1. Zie ook 15A C.J.S. *Compromise and Settlement* §2 waar wordt gesteld dat *settlement* een breder begrip is dan *compromise*, omdat een *settlement* ook zou zien op situaties waarin geen geschil bestaat. Deze opvatting is gebaseerd op twee uitspraken uit 1927 en wordt verder in de literatuur niet gevolgd. Ik gebruik de termen dan ook als synoniem.

³⁴ Zoals blijkt uit de geraadpleegde primaire en secundaire rechtsbronnen.

³⁵ Bij het bepalen van de geldigheid van de *settlement agreement* neemt de rechter alle omstandigheden van het geval in overweging. Zie o.m. *Ziarko v. Soo Line R. Co.*, 161 Ill. 2d 267, 204 Ill. Dec. 178, 641 N.E.2d 402 (1994). 'As a general rule, a settlement agreement is considered valid and enforceable if the agreement was entered into in good faith. To determine the validity of the settlement agreement, the court looks to the totality of the circumstances surrounding the making of the agreement'.

³⁶ Zie o.m. *Augustine Medical, Inc. v. Progressive Dynamics, Inc.*, 194 F.3d 1367, 52 U.S.P.Q.2d (BNA) 1515 (Fed.Cir.1999). 'Minnesota contract law holds that the settlement of a lawsuit is contractual in nature, requiring offer and acceptance for its foundation, and it is subject to all of the other rules of interpretation and enforcement'; *Walton v. Ramos*, 963 P.2d 1042 (1998). 'We apply basic contract law principles of contract formation to settlement agreements'; *Gramer v. Gramer*, 207 Mich.App. 123, 523 N.W.2d 861 (1994). '(...) a settlement agreement, (...) is a contract and is to be construed and applied as such. Absent a showing of factors such as fraud or duress, courts act properly when they enforce such agreements'.

tot het sluiten van een compromise betreft.³⁷ In afwezigheid van een wettelijke bepaling is geen bepaalde vorm vereist voor het totstandkomen van een geldige settlement.³⁸

Als tweede eis wordt gesteld dat partijen handelingsbekwaam moeten zijn en moeten instemmen met alle essentiële bepalingen van de overeenkomst.³⁹ Met dit laatste wordt bedoeld dat de cruciale bepalingen van de overeenkomst vast moeten staan en welomlijnd dienen te zijn. Niet alle details hoeven volledig geregeld te zijn zolang partijen maar de bedoeling hebben dat de overeenkomst hen zal binden.⁴⁰ De bekwaamheid van partijen om een settlement aan te gaan wordt getoetst aan het overeenkomstenrecht. Handelingsbekwaamheid ontbreekt bij minderjarigen en *mental incompetents*.⁴¹ Indien partijen in een vertrouwensrelatie tot elkaar staan, zijn ze verplicht om elkaar bij de totstandkoming van de settlement volledige openheid van zaken te geven over de materiële feiten.⁴²

De derde eis is het bestaan van wilsovereenstemming. Om te bepalen of hiervan sprake is, wordt uitgegaan van de objectieve theorie van contractenrecht.⁴³ Dit betekent dat het er niet om gaat wat een partij bedoeld heeft met zijn uitlatingen, maar hoe een redelijk denkende wederpartij de uitlatingen en daden zou interpreteren.⁴⁴

³⁷ Ter illustratie: *Lighthouse for the blind v. Miller*, 149 Kan. 165, 86 P.2d 508 (1939). 'Where a check is offered in settlement of an unliquidated or disputed claim, the debtor must make it clear that the check which he sent is offered only on condition that it is taken in full payment. In the absence of such condition, the retention of the check, at least where the creditor promptly notifies the debtor that he still insists upon the payment of the balance claimed, does not establish his assent tot the acceptance of the sum tendered as a full settlement'.

³⁸ Zie o.m. *Green v. John H. Lewis & Co.*, 436 F.2d 389 (3d Cir. 1970). 'An agreement to settle a lawsuit, voluntarily entered into, is binding upon the parties, whether or not made in the presence of the court, and even in the absence of a writing'; *Vernon v. Acton*, 732 N.E.2d 805 (Ind. 2000). 'We note that, in general, settlement agreements need not be in writing to be enforceable. However, when a settlement agreement is reached in mediation, the mediation rules required that "it shall be reduced to writing and signed'. Indien het onderwerp van de schikking binnen de reikwijdte van de *Statute of Frauds* valt, dient de schikking schriftelijk te worden aangegaan (15A Am.Jur.2d *Compromise and Settlement* §17). Zie voor een korte beschrijving van de *Statute of Frauds*, hoofdstuk 6, voetnoot 46.

³⁹ *Bateski v. Ransom*, 658 So.2d 630 (1995). 'Settlement agreements are governed by the law of contracts and to be enforced they must be sufficiently specific and the parties must mutually agree on every essential element'; *Murtagh v. University Computing Company*, 490 F.2d 810 (5th Cir. 1974), cert. denied, 419 U.S. 835 (1974). '(...) the creation of a settlement agreement, as does the creation of any enforceable contract, requires a meeting of the minds of the contracting parties on the subject matter of the agreement'; *Weddington productions, Inc. v. Flick*, 60 Cal. App. 4th 793, 811 (1998); *Lindsay v. Lewandowski*, 43 Cal.Rptr.3d 846, 849 (2006).

⁴⁰ Zie o.m. *De Cespedes v. Bolanos*, 711 So.2d 216 (Fla. Dist. Ct. App. 3d Dist. 1998). 'Settlements agreements are interpreted according to the law of contracts. For such an agreement to be legally enforceable, it must be firm or definite in its essential terms. Even though al the details are not definitely fixed, an agreement may be binding if the parties agree on the essential terms and seriously understand and intend the agreement to be binding on them'; *Sheng v. Starkey Laboratories, Inc.*, 117 F.3d 1081 (8th Circ. 1997). 'An enforceable settlement requires the parties to reach agreement on the essential terms of the deal. Settlement agreements that do not expressly resolve ancillary issues can, nevertheless, be enforceable. The fact that the parties left some details for counsel to work out during later negotiations cannot be used to abrogate an otherwise valid agreement'.

⁴¹ Zoals ingeval van zwakbegaafdheid, geestesziekte en mentale gebreken, intoxicatie en bij onder curatele gestelden (*Restatement Second of contracts* §12). Dit is wordt onder het Amerikaanse recht *incapacity* genoemd.

⁴² Zie o.m. *Golden v. McDermott, Will & Emery*, 299 Ill.App. 3d 982 (1st Dist. 1998). 'Parties in a fiduciary relationship owe one another a duty of full disclosure of material facts when making a settlement and obtaining a release'.

⁴³ Zie o.m. *Fivecoat v. Publix Super Markets, Inc.*, 928 So. 2d 402 (Fla.App. 1 Dist., 2006). 'An objective test is to be used to determine (...) whether the settlement is enforceable'.

⁴⁴ *Calamari/Perillo* 2003, p. 27.

Als vierde vereiste wordt gesteld dat de schikking net zoals elke overeenkomst onder Amerikaans recht, ondersteund wordt door *consideration*.⁴⁵ Zoals uit de definitie bleek, moet het bij een settlement gaan om een niet vaststaande vordering. Dit is het geval als partijen nooit tot overeenstemming zijn gekomen over de omvang van het verschuldigde bedrag. Dus een schikking die resulteert in het opheffen van een bona fide vordering waarvan de omvang van het geclaimde bedrag onzeker is, is gebaseerd op een deugdelijke consideration. Het gaat erom dat partijen op het moment van aangaan van de schikking oprecht geloven dat ze iets inleveren met het doel het geschil te beëindigen.⁴⁶ Bij het bepalen van de geldigheid van de settlement wordt niet gekeken naar de relatieve waarden van de verschillende claims, waar het om gaat is dat beide partijen iets inleveren.⁴⁷ Het tast de geldigheid van de schikkingsovereenkomst niet aan als achteraf blijkt dat er sprake was van een ongelijkwaardige consideration.⁴⁸ Maar een overeenkomst waarbij alle concessies door één partij gedaan worden, is geen compromise.⁴⁹

Behalve om een niet vaststaande vordering kan het ook gaan om een betwiste vordering. Een claim wordt betwist als tussen partijen een bona fide verschil van mening bestaat over de rechten en plichten die tussen hen gelden. Als de vermeende basis van een compromise een betwiste vordering is, moet daadwerkelijk onzekerheid, controverse of verschil van mening tussen partijen bestaan.⁵⁰ De functie van een compromise agreement is om twijfel en onzekerheid weg te nemen zodat een rechtsgeding niet meer nodig is. Als een partij een vordering ontkent en zo een geschil creëert om zijn verplichtingen te ontlopen, kan betaling van minder dan verschuldigd is niet als consideration voor een schikking gelden.⁵¹ Een vordering of

⁴⁵ 'To constitute consideration, a performance or a return promise must be bargained for. A performance or return promise is bargained for if it is sought by the promisor in exchange for his promise and is given by the promisee in exchange for that promise' (Restatement 2d of contracts §71). Voor een toepassing op de settlement, zie o.m. Han v. Yang, 84 Haw. 162, 931 P.2d 604 (1997). 'If a dispute results in a settlement agreement, the agreement, like any other contractual agreement, must be supported by consideration'.

⁴⁶ Zie o.m. Galusha v. Sherman, 105 Wis. 263, 81 N.W. 495 (1900). 'They (compromises) cannot be set aside because the event shows all the gain to have been on one side, and all the sacrifice on the other, if the parties have acted in good faith, and with a belief of the actual existence of the rights which they have respectively waived or abandoned'; International Motor Rebuilding Co., v. United Motor Exchange, Inc., 139 Kan. 497, 393 P.2d 992 (1964). 'A compromise may be valid although the amount agreed to be paid is much more or much less than the amount actually due. Inadequacy of consideration does not invalidate a compromise if fairly made'.

⁴⁷ Zie o.m. Stacey v. Jones, 230 Ga.App. 214, 495 S.E.2d 665 (1998). 'The law favors compromises, and a promise made in extinguishment of a doubtful claim is sufficient to support a valid contract'.

⁴⁸ Uitgangspunt in het Anglo-Amerikaanse recht is consideration, niet *adequacy of consideration*. De algemene regel is dat de rechter niet zal kijken naar de waarde van de uitwisselingen. Er wordt uitgegaan van de billijkheid van vrijwillig aangegane overeenkomsten en van de bekwaamheid van individuen om hun eigen belangen te behartigen en tot een geïnformeerd en rationeel standpunt te komen. Zelfbeschikking en partijautonomie staan voorop (Collins 2003, p. 60 en 272-273). Zie voor rechtspraak o.m. Knight Publishing Co., Inc. v. Chase Manhattan Bank, 131 N.C. App. 527, 506 S.E. 2d 728 (1998). '(...) No investigation into the character or relative value of the different claims involved will be entered into, (...) it being enough if the parties to the agreement thought at the time that there was a question between them – an actual controversy—without regard to what may afterwards turn out to have been an inequality of consideration'.

⁴⁹ Zie o.m. Ross Packing Co. v. U.S., 42 F. Supp. 932 (1942). 'The giving to it (the agreement) of the name of compromise could not make of it a compromise. The word "compromise" itself contemplates a mutuality of concessions for the purpose of the termination of litigation'.

⁵⁰ 15A Am Jur. Compromise and Settlement §24.

⁵¹ Zie o.m. Occidental Life Ins. Co., v Eiler, 125 F.2d 229 (1942). 'The payment of a part of the debt unquestionably due on such liquidated debt is no consideration for release of the balance of the debt. In the absence of a bona fide

een verweer kan wel de basis voor een schikking vormen als oprecht aan de geldigheid daarvan werd getwijfeld op het moment van het sluiten van de settlement. Het is niet nodig dat de geldigheid van de eis of het verweer vanuit juridisch oogpunt twijfelachtig was.⁵² De twijfel van partijen mag zowel op onzekerheid over het recht als op onzekerheid over de feiten gebaseerd zijn.⁵³ Om aan te tonen dat een claim of verweer te goeder trouw aangevoerd werd en dat de partij die zich ervan bediende geloofde dat deze gegrond was, moeten er over het algemeen redelijke gronden geweest zijn voor het vertrouwen in de geldigheid.⁵⁴ Als sprake is van een betwiste en twijfelachtige claim en partijen doen beiden concessies, zal de rechter oordelen dat sprake is van consideration zonder nog een onderzoek in te stellen naar de actuele rechten van partijen, en zonder te onderzoeken of de concessies gelijkwaardig zijn.⁵⁵ Ook het opgeven van een mogelijk waardeloze vordering die te goeder trouw werd betwist, vormt een deugdelijke consideration.⁵⁶ Dus als partijen te goeder trouw een conflict hebben en dit oplossen door middel van een schikking en later blijkt dat de claim ongegrond was, tast dit de geldigheid van de schikking niet aan.⁵⁷ Ook het feit dat een rechter tot een andere beslissing zou zijn gekomen dan partijen in hun schikking hebben vastgelegd, doet niet af aan de geldigheid van de settlement.⁵⁸ Schikkingen worden door gerechten overigens vaak bekrachtigd zonder dat de geldigheid van rechten en vorderingen wordt onderzocht.⁵⁹

controversy existing between the beneficiary and the insurer the payment by the insurer of a part of its debt upon a dispute asserted by it in bad faith and without any reasonable ground, either in law or fact, constitutes no consideration for the release or settlement of the balance’.

- ⁵² Zie o.m. *Belt v. Lazenby*, 126 Ga. 767, 56 S.E. 81 (1906). ‘Moreover, in order to render valid the compromise of a claim, it is not essential that the matter should be really in doubt. It is sufficient if the parties consider it so far doubtful as to make it the subject of a compromise’; *Health v. Potlach Lumber Co.*, 18 Idaho 42, 108 P. 343 (1910). ‘The usual test, however, as to whether a compromise and settlement is supported by a sufficient consideration is held to be not whether the matter in dispute was really doubtful, but whether or not the parties bona fide considered it so, and that the compromise of a disputed claim made bona fide is upon a sufficient consideration, without regard to whether the claim be in suit or not. The law favors the avoidance or settlement of litigation, and compromises in good faith for such purposes will be sustained as based upon a sufficient consideration, without regard to the merits of the controversy or the character or validity of the claim of the parties, and even though a subsequent judicial decision may show the rights of the parties to have been different from what they at the time supposed’; *King v. Lewis*, 188 Ga. 594, 4 S.E. 2d 464 (1939). ‘It is the general rule that where parties enter into an agreement compromising and settling a claim about which there is a bona fide dispute, they are bound by such agreement even though it thereafter appears that the contention of one of them was without foundation in law’.
- ⁵³ *Reed v. Kansas Postal Telegraph & Cable Co.*, 125 Kan. 603 (1928).
- ⁵⁴ Zie o.m. *Rommel v. West American Insurance Co.*, 158 A.2d 683 (1960). ‘There seems to be general agreement that if the claim is advanced in good faith and is not obviously absurd in fact or plainly unfounded in law, its forbearance constitutes a good consideration’.
- ⁵⁵ Zie o.m. *Tatum v. Cater*, 270 Ala. 445, 119 So.2d 223 (1960). ‘Such agreements are binding (settlements) without regard to which party gets the best of the bargain or whether all the gain is in fact on one side and all the sacrifice on the other.’
- ⁵⁶ *Murphy v. T. Rowe Price Prime Reserve Fund, Inc.*, 8 F. 3d 1420 (9th Cir. 1993). ‘Compromise of a wholly invalid claim, one with no foundation, is not valid consideration. However, surrender of a possibly meritless claim which is disputed in good faith is valid consideration’.
- ⁵⁷ *Holloway v. Buck*, 174 Ark. 497, 296 S.W. 74 (1927). ‘If the settlement is characterized by good faith, the court will not look into the question of law of fact in dispute between the parties and determine which is right, even though it ultimately appears that the claim was unfounded in the law; provided, however, it is not wholly without legal basis or upon an inherently illegal and void consideration’.
- ⁵⁸ *Muhlhauser v. Becker*, 76 N.D. 402, 37 N.W.2d 352 (1948). ‘Whether the compromise agreement settles the issues as the court might have settled them is unimportant’; *Tatum v. Cater*, 270 Ala. 445, 119 So.2d 223 (1960). ‘(...)

3.4. Gronden voor aantasting

Een geldige settlement is net zo bindend voor partijen als elk andere overeenkomst die partijen kunnen sluiten.⁶⁰ Maar als er gebreken kleven aan de totstandkoming is de schikkingsovereenkomst aantastbaar volgens de regels van het algemene overeenkomstenrecht.⁶¹ De gronden voor aantasting van settlements worden hieronder behandeld.

3.4.1. Illegality

Een compromise kan gebrekkig en ongeldig zijn op grond van illegality. Een overeenkomst is *illegal* als het onderwerp van de overeenkomst in strijd is met het positieve recht, de zedelijkheid of met public policy.⁶² Als een schikkingsovereenkomst is gebaseerd op een onderliggende vordering die zonder twijfel en onbetwist illegal is, kan de schikking zowel op grond van illegality als op grond van het ontbreken van consideration aangetast worden.⁶³ Maar als geschil en twijfel bestaan over de geoorloofdheid van de overeenkomst, is het opgeven van een vordering gebaseerd op die overeenkomst wel een deugdelijke consideration voor de schikking.⁶⁴ Immers, als gevraagd zou worden om het bestaan van een geldige vordering te bewijzen bij het aangaan van de settlement, zou dat het doel van schikkingen volledig onderuit halen, terwijl het beleid er juist op gericht is deze aan te moedigen.⁶⁵

Notwithstanding the settlement made might not be that which the court would have decreed if the controversy had been brought before it for decision’.

⁵⁹ Zie o.m. *Emmons v. Superior court of the State of Arizona*, 192 Ariz. 509, 968 P.2d 582. ‘The controversy settled need not to be a valid claim’

⁶⁰ *Bradley v. Bradley*, 225 Ga. App. 530, 484 S.E.2d 280 (1997). ‘A contract of compromise is binding on the parties, and neither party to a compromise has power to disregard it if it was full and final between them’; *Keith v. Glenn*, 262 N.C. 284, 136 S.E.2d 665 (1964) (distinguished by, *Bongardt v. Frink*, 265 N.C. 130, 143 S.E.2d 286 (1965)). ‘A consummated agreement to compromise and settle disputed claims is conclusive and binding on the parties to the agreement and those who knowingly accept its benefits’; *Bohlman v. Big River Oil Company*, 124 N.W.2d 835 (1963). ‘(...) The stipulation of settlement becomes a contract between the parties and is final and conclusive (...)’; *Castlewood Property Owners Ass’n, Inc. v. Trepton*, 720 N.E.2d 10 (1999). ‘In the absence of fraud or mistake, a settlement is as determinative of the parties’ rights and obligations as a judgment on the merits’.

⁶¹ *Augustine Medical, Inc. v. Progressive Dynamics, Inc.*, 194 F.3d 1367, 52 U.S.P.Q.2d (BNA) 1515 (Fed.Cir.1999). ‘Minnesota contract law holds that the settlement of a lawsuit is contractual in nature, requiring offer and acceptance for its foundation, and it is subject to all of the other rules of interpretation and enforcement’; *Walton v. Ramos*, 963 P.2d 1042 (1998). ‘We apply basic contract law principles of contract formation to settlement agreements’; *Gramer v. Gramer*, 207 Mich. App. 123; 523 N.W.2d 861 (1994). ‘(...) a settlement agreement, (...) is a contract and is to be construed and applied as such. Absent a showing of factors such as fraud or duress, courts act properly when they enforce such agreements’.

⁶² *Murray* 2001, p. 578: Williston on contracts (4th) §12:1. Dit doet zich zowel voor als een van de prestaties illegal is als wanneer het strijdig is om een bepaalde verplichting aan te gaan, terwijl uitvoering van die verplichting op zich niet illegal is.

⁶³ Zie o.m. *Union Collection Co. v. Buckman*, 150 Cal. 159, 88 P. 708 (1907). ‘(...) no compromise by the parties of differences in respect to clearly illegal contracts and transactions can purge them and produce a valid claim’.

⁶⁴ Zie o.m. *Hoyt v. Wickham*, 25 F.2d 777 (1928). ‘There is no evidence in the present case on which to base the claim that the transaction was a gambling one, but, even if there were, it would be nothing more than a disputed claim, which might properly be settled (...)’.

⁶⁵ *White v. Flood*, 258 Iowa 402, 138 N.W. 2d 863 (1965). ‘It is not material on which side the right is ultimately found to be. To require proof of a valid existing claim would defeat the very object of compromise, a thing favored by the law’.

3.4.2. Misrepresentation

Deze paragraaf behandelt situaties waarin een partij wordt bewogen tot het sluiten van een overeenkomst door een *misrepresentation*; een verklaring die, ofwel *fraudulent* ofwel *non-fraudulent*, in strijd is met de bestaande feiten.⁶⁶ Onder feiten vallen bestaande gebeurtenissen of huidige omstandigheden, maar geen toekomstige gebeurtenissen.⁶⁷ Behalve de term *fraudulent misrepresentation* wordt ook de term *fraud* in de rechtspraak gebruikt. Amerikaanse juristen gebruiken de termen vaak door elkaar. *Fraud* wordt vaak gebruikt als het om een onrechtmatige daad gaat. Ik spreek in navolging van de Restatement van *fraudulent misrepresentation*.⁶⁸

De Restatement noemt vier vereisten waaraan voldaan moet zijn voor vernietiging op grond van *misrepresentation*. 1) Het moet gaan om een bewering of verklaring die niet in overeenstemming is met de feiten. 2) De bewering of verklaring moet ofwel *fraudulent* ofwel *material* zijn. 3) De ontvanger van de bewering of verklaring moet door die verklaring bewogen zijn tot het geven van zijn instemming met de overeenkomst. 4) Het vertrouwen van de ontvanger dient gerechtvaardigd te zijn.⁶⁹

Ad 1. De bewering kan bestaan uit elk gedrag, maar het meest voorkomend is een schriftelijke of mondelinge verklaring. Ook *concealment* valt onder het eerste vereiste. *Concealment* is een handeling bedoeld om – of waarvan het aannemelijk is dat het dat effect heeft – de wederpartij af te houden van het krijgen van wetenschap van een feit waarvan zij anders kennis zou hebben genomen.⁷⁰ Zo'n handeling wordt altijd gezien als het equivalent van een *misrepresentation*⁷¹ aangezien op een actieve manier wordt getracht de wederpartij op het verkeerde been te zetten.⁷² Bij de vraag of de verklaring juist is, moet gekeken worden naar alle omstandigheden van het geval.⁷³

Ook kan sprake zijn van het verzwijgen van feiten: *non-disclosure*. In tegenstelling tot *concealment* dat altijd wordt gezien als het equivalent van *misrepresentation*, is *non-disclosure* alleen in bepaalde gevallen een *misrepresentation*. *Concealment* gaat verder dan *non-disclosure*

⁶⁶ Introductory note by topic 1, chapter 7, Restatement of Contracts (Second) 1981.

⁶⁷ Restatement Second of Contracts, §159, comment c.

⁶⁸ Bij *fraud* of *fraudulent misrepresentation* als onrechtmatige daad wordt de aanvullende eis gesteld dat er sprake is van een bewust onware bewering t.a.v. een materieel feit. De actie uit onrechtmatige daad leidt niet tot een vernietiging van de overeenkomst, maar tot aansprakelijkheid van de partij die de onware uitlatingen deed en dus tot een geldelijke vergoeding (Introductory note by topic 1, chapter 7, Restatement of Contracts (Second) 1981). Om deze reden blijft *fraudulent misrepresentation* voorzover het gebruikt wordt in de context van een actie uit onrechtmatige daad, verder buiten beschouwing. Farnsworth merkt op dat het zeer zelden voor zal komen dat een *misrepresentation fraudulent* is maar niet *material*, zodat in gevallen waar sprake is van *fraudulent misrepresentation* over het algemeen wel een schadevergoeding verkregen kan worden op grond van het onrechtmatige daadsrecht (Farnsworth 2004, p. 457-459).

⁶⁹ Introductory note by topic 1, chapter 7, Restatement of Contracts (Second) 1981; Farnsworth 2004, p. 237.

⁷⁰ Restatement Second §160.

⁷¹ Dus als een verklaring die niet in overeenstemming is met de feiten.

⁷² Een voorbeeld van *concealment* is een verkoper die over de waterschade heen verft om te voorkomen dat de potentiële koper ontdekt dat het dak lekt (Restatement Second §160, comment b, Illustration 1). Zie voor vergelijkbare zaken *Griffith v. Byers*, 212 Kan. 65, 510 P.2d 198 (1973); *Jenkins v. McCormick*, 184 Kan. 842, 339 P.2d 8 (1959); *Campbell v. Booth*, 526 S.W.2d 167 (1975).

⁷³ Dus halve waarheden die op zich wel kloppen maar die niet alle informatie geven noodzakelijk voor het verhinderen van verkeerde gevolgtrekkingen, zijn 'misrepresentations' (Farnsworth 2004, p. 238-239).

omdat het een actieve handeling vereist die erop gericht is te verhinderen dat de wederpartij op de hoogte raakt van een voor de te sluiten overeenkomst relevant feit.⁷⁴

Afhankelijk van de omstandigheden van het geval kan een partij bij een schikkingsovereenkomst een mededelingsplicht hebben. Als één partij beter in staat is om zich van bepaalde feiten te vergewissen dan de ander en zij laat na om haar wederpartij te informeren over de werkelijke stand van zaken, kan het achterhouden van informatie als basis dienen voor vernietiging van de compromise.⁷⁵ De mededelingsplicht is uitgebreider op het moment dat tussen partijen een vertrouwensrelatie bestaat, maar de aanwezigheid van zo'n vertrouwensrelatie is op zich onvoldoende om er van uit te gaan dat alle elementen van fraudulent misrepresentation aanwezig zullen zijn.⁷⁶

Ad 2. Wanneer is een misrepresentation fraudulent of *material*?

Fraudulent zoals gedefinieerd ten aanzien van een misrepresentation heeft twee elementen. Er moet sprake zijn van 1) een bewust gedane onware uitlating 2) die bedoeld was om de wederpartij te misleiden.⁷⁷ Aan de intentie om te misleiden is voldaan als de partij die de uitlatingen doet óf het verlangen heeft om zijn wederpartij te misleiden óf als hij gegronde reden heeft om aan te nemen dat zijn uitlating de wederpartij zal misleiden.⁷⁸

Een non-fraudulent misrepresentation (ook wel *innocent* misrepresentation genoemd) moet material zijn, wil de benadeelde partij in staat zijn om de overeenkomst op grond van misrepresentation te vernietigen.⁷⁹ Aan dit vereiste is voldaan als aangetoond kan worden dat het aannemelijk is dat een redelijk denkend persoon door de misrepresentation bewogen zou zijn tot het sluiten van de overeenkomst. Als dit niet kan worden aangetoond, bestaat nog de mogelijkheid om aan te tonen dat degene die zich schuldig maakte aan de misrepresentation om de een of andere reden wist dat juist *deze* wederpartij door de informatie of het ontbreken daarvan tot het sluiten van de overeenkomst zou overgaan.⁸⁰

⁷⁴ Restatement Second §161, comment a.

⁷⁵ *Creson v. Carmody*, 310 Ky. 861, 222 S.W.2d 935 (1949). 'Ignorance of a fact by one party, even though had he known the fact he would not have entered into the compromise, is not generally ground for relief, unless it can be shown that the other party had superior means of ascertaining the facts and concealed the true state of affairs'.

⁷⁶ *Curry v. Stewart*, 301 Ky. 645, 192 S.W.2d 739 (1945). 'It is everywhere accepted that as a matter of law the failure of a party to a contract of compromise and settlement to disclose every material fact of which he knows the adverse party is ignorant will afford sufficient equitable grounds for rescinding the agreement that has been consummated by means of concealment; and that it is the duty, both moral and legal, of both parties to abstain from fraud or deceit by concealing facts which fair dealing demands should be revealed. That duty is much more comprehensive where there is a fiducial relationship'; *Muhlhauser Becker*, 76 N.D. 402, 37 N.W.2d 352 (1948). 'The courts are all agreed that fraud or fraudulent misrepresentations will vitiate a compromise agreement and especially where a fiduciary relationship exists, but fraud is never presumed but must be proved by clear and satisfactory evidence'.

⁷⁷ Amerikanen spreken van *scienter*, het vereiste dat degene die een uitlating doet zich bewust is van de onwaarheid daarvan.

⁷⁸ Een voorbeeld van dit laatste doet zich voor als een partij een uitlating doet die voor twee interpretaties vatbaar is en deze partij in voldoende mate reden heeft om aan te nemen dat de wederpartij van de verkeerde interpretatie uit zal gaan (Restatement Second of Contracts §164, comment e).

⁷⁹ Als geen sprake is van een fraudulent misrepresentation én geen sprake van een material fact, kan een benadeelde alsnog zijn heil proberen te halen op basis van *breach of warranty*. Het voert te ver om hierop in te gaan.

⁸⁰ *Farnsworth* 2004, p. 244. Ratio achter het feit dat voor een non-fraudulent misrepresentation *materiality* wordt vereist, is dat iemand die een onjuiste bewering doet t.a.v. een ogenschijnlijk onbelangrijk feit geen reden heeft om aan te nemen dat deze door hem gedane bewering de andere partij ertoe zal brengen om de overeenkomst aan te

Ad 3 en 4. Een actie tot vernietiging van een overeenkomst op grond van het leerstuk misrepresentation heeft alleen succes als vertrouwen op een onjuiste material of fraudulent verklaring een partij heeft bewogen de overeenkomst aan te gaan én dit vertrouwen gerechtvaardigd was. Over het algemeen wordt, als aan de drie andere vereisten is voldaan, aangenomen dat het vertrouwen inderdaad gerechtvaardigd was.⁸¹

Voor settlement agreements gelden de vereisten voor een geslaagd beroep op misrepresentation onverkort. Sommige settlements moeten worden goedgekeurd door de rechter voordat ze afdwingbaar zijn. Dit is bijvoorbeeld het geval in zaken waarbij minderjarigen betrokken zijn of in *class actions*.⁸² Voordat een voorgestelde settlement agreement goedgekeurd kan worden, moet de rechter onderzoeken of er sprake is geweest van fraud en bekijken of de settlement eerlijk, redelijk en adequaat is voor allen die het betreft.⁸³

3.4.2.1. Misrepresentation door een derde

Wanneer maakt een misrepresentation van iemand die geen partij is bij de overeenkomst, de overeenkomst vernietigbaar? Als de misrepresentation afkomstig is van iemand die geen partij is bij de overeenkomst kan de ontvanger van de onware verklaring de overeenkomst vernietigen, tenzij zijn wederpartij te goeder trouw is, geen reden heeft om de misrepresentation te veronderstellen en bovendien een concessie heeft gedaan of op de overeenkomst heeft vertrouwd.⁸⁴

Een misrepresentation door de advocaten of andere vertegenwoordigers van een partij wordt toegerekend aan de betreffende partij.⁸⁵ Deze regels gelden ook voor duress en *undue influence*, waarover in de volgende paragrafen meer.⁸⁶

3.4.2.2. Het rechtsgevolg

Misrepresentation kan drie onderscheiden gevolgen hebben. Het eerste gevolg is nietigheid; de misrepresentation belet de totstandkoming van de overeenkomst. Dit komt heel zelden voor.⁸⁷

gaan. Vernietiging van de overeenkomst is dan dus ook alleen wenselijk als de uitlating een belangrijk feit betreft waarop de wederpartij terecht vertrouwd heeft en die haar bewogen heeft de overeenkomst te sluiten. Maar een bewust gedane onjuiste uitlating is er naar haar aard op gericht om totstandkoming van de overeenkomst te bereiken en vernietiging van de overeenkomst is dus op zijn plaats als de wederpartij er terecht op vertrouwde, ook al betreft het een onbelangrijk feit (Restatement Second, §164, comment b). Zie ook Corbin/Perillo 2002, p. 73 e.v.

⁸¹ Restatement Second of Contracts §164, comment d.

⁸² Op class actions wordt in dit onderzoek verder niet ingegaan vanwege de vele bijzonderheden die hiervoor gelden.

⁸³ Thomas v. Christopher, 169 F.R.D. 224 (1996). 'In approving a proposed settlement agreement, the district court must determine that the agreement is not the product of fraud or overreaching by, or collusion between, the negotiating parties and that the settlement, taken as a whole is fair, reasonable and adequate to all concerned'.

⁸⁴ Restatement Second of contracts §164 (2). 'If a party's manifestation of assent is induced by either a fraudulent or a material misrepresentation by one who is not a party to the transaction upon which the recipient is justified in relying, the contract is voidable by the recipient, unless the other party to the transaction in good faith and without reason to know of the misrepresentation either gives value or relies materially on the transaction'. Deze regel verhindert niet dat de benadeelde de overeenkomst eventueel op grond van *mistake* zou kunnen vernietigen (Restatement Second of contracts §164, comment e).

⁸⁵ Corbin/Perillo 2002, p. 74.

⁸⁶ Restatement Second §175 (2) en Restatement Second §177 (3).

⁸⁷ Dit doet zich slechts voor als wilsovereenstemming als gevolg van de misrepresentation ontbreekt. Een voorbeeld. A en B zijn het eens over alle bepalingen in een door hun te sluiten overeenkomst. Het enige wat nog moet gebeuren is het op schrift stellen van de overeenkomst en de ondertekening. Het contract wordt voorbereid en B

Het meest voorkomende rechtsgevolg is vernietigbaarheid.⁸⁸ Ook kan misrepresentation een grond vormen voor een rechterlijke uitspraak waarin de overeenkomst wordt aangepast.

Net als in het Nederlandse recht heeft ook in het Amerikaanse recht het verschil tussen vernietigbaarheid en nietigheid vergaande consequenties. Ten eerste kunnen nietige overeenkomsten niet worden bekrachtigd. Bovendien geldt ook in het Amerikaanse recht dat een partij niet meer rechten kan overgedragen dan zijzelf bezit.⁸⁹ Een vernietigingsactie kan zelfstandig worden ingesteld of als tegenvordering bij een vordering tot nakoming.

Een misrepresentation beweegt een partij tot het sluiten van een overeenkomst terwijl zij onder *mistake* opereert. Dit betekent dat de leerstukken misrepresentation en mistake overlappen. Over het algemeen kan gesteld worden dat een benadeelde partij die de vereisten voor vernietiging op grond van misrepresentation kan aantonen, beter een beroep kan doen op dit leerstuk dan op mistake, aangezien er voor een geslaagd beroep op (*unilateral*) mistake nog aan aanvullende vereisten moet worden voldaan.⁹⁰

3.4.3. *Duress*

Ongeoorloofde druk in het onderhandelingsproces kan zich zowel in de hoedanigheid van duress als in de hoedanigheid van undue influence voordoen. In deze paragraaf staat duress centraal.

Het uitoefenen van druk kan in de vorm van fysieke dwang of van bedreiging. Als iemand door fysieke dwang gedwongen wordt een overeenkomst te tekenen en de dwang is dusdanig dat hij nog slechts een mechanisch instrument is en geen vrije wil meer heeft, is de overeenkomst die hij zojuist heeft getekend nietig.⁹¹ Er is schijn van instemming, maar in werkelijkheid is er geen wilsovereenstemming en dus geen overeenkomst.⁹² Dit soort directe fysieke dwang is zeldzaam.⁹³

Duress in de vorm van bedreiging neemt in de juridische praktijk een belangrijker plaats in. De Restatement beschrijft deze vorm van duress als een ongeoorloofde bedreiging die de wederpartij er toe aanzet om haar instemming te geven aan een overeenkomst omdat zij geen alternatief heeft. Een overeenkomst gesloten als resultaat van deze vorm van duress is vernietigbaar, omdat de wilsovereenstemming op ongeoorloofde wijze is afgedwongen.⁹⁴

leest het door en gaat akkoord. Vervolgens vervangt A essentiële bepalingen in het contract en legt het dan aan B voor ter ondertekening. B tekent in de veronderstelling dat het nog dezelfde overeenkomst betreft. B's ogenschijnlijke instemming met de overeenkomst is geen wilsovereenstemming en de overeenkomst is nietig (Restatement Second §163, illustration 2).

⁸⁸ Calamari/Perillo 2003, p. 354; Farnsworth 1998, p. 252-253.

⁸⁹ Restatement Second §163, comment c.

⁹⁰ Restatement Second, chapter 7, topic 1, introductory note.

⁹¹ Hierbij moet gedacht worden aan het geval dat een fysiek sterkere partij de hand van haar wederpartij pakt en met behulp van haar grotere fysieke kracht bewerkstelligt, dat deze haar handtekening zet onder een overeenkomst (Restatement Second §174, illustration 1). Zie ook Fairbanks v. Snow, 145 Mass. 153 (1887). 'No doubt, if the defendant's hand had been forcibly taken and compelled to hold the pen and write her name, the signature would not have been her act, and if the signature had not been her act, for whatever reason, no contract would have been made, whether the plaintiff knew the facts or not'.

⁹² Restatement Second §174, comment a; Farnsworth 2004, p. 255.

⁹³ Restatement Second §174, comment a.

⁹⁴ Restatement Second on Contracts, chapter 7, introductory note to topic 2.

Farnsworth noemt vier vereisten waaraan voldaan moet zijn, wil een vordering gebaseerd op duress kans van slagen hebben.⁹⁵

De eerste is dat er sprake moet zijn van een bedreiging. Hieronder wordt verstaan een gemanifesteerde intentie om een ander schade of kwaad te berokkenen.⁹⁶ Een bedreiging kan afgeleid worden uit woorden of ander gedrag.⁹⁷

De tweede eis is dat de bedreiging ongeoorloofd moet zijn. Wanneer is dat het geval? De moeilijkheid die zich hier voordoet is om een legitiem aanbod te onderscheiden van een ongeoorloofd dreigement. In een harde onderhandelings situatie zullen partijen over en weer dreigen van alles niet of wel te doen om zo te bewerkstelligen dat de overeenkomst op hun voorwaarden gesloten wordt.⁹⁸ De grens is per definitie schimmig. Zelfs al is een dreigement ongeoorloofd, dan nog kan er alleen sprake zijn van een geslaagd beroep op duress als de benadeelde partij geen ander redelijk alternatief had om de gevreesde situatie af te wenden en haar niets anders te doen stond dan toegeven aan de bedreiging.⁹⁹ De vraag of er van een redelijk alternatief sprake was, dient aan de hand van de omstandigheden van het geval achteraf door de gerechten te worden beantwoord.¹⁰⁰ Ook houden rechters bij het bepalen van de geoorlooftheid van een dreigement rekening met de billijkheid van het resultaat. De rechtsmiddelen die openstaan voor een actie uit hoofde van duress zijn namelijk in de eerste plaats gericht op het ongedaan maken van een onrechtvaardige verrijking.¹⁰¹ De Restatement erkent echter dat bedreigingen bestaan die zo ernstig zijn dat zij ongeoorloofd zijn ongeacht of de overeenkomst tot een onbillijk resultaat heeft geleid. In deze gevallen weegt de bescherming van de individuele vrijheid zo zwaar dat een overweging met betrekking tot de billijkheid van de overeenkomst maatschappelijk niet meer gewenst is.¹⁰²

Ten derde moet de partij die zich op duress beroept door de ongeoorloofde bedreiging tot instemming met de overeenkomst zijn bewogen. Er moet een causaal verband zijn tussen het ongeoorloofde dreigement en de instemming van het slachtoffer met de overeenkomst.¹⁰³ Naar analogie van de regel voor misrepresentation is het feit dat het dreigement substantieel heeft bijgedragen aan de beslissing om de overeenkomst aan te gaan, voldoende om aan het vereiste van causaliteit te voldoen.¹⁰⁴

Ten slotte moet de bedreiging voldoende ernstig zijn geweest om de instemming te kunnen rechtvaardigen. Tegenwoordig wordt uitgegaan van een subjectieve standaard om te

⁹⁵ Farnsworth 2004, p. 256.

⁹⁶ Farnsworth 2004, p. 256.

⁹⁷ Bijv. uit het gebruik van geweld. Eens gebruikt geweld houdt een dreiging in van geweld dat nog kan komen als het slachtoffer niet doet wat hem gezegd wordt (Farnsworth 2004, p. 256).

⁹⁸ Farnsworth 2004, p. 256.

⁹⁹ Corbin/Perillo 2002, p. 41; Restatement Second §175, comment b. Het vereiste van een redelijk alternatief zou in ieder geval gelden bij *economic duress* (Shufford v. Integon Indemnity Corporation, 73 F.Supp.2d 1293 (1999)). 'Shufford must demonstrate three elements (...) (3) the absence of any reasonable alternative to the terms presented by the wrongdoer'.

¹⁰⁰ Farnsworth 2004, 262.

¹⁰¹ Calamari/Perillo 2003, p. 317-318.

¹⁰² Restatement Second §176 (1) sub a t/m d; Calamari/Perillo 2003, p. 318.

¹⁰³ Zie o.m. Silsbee v. Webber, 171 Mass. 378 (1898). In deze zaak was twijfel over de vraag of het dreigement wel de beweegreden was voor het aangaan van de overeenkomst.

¹⁰⁴ Restatement Second §175, comment c.

bepalen of een partij geen vrije wil meer had door de bedreiging.¹⁰⁵ Dus iemand met een zwak zenuwstelsel kan een beroep doen op duress als hij overstag ging daar waar een *person of ordinary firmness* niet gezwicht zou zijn.¹⁰⁶ Bij het bepalen of iemand door een dreigement bewogen werd de overeenkomst aan te gaan, moet dan ook gekeken worden naar alle omstandigheden van het geval.¹⁰⁷

Net als elke andere overeenkomst kan ook een compromise vernietigd worden op grond van duress.¹⁰⁸ Vanzelfsprekend moet een aantijging van duress ondersteund worden door afdoende bewijs. Slechts het informeren van een cliënte door een advocaat dat haar zaak zwak is en dat ze hoogstwaarschijnlijk van een rechter niet meer toegewezen krijgt dan wat haar bij schikking wordt aangeboden, is geen dreigement dat zo sterk is dat van duress gesproken kan worden.¹⁰⁹

3.4.4. Undue influence

Een schikking kan ook worden vernietigd als deze is gesloten onder invloed van ongeoorloofde overredingskracht.¹¹⁰ Het leerstuk van undue influence heeft zich ontwikkeld in de courts of equity.¹¹¹ Als undue influence wordt aangenomen, wordt ervan uitgegaan dat de wil van de dominante partij in de plaats is gekomen van de wil van het slachtoffer en dat deze hierdoor in strijd met zijn eigen belang heeft gehandeld.¹¹²

Het verschil tussen duress en undue influence is dat het bij het eerste leerstuk gaat om uitgeoefende druk en bij undue influence om uitgeoefende overtuigingskracht. Bij duress is de geestesgesteldheid van degene op wie de druk wordt uitgeoefend angst. Bij undue influence zal het vaak niet om angst, maar juist om euforie gaan. Een belangrijke factor bij de bepaling van de ongeoorloofdheid van de overredingskracht is dan ook het resultaat van de overeenkomst en niet zo zeer het gebrek aan instemming.¹¹³ Is de partij die druk uitoefende degene die bevoordeeld wordt, dan is dat een belangrijke aanwijzing dat de druk ongeoorloofd was.¹¹⁴

Bij undue influence is vaak sprake van misbruik van een vertrouwensrelatie of van een relatie waarin de ene partij de andere psychisch domineert.¹¹⁵ Veel gerechten stellen zich op het standpunt dat bij het bestaan van een vertrouwensrelatie omkering van de bewijslast dient plaats

¹⁰⁵ Restatement Second §175, comment c.

¹⁰⁶ In het verleden werd er een objectieve toets gehanteerd. Zie voor een 20^{ste} eeuwse toepassing van de objectieve toets: King v Lewis, 4 S.E.2d 464 (1939). 'Threats must be sufficient to overcome mind and will of person of ordinary firmness to constitute "duress".' Deze objectieve toets kan als aanwijzing gebruikt worden bij het bepalen of een bedreiging inderdaad de beweegreden was voor het aangaan van de overeenkomst (Restatement Second §175, comment c).

¹⁰⁷ 28 Williston on Contracts §71:5 (4th ed.).

¹⁰⁸ Porter v. Chicago Board of Education, 981 F.Supp. 1129 (1997). 'Duress or coercion is a ground for invalidating the terms of a settlement agreement'.

¹⁰⁹ In re Patricia Peter, 735 So.2d 665 (1998).

¹¹⁰ Vela v. Hope Lumber & Supply Co., 966 P.2d 1196. '(...) an agreement to settle a claim constitutes a contract between the parties which should not be set aside absent fraud, duress, undue influence, or mistake'.

¹¹¹ Farnsworth 2004, p. 264. Het leerstuk undue influence doet zich veel voor bij de betwisting van de geldigheid van testamenten en aktes (Madoff 1997, p. 574 e.v.).

¹¹² 28 Williston on Contracts §71:50 (4th ed.).

¹¹³ Calamari/Perillo 2003, p. 330; Corbin/Perillo 2002, p. 62.

¹¹⁴ Farnsworth 2004, p. 266.

¹¹⁵ Restatement Second of Contracts Second §177.

te vinden.¹¹⁶ De dominante partij in de vertrouwensrelatie die voordeel heeft behaald met de overeenkomst, moet bewijzen dat de ondergeschikte partij volledige kennis had van alle relevante omstandigheden, onafhankelijk advies had of had kunnen krijgen, en dat het resultaat eerlijk en billijk was en niet het gevolg van undue influence.¹¹⁷ Psychische dominantie betekent overigens niet dat er sprake moet zijn van dreigementen of misleiding, hoewel dat vaak wel voorkomt.¹¹⁸ In gevallen van psychologisch overwicht zonder aanwezigheid van een vertrouwensrelatie vindt overigens geen omkering van de bewijslast plaats.

Het is heel moeilijk om direct bewijs van undue influence te leveren; daarom is in de jurisprudentie de regel ontwikkeld dat undue influence bewezen mag worden door indirect bewijs.¹¹⁹

In de literatuur worden vier omstandigheden genoemd aan de hand waarvan wordt bepaald of er sprake is van undue influence.¹²⁰

De eerste is de ontvankelijkheid van de beïnvloede partij. Geestelijke en lichamelijke zwakte en psychische afhankelijkheid duiden op ontvankelijkheid voor beïnvloeding. Ook leeftijd zou een rol kunnen spelen.

De tweede omstandigheid die aangetoond dient te worden, is de gelegenheid om invloed uit te oefenen. Het bestaan van een vertrouwensrelatie is een zeer sterke aanwijzing voor gelegenheid tot beïnvloeding en voor veel gerechten aanleiding om de bewijslast om te keren zoals hierboven besproken.

Een derde omstandigheid is de gezindheid om invloed uit te oefenen. Dit zou bijvoorbeeld bewezen kunnen worden door aan te tonen dat degene die vermeend invloed heeft uitgeoefend, het initiatief tot de transactie nam.

¹¹⁶ Een vertrouwensrelatie *de iure* wordt vermoed aanwezig te zijn tussen: cliënt en advocaat, arts en patiënt, predikant en parochiaan, man en vrouw, ouder en kind, en broer en zus, hoewel niet alle gerechten met de laatste drie categorieën mee lijken te gaan. Dit verschilt overigens ook per staat. Zeker in situaties waarin naaste familie geërfd heeft o.g.v. een betwist testament hebben gerechten zeer veel moeite om aan te nemen dat er sprake is geweest van undue influence omdat het resultaat natuurlijk lijkt. De gerechten lossen dit op door ofwel te concluderen dat er in dit soort relaties geen sprake is van een vertrouwensrelatie (want dan is er ook geen veronderstelling van undue influence) of te argumenteren dat het resultaat natuurlijk en billijk is en de veronderstelling dus is weerlegd. De eerste redenering doet vreemd aan omdat er juist in relaties in de familiale sfeer sprake is van afhankelijkheid en vertrouwen. De weigering van gerechten om dit soort verhoudingen als vertrouwelijk te bestempelen, moet dus niet gezien worden als een ontkenning dat dit soort relaties feitelijk wel vertrouwensrelaties zijn (Madoff 1997, p. 583 e.v.). Zie voor rechtspraak o.m. Craig v. Craig, 222 Iowa 783 (1937). 'Principle reaffirmed that no presumption of fiduciary relationship arises from the fact of kinship.' Ook kan er *de facto* een vertrouwensrelatie ontstaan die niet ingedeeld kan worden in een bepaalde vastomlijnde categorie. Dit is het geval 'whenever trust and confidence are placed by one person in the integrity and fidelity of another' (Fipps v. Stidham, 174 Okla. 473 (1935)).

¹¹⁷ 28 Williston on Contracts §71:57 (4th ed.) Zie voor rechtspraak o.m. Eldridge v. May, 129 Me. 112 (1930) en Summit Bank v. Quake, 631 N.E. 2d 13 (1994).

¹¹⁸ Restatement Second of Contracts §177. Een voorbeeld van psychische dominantie is Odorizzi v. Bloomfield, 246 Cal.App. 2d 123 (1966). Een onderwijzer die was gearresteerd op verdenking van homoseksuele activiteiten was eindelijk door de politie ondervraagd en had veertig uur niet geslapen. Meteen nadat hij op borgtocht vrijkomt, krijgt hij een bezoekje van de autoriteiten van de school waaraan hij verbonden is. Zij bewegen hem ertoe ontslag te nemen. Hij stemt toe maar stapt later naar de rechter en beroept zich, met succes, op undue influence.

¹¹⁹ Zie o.m. Dobbins v. Hupp, 562 S.W. 2d 736 (1978). 'Circumstantial evidence, from which it may be inferred that fiduciary was in some way active in procuring execution of will, is permitted to show exercise of undue influence'.

¹²⁰ Corbin/Perillo 2002, p. 64 e.v.

Ten vierde zal de onnatuurlijkheid van de transactie aangetoond moeten worden. Een belangrijke aanwijzing hierbij is de consideration die gegeven is voor het ontvangen voordeel. Zoals eerder gezegd is bewijs dat de 'beïnvloeder' beter wordt van de transactie een sterke aanwijzing dat van undue influence sprake is geweest (benadelingscriterium).¹²¹

Ook bij de vraag of sprake is van undue influence wordt uitgegaan van een subjectieve test. Het criterium is wat de uitgeoefende invloed is geweest op de persoon in kwestie, niet wat de invloed voor uitwerking zou hebben gehad op een gemiddeld psychisch sterk en intelligent iemand.¹²²

3.4.5. Mistake

De Restatement definieert mistake als '*a belief that is not in accord with the facts*'.

De term mistake refereert dus aan de overtuiging in strijd met de feiten en niet aan de handeling die het gevolg is van die overtuiging.¹²³ Mistake dient onderscheiden te worden van *frustration of purpose, impracticability and impossibility*. In tegenstelling tot de hier opgesomde leerstukken waar onjuiste voorspellingen van de toekomst centraal staan, moet bij de rechtsfiguur mistake juist sprake zijn van een onjuiste overtuiging met betrekking tot de feiten zoals die op het moment van sluiting van de overeenkomst bestonden.¹²⁴

3.4.5.1. Misunderstanding

In sommige handboeken wordt onder de rechtsfiguur mistake ook *misunderstanding* gebracht, soms ook wordt misunderstanding als een aparte rechtsfiguur behandeld. Misunderstanding doet zich voor als beide partijen materieel verschillende betekenissen aan de door hen gebruikte terminologie geven zonder dit van elkaar te weten én geen van partijen blaam treft. Het gevolg hiervan is dat er geen wilsovereenstemming tot stand komt, ook al verkeerden partijen in de veronderstelling van wel, en dat de gesloten overeenkomst dus nietig is.¹²⁵

¹²¹ Dit is te verklaren door de historische ontwikkeling die het leerstuk undue influence heeft doorgemaakt. Undue influence was een actie in de courts of equity. Dit betekent dat het rechtsmiddel gericht was op vernietiging van de overeenkomst en restitutie van het ongeoorloofd verkregen voordeel.

¹²² In *Re Estate of Stephens*, 207 Minn. 597 (1940). 'The existence of "undue influence" in a particular case is to be determined by ascertaining the effect of the influence which was in fact exerted upon the mind of testatrix, considering her physical and mental condition, the person by whom it was exerted, the time and place and all of the surrounding circumstances, and not by determining the effect which such influence would have had upon the mind of an ordinarily strong and intelligent person'.

¹²³ Restatement Second of Contracts, Chapter 6, Introductory Note.

¹²⁴ Farnsworth 2004, p. 602. Soms is het onderscheid tussen een bestaand feit en een onjuiste voorspelling van een toekomstige gebeurtenis moeilijk te maken. Een voorbeeld. Een koper wil een stuk grond aantrekken om er een zwem- en tennisclub op te vestigen, een gebruik dat is toegestaan op grond van het bestaande bestemmingsplan. Maar op het moment van het sluiten van de overeenkomst is geen van beide partijen op de hoogte van het feit dat een paar dagen daarvoor de gemeenteraad juist een bericht uit heeft doen gaan waarin een hoorzitting over wijziging van het bestemmingsplan wordt aangekondigd. Als de wijziging wordt aangenomen, zal het door koper beoogde gebruik niet meer geoorloofd zijn vanaf de datum van het voormelde bericht. Een vergissing met betrekking tot een bestaand feit of een onjuiste toekomstvoorspelling? Casus afkomstig uit: *Dover Pool & Racquet Club v. Brooking*, 322 N.E.2d 168 (Mass. 1975).

¹²⁵ Restatement Second of Contracts §20; Farnsworth 1998, p. 563. Een voorbeeld. Een verkoper verscheept katoen uit Bombay op het stoomschip 'The Peerless'. Partijen zijn op het tijdstip van het sluiten van de overeenkomst niet op de hoogte van het feit dat er twee stoomschepen beide 'The Peerless' genaamd en beide met katoen aan boord in Bombay liggen. Het ene schip vertrekt veel later uit Bombay dan het andere. De verkoper had bij het sluiten van de

3.4.5.2. Mutual mistake

Mutual mistake doet zich voor als beide partijen bij een overeenkomst uitgaan van dezelfde verkeerde veronderstelling.¹²⁶ Gaan partijen uit van verschillende aannames dan gelden de regels voor unilateral mistake, waarover later meer.¹²⁷ De Restatement geeft de moderne visie op mutual mistake en spreekt, en Farnsworth neemt dit over, van drie vereisten waaraan de benadeelde partij moet voldoen voor een geslaagd beroep op mistake.¹²⁸

Ten eerste moet de mistake betrekking hebben op een basale veronderstelling die ten grondslag lag aan het sluiten van de overeenkomst.¹²⁹ Een goede methode om te controleren of aan dit vereiste is voldaan, is het nagaan of uit de feiten blijkt dat de ene partij een onverwacht en ongevraagd voordeel heeft genoten en de andere partij een onverwacht en ongevraagd verlies heeft geleden.¹³⁰

Ten tweede moet de mistake een substantieel effect hebben gehad op de overeengekomen uitwisseling van prestaties. Als de benadeelde partij slechts kan aantonen dat zij, als zij de juiste feiten had gekend, de overeenkomst niet zou hebben gesloten, is dit niet genoeg om aan dit criterium te voldoen. Aangetoond moet worden dat de te leveren prestaties ernstig uit balans zijn en het om die reden niet billijk is om de benadeelde partij aan de overeenkomst te houden. Dit zal makkelijker worden als de benadeelde partij behalve haar eigen verlies ook kan aantonen dat haar wederpartij beter wordt van de mistake.¹³¹ Als een andere oplossing dan vernietiging van de overeenkomst openstaat om het onwenselijke effect van de mistake te niet te doen, bijvoorbeeld aanpassing van de overeenkomst door de rechter,

overeenkomst het schip op het oog dat in december uit India zou vertrekken. De koper bedoelde juist 'The Peerless' die de reis in oktober zou aanvangen. De koper meldt zich bij de eerste Peerless die in Engeland aankomt en treft daarop niet zijn lading katoen aan. Vervolgens weigert hij de katoen van het tweede schip. Terecht volgens de Engelse rechters. Geen *meeting of the minds* en dus geen overeenkomst (Raffles v. Wichelhaus, 2 Hurl. & C. 906, 159 Eng.Rep. 375 (Ex.1864)).

¹²⁶ Een beroemd 19^{de} eeuws voorbeeld van een mutual mistake-case is Sherwood v. Walker, 33 N.W. 919 (Mich. 1887). Partijen sloten een overeenkomst voor de verkoop van een koe, Rose genaamd. Volgens de verkoper gingen beide partijen er tijdens de onderhandelingen over de prijs van uit dat Rose onvruchtbaar was. De prijs van een onvruchtbare koe ligt vele malen lager dan die van een vruchtbare koe. Nog voor de overdracht ontdekt de verkoper dat Rose drachtig is en weigert haar nu ze het tienvoudige van de koopprijs waard blijkt te zijn, over te dragen. Het hoogste rechtscollege in Michigan concludeerde dat de verkoper inderdaad het recht had om de overeenkomst te vernietigen o.g.v. de overweging dat 'the mistake was not of the mere quality of the animal, but went to the very nature of the thing.' De uitspraak was in overeenstemming met de stand van het recht in die tijd. Aangenomen werd toen dat voor een geslaagd beroep op mistake nodig was dat de mistake betrekking had op het onderwerp van de overeenkomst. Als het onderwerp de koe Rose was, was er niets aan de hand; geen mistake met betrekking tot het onderwerp.¹²⁶ Gingen partijen er evenwel vanuit (wat uit het arrest niet onomstotelijk bleek) dat het onderwerp van de koop een onvruchtbare koe was, dan was er wel degelijk een geslaagd beroep op mistake mogelijk, zoals de rechters in deze zaak ook vaststelden. Zie ook de *dissenting opinion* in deze zaak waarin bestreden wordt dat het ging om een '*mistake to the nature of the thing*', omdat de *dissenting judge* de conclusie dat het onderwerp van de overeenkomst een onvruchtbare koe was niet deelde. In de Verenigde Staten worden rechterlijke uitspraken niet per definitie unaniem gegeven, maar mogen rechters in het vonnis aangeven of ze het eens zijn met de uitspraak maar niet met de argumentatie (*concurring opinion*) of dat ze het niet eens zijn met de uitspraak (*dissenting opinion*).

¹²⁷ Restatement Second of contracts §152, comment h.

¹²⁸ Restatement Second of contracts §152, comment a; Farnsworth 2004, p. 605 e.v.

¹²⁹ Dit vereiste is in de plaats gekomen van de eis van een '*mistake to the subject matter*'. Zie voetnoot 126.

¹³⁰ Calamari/Perillo 2003, p. 364.

¹³¹ De eerste twee vereisten worden vaak samengetrokken (Restatement of contracts Second §152, comment c).

zal vernietiging wellicht stranden omdat de mistake nu geen wezenlijk effect meer heeft op de overeenkomst.¹³²

Ten derde dient de mistake niet voor risico van de dwalende partij te komen. De Restatement somt drie verschillende manieren op waarop de risicoverdeling tussen contractspartijen kan worden vastgesteld. Als sprake is van bewuste onzekerheid, dat wil zeggen dat er wetenschap is van onzekerheid en een bewust negeren van de toekomst, kan niet vernietigd worden wanneer achteraf blijkt dat een van de partijen de toekomst juist had geschat en de ander benadeeld achterblijft. Partijen waren zich bewust van de onzekerheid, hebben hun kansen geschat en hebben de compensatie dienovereenkomstig vastgesteld.¹³³ De risicoverdeling kan ook totstandkomen doordat de rechter op grond van de omstandigheden bepaalt voor welk van de partijen het risico van de verkeerde veronderstelling redelijkerwijze dient te komen.¹³⁴ Ook partijen zelf kunnen in hun overeenkomst al een risicoverdeling overeengekomen.¹³⁵

3.4.5.3. Unilateral mistake

Een veel gebruikte maar onjuiste generalisatie is dat vernietiging niet mogelijk zou zijn voor unilateral mistakes, dus vergissingen waarin slechts een van de partijen uitging van een verkeerde veronderstelling, tenzij de wederpartij van de vergissing op de hoogte was of goede gronden had om op de hoogte te zijn. Deze regel gaat niet meer onverkort op; er zijn in de loop der jaren te veel uitzonderingen op gemaakt die ook te zeer appelleren aan het rechtsgevoel.¹³⁶

Voor een geslaagd beroep op unilateral mistake moet voldaan zijn aan de drie eisen die ook voor mutual mistake gelden. Bovendien moet nog aan één van drie aanvullende eisen

¹³² Restatement Second §152 comment d; Farnsworth 2004, p. 608.

¹³³ Restatement §154 sub b; Corbin/Perillo 2002, p. 117. Een beroemd voorbeeld is *Wood v. Boynton*, 64 Wis. 265 (1885). Partijen sloten een koop voor een steen waarvan beiden dachten dat het een topaas was. Boynton, de juwelier, betaalde \$1,00 voor de steen. Later blijkt dat de steen een ruwe diamant is en het zevenhonderdvoudige waard. De verkoper wil vanzelfsprekend vernietiging van de overeenkomst o.g.v. mutual mistake. De verkoper had de steen al een tijd in bezit en had ook al eens rondgevraagd wat het zou kunnen zijn. Men zei hem destijds dat het waarschijnlijk een topaas was en toen hij Boynton om advies vroeg bevestigde hij dat het om een topaas zou kunnen gaan. In deze zaak deed de verkoper dus willens en wetens afstand van een voorwerp waarvan hij niet precies wist wat het was en wat de intrinsieke waarde was. Voor hem haar dus het risico dat de steen achteraf oneindig veel meer waard bleek. Deze uitspraak is vergelijkbaar met de *Kantharos van Stevensweert*, HR 19 juni 1959, *NJ* 1960/59 m.nt. HB (hoofdstuk 3, voetnoot 148).

¹³⁴ Restatement §154 sub c. Een voorbeeld van dit type zaken zijn gevallen waarin land is verkocht dat achteraf waardevolle mineralen blijkt te bevatten. De verkoper wil vernietiging op grond van mistake. Dit beroep op mistake wordt niet gehonoreerd door de Amerikaanse gerechten. Het risico wordt bij de verkoper gelegd om de voor het economische verkeer zo waardevolle finaliteit van onroerend goed transacties niet te verstoren (Restatement Second §154 comment a; Farnsworth 2004, p. 612-613).

¹³⁵ Restatement §154 sub a.

¹³⁶ Corbin/Perillo 2002, p. 223-224. De meest voorkomende vorm van unilateral mistake doet zich voor bij bouwcontracten. Het gaat om situaties waarin een (onder)aannemer een (reken)fout maakt bij de inschrijving voor een project. Ter illustratie: *Elsinore Union Elementary School District v. Kastorff*, 54 Cal.2d 380 (1960). Een aannemer maakt een fout in de berekening van zijn offerte. Zijn bod is het laagst en hij krijgt de opdracht. De volgende dag ontdekt de aannemer zijn fout en licht direct de opdrachtgever in met het verzoek om zijn bod in te mogen trekken. De opdrachtgever weigert en zendt hem veertien dagen later het contract toe ter ondertekening. De aannemer weigert om het project tegen de (mede) op de vergissing gebaseerde prijs uit te voeren. De rechter stelt hem in het gelijk omdat het ging om een in alle oprechtheid gemaakte schrijffout, en omdat hij de offerte direct introk toen hij de fout ontdekte.

voldaan zijn, namelijk: tenuitvoerlegging van de overeenkomst zou *unconscionable* zijn, de wederpartij had goede gronden om op de hoogte te zijn van de vergissing, of een fout van de wederpartij veroorzaakte de vergissing.¹³⁷

De eerste aanvullende eis, *unconscionability*, is een rechtsfiguur op zich. Unconscionability wordt aangenomen als een overeenkomst zo onbillijk is voor een van de contractspartijen dat in alle redelijkheid de overeenkomst niet ten uitvoer kan worden gelegd. Ik kom hier in par. 3.4.6 nog uitgebreid over te spreken. Als wij als voorbeeld een aanbestedingscontract nemen waarbij de aannemer zich bij het opstellen van de offerte vergist, is voor het bepalen van onredelijk bezwarendheid en dus voor een eventueel geslaagd beroep op unilateral mistake de omvang van de vergissing in vergelijking met het totale bedrag van de offerte in combinatie met het nadeel dat de aannemer lijdt als de overeenkomst ten uitvoer zou worden gelegd, van belang.¹³⁸ Zelfs al zou tenuitvoerlegging van de overeenkomst unconscionable zijn, gaat een beroep op unilateral mistake niet op indien de wederpartij heeft vertrouwd op de handelingen, uitlatingen of beloftes en haar positie zodanig heeft aangepast dat zij nadeel zou ondervinden als de overeenkomst niet zou worden uitgevoerd.¹³⁹

Ook risicoverdeling speelt een rol. Een schrijf -of rekenfout in de offerte komt niet voor risico van de partij die de fout maakt, tenzij de andere partij gerechtvaardigd heeft vertrouwd. Dit ligt anders bij zakelijke vergissingen. Een voorbeeld van een dergelijke vergissing is een inschatting van de prijsontwikkeling van een te leveren product. Dit type vergissingen komt wel degelijk voor het risico van degene die zich vergist; zij is immers degene die dit soort inschattingen het best kan maken.¹⁴⁰

Een beroep op unilateral mistake zal niet stranden op het enkele feit dat de zich vergissende partij de fout had kunnen vermijden als zij meer zorgvuldigheid had betracht. Er is natuurlijk wel een grens te trekken. Sommige fouten zijn het resultaat van zoveel slordigheid en

¹³⁷ Restatement §153. Perillo noemt twee vereisten: '(1) enforcement of the contract against the mistaken party would be oppressive or, at least, result in an unconscionably unequal exchange of values; and (2) avoidance would impose no substantial hardship on the other' (Corbin/Perillo 2002, p. 224).

¹³⁸ Het kan dus zo zijn dat een aannemer op een bedrag van \$ 100.000 een kostenpost van \$ 25.000 vergeet mee te tellen. Maar als de aannemer een winst van \$ 50.000 had verwacht te maken op de overeenkomst van \$ 100.000 is er geen sprake van unconscionability, hoewel de omvang van de vergissing zeer aanzienlijk is. Dus het vereiste van unconscionability moet onderscheiden worden van het vereiste van een materieel effect. Dit voorbeeld is afkomstig uit Boise Junior College District v. Mattefs, 92 Idaho 757 (1969).

¹³⁹ Restatement Second §153 comment d. Een voorbeeld hiervan is de uitspraak in de zaak Drennan v. Star Paving, 51 Cal. 2d 409 (1958). De casus is als volgt. Een onderaannemer dient een offerte voor een deel van een bouwproject in. Omdat zijn inzending de laagste is voor dat deel van het project baseert de hoofdaannemer (verantwoordelijk voor de uitvoering van het hele project) zich bij zijn inschrijving gedeeltelijk op deze offerte. De hoofdaannemer krijgt het project toegewezen en is gebonden het project tegen de voorgelegde som uit te voeren. Dan blijkt dat de onderaannemer een fout in de berekening heeft gemaakt waardoor zijn kosten veel hoger zijn. Hij wil vervolgens zijn bod intrekken op grond van mistake. Dit is niet toegestaan. De hoofdaannemer heeft immers zijn positie aangepast in vertrouwen op de offerte van de onderaannemer, en een toewijzing van een beroep op mistake zou de hoofdaannemer fors schaden. Het verlies dat voortvloeit uit de fout moet in dit geval gedragen worden door degene die de fout gemaakt heeft.

¹⁴⁰ Tony Down Food Co. v. United States, 530 F.2d 367 (Ct. Cl. 1976) (veranderingen in economische omstandigheden creëren geen mistakes). Zie ook People ex rel. Dept. of Pub. Works & Bldgs. v. South East Natl. Bank, 266 N.W.2d 778 (Ill. App. 1971) (waarin een simpele, oprechte vergissing werd onderscheiden van een zakelijke vergissing).

onverschilligheid dat een beroep op mistake niet langer gerechtvaardigd is. Maar duidelijke criteria worden hier in de rechtspraak niet voor gegeven.¹⁴¹

Als de wederpartij van degene die de vergissing maakt op goede grond wetenschap kon hebben van de fout, is de overeenkomst te vernietigen op grond van mistake.¹⁴² Unconscionability hoeft dan niet aangetoond te worden.¹⁴³ Over het algemeen wordt aangenomen dat ook *reliance* in dit geval aan een geslaagd beroep op mistake niet in de weg staat.¹⁴⁴ Hetzelfde geldt voor de situatie dat een fout van de wederpartij de mistake teweeg brengt.¹⁴⁵

3.4.5.4. Mistake en de settlement agreement

Als mistake niet samengaat met elementen van fraud, undue influence, of duress kan een compromise niet vernietigd worden op grond van mistake als het een verkeerde veronderstelling betreft waarvan partijen het risico op zich hebben genomen bij het aangaan van de overeenkomst. Als het risico van het bestaan van enig feit of juridisch principe of het optreden van een gebeurtenis door beide partijen bewust in overweging is genomen toen zij tot overeenstemming kwamen, en uiteindelijk blijkt dat een van de partijen zich vergist heeft en haar kansen dat zij het bij het juiste eind had heeft onderschat of juist overschat, is de settlement niet ongeldig op grond van mistake.¹⁴⁶

¹⁴¹ *Terre Haute Cooperage v. Branscome*, 203 Miss. 493 (1948). 'Equity will not give any relief from a mistake, if party could by reasonable diligence have ascertained real facts, nor where means of information are open to both parties and no confidence is reposed'. Maar echt snel wordt het niet aangenomen. In *M.F. Kemper Constr. Co. v. City of Los Angeles*, 37 Cal.2d 696 (1951) luidde het oordeel dat: 'The type of error here involved is one which will sometimes occur in the conduct of reasonable and cautious businessmen, and, under all the circumstances, we cannot say as a matter of law that it constituted a neglect of legal duty such as would bar the right to equitable relief'. Zie ook *James T. Taylor and Son v. Arlington Independent School District*, 160 Tex. 617 (1960). 'Generally, it is only when negligence of a contractor resulting in a mistake in submitting his bid amounts to such carelessness or lack of good faith in calculation which violates the positive duty of making up a bid, taking into consideration nature of transaction and position of opposite contracting party, that equitable relief will be denied contractor for his mistake'.

¹⁴² Als de wederpartij van degene die de vergissing maakt daadwerkelijk wetenschap heeft van de vergissing en toch zwijgt, komt misrepresentation in beeld (Restatement Second §153, comment e en Restatement Second §161, comment d). De regel voor non-disclosure in Restatement §161 is breder dan de regel voor unilateral mistake. Er wordt in §161 namelijk niet de eis gesteld dat de degene die zich vergist moet aantonen dat zijn vergissing een materieel effect heeft op de overeengekomen uitwisseling van prestaties. Bovendien gaat ook de risicoverdelingsregel niet op.

¹⁴³ Restatement Second §153, comment e en Restatement Second §19, comment b: 'Reason to know is to be distinguished from knowledge and from "should know".' 'A person has reason to know a fact, present or future, if he has information from which a person of ordinary intelligence would infer that the fact in question does or will exist'.

¹⁴⁴ *Reliance* komt alleen in beeld bij situaties waarin de afweging wordt gemaakt of tenuitvoerlegging van de overeenkomst onredelijk zou zijn. Met *reliance* wordt bedoeld dat een partij heeft vertrouwd op de uitspraken van haar wederpartij en als reactie al gehandeld heeft.

¹⁴⁵ Restatement Second §153, comment e; Farnsworth 2004, p. 618. Een voorbeeld van 'unilateral mistake' veroorzaakt door een fout van de wederpartij is *Centex Constr. Co. v. James*, 374 F.2d 921 (1967).

¹⁴⁶ *Grand Trunk Western Railroad Co. v. Lahiff*, 218 Wis. 457 (1935). 'It will thus be seen that while a compromise may be set aside for mistake of fact, the mistake must not relate to one of the uncertainties of which the parties were conscious and which it was the purpose of the contract to resolve and put at rest'; *Maier v. Pacific Heritage Homes, Inc.*, 72 F.Supp.2d 1184. 'Releases and settlements are "favored by the law," and are not rendered

Omdat partijen het risico van een vergissing met betrekking tot aangelegenheden die zij van plan zijn op te lossen door middel van de schikking op zich nemen, is een schikking niet gebrekking alleen maar omdat partijen onwetend waren of zich vergist hadden met betrekking tot de volledige omvang van hun rechten. Een vergissing heeft alleen juridische betekenis en kan alleen de basis vormen voor het vernietigen van een compromise als de vergissing gebaseerd is op de onbewuste onwetendheid van partijen; de verkeerde veronderstelling mag geen betrekking hebben op één van de onzekerheden waarvan partijen zich bewust waren en waarvan het de bedoeling was dat de schikking deze zou oplossen. Iemand die een compromise aangaat, terwijl hij weet dat hij onwetend is ten aanzien van een bepaald feit en toch afziet van het inwinnen van inlichtingen, vergist zich niet in de juridische betekenis van het woord; in zo'n situatie is het de bedoeling van partijen om alle gevolgen van de onzekerheid te accepteren.¹⁴⁷

Mistake kan dus de basis zijn voor vernietiging van een schikking zolang de vergissing maar niet gericht is op een kwestie waarover partijen twisten of die onzeker is en waarvan het de bedoeling is dat de schikking de zaak regelt. Een compromise kan vernietigd worden als het gaat om een wezenlijke vergissing ten aanzien van kwesties waarvan partijen geloven dat zij niet aan twijfel blootstaan. Voordat een schikking kan worden vernietigd moet aangetoond worden dat de vergissing dusdanig was dat partijen er onbewust toe werden bewogen om iets te doen wat zij niet wilden.¹⁴⁸

Een mutual mistake kan alleen de basis voor een vernietiging van een schikking vormen als de verkeerde veronderstelling wezenlijk was voor het aangaan van de overeenkomst; zonder de misvatting zou de overeenkomst er niet gekomen zijn.¹⁴⁹

Wanneer Amerikaanse rechters gevraagd wordt te oordelen over de geldigheid van een settlement, controleren zij behalve of het gaat om een wezenlijke veronderstelling, ook of sprake was van een wederzijdse of eenzijdige vergissing en of sprake is van een *mistake of fact* of een *mistake of law*. Algemeen wordt aangenomen dat een settlement vernietigd kan worden als het gaat om een wederzijdse vergissing die ziet op een voor de overeenkomst essentieel feit.¹⁵⁰

Ook een unilateral mistake kan, hoewel dit zelden voorkomt, aanleiding vormen voor de vernietiging van een settlement.¹⁵¹ Maar aan de mogelijkheid tot vernietiging op grond van unilateral mistake worden nog een aantal aanvullende eisen gesteld.¹⁵² Voor een overzicht van deze vereisten verwijs ik naar par. 3.4.5.3.

unenforceable either by "ordinary mistakes" or negligent mistakes in the parties' knowledge and understandings when they enter into them"; 15A Am. Jur. 2d Compromise and Settlement §45.

¹⁴⁷ 15A Am. Jur. 2d Compromise and Settlement §45; Fieser v. Stinnett, 212 Kan. 26 (1973).

¹⁴⁸ International Motor Rebuilding Co. v. United Motor Exchange Inc., 193 Kan. 497 (1964). 'The mistake must be such that the parties are unintentionally caused to do something they did not intend to do'.

¹⁴⁹ 15A Am. Jur. 2d Compromise and Settlement §46.

¹⁵⁰ Consolidated Rail Corporation v. Portlight, Inc., 188 F.3d 93 (1999). 'As elsewhere, Pennsylvania courts recognize mutual mistake as a valid ground for rescinding or reforming a settlement agreement. (...) Furthermore, the doctrine (of mutual mistake) will apply only where the mistake (i) relates to the basis of the bargain; (ii) materially affects the parties' performance; and (iii) is not one as to which the injured party bears the risk'.

¹⁵¹ O'Rourke, Jason Inc., 978 F.Supp. 41 (1997); Bradley v Chiron Corporation, 136 F.3d 1317 (1998). Anders: Smith Construction Co. v. Bearden Plumbing & Heating Co., 372 P.2d 229 (1962). 'When a party to a compromise and settlement seeks to impeach it because of mistake of a material fact, he must show that the mistake was mutual'.

¹⁵² Bradley v Chiron Corporation, 136 F.3d 1317 (1998). 'Rescission of a settlement agreement based on unilateral mistake, although available, requires either a showing that the mistaken party did not neglect a legal duty, or a

3.4.6. *Unconscionability*

De basis van het leerstuk unconscionability is gelegd in de courts of equity. Equity courts weigerden nakoming van overeenkomsten of bepalingen daaruit vanwege de onbillijkheid van de inhoud of het gedrag van partijen.¹⁵³ De rechtsfiguur unconscionability is dan ook sterk gerelateerd aan de eerder besproken figuren undue influence, misrepresentation, unilateral mistake en economic duress. Ook deze rechtsfiguren hebben zich in equity ontwikkeld vanuit de gedachte dat nakoming geweigerd moet kunnen worden, of vernietiging mogelijk moet zijn wanneer de overeenkomst zo onbillijk is of het gedrag van een partij zo onacceptabel is dat daaraan consequenties verbonden dienen te worden.

De rechters in de courts of law hadden veel minder vrijheid om een overeenkomst niet afdwingbaar te verklaren vanwege de onbillijkheid ervan. Heel af en toe gebeurde het wel dat een law court weigerde om nakoming van een overeenkomst te bevelen op grond van unconscionability, omdat de overeenkomst zodanig was 'such as no man in his senses and not under delusion would make on the one hand, and as no honest and fair man would accept on the other'.¹⁵⁴ Maar over het algemeen vermeden de law courts het om expliciet een theorie van unconscionability te ontwikkelen. Zij zochten hun heil vooral in het weigeren van oneerlijke overeenkomsten op grond van, met veel verbeeldingskracht gevonden, gebreken in de totstandkoming ervan, zoals de afwezigheid van consideration of wilsovereenstemming.¹⁵⁵

Als undue influence, misrepresentation, unilateral mistake of duress niet aangetoond kunnen worden, is het voor de partij die zich door de overeenkomst benadeeld voelt moeilijk om gebondenheid aan de overeenkomst te ontlopen op grond van het feit dat de overeenkomst onbillijk zou zijn. Hoofdregel is contractsvrijheid en dat uitgangspunt betekent dat partijen zelf moeten bepalen wat voor hen een geschikte overeenkomst is. Dit brengt mee dat partijen ook de verantwoordelijkheid dragen voor de behartiging van hun eigen belang. De objectieve theorie van het contractenrecht vereist niet dat partijen de juridische gevolgen van het aangaan van een overeenkomst bedoeld hebben of zelfs maar begrijpen.¹⁵⁶ Maar als de feiten flagrant in strijd zijn met de notie van billijkheid, kan gehele of gedeeltelijke nakoming van de overeenkomst geweigerd worden op basis van unconscionability. Aangezien op settlements het algemene overeenkomstenrecht van toepassing is, kan ook nakoming van schikkingen op grond van unconscionability geweigerd worden.¹⁵⁷

showing that the nonmistaken party knew of the mistake'; In re Patterdson, 93 Wn. App. 579 (1999). 'A unilateral mistake generally is not grounds for rescinding a contract unless one party is mistaken about a material fact of the contract and the other party knows or had reason to know of the mistake'.

¹⁵³ Corbin/Perillo 2002, p. 378 e.v.

¹⁵⁴ Hume v. United States, 132 U.S. 406, 10 S.Ct. 134 (1889), waarin deze uitspraak van een Engelse rechter wordt geciteerd.

¹⁵⁵ Corbin/Perillo 2002, p. 380-381. Zie ook Collins 2003, p. 272-273; Hillman 1997, p. 134-135. Inadequacy of consideration deed zich voor in Marks v. Gates, 154 F. 481 (1907). Een overeenkomst waarin was bepaald dat in ruil voor het kwijtschelden van een omstreden schuld van ongeveer \$ 11.000 in combinatie met een betaling van \$ 1.000 door een partij, deze partij een belang van 20% zou krijgen in elk (onroerend) goed dat later door zijn wederpartij in Alaska verkregen zou worden, werd door de rechter unconscionable verklaard vanwege 'gross inadequacy of consideration'.

¹⁵⁶ Farnsworth 2004, p. 287. Zie voor rechtspraak o.m. Merit Music Serv. v. Sonneborn, 225 A.2d 470, 474 (Md.1967). 'The law presumes that a person knows the contents of a document that he executes and understands at least the literal meaning of its terms'.

¹⁵⁷ Zie o.m. Akin v. Hart, Not Reported in S.W.3d, 2006 WL 955882; Kramer v. Kramer, 711 N.W.2d 164.

Zowel de Uniform Commercial Code (UCC) als de Restatement kennen een regeling van unconscionability.¹⁵⁸ De bepalingen uit de UCC zijn het oudst en via de UCC is het begrip unconscionability in het algemene verbintenissenrecht terecht gekomen.¹⁵⁹ Unconscionability is een vaag begrip en noch de UCC noch de Restatement geeft een welomlijnde definitie. In het standaardarrest *Williams v. Walker-Thomas* is door een federaal hof een omschrijving gegeven van unconscionability die in de loop der jaren nauwelijks veranderd is.¹⁶⁰ Er moet sprake zijn van ‘an absence of meaningful choice on the part of one of the parties together with contract terms which are unreasonably favorable to the other party’.¹⁶¹

Het gaat bij unconscionability om het bestrijden van twee kwaden in het overeenkomstenrecht: *oppression* en *unfair surprise*.¹⁶² Later is onderscheid gemaakt tussen *substantive* en *procedural* unconscionability.¹⁶³

3.4.6.1. Substantive unconscionability

Substantive unconscionability ziet op eenzijdige en partijdige bepalingen in een overeenkomst en de onbillijke gevolgen daarvan.¹⁶⁴ Centraal staan dus contractvoorwaarden die inhoudelijk onredelijk (bezwarend) zijn.¹⁶⁵ Het merendeel van de UCC-zaken waarin geoordeeld werd dat er sprake was van unconscionability betreft *excessive price*-zaken of *remedy meddling*-zaken.¹⁶⁶ De meest spraakmakende *excessive price*-zaken zijn die waarin de prijs van aangeschafte goederen twee of drie keer zo hoog is als de winkelwaarde.¹⁶⁷

Bij de *excessive price*-zaken wordt wel verdedigd dat behalve van een onredelijk hoge prijs ook sprake moet zijn van oneffenheden in de precontractuele fase, een aanwijzing dat er hier toch ook in meer of mindere mate *procedural unconscionability* in het spel is.¹⁶⁸ Substantive unconscionability doet zich ook voor bij contractstermen die onzedelijk of in strijd met de openbare orde zijn.¹⁶⁹

¹⁵⁸ UCC §2-302. Het opnemen van een regeling m.b.t. unconscionability in de UCC was op twee dingen gericht. Ten eerste diende het ter aanmoedigen van law courts om openlijk en expliciet overeenkomsten op basis van unconscionability buiten werking te laten, zodat alle kunstgrepen niet meer nodig zouden zijn, wat bevorderlijk zou zijn voor de rechtszekerheid, de voorspelbaarheid en het vertrouwen in het recht. Ten tweede, en daarmee nauw verband houdend, om tot een inhoudelijke samensmelting te komen van law en equity (Corbin/Perillo 2002, p. 382). De Restatement Second of Contracts §208 geeft een regeling met betrekking tot unconscionability voor overeenkomsten in het algemeen. Deze bepaling is vrijwel identiek aan die in de UCC.

¹⁵⁹ Corbin /Perillo 2002, p. 382 e.v.; Farnsworth 2004, p. 299; Hillman 1997, p. 132.

¹⁶⁰ Farnsworth 2004, p. 301.

¹⁶¹ *Williams v. Walker-Thomas*, 350 F.2d 445 (1965).

¹⁶² UCC §2-302, Official Comment.

¹⁶³ Leff 1967, p. 487.

¹⁶⁴ White & Summers 1995, p. 137.

¹⁶⁵ Ruitinga 1982, p. 112.

¹⁶⁶ Dit laatste wil zeggen ‘cases in which the creditor unduly restricted the debtors’ remedies or unduly expanded its own remedial rights’ (White & Summers 1995, p. 140).

¹⁶⁷ Dus bijvoorbeeld \$ 1.145.88 in plaats van \$ 348 voor een koel-vriescombinatie, met als bijkomende omstandigheid dat de koper vanaf de week na aankoop geen baan en dus geen inkomen meer zou hebben, wat hij verkoper ook had meegedeeld (*Frostifresh v. Reynoso*, 52 Misc. 2d 26, 274 N.Y.S.2d 757 (1966)). Of \$ 1.229.67 in plaats van \$ 350 waarbij de koper door zijn erbarmelijk financiële situatie gedwongen werd om tijdens de looptijd van de afbetalingsregeling bijstand aan te vragen (*Toker v. Westerman*, 113 N.J. Super. 452, 274 A.2d 78 (1970)).

¹⁶⁸ *Kornhauser* 1976, p. 1160. Zie ook Farnsworth 2004, p. 296 en Corbin/Perillo 2002, p. 377.

¹⁶⁹ Hillman 1997, p. 141.

3.4.6.2. Procedural unconscionability

Bij procedural unconscionability gaat het om het gedrag van partijen tijdens het onderhandelingsproces. Een van beide partijen heeft niet de mogelijkheid of de bekwaamheid om effectief te onderhandelen zonder dat deze onmogelijkheid of onbekwaamheid zo ver gaat dat sprake is van handelsonbekwaamheid in juridische zin. Of een partij maakt misbruik van het onderhandelingsproces zonder dat aan de voorwaarden voor een beroep op misrepresentation, duress, of undue influence is voldaan.¹⁷⁰

In veruit de meeste zaken waarin een geslaagd beroep op unconscionability wordt gedaan is sprake van zowel procedural als substantive unconscionability. Het komt heel zelden voor dat een beroep op substantive unconscionability slaagt zonder dat er enige aanwijzing voor procedural unconscionability is en vice versa.¹⁷¹

Procedural unconscionability zonder onbillijke uitkomst maakt de overeenkomst over het algemeen niet onverbindend; er is immers geen sprake van een geleden nadeel. Is juist sprake van een onbillijke uitkomst zonder aanwijzingen voor onregelmatigheden in de totstandkoming, dan wordt verzet tegen een vordering tot nakoming moeilijk want het leerstuk is niet ontwikkeld om partijen te vrijwaren van uitkomsten waarover zij ontevreden zijn. Ook is een overeenkomst niet per definitie onbillijk, omdat de ene partij een betere onderhandelingspositie had en daardoor de risico's voortvloeiende uit de overeenkomst bij haar wederpartij lagen. Maar bijvoorbeeld zeer grote machtsverschillen in combinatie met contractsbepalingen die erg in het nadeel zijn van de zwakkere partij, kunnen wijzen op oppression en unfair surprise.¹⁷²

3.4.6.3. Rechtsmiddelen

De beslissing of sprake is van unconscionability is onder de UCC een beslissing voor de rechter en niet voor de jury.¹⁷³ Als de rechter tot de conclusie komt dat hij te maken heeft met een geval van unconscionability, kan hij de overeenkomst in zijn geheel onverbindend verklaren, bepaalde clauses onverbindend verklaren, of kan hij de werking van bepaalde clauses beperken.¹⁷⁴

Bij unconscionability worden geen sancties toegepast. Degene die zich met succes op unconscionability beroept kan geen schadevergoeding eisen. Het gaat erom partijen in dezelfde situatie te brengen als voordat zij de overeenkomst aangingen. Dat betekent dat in geval de

¹⁷⁰ Farnsworth 2004, p. 296.

¹⁷¹ De meeste gerechten stellen zich op het punt dat voor een geslaagd beroep op unconscionability zowel procedural als substantive unconscionability vereist is. Hiebij geldt dat hoe meer er van de een sprake is, hoe minder van de ander nodig is. Zie Gillman v. Chase Manhattan Bank, 73 N.Y.2d 1, 534 N.E.2d 824, 537 N.Y.S.2d 787 (1988) 'A determination of unconscionability generally requires a showing that the contract was both procedurally and substantively unconscionable when made'; Phoenix Leasing v. Sure Broadcasting Inc., 843 F. Supp. 1379 (1994) 'Both elements must be satisfied to justify a court in refusing to enforce a contractual provision as unconscionable. A sliding scale however allows a strong showing of substantive unconscionability to compensate for a lesser showing of procedural unconscionability'. Zie ook White & Summers 1995, p. 149 e.v. en Hillman 1997, p. 142.

¹⁷² Restatement Second §208, comment d.

¹⁷³ UCC §2-302.

¹⁷⁴ UCC §2-302, Official Comment (2) and (3); Restatement Second of contracts §208, comment g. De rechter moet het leerstuk ambtshalve toepassen Zie ook Tjittes 1994, p. 225.

wederpartij van het slachtoffer al gepresteerd heeft, zij de redelijke waarde van haar prestatie terug zal krijgen.¹⁷⁵

3.5. Rechtsmiddelen bij niet-nakoming

Voor het beantwoorden van de vraag welke middelen een partij bij niet-nakoming van haar wederpartij ter beschikking heeft, is het van belang of een settlement gezien moet worden als een *executory accord* of als een *substituted contract*.¹⁷⁶ Bij een *substituted contract* is het de belofte tot prestatie die de vordering te niet doet, bij een *executory accord* is het de prestatie zelf.¹⁷⁷ Het is de bedoeling van partijen die bepaalt hoe de compromise geclassificeerd moet worden.¹⁷⁸ Afhankelijk van de omstandigheden van het geval kan de partijbedoeling of een feitelijke vraag zijn, of bepaald worden op basis van de onbetwiste feiten en dus een rechtsvraag zijn. Rechtsvragen worden beantwoord door de zittingsrechter, feitelijke vragen door een jury, mits het gaat om een zaak waarin een jury is ingesteld.¹⁷⁹

Een rechter zal eerder aannemen dat sprake is van een *executory accord* als de originele verplichting van de schuldenaar duidelijk is. Het is immers onwaarschijnlijk dat een schuldeiser met een duidelijk recht slechts een belofte zou accepteren ter voldoening van een verplichting jegens hem.¹⁸⁰ Bij een betwiste vordering of bij een bedrag waarvan de hoogte betwist wordt, de situatie bij een settlement, zal het voor de rechter meer voor de hand liggen om aan te nemen dat partijen een *substituted contract* bedoeld hebben.¹⁸¹ Dit is overigens een weerlegbare veronderstelling; settlement agreements zijn door Amerikaanse rechters ook behandeld als *executory accords*.¹⁸² Maar als een settlement is opgenomen in een *consent judgment*, waarover in par. 3.7.2 meer, en een partij komt de afspraken niet na, is het terugvallen op de originele eis niet meer mogelijk.¹⁸³

In de volgende paragraaf volgt een bespreking van de drie rechtsmiddelen die een partij die te maken heeft met niet-nakoming, ter beschikking staan.

¹⁷⁵ Restatement Second §208, comment g.

¹⁷⁶ 15A Am.Jur.2d Compromise and Settlement §48; *Akerley v. Lammi*, 217 A.2d 396 (1966). ‘Additionally it must be noted that assuming an agreement (accord, contract) was reached relative to a settlement, it becomes necessary to know whether it was an “executory accord” or a “substituted contract” because the position of the parties between the two legal postures may well differ’.

¹⁷⁷ Corbin (vol 13/interim edition), p. 152.

¹⁷⁸ *United Nations Korean Reconstruction Agency v. Glass production methods, Inc.*, 291 F.2d 168 (1961). ‘Whether the contract was an *executory accord* or a *substituted contract* is a question that turns on the intention of the parties’.

¹⁷⁹ *Golbard v. Empire State Mutual Life Ins.Co.*, 5 A.D.2d 230, 171 N.Y.S.2d 194 (1958). ‘Sometimes, of course, the matter of intention may be determined from documents exclusively, in which event the conclusion may be drawn, as a matter of law, by the court. At other times, the determination of intention will depend upon conversation, surrounding circumstances, or extrinsic proof, in addition to documentation, if any exist, in which event the issue is one of fact, for the trier of the facts, be it court or jury’.

¹⁸⁰ Restatement Second of Contracts §279, comment c.

¹⁸¹ 15A Am.Jur.2d Compromise and Settlement §58.

¹⁸² Shapiro 1964, 508.

¹⁸³ Harvard Law Review Notes 1959, p. 1318. Vonnissen kunnen niet ontbonden worden in geval van niet-nakoming.

3.5.1. Enforcement

Als een partij bij een settlement agreement zijn verplichtingen uit de overeenkomst niet nakomt, kan zijn wederpartij uitvoering van de bepalingen van de overeenkomst vorderen. Nakoming wordt algemeen als rechtsmiddel voor niet-nakoming van settlement agreements aanvaard.¹⁸⁴ Normaliter is voor overeenkomsten schadevergoeding het meest voorkomende rechtsmiddel, maar bij settlement agreements is schadevergoeding gezien de aard van de overeenkomst vaak geen adequate remedie.¹⁸⁵ De mogelijkheid tot het vorderen van nakoming bestaat zowel bij executory accords als bij substituted contracts.¹⁸⁶ Als de zaak (nog) aanhangig is, kan door middel van een *motion*¹⁸⁷ nakoming worden gevorderd.¹⁸⁸

De vordering tot nakoming kent verschillende hoedanigheden; er kan een verbod tot handelen worden geëist (injunction), er kan uitvoering van de overeengekomen prestaties worden gevorderd (specific performance) en er kan een declaratoir vonnis worden gevraagd.¹⁸⁹

Een versnelde procedure tot nakoming kan toelaatbaar zijn, maar is ongeschikt wanneer er een inhoudelijk geschil bestaat over het bestaan van de settlement.¹⁹⁰ In par. 3.7.1 wordt ingegaan op de versnelde procedures.

Maakt het voor een vordering tot nakoming uit of het gaat om een executory accord of een substituted contract? Het maakt slechts uit in de situatie dat de partij die nakoming wenst maar niet heeft gekregen, naar de rechter stapt met de originele claim en de debiteur als verweer voert dat er een niet uitgevoerde settlement ligt. Indien de schikking een executory accord is, houdt het verweer van de debiteur geen stand, maar bij een substituted contract kan de crediteur niet meer terugvallen op zijn oorspronkelijke eis.¹⁹¹

3.5.2. Rescission

Zoals in de vorige alinea is geïllustreerd, maakt het verschil tussen een substituted contract en een executory accord wel degelijk uit bij ontbinding van de schikkingsovereenkomst (*rescission*). Over het algemeen geldt dat de originele eis in geval van wanprestatie van de

¹⁸⁴ Thompson 2004, p. 523-524.

¹⁸⁵ Par. 2 van het onderhavige hoofdstuk.

¹⁸⁶ 15A Am.Jur.2d Compromise and Settlement §49; Corbin 2002 (vol 13/interim edition), p. 153 e.v.; Shapiro, 1964, p. 508; Bell-Atlantic-Washington DC v. Zaidi, 10 F. Supp.2d 575 (1997). 'Upon one party's breach of a settlement contract, the other party may obtain damages or specific performance as appropriate'. Zie ook Shipley 1956, p. 1211-1213.

¹⁸⁷ Een motion is: 'A written or oral application requesting a court to make a specified ruling or order' (Black's Law Dictionary, p. 1036).

¹⁸⁸ Zie o.m. Midwest Sports Medicine and Orthopedic Surgery, Inc. v. US, 73 F.Supp.2d 870 (1999). 'If, at the time of the claimed breach, the court case already has been dismissed, the aggrieved party may bring an independent action for breach of contract. If, however, the settlement collapses before the original suit is dismissed, the party who seeks to keep the settlement intact may file a motion for enforcement'.

¹⁸⁹ Shapiro 1964, p. 509.

¹⁹⁰ Zie o.m. Harris v. Rudin, Richman & Appel, 74 Cal.App. 4th 299 (1999) waar geoordeeld werd dat nakoming kan worden gevorderd in een versnelde procedure op grond van de (Californian) Code of Civil Procedure; Barry v. Barry, 172 F.3d 1011 (1999). 'The district court has considerable discretion in determining the procedure appropriate to a motion to compel settlement, and a hearing need be held only if there are substantial questions of fact that are not already a matter of record'.

¹⁹¹ Shapiro 1964, p. 509. Dit is echter voor mijn onderzoek geen relevant probleem, omdat ik de situatie onderzoek dat er gevorderd wordt onder de schikkingsovereenkomst. Zie voor de afbakening van het onderzoek par. 4 van het inleidende hoofdstuk.

wederpartij alleen herleeft als de schikking wordt gezien als een executory accord.¹⁹² Wanneer het gaat om een substituted contract en de debiteur komt zijn beloofde prestatie niet na, kan de crediteur de schikking niet als ontbonden behandelen. Hij kan dus ook niet terugvallen op de rechten en rechtsmiddelen die hij tot zijn beschikking had vóór het aangaan van de settlement.¹⁹³

3.5.3. Damages

Als een van de partijen de tussen hen gesloten settlement agreement niet nakomt, kan zijn wederpartij schadevergoeding vorderen.¹⁹⁴ Dit geldt zowel voor een settlement agreement die moet worden gezien als een executory accord als een settlement die gezien dient te worden als een substituted contract.¹⁹⁵

3.5.4. Het verlies van rechtsmiddelen

Zelfs wanneer een compromise gebrekkig of ongeldig is, kan het nog zijn dat de partij die ontheffing van de overeenkomst wil, geen recht heeft op een rechtsmiddel om dat te bewerkstelligen. De leerstukken *waiver*,¹⁹⁶ *estoppel*,¹⁹⁷ bekrachtiging en *adoption*¹⁹⁸ kunnen verhinderen dat de partij die de geldigheid van de schikking aanvecht, nul op rekest krijgt.¹⁹⁹ Het gedrag van een partij vormt pas een barrière voor het verkrijgen van een rechtsmiddel op het moment dat een partij de voordelen van de schikking accepteert of de schikking bekrachtigt, terwijl zij voldoende kennis heeft van de feiten aangaande het gebrek.²⁰⁰

3.6. Bewijslast

De partij die op de compromise vertrouwt, heeft normaliter de last om alle wezenlijke bepalingen van de schikkingsovereenkomst te bewijzen.²⁰¹ Dit betekent dat de partij die op de settlement vertrouwt, moet bewijzen dat een bona fide geschil ten aanzien van het onderwerp van de schikkingsovereenkomst ontbreekt.²⁰² De partij die een niet vastgelegde compromise ten uitvoer gelegd wil zien, zal moeten bewijzen dat er geen oprechte geschillen bestaan ten aan

¹⁹² 15A Am.Jur.2d Compromise and Settlement §50; Shapiro 1964, p. 509. Zie voor rechtspraak o.m. Estate of Knapp, 894 S.W. 2d 204 (1995).

¹⁹³ Shapiro 1964, p. 509-510; 29 Williston on Contracts §73:38 (4th ed.)

¹⁹⁴ 15A Am.Jur.2d Compromise and Settlement §51.

¹⁹⁵ Shapiro 1964, p. 510.

¹⁹⁶ 'The voluntary relinquishment or abandonment – express or implied – of a legal right or advantage' (Black's Law Dictionary, p. 1611).

¹⁹⁷ 'A bar that prevents one from asserting a claim or right that contradicts what one has said or done before or what has been legally established as true' (Black's Law Dictionary, p. 589).

¹⁹⁸ 'The process by which a person agrees to assume a contract previously made for that person's benefit' (Black's Law Dictionary, p. 54).

¹⁹⁹ Dit was het geval in Burnham v. Burnham, 119 Wis. 509 (1903). In deze zaak was sprake van een bekrachtiging van een settlement (vermeend totstandgekomen onder invloed van fraude) met het gevolg dat het recht om de schikking te herroepen of vernietigen, ontbrak.

²⁰⁰ Howard v. Howard, 122 Vt. 27, 163 A.2d 861 (1960). 'No act of confirmation, however formal, will be effective against the injured party until the full extent of the deception is known'.

²⁰¹ Zie o.m. Sackler v. Savin, 897 P.2d 1217 (1995). 'Sackler as the plaintiff (he wants the settlement agreement enforced) has the burden of showing that an offer and acceptance were more probable than not'.

²⁰² Murtagh v. University Computing Co., 490 F.2d 810 (1974). 'The party claiming that a settlement agreement has been created has the burden of exhibiting that a bona fide dispute existed as to the subject matter'.

zien van het bestaan van de schikking of de wezenlijke bepalingen daarvan.²⁰³ De partij die de settlement in rechte aanvecht op grond van leerstukken zoals zoals fraud, duress of mistake, heeft de bewijslast voor het aantonen van deze gebreken en moet hard maken dat het gebrek een grond is voor vernietiging.²⁰⁴

3.7. Procedurele aspecten van settlement agreements

In de volgende drie paragrafen zullen een aantal aspecten van burgerlijk procesrecht worden behandeld. Het Amerikaanse burgerlijk procesrecht verschilt nogal van het Nederlandse en met het oog op de uitgebreide behandeling van Amerikaanse rechtspraak over de mediated settlement agreement in hoofdstuk 6, wil ik hier alvast twee termen bespreken die in dat hoofdstuk veelvuldig gebruikt zullen worden. Ook zal ik een korte uiteenzetting geven van het Amerikaanse executierecht gezien het belang van dit rechtsgebied voor een onderzoek dat onder meer wil inventariseren hoe nakoming van mediated vaststellingsovereenkomsten geëffectueerd kan worden.

3.7.1. Summary procedure

Summary procedure is een mechanisme dat voorafgaand aan een behandeling ter zitting bepaalt of een zitting nodig is. Het sluitstuk van een summary procedure is een summary judgment. Bij een summary procedure vindt er geen *full-scale trial* plaats en kan er dus snel een vonnis tot nakoming worden verkregen.²⁰⁵ Maar het versneld afhandelen van de zaak mag geen doel op zich zijn. Waar het om gaat is dat er geen oprecht geschilpunt is met betrekking tot de materiële feiten en dat degene die een summary judgment vordert daar recht op heeft as a matter of law.²⁰⁶ Het is ook een manier om af te rekenen met lichtzinnige aanspraken en verweren. Omdat het een drastische manier van beëindiging van een geding is, dient er met de bevoegdheid tot het geven van een summary judgment voorzichtig en terughoudend omgesprongen te worden.²⁰⁷

²⁰³ '(...) a litigant seeking to have an agreement with an opposing litigant enforced must establish that there is no genuine dispute over either the existence of the agreement or a material term thereof. If that burden is met, the burden shifts to the opposing litigant to produce affidavits, declarations, or other evidence that demonstrates a genuine dispute of fact.' Uit: In re Patterson, 93 Wn. App. 579, 969 P.2d 1106 (1999) (distinguished by, Brinkerhoff v. Campbell, 99 Wash. App. 692, 994 P.2d 911 (2000).

²⁰⁴ Zie o.m. Garrison, v. Nichols, 908 S.W.2d 373 (1995). 'Thus the burden of showing that the agreement had become invalid is upon the parties asserting the invalidity'.

²⁰⁵ 'A party seeking to recover upon a claim, counterclaim, or cross-claim or to obtain a declaratory judgment may, at any time after the expiration of 20 days from the commencement of the action or after service of a motion for summary judgment by the adverse party, move with or without supporting affidavits for a summary judgment in the party's favor upon all or any part thereof' (Federal Rules of Civil Procedure, Rule 56 (a)). De Rules of Federal Civil Procedure dienen als model voor regels van burgerlijk procesrecht van de staten. Zie voor rechtspraak o.m. Berens v. Wilson, 246 Mont. 269.

²⁰⁶ Rule 56 (c) of the Federal Rules of Civil Procedure; Restatement of the Law Second on judgments, chapter 1, introduction (d); Dessem 1998, p. 4; Rommel v. West American Insurance Co., 158 A.2d 683 (1960). 'If the pleading and other papers left a doubt as to whether an agreement had been reached between the parties, the case was not a proper one for summary judgment. Summary judgment is appropriate only where there are no factual issues'.

²⁰⁷ Department of Corrections Employees Coalition v. Romer, App. 879 P.2d 485; Gilbert v. Sycamore Mun. Hosp., 622 N.E.2d 788; Merrick v. Southwest Elec. Co-op., App., 815 S.W.2d 118; Fernandez v. Ford Motor Co., App., 879 P.2d 101; Gardner v. Gardner, 435 S.E. 2d 324; Timm v. Dewsnap, 851 P.2d 1178; Hydro-Manufacturing, Inc. v. Kayser-Roth Corp., 640 A.2d 950; Piner v. Jensen 519 N.W.2d 337.

Het houdt partijen immers af van een volledige behandeling ter zitting, wat in het Amerikaanse systeem vaak behandeling door een jury in zal houden.²⁰⁸ Zo dient de procedure niet louter gebruikt te worden om redenen van efficiëntie en snelheid.²⁰⁹ De mogelijkheid tot het krijgen van een summary judgment bestaat dan ook alleen indien daarin bij wet in is voorzien.

De Amerikaanse summary procedure en het Nederlandse kort geding zijn, hoewel beide versnelde procedures, niet te vergelijken. Het belangrijkste verschil is dat het kort geding resulteert in een voorlopige maatregel en de summary procedure een definitieve afhandeling van het geschil betekent.²¹⁰

Een motion for summary judgment kan zowel door eiser als gedaagde ingediend worden, zowel ten aanzien van de originele eis als ten aanzien van vorderingen in reconventie. Er kan ook een gedeeltelijke summary procedure toegestaan worden. Bijvoorbeeld als partijen slechts over bepaalde feiten van mening verschillen, zoals in geval er geen dispuut is over de aansprakelijkheid maar wel over de hoogte van de schadevergoeding.²¹¹ Als nog een kans bestaat dat de partij die zich tegen de motion for summary judgment verzet de zaak kan winnen, wordt de motion afgewezen. Indien gedaagde een *affirmative defense*²¹² aanvoert in reactie op een motion for summary judgment, dient eiser aan te tonen dat de affirmative defense geen hout snijdt as a matter of law.²¹³

3.7.2. Consent judgment

Als partijen tijdens een aanhangige procedure tot een schikking komen, kan deze ten behoeve van executiedoeleinden op verzoek van partijen opgenomen worden in een *consent judgment*.²¹⁴ Een consent judgment is niet alleen een overeenkomst maar ook een judiciële handeling.²¹⁵ Het is contractueel in de zin dat partijen door het maken van specifieke afspraken een lopende procedure beëindigen. De rechter neemt de overeenkomst tussen partijen op in een vonnis waarop vervolgens de regels betreffende vonnissen en beschikkingen van toepassing zijn.²¹⁶ Een schikkingsvonnis volgend op een settlement heeft dus net als een vonnis gewezen op

²⁰⁸ 49 C.J.S. Judgments §244. Zie ook *Turrietta V. Wyche*, 54 N.M. 5, 212 P. 2d 1041 (1949).

²⁰⁹ *Hubble v. Johnson*, 841 S.W.2d 169.

²¹⁰ Zie ook Kramer over summary proceedings in het Engelse recht (Kramer 2001, p. 81).

²¹¹ 49 C.J.S. Judgments §246.

²¹² 'An affirmative defense is a defendant's assertion of facts and arguments that, if true, will defeat the plaintiff's or prosecution's claim, even if all the allegations in the complaint are true. The defendant bears the burden of proving an affirmative defense' (Black's Law Dictionary, p. 451). Een voorbeeld van een affirmative defense zijn wilsgebreken.

²¹³ 'A claimant moving for summary judgment in the face of a properly pleaded affirmative defense must also establish that the affirmative defense fails as a matter of law' (*D.E. Properties Corp. v. Food for Less, Inc.*, 859 S.W.2d 197).

²¹⁴ Ook wel genoemd: *agreed judgment*, *consent decree*, *stipulated judgment*. Het is de Amerikaanse tegenhanger van het Nederlandse schikkingsvonnis.

²¹⁵ Zie o.m. 'A consent decree is a judicial act and "possesses the same force and character as a judgment rendered following a contested trial".' Afkomstig uit: *U.S. v. Homestake Min. Co.*, 595 F.2d 421 (8th Cir. 1979). Maar zie ook o.m. *State v. Crespo*, 42 Conn. Supp. 371 (Super. Ct. 1992). 'Stipulated judgment is a contract between the parties and not an adjudication on the merits'.

²¹⁶ 'As such, a consent judgment is subject to many of the rules relating to the interpretation and enforcement of contracts as well as those governing the form, entry and effect of judgments' (*Regan v. Regan*, 246 N.J.Super. 473 (Ch. Div. 1990)).

tegenspraak, gezag van gewijsde.²¹⁷ Voordeel hiervan is dat het toekomstige procesvoering over dezelfde feiten verhindert. Een consent judgment is geen rechterlijke beoordeling van het geschil. De rechter staat alleen toe dat de afspraken van partijen kracht van vonnis hebben.²¹⁸

In tegenstelling tot niet-schikkingsvonnissen is een consent judgment in principe niet vatbaar voor hoger beroep. Er zijn echter enige uitspraken geweest waarin werd beslist dat er (zeer beperkt) ruimte was voor toetsing in hoger beroep.²¹⁹ Een grond voor aantasting van een consent judgment in hoger beroep zou de aanwezigheid van fraud of mistake kunnen zijn. Maar of hoger beroep mogelijk is, verschilt per jurisdictie. In sommige jurisdicties geldt bijvoorbeeld dat als een consent judgment vermeend totstandgekomen is onder invloed van een wilsgebrek, hoger beroep niet mogelijk is, maar dat er een motion ingediend moet worden bij de rechter die het schikkingsvonnis heeft gewezen.²²⁰ Het effect van een consent judgment kan, omdat het ook kenmerken heeft van een vonnis, slechts opzij worden gezet door het doorlopen van de procedures die beschikbaar zijn voor het aantasten van vonnissen op tegenspraak. Het bestaan van de overeenkomst verhindert niet dat de overeenkomst van de juridische gevolgen van het daaraan verbonden vonnis wordt ontdaan.²²¹ Maar aantasting van het vonniselement leidt niet noodzakelijkerwijs tot aantasting van de onderliggende overeenkomst.

Een consent judgment is slechts geldig indien de rechter bevoegd is. De rechter mag bij opname van de afspraken in een vonnis de overeenkomst niet aanpassen, uitbreiden of begrenzen.²²² In principe mag de instemming met de overeenkomst waarop het schikkingsvonnis berust op elk moment vóór het wijzen of inschrijven van het vonnis door partijen ingetrokken worden.²²³ Het gevolg hiervan is dat geen geldig schikkingsvonnis meer gewezen kan worden.²²⁴

De settlement agreement krijgt door vastlegging in een consent judgment de rechtskracht van een vonnis. Dit betekent dat in geval van niet-nakoming de crediteur de in het geding zijnde verbintenis kan afdwingen zonder dat hij daarvoor een aparte procedure hoeft te

²¹⁷ Architect Jeff Falkanger and Associates, Inc. v. Boca Developers, Inc., 813 So.2d 1056 (2002); Harvard Law Review Notes 1959, p. 1320.

²¹⁸ Zie o.m. Kentucky Utilities Co. v. Steenman, 283 Ky. 317. 'Such an agreed order is not strictly the court's judgment, for the issues have not been settled by the court. The agreement becomes a judgment in the sense that it is sanctioned by the court and allowed to go on the record as such'.

²¹⁹ 4 Am. Jur. 2d Appellate Review §175; Schopler 1960, §3.

²²⁰ Schopler 1960, §3; Harvard Law Review Notes 1959, p. 1323. 'Because the court when rendering the judgment does not ordinarily consider possible grounds of avoidance, such issues would be raised for the first time upon direct or collateral attack. For this reason, appeal as a method of attack is generally inappropriate, since, except for subject-matter jurisdiction, an appellate court will ordinarily pass only on those issues which have been considered by a lower court'.

²²¹ Harvard Law Review Notes 1959, p. 1322.

²²² Zie o.m. Hooks v. Hooks, 771 F.2d 935, 948 (6th Cir. 1985).

²²³ Zie o.m. Quintero v. Jim Walter Homes, Inc., 654 S.W.2d 442 (Tex. 1983). 'Therefore, a party has the right to revoke his consent at any time before the rendition of judgment'. Anders: Matter of Property Seized on or about Nov. 14-15, 1989, 501 N.W.2d 482. 'Consent to judgment may not be withdrawn as of right at any time prior to actual entry of judgment'.

²²⁴ Zie o.m. Overton v. Overton, 259 N.C. 31 (1963). 'The power of the court to sign a consent judgment depends upon the unqualified consent of the parties thereto, and the judgment is void if such consent does not exist at the time the court sanctions or approves the agreement of the parties and promulgates it as a judgment'.

starten.²²⁵ Nadeel van vastlegging in een vonnis is dat de afspraken openbaar worden. Dus als partijen hebben afgesproken dat zij de inhoud van de schikking geheim zullen houden, is opname in een vonnis niet geschikt. Zeker bij duurovereenkomsten en bij overeenkomsten waarbij een toekomstige prestatie van een partij wordt verlangd, kan opname in een vonnis verstandig zijn. In het geval de wederzijdse prestaties reeds verricht worden bij het sluiten van de overeenkomst, is opname in een schikkingsvonnis waarschijnlijk niet nodig.²²⁶

3.7.3. Tenuitvoerlegging

In deze paragraaf zal de tenuitvoerlegging van rechterlijke uitspraken worden geschetst. Slechts rechterlijke uitspraken kunnen in de Verenigde Staten de basis vormen voor executie.²²⁷

Rechtsmiddelen kunnen worden onderverdeeld in *legal* en *equitable remedies*. In navolging daarvan worden ook uitspraken onderverdeeld in common law judgments en equity judgments. De tenuitvoerlegging van rechterlijke beslissingen is een complex rechtsgebied. Ik geef dan ook uitdrukkelijk alleen de grote lijnen weer voorzover voor dit onderzoek relevant.

Als het gaat om tenuitvoerlegging van een common law judgment, dus als het gaat om een uitspraak waarbij een legal remedy zoals schadevergoeding is ingesteld, wordt door het gerecht waar het vonnis is gewezen een gerechtelijk bevel (*writ*) verstrekt.²²⁸ Het gerechtelijke bevel is gericht aan een *sheriff* of een andere *court official* en geeft deze de opdracht om het vonnis ten uitvoer te leggen. Dit gebeurt vervolgens meestal door uitwinning van de goederen van de schuldenaar.²²⁹ Dit proces wordt ook wel *execution* genoemd. De handelingen die de nakoming moeten bewerkstelligen, zijn gericht op de goederen en niet op de persoon van de debiteur.²³⁰

Bij de tenuitvoerlegging van equity judgments, zoals specific performance van een settlement, vindt het afdwingen van nakoming vaak plaats door middel van *contempt sanctions*.²³¹ Dit houdt in dat de partij die tot nakoming wordt veroordeeld en nog steeds weigert na te komen *contempt of the court* pleegt en daarmee de rechter de mogelijkheid geeft om haar gedrag te bestraffen.²³² De sanctie bestaat meestal uit een boete of uit gevangenneming.²³³ De rechter houdt dus vanaf het moment dat hij veroordeelt tot specific performance, toezicht op de nakoming van zijn beslissing. Dit betekent ook dat de zaak aanhangig blijft totdat volledig uitvoering is gegeven aan de uitspraak. Een van de afwegingen

²²⁵ Het weigeren van uitvoering van een consent judgment zal meestal *contempt of the court* opleveren, zie hiervoor de volgende paragraaf (Dobbs 1993, p. 136; Fiss 1984, p. 1084; 46 Am.Jur.2d Judgments §200).

²²⁶ Maloney & Clay Snell, (database updated June 2006), §11:32.

²²⁷ Het Amerikaanse recht kent dus niet het concept van authentieke akten en de Nederlandse notaris is onvergelykbaar met de Amerikaanse *notary public*. Zie ook Uniken Venema/Zwalve 2000, p. 161.

²²⁸ Een uitspraak zal gezien worden als een common law judgment indien de basis een common law rechtsmiddel is (Dobbs 1993, p. 106).

²²⁹ Dobbs 1993, p. 12-13.

²³⁰ Dobbs 1993, 12.

²³¹ Dobbs 1993, p. 13.

²³² Specific performance kan niet worden opgelegd als het een prestatie tot persoonlijk handelen betreft. De ratio hierachter is dat de schuldenaar niet tot dienstbaarheid kan worden gedwongen. Zie o.m. Zweigert & Kötz 1998, p. 482.

²³³ Dobbs 1993, p. 13-14.

die de rechter maakt bij eventuele toewijzing van een vordering voor specific performance, is dan ook of effectuering van nakoming van de uitspraak door het gerecht haalbaar zal zijn.²³⁴

²³⁴ Restatement (Second) of Contracts §366 (1981), comment a; Corbin 2002 (volume 12/interim edition), p. 316-321; Zweigert & Kötz 1998, p. 481. Zie ook par. 2 van dit hoofdstuk.

5. Samenvatting en rechtsvergelijkende conclusie

1. MEDIATION

In hoofdstuk 2 zijn definities gegeven van mediation in Nederland en de Verenigde Staten. Uit deze definities komt het eenduidige beeld naar voren van mediation als een methode van geschilbeslechting, waarbij een neutrale derde, partijen begeleidt bij hun onderhandelingen, opdat zij zo gezamenlijk tot wederzijds aanvaardbare oplossingen kunnen komen.

Ook de opbouw en de structuur van het mediationproces vertonen grote gelijkenissen. In beide landen begint mediation met een uitleg van het proces en de van toepassing zijnde regels. Partijen worden dus geïnformeerd over de procedure en het verloop. Dan volgt een fase waarin de belangen van partijen worden geïnventariseerd en de feiten worden verzameld. Vervolgens beginnen de eigenlijke onderhandelingen die volgens de Harvard-methode verlopen. Indien overeenstemming wordt bereikt, wordt deze vastgelegd in een veelal schriftelijke overeenkomst, in Nederland een vaststellingsovereenkomst genaamd en in de Verenigde Staten een settlement agreement.

Niet alleen de gehanteerde definities, de opbouw en de structuur van mediation zijn vergelijkbaar, ook wat in beide landen wordt gezien als wezenlijke kenmerken van mediation komt overeen. Mediation is gedefinieerd als een proces waarin partijen gezamenlijk een acceptabele oplossing aandragen voor hun probleem. De overeenstemming moet door gelijkwaardige en democratische participatie tot stand zijn gekomen en het proces moet berusten op zelfbeschikking door partijen. Hiermee hangt samen dat het proces vrijwillig moet zijn; partijen kunnen de mediation op elk gewenst moment beëindigen. Partijen hebben inspraak in de opzet van de mediation, maar uiteindelijk wordt het proces door de mediator gestructureerd. Deze mediator dient een neutrale en onpartijdige derde te zijn.¹ Er moet consensus bestaan tussen partijen, zowel met betrekking tot het verloop van de procedure als met betrekking tot de uitkomst. De uiteindelijke afspraken moeten op basis van alle beschikbare informatie tot stand zijn gekomen (informed consent). De procedure is vertrouwelijk en wordt met een vaststellingsovereenkomst (settlement) afgesloten die gezien het karakter van mediation als methode van geschilbeslechting, finaliteit moet hebben. Finaliteit is zowel in het belang van partijen als in het belang van de maatschappij. In Nederland begint mediation over het algemeen met het aangaan van een schriftelijke mediationovereenkomst, maar deze praktijk is in de Verenigde Staten minder wijdverbreid. Het voeren van afzonderlijke gesprekken (caucus) van de mediator met partijen is een kenmerk van mediation in zowel Nederland als in de Verenigde Staten, hoewel het niet altijd wordt toegestaan, bijvoorbeeld niet bij echtscheidingsbemiddeling onder auspiciën van de vFAS. In de opvatting van de belangrijke

¹ Mediations onder leiding van vertrouwenspersonen van één (van) partij(en) vallen buiten het bereik van dit onderzoek, zie par. 4 van hoofdstuk 1.

Nederlandse mediationaanbieders binden tussentijdse afspraken en tussentijds ingenomen standpunten partijen niet.

Op een aantal vlakken is er nog onzekerheid op het gebied van mediation. Dit doet zich voornamelijk voor bij de discussie over de rechtvaardigheid van de uitkomst van een geslaagde mediation. De centrale vraag is of rechtvaardigheid een objectief criterium dient te zijn of dat de beleving van rechtvaardigheid door partijen voldoende is (een subjectief criterium). En als de voorkeur uitgaat naar een objectieve toets, of dan het mediationproces de uitkomst legitimeert of dat aan de rechtvaardigheid van de uitkomst zelf ook eisen moeten worden gesteld. Ook de positie van de mediator lijkt, vooral in de Verenigde Staten, nog wel eens tot discussie aanleiding te geven. Het gaat dan vooral om de geoorloofde mate van aansturing van partijen door de mediator.

Deze kwestie hangt nauw samen met de te hanteren mediatorstijl. In het kader van het onderzoek onderscheid ik drie stijlen: de faciliterende, de evaluerende en de transformatieve. In Nederland gaat de voorkeur uit naar faciliterende mediation dat zich kenmerkt door een grote nadruk op de vrijwilligheid van het proces en de zelfbeschikking van partijen. De mediator die deze stijl hanteert zal zich op de achtergrond houden. Dit was ook de mediatorstijl waarvan in beginsel bij de het project 'mediation naast rechtspraak' werd uitgegaan. In evaluerende mediation heeft de mediator een meer nadrukkelijke rol. Hij is deskundig op het terrein van het geschil en zal zich ook uitspreken over zijns inziens haalbare oplossingen. De gevaren van de evaluerende stijl zijn dat de neutraliteit van de mediator in de ogen van partijen en de zelfbeschikking van partijen in het gedrang kunnen komen. Transformatieve mediation komt in Nederland weinig voor. Het belangrijkste dat over deze stijl kan worden opgemerkt is dat het geschil niet wordt gezien als een (juridisch) probleem maar als een gelegenheid voor morele groei. Over de nadrukkelijkheid van de rol van de mediator in transformatieve mediation zijn de meningen verdeeld. Overigens zullen mediators in de praktijk waarschijnlijk vaak een mix van stijlen hanteren.

Een opvallend verschil tussen de Nederlandse en de Amerikaanse mediationpraktijk is dat in Nederland mediation door de branche wordt gereguleerd. De tendens vanuit de overheid is om dit zo te houden, omdat de vrees bestaat dat overheidsregulering de ontwikkeling van mediation zou hinderen. Maar de vraag is of deze stellingname vol te houden is gezien de Europese belangstelling voor mediation. De Europese Raad en het Parlement zijn namelijk in 2004 met een concept Richtlijn gekomen die een aantal juridische aspecten van mediation adresseert en de lidstaten opdraagt ten aanzien van deze punten wetgeving in het leven te roepen. Dit zou voor Nederland betekenen dat de tot nu toe contractuele geheimhoudingsplicht in mediation wettelijk geregeld zou moeten worden, en dat nagedacht zou moeten worden over een wettelijke bepaling inzake stuiting van verjaringstermijnen voor geschillen die naar mediation gaan.² De verwachting is dat de Richtlijn in 2007 in gewijzigde vorm aangenomen zal worden.

Er zijn in Nederland verschillende organisaties actief die mediation aanbieden en regelgeving voor mediation geven. De belangrijkste zijn het NMI, het ACB en de vFAS. In de regelgeving van deze organisaties zoals model mediationovereenkomsten en

² Dit laatste punt is verder voor dit onderzoek niet van belang. Zie voor de afbakening van het onderzoek, par. 4 van hoofdstuk 1.

mediationreglementen, komen de uitgangspunten en wezenlijke kenmerken van mediation uitdrukkelijk terug.

Deze nadruk op zelfregulering vinden we niet terug in de Verenigde Staten. Daar heeft de (statelijke) overheid regulering van mediation veelal naar zich toe getrokken. Vanwege de versnippering en grote overdaad aan wetgeving op het gebied van vertrouwelijkheid is in de Verenigde Staten de Uniform Mediation Act totstandgekomen.³

In Nederland hebben de belangrijke mediationorganisaties gedragsregels in het leven geroepen om het gedrag van de mediator te reguleren. De regels van het NMI en het ACB vertonen onderling grote overeenkomsten. De vFAS regels hebben mede gezien de bijzondere positie van de advocaat-bemiddelaar een wat ander karakter. De essentie van de gedragsregels is dat de mediator zich zo dient op te stellen dat de kernelementen van mediation tot uitdrukking komen en niet met voeten worden getreden. Zo dient de mediator neutraal en onpartijdig te zijn (NMI en ACB), moet hij de mediation voortvarend doen verlopen (NMI en ACB), en heeft hij een geheimhoudingsplicht (NMI en ACB, maar deze staat niet in de gedragsregels van de vFAS, maar wel in de vFAS model bemiddelingsovereenkomst). Ook moet hij zorgen voor een evenwichtige behandeling van het geschil waarin partijen op gelijkwaardige wijze aan bod moeten komen (NMI). Het ACB bepaalt dat de mediator geen oordeel over juridische of zakelijke merites mag geven noch uitspraak mag doen over het geschil. Bovendien bepalen de gedragsregels van het NMI dat de partijen elkaar de informatie moeten verschaffen die voor een goede besluitvorming noodzakelijk is, terwijl de vFAS regels er de nadruk op leggen dat de mediator zorgt dat partijen voldoende op de hoogte zijn van de juridische aspecten van hun geschil. Als sanctie op de schending van de gedragsregels staat een tuchtrechtelijke procedure (NMI en ACB). De vFAS is niet aangesloten bij de STM, maar de vFAS gedragsregels bepalen dat de advocaat-scheidingsbemiddelaar advocaat is en blijft tijdens mediation en dat hij dus onderworpen is aan de gedragsregels en tuchtspraak voor advocaten.

Bovendien heeft de mediationbranche ook op Europees niveau gedragsregels opgesteld: de European Code of Conduct. Hierin wordt onder meer benadrukt dat de mediator onafhankelijk en onpartijdig dient te zijn en dat partijen voldoende gelegenheid moeten hebben tot participatie in het proces. Het vereiste van informed consent vinden we ook in deze gedragsregels terug. De mediator wordt opgedragen rekening te houden met machtsverschillen tussen partijen en met de rechtsregels. Als de mediator meent dat de overeenkomst in strijd met de wet is of niet afdwingbaar is, kan hij de mediation beëindigen.

In de Verenigde Staten zijn de gedragsregels deels het product van zelfregulering, maar er zijn ook ethische regels die zijn vastgelegd in de wet of in court-rules. Uit de in par. 6.2 van hoofdstuk 2 besproken ethische regels blijkt dat de nadruk ligt op controle op het proces door partijen en op het bewaken door de mediator van de zelfbeschikking van partijen. Bovendien heeft de mediator een verbod tot het gebruik van dwang en het verstrekken van

³ Deze modelwet was in december 2006 in acht staten en het District of Columbia van kracht. Hiertussen bevinden zich niet de voor het onderzoek uitgezochte staten.

bewust onware informatie. Partijen moeten vrijwillig meedoen aan het mediationproces en zij moeten op basis van informed consent akkoord gaan met een eventuele schikking.

Op basis van de gegevens uit hoofdstuk 2 kan geconcludeerd worden dat mediation in zijn hoedanigheid en gebruik als vorm van geschilbeslechting in beide landen vergelijkbaar is. Dit is niet verwonderlijk gezien het feit dat de moderne mediationmethode zoals deze in Nederland wordt toegepast, afkomstig is uit de Verenigde Staten.

2. ONTWIKKELINGEN EN ERVARINGEN MET MEDIATION

De Nederlandse overheid kreeg eind jaren negentig belangstelling voor het gebruik van mediation, onder meer om de overheidsrechters te kunnen ontlasten. Om te kunnen beoordelen of mediation een waardevolle procedure in aanvulling op het al bestaande arsenaal van geschilbeslechtingmethoden was, hebben een aantal experimenten met mediation plaatsgehad. In hoofdstuk 2 zijn de projecten omgangs- en scheidingsbemiddeling en het project 'mediation rechterlijke macht' besproken. De projecten zijn van belang voor de onderzoeksvraag omdat ze inzicht geven in het verloop van het mediationtraject. Ze geven duidelijkheid over hoe de afspraken worden nagekomen en hoe partijen de mediator en het mediationproces ervaren. Bovendien staven de resultaten het belang van het onderzoek.

Uit de resultaten van deze projecten komt het beeld naar voren dat de mediationbijeentkomsten gemiddeld tussen de 1,5 uur (scheidings- en omgangsbemiddeling) en 2,5 uur (project 'mediation rechterlijke macht') duurden. Het gemiddelde aantal contacturen lag tussen de 1,5 (scheidingsbemiddeling) en 7,3 uur (omgangsbemiddeling). Het lijkt er dus op dat mediation niet veel tijd in beslag hoeft te nemen. In de familierechtelijke projecten kwam het voeren van afzonderlijke gesprekken van de mediator met een partij (caucus) weinig voor.

Als het gaat om het nakomen van afspraken blijkt dat niet-nakoming van de vaststellingsovereenkomst geregeld voorkomt. Gemiddeld genomen over de drie projecten worden in 21% van de gevallen de afspraken in het geheel niet nagekomen. Vooral in het project omgangsbemiddeling was het percentage niet-nakoming hoog. In de familierechtelijke projecten worden de afspraken in ongeveer 9% wisselend nagekomen en in het project 'Ruimte voor mediation' worden zij in iets minder dan een kwart van de gevallen gedeeltelijk nagekomen. Deze aantallen geven aan dat niet-nakoming een aandachtspunt is in mediation. Mediation is immers alleen een snellere en goedkopere procedure dan de rechterlijke procedure als het een eindstation van het conflict is, niet als het slechts een tussenfase is van een geschil dat uiteindelijk toch voor de rechter komt.

Nauw verbonden met niet-nakoming is toetsing van de vaststellingsovereenkomst. Relevant voor de toetsing zijn de omstandigheden die zich hebben voorgedaan in de mediationprocedure en de inhoud van de vaststellingsovereenkomst. Om enig inzicht te kunnen krijgen in het totstandkomingsproces is het interessant om te zien hoe de deelnemers aan mediation, vooral de bemiddelden, het proces zelf ervoeren. De projecten met mediation kunnen dit inzicht, althans gedeeltelijk, verschaffen.

Vooral in het project scheidingsbemiddeling waren de bemiddelden behoorlijk tevreden over het verloop van het mediationproces en over de bemiddelaar. Kernwaarden van mediation, zoals actieve deelname en invloed op het proces, lijken althans gezien vanuit het gezichtspunt van partijen te zijn gerespecteerd. Partijen vonden het proces rechtvaardig en waren tevreden over de bemiddelaar, onder meer over diens onpartijdigheid. Opvallend was dat

de (machts)ongelijkheid tussen partijen leek mee te vallen en als die er al was meer verband leek te houden met emotionele ongelijkheid dan met materiële ongelijkheid.

De resultaten van het project omgangsbemiddeling zijn minder gunstig dan die van het project scheidingsbemiddeling. Bijna een kwart van de bemiddelden was ontevreden over het proces. De waardering voor de uitkomst van mediation lag nog lager, bijna 40% van de ondervraagden was daar ongelukkig over en slechts rond een derde van de ondervraagden vond de gemaakte afspraken eerlijk. Ook de tevredenheid over facetten die tot de kern van mediation behoren, zoals zelfbeschikking en invloed op het proces, was niet groot. Dit resulteert dan ook in een relatief lage waardering voor de rechtvaardigheid van het proces. Ook hier is weer opvallend dat vooral emotionele aspecten (machts)ongelijkheid veroorzaken. Slechts een krappe meerderheid was tevreden over de mediator, maar zijn onpartijdigheid werd wel door een grote meerderheid gewaardeerd. De ontevredenheid lijkt voornamelijk te liggen aan het feit dat de mediator geen resultaten kan afdwingen. Dit is inherent aan het mediationproces en het is dus moeilijk om op basis hiervan een conclusie te trekken over de beroepsuitoefening van de mediator.

Dat het project omgangsbemiddeling minder gunstige resultaten heeft, kent waarschijnlijk meerdere oorzaken. De eerste is dat de omgangsbemiddeling alleen kon plaatsvinden na doorverwijzing door de rechter, terwijl partijen in de scheidingsbemiddeling ook zelf de bemiddelaar konden inschakelen. De motivatie om aan bemiddeling deel te nemen is dus verschillend, omdat in de scheidingsbemiddeling partijen gedeeltelijk zelf het initiatief tot bemiddeling hadden genomen. Bovendien beschouwen de mensen die aan scheidingsbemiddeling deelnamen hun onderlinge relatie aan het begin van de bemiddeling als beter.⁴ Een tweede oorzaak is dat conflicten over de omgang met de kinderen voor ouders heel gevoelig liggen en dit type geschillen daarom complexer is.⁵

Het project 'mediation rechterlijke macht' had een gemengd karakter. Het betrof zowel bestuursrechtelijke als civiele kwesties (75%) en de civiele zaken waren zowel vermogensrechtelijk als familierechtelijk van aard. Uit de resultaten van dit project blijkt dat partijen meer tevreden zijn over de mediator dan over het proces. Vooral de onpartijdigheid en de zorgvuldigheid van de mediator werden gewaardeerd. Partijen waren het minst tevreden over de inhoudelijke deskundigheid van de mediator en diens daadkracht. Onduidelijk is of met daadkracht wordt bedoeld het niet kunnen afdwingen van resultaten, dit was een punt van ontevredenheid bij omgangsbemiddeling. Ten aanzien van het proces waren partijen matig tevreden over de duur en het verloop van de mediation. Ontevreden tot neutraal waren ze over de uitkomst van mediation, maar hierbij moet in aanmerking worden genomen dat tussen de geïnterviewden ook bemiddelden zaten bij wie de mediation niet tot overeenstemming had geleid.

De resultaten van het onderzoek Geschilbeslechtingdelta 2003, besproken in par. 5.3.6 van hoofdstuk 2 leveren geen betrouwbare informatie over mediation. Dit komt omdat in dat onderzoek ook andere vormen van bemiddeling dan vallend onder de gehanteerde definitie van mediation werden meegenomen.

⁴ Kamerstukken II, 2002-03, 28 600 VI, nr. 105, p. 6; Chin-A-Fat & Steketee 2001, p. 223-224.

⁵ Kamerstukken II, 2002-03, 28 600 VI, nr. 105, p. 6; Chin-A-Fat & Steketee 2001, p. 226.

Op basis van de uitslagen van deze projecten is besloten dat de gerechten in daartoe geëigende gevallen door moeten kunnen verwijzen naar mediation. Dit zal alleen op vrijwillige basis gebeuren (dus court-annexed en geen court-ordered mediation).⁶ Begin 2007 zullen alle gerechten in Nederland een mogelijkheid tot doorverwijzing bieden. Hieruit blijkt het grote vertrouwen dat de overheid kennelijk stelt in mediation als methode van geschilbeslechting.

Sinds april 2005 wordt via de doorverwijzingsvoorziening verwezen naar mediation. In september 2006 waren er 723 beëindigde mediations gemonitord. De resultaten van het gehouden tevredenheidsonderzoek van deze mediations lijken op de resultaten van het project 'mediation rechterlijke macht'. Ook hier betrof het in ongeveer driekwart van de gevallen civiele zaken. En ook hier waren partijen meer tevreden over de mediator dan over de procedure. Uit de evaluatie van de mediations die sinds april 2005 zijn doorverwezen, blijkt dat de tevredenheid met de uitkomst bij geslaagde mediations hoog is, 83% van de bemiddelden is (zeer) tevreden met de uitkomst.

3. DE VASTSTELLINGSOVEREENKOMST EN DE SETTLEMENT AGREEMENT

De Nederlandse vaststellingsovereenkomst ter beëindiging van een geschil zoals deze tot stand komt na een succesvolle mediation, vertoont grote overeenkomst met de Amerikaanse settlement agreement. Beide overeenkomsten worden gesloten om een einde te maken aan onenigheid en bij beide moet het gaan om een bona fide geschil of onzekerheid, maar is objectieve onzekerheid niet vereist. Voor allebei geldt het algemene overeenkomstenrecht en noch voor de vaststellingsovereenkomst noch voor de settlement bestaan vormvereisten.⁷ Partijen zijn gebonden aan de gemaakte afspraken. Als later blijkt dat de werkelijke rechtsverhouding van partijen anders was dan de rechtsverhouding die zij ter beëindiging van geschil overeen zijn gekomen, is dit niet meer relevant. Dit geldt zowel voor de vaststellingsovereenkomst als voor de settlement agreement. Met betrekking tot de aantastingsgronden, waarover in de volgende paragraaf meer, geldt voor zowel de vaststellingsovereenkomst als de settlement dat de aard van de overeenkomst zich verzet tegen vernietiging op grond van een dwaling ter zake van hetgeen waarover getwist werd of dat onzeker was. Dus de verkeerde veronderstelling mag geen betrekking hebben op een van de onzekerheden of twistpunten waarvan partijen zich bewust waren en waarvan het de bedoeling was dat de schikking ze zou oplossen. In beide landen kan nakoming van de afspraken vastgelegd in de vaststellingsovereenkomst of settlement agreement worden gevorderd.

Uit het bovenstaande blijkt dat de functie die de vaststellingsovereenkomst en de settlement in het rechtssysteem vervullen, vergelijkbaar is. Maar er zijn ook enkele verschillen tussen de beide rechtsfiguren. Het eerste verschil is dat de Nederlandse vaststellingsovereenkomst wettelijk is geregeld en dat de Amerikaanse settlement agreement in de rechtspraak is ontwikkeld en gedefinieerd. Bovendien geldt voor de settlement agreement dat wederzijdse concessies gedaan moeten worden waarbij de relatieve waardes van die concessies overigens

⁶ Zie voor de gehanteerde terminologie het inleidende hoofdstuk.

⁷ Althans zo lang er geen wettelijke bepaling is die een bepaalde vorm voorschrijft, zoals de Statute of Frauds of mediationwetgeving (Verenigde Staten). In Nederland schrijven de verschillende modelovereenkomsten en -reglementen en gedragsregels van de mediationaanbieders voor dat de vaststellingsovereenkomst schriftelijk en ondertekend aan moet worden gegaan (par. 5.2.5 e.v. van hoofdstuk 2).

niet van belang zijn. In de Nederlandse definitie is het doen van wederzijdse opofferingen niet vereist om van een vaststellingsovereenkomst te kunnen spreken; de opofferingen kunnen ook van één kant komen. Dit verschil is terug te voeren op het beginsel van consideration dat wezenlijk onderdeel uitmaakt van het Amerikaanse overeenkomstenrecht. Ook kent het Amerikaanse recht niet het onderscheid tussen de directe en de indirecte vaststelling. De indirecte vaststelling (bindend advies en bindende partijbeslissing) bestaat niet in het Amerikaanse recht. Juist dit onderscheid maakt de Nederlandse vaststellingsovereenkomst tot zo'n lastige rechtsfiguur. De Nederlandse constructie dat de beslissing ter beëindiging van een geschil of onzekerheid op vermogensrechtelijk gebied in strijd mag zijn met dwingend recht, vinden wij ook niet terug in het Amerikaanse recht. Maar ook naar Nederlands recht is het overigens de vraag in hoeverre art. 7:902 BW iets toevoegt. Dit is afhankelijk van de uitleg die aan art. 3:40 lid 2 BW wordt gegeven. Bij een wetshistorische uitleg van art. 3:40 lid 2 heeft art. 7:902 weinig toegevoegde waarde voor de directe vaststelling (zoals de mediated vaststellingsovereenkomst waar vaststellingsovereenkomst en beslissing samenvallen). Het artikel maakt in deze visie de rechterlijke toetsing van de beslissing niet terughoudender dan zonder art. 7:902 zou hebben bestaan. Bij een ruimere interpretatie van art. 3:40 lid 2 kan gesteld worden dat de vaststellingsovereenkomst (voorzover die samenvalt met de beslissing) ter beëindiging van een geschil of onzekerheid op vermogensrechtelijk gebied, in tegenstelling tot andere (vaststellings)overeenkomsten in strijd mag zijn met dwingend recht.

4. DE AANTASTINGSGRONDEN

Het feit dat in beide landen het algemene overeenkomstenrecht onverkort van toepassing is, heeft als gevolg dat de vaststellingsovereenkomst en de settlement agreement aantastbaar zijn op de zelfde gronden als overeenkomsten in het algemeen. Ook deze gronden voor aantasting vertonen in beide landen grote overeenkomsten. Zo is het Amerikaanse undue influence te vergelijken met misbruik van omstandigheden naar Nederlands recht.⁸ En vertonen ook het Amerikaanse duress en het Nederlandse bedreiging grote overeenkomsten. Ook de regels met betrekking tot misbruik van omstandigheden en bedreiging afkomstig van een derde zijn vergelijkbaar.

Iets lastiger wordt het om de Amerikaanse equivalent van het Nederlandse dwaling en bedrog te vinden. Bedrog valt in de Verenigde Staten onder het leerstuk misrepresentation, maar onder dit leerstuk vallen ook bepaalde Nederlandse dwalingssituaties, terwijl andere Nederlandse dwalingsvarianten geregeld worden door het leerstuk mistake. Gesteld kan worden dat fraudulent misrepresentation overeenkomt met bedrog uit art. 3:44 lid 3 BW,⁹ en dat een onopzettelijk gedane onware mededeling of een onopzettelijke verzwijging (innocent misrepresentation) overeenkomen met respectievelijk art. 6:228 lid 1 sub a en sub b. Hoewel art. 6:228 lid 1 sub b ook onder het leerstuk unilateral mistake zou kunnen vallen. Onze wederzijdse dwaling uit art. 6:228 lid 1 sub c is vergelijkbaar met het Amerikaanse mutual mistake. Het gaat bij mistake om de geestesgesteldheid van de dwalende en niet om de handelingen van de wederpartij. Dit is ook de opzet van sub c. Punt van verschil is dat

⁸ Het leerstuk van misbruik van omstandigheden uit art. 3:44 BW is ontleend aan undue influence (Parl. Gesch. Boek 3, p. 203).

⁹ Aldus ook Zwalve 2000, p. 529.

aantasting van de overeenkomst op basis van wederzijdse dwaling onder het Nederlandse recht makkelijker zal zijn dan onder het Amerikaanse recht, aangezien het naar Nederlands recht voldoende is als aangetoond wordt dat de overeenkomst zonder de dwaling niet of niet onder dezelfde voorwaarden zou zijn gesloten, terwijl het naar Amerikaans recht nodig is dat de overeengekomen prestaties door de dwaling ernstig uit balans zijn.¹⁰

Art. 6:228 BW vindt dus zijn equivalent verspreid over twee Amerikaanse leerstukken. Maar het Amerikaanse *mistake* beslaat nog een aantal situaties die niet onder het Nederlandse art. 6:228 BW vallen; *misunderstanding* en *unilateral mistake* (maar zie de opmerking hierboven). *Misunderstanding* is vergelijkbaar met oneigenlijke dwaling zoals geregeld in art. 3:33 BW. Er komt geen overeenkomst tot stand omdat de wil tot contracteren ontbreekt. *Unilateral mistake* komt naar Amerikaans recht veruit het meest voor in gevallen zoals *verschrijving* en *verspreking*, een situatie die naar Nederlands recht ook onder art. 3:33 valt. In een type geval van *unilateral mistake* dat niet geassocieerd kan worden als oneigenlijke dwaling, zou eventueel nog aansluiting kunnen worden gezocht bij art. 6:228 lid 1 sub b of sub c. Maar strikt genomen valt *unilateral mistake* niet onder sub c.¹¹ En als toch getracht wordt *unilateral mistake* onder te brengen in sub c, is de kans groot dat de vergissing op grond van lid 2 voor rekening van de dwalende zal dienen te blijven.¹²

De situaties waarin sprake is van het ontbreken van de wil tot contracteren, zoals in geval van *onbekwaamheid* (art. 3:32 BW) en *geestelijke stoornis* (art. 3:34 BW), vinden in het Amerikaanse recht een equivalent in het leerstuk *incapacity*.

Als het inhoud en strekking van de vaststellingsovereenkomst betreft, wordt de contractsvrijheid in Nederland begrensd door de openbare orde en goede zeden en het dwingend recht. Hoewel er onduidelijkheid is over de interpretatie van art. 3:40 lid 2 BW.¹³ Het Amerikaanse recht vat dit samen onder de noemer *illegality*; overeenkomsten waarvan de totstandkoming, inhoud of strekking in strijd is met het positieve recht, de *zedelijkheid* en *public policy*. Naar Nederlands recht kennen we geen beginsel van *gelijkwaardigheid* van prestaties (*iustum pretium*). Uitzondering hierop is de *laesio enormis* uit art. 3:196 lid 2 BW. Het Amerikaanse recht kent bij de totstandkoming van overeenkomsten weliswaar het vereiste van *consideration*, een belofte in ruil voor een belofte, een uitgangspunt dat in het Nederlandse recht onbekend is, maar de waarde van die beloftes doet er voor de beoordeling of er sprake is van *consideration* niet toe. Ook het Amerikaanse recht kent derhalve niet het vereiste van *gelijkwaardigheid* van prestaties. Als er een zeer groot verschil in de waarde van de overeengekomen prestaties is, is dit overigens wel relevant voor de vraag of er sprake is van de aanwezigheid van *fraud*, *duress* of *unconscionability*.

Deze laatste rechtsfiguur, *unconscionability* vertoont overeenkomst met het Nederlandse art. 6:248 lid 2; de *derogerende werking* van de *redelijkheid* en *billijkheid*. Naar Nederlands recht kunnen gedragingen en omstandigheden vóór en bij het sluiten van de

¹⁰ Zie de beschrijving van dwaling in hoofdstuk 3, par. 5.5.1 en van *mistake* in hoofdstuk 4, par. 3.4.5 e.v.

¹¹ Vgl. Chao-Duvis 1996, p. 307 e.v. die ook meent dat naar Nederlands recht beweegredenen van de dwalende waar de wederpartij niets mee te maken heeft, buiten toepassing van art. 6:228 sub c BW behoren te vallen.

¹² Toerekening van de vergissing aan de dwalende is in het Amerikaanse recht overigens ook vaak de kink in de kabel bij het toekennen van een vordering tot vernietiging op grond van *unilateral mistake*. Zie o.m. par. 3.4.1.2 van hoofdstuk 6.

¹³ Zie par. 3 van dit hoofdstuk en par. 5.1 van hoofdstuk 3.

overeenkomst aanleiding geven tot toepassing van de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid. Het enkele feit dat de overeengekomen prestaties niet gelijkwaardig zijn, is niet voldoende voor het buiten toepassing laten van een overeenkomst of een beding daarin. Toetsing van de inhoud van de overeenkomst of het beding is alleen mogelijk als de overeenkomst of het beding tot stand is gekomen onder omstandigheden die een beroep op het overeengekomene onaanvaardbaar doen zijn. Naar Amerikaans recht kan nakoming van een overeenkomst of bepalingen daaruit door de rechter geweigerd worden vanwege de onbillijkheid van de inhoud of vanwege het gedrag van partijen. In tegenstelling tot het Nederlandse recht kunnen naar Amerikaans recht toetsing van de omstandigheden en toetsing van de inhoud onafhankelijk van elkaar plaatsvinden, maar in de praktijk wordt ook hier uitgegaan van een wisselwerking tussen totstandkoming en inhoud; hoe meer er sprake is van procedural unconscionability hoe minder substantive unconscionability aangetoond hoeft te worden en vice versa.

5. PROCESRECHTELIJKE OPMERKINGEN

Het Nederlandse en het Amerikaanse procesrecht vertonen grote verschillen. De belangrijkste verschillen worden hier kort aangeduid voorzover zij van belang zijn voor een goed begrip van het volgende hoofdstuk over de mediated settlement in Californië, Florida en Texas.

Het meest in het oog springende verschil is dat de notariële akte zoals wij die uit de civil law landen kennen, zijn equivalent niet heeft in de common law. De mogelijkheid tot het verkrijgen van een executoriale titel zonder het inroepen van de overheidsrechter is in de Verenigde Staten niet mogelijk.

Naar Nederlands recht kan als het een schikking in een aanhangige zaak betreft, de vaststellingsovereenkomst worden vastgelegd in een proces-verbaal van een minnelijke schikking (art. 87 lid 3). Ook deze constructie is niet bekend in de Verenigde Staten. Schikkingen totstandgekomen in een aanhangige procedure kunnen daar eventueel worden vastgelegd in een consent judgment (schikkingsvonnis).

Ook de tenuitvoerlegging van executoriale titels in beide landen vertoont verschillen. Dit komt onder meer door het onderscheid dat in de Verenigde Staten wordt gemaakt tussen law en equity judgments en de gevolgen die dit heeft voor executiemaatregelen. Gesteld kan worden dat de tenuitvoerlegging van law judgments nog het meest overeenkomst vertoont met de Nederlandse verhaalsexecutie, gezien het feit dat de executiemaatregelen bij beide zien op uitwinning van de goederen van de schuldenaar. De tenuitvoerlegging van equity judgments sluit het beste aan bij onze indirecte executie (lijfswang en dwangsom), omdat de executiemaatregelen hier zien op de persoon van de schuldenaar.

6. De mediated settlement

1. ALGEMENE INLEIDING

Het is ironisch dat geprocedeerd wordt over de mediated settlement. Mediation tracht procedures voor de overheidsrechter immers juist terug te dringen. Volgens een Amerikaans onderzoek is het aantal procedures voor de overheidsrechter naar aanleiding van mediation in de jaren 1999-2003 met 95% toegenomen, terwijl het aantal privaatrechtelijke zaken in diezelfde periode redelijk gelijk bleef.¹ Bovendien vinden ook steeds meer geschillen naar aanleiding van mediation hun weg naar de State Supreme Courts.²

In dit hoofdstuk wordt stilgestaan bij het recht van de Amerikaanse deelstaten Californië, Florida en Texas. Aan het begin van dit hoofdstuk is het belangrijk om op te merken dat, zoals wij in hoofdstuk 4, par. 2 hebben gezien, in de Verenigde Staten onderscheid dient te worden gemaakt tussen procedures voor de federale gerechten en procedures voor de statelijke gerechten. In de procedures voor de federale gerechten gelden de Federal Rules of Civil Procedure (in laagste instantie) en de Federal Rules of Appellate Procedure (in hoger beroep).³ In procedures voor de statelijke gerechten gelden de Rules of Civil Procedure (op rechtbankniveau) en de Rules of Appellate Procedure (op hofniveau). De federale procedurele regels zullen niet behandeld worden in dit onderzoek. Dit betekent dat de problematiek inzake het afdwingen van nakoming van mediated settlements bij de federale gerechten niet aan de orde komt. Indien federale gerechten materieelrechtelijk statenrecht toepassen, worden deze uitspraken meegenomen, mits het federale gerecht is gevestigd in dezelfde staat waarvan het recht wordt toegepast. Als het dus bijvoorbeeld gaat om een diversity of citizenship case waarin het recht van Texas toegepast wordt en het gerecht is in Texas gevestigd, dan worden deze zaken behandeld.⁴ Deze afbakening is noodzakelijk omdat anders voor de procedurele aspecten

¹ Coben & Thompson 2006, p. 47 e.v. Dit onderzoek had betrekking op alle statelijke en alle federale gerechten in de gehele Verenigde Staten. Het ging om 1223 zaken waarin mediationproblemen centraal stonden, dus niet specifiek problemen met de mediated settlement agreement. Uit dit onderzoek bleek dat de Texas state courts van die 1223 zaken 145 zaken voor hun rekening namen (12%), de Californië state courts 122 (10%) en de Florida state courts waren derde met 83 zaken (bijna 7%). Ohio was vierde met 45 zaken (3.7%) en Washington vijfde met 34 zaken (2.7%). Op federaal niveau kregen de rechters in New York het meest te verwerken met 36 zaken (3%), daarna volgden de Texaanse rechters met 33 zaken (2.7%) en de Floridase met 29 (2.4%). Het aantal zaken in 2004 en 2005 waarin mediationproblemen centraal stonden, wordt geschat op meer dan vierhonderd (Coben & Thompson 2006, p. 52 e.v.). Dat zijn er voor zaken betreffende de status van de mediated settlement zo'n tweehonderd, leert een eigen onderzoek in de databanken van Westlaw.

² Coben & Thompson 2006, p. 54.

³ Fed. R. Civil. P., Rule 1 en Fed. R. Appellate P., Rule 1.

⁴ Zie over diversity of citizenship par. 2 van hoofdstuk 4. Het gaat bij de afbakening om de federale gerechten van eerste aanleg waarvan Californië en Texas er ieder vier hebben en Florida drie. Een circuit court hoort in hoger beroep federale zaken afkomstig van de gerechten van eerste aanleg uit verschillende staten. Uitspraken van de circuit courts worden alleen behandeld als ze afkomstig zijn van een federaal gerecht gevestigd in een van de drie gekozen staten. Zie ook voetnoot 4 in hoofdstuk 4.

van mediated settlements naast de drie staten nog een vierde (federaal) niveau wordt geïntroduceerd en bovendien voor de materieel rechtelijke aspecten uitgezocht zou moeten worden welke Amerikaanse federale gerechten ooit in mediationzaken het recht van een van de drie te behandelen staten heeft toegepast.

Ik ga niet in op alle specifieke wetgeving in de staten die op een of andere manier mediation behandelt of er naar verwijst. Dit betekent dat mediationwetgeving die alleen geldt voor een bepaald type geschil buiten beschouwing blijft.⁵ Voor dit onderzoek is de status van de mediated settlement agreement van belang. Vanzelfsprekend wordt de wet- en regelgeving waarin dit onderwerp centraal staat wel uitvoering behandeld.

In het inleidende hoofdstuk is opgemerkt dat vaststellingsovereenkomsten aangegaan met in privaatrechtelijke hoedanigheid handelende overheden niet in het onderzoek mee zullen worden genomen. Maar een dergelijke uitspraak kan in dit hoofdstuk toch aan bod komen als het belang van de uitspraak voor de problematiek van mediated settlements in het algemeen dit rechtvaardigt.

De terminologie die ik in dit hoofdstuk hanteer is als volgt: court-ordered is mediation die start met een verwijzing door de rechter, al dan niet op verzoek van partijen en al dan niet vrijwillig. Dit wordt in de Verenigde Staten wel geïnstitutionaliseerde mediation genoemd. Court-annexed mediation is mediation in een aanhangige zaak zonder dat de rechter partijen het mediation traject heeft ingestuurd. Private mediation is mediation in een zaak die (nog) niet aanhangig is.⁶

In dit hoofdstuk zal soms gebruik gemaakt worden van uitspraken die niet bedoeld zijn voor publicatie.⁷ Het uitgangspunt dat slechts een deel van de uitspraken van een gerecht bestemd is voor publicatie en dat alleen dat deel waarde heeft als precedent in latere vergelijkbare zaken, is de laatste jaren onder vuur komen te liggen. Een federaal hof heeft in 2000 bepaald dat het verbod om niet officieel gepubliceerde uitspraken als precedent te gebruiken, ongrondwettelijk is.⁸ In 2003 bepaalde het hoogste gerechtshof in Texas onder druk van de groeiende controverse dat in latere zaken naar ongepubliceerde uitspraken verwezen mag worden.⁹ In de literatuur over mediation in de drie behandelde staten worden de ongepubliceerde uitspraken op dezelfde wijze besproken en behandeld als de wel gepubliceerde uitspraken en in navolging daarvan zal ik ook zo handelen.

⁵ Er is veel mediationwetgeving op deelgebieden van het recht, zoals *mobile home owners* mediation. Het gaat de reikwijdte van het onderzoek te buiten om deze deelgebieden te bespreken.

⁶ Zie ook par. 4 van hoofdstuk 1.

⁷ Deze uitspraken zijn gewoon te raadplegen in de databanken LexisNexis en Westlaw, maar hebben geen officieel publicatienummer maar een nummer van registratie van de databanken. Ze zijn te herkennen aan de aanduiding WL of LEXIS in de verwijzing. Overigens kan deze aanduiding ook betekenen dat de uitspraken nog niet officieel zijn gepubliceerd, maar dat dit wel gaat gebeuren.

⁸ *Anastasoff v. U.S.*, 223 F.3d 898, op andere gronden vernietigd door *Anastasoff v. U.S.* 235 F.3d 1054.

⁹ Scott 2006, p. 328 e.v.

2. CALIFORNIË

2.1. Inleiding

Californië heeft in tegenstelling tot de nog te bespreken andere staten geen uitgebreide regelgeving op het gebied van mediation. De uitzondering hierop vormt de regelgeving met betrekking tot de vertrouwelijkheid van mediationcommunicatie. Ook kent Californië een aantal bijzondere bepalingen die zien op de afdwingbaarheid van mediated settlements op specifieke rechtsgebieden. Voor de afdwingbaarheid van mediated settlements in het algemeen geldt een regeling die niet specifiek voor mediation opgesteld is.

In 1981 voegde de wetgever §664.6 toe aan de California Code of Civil Procedure.¹⁰ §664.6 voorziet in een gestroomlijnde methode voor het verkrijgen van een vonnis op basis van een settlement agreement.¹¹ Deze section ziet niet speciaal op settlement agreements volgend op een geslaagde mediation en de section is zowel van toepassing op conflicten in de familiale sfeer als daarbuiten.¹² Voorwaarde is wel dat de settlement in kwestie voldoet aan de vereisten zoals beschreven in de section. Dit om te voorkomen dat misverstanden optreden met betrekking tot het bestaan van een settlement.¹³ Niet elke settlement agreement komt in aanmerking voor een snelle incorporatie in een vonnis op grond van §664.6. Deze section luidt als volgt:

‘If parties to pending litigation stipulate, in a writing signed by the parties outside the presence of the court or orally before the court, for settlement of the case, or part thereof, the court, upon motion, may enter judgment pursuant to the terms of the settlement. If requested by the parties, the court may retain jurisdiction over the parties to enforce the settlement until performance in full of the terms of the settlement’.¹⁴

2.2. Vereisten

Gezien het feit dat een regeling van mediated settlements in Californië ontbreekt, moet de schikking die tot stand komt na een geslaagde mediation, voldoen aan dezelfde eisen die ook voor andere schikkingen gelden. Uit hoofdstuk 4, par. 3.3 werd duidelijk dat voor de totstandkoming van settlements geen vormvereisten worden gesteld. Maar als partijen van §664.6 gebruik wensen te maken, moet wel met een aantal voorschriften rekening worden gehouden. Deze zullen in de volgende paragrafen besproken worden.

¹⁰ Cal. Code Civ. Proc. §664.6.

¹¹ Zoals in par. 3.1 van hoofdstuk 4 is gebleken, is het algemene overeenkomstenrecht onverkort van toepassing op settlements. Deze algemene regel geldt ook voor Californië. Zie o.m. Sully-Miller Contracting Co. v. Gledson/Cashman Construction, Inc., 103 Cal.App.4th 30, 126 Cal.Rptr.2d 400 (Cal.App. 2 Dist., 2002). ‘A settlement agreement is a contract, and the legal principles which apply to contracts generally apply to settlement contracts’.

¹² Het § symbool wordt als synoniem gebruikt voor ‘section’ in overeenstemming met het gebruik in de Verenigde Staten.

¹³ Levy v. Superior Court 10 Cal. 4th 578 (1995).

¹⁴ Cal. Code Civ. Proc. §664.6.

2.2.1. *Aanhangige zaken*

Een eerste vereiste voor de toepasselijkheid van §664.6 is dat het moet gaan om een schikking in een aanhangige zaak. Dit betekent dat als partijen een conflict hebben maar nog geen rechterlijke procedure hebben geïnitieerd en vervolgens tot een schikking komen, nakoming niet op grond van §664.6 kan worden afgedwongen.¹⁵ Ook wanneer partijen tijdens een eerdere procedure tot een schikking zijn gekomen waarbij de rechtszaak werd afgesloten, kan nakoming niet in een latere procedure op basis van §664.6 worden gevorderd. Het ontbreekt de rechter in de tweede procedure aan jurisdictie om over kwesties uit een eerdere afgesloten zaak te oordelen.¹⁶ Pas wanneer een speciale motion ingediend en ingewilligd zou worden waarin de afsluiting van de eerdere rechtszaak opgeheven wordt, zou de rechter weer bevoegd zijn om over de eerste zaak, en dus ook over de daarin gesloten settlement agreement, te oordelen. Als partijen door middel van een schikking slechts een gedeelte van hun aanhangige zaak afsluiten en vervolgens een geschil krijgen over de uitvoering van de settlement, heeft de rechter wel bevoegdheid om hierover een oordeel te vellen aangezien in deze situatie de zaak nog steeds voor de rechter ligt.¹⁷

Totstandkoming van een schikking betekent overigens niet dat de zaak automatisch niet meer aanhangig is. Slechts indien partijen in de schikking overeenkomen dat de rechtszaak afgesloten wordt en dit ook daadwerkelijk gebeurt, verliest de rechter bevoegdheid om op basis van §664.6 de settlement op te nemen in zijn vonnis.

Partijen die participeren in een mediation die plaats heeft voordat een zaak aanhangig wordt gemaakt bij de overheidsrechter, hebben niet de mogelijkheid om de mediator als tijdelijke rechter te laten benoemen.¹⁸ Dit zouden partijen kunnen ambiëren om de mogelijkheid te creëren om met behulp van de mediator de totstandgekomen schikking in geval van niet-nakoming van een van de partijen af te dwingen op grond van section 664.6.¹⁹ In *Housing Group v. United National Insurance* hadden partijen de rechter in eerste aanleg gevraagd om jurisdictie te nemen over hun schikkingsonderhandelingen en mediation, en om vervolgens die bevoegdheid om kennis te nemen van de zaak over te dragen aan de mediator, zodat aan het vereiste van §664.6 dat het moet gaan om een aanhangige zaak, was voldaan. In dit verzoek van partijen werd de inhoud van het conflict en het bedrag dat ermee gemoeid was, niet bekend gemaakt. Noch was er enige referentie aan al tussen partijen aanhangige zaken. De rechter in eerste aanleg willigde het verzoek in en partijen kwamen tot een schikking onder supervisie van de mediator. Vervolgens ontstond een conflict en een van partijen vorderde nakoming van de schikking op basis van §664.6. Het hof kwam aan een inhoudelijke beoordeling van de gronden van het appel niet toe. Het gerecht oordeelde dat de rechter in

¹⁵ Kirby v. Southern California Edison Company, 78 Cal. App. 4th 840 (2000).

¹⁶ Viejo Bancorp, Inc v. Wood, 217 Cal. App. 3d 200 (1989). 'A motion under Code Civ. Proc., §664.6 (entry of judgment pursuant to terms of settlement), cannot be made in a separate action to enter judgment pursuant to the terms of a settlement in a prior action. Thus in an action by a bank against a former chief executive officer of the bank in which it was alleged the officer was breaching a settlement agreement reached between the parties in a prior action, the trial court erred in entering a judgment ordering that the agreement be enforced. The prior action was no longer pending, but had been voluntarily dismissed by the parties on execution of the agreement'.

¹⁷ Casa de Valley View Owner's Association, Inc. v. Stevenson, 167 Cal. App. 3d 1182 (1985).

¹⁸ In Californië bestaat het fenomeen van een *judge pro tempore*. Dit betekent dat met goedkeuring van de president van een gerecht iemand tijdelijk tot rechter kan worden benoemd.

¹⁹ Housing Group v. United National Insurance Company, 90 Cal App. 4th 1106 (2001).

eerste aanleg geen jurisdictie had gehad om de mediator als tijdelijke rechter te benoemen. Immers, partijen hadden de rechter in eerste aanleg geen te berechten conflict voorgelegd en deze had dus geen aanknopingspunt om zijn bevoegdheid op te baseren.

Het is duidelijk dat partijen in deze mediation in een niet-aanhangige zaak trachtten om aanspraak te maken op het voordeel dat mediation in een al aanhangige zaak met zich meebrengt, namelijk het afdwingen van een mediated settlement agreement door middel van een versnelde procedure. De appelrechter had wel begrip voor de handelwijze van partijen maar zag in de gevolgde procedure een onacceptabele mogelijkheid voor misbruik.²⁰ De appelrechter merkte ook op dat zelfs indien de rechter in eerste aanleg wel degelijk jurisdictie over de zaak had gehad, het nog maar helemaal de vraag is of de mediator wel onder de definitie van 'before the court' valt, zoals vereist voor toepasselijkheid van §664.6. Ik kom hier later op terug.

Het argument dat er geen logische reden is om schikkingen aangegaan voordat een procedure aanhangig is gemaakt anders te behandelen dan schikkingen in aanhangige zaken, is uitdrukkelijk afgewezen. De vereisten waaraan moet zijn voldaan voordat een beroep op §664.6 mogelijk is, zijn bedoeld om te voorkomen dat misverstanden optreden. De wetgever heeft kennelijk aangenomen dat settlement agreements aangegaan terwijl de zaak aanhangig was en partijen dus bijgestaan werden door een advocaat minder vaak in misverstanden en conflicten zullen ontaarden dan schikkingen aangegaan in niet-aanhangige zaken.²¹

Wanneer precies voldaan is aan het vereiste dat het om een aanhangige zaak moet gaan, was punt van discussie in een familierechtelijke zaak.²² In deze opmerkelijke zaak oordeelde het hof dat bepaalde familierechtelijke zaken, onder andere inzake alimentatie,²³ aanhangig blijven ook nadat de scheiding is uitgesproken en in een vonnis is vastgelegd.²⁴ De rechter droeg een tweetal argumenten aan om te onderbouwen dat in dit geval niet alleen naar de letterlijke tekst (sprekend van *pending litigation*) van de wet moest worden gekeken.

Het eerste argument is dat in het echtscheidingsvonnis, de basis van de verplichting tot het betalen van alimentatie voor de kinderen, was opgenomen dat de rechtbank die de scheiding uit had gesproken voortgaande bevoegdheid had om uitvoering van de bepalingen van het vonnis te bewerkstelligen. Het vonnis vermeldde ook dat hiervoor geen aparte procedure opgestart hoefde te worden.

Het tweede argument luidde dat het gebruik van section 664.6 in samenwerking met de Family Code de verwezenlijking van een van de voornaamste doelen van het familierecht dichterbij zou brengen, namelijk een simpele en snelle oplossing van conflicten voortspruitend uit een echtscheiding.

²⁰ 'If parties could obtain the imprimatur of a court judgment upon disputes that were never disclosed to the court, many safeguard inherent in the public court system (such as protections for absent third parties, or the refusal of courts to enforce illegal contracts) would be lost'. *Housing Group v. United National Insurance Company*, 90 Cal App. 4th 1106 (2001).

²¹ *Kirby v. Southern California Edison Company*, 78 Cal. App. 4th 840 (2000).

²² *In re the marriage of Armato*, 88 Cal. App. 4th 1030 (2001).

²³ Deze zaak betrof een alimentatieprocedure. Na het uitspreken van de scheiding werd door partijen een hoger bedrag aan alimentatie vastgelegd dan bepaald was in het scheidingsvonnis. De echtgenoot voldeed niet aan de nieuwe betalingsverplichting en de vrouw wilde de schikking afdwingen op basis van §664.6.

²⁴ Dit schijnt wel vaker voor te komen in familierechtelijke zaken, zie *Brown & MacDonald* 2003, p. 24.

2.2.1.1. Schriftelijk en ondertekend

Als vastgesteld is dat het een aanhangige zaak betreft en partijen gaan de schikking schriftelijk aan dan dient de schikking ondertekend te worden door alle partijen bij de settlement.²⁵ Ondertekening door de procesvertegenwoordigers alleen is niet voldoende. Het vereiste van rechtstreekse participatie van partijen is bedoeld om te waarborgen dat de schikking het resultaat is van reflectie en bewuste instemming. Door partijen te wijzen op de ernst en de onomkeerbaarheid van de beslissing om te schikken worden ze beschermd tegen overhaaste en argeloos aangegane schikkingen. Bovendien, is de gedachte, minimaliseert directe participatie de mogelijkheid van tegenstrijdige interpretatie van de settlement.²⁶

2.2.1.2. Mondelinge mededeling

In het geval van een mondeling voor de rechtbank gedane mededeling dat partijen een settlement agreement hebben gesloten, geldt hetzelfde als wanneer dit schriftelijk gebeurt; er moet directe participatie van alle partijen bij de schikking zijn. Niet voldoende is dat de procesvertegenwoordigers mondeling voor de rechter verklaren dat er een schikking ligt. De partijen bij het conflict dienen persoonlijk aan de rechter mee te delen dat zij akkoord gaan met de bepalingen van de settlement agreement. Overleg tussen advocaat en cliënt tijdens de onderhandelingen voorafgaand aan de schikking vormt geen directe participatie.²⁷ Het gaat bij de mondelinge mededeling dus om een bevestiging van het feit dat een settlement agreement tot stand is gekomen en om een weergave van de inhoud daarvan.

Een mondelinge mededeling van partijen dat zij tot een schikking zijn gekomen, gedaan tijdens een vrijwillige mediatie waarbij de mediator geen scheidsrechterlijke bevoegdheid had om een bindende uitspraak te doen in het conflict, voldoet niet aan de eis van een *'oral stipulation before a court'* of te wel een *'judicially supervised proceeding'*.²⁸ Gevolg is dat het afdwingen van zo'n schikking via de versnelde procedure van section 664.6 niet mogelijk is.²⁹

In de hiervoor beschreven situatie is het duidelijk dat niet voldaan wordt aan het vereiste dat een mondelinge schikking aangegaan dient te worden onder scheidsrechterlijke supervisie. Er zijn echter ook meer ambigue situaties denkbaar en de vraag is hoe strikt het

²⁵ Als de overeenkomst niet schriftelijk en ondertekend wordt aangegaan, is de versnelde procedure van §664.6 geen optie. Zie *Simmons v. Ghaderi*, 49 Cal.Rptr.3d 342, 347 (2006).

²⁶ 'Thus in providing an enforcement mechanism for settlement by "parties" under §664.6, the Legislature intended the term to literally mean the litigants personally, this conclusion is supported by the statute's legislative history'. Uit *Levy v. Superior Court*, 10 Cal. 4th 578 (1995). De uitspraak van de hoogste Californische rechter in *Levy* is in latere uitspraken van lagere rechters gefinetuned. Zie hiervoor *Burckhard v. Del Monte Corp.*, 48 Cal.App.4th 1912, 56 Cal.Rptr.2d 569 (Cal.App. 1 Dist., 1996); *Harris v. Rudin, Richman & Appel*, 74 Cal. App. 4th 299 (1999); *Williams v. Saunders*, 55 Cal. App. 4th 1158 (1997) en *Gauss v. GAF Corp.*, 103 Cal. App. 4th 1110 (2002). Uit beleidsoverwegingen is in 1998 §664.7 in het leven geroepen dat de strenge eisen van §664.6 m.b.t. ondertekening verzacht in *construction defect actions*, d.w.z. claims van een particulier jegens bijv. een aannemer voor schadevergoeding voor constructiefouten bij de bouw van een woonhuis.

²⁷ *Johnson v. department of correction*, 38 Cal. App. 4th 1700, citerend uit *Levy v. Superior Court*, 10 Cal. 4th 578 (1995).

²⁸ *Fresno v. Maroot*, 189 Cal. App. 3d 755 (1987). 'Unless the agreement is judicially supervised or in writing and signed by the parties, the intent of the parties when they verbalized the settlement is vulnerable to conflicting interpretations and the summary procedure authorized by section 664.6 should not be available'.

²⁹ *Murphy v. Padilla*, 42 Cal App. 4th 707 (1996).

vereiste van scheidsrechterlijke supervisie moet worden uitgelegd. Het gezichtspunt dat de tekst zeer letterlijk moet worden genomen en gelezen moet worden ‘als voor de rechter tijdens een schikkingspoging in de aanhangige zaak onder supervisie van die zelfde rechter’ is door de hoogste rechter in Californië afgewezen. Het hoogste rechtscollege in de staat acht een ruimere interpretatie van de tekst wenselijk om tegemoet te kunnen komen aan het groeiende beroep dat op ADR wordt gedaan als een methode om een einde te maken aan rechtsgedingen.³⁰

Wanneer partijen mondeling aangeven dat zij tot een schikking zijn gekomen, is het afdwingen van de settlement agreement mogelijk onder §664.6. Deze verklaring moet dan zijn gedaan in aanwezigheid van iemand die gemachtigd is om in een quasi-rechterlijke hoedanigheid op te treden en die de bevoegdheid heeft om een bindend oordeel te vellen over de kwesties in geschil. In deze situatie is sprake van een verklaring afgegeven ‘before the court.’³¹ Een verklaring voor iemand die geen officieel erkende rechterlijke bevoegdheid heeft, ook al wordt de verklaring opgenomen in het officiële rapport van de (rechts)zaak door een *court reporter*,³² is niet voldoende om aan het vereiste van §664.6 te voldoen.³³

Overigens hoeven niet alle partijen op dezelfde wijze in te stemmen met de settlement agreement. Het is niet zo dat alle partijen of mondeling ten overstaan van de rechter of schriftelijk met de schikking in hoeven stemmen. Het is geoorloofd dat de twee methoden gecombineerd worden, zolang partijen maar wilsovereenstemming bereiken ten aanzien van de materiële bepalingen van de settlement agreement.³⁴

2.3. Executoriale titel

In de volgende paragrafen wordt onderzocht hoe het verbinden van een executoriale titel aan de schikking in zijn werk gaat. Voor aanhangige zaken zal, zoals we in de vorige paragrafen hebben gezien, §664.6 de voornaamste methode voor het verkrijgen van een titel zijn. Ook zullen de mogelijkheden tot het verkrijgen van een titel in niet-aanhangige zaken worden besproken en komen enkele bijzondere bepalingen aan bod.

2.3.1. Aanhangige zaken

Als een settlement tot stand is gekomen, onderzoekt de rechter, als de motion aan de vereisten van §664.6 voldoet, in antwoord op de ingediende motion of een geldige en bindende settlement agreement tot stand is gekomen.³⁵ Bij dit onderzoek is de rechter bevoegd om ook over feitelijke kwesties en interpretatieproblemen te beslissen.³⁶ Maar de rechter mag de settlement niet aanpassen.³⁷

³⁰ Murphy v. Padilla, 42 Cal. App. 4th 707 (1996), refererend aan In re Assemi, 7 Cal. 4th 896.

³¹ De dissenting judges in In re Assemi keren zich hier fel tegen en verdedigen een letterlijke interpretatie van de wettelijke bepaling.

³² Een court reporter is iemand ‘who records testimony, stenographically or by electronic or other means, and when requested, prepares a transcript’ (Black’s Law Dictionary, p. 391).

³³ In re Assemi, 7 Cal. 4th 896 (1994). In dit geval ging het om een gepensioneerde rechter die optrad als arbiter en tijdens de arbitrageprocedure toezicht hield op de schikkingsonderhandelingen.

³⁴ Elyaoudayan v. Hoffman, 104 Cal. App. 4th 1421 (2003).

³⁵ Murphy v. Padilla 42 Cal App. 4th 707 (1996).

³⁶ Fresno v. Maroot 189 Cal. App. 3d 755 (1987). Zie ook Tender Loving Things, Inc. v. Robbins et al, 2005 WL 902648 (cal. App. 1 Dist.).

³⁷ Chadwick v. Graydon, 2006 WL 1688379.

Een motion op basis van section 664.6 moet goed onderscheiden worden van het zogenaamde schikkingsvonnis waarin partijen gezamenlijk verzoeken dat hun schikkingsovereenkomst opgenomen wordt in een vonnis.³⁸ De situatie waar section 664.6 op ziet, is dat wanneer partijen een schikking zijn aangegaan en een van de partijen komt de afspraken daarin niet na, de andere partij een relatief eenvoudige en snelle methode tot zijn beschikking heeft om nakoming af te dwingen, zelfs wanneer geschil bestaat over het bestaan of de inhoud van de schikking.³⁹ Dit in tegenstelling tot bijvoorbeeld een motion for summary judgment, die slechts ingediend kan worden indien er geen geschil is over de feiten.⁴⁰ Als de rechter de vordering onder section 664.6 afwijst, staat de partij die nakoming wenst de traditionele methode om nakoming af te dwingen ter beschikking.⁴¹ Maar het feit dat de rechter nakoming onder §664.6 al heeft geweigerd, zal de positie van de partij die nakoming vordert niet makkelijker maken. Bij de keuze tussen het afdwingen van nakoming van mediated settlement agreements via §664.6 of via een zelfstandige vordering zal deze overweging mee kunnen spelen.⁴²

2.3.1.1. Rechterlijk toezicht op de uitvoering

Het slot van section 664.6 dient zo gelezen te worden dat als partijen in een aanhangige zaak tot een settlement komen en de settlement bepaalt dat de rechtzaak ten einde is, de rechter toch bevoegdheid over de zaak kan houden totdat de settlement volledig uitgevoerd is, mits partijen dit verzocht hebben. Een verzoek tot behoud van bevoegdheid moet aan dezelfde voorwaarden voldoen als de settlement agreement zelf.⁴³ De zaak moet dus nog aanhangig zijn, het kan niet meer als de zaak is geroyeerd. Het verzoek moet door de partijen zelf worden gedaan en kan op twee manieren, óf schriftelijk en ondertekend door partijen óf mondeling in het bijzijn van de rechter. Als het verzoek schriftelijk wordt gedaan, moet het duidelijk en ondubbelzinnig zijn.⁴⁴

³⁸ Zie voor het schikkingsvonnis hoofdstuk 4, paragraaf 3.7.2.

³⁹ *Viejo Bancorp, Inc. v. Wood* 217 Cal. App. 3d 200 (1989).

⁴⁰ 'The purpose of statute governing retention of jurisdiction to enforce a settlement agreement is to permit a court, via a summary proceeding, to finally dispose of an action when the existence of the agreement or the terms of the settlement are subject to reasonable dispute, something not permissible before the statute's enactment' (*Wackeen v. Malis*, 118 Cal. Rptr. 2d 502 (2002)).

⁴¹ *Luna v. Guillem*, 2005 WL 1663922.

⁴² *Brown & MacDonald* 2003, p. 26.

⁴³ Zie ook *Stone Age Equipment, Inc. v. Nelson Sports, Inc.*, 2005 WL 1208522.

⁴⁴ *Wackeen v. Malis* (app. 2 dist. 2002), 118 Cal. Rptr. 2d 502, 505. In deze uitspraak werd §664.6 zo geïnterpreteerd dat als partijen in de settlement bepalen dat het geschil is opgelost en dat de zaak wordt afgesloten, het gerecht toch bevoegd kan blijven, zodat later bij problemen in de uitvoering snel een uitspraak kan worden verkregen waarin tot nakoming van de settlement wordt veroordeeld. Een andere interpretatie van section 664.6 wordt gegeven door *Brown & MacDonald*. Zij menen dat de laatste zin van section 664.6 betekent dat in de uitspraak waarin tot nakoming van de settlement agreement wordt veroordeeld, kan worden bepaald dat de rechter ook na de uitspraak bevoegd blijft in de zaak, zodat hij toezicht kan houden op de uitvoering van de settlement agreement. Voor beide interpretaties valt wat te zeggen. Als de visie uit *Wackeen* wordt gevolgd, heeft de laatste zin uit §664.6 zeker toegevoegde waarde, immers zonder deze bepaling zou de zaak niet meer aanhangig zijn en zou in geval van niet-nakoming van de afspraken weer een nieuwe vordering ingesteld moeten worden. De andere visie gaat uit van de situatie dat die uitspraak waarin tot nakoming werd veroordeeld, al geweest is. Partijen hebben een executoriale titel, nml. de uitspraak waarin de bepalingen van de settlement zijn opgenomen. Mochten echter nog problemen ontstaan met de executie dan kan weer teruggevallen worden op hetzelfde gerecht en hoeft geen aparte vordering te

2.3.2. *Niet-aanhangige zaken*

Wanneer het aan de settlement agreement ten grondslag liggende geschil niet of niet meer aanhangig is, is het afdwingen van de schikkingsovereenkomst op basis van §664.6 niet mogelijk. Ook wanneer de settlement agreement niet getekend is door de procespartijen zelf, kan geen beroep worden gedaan op §664.6. Hetzelfde geldt als er een mondelinge schikking tot stand is gekomen die niet is aangegaan ten overstaan van de rechter, zoals §664.6 eist.

De vraag is nu welke mogelijkheden een partij die nakoming van een schikking wenst die niet voldoet aan de vereisten van §664.6, nog heeft om de overeenkomst af te dwingen. Immers, §664.6 is geen exclusieve methode.⁴⁵ Het is bedoeld als snel en deugdelijk alternatief voor de traditionele methoden voor het afdwingen van nakoming van schikkingsovereenkomsten. Op settlements die niet voldoen aan de vereisten van §664.6 is het gewone overeenkomstenrecht van toepassing. Dit betekent bijvoorbeeld dat mondelinge settlement agreements die niet voldoen aan section 664.6 op dezelfde manier afgedwongen kunnen worden als andere mondelinge overeenkomsten. Dit betekent ook dat de Statute of Frauds van toepassing is op deze settlement agreements en dus dat sommige settlements alleen schriftelijk aangegaan kunnen worden.⁴⁶

Mogelijkheden voor het afdwingen van niet- §664.6 settlement agreements zijn het instellen van een vordering tot nakoming en het indienen van een motion for summary judgment. Ook kan nakoming worden geëist als tegenvordering in een procedure tot vernietiging van de schikking.⁴⁷ Van al deze alternatieven is alleen het verzoek tot summary judgment een versnelde procedure.⁴⁸

Zoals al opgemerkt is section 664.6 niet speciaal geschreven voor mediated settlement agreements. In 1981, toen de section in werking trad, had mediation nog geen grote vlucht genomen. Aangezien het resultaat van een geslaagde mediation een settlement agreement is, is de section wel van toepassing, mits aan de voorwaarden wordt voldaan. Dit betekent dat een

worden ingesteld (Brown & MacDonald 2003, p.22-23). Deze laatste visie lijkt sterk op de tenuitvoerlegging van equity judgments. Zie hiervoor hoofdstuk 4, par. 3.7.3.

⁴⁵ Kilpatrick v. Beebe, 219 Cal. App. 3d 1527 (1990). Harris v. Rudin, Richman & Appel, 74 Cal.App.4th 299, 87 Cal.Rptr.2d 822 (Cal.App. 2 Dist.,1999).

⁴⁶ Nicholson v. Barab, 233 Cal. App. 3d 1671 (1991). 'In spite of the policy favoring pretrial settlements, however, we can find no reason to exempt settlement agreements from the statute of frauds where the statute of frauds would otherwise be applicable. Settlement agreements are merely one type of contract and should be governed by the laws governing contracts in general'. De rechter boog zich uitdrukkelijk niet over de vraag of mondelinge settlements waar section 664.6 wel op van toepassing is nog moeten voldoen aan de Statute of Frauds. De Statute of Frauds werd in 1677 in Engeland opgesteld. Deze wet eiste dat bepaalde overeenkomsten schriftelijk worden aangegaan en ondertekend worden door de partij die een verplichting op zich neemt. Het gaat om o.m. overeenkomsten tot verkoop van land en overeenkomsten die niet binnen een jaar na totstandkoming uitgevoerd worden. Ook was in de oorspronkelijke Engelse Statute een bepaling gewijd aan de verkoop van roerende goederen (in §2-201 van de UCC is nu bepaald dat wanneer goederen een waarde vertegenwoordigen van meer dan \$ 5000, de koopovereenkomst schriftelijk en ondertekend moet worden aangegaan). De categorieën uit de Engelse wet zijn later in de Statutes of Frauds van de verschillende Amerikaanse staten overgenomen (Farnsworth 2004, p. 353 e.v.).

⁴⁷ Corkland v. Boscoe, 156 Cal. App. 3d 989 (1984). Zie ook Nicholson v. Barab, 233 Cal. App. 3d 1671 (1991) en Robertson v. Chen, 44 Cal. App. 4th 1290 (1996) en Brown & MacDonald 2003, p. 26.

⁴⁸ Maar een summary procedure staat alleen open als geen feitelijke kwesties meer ter discussie staan, zie o.m. Kilpatrick v. Beebe, 219 Cal. App. 3d 1527 (1990) en Robertson v. Chen, 44 Cal. App. 4th 1290 (1996). Zie voor een bespreking van summary judgment, hoofdstuk 4, par. 3.7.1. In Californië wordt de summary procedure geregeld in §437c van de Code of Civil Procedure.

mediated settlement agreement in een niet-aanhangige zaak niet onder section 664.6 valt. Als de zaak wel aanhangig is, dient de mediated settlement nog aan de eis te voldoen dat deze ofwel schriftelijk en ondertekend ofwel mondeling 'before the court' is aangegaan. Een mediator is niet iemand in een judiciële hoedanigheid en een settlement agreement mondeling aangegaan onder zijn supervisie is dan ook niet afdwingbaar op basis van section 664.6. Schriftelijke settlements, getekend door partijen zijn wel afdwingbaar op grond van §664.6.

Section 664.6 heeft dus een beperkte betekenis voor mediated settlement agreements. In alle andere gevallen zal een beroep moeten worden gedaan op de traditionele methode voor het afdwingen van nakoming van overeenkomsten. Voor bepaalde rechtsgebieden zijn specifieke procedures voor het afdwingen van mediated settlement agreements in wetgeving opgenomen. Deze worden in de volgende paragraaf kort besproken.

2.3.3. *Bijzondere bepalingen*

De California Business Code bevat een bepaling die een inperking geeft op het algemene overeenkomstenrecht. De Code geeft aan dat als na mediation in het kader van een ADR-programma een settlement tot stand komt, deze settlement niet afdwingbaar is en niet toelaatbaar is als bewijs als de overeenkomst daartoe geen uitdrukkelijke bepaling bevat.⁴⁹ De settlement moet dus 'magische woorden' bevatten om partijen te kunnen binden.

Section 1297.401 uit Cal. Code. of Civ. Proc. ziet op conciliation van internationale commerciële disputen in Californië.⁵⁰ De bepaling luidt als volgt:

'1297.401. If the conciliation succeeds in settling the dispute, and the result of the conciliation is reduced to writing and signed by the conciliator or conciliators and the parties or their representatives, the written agreement shall be treated as an arbitral award rendered by an arbitral tribunal duly constituted in and pursuant to the laws of this state, and shall have the same force and effect as a final award in arbitration'.

De Code of Civil Procedure bepaalt wanneer een conflict internationaal en commercieel is. Als een geschil gekwalificeerd kan worden als een internationaal commercieel dispuut, geeft Cal. Code of Civ. Proc. §1297.401 een opmerkelijke regeling betreffende de afdwingbaarheid van de schikkingsovereenkomst. De schikking zal behandeld worden als een arbitraal vonnis, met als gevolg dat partijen een executoriale titel in handen hebben. Dit is een uitbreiding van de algemene regel op het gebied van afdwingbaarheid van mediated settlement agreements, die luidt dat schikkingen aangegaan tijdens een mediation als een gewone overeenkomst gezien dienen te worden, op de mogelijkheid die §664.6 biedt na, en geen speciale status hebben.⁵¹

⁴⁹ Cal. Bus. & Prof. Code §467.4. Ook wel 'magic words' genoemd. Zie ook Burns 1986, p. 111 en Thompson 2004, p. 540.

⁵⁰ In deze wettelijke bepaling heeft conciliation min of meer dezelfde reikwijdte als mediation. In de literatuur wordt wel gesuggereerd dat de autonomie van partijen in mediation groter is, omdat de conciliator ook mogelijke oplossingen zou kunnen aandragen en dat het proces van mediation informeler en minder gestructureerd is. Maar ook wordt opgemerkt dat de verschillen verwaarloosbaar zijn (Langeland 1995, p. 34; Reif 1991, p. 584). Zie voor de afbakening van het onderzoek par. 4 van het inleidende hoofdstuk.

⁵¹ Onduidelijk is of de Verdrag van New York inzake de erkenning en tenuitvoerlegging van buitenlandse scheidsrechterlijke uitspraken van toepassing is op een arbitraal vonnis totstandgekomen op grond van section 1297.401. Zie o.m. Reif 1991, p. 626-627.

Ook hier vindt weer een inperking plaats in de vorm van de eis dat de overeenstemming schriftelijk moet zijn aangegaan en ondertekend moet zijn door de conciliator.⁵²

De Insurance Code geeft als aanvullende regel op het algemene overeenkomstenrecht bedenktijd en een herroepingsrecht, waardoor de verzekerde tot drie werkdagen na het sluiten van de overeenkomst nog op de schikking terug mag komen, mits hij niet wordt bijgestaan door een advocaat.⁵³ Bovendien wordt in deze section ook de werking van de Californian Evidence Code beperkt. In tegenstelling tot het bepaalde in de sections 1123 en 1124 is de verworpen settlement agreement niet toelaatbaar als bewijs en wordt deze beschermd tegen openbaarmaking.⁵⁴

In sommige familierechtelijke zaken zijn de onderwerpen die in mediation aan de orde mogen komen beperkt. Zo bepaalt de Family Code dat in schikkingen in geschillen over gezagskwesties en bezoeksregelingen geen andere onderwerpen mogen worden geregeld⁵⁵ en dat de mediator voordat de settlement voorgelegd wordt aan de rechter, de settlement voor moet leggen aan de advocaten van partijen, zodat zij gelegenheid hebben om de schikking nog te beoordelen.⁵⁶

2.4. Aantasting

In de vorige parafen is ingegaan op de mogelijkheden tot verkrijging van een voor tenuitvoerlegging vatbare titel. In de onderstaande paragrafen komt de andere kant van de medaille aan de orde, namelijk de mogelijkheid tot vernietiging van schikkingen. Ook bij de bespreking van de aantastingsgronden wordt weer een onderscheid gemaakt tussen aanhangige en niet-aanhangige zaken vanwege de speciale procedure die section 664.6 creëert.

2.4.1. Aanhangige zaken

In het verlengde van de bespreking van §664.6 in het kader van de afdwingbaarheid van schikkingen, ligt de vraag in hoeverre de rechter, nadat hij bepaald heeft dat aan de vereisten voor een motion op basis van §664.6 is voldaan, een settlement agreement nog toetst.

⁵² Cal. C. C. P. §1297.401.

⁵³ Cal. Ins. Code §10089.82: '(c) If the parties agree to a settlement agreement, the insured will have three business days to rescind the agreement. Notwithstanding Chapter 2 (commencing with Section 1115) of Division 9 of the Evidence Code, if the insured rescinds the agreement, it may not be admitted in evidence or disclosed unless the insured and all other parties to the agreement expressly agree to its disclosure. If the agreement is not rescinded by the insured, it is binding on the insured and the insurer, and acts as a release of all specific claims for damages known at the time of the mediation presented and agreed upon in the mediation conference. If counsel for the insured is present at the mediation conference and a settlement is agreed upon that is signed by the insured's counsel, the agreement is immediately binding on the insured and may not be rescinded'. Zie hierover de bedenktijd en het herroepingsrecht in mediation: Welsh 2001, p. 7 e.v. Zij adviseert in mediation een afkoelingsperiode van drie dagen waarin partijen nog kunnen afzien van de settlement agreement.

⁵⁴ Cal.Evid. Code §1123-1124. Over bewijslevering en de verplichting tot geheimhouding kom ik in par. 2.5 e.v. van dit hoofdstuk uitvoerig te spreken.

⁵⁵ Cal.Fam.Code §3178 (a). In diezelfde familierechtelijke wet is geregeld dat de mediator bevoegd is om, als hij dat noodzakelijk of gepast acht, de raadgevers van partijen uit te sluiten van participatie in de mediation (Cal.Fam.Code §3182). Ook dienen mediators er in gezagskwesties en kwesties over bezoeksregelingen zorg voor te dragen dat zij de onderhandelingen zo structuren dat de machtsverhouding tussen partijen gelijk wordt (Cal. Fam. Code §3162 (a) (3)).

⁵⁶ Cal. Fam. Code §3186 (a).

Rechterlijke toetsing van overeenkomsten kan zowel een procedureel als een materieel karakter hebben. Bij procedurele toetsing wordt gekeken of de overeenkomst geldig tot stand is gekomen, bij materiële toetsing ziet de rechterlijke controle op de inhoud van de overeenkomst. Settlement agreements vallen onder het overeenkomstenrecht. Op het moment dat een partij nakoming vordert, zal de rechter beoordelen of een geldige en bindende – en dus in potentie afdwingbare – overeenkomst tot stand is gekomen. Bij een materiële toetsing wordt de zelfbeschikking van partijen ten aanzien van de inhoudelijke regeling van hun geschil beperkt.

2.4.1.1. Procedurele toetsing

Procedurele toetsing van schikkingsovereenkomsten door de rechter op basis van §664.6 vindt altijd plaats. Voordat een rechter oordeelt of een settlement agreement al dan niet wordt opgenomen in een vonnis, zal hij eerst de geldigheid van de overeenkomst onderzoeken en bepalen of de overeenkomst partijen bindt. Bij de toets met betrekking tot de bindende kracht zal de rechter dienen te kijken of 1) de materiële bepalingen van de schikkingsovereenkomst uitdrukkelijk omschreven zijn 2) of degene bekleed met rechterlijke bevoegdheid onder wiens supervisie de settlement agreement tot stand is gekomen partijen uitdrukkelijk heeft gevraagd naar hun begrip van de materiële bepalingen en 3) of partijen uitdrukkelijk hun begrip van de bepalingen van de overeenkomst en hun instemming om aan deze bepalingen gebonden te worden, kenbaar hebben gemaakt.⁵⁷

2.4.1.2. Materiële toetsing

Bij sommige settlement agreements gaat de rechterlijke toetsing nog een stap verder. Met betrekking tot deze settlements wordt niet alleen gekeken naar de geldigheid en de bindende kracht, maar ook naar de aanvaardbaarheid van de inhoud. Maar materiële toetsing lijkt in Californië niet de regel te zijn. In *In re marriage of Assemi* weigerde de vrouw de settlement agreement die eerder mondeling was aangegaan ten overstaan van de rechter, te tekenen.⁵⁸ Ze voerde aan dat de settlement ‘grossly unfair’ was ten opzichte van haar, omdat haar man gelden zou hebben verzwegen. Ze werd terechtgewezen door de Supreme Court die oordeelde dat haar weigering om te tekenen niet gebaseerd was op het feit dat de schriftelijke overeenkomst de bepalingen van de mondelinge overeenkomst onjuist weergaf, maar berustte op haar (te late) twijfel ten aanzien van de gesloten mondelinge overeenkomst. Geen onverbindendheid dus en geen ruimte voor materiële toetsing.⁵⁹

In *In re Jason* daarentegen deed de rechter uitdrukkelijk wel aan materiële toetsing.⁶⁰ Het betrof ook hier een familierechtelijke zaak. Dit keer echter geen echtscheiding en vermogensverdeling, maar een ontzetting uit de ouderlijke macht en de adoptie van een kind. Het gerecht baseerde zich als rechtvaardiging voor rechterlijke toetsing op section 664.6 die

⁵⁷ Aldus de Californian Supreme Court in *In re marriage of Assemi*, 7 Cal. 4th 896 (1994). Zie ook *Richardson v. Richardson*, 180 Cal. App. 3d 91 (1986) en *Chadwick v. Graydon*, 2006 WL 1688379. In deze laatste zaak merkt de rechter nog op dat de schikking ook niet op basis van fraud, duress en mistake tot stand mag zijn gekomen.

⁵⁸ *In re marriage of Assemi*, 7 Cal. 4th 896 (1994).

⁵⁹ Kennelijk werd geen vernietiging gevraagd op basis van non-disclosure. Het betrof in deze zaak overigens geen mediation, maar dat doet niet af aan het belang van de uitspraak voor mediated settlement agreements die totstandgekomen zijn in een aanhangige zaak.

⁶⁰ *In re Jason*, 53 Cal. App. 4th 1540 (1997).

aangeeft dat de rechter ‘may enter judgement pursuant to the terms of the settlement’. Het gerecht concludeert op basis van deze bewoording dat de rechter dus niet verplicht is om vonnis te wijzen conform de partijafspraken, wat zou betekenen dat er ruimte zou zijn voor toetsing van die afspraken. De feiten waren in deze zaak als volgt. Het kind was door de kinderrechter onttrokken aan het ouderlijk gezag en in een pleeggezin (zijn oom en tante van vaders kant) geplaatst. De ouders bezochten het kind sporadisch. De vader wilde dat het gezag over het kind bij de kinderrechter zou blijven zodat hij door middel van bezoeken aan de jongen in het pleeggezin, toch een vader-zoon relatie kon opbouwen. De pleegouders van de jongen wilden hem adopteren, met als consequentie ontheffing uit de ouderlijke macht van de vader en volledig gezag voor hen. De rechter moest beslissen over de toekomst van het kind maar verwees de familie naar mediation (op verzoek van de vader) om te kijken of zij wat van de spanningen binnen de familie op konden lossen en of zij toch tot een regeling konden komen met betrekking tot de zorg voor Jason. Zowel beide ouders, de pleegouders als de grootouders van vaders kant sloten een settlement agreement waarin onder andere een regeling werd getroffen omtrent het gezag. Binnen een dag verwierpen de pleegouders de settlement. De vader eiste vervolgens dat de bepalingen werden opgenomen in een vonnis op grond van §664.6. Hij verwees hierbij naar de Assemi-zaak, waar de rechter had geoordeeld dat verwerping door de vrouw van de settlement niet ter zake deed, zolang de settlement geldig tot stand was gekomen en bindend was. Maar de rechter weigerde deze redenering te volgen. Gebaseerd op een drietal overwegingen onderscheidde de rechter deze zaak van die tussen het echtpaar Assemi en verwierp het verzoek tot opname van de settlement in een vonnis.

De eerste overweging van de rechter is dat geen van de partijen bij de settlement de bevoegdheid had om over de toekomst van Jason te beslissen. De ouders hadden geen gezag meer over het kind, dat lag bij de kinderrechter. De oom en tante hadden alleen voogdij als pleegouders onder supervisie van de kinderrechter en de grootouders hadden geen enkele vorm van gezag over Jason. De tweede overweging is materieel van aard. De court stelt dat specifieke performance van de afspraken, dus opname in een vonnis, niet in alle gevallen mogelijk is. Het is niet mogelijk als nakoming van de mediated settlement agreement ‘*unjust or unreasonable*’ zou zijn.⁶¹ De derde overweging luidt dat de kinderbescherming en de advocaat van Jason geen partij waren bij de settlement, deze dus niet voor hen gold en zij aanbevelingen konden doen met betrekking tot de toekomst van Jason die indruisten tegen de regeling in de settlement.

De eerste en de derde overweging zijn procedureel van aard. De middelste behelst een inhoudelijke toets. De rechter baseerde zijn weigering op alle drie de argumenten. Maar uit de formulering blijkt dat de materiële toets ook zelfstandig voldoende grond kan opleveren om een vonnis op basis van §664.6 te weigeren. Uit deze twee zaken komt het beeld naar voren dat alleen in een bepaald type zaken ruimte is voor een inhoudelijke toetsing.⁶²

⁶¹ Dit geldt voor alle vorderingen tot specific performance in Californië, zie Civ. Code §3391: ‘Specific performance cannot be enforced against a party to a contract if it is not, as to him, just and reasonable’. Zie ook In re Christopher, 2002 WL 31033062 (Cal. App. 1 Dist.). Het ging hier ook om een zaak waar gezag over twee kinderen centraal stond. De moeder van kinderen in kwestie wilde van de ondertekende settlement agreement af. De vraag was of de rechter gehouden was werking aan de settlement te ontzeggen nu de moeder niet meer instemde. Het antwoord luidde negatief.

⁶² In zaken waar de belangen van minderjarigen in het spel zijn, is de functie van de Amerikaanse rechter niet alleen maar het oplossen van geschillen, maar ook het beschermen van het kind. Daarom is de rechter niet gebonden aan

De rechter mag overigens, als hij op grond van §664.6 uitspraak doet conform de partijafspraken, de bepalingen uit de settlement van partijen niet zonder hun toestemming aanpassen.⁶³

2.4.2. Algemeen

Een partij kan op verschillende manieren een mediated settlement agreement betwisten. Zij kan opwerpen dat nooit een overeenkomst is gesloten of dat de overeenkomst vernietigbaar is omdat haar wil op gebrekkige wijze is gevormd. De vraag is of, en zo ja in hoeverre, het recht met betrekking tot het aantasten van mediated settlement agreements afwijkt van het algemene overeenkomstenrecht.

Als sprake is van een afwijking van het algemene overeenkomstenrecht, kunnen die afwijkende regels opgenomen zijn in wetgeving. Deze bepalingen zouden de toetsing van mediated settlements kunnen uitbreiden of juist aan banden kunnen leggen. Californië kent geen aanpassingen van het overeenkomstenrecht ten aanzien van mediated settlement agreements opgenomen in wetgeving.⁶⁴

Maar de afwijkende regels kunnen ook gevormd worden door de rechter, bijvoorbeeld om de gevolgen van mediations van slechte kwaliteit af te zwakken of juist te bevorderen dat mediation het eindstation van een conflict is. Wordt in Californië het algemene overeenkomstenrecht nu onverkort toegepast of zijn er uitzonderingen zodra vernietiging van mediated settlements ter discussie staat? Om hier antwoord op te kunnen geven, wordt een aantal Californische uitspraken besproken.

2.4.2.1. Rechtspraak

De eerste te noemen uitspraak benadrukt dat op settlement agreements dezelfde beginselen van toepassing zijn als gewoonlijk op overeenkomsten. Aantasting kan dus plaatsvinden op basis van onder andere *mistake, fraud, failure of consideration, unlawfulness of the contract or prejudice to the public interest*.⁶⁵ De rechter heeft overigens ook de mogelijkheid om in familierechtelijke zaken settlement agreements opzij te zetten als hij van mening is dat de overeenkomst onbillijk is.⁶⁶

In een tweede zaak, waar het ging om een mediation naar aanleiding van een vermogensverdeling na het overlijden van de echtgenoot, zou de echtgenote naar eigen zeggen zo van slag zijn geweest dat zij niet handelingsbekwaam was om de settlement agreement aan te gaan. Zij vroeg de rechter dan ook om de settlement niet te bekrachtigen. Ze zou onder invloed zijn geweest van antidepressiva, de dag van de mediation werd bovendien haar ex-man begraven, haar auto was in de prak gereden, en als klap op de vuurpijl duurde de mediation ook

schikkingen ten aanzien van minderjarigen. Hoewel de auteurs opmerken dat rechters zichzelf primair als conflictoplossers zien en ook schikkingen die de belangen van de kinderen raken slechts vluchtig toetsen (Mnookin & Kornhauser 1979, p. 954. e.v.).

⁶³ *Weddington productions, Inc v. Flick et al*, 60 Cal. App. 4th 793 (1998).

⁶⁴ Maar zie wel de bijzondere bepalingen ten aanzien van mediation op specifieke deelgebieden in par. 2.3.3 van dit hoofdstuk.

⁶⁵ *In re the Marriage of Egedi*, 88 Cal. App. 4th 17 (2001). Het betrof hier overigens geen mediated settlement, maar een schikking niet volgend op een mediation. Zie ook *Prosser v. Osborne*, 2006 WL 1928524. Zie voor een bespreking van de gronden voor aantasting van overeenkomsten, hoofdstuk 4, par. 3.4.

⁶⁶ *In re the Marriage of Egedi*, 88 Cal. App. 4th 17 (2001).

nog eens van 9:00 tot 23:00. De echtgenote verklaarde ook dat ze haar advocaat drie maal toestemming had gevraagd om de mediation te mogen verlaten, wat hij geweigerd zou hebben. Zij beschuldigde haar advocaat er dan ook van dat hij ongeoorloofde druk op haar zou hebben uitgeoefend om de schikking te tekenen. Haar advocaat werd opgeroepen te getuigen, maar hem werd alleen gevraagd of hij wist dat ze een antidepressivum slikte. Het antwoord luidde negatief met de toevoeging dat hij waarschijnlijk anders met haar zou zijn omgesprongen als hij dat wel had geweten. Toch wijst de rechter beide redeneringen (handelingsonbekwaamheid en ongeoorloofde druk) af. Het oordeel luidde dat de vrouw wel degelijk bekwaam was de overeenkomst aan te gaan; er was geen bewijs dat ze niet zou hebben begrepen wat de overeenkomst inhield. De court merkte ook nog op dat de aangegane schikking een billijke oplossing was van het geschil. De undue influence-claim sneed ook geen hout aangezien volgens Californisch recht degene die de ongeoorloofde druk uitoefent daardoor een onbillijk voordeel moet hebben verkregen. De court zag geen voordeel voor de advocaat en dus zeker geen onbillijk voordeel.⁶⁷

In een zaak die hier op lijkt kwam de rechter tot een zelfde conclusie. De mediation had van 10:00 tot 19:00 uur geduurd zonder pauze en dus ook zonder gelegenheid om iets te eten. Een van partijen voerde aan dat zij door het gebrek aan voedsel niet meer helder kon denken. Door het overslaan van de lunch en het daaruit voortvloeiende gebrek aan suikers zou zij niet meer hebben kunnen functioneren en zich daardoor niet hebben gerealiseerd dat zij een settlement agreement sloot die het einde van het conflict betekende. De rechtbank overwoog dat buiten gevallen van fraud een partij gebonden is aan een document dat hij, ongelezen, tekent.⁶⁸ Dit is helemaal het geval als een partij bijstand heeft van een advocaat. In dit geval was dus geen sprake van fraud, slechts van vermoeidheid. De rechtbank was niet verplicht om hierin voldoende rechtvaardiging te zien voor niet afdwingbaarheid van de overeenkomst.⁶⁹

In een zaak uit 2005 naar aanleiding van een echtscheidingsmediation werd geoordeeld dat het overeenkomstenrecht in een mediationsituatie aan banden moet worden gelegd.⁷⁰ Juist het feit dat de onderhandelingen met de assistentie van een mediator hadden plaatsgevonden, zou aan een volledige toepassing van het overeenkomstenrecht in de weg staan, omdat de mediator er zorg voor draagt dat partijen vrijwillig participeren en hun keuzevrijheid behouden. Dit zou er toe bijdragen dat er juist minder druk is dan in onderhandelingen buiten de mediationcontext en dus minder zorg zou hoeven te bestaan over de fairness van het proces en het resultaat.⁷¹ In Californië geldt dat echtgenoten in een vertrouwensrelatie tot elkaar staan. Als sprake is van een oneerlijke verdeling van het huwelijksvermogen, is er een vermoeden van undue influence dat de bevoordeelde partij moet weerleggen.⁷² Deze regel werd in deze zaak

⁶⁷ Berg v. Bregman, 2002 Cal. App. Unpub. LEXIS 9371. In een zaak in datzelfde jaar werd een beroep gedaan op duress. Ook zou de vertegenwoordigende advocaat zich onder invloed van medicijnen hebben bevonden en dus niet in staat zijn geweest om de belangen van zijn cliënt te behartigen. De rechter ging hier niet op in en deed de zaak op andere gronden af (Jones v. Wells Fargo Bank, 112 Cal.App.4th 1527, 5 Cal.Rptr.3d 835 (Cal. App. 2 Dist., 2003)).

⁶⁸ Zie voor een uitleg van fraud, hoofdstuk 4, par. 3.4.2.

⁶⁹ Berland v. Miller, 2003 Cal. App. Unpub. LEXIS 3749 (2003).

⁷⁰ In re marriage of Kieturakis, 138 Cal. App. 4th 56 (2005).

⁷¹ 138 Cal. App. 4th 56, 85 (2005)

⁷² Cal. Fam. Code §721(b). Deze bepaling is een codificatie van een algemeen aanvaarde regel in het overeenkomstenrecht, zie hiervoor hoofdstuk 4, par. 3.4.4.

buiten toepassing gelaten, vanwege het feit dat de verdeling in mediation had plaatsgevonden. Een ander argument voor het niet toepassen van deze regel was dat het de vertrouwelijkheid van mediation zou bedreigen, omdat de bevoordeelde partij in de gelegenheid zou moeten worden gesteld om het vermoeden te weerleggen.

Een beroep op unilateral mistake onderbouwd met het argument dat de settlement voor ondertekening niet gelezen was, dat de bepalingen van de settlement niet waren begrepen en dat alleen ondertekend werd omdat de advocaat zei dat het moest, zal niet slagen.⁷³

2.5. Vertrouwelijkheid

Zoals uit hoofdstuk 2 bleek, wordt zowel in Nederland als in de Verenigde Staten vertrouwelijkheid van de communicatie gezien als wezenlijk kenmerk van mediation (par.2). In Nederland is de geheimhoudingsplicht contractueel van aard.⁷⁴ Ze wordt aangegaan in de mediationovereenkomst. In de Verenigde Staten heeft de plicht tot geheimhouding vaak een wettelijke basis, maar dit verschilt per staat.⁷⁵ In de volgende paragrafen wordt regelgeving en rechtspraak op het gebied van de vertrouwelijkheid van mediation besproken.

2.5.1. Regelgeving

Het Californische recht met betrekking tot vertrouwelijkheid geeft een heel vergaande bescherming tegen het openbaar maken van mediationcommunicatie. De wetgever heeft een strikte regeling voor vertrouwelijkheid van mediation in het leven geroepen opdat partijen in mediation tot een oprechte en informele uitwisseling van informatie kunnen komen.⁷⁶ Deze eerlijke uitwisseling kan alleen plaatsvinden als de deelnemers weten dat alles wat gezegd wordt tijdens de mediation niet in hun nadeel zal worden gebruikt in een latere (scheidings)rechterlijke procedure.⁷⁷

In de California Evidence Code zijn vier bepalingen opgenomen die rechtstreeks een regeling geven voor de situatie dat (een van beide) partijen uitwisselingen die hebben plaatsgevonden tijdens de mediation openbaar wil(len) maken.⁷⁸ Het kan hierbij zowel gaan om de wens om informatie verkregen in mediation te overleggen als om de wens om mensen die aanwezig waren bij de mediation als getuigen op te roepen.⁷⁹

In section 703.5 van de Cal. Evid. Code wordt een verschoningsrecht voor de mediator gecreëerd. Dit houdt in dat de mediator niet mag getuigen in een judiciële procedure volgend op de mediation over zaken die zich tijdens de mediation hebben voorgedaan (een enkele uitzondering daargelaten).

⁷³ Stewart v. Preston Pipeline, Inc., 134 Cal App. 4th 1565, 1589 (2005). Er werd in deze zaak geen beroep gedaan op duress. Het beroep op unilateral mistake ketste af omdat deze omstandigheden in de risicosfeer lagen van de partij die zich hierop beroept.

⁷⁴ Zie o.m. par. 5.2.5.5 van hoofdstuk 2.

⁷⁵ Cole, McEwen & Rogers (Mediation: Law, Policy and Practice), §9:1.

⁷⁶ De vertrouwelijkheid wordt geregeld in Cal. Evid. Code, §703.5, §1115-1128.

⁷⁷ Foxgate v. Bramalea, 26 Cal. 4th 1, 25 P.3d 1117 (2001) (Supreme Court).

⁷⁸ Cal. Evid. Code §703.5; 1119; 1121; 1122.

⁷⁹ §1120 van de Cal. Evid. Code bepaalt dat informatie die ook buiten de mediation verkregen kon worden niet ontoelaatbaar wordt als bewijs alleen maar omdat de informatie ook geïntroduceerd is in de mediation.

Section 1119 van de Evidence Code is de centrale bepaling inzake vertrouwelijkheid.⁸⁰ Het geeft een algemeen verbod op het gebruik van communicatie verkregen in mediation. Section 1121 is gericht op het voorkomen van dwang. Een mediator mag niet in de gelegenheid zijn om het resultaat van een mediation of scheidsrechterlijke beoordeling te beïnvloeden door aan degene die een uiteindelijke beslissing neemt in het geschil te rapporteren, of daarmee te dreigen, over de gronden van het conflict of de reden waarom de mediation het conflict niet kon oplossen. De mediator dient met betrekking tot het conflict geen enkele functie te hebben voor een scheidsrechterlijk tribunaal, behalve als een neutrale derde zonder beslissingsbevoegdheid.⁸¹ Er is geen rechterlijke uitzondering mogelijk op het bepaalde in §1119 (algemeen verbod op gebruik van mediationcommunicatie) en §1121 (verbod op rapportage van de mediator) van de Cal. Evid. Code, zo bepaalde de hoogste rechter in *Foxgate v. Bramalea*.⁸² In *Eisendrath v. Superior Court*, sloot het gerecht zich met betrekking tot een eventuele gedwongen getuigenis van de mediator aan bij de uitspraak in *Foxgate* en concludeerde dat de mediator niet mocht getuigen over dingen die in de mediation besproken waren.⁸³ De ingezette trend van *Foxgate* en *Eisendrath* werd in 2004 gevolgd door *Rojas v. Superior Court*⁸⁴ en in 2006 door *In re the Marriage of Kieturakis*.⁸⁵

Section 1122 legt de hoofdregel vast dat, tenzij er uitdrukkelijk toestemming is van alle deelnemers in de mediation, dus niet alleen partijen maar ook de mediator en andere niet-partijen die aanwezig zijn bij de mediation, openbaarmaking van informatie verkregen in de mediation niet geoorloofd is.

Als partijen tot een schikkingsovereenkomst zijn gekomen na een succesvolle mediation en een van beide partijen vordert nakoming van de afspraken voor een rechter, dient deze partij wel te kunnen bewijzen dat überhaupt een overeenkomst tot stand is gekomen. Aangezien communicatie uit de mediation niet als bewijs mag worden gebruikt in een latere procedure voor de rechter, zal het bewijs dienen te bestaan uit een overeenkomst die toch op de een of andere manier is vastgelegd. Daarom is de schriftelijke settlement wel toelaatbaar als bewijs, mits ondertekend door de partijen en mits een van vier condities aanwezig is, namelijk a) als de overeenkomst bepaalt dat zij toelaatbaar is als bewijs, b) als de overeenkomst bepaalt dat ze bindend is, c) als alle partijen uitdrukkelijk overeenkomen dat de schikking openbaar mag worden gemaakt en d) als de schikkingsovereenkomst wordt gebruikt om fraud, duress of illegality aan te tonen.⁸⁶

⁸⁰ 'The Legislature intended that the confidentiality provision of section 1119 may be asserted by the mediator as well as by the participants in the mediation'. Zie *Rinaker v. Superior Court*, 62 Cal. App. 4th 155.

⁸¹ Cal. Evid. Code §1121.

⁸² *Foxgate Homeowners' Ass'n, Inc. v. Bramalea California, Inc.*, 26 Cal. 4th 1. Zie over deze zaak ook *Alfini & McCabe* 2001, p. 175 e.v.; *Weston* 2003, p. 35 e.v.

⁸³ *Eisendrath v. Superior Court*, 109 Cal. App. 4th 351 (2003). In de *Eisendrath*-zaak werd aangevoerd dat ook stilzwijgend afstand (by raising a claim about the agreement reached through mediation) kon worden gedaan van het recht op vertrouwelijkheid van de mediationcommunicatie zoals opgenomen in section 1119 en 1121 van de Cal. Evid. Code, een stelling die door de appelinstantie uitdrukkelijk werd afgewezen.

⁸⁴ *Rojas v. Superior Court*, 33 Cal. 4th 407 (2004). Zie over deze zaak *Williams* 2005, p. 209 e.v. Zie ook *In re the marriage of Malcolm*, 2004 WL 2669309.

⁸⁵ *In re the Marriage of Kieturakis*, 138 Cal. App. 4th 56 (2006).

⁸⁶ Cal. Evid. Code §1123.

Sub a is een codificatie van een interpretatie gegeven in *Ryan v. Garcia* van een eerdere wettelijke regeling.⁸⁷ De toelaatbaarheid van een settlement agreement als bewijs houdt direct verband met de afdwingbaarheid van de overeenkomst, immers, als de inhoud van de settlement niet bekend mag worden gemaakt aan derden, kan een gerecht zich later niet uitspreken over de vraag of de overeenkomst al dan niet afdwingbaar was.⁸⁸ Vandaar ook sub b dat verklaart dat een settlement die bedoeld is als een partijen bindende afspraak toelaatbaar is als bewijs.⁸⁹ Sub c is een uitzondering op §1122. In tegenstelling tot deze section bepaalt sub c dat om afdwingbaarheid van mediated settlements te bevorderen, overeenstemming tussen partijen bij de settlement agreement met betrekking tot de toelaatbaarheid als bewijs daarvan voldoende is. Toestemming van de andere deelnemers aan de mediation, inclusief de mediator, is dus niet vereist. Sub d stelt dat als de settlement agreement gebruikt wordt om aan te tonen dat deze tot stand is gekomen door fraud, duress of illegality de overeenkomst toelaatbaar is als bewijs. Maar in de meeste zaken waarin dit soort onregelmatigheden vermeend tijdens de mediation hebben plaatsgevonden, zal alleen de settlement agreement als bewijs onvoldoende zijn. Met uitzondering van illegality gaat het hier niet zo zeer om de ontoelaatbaarheid van de inhoud van de overeenkomst maar om de manier waarop de instemming met de overeenkomst is gevormd. Voor een partij die de schikkingsovereenkomst wil aantasten op basis van onregelmatigheden tijdens de mediaton procedure biedt §1123 sub d dus niet zoveel soelaas.

Section 1124 maakt gebruik van de procedure uit §1118 om mondelinge settlements die voldoen aan de vereisten uit §1118 toelaatbaar te maken als bewijs in een latere procedure. Als niet aan de vereisten uit §1118 is voldaan, geldt de regel uit §1119, te weten vertrouwelijkheid van mondelinge uitwisselingen.

Na een geslaagde mediation kan zich de situatie voordoen dat een partij achteraf toch niet gelukkig is met de schikkingsovereenkomst en deze weigert na te komen. Het is dan aannemelijk dat (een van beide) partijen ter ondersteuning van zijn of haar standpunt, uitwisselingen gedaan tijdens de mediaton aan de rechter voor wil leggen. In de volgende paragrafen wordt besproken hoe Californische rechters met dit type situatie omgaan.

2.5.2. *Vertrouwelijkheid en afdwingbaarheid*

In *Stewart v. Preston Pipeline, Inc* ging het om letselschade opgelopen door eiser (Stewart) toen zijn auto in botsing kwam met een schoffel die van een vrachtwagen viel.⁹⁰ Er vond mediation plaats en er kwam een ondertekende settlement tot stand, maar Stewart weigert later het bedrag waarvoor geschikt was aan te nemen. Vervolgens dient Preston Pipeline een motion for summary judgement in waarin nakoming wordt geëist. De motion wordt toegewezen. Onterecht zo stelt Stewart, want sections 1119 en 1123 zouden zich verzetten tegen het overleggen van de settlement agreement. In deze zaak ging het voornamelijk om de interpretatie van §1123. Zowel Stewart en zijn advocaat als de advocaten van Pipeline hadden de schikkingsovereenkomst

⁸⁷ *Ryan v. Garcia*, 27 Cal. App. 4th 1006 (1994). Nml. de voormalige §1152.5 van de Cal. Evid. Code dat voorzorg in een eenvoudige methode voor het toelaatbaar maken van mediated settlement agreements in een latere procedure.

⁸⁸ 'Enforcement of the procedural condition of consenting in writing to subsequent admissibility protects the confidentiality of mediation while emphasizing what the law requires of parties and mediators who wish to produce an enforceable settlement agreement' (*Ryan v. Garcia*, 27 Cal.App.4th 1006).

⁸⁹ Zie voor rechterlijke interpretatie van section 1119 sub b, *Fair v. Bakhtiari*, 2006 WL 3627208.

⁹⁰ *Stewart v. Preston Pipeline Inc.*, 134 Cal. App. 4th 1565 (2005).

getekend, maar de verweerder zelf niet. Voldoet deze situatie aan de eis van §1123, namelijk ondertekening door de partijen? Het hof beantwoordt deze vraag bevestigend en de settlement agreement is toelaatbaar als bewijs.⁹¹

2.5.3. *Vertrouwelijkheid en aantastbaarheid*

In *Olam v. Congress Mortgage Company* was de centrale vraag of bewijs dat partijen een geldige mediated settlement agreement hadden gesloten toelaatbaar was in een procedure waarin de ene partij nakoming van de overeenkomst vorderde en de andere partij de geldige totstandkoming betwistte.⁹² Dit bewijs bestond uit wat er voorgevallen was in de mediation en een getuigenverklaring van de mediator. De partij die zich verzette tegen uitvoering van de overeenkomst deed dit met een beroep op unconscionability, omdat het *memorandum of understanding* onredelijk bezwarend voor haar zou zijn, en undue influence omdat ze niet in staat zou zijn geweest (lichamelijk, emotioneel en intellectueel) om rechtsgeldig in te stemmen met de schikking.⁹³

Deze zaak speelde bij een federaal gerecht.⁹⁴ De eerste vraag waarover de rechters zich bogen was of op de kwestie van de vertrouwelijkheid van mediation federaal of statelijk recht toegepast diende te worden. Aangezien de vertrouwelijkheidskwestie voortvloeide uit een contractuele vordering was statelijk recht toepasselijk.⁹⁵ Nu het gerecht had besloten dat de vertrouwelijkheid onder Californisch recht getoetst moest worden, was de volgende vraag of een federaal gerecht dezelfde procedures toe moest passen als de state courts zouden volgen als ze moesten nagaan of bewijs van wat is voorgevallen tijdens de mediation toelaatbaar is.⁹⁶ Het antwoord hierop was negatief.

Dus Californisch recht werd toegepast met behulp van een eigen keuze voor te volgen procedure door de federale rechter.⁹⁷ Die procedure kwam erop neer dat in plaats van de

⁹¹ Er wordt voor ondertekening dus een andere standaard aangelegd dan voor section 664.6, zie paragraaf 2.2.1.1.

⁹² *Olam v. Congress Mortgage Company*, 68 F. Supp. 2d 1110 (1999). Zie over deze zaak o.m. Alfini & McCabe 2001, p. 175 e.v.; Welsh 2001, p. 85 e.v.; Thompson 2004, p. 529 e.v. en Bailey 2000, p. 395 e.v.

⁹³ Voorafgaand aan het opstellen van een formele settlement agreement was een memorandum opgesteld. Het memorandum of understanding stelde uitdrukkelijk dat het bedoeld was als een partijen bindend document. Hiermee voldeed het dus aan §1123 sub b. Het gaf alle materiële bepalingen van de schikking weer.

⁹⁴ En valt onder de afbakening van het onderzoek, omdat het hier ging om een federal district court gevestigd in Californië en het recht van de staat Californië toegepast werd.

⁹⁵ 'The question whether the parties entered an enforceable contract at the close of the mediation session is one of contract law and there is no general federal law of contracts. The source of the norms under which the contract issues will be resolved is state law, here the law of California. In answering the question whether defendants have proved that the parties entered an enforceable agreement at the end of the mediation, the rule of decision will be supplied by the substantive law of the state of California' (*Olam v. Congress Mortgage Company*, 68 F. Supp. 2d 111 (1999)). Zie ook par. 2 van hoofdstuk 4.

⁹⁶ Federal Rules of Evidence 501, 28 U.S.C.A. geeft aan dat '(...) in civil actions and proceedings, with respect to an element of a claim or defense as to which State law supplies the rule of decision, the privilege of a witness (...) shall be determined in accordance with state law'.

⁹⁷ '(...) must federal courts, in crafting procedures designed to invade as little as possible the interests that support the state privilege law, while assaying the evidentiary importance of the otherwise protected communications, use the exact same procedures that California courts have chosen to use for this purpose? (...) an appropriate procedure in federal court would substantially parallel in effect the procedure adopted by the courts of California, and, in that parallelism, would cause no greater harm to substantive privilege interests than California courts would be prepared to cause'.

mediator *in camera* (een besloten zitting zonder partijen, hun vertegenwoordigers en publiek) te horen om te kunnen beoordelen of zijn getuigenis zinvol zou zijn, zoals dat nog gebeurd was in de eerder, door een state court, gewezen uitspraak in *Rinaker v. Superior Court*⁹⁸, de federal court er al bij voorbaat vanuit ging dat de mediator toch wel zou moeten getuigen, aangezien hij als enige een neutrale positie innam in het conflict. Maar zijn getuigenis werd wel *under seal* afgenomen om zo te kunnen beoordelen of er belangen waren die eisten dat de getuigenis van de mediator openbaar diende te worden gemaakt.⁹⁹

De federale rechter zwakte de betekenis van §1119 zeer sterk af op basis van het argument dat partijen zelf afstand hadden gedaan van het recht op vertrouwelijkheid van de mediation¹⁰⁰ en hoewel dit geenszins voldoende was om de mediator te verplichten te getuigen was dit dat wel in combinatie met het argument dat de integriteit van mediation in het algemeen ter discussie stond en slechts een getuigenis van de mediator deze nog kon redden. Immers, alleen door een getuigenis van de mediator zou de rechter in dit geval een afweging kunnen maken over de afdwingbaarheid van de schikkingsovereenkomst.¹⁰¹ Bovendien zou een getuigenis van de mediator kunnen bevestigen dat de mediation eerlijk was verlopen, wat het vertrouwen van het gerecht en het publiek in *court-sponsored* mediationprogramma's zou versterken.

De getuigenis van de mediator werd dus toegestaan. Om licht te kunnen werpen op de waarde van de undue influence-claim werd de mediator gevraagd om uitvoerig verslag te doen van de gedragingen van partijen en de omstandigheden waaronder de mediation had plaatsgevonden. De nadruk lag veel minder op een weergave van de inhoud van de uitwisselingen van partijen. De basis van de undue influence-claim was dat eiseres zich onder druk gezet voelde. Nergens werd gespecificeerd van wie die druk afkomstig was. Eiseres had nooit beweerd dat de druk afkomstig was van de wederpartij of van de mediator. Zij had slechts vaag een keer aangegeven dat ze zich door haar eigen advocaat verkeerd behandeld voelde en hem met een aansprakelijkheidsactie had bedreigd. Dit laatste was overigens reden te meer

⁹⁸ 62 Cal. App. 4th 155 (1998). *Rinaker* was de mediator in een *civil harassment* mediation. Er liep zowel een strafzaak als een civiele zaak tegen tweeminderjarige verdachten. In de civiele zaak tussen het slachtoffer en de verdachten werd getracht om door middel van mediation tot een oplossing te komen. In de mediation gaf het slachtoffer een voor de verdachten ontlastende verklaring en de verdachten wilden dat de mediator in de strafzaak zou vertellen wat het slachtoffer in de mediation had verklaard. De mediator weigerde en het gerecht besloot om zich er in een besloten zitting van te vergewissen of de getuigenis van de mediator gewenst was. Het ging hierbij om de vertrouwelijkheid van mediation aan de ene kant en het grondwettelijke recht om in een strafzaak een getuigenis in twijfel te trekken aan de andere kant.

⁹⁹ Wat betekent dat slechts de rechter op de hoogte is van de inhoud van de getuigenis.

¹⁰⁰ In overeenstemming met Cal. Evid. Code 1122 (a) (1). 'Both the plaintiff and the defendants have indicated, clearly and on advice of counsel, that they want the court to consider evidence about what occurred during the mediation, including testimony directly from the mediator, as the court resolves the issues raised by defendants' motion to enforce the settlement agreement'.

¹⁰¹ Bovendien laat de court hier heel duidelijk doorschemeren dat als een mediator niet mag getuigen over wat is voorgevallen in de mediation, de rechter zonder voldoende informatie een keuze moet maken tussen afdwingbaarheid en niet-afdwingbaarheid en dat die keuze, zeker als op het eerste gezicht de bepalingen van de mediated settlement agreement negatieve gevolgen hebben voor de partij die zich op unenforcability beroept, wel eens kan vallen op het niet afdwingbaar verklaren van de overeenkomst. Inbreuk op de vertrouwelijkheid van mediation communicatie is vloeken in de kerk in mediationland, maar het alternatief zo laat de court subtiel weten, zou nog wel eens veel nadeliger kunnen uitpakken voor de toekomst van mediation.

waarom de court wilde dat de mediator zou getuigen; de eigen advocaat van mevrouw kon door deze beschuldiging niet meer als een neutrale getuige gezien worden.

Het is een algemeen principe van Amerikaans overeenkomstenrecht, en dit geldt onverkort in Californië, dat voor een claim op basis van undue influence de wederpartij de ongeoorloofde druk en beïnvloeding moet hebben uitgeoefend of er in ieder geval weet van moet hebben gehad en het moet hebben toegestaan.¹⁰² Daar bleek ook vóór de getuigenis van de mediator helemaal niets van. Daarom is het merkwaardig dat de rechter heeft toegestaan dat de sluier van vertrouwelijkheid werd opgelicht zonder dat de bron van undue influence werd aangegeven. Zeker aangezien in principe alleen de tegenpartij als bron van ongeoorloofde druk relevant was. Puur juridisch-technisch had de vordering al geen kans van slagen.

De enige verklaring die ik voor de handelwijze van de rechtbank kan bedenken is dat zij, omdat dit de eerste zaak is waarin deze rechtbank met de problematiek van afdwingbaarheid van de settlement agreement en vertrouwelijkheid van de mediation werd geconfronteerd, deze gelegenheid meteen heeft aangegrepen om haar stempel op deze kwestie te drukken en om aan te geven wat partijen in toekomstige zaken te wachten staat. Een beslissing ten aanzien van afdwingbaarheid ter afwering waarvan een van de partijen zich beroept op onregelmatigheden tijdens de mediation kan, lijkt de rechter te willen aangeven, alleen genomen worden op basis van voldoende informatie. Die informatie moet er dus komen, ook als dat betekent dat regelgeving met betrekking tot de vertrouwelijkheid van de communicatie niet (volledig) wordt geëffectueerd. Hier komt nog bij dat de court kennelijk voor eventuele toekomstige vorderingen gebaseerd op undue influence precies aan heeft willen geven wat voor soort omstandigheden in mediationsituaties ter ondersteuning van die claim van belang zijn.¹⁰³

Dat zijn allereerst omstandigheden die de ontvankelijkheid van een partij voor undue influence betreffen. De feiten die eiseres hier aanvoerde, zoals dat zij in hevige pijn verkeerde, niet begreep wat er gebeurde tijdens de mediation, geen vragen durfde te stellen, de hele dag alleen in een kamertje gelaten werd zonder dat iemand zich om haar bekommerde, niet participeerde in de mediation, en een slechte relatie had met haar eigen advocaat werden ontkracht door de getuigen, waaronder de mediator.¹⁰⁴ In dit geval deed het eerste vereiste van undue influence, namelijk *undue susceptibility* zich dus niet voor.

Een tweede type omstandigheden ziet op situaties die op ongeoorloofde druk zouden kunnen wijzen. Het federale gerecht noemt: discussie over de settlement op een ongewoon of ongeschikt tijdstip, het voltrekken van de overeenkomst op een ongewone plaats, voortdurend gehamer op het feit dat de zaken meteen geregeld dienen te worden en extreme nadruk op de onaangename gevolgen van uitstel. Ook van deze omstandigheden was hier geen sprake. Opmerkelijk was wel dat de mediation was begonnen tussen 9 en 10 uur 's ochtends en pas om 1:00 's nachts was afgelopen. Mrs. Olam was op het moment van mediation 65 jaar. Ze was

¹⁰² Cal. Civil Code §1575, §1689 (b). Zie over het leerstuk undue influence, hoofdstuk 4, par. 3.4.4.

¹⁰³ Een claim op basis van undue influence valt in Californië in twee delen uiteen. Het eerste vereiste is dat undue susceptibility aangetoond moet worden, dus factoren die de ontvankelijkheid van een partij voor undue influence betreffen. Het tweede vereiste is het vereiste van undue pressure, de omstandigheden tijdens het sluiten van de overeenkomst. De rechter heeft kennelijk gedacht dat als hij de vereisten voor de vordering netjes in chronologische volgorde zou afwerken, hij precies kon schetsen wat naar zijn mening tijdens mediation niet dient te gebeuren, voordat hij tot de conclusie kwam dat de eis ongegrond was.

¹⁰⁴ Op de laatste omstandigheid na.

huilerig gedurende de mediation, maar volgens de mediator kwam het vaker voor dat mensen tijdens mediation huilden.

In *In re marriage of Kieturakis*, een uitspraak die aan de orde is gekomen in par. 2.4.2.1 werd weer strikt vastgehouden aan de vergaande wettelijke bescherming van mediationcommunicatie, zoals geformuleerd in *Foxgate* en *Rojas*.¹⁰⁵ Zoals het gerecht het in *Kieturakis* formuleert:

‘In choosing between a rule that may allow some unfair agreements to stand and a rule that jeopardizes all unequal agreements, we must not lose sight of the fact that California has a strong policy encouraging settlements. Given that strong policy, the rule that promotes certainty and finality must govern’.¹⁰⁶

2.6. Samenvatting en conclusie

Section 664.6 die een gestroomlijnde procedure creëert voor het afdwingen van settlement agreements die aan de vereisten van de section voldoen, is slechts beperkt bruikbaar voor het vorderen van nakoming van settlement agreements gesloten na een geslaagde mediation. Alleen mediated settlement agreements die zijn gesloten terwijl de zaak aanhangig was komen voor toepassing van § 664.6 in aanmerking. Hiervoor maakt het niet uit of de mediation op initiatief van de rechter of van partijen heeft plaatsgevonden. Maar alleen het feit dat een procedure aanhangig is gemaakt is niet voldoende. Is de mediator die oplossing van het conflict faciliteert niet bevoegd om een bindende uitspraak te doen in het geschil, wat een mediator per definitie niet is tenzij het gaat om hybride vormen van ADR zoals med-arb, dan moet de settlement schriftelijk zijn aangegaan en ondertekend zijn door alle partijen wil deze voor nakoming op basis van § 664.6 in aanmerking komen.

Voldoet de mediated settlement agreement aan de eisen van § 664.6, dan zal de rechter bij wie nakoming van de overeenkomst wordt gevraagd formeel toetsen of de overeenkomst geldig tot stand is gekomen. Bij sommige typen (familierechtelijke) zaken gaat de rechter nog verder en wordt ook gekeken of de inhoud van de settlement agreement rechtvaardig en redelijk is voordat opname van de overeenkomst in een rechterlijk vonnis plaatsvindt.

Voor sommige rechtsgebieden gelden speciale bepalingen, verspreid over diverse wetten, die afwijkende regels geven voor de afdwingbaarheid van mediated settlement agreements.

Valt een mediated settlement niet onder section 664.6 of onder een speciale wettelijke bepaling, dan gelden de algemene regels voor het afdwingen van overeenkomsten. In geval van niet-nakoming kan een vordering uit wanprestatie worden ingesteld met eventueel de mogelijkheid, als geen feitelijke kwesties openstaan, tot het verkrijgen van een summary judgment.

Er is geen wettelijke regeling voor inperking of uitbreiding van het bestaande overeenkomstenrecht als het aantasting van mediated settlements betreft. Ook in de rechtspraak

¹⁰⁵ *In re marriage of Kieturakis*, 138 Cal. App. 4th 56 (2006). Het gerecht in eerste aanleg had de mediator opgeroepen als getuige, onterecht zo vond de appelinstantie. Maar uiteindelijk had het geen consequenties, omdat de rechter zonder de getuigenis van de mediator tot hetzelfde oordeel zou zijn gekomen.

¹⁰⁶ 138 Cal. App. 4th 56, 87 (2006), onder verwijzing naar *Stewart v. Preston Pipeline, Inc.*, 134 Cal. App. 4th, p. 1583.

wordt benadrukt dat op aantasting van mediated settlement agreements dezelfde regels van toepassing zijn als gewoonlijk op overeenkomsten. Door partijen die een settlement agreement wilden aantasten zijn een aantal omstandigheden aangevoerd die zo'n uitbreiding zouden kunnen rechtvaardigen. In reactie hierop hebben de Californische gerechten tot nu toe geoordeeld dat zolang die omstandigheden niet aan de vereisten van bestaande leerstukken voor aantasting van overeenkomsten voldoen, deze geen mogelijkheid bieden om onder de settlement uit te komen. Sterker nog, recentelijk is geoordeeld dat aan aantasting van een mediated settlement hogere eisen moeten worden gesteld dan aan aantasting van een 'gewone' schikking, omdat partijen bij mediation in hun onderhandelingen worden begeleid en er daarom minder risico zou bestaan dat de procedure of het resultaat oneerlijk of onbillijk is.

Ten aanzien van de vertrouwelijkheid van mediationcommunicatie en de toelaatbaarheid van getuigenissen van deelnemers aan de mediation in latere procedures, zijn de wettelijke regels streng. De mediator heeft een verschoningsrecht en er is een algemeen verbod op het openbaar maken van mediationcommunicatie. Dit geldt ook voor de mediator; hij mag achteraf niets verklaren over de mediation aan een gerecht dat een bindende uitspraak kan geven in het geschil. Overigens kunnen partijen wel afstand doen van de bescherming van de vertrouwelijkheid van mediation, mits dit uitdrukkelijk gebeurt. Hoofdregel is dat als geen afstand van het recht op vertrouwelijkheid is gedaan, alle mediationcommunicatie vertrouwelijk is.

Toch geeft de rechtspraak wel uitzonderingen op het bepaalde in de wet. Het verbod op een getuigenis van de mediator werd omzeild, gebaseerd op het argument dat partijen uitdrukkelijk afstand hadden gedaan van het recht op vertrouwelijkheid van de mediation en het feit dat de integriteit van het mediationproces ter discussie stond. Ook in het geval het recht op vertrouwelijkheid van de mediation moet worden afgewogen tegen een grondwettelijk recht, kan het zijn dat de vertrouwelijkheid van mediation het onderspit delft. Maar uit twee later gewezen zaken blijkt dat rechterlijke uitzonderingen op de wettelijke bepalingen inzake vertrouwelijkheid slechts zeer beperkt gemaakt zullen worden.

Schriftelijk aangegane settlement agreements volgend op een geslaagde mediation zijn toelaatbaar als bewijs en worden niet beschermd tegen openbaarmaking, mits ze voldoen aan de wettelijke vereisten. Om onregelmatigheden in het mediationproces aan te tonen mag dus gebruik worden gemaakt van de op schrift gestelde schikkingsovereenkomst. De vraag is echter wat de waarde hiervan zal zijn.

Mondelinge settlements daarentegen zijn niet toelaatbaar als bewijs, tenzij de inhoud of de totstandkoming daarvan op een volgens de wet vastgestelde wijze is vastgelegd. Dit om te voorkomen dat partijen die zich beroepen op een totstandgekomen mondelinge overeenkomst, ten bewijze van het bestaan daarvan mediationcommunicatie naar buiten brengen. Is de inhoud of het bestaan van de schikkingsovereenkomst vastgelegd dan is openbaarmaking van uitwisselingen gedaan tijdens de mediation niet nodig. Immers, dan is bewijs voorhanden dat het bestaan van de overeenkomst aantoonbaar is.

3. FLORIDA

3.1. Inleiding

Bij de bespreking van het recht van Florida is het belangrijk om het onderscheid tussen court-ordered, court-annexed, en private mediation in het oog te houden.¹⁰⁷ Hoofdstuk 44 van de Florida Statutes (titel V) geeft een regeling voor court-ordered mediation. Het regelt wanneer een zaak verwezen kan worden naar mediation en regelt begin, verloop en einde van de mediation alsook de vertrouwelijkheid. Er wordt een faciliterende definitie van mediation gehanteerd.¹⁰⁸ De regelgeving voor court-ordered mediation in de Florida Statutes dateert uit 1987 en is later aangevuld met procedurele regels vastgelegd in de Florida Rules of Civil Procedure. De Florida Rules of Civil Procedure gelden voor alle civiele procedures (behalve de zaken die onder de Florida Family Law Rules of Procedure vallen) in de *circuit* en *county courts* (de laagste statelijk gerechten).¹⁰⁹ Court-ordered mediation wordt in de Rules of Civil Procedure gedefinieerd als mediation waarnaar verwezen wordt door de rechter op diens initiatief, vrijwillig dan wel onvrijwillig, of op verzoek van partijen.¹¹⁰ De procedurele aspecten van mediation in familierechtelijke zaken worden geregeld in de Family Law Rules of Procedure. Onder familierechtelijke zaken vallen onder meer alle geschillen die voortvloeien uit echtscheiding, zoals alimentatie, gezag en bezoeksregelingen.¹¹¹ De regelgeving betreffende mediation in Florida behoort tot de meest veelomvattende van de Verenigde Staten.¹¹² Bovendien zijn in Florida omvangrijke gedragsregels opgesteld voor mediators: de Florida Rules for Certified and Court-Appointed Mediators.¹¹³

In 2001 werden in Florida meer dan 100.000 zaken naar aan gerechten verbonden (*court-connected*) mediationprogramma's verwezen.¹¹⁴ Alle twintig *judicial circuits* in Florida maken gebruik van een vorm van court-connected mediation om zo de belasting op het judiciële apparaat te verminderen.¹¹⁵ In december 2005 hadden 18.000 mensen een mediationtrainingprogramma gevolgd, waarvan er in 2005 ongeveer vierduizend actief waren als mediator. Tussen 1992 en 2005 werd 74 keer een klacht tegen een mediator in behandeling genomen door het Florida Dispute Resolution Center. 24 hiervan gingen over het feit dat de zelfbeschikking van partijen in de mediation niet voldoende werd gerespecteerd, 25 klachten

¹⁰⁷ Par. 4 van het inleidende hoofdstuk.

¹⁰⁸ 'Mediation' means a process whereby a neutral third person called a mediator acts to encourage and facilitate the resolution of a dispute between two or more parties. It is an informal and nonadversarial process with the objective of helping the disputing parties reach a mutually acceptable and voluntary agreement. In mediation, decisionmaking authority rests with the parties. The role of the mediator includes, but is not limited to, assisting the parties in identifying issues, fostering joint problem solving, and exploring settlement alternatives' (Fla. St. Ann. §44.1011 (2)). Zie ook Welsh 2001, p. 34-35. Zie over faciliterende mediation, hoofdstuk 2, par. 4.1.

¹⁰⁹ Fla. R. Civ. P., Rule 1.010. In de appelprocedure gelden de Florida Rules of Appellate Procedure, Fla. R. App. P., Rule 9.010. De circuit courts zijn te vergelijken met de Nederlandse rechtbanken. De county courts hebben een beperktere bevoegdheid, zie voor meer informatie en het precieze onderscheid, hoofdstuk 4, par. 2, voetnoot 6.

¹¹⁰ Fla.R.Civ.P. Rule 1.710 (b). Berman 2007, 4 FLPRAC R. 1.710 (b). Dit komt overeen met de definitie van court-ordered mediation die ik heb gehanteerd in dit onderzoek, zie hoofdstuk 1, par. 4.

¹¹¹ Rule 12.010 (a) Family Law Rules of Procedure.

¹¹² Tetunic 2003, p. 90; Biltman 1996, p. 44.

¹¹³ Zie hoofdstuk 2, par. 6.2. voor een korte beschrijving.

¹¹⁴ Tetunic 2003, p. 90.

¹¹⁵ Vitakis-Valchine v. Valchine, 793 So.2d 1094.

betroffen het geven van ongepast professioneel advies door de mediator en ook werd er geklaagd over vermeende partijdigheid van de mediator.¹¹⁶

3.2. Vereisten

Bij de vraag aan welke vereisten een settlement moet voldoen, moet het onderscheid worden gemaakt tussen court-ordered en non-court ordered mediation. Court-ordered mediation is wettelijk geregeld, materieelrechtelijk in titel V van de Florida Statutes en procesrechtelijk in de Rules of Civil Procedure, en deze regelgeving stelt een aantal eisen aan de settlement agreement. De materieelrechtelijke regels in de Statutes zijn overigens beperkt tot regels over de vertrouwelijkheid en de kosten van mediation. De materieelrechtelijke aspecten van de settlement worden beheerst door het overeenkomstenrecht.

Voor private en court-annexed mediations (dus mediations waarbij niet door de rechter is verwezen) gelden de gewone regels voor settlements onverkort. Dit betekent dus dat de paragrafen die de procesrechtelijke regels van mediated settlements bespreken slechts gelden voor court-ordered mediation. Voor non-court-ordered mediation gelden de algemene regels voor settlements zoals beschreven in hoofdstuk 4. De regelgeving betreffende court-ordered mediation kan vervolgens weer worden onderscheiden naar gelang het geschillen op vermogensrechtelijk dan wel familierechtelijk gebied betreft.

3.2.1. Vermogensrecht

Op vermogensrechtelijk gebied is Rule 1.730 van de Florida Rules of Civil Procedure van belang. Deze regel luidt in zijn geheel:

‘(a) No Agreement. If the parties do not reach an agreement as to any matter as a result of mediation, the mediator shall report the lack of an agreement to the court without comment or recommendation. With the consent of the parties, the mediator's report may also identify any pending motions or outstanding legal issues, discovery process, or other action by any party which, if resolved or completed, would facilitate the possibility of a settlement.

(b) Agreement. If a partial or final agreement is reached, it shall be reduced to writing and signed by the parties and their counsel, if any. The agreement shall be filed when required by law or with the parties' consent. A report of the agreement shall be submitted to the court or a stipulation of dismissal shall be filed. By stipulation of the parties, the agreement may be electronically or stenographically recorded. In such event, the transcript may be filed with the court. The mediator shall report the existence of the signed or transcribed agreement to the court without comment within 10 days thereof. No agreement under this rule shall be reported to the court except as provided herein.

(c) Imposition of Sanctions. In the event of any breach or failure to perform under the agreement, the court upon motion may impose sanctions, including costs, attorneys' fees, or other appropriate remedies including entry of judgment on the agreement’.

¹¹⁶ Young 2006, p. 749 e.v.

De interpretatie van Rule 1.730 (b) stond centraal in twee uitspraken van de *district courts*.¹¹⁷ In *Jordan v. Adventist Health System/Sunbelt, Inc.* was het probleem dat de handtekeningen van de raadslieden van partijen ontbraken.¹¹⁸ De vraag was of dit per definitie betekende dat de overeenkomst niet afdwingbaar was. Dat was naar het oordeel van de court niet het geval. De mediationregelgeving mocht de handtekening van raadslieden dan wel voorschrijven, maar het gerecht wilde niet toestaan dat een procederende partij onder verplichtingen aangegaan in mediation uit zou kunnen door zich te beroepen op een van de vele technische details van de mediationregelgeving. Wat in deze zaak waarschijnlijk van belang was, is dat er al een voorlopige schikking tot stand was gekomen die voldoende duidelijk was om afdwingbaar te zijn, en partijen al hadden gepresteerd door te trachten een slotdocument tot stand te brengen. Toen dit niet binnen de in de voorlopige overeenkomst afgesproken twee weken lukte, stelde een van de partijen een vordering tot nakoming van de voorlopige schikking in. De wederpartij voerde verweer door onder andere te stellen dat de voorlopige overeenkomst niet afdwingbaar was door het gebrek aan handtekeningen van de raadslieden. De rechter redeneerde dat als Rule 1.730 er niet was geweest, de ontbrekende handtekeningen overbodig waren geweest. Een in mijn ogen nogal typisch argument om toepasselijke regelgeving buiten beschouwing te laten.

Deze uitspraak betekende ook een gedeeltelijke breuk met de benadering uit *Gordon v. Royal Caribbean Cruises*, een uitspraak van een jaar eerder.¹¹⁹ Na het doorlopen van court-ordered mediation rapporteerde de mediator aan de rechtbank dat partijen geen overeenstemming hadden bereikt. Een van partijen dacht daar anders over en wenste nakoming van de volgens haar wel degelijk totstandgekomen schikking.¹²⁰ De mediated settlement agreement werd niet afdwingbaar verklaard omdat de handtekening van een partij ontbrak (de raadslieden hadden wel getekend). De *Jordan*-court onderscheidt beide zaken vervolgens door op te merken dat in *Gordon* de partijen nog niet gepresteerd hadden onder de voorlopige overeenkomst.

In een uitspraak een paar jaar na *Gordon* en *Jordan* komt de *Fourth District Court in City of Delray Beach v. Keiser* tot de conclusie dat in het geval slechts de advocaat van een van de partijen, maar niet de partijen zelf de mediated settlement agreement hadden getekend, de schikkingsovereenkomst niet afdwingbaar was.¹²¹ De rechter behandelt én *Gordon* én *Jordan*, en komt tot de afweging dat het ontbreken van de handtekeningen van beide partijen geen technisch detail is dat aan afdwingbaarheid niet aan de weg mag staan. Tot deze zelfde conclusie komt ook de rechter in *Scott v. Tischler*, waar werd bepaald dat het ontbreken van de handtekening van een van de partijen geen technische detail is, maar een wezenlijk gebrek dat verhindert dat een geldige overeenkomst tot stand komt.¹²²

Deze rechtspraak maakt duidelijk dat de technische eisen waaraan de mediated settlement moet voldoen, bedoeld om geschillen over de schikking terug te dringen en duidelijkheid te creëren, het effect hebben dat juist geprocedeerd wordt over deze vereisten. De

¹¹⁷ De district courts zijn de appelinstantie.

¹¹⁸ *Jordan v. Adventist Health System/Sunbelt, Inc.*, 656 So. 2d 200.

¹¹⁹ *Gordon v. Royal Caribbean Cruises LTD.*, 641 So. 2d 515 (1994).

¹²⁰ Een variatie op dit thema deed zich voor in *Vance v. Thomas*, 829 So. 2d 319 (Fla. Dist. Ct. App. 2002). De advocaat was van mening dat een settlement tot stand was gekomen, terwijl zijn cliënt dit bestreed.

¹²¹ *City of Delray Beach v. Keiser*, 22 Fla. L. Weekly D2298 (1997).

¹²² *Scott v. Tischler*, 882 So. 2d 461 (4th district 2004).

vraag is of dit opweegt tegen de conflicten die door dit artikel (misschien) worden voorkomen.¹²³

3.2.2. *Familierecht*

Vóór 1996 gold voor court-ordered mediation in familiezaken Rule 1.740 van de Florida Rules of Civil Procedure. Deze regeling is inmiddels vervangen door Rule 12.740 van de Family Law Rules of Procedure. Voor wat betreft de afdwingbaarheid van mediated settlement agreements zijn de regelingen op hoofdlijnen identiek.

Rule 12.740 behelst regelgeving op het gebied van mediation in familiezaken en aanverwante kwesties en komt er in het kort op neer dat alle familiekwesties verwezen mogen worden naar mediation, tenzij wet- of regelgeving anders bepaalt. De mediator mag met de instemming van partijen beslissen dat de mediation wordt gehouden zonder de aanwezigheid van raadsman of -vrouwen, tenzij de rechter anders besluit. Ook bij mediation in familiezaken geldt dat de overeenkomst schriftelijk moet worden aangegaan en moet worden ondertekend door partijen en hun eventuele advocaten en moet worden overlegd aan de rechtbank, tenzij partijen anders zijn overeengekomen.

12.740 (f) (1) bepaalt dat indien de raadsman niet aanwezig was bij mediation, er binnen tien dagen bezwaar gemaakt kan worden tegen de settlement.¹²⁴ In afwezigheid van een tijdig schriftelijk bezwaar wordt de overeenkomst geacht goedgekeurd te zijn door de advocaten van partijen en zal de mediator de settlement indienen bij het verwijzend gerecht. Wanneer goedkeuring van de rechter geen vereiste is, bindt de overeenkomst partijen op het moment van registratie bij het gerecht. Wanneer rechterlijke goedkeuring wel vereist is, bindt de overeenkomst partijen op het moment van goedkeuring.¹²⁵ In allebei de gevallen zal de overeenkomst opgenomen worden in de uiteindelijke uitspraak in de zaak (12.740 (f) (2)). Komen partijen niet tot overeenstemming dan meldt de mediator dit bij het verwijzende gerecht zonder commentaar of aanbevelingen (12.740 (f) (3)).

Aan de vereisten uit Rule 1.740 werd in de rechtspraak strikt de hand gehouden. In een zaak uit 1995, dus vallend onder de oude regeling, waren partijen tot overeenstemming gekomen tijdens een mediationssessie. De overeenkomst was mondeling aangegaan en nog niet op schrift gesteld. Wel was de overeenkomst voorgedragen voor een *court reporter*.¹²⁶ Kort na het bereiken van de overeenstemming krijgt de vrouw spijt van de schikking. Zij weigert de inmiddels door de mediator op schrift gestelde overeenkomst te ondertekenen. De man stelt

¹²³ Zie ook Thompson 2004, p. 544.

¹²⁴ Het gaat hier dus niet om een algemene afkoelingsperiode, zoals ook duidelijk wordt uit Kalof v. Kalof, waarover later meer.

¹²⁵ Rechterlijk goedkeuring wordt vereist door Fla. Stat. Ann. 61.183. Deze bepaling ziet op mediation van betwiste kwesties (kinderalimentatie en gezag) in echtscheidingszaken. Het relevante gedeelte van deze section luidt: '(2) If an agreement is reached by the parties on the contested issues, a consent order incorporating the agreement shall be prepared by the mediator and submitted to the parties and their attorneys for review. Upon approval by the parties, the consent order shall be reviewed by the court and, if approved, entered. Thereafter, the consent order may be enforced in the same manner as any other court order'. De rechtbank heeft tot aan de uiteindelijke uitspraak in de zaak de mogelijkheid om als het belang van het kind dit eist de settlement van partijen nog te wijzigen. De schikking bindt de rechter dus nog niet op het moment van zijn goedkeuring (Wayno v. Wayno, 756 So. 2d 1024 (2000)).

¹²⁶ Zie voetnoot 32.

vervolgens een motion in tot nakoming. De rechter in eerste aanleg wijst de vordering toe, maar de uitspraak wordt in hoger beroep vernietigd omdat niet was voldaan aan de eisen uit Rule 1.740. Gevolg was dat de schikking partijen niet bond.¹²⁷

In *Kalof v. Kalof* ging het om interpretatie van de nieuwe Rule 12.740 (f) (1).¹²⁸ De court legt uit dat deze regel ziet op de zeldzame omstandigheid dat de advocaat van een van partijen weggaat voordat de mediationssessie beëindigd is. De partij die zijn raadsman ziet vertrekken kan de schikking tekenen onder voorbehoud van goedkeuring door zijn raadsman, wat betekent dat als de raadsman bezwaren ziet hij dat binnen tien dagen aan moet geven. In deze zaak werd aangevoerd dat Rule 12.740 gezien moest worden als algemene tijdslimiet voor het instellen van een vernietigingsactie. Na de termijn van tien dagen zou aantasting van de settlement niet meer mogelijk zijn. Deze benadering wordt verworpen. Ook de benadering dat de regel betekent dat na ondertekening door partijen en hun advocaten een ieder gedurende een periode van tien dagen nog van de overeenkomst af kan, is niet juist. Rule 12.740 creëert dus niet een algemeen herroepingsrecht.¹²⁹

3.3. Executoriale titel

Florida kent geen wettelijke bepaling die een algemene regel geeft voor het afdwingen van nakoming van settlement agreements. Indien een partij bij een schikking niet presteert, is het algemene overeenkomstenrecht van toepassing en dient dus een vordering tot nakoming ingesteld te worden. Voor mediated settlement agreements zou dit betekenen dat ook indien de mediation plaatsvond terwijl de zaak aanhangig was bij de rechter, een partij toch bij niet-nakoming door de andere partij een aparte vordering moet instellen.

Maar de Florida Rules of Civil Procedure geven een regeling voor de mogelijkheid van het afdwingen van nakoming van mediated settlement agreements totstandgekomen in court-ordered mediation. Rule 1.730 bepaalt in sub c:

'In the event of any breach or failure to perform under the agreement, the court upon motion may impose sanctions, including costs, attorneys' fees, or other appropriate remedies including entry of judgment on the agreement.'¹³⁰

Deze regel vond toepassing in *Croteau v. Operator Service Company of South Florida*.¹³¹ In deze zaak had court-ordered mediation plaatsgevonden en het resultaat daarvan was een ondertekende settlement. Een van partijen weigerde na te komen en stelde dat zij niet gebonden was aan de overeenkomst. De wederpartij diende een motion in bij de rechter in eerste aanleg en vorderde nakoming van de settlement. Het indienen van zo'n motion wordt geautoriseerd

¹²⁷ *Graves v. Graves*, App. 2 Dist., 649 So.2d 284 (1995).

¹²⁸ *Kalof v. Kalof*, 840 So. 2d 365 (2003).

¹²⁹ Zie ter vergelijking Fla. Stat. Ann. §627.7015 (6), een bepaling die ziet op mediation in verzekeringszaken. 'Mediation is nonbinding; however, if a written settlement is reached, the insured has 3 business days within which the insured may rescind the settlement unless the insured has cashed or deposited any check or draft disbursed to the insured for the disputed matters as a result of the conference. If a settlement agreement is reached and is not rescinded, it shall be binding and act as a release of all specific claims that were presented in that mediation conference'.

¹³⁰ Fla. R. Civ. P., Rule 1.730.

¹³¹ 721 So.2d 386 (Fla.App. 4 Dist., 1998).

door Florida Rule of Civil Procedure 1.730(c). Dit artikel rechtvaardigt sancties indien een partij overeenkomsten gesloten na een (geslaagde) mediation niet nakomt. Een van de mogelijke sancties is 'entry of a judgment on the agreement'. De rechtbank wees de motion tot nakoming overigens af.¹³²

In een andere zaak die het afdwingen van nakoming van mediated settlement agreements tot onderwerp had, is beslist dat op grond van Rule 1.730, naast de mogelijkheid tot het afdwingen van nakoming, ook de mogelijkheid bestaat om vernietiging van de settlement agreement te vragen, zonder dat daarvoor het instellen van een aparte vordering noodzakelijk is.¹³³ In deze zelfde zaak werd overigens ook opgemerkt dat de gerechten in Florida kwesties met betrekking tot de afdwingbaarheid van settlements waarop Rule 1.730 niet van toepassing was, toch routinematig hebben opgelost door vorderingen tot nakoming te behandelen in de lopende zaak in plaats van te verlangen dat een aparte vordering werd ingesteld, dus naar analogie van Rule 1.730.

3.3.1. Sancties

Rule 1.730(c) van Florida Rules of Civil Procedure voorziet in de mogelijk om sancties op te leggen aan een partij die de afspraken uit de schikking totstandgekomen tijdens court-ordered mediation niet nakomt. Zoals eerder blijkt kan die sanctie bestaan uit een veroordeling tot nakoming. Maar ook de proceskosten die een partij maakt bij het afdwingen van een mediated settlement agreement kunnen verhaald worden op de wanpresterende wederpartij.¹³⁴ De rechter heeft onder Rule 1.730 discretionaire bevoegdheid bij het al dan niet opleggen van sancties.¹³⁵

Sancties op basis van Rule 1.730 moeten onderscheiden worden van de situatie dat een rechter sancties op legt in geval een partij niet aanwezig is bij een mediationssessie. Dit is mogelijk op grond van Fla.R.Civ.P. Rule 1.720(b). Maar hier heeft de court indien blijkt dat een goede reden voor afwezigheid ontbreekt, de plicht om sancties op te leggen.¹³⁶

3.4. Aantasting

Wat is nu precies de status van een mediated settlement agreement in vergelijking met een settlement waaraan geen mediator te pas is gekomen? Is een mediated settlement agreement van een hogere orde omdat deze tot stand is gekomen onder supervisie van een mediator? Of is bij het aantasten van schikkingsovereenkomsten totstandgekomen tijdens mediation het algemene overeenkomstenrecht onverkort van toepassing? Maakt het hierbij nog uit of er een beroep op een wilsgebrek wordt gedaan? De antwoorden op deze vragen hebben zich in de rechtspraak uitgekristalliseerd.

¹³² Vervolgens werd ook bepaald dat een uitspraak van een rechter waarin een vordering tot nakoming van de mediated settlement agreement werd afgewezen, een gedeeltelijk eindvonnis is waartegen hoger beroep open staat.

¹³³ *Stamato v. Stamato*, 818 So.2d 662, 664 (Fla.App. 4 Dist., 2002).

¹³⁴ *Lazy Flamingo, USA, Inc. v. Greenfield*, 28 Fla. L. Weekly D243 (2003).

¹³⁵ *Trowbridge v. Trowbridge*, 674 So.2d 928 (1996).

¹³⁶ Fla.R.Civ.P. Rule 1.720(b). Zie ook *Carbino v. Ward*, 801 So.2d 1028 (2001).

3.4.1. Toetsing van de totstandkoming

In *Crupi v. Crupi* bepaalde de rechter in een echtscheidingszaak dat de mogelijkheden tot aantasting van schikkingsovereenkomsten gesloten in mediation beperkt waren.¹³⁷ Er dient bij het vernietigen van schikkingen gesloten tijdens mediation nog meer terughoudendheid in acht te worden genomen dan bij niet-mediated settlements. Immers, zo lijkt de court te redeneren, zolang totstandkoming van een settlement agreement heeft plaatsgevonden onder het toeziende oog van een gecertificeerde mediator en in de context van een al aanhangige echtscheidingszaak, zijn er meer waarborgen dan bij een overeenkomst die zonder de bijstand van een geschoolde derde vorm krijgt. De rechter concludeert dat de aantastingsgronden voor de settlement in court-annexed mediation beperkt moeten worden tot de wilsgebreken.¹³⁸ Er is geen ruimte meer voor afwegingen dat de overeenkomst oneerlijk of onredelijk zou zijn ten opzichte van een van beide partijen.¹³⁹

In de volgende paragrafen zal onderzocht worden op welke wilsgebreken het meest een beroep wordt gedaan tijdens vernietigingsacties volgend op mediated settlement agreements. De volgende kwestie is dan wat zich precies voordoet in de mediation en hoe gevoelig de rechter is voor partijen die zich beroepen op onregelmatigheden in de mediation en de schikking wensen te vernietigen.

3.4.1.1. Duress en undue influence

Tijdens een lange mediation sessie, waarin de voormalige echtgenoten tot een verdeling van de huwelijksgemeenschap proberen te komen, stuurt de vrouw de man een briefje met de volgende tekst: 'If you can't agree to this, the kids will take what information they have to whomever to have you arrested, etc. Although I would get no money if you were in jail, you wouldn't also be living freely as if you did nothing wrong'.¹⁴⁰ De zaak wordt geschikt. De vrouw krijgt 128.000 dollar, de man 10.000 dollar. De vrouw ziet het briefje als een 'wake-up call' en niet als chantage. De rechtbank volgt haar en komt tot de conclusie dat de onevenredige verdeling van de huwelijksgoederen geen gevolg is van het briefje, omdat de man na ontvangst van het briefje nog dooronderhandeld zou hebben en pas een vordering tot vernietiging zou hebben ingesteld, nadat een verzoeningspoging met zijn vrouw was mislukt. Het hof ziet de zaak anders en gaat er wel degelijk vanuit dat de instemming van de man met de schikking het directe gevolg is van dit dreigement en vernietigt de settlement.¹⁴¹

Ging het in bovenstaande zaak voornamelijk om de vraag van het oorzakelijke verband tussen het dreigement en de gewraakte schikking, in *Crupi v. Crupi* gaat het voornamelijk om de vraag welke omstandigheden duress opleveren.¹⁴² De omstandigheden waarop de vrouw in deze zaak haar beroep duress grondde, waren dat zij erg overstuurd en angstig was, dat ze drie

¹³⁷ *Crupi v. Crupi*, 784 So.2d 611 (2001).

¹³⁸ Er was in dit geval geen sprake van misrepresentation of fraud. In de gegevens die de man had overlegd zaten wel onnauwkeurigheden en tegenstrijdigheden maar dat gold ook voor de gegevens die de vrouw had overlegd.

¹³⁹ In tegenstelling tot *Casto v. Casto*, 508 So. 2d 330 (1987). In *Casto* ging het om een *post-nuptial agreement*. Een onderzoek naar de gelijkwaardigheid van de uitwisselingen en de billijkheid van de inhoud is gangbaar bij een veroordeling tot specific performance, zie par. 3 van hoofdstuk 4.

¹⁴⁰ Het ging om een foto genomen door de man van een naakt meisje dat minderjarig leek (en het later niet bleek te zijn).

¹⁴¹ *Cooper v. Austin*, 750 So.2d 711, (Fla.App. 5 Dist., 2000).

¹⁴² *Crupi v. Crupi*, 784 So.2d 611 (2001).

anti-anxiety pillen had geslikt (twee meer dan haar normale dagelijkse dosis) op de dag van ondertekening van de mediated schikkingsovereenkomst, dat ze zich verplicht voelde om op die dag de mediation te beëindigen, maar dat niemand haar onbehoorlijk had beïnvloed en dat ze de schikkingsovereenkomst had gelezen voor deze te tekenen. Het hof komt met de rechtbank tot de conclusie dat bovengenoemde feitenconstellatie niet voldoende is om de settlement agreement te vernietigen op grond van duress. Anders, zo overweegt het hof, zouden weinig, zoniet geen, schikkingen afdwingbaar zijn.

Waarschijnlijk de meest spannende en opzienbarende uitspraak ten aanzien van aantasting van mediated schikkingsovereenkomsten in Florida (en misschien ook wel daarbuiten) is *Vitakis-Valchine v. Valchine*.¹⁴³ Zoals de naam al doet vermoeden is ook dit een familierechtelijke zaak. Ook hier doet de vrouw een beroep op duress om vernietiging van de schikking te bewerkstelligen. De vrouw beweert de overeenkomst te zijn aangegaan onder dwang van de mediator. De mediation duurde acht uur en aan het einde werd een 23 pagina's lange settlement agreement opgesteld die ondertekend werd door partijen. Beide echtelieden werden bijgestaan door een advocaat. Een maand na ondertekening van de settlement wil de vrouw van de overeenkomst af. Grond is duress van de kant van de mediator.

De feiten waren in deze zaak als volgt. Partijen hadden tijdens hun huwelijk IVF-pogingen ondergaan. De vrouw wilde de ingevroren embryo's die daarvan het resultaat waren, graag hebben (de embryo's lagen in een IVF-kliniek). De mediator gaf de vrouw echter te kennen dat de embryo's geen '*lives in being*' waren; dat de man geen kinderalimentatie zou hoeven betalen als de vrouw na de echtscheiding de embryo's zou laten plaatsen en dat de rechter zeker zou bevelen dat de embryo's zouden worden vernietigd. Ook zou de mediator op zeker moment zijn papieren op tafel hebben gegooid en hebben verklaard dat hij het opgaf. Volgens de vrouw gaf de mediator haar vervolgens te verstaan dat als ze niet met haar man tot een vergelijk zou komen, hij (de mediator) aan de rechtbank zou rapporteren dat het mislukken van de mediation aan haar te wijten was. Bovendien zou de mediator haar hebben verteld dat ze later nog de bepalingen in de overeenkomst waarmee ze het niet eens was, kon aanvechten tijdens de slotzitting in de zaak. Ook zou de mediator de vrouw hebben verteld dat zij geen recht had op bepaalde pensioenen van de man en dat ze op zijn minst \$ 70.000 kwijt zou zijn aan proceskosten om aanspraak te kunnen maken op (andere) pensioengelden van haar man, die ook nog eens zeer bescheiden zouden zijn. De vrouw gaf aan dat ze het gevoel had gehad dat ze onder enorme tijdsdruk stond tijdens de mediation. Aan het eind van de mediation zou de mediator een telefoontje hebben gekregen en hoorde ze hem zeggen: 'have a bottle of wine and a glass of drink, and a strong drink ready for me'. De vrouw verklaarde dat de mediator een aantal keer uitdrukkelijk had gezegd dat zijn dochter op het punt stond om naar *law school* te vertrekken en dat hij uiteindelijk verklaarde 'you guys have five minutes to hurry up and get out of here because that family is more important to me'. Al met al zo stelt de vrouw had ze het gevoel dat ze geen andere optie had dan de schikking te accepteren.

Zoals in de inleiding is besproken, kent Florida op grote schaal court-ordered mediation. In de Florida Rules for Certified and Court-Appointed Mediators is uitdrukkelijk

¹⁴³ *Vitakis-Valchine v. Valchine*, 793 So. 2d 1094 (Fla. Dist. Ct. App. 2001).

opgenomen dat de mediator partijen niet mag dwingen of op ongepaste wijze mag beïnvloeden.¹⁴⁴ De vraag is nu wat onder het overeenkomstenrecht de mogelijkheden voor een benadeelde partij zijn als een mediator in strijd met dit verbod handelt. De mediator is geen partij bij de schikkingsovereenkomst en wangedrag van de mediator zou geen grond zijn om de schikking te vernietigen.¹⁴⁵ Het hof overweegt het volgende:

‘The question we are confronted with in this case is whether a referring court may set aside an agreement reached in court-ordered mediation if the court finds that the agreement was reached as a direct result of the mediator’s substantial violation of the rules of conduct for mediators. We believe that it would be unconscionable for a court to enforce a settlement agreement reached through coercion or any other improper tactics utilized by a court-appointed mediator. When a court refers a case to mediation, the mediation must be conducted according to the practices and procedures outlined in the applicable statutes and rules. If the required practices and procedures are not substantially complied with, no party to the mediation can rightfully claim the benefits of an agreement reached in such a way. During a court-ordered mediation, the mediator is no ordinary third party, but is, for all intent and purposes, an agent of the court carrying out an official court-ordered function. We hold that the court may invoke its inherent power to maintain the integrity of the judicial system and its processes by invalidating a court-ordered mediation settlement agreement obtained through violation and abuse of the judicially-prescribed mediation procedures’.

Het hof geeft uitdrukkelijk aan dat nog helemaal niet duidelijk is of de beweringen van de vrouw juist zijn, daarover oordeelde het hof hier niet. Maar mocht het zo zijn dat een mediated settlement door ongeoorloofd gedrag van de mediator tot stand is gekomen, dan zou dit hof bereid zijn om op die grond de veroordeling tot nakoming te weigeren.¹⁴⁶

Het kan ook zijn dat niet de rechter maar de wetgever bepaalt dat wangedrag van de mediator een reden is voor vernietiging van de mediated settlement agreement. In de Minnesota Civil Mediation Act, daterend uit 1983, is wangedrag van de mediator een grond voor aanpassing of vernietiging van de settlement agreement.¹⁴⁷

¹⁴⁴ Florida Rules for Certified and Court Appointed Mediators, Rule 10.060(b). Zie par. 3.1 van dit hoofdstuk en par. 6.2 van hoofdstuk 2.

¹⁴⁵ Duress afkomstig van een derde is geen grond voor vernietiging, tenzij de wederpartij van de benadeelde hiervan op de hoogte is. Dat bleek niet in deze zaak. Zie par. 3.4.2.1 en 3.4.3 van hoofdstuk 4.

¹⁴⁶ De mogelijkheid van gerechten om het gedrag van partijen en hun advocaten te reguleren en te bestraffen is een algemeen aanvaarde regel in het Amerikaanse rechtssysteem. Deze bevoegdheid wordt vaak vastgelegd in procedurele regels of de wet, zoals 28 U.S.C. §1927 (2001) (authorizing federal courts to assess excess costs, expenses, and attorneys’ fees against attorney who ‘unreasonably and vexatiously’ multiplies court proceedings) en 18 U.S.C. §401 (2001) (codifying federal courts’ discretionary contempt power) (Weston 2003, p. 34).

¹⁴⁷ M.S.A. §572.36: ‘In any action, a court of competent jurisdiction shall set aside or reform a mediated settlement agreement if appropriate under the principles of law applicable to contracts, or if there was evident partiality, corruption, or misconduct by a mediator prejudicing the rights of a party. That the relief could not or would not be granted by a court of law or equity is not ground for setting aside or reforming the mediated settlement agreement unless it violates public policy’. Bovenstaand wetsartikel is niet de enige aanpassing van het overeenkomstenrecht die de staat Minnesota heeft gemaakt. M.S.A. §572.35 bepaalt: ‘The effect of a mediated settlement agreement shall be determined under principles of law applicable to contract. A mediated settlement agreement is not binding

3.4.1.2. Mistake

In *Sponga v. Warro*¹⁴⁸ ging het om een vermeend geval van unilateral mistake. Mevrouw Warro was betrokken bij een auto-ongeluk met de heer Sponga. Ze stelde een vordering uit nalatigheid in jegens Sponga om schadevergoeding te krijgen voor verwondingen vermeend opgelopen door het ongeluk. De behandelende arts van mevrouw Warro vergist zich (dat wil zeggen een cruciaal gedeelte van zijn schriftelijke advies blijkt weggefallen) en stelt dat de pijn en ongemak die Warro in haar schouder ervaart niet komen door het ongeluk, maar door een al bestaande aandoening en dat opereren geen zin heeft. Op basis van deze informatie komen de heer Sponga en mevrouw Warro tijdens mediation tot een schikking die wordt opgenomen in een *order of dismissal* van de rechter. Later komt de vergissing van de arts aan het licht en mevrouw wil van de schikking af. Cruciaal in deze casus is dat mevrouw Warro eerder van de arts te horen had gekregen dat zij wel geopereerd moest worden en dat ze dus niet zomaar op het tweede hiermee tegenstrijdige advies had mogen afgaan. Het gerecht komt tot de conclusie dat mevrouw Warro de overeenkomst is aangegaan gebaseerd op een unilateral mistake maar weigert om op deze grond de schikking te vernietigen. De court overweegt dat geschillen die geschikt worden tijdens mediation buitengewoon ongeschikt zijn voor een ruime toepassing van een regel die vernietiging van schikkingen toestaat op basis van unilateral mistake.¹⁴⁹ Het gerecht formuleert het als volgt:

‘Mediation, like arbitration, is an alternative dispute resolution device. It is not to be engaged in casually or carelessly. The decision to engage in mediation and to settle at mediation means that remedies and options otherwise available through the judicial system are foregone. The finality of it once the parties have set down their agreement in writing is critical’.¹⁵⁰

In de volgende te bespreken zaak schikt een partij in mediation. Later blijkt dat zij een voor haar gunstige rechterlijke uitspraak had gemist, omdat deze naar een verkeerd adres was gestuurd. Toen deze mevrouw Stamato de schikking aanging was zij door de ambtelijke

unless: (1) it contains a provision stating that it is binding and a provision stating substantially that the parties were advised in writing that (a) the mediator has no duty to protect their interests or provide them with information about their legal rights; (b) signing a mediated settlement agreement may adversely affect their legal rights; and (c) they should consult an attorney before signing a mediated settlement agreement if they are uncertain of their rights; or (2) the parties were otherwise advised of the conditions in clause (1)’. Indien de magische bewoording ontbreekt, nml. de verklaring dat de settlement bindend is, is de overeenkomst dus niet geldig. Zie *Haghighi v. Russian-American Broadcasting Co.*, 173 F.3d 1086 (1999). Zie voor een bespreking van de *Haghighi*-case: *Coben & Thompson* 1999, p. 299 e.v. In *Haghighi* ging het om een oude versie van M.S.A. §572.35 (van voor augustus 1999). Maar de magische bewoording als vereiste staat in beide versies van de tekst.

¹⁴⁸ *Sponga v. Warro*, 698 So.2d 621 (1997).

¹⁴⁹ De rechter geeft wel aan dat mediated settlements vernietigbaar kunnen zijn op basis van unilateral mistake, maar niet in dit geval. Mevrouw Warro had volgens de court niet voldoende zorgvuldigheid in acht genomen bij haar vertrouwen op de uitlatingen van de arts. De regel waar het hier om gaat is Fla. R. Civ. P. Rule 1.540 (b) (*Relief from judgment, decrees, or orders*). Opgemerkt dient wel dat unilateral mistake een wat moeizaam wilsgebrek is dat door rechters, zeker in het verleden, als grond voor aantasting van overeenkomsten altijd schoorvoetend is toegepast (Farnsworth 2004, p. 614). Zie uitgebreid voor unilateral mistake, par. 3.4.5.3 van hoofdstuk 4.

¹⁵⁰ Zie ook *Guzman v. Ghahramani*, 768 So. 2d 535 (2000). In deze zaak werd bepaald dat unilateral mistake onvoldoende is om onder nakoming van een duidelijke overeenkomst uit te komen.

vergissing niet op de hoogte van het feit dat haar motion voor *punitive damages* was toegewezen.¹⁵¹ Zij vordert daarom vernietiging van de schikkingsovereenkomst op grond van unilateral mistake. De vordering wordt in beide instanties afgewezen omdat mevrouw Stamato wist dat zij op het moment dat ze de schikking aanging beperkte kennis had van de feiten, maar deze beperkte kennis toch als voldoende behandelde. Voor haar staat vernietiging op grond van unilateral mistake niet open, omdat zij niet de gepaste zorg heeft betracht.¹⁵²

Feldman v. Kritch and State Farm betreft weer een mediation naar aanleiding van een auto-ongeluk.¹⁵³ Een automobilist en een verzekeraar komen in mediation tot een schikking. De schikking bepaalde: 'State Farm to pay plaintiff \$ 75.000 by 2:00 p.m. on 7/20/01. Plaintiff to execute full release and file dismissal with prejudice'.¹⁵⁴ Na de mediation wil State Farm (de verzekeraar) van de schikking af. De verzekeraar stelt zich op het standpunt dat er een vergissing is gemaakt en dat van die \$ 75.000 een bedrag van \$ 40.000 (wat al eerder aan Feldman was betaald) afgetrokken had moeten worden. De rechtbank concludeerde dat het hier leek te gaan om een geval van mutual mistake. Maar het hof oordeelde dat de bewoording van de schikking duidelijk was en dat tijdens de mediation niet gesproken was over een tegenvordering van \$ 40.000, en kwam dus tot de conclusie dat het slechts ging om een unilateral mistake van State Farm met de volgende consequenties: 'It is never the role of the trial court to rewrite a contract to make it more reasonable for one of the parties or to relieve a party from what turns out to be a bad bargain'.

3.4.2. *Toetsing van de inhoud*

Buiten toetsing aan de klassieke totstandkomingsgebreken zoals de wilsgebreken, zijn er nog andere gronden waarop nakoming van een settlement door de rechter geweigerd zou kunnen worden, bijvoorbeeld vanwege de onbillijkheid van de inhoud van de settlement. Dit type zaken wordt hieronder besproken.

3.4.2.1. Vermogensrecht

In de eerste te bespreken uitspraak gaat het om rechterlijke aanpassing van een mediated settlement agreement. Als partijen bij een conflict in de zakelijke sfeer een schikking aangaan, worden hun rechten en plichten vastgelegd in een overeenkomst. De bepalingen die daarin zijn opgenomen zijn zowel bindend voor partijen als voor de rechter. Het is de rechter dan ook niet toegestaan om bij het vastleggen van de afspraken in een schikkingsvonnis, de settlement agreement van partijen aan te passen.¹⁵⁵

Vier jaar later werd in *Treasure Coast v. Ludlum Construction* nogmaals uitgemaakt dat eenduidige bepalingen uit mediated settlement agreements gerespecteerd moeten worden. De rechter mag geen eigen remedie aandragen voor wanprestatie als partijen hiervoor een

¹⁵¹ Een schadevergoeding die (veel) meer dan de daadwerkelijk geleden schade behelst om de 'dader' te straffen en een voorbeeld aan anderen te stellen (Black's Law Dictionary, p. 418-419)

¹⁵² Stamato v. Stamato, 818 So.2d 662 (2002).

¹⁵³ Feldman v. Kritch and State Farm, 824 So. 2d 274 (2002).

¹⁵⁴ Release is te vergelijken met onze kwijting. Dismissal with prejudice betekent dat de zaak niet opnieuw aanhangig kan worden gemaakt.

¹⁵⁵ M & C Associates, Inc. v. State of Florida, Department of Transportation, 682 So.2d 640 (1996); Shannon 2000, p. 80 e.v. Zie over het schikkingsvonnis (*consent judgment*) hoofdstuk 4, paragraaf 3.7.2.

voorziening hebben getroffen in hun schikking. Het ging hier om een geschil tussen commerciële partijen dat geschikt werd in court-ordered mediation. Partijen tekenden een schikkingsovereenkomst waarin was opgenomen dat de debiteur de crediteur een bedrag van \$ 37.000 in termijnen zou betalen. Als de schuldenaar meer dan tien dagen te laat was met betalen, zou de schuldeiser recht hebben op een vonnis waarin de debiteur zou worden veroordeeld tot betaling van \$ 65.000. De oorspronkelijke som die de debiteur volgens de schuldeiser verschuldigd was, bedroeg bijna \$ 55.000. De schuldenaar betaalt vervolgens één van de termijnen zeventien dagen te laat en de schuldeiser eist een veroordelend vonnis voor \$ 65.000 min de al betaalde termijnen, conform de schikkingsovereenkomst. De trial court verwerpt het beroep omdat de voorziening in de settlement agreement het geweten van de rechter schokte. In plaats daarvan werd de debiteur veroordeeld tot betaling van 18% rente over de te late betaling. Ten onrechte zo bepaalde de rechter in hoger beroep. De bepalingen in de overeenkomst waren duidelijk en de rechter mag de afspraken tussen partijen niet vervangen door zijn eigen remedie aan partijen op te leggen. De appellate court stelde: 'settlements are highly favored as a means to conserve judicial resources, and will be enforced when it is possible to do so'.¹⁵⁶

De benadering uit *Treasure Coast* wordt in 2002 gevolgd in *Hufcor/Gulfstream, Inc. v. Homestead Concrete & Drainage, Inc.*¹⁵⁷ Dat is niet verwonderlijk aangezien het hier een bijna identieke casus betrof en de zaak door hetzelfde hof (de *Fourth District Court*) werd beslist. Ook hier had de rechtbank de vordering van de crediteur afgewezen ongetwijfeld omdat zij ook hier het resultaat van de schikking te wrang vond. In *Sublime, Inc. v. Boardman's, Inc.* volgde dit zelfde hof weer de benadering uit *Treasure Coast*.¹⁵⁸ Het betrof hier overigens wederom een commercieel geschil.

Interessant genoeg had de *First District Court* in een arbeidsrechtelijk geschil uit 1998 gekozen voor een benadering die consistent is met familierechtelijke zaken in plaats van met de commerciële zaken. Partijen waren in mediation tot een schikking gekomen. De schikking bepaalde dat indien Edward Waters College een dag te laat zou zijn met het uitbetalen van loon, Johnson recht zou hebben op een vonnis waarin het College veroordeeld zou worden tot betaling van \$ 250.000. De rechter weigert om aan deze bepaling uitvoering te geven met het argument dat in de schikking niet uitdrukkelijk was opgenomen dat het tijdstip van betaling cruciaal was.¹⁵⁹

3.4.2.2. Familierecht

Ook voor familiezaken geldt dat de standaard om schikkingen opzij te kunnen zetten heel hoog is.¹⁶⁰ Maar een onderscheid met schikkingen in commerciële geschillen moet nadrukkelijk wel worden gemaakt. In familiezaken lijkt het erop dat kritischer wordt gekeken naar de afdwingbaarheid van bepalingen die sterk in het nadeel zijn van een van de partijen. Hetzelfde hof als in bovengenoemde commerciële disputen, onderscheidde de casus in *Rose v. Ditto*, een familierechtelijke zaak, uitdrukkelijk van de feiten in *Treasure Coast* (ook in *Rose v. Ditto* was

¹⁵⁶ *Treasure Coast, Inc. v. Ludlum Construction Co., Inc.*, 760 So.2d 232 (Fla.App. 4 Dist.,2000).

¹⁵⁷ 831 So.2d 767 (2002).

¹⁵⁸ *Sublime, Inc. v. Boardman's Inc.*, 849 So.2d 470 (2003).

¹⁵⁹ *Edward Waters College, Inc. v. Johnson*, 707 So.2d 801 (1998).

¹⁶⁰ *Griffith v. Griffith*, 860 So.2d 1069 (2003).

in de mediated settlement een bepaling opgenomen dat de crediteur automatisch een grote som geld zou ontvangen als de debiteur in gebreke bleef) onder andere door te bepalen dat schikkingen in het familierecht en vermogensrecht niet zomaar over een kam te scheren zijn.¹⁶¹ Opmerkelijk is dat de rechtbank de crediteur (hier de vrouw) wel in het gelijk had gesteld.

In *Tubbs v. Tubbs* concludeerde de rechter dat de schikking onredelijk en oneerlijk was, maar dat deze niet onder invloed van een wilsgebrek tot stand was gekomen.¹⁶² De vrouw, in wiens nadeel de overeenkomst was, werd tijdens de onderhandelingen bijgestaan door een advocaat en een accountant. Als geen sprake is van een wilsgebrek, is de andere grond waarop een schikking in een echtscheidingszaak opzij gezet kan worden, zo heeft de hoogste rechter in Florida in een eerder arrest bepaald, dat de benadeelde partij bij het aangaan van de overeenkomst geen goed beeld had van de financiën van de ex-echtgenoot.¹⁶³ Dit wordt aangenomen het geval te zijn als de overeenkomst in het voordeel is van een van de partijen. Er vindt dus in zo'n geval omkering van de bewijslast plaats en de bevoordeelde partij zal moeten aantonen dat de ex-echtgenoot(e) wel een goed beeld had van zijn of haar financiën. In dit geval was het feit dat de vrouw werd bijgestaan door een advocaat en een accountant voldoende om aan te nemen dat zij op de hoogte was van de financiële situatie van haar ex-man. Zij kon niet meer onder de schikking uit ook al was deze duidelijk in haar nadeel en ook al zou ze ondeugdelijk juridisch advies hebben gekregen.

In *Griffith v. Griffith*, een zaak uit 2003, werd de uitspraak uit *Tubbs* bevestigd.¹⁶⁴ De court oordeelde ook hier weer dat:

'(...) the fact that one party to the agreement apparently made a bad bargain is not a sufficient ground, by itself, to vacate or modify a settlement agreement. The critical test in determining the validity of marital agreements is whether there was fraud or overreaching on one side, or, assuming unreasonableness, whether the challenging spouse did not have adequate knowledge of the marital property and income of the parties at the time the agreement was reached (...)'¹⁶⁵

Uit de *Griffith* -zaak blijkt een ambivalente houding als het om toetsing van mediated settlement agreements gaat waarbij de belangen van minderjarige kinderen in het spel zijn. De rechter heeft de verplichting om na te gaan of de afspraken in het belang van de kinderen zijn en heeft ook een discretionaire bevoegdheid om afspraken op het gebied van gezag, omgang en kinderalimentatie aan te passen. Maar partijen hebben ook de vrijheid om, als er geen onregelmatigheden zijn geweest in het totstandkomingstraject, de inhoud van de afspraken zelf

¹⁶¹ *Rose v. Ditto*, 804 So. 2d 351 (2001): 'Based on our de novo review of the parties' 1999 mediation agreement, we hold *Treasure Coast* is distinguishable. Unlike that case, the case at bar did not involve a commercial transaction nor did the mediation agreement specify that time was of the essence. Moreover, and unlike *Treasure Coast*, there was no grace period provided that would have put Former Husband on notice that any brief delay in payment would accelerate payments due or otherwise trigger total default'.

¹⁶² *Tubbs v. Tubbs*, 648 So.2d 817 (1995).

¹⁶³ *Casto v. Casto*, 508 So.2d 330 (1987).

¹⁶⁴ *Griffith v. Griffith*, 860 So.2d 1069 (2003).

¹⁶⁵ De rechtbank in *Griffith v. Griffith*, de Florida Supreme Court in *Casto v. Casto* (508 So.2d 330, 334 (Fla.1987)) citerend.

te bepalen.¹⁶⁶ Aan deze afspraken zijn partijen dan ook gebonden zonder dat verder nog een rechterlijke heroverweging plaatsvindt, tenzij de afspraken flagrant in strijd zijn met de belangen van de kinderen. Deze gebondenheid geldt volgens de rechter nog sterker in onderhandelingen die plaats hebben gevonden in mediation, vanwege het feit dat de onderhandelingen dan zijn begeleid door een geschoolde derde en vanwege het belang van mediation als vorm van geschilbeslechting in familiezaken. Bovendien is ook nog van belang bij het aannemen van gebondenheid aan de overeenkomst, dat partijen worden bijgestaan door een advocaat.

Ook *Wayno v. Wayno* betrof een ontbinding van een huwelijk.¹⁶⁷ De uitspraak in *Wayno* is echter in tegenspraak met de hiervoor besproken vonnissen. Hier werd in hoger beroep een uitspraak van de rechter waarin andere alimentatie- en voogdijregelingen werden opgelegd dan partijen in hun schikking hadden afgesproken, bevestigd. Het verschil zit erin dat het weliswaar een familierechtelijke zaak betrof, maar dat het hier niet ging om een boedelverdeling maar om regelingen betreffende minderjarige kinderen. Het recht van de staat Florida legt de bevoegdheden van ouders om beslissingen te nemen die (jonge) kinderen betreffen aan banden. De rechter heeft uiteindelijk het laatste woord in voogdij en kinderalimentatie kwesties. De beslissende factor bij de toetsing is vanzelfsprekend het belang van het kind.

Een ander familierechtelijk voorbeeld is *Wells v. Wells*.¹⁶⁸ In deze zaak werd bepaald dat als een schikking eenmaal geïncorporeerd is in een vonnis, de schikking niet ambtshalve door de rechter opzij gezet kan worden op grond van unconscionability.¹⁶⁹ Tijdens een echtscheidingsprocedure was de schikking tussen partijen vastgelegd in een rechterlijke uitspraak. In de schikking stond een bepaling dat als de man te laat zou zijn met de betaling van kinderalimentatie hij zijn aandeel in de echtelijke woning aan de vrouw zou moeten overdragen. De zaak werd aangehouden totdat partijen uitvoering hadden gegeven aan de overeenkomst.¹⁷⁰ Toen de man de afspraken voortvloeiende uit de schikkingsovereenkomst niet nakwam, vroeg de vrouw de rechtbank om de man te verplichten gehoor te geven aan de overeenkomst. De rechtbank weigerde, in strijd met de duidelijke redactie van het schikkingsvonnis, na ambtshalve te hebben geconstateerd dat de betreffende bepaling onredelijk was. In hoger beroep werd de rechtbank teruggefloten. In geval van een schikking opgenomen in een vonnis ontbreekt het de rechter aan bevoegdheid om de rechten en plichten van partijen te wijzigen.

¹⁶⁶ 'Appellant does not contest the general rule in Florida that settlement provisions concerning child support, custody, and visitation must be reviewed and approved by the trial court as being in the best interest of the children. See *Feliciano v. Feliciano*, 674 So.2d 937 (Fla. 4th DCA 1996). This rule is based upon the concern that parents should not be allowed to bargain away valuable rights of minor children for reasons unrelated to the best interest of the children. Nevertheless, Florida respects the rights of parties to a dissolution to make their own agreement. As this court stated some years ago: Separation agreements executed by husband and wife prior to divorce usually provide for payment to the wife of support or alimony; for support and custody of children; and for settlement of property rights existing between the parties. When such agreements are fairly entered into and are not tainted by fraud, overreaching or concealment, they will be respected by the courts. *Sedell v. Sedell*, 100 So.2d 639, 642 (Fla. 1st DCA 1958)'.

¹⁶⁷ *Wayno v. Wayno*, 756 So.2d 1024 (2000).

¹⁶⁸ *Wells v. Wells*, 832 So.2d 266 (2002). Alsook in *Stempel v. Stempel*, 19 Fla. L. Weekly D150 (1994).

¹⁶⁹ Zie voor een bespreking van unconscionability par. 3.4.6 van hoofdstuk 4.

¹⁷⁰ Zoals gebruikelijk in equity, zie hoofdstuk 4, par. 3.7.3.

Het is onvermijdelijk dat wanneer mensen zaken minnelijk schikken er achteraf wel eens spijt optreedt. De partij die zich bedenkt, wil onder de afspraken uit. Maar de gerechten zullen ook in het geval dat de overeenkomst in het voordeel van een van partijen lijkt, tot nakoming veroordelen. In *Crupi v. Crupi* maakte de rechter al duidelijk dat de redenen om aantasting van schikkingen slechts op een beperkt aantal gronden toe te staan nog sterker gelden indien het mediated settlements betreft.¹⁷¹ De rechter in *Trowbridge v. Trowbridge* gaf aan dat aan court-ordered mediation bepaalde waarborgen biedt die in de weg staan aan een eenvoudige aantasting van mediated settlements:

'Mediation agreements are reached under court supervision, before a neutral mediator. The mediation rules create an environment intended to produce a final settlement of the issues with safeguard against the elements of fraud, overreaching, etc., in the settlement process.'¹⁷²

Ook in een andere echtscheidingszaak, *Petracca v. Petracca*, gaf de rechter aan dat buitengewoon terughoudend moet worden omgegaan met toetsing van (mediated) settlement agreements.¹⁷³ Zolang schikkingen in court-ordered of court-annexed mediation, dus ook in echtscheidingsbemiddeling, bewust en vrijwillig zijn aangegaan en zolang ze niet in strijd zijn met public policy zijn ze afdwingbaar.¹⁷⁴ Ook indien het een onredelijke of oneerlijke verdeling van goederen of geld betreft.

3.4.3. *Consent judgments en aantasting*

Zoals al eerder opgemerkt komt het bij court-ordered mediation regelmatig voor dat de settlement agreement op wordt genomen in een vonnis, een zogenaamd consent judgment. Voordeel is dat partijen dan onmiddellijk een executoriale titel in handen hebben. Voor aantasting van consent judgments bestaat specifieke regelgeving in Florida. Rule 1.540 of the Florida Rules of Civil Procedure regelt hoe en wanneer een partij op kan komen tegen een vonnis (en dus niet alleen een schikkingsvonnis).¹⁷⁵ Met een schikkingsvonnis is niet alleen vernietiging van het vonnis gemoeid maar ook vernietiging van de onderliggende overeenkomst. Dit laatste gebeurt niet op grond van Rule 1.540, hiervoor geldt het overeenkomstenrecht.

In *Sponga v. Warro*, een zaak die hierboven al behandeld is, waren de partijafspraken ook vastgelegd in een vonnis.¹⁷⁶ De rechtbank had op grond van Rule 1.540 het

¹⁷¹ Zie par. 3.4.1 van dit hoofdstuk.

¹⁷² *Trowbridge v. Trowbridge*, 674 So.2d 928 (1996). Aldus ook Tetunic 2003, p. 111.

¹⁷³ *Petracca v. Petracca*, 706 So.2d 904 (1998).

¹⁷⁴ Dit zou anders kunnen liggen in non-court-annexed mediation omdat partijen dan mogelijk nog in een vertrouwensrelatie tot elkaar staan. Vaak wordt aangenomen dat die vertrouwensrelatie ophoudt te bestaan op het moment dat een procedure gestart wordt. In mediation in een niet-aanhangige zaak zou eventueel nog aangevoerd kunnen worden dat onvoldoende kennis t.a.v. de financiën ertoe heeft geleid dat een oneerlijke verdeling plaats heeft gevonden. Staan partijen al in een rechtszaak tegenover elkaar dan hebben zij allerlei procedurele mogelijkheden om voldoende informatie te vergaren en vervalt dit argument. Zie ook *Macar v. Macar*, 803 So. 2d 707 (2001).

¹⁷⁵ Er worden vijf inhoudelijke gronden genoemd op grond waarvan een vonnis opzij gezet kan worden.

¹⁷⁶ Zie par. 3.4.1.2 van dit hoofdstuk.

schikkingsvonnis vernietigd, omdat er nieuw bewijs in de zaak zou zijn. Maar het hof oordeelde dat het hier ging om een unilateral mistake en dat het overeenkomstenrecht en het karakter van mediation zich verzetten tegen een ruime toepassing van Rule 1.540.¹⁷⁷ Nog duidelijker formuleert hetzelfde hof het in *Tilden Grove v. Orlando*.¹⁷⁸ Er was hier sprake van een commercieel dispuut. Het uiteindelijke vonnis in de zaak reflecteerde de mediated settlement agreement van partijen. Voor het aantasten van rechterlijke uitspraken gelden de standaarden uit 1.540 (b), maar voor het vernietigen van de onderliggende schikking geldt een stringenter toets.¹⁷⁹ De rechter bepaalde in deze zaak dat conflicten die geschikt worden in mediation ongeschikt zijn voor ruime toepassing van het leerstuk unilateral mistake. De rechter lijkt aan te geven dat omdat mediation een geschiloplossingsmethode is, partijen zich niet achteloos of onzorgvuldig in het proces opstellen.

In een andere echtscheidingskwesitie werd bepaald dat een partij die een mislukte poging doet om een mediated settlement agreement vastgelegd in een consent judgment aan te tasten, niet in aanmerking komt voor vergoeding van zijn of haar proceskosten door de tegenpartij. Want zo overweegt de court: ‘The preference for settlements would be undermined if a contracting party could finance – with the funds of the party seeking to uphold the agreement – unsuccessful proceedings to undo such agreements simply by showing need and ability to pay.’¹⁸⁰

3.5. Vertrouwelijkheid

De afdwingbaarheid en aantasting van mediated settlement agreements valt onder het overeenkomstenrecht. De wetgeving op het gebied van vertrouwelijkheid interfereert met het algemene overeenkomstenrecht.¹⁸¹ Het contractenrecht heeft zich over de eeuwen heen ontwikkeld tot een uitgebalanceerd rechtsgebied. Settlement agreements zijn niets nieuws onder de zon en indien ze tot stand komen zonder de assistentie van een mediator wordt het contractenrecht ook onverkort toegepast. Maar zodra zij in mediation tot stand komen, wordt ook de problematiek van de vertrouwelijkheid van de onderhandelingen binnen gehaald.¹⁸² Hoe gaan rechters nu om met de spanning tussen de wetgeving op het gebied van vertrouwelijkheid en het overeenkomstenrecht? Juist datgene wat in de mediation is voorgevallen bepaalt of een overeenkomst rechtens afdwingbaar is of aangetast kan worden. Maar juist deze informatie wordt beschermd door wetgeving op het gebied van de vertrouwelijkheid. De volgende paragrafen zullen een illustratie geven van hoe rechters omgaan met dit spanningsveld.

¹⁷⁷ Zie voor een bespreking van deze zaak ook Tetunic 2003, p. 114 e.v.

¹⁷⁸ *Tilden Grove v. Orlando*, 816 So. 2d 658 (2002). Zie echter wel de dissenting opinion van Judge Sharp, die van mening was dat judgment and settlement vernietigd hadden moeten worden op grond van mistake.

¹⁷⁹ Onder verwijzing naar *Sponga v. Warro*, 698 So.2d 621 (1997) en *Smiles v. Young*, 271 So. 2d 798 (1973). ‘Presuming that trial court intended to vacate settlement agreement as well as final judgment, and noting that more stringent principles of law apply in setting aside a contract than in setting aside a judgment’.

¹⁸⁰ *Spano v. Spano*, 698 So.2d 324 (1997).

¹⁸¹ Zie ook Robinson 2003, p. 148 e.v.

¹⁸² Maar ook schikkingsonderhandelingen buiten mediation zijn vaak vertrouwelijk, alleen niet in dezelfde omvang als wanneer ze plaatsvinden in mediation (Cole, McEwen & Rogers (Mediation: Law, Policy and Practice), §9:1 en §9:2).

3.5.1. Regelgeving

Per 1 juli 2004 hebben zich ingrijpende wijzigingen voorgedaan in de wetgeving betreffende de vertrouwelijkheid van mediation in Florida. Op deze datum is de ‘Mediation Confidentiality and Privilege Act’ in werking getreden.¹⁸³ Deze wet geeft in een zestal sections een uitgebreide regeling voor de vertrouwelijkheid van mediation. De nieuwe wet heeft werking als dat bij wet is voorgeschreven, door een gerecht of publiekrechtelijk orgaan wordt bepaald, als de partijen bij mediation dat uitdrukkelijk zijn overeengekomen, of als de mediator wordt gefaciliteerd door een mediator die gecertificeerd is door de Supreme Court. Partijen kunnen schriftelijk afstand doen van toepassing van de wet.¹⁸⁴

Aangezien de ‘Mediation Confidentiality and Privilege Act’ pas sinds 1 juli 2004 in werking is, zijn over de toepassing ervan nog geen uitspraken gedaan in Florida. De bestaande jurisprudentie over vertrouwelijkheid van mediation en het verschoningsrecht is gebaseerd op section 44.102 (3), de oude bepaling inzake vertrouwelijkheid.¹⁸⁵ De nieuwe regeling kent grotere inbreuken op het uitgangspunt van vertrouwelijkheid van mediation dan de oude. Zo is onder §44.405 mediationcommunicatie (inclusief de schriftelijke en ondertekende settlement agreement) die wordt gebruikt om juridisch aanvaardbare gronden voor aantastbaarheid aan te tonen en te weerleggen, toelaatbaar als bewijs. Bovendien kunnen partijen onder §44.405 afstand doen van het recht op vertrouwelijkheid.

Het belang van de ‘Mediation Confidentiality and Privilege Act’ is dat deze niet alleen ziet op court-ordered mediation, maar ook door partijen van toepassing kan worden verklaard op mediations waarbij een verwijzing door de rechter ontbreekt. Partijen hoeven dus niet eerst het judiciële circuit in voordat zij wettelijke bescherming van vertrouwelijke communicatie kunnen krijgen.¹⁸⁶ Alle zaken die in deze paragraaf besproken worden dateren van voor 1 juli 2004.

3.5.2. Vertrouwelijkheid en afdwingbaarheid

De eerste uitspraak over afdwingbaarheid en vertrouwelijkheid die hier besproken wordt, is gewezen in 1992.¹⁸⁷ Partijen hadden geparticipeerd in court-ordered mediation. Een van de partijen stapt naar de rechter en eist nakoming van de beweerdelijk in de mediation totstandgekomen schikking. Om deze eis te staven worden specifieke bepalingen van de schikking aan de rechter overlegd. De rechter wijst de eis tot nakoming af met het argument dat geen overeenkomst tot stand was gekomen. Vervolgens eist een van partijen diskwalificatie van de betreffende rechter omdat deze als gevolg van de onthullingen niet langer in staat zou zijn geweest om eerlijk recht te spreken. Deze gang van zaken, zo bepaalde de appellate court, levert schending op van de toenmalige section 44.102 (3) die als volgt luidde:

¹⁸³ Florida Statutes, title V, §44.401 - §44.406.

¹⁸⁴ Fl. St. §44.402.

¹⁸⁵ Deze bepaling bestaat nog steeds maar is veranderd (Laws 2004, c. 2004-291, §1) met de introductie van de Mediation Confidentiality and Privilege Act en regelt nu niet meer de vertrouwelijkheid van mediationcommunicatie.

¹⁸⁶ Fl. St. §44.402 (b); Johnson 2003, p. 495-496.

¹⁸⁷ Fabber v. Wessel, 17 Fla. L. weekly D1801 (1992).

'Each party involved in a court-ordered mediation proceeding has a privilege to refuse to disclose, and to prevent any person present at the proceeding from disclosing, communications made during such proceeding. All oral or written communications in a mediation proceeding, other than an executed settlement agreement, shall be exempt from the requirements of chapter 119 and shall be confidential and inadmissible as evidence in any subsequent legal proceeding, unless all parties agree otherwise'.

Deze uitspraak was geheel in lijn met de, door hetzelfde gerecht, vlak daarvoor gewezen uitspraak in *Hudson v. Hudson*.¹⁸⁸ Ook hier werden zaken die besproken waren in de mediationprocedure voorgelegd aan de rechter om zo een vordering tot nakoming van een voorlopige, mondelinge settlement agreement te ondersteunen. Zolang er geen ondertekend document ligt, was deze gang van zaken in strijd met section 44.102 (3).

Maar in *Enterprise Leasing Company v. Jones* besliste de Supreme Court dat het enkele feit dat een rechter op de hoogte is van vertrouwelijke mediationinformatie niet betekent dat hij automatisch gediskwalificeerd is om het geschil te behandelen.¹⁸⁹ Hiermee neemt de Supreme Court of Florida afstand van de beslissing van de Fourth District Court of Appeal in *Fabber v. Wessel* en *Hudson v. Hudson*. De hoogste rechter bepaalde: 'A party seeking disqualification of a judge in a mediation context must allege specific facts to demonstrate a reasonable belief he could not get a fair trial'. Enkel het aanvoeren van het feit dat de rechter op de hoogte was van vertrouwelijke mediationcommunicatie is op zichzelf niet voldoende om te concluderen dat de rechter ongeschikt is een zaak te horen.

Een mondelinge schikking gesloten tijdens mediation is niet toelaatbaar als bewijs zolang er geen schriftelijk en ondertekend document ligt.¹⁹⁰ In de situatie dat de advocaat van een van partijen tekent in bijzijn van cliënt, zonder dat cliënt zelf zijn handtekening zet, is de settlement niet bindend omdat dan niet is voldaan aan de vereisten van Fla.R. Civ. P. 1.730 (b): 'If a partial or final agreement is reached, it shall be reduced to writing and signed by the parties and their counsel, if any'. Het ontbreken van de handtekening van een partij leidt op grond van section 44.102 (3) tot het ontoelaatbaar zijn van bewijs dat een overeenkomst is gesloten.¹⁹¹

Ook onder de huidige wettelijke bepaling geldt dat slechts een schriftelijke en ondertekende schikkingsovereenkomst toelaatbaar is als bewijs.¹⁹²

3.5.3. *Vertrouwelijkheid en aantastbaarheid*

Florida had en heeft, zoals wij hebben gezien, wettelijke regelgeving op het gebied van vertrouwelijkheid van mediation. De oude regelgeving (§44.102 (3)) is door de rechters strikt toegepast als het afdwingbaarheid van mediated settlement agreements betrof. Bewijs van het bestaan van mondelinge, niet ondertekende en voorlopige schikkingen werd door rechters

¹⁸⁸ *Hudson v. Hudson*, 600 So.2d 7 (1992).

¹⁸⁹ *Enterprise Leasing Company v. Jones* 789 So. 2d 964 (2001).

¹⁹⁰ *Cohen v. Cohen*, 609 So.2d 785 (Fla.App. 4 Dist.,1992).

¹⁹¹ *Gordon v. Royal Caribbean Cruises Ltd*, 19 Fla. L. Weekly D1829 (1994). De rechter in eerste aanleg had o.m. een *in camera inspection* gehouden ten aanzien van de beweerdelijk totstandgekomen settlement. Het hof verwerpt deze gang van zaken en stelt dat de rechtbank door deze handelwijze af is geweken van de essentiële vereisten die de wet stelt.

¹⁹² Fl. St. §44.405 (4) (a).

geweigerd. De vraag is nu hoe rechters omgingen met de verwante situatie dat er een schriftelijke, afdwingbare settlement lag, maar dat een van partijen beweerde dat deze onder invloed van een wilsgebrek tot stand was gekomen? Ook deze situatie viel onder het bereik van de oude wettelijke bepaling (§44.102 (3)). Op deze vraag geeft de onderstaande jurisprudentie antwoord.

In *McKinlay v. McKinlay*, wilde de vrouw van de gesloten mediated settlement agreement vernietigen op grond van duress.¹⁹³ De advocaat van de man zou haar hebben belaagd en geïntimideerd en onjuiste informatie aan de mediator hebben verstrekt. Niet alleen de advocaat van de man zou zich hebben misdragen, ook haar eigen advocaat en de mediator zouden haar onder druk hebben gezet om de schikkingsovereenkomst te tekenen. Haar advocaat had verkondigd dat alleen al de proceskosten die de vrouw zou moeten maken om dit geschil voor de rechter uit te vechten, hoger waren dan de zaak waard was. Voorts voerde de vrouw nog aan dat zij zich in een ernstige emotionele crisis bevond vanwege een noodgeval in de familie. De man wilde de mediator laten getuigen om zo aan te tonen dat van dwang geen sprake was geweest. De vrouw verzet zich hier tegen met een beroep op de wetgeving betreffende bescherming van vertrouwelijkheid van mediation. De rechter bepaalde dat een zitting ten behoeve van bewijs nodig was om te kunnen achterhalen of, en in hoeverre, inderdaad sprake was geweest van dwang. De beslissing om bewijs toe te laten van wat was voorgevallen in de mediation was zowel gebaseerd op het feit dat er een ondertekende, schriftelijke settlement agreement lag, en deze vallen niet onder de regelgeving inzake vertrouwelijkheid, als op het feit dat de vrouw op het moment dat zij de schikking wilde vernietigen, afstand had gedaan van haar recht om een beroep te doen op de geheimhoudingsplicht van de mediator. Zoals de rechter het formuleerde:

'(...) and most significant, is the fact that as the party who objected to the settlement based on allegations of duress and intimidation, Wife availed herself of the opportunity to file a written letter to the trial judge and to testify at the (...) hearing. However, with only her side of the story presented, she invoked a statutory privilege to preclude testimony or a proffer from other witnesses such as the mediator. These particular facts lead us to conclude that Wife waived her statutory privilege of confidentiality and that, as a result of the waiver, it was error and a breach of fair play to deny Husband the opportunity to present rebuttal testimony and evidence'.

In tegenstelling tot de hierboven besproken zaak ging het in *Dr Lakes Inc. v. Brandsmart USA* niet om duress maar om mutual mistake, in dit geval om een duidelijke omissie met betrekking tot de koopprijs opgenomen in de ondertekende schikkingsovereenkomst.¹⁹⁴ De rechter in eerste aanleg had beslist dat de wetgeving op het gebied van vertrouwelijkheid verhinderde dat bewijs van wat tijdens de mediation voorgevallen was, geleverd kon worden. De verkoper kon dus niet bewijzen dat het om een vergissing ging. Hij ging dan ook in hoger beroep en de appelinstantie besliste dat de wetgeving inzake vertrouwelijkheid in dit geval niet toegepast dient te worden. Het gerecht overwoog dat op het moment dat partijen een schriftelijke en ondertekende

¹⁹³ *McKinlay v. McKinlay*, 648 So.2d 806 (1995).

¹⁹⁴ *DR Lakes Inc. v. Brandsmart U.S.A.*, 819 So.2d 971 (2002).

settlement agreement hebben (zoals hier het geval was), de redenen voor vertrouwelijkheid minder dwingend zijn dan wanneer partijen niet tot een overeenkomst zijn gekomen. In dit laatste geval zou immers informatie die in de mediation was gegeven in een latere procedure voor de rechter gebruikt kunnen worden. Bovendien mag het niet zo zijn dat mediationwetgeving tot bizarre resultaten zou leiden. Wat te denken van het voorbeeld dat een verschrijving in de settlement agreement zou betekenen dat de benadeelde partij niet kan bewijzen dat \$ 5.000 bedoeld was in plaats van \$ 5.000.000? De rechter overweegt dan ook:

‘We cannot imagine that the legislature intended that a party to a contract reached after mediation should not have the same access tot the courts to correct a \$ 600.000 mutual mistake, as a party entering into the same contract outside of mediation. We therefore hold that the privilege does not bar evidence as to what occurred at mediation under the facts in this case’.

De zaak wordt terugverwezen om te bepalen of inderdaad sprake was van mutual mistake. In deze tweede procedure komen beide partijen met bewijs van wat er in de mediation is voorgevallen en uiteindelijk oordeelt het gerecht waarnaar was terug verwezen, dat inderdaad sprake was van mutual mistake.¹⁹⁵

De feitenconstellatie van *Feldman v. Kritch and State Farm* is al eerder geschetst.¹⁹⁶ Ik zal deze hier niet herhalen. Net als in *Dr Lake* werd ook in deze zaak beslist dat de wetgeving inzake vertrouwelijkheid van mediationcommunicatie niet geldt indien een van partijen een beroep doet op mutual mistake. De rechtbank had om te kunnen beoordelen of het inderdaad een geval van mutual mistake betrof, getuigen gehoord, waaronder de mediator, om te kunnen achterhalen wat er precies gezegd was tijdens de mediation. Het hof sauveert deze gang van zaken onder verwijzing naar de beslissing in *Dr Lake*. Uiteindelijk kwam de rechter tot de conclusie dat het hier een unilateral mistake betrof, waarvoor geen vernietiging openstond.

Zoals in par. 3.5.1 is aangegeven, kent de nieuwe regeling grotere inbreuken op het uitgangspunt van vertrouwelijkheid van mediation dan de oude. Juridisch aanvaardbare gronden voor aantastbaarheid zijn toelaatbaar als bewijs en kunnen dus aangetoond en weerlegd worden.

3.5.4. Sancties

Zoals ook uit bovenstaande uitspraken blijkt, wordt de regelgeving betreffende bescherming van vertrouwelijkheid van mediationcommunicatie strikt toegepast.¹⁹⁷ Indien een partij de vertrouwelijkheid van mediation schendt, kan dat vergaande gevolgen hebben. In *Paranzino v. Barnett Bank* werd de partij die tegen een journalist uit de school had geklapt over het verloop en de inhoud van de court-ordered mediation, zwaar gestraft.¹⁹⁸ De rechtbank wees Paranzino’s zaak tegen Barnett Bank af zonder inhoudelijke behandeling waarbij bepaald werd dat de

¹⁹⁵ Brandsmart U.S.A. of West Palm Beach, Inc. v. DR Lakes, Inc., 901 So.2d 1004 (4th district 2005).

¹⁹⁶ Par. 3.4.1.2 van dit hoofdstuk.

¹⁹⁷ Hoewel geen Rule of Civil Procedure bestaat die specifiek sancties of andere methodes behandelt om nakoming van de geheimhoudingsplichten uit de Mediation Statute te garanderen.

¹⁹⁸ Paranzino v. Barnett Bank of South Florida, N.A., 690 So.2d 725 (Fla.App. 4 Dist., 1997).

afwijzing gezag van gewijsde zou hebben.¹⁹⁹ Het hof bevestigde de zienswijze van de rechtbank. Vertrouwelijkheid van informatie verkregen in mediation is van wezenlijk belang voor het succes van mediation. Paranzino en haar advocaat hadden volgens het hof doelbewust en moedwillig de contractuele geheimhoudingsplicht en de toepasselijke wetgeving op dit vlak geschonden en dit diende bestraft te worden.²⁰⁰

3.6. Samenvatting en conclusie

Florida heeft uitgebreide wetgeving op het gebied van court-ordered mediation vastgelegd in de Florida Statutes. Ook zijn er speciale procedurele regels die zien op mediation, opgenomen in de Rules of Civil Procedure. Bovendien zijn er omvangrijke gedragsregels voor mediators die door de rechter worden benoemd. Mediation in court-ordered familierechtelijke zaken wordt apart geregeld in de Family Law Rules of Procedure. Voor private en court-annexed mediation is geen specifieke regelgeving in het leven geroepen.

De Rules of Procedure stellen zowel voor vermogensrechtelijke als voor familierechtelijke zaken eisen waaraan een mediated settlement moet voldoen, dit ter voorkoming van conflicten over de vraag of een schikking tot stand is gekomen. Maar deze technische vereisten zijn zelf ook een bron van conflicten. Als dit type geschil voorgelegd wordt, neigt de rechter naar strikte toepassing van de regelgeving; als een schikkingsovereenkomst niet voldoet aan de gestelde vereisten, is zij niet afdwingbaar.

Ook de verkrijging van een executoriale titel verschilt al naar gelang het wel of geen court-ordered mediation betreft. Als de zaak door de rechter verwezen is naar mediation, hoeft op basis van de Rules of Civil Procedure geen aparte vordering tot nakoming meer in te worden gesteld als de wederpartij niet nakomt. De partij die nakoming verlangt heeft recht op een veroordelend vonnis conform de bepalingen van de settlement. Dit is geformuleerd als sanctie die op niet-nakoming staat. De rechter heeft wel discretionaire bevoegdheid bij het opleggen van de sanctie. Ook de keerzijde van deze situatie, namelijk dat vernietiging van de settlement wordt verlangd, kan bewerkstelligd worden door een motion in te dienen in de lopende procedure. In mediations waarop de Rules of Civil Procedure geen betrekking hebben, worden ze toch vaak naar analogie toegepast. Een andere sanctie die de rechter naar goeddunken kan opleggen aan een wanpresterende partij, is een veroordeling in de proceskosten van de wederpartij.

Bij een veroordeling tot nakoming van settlements totstandgekomen na een succesvolle mediation, lijkt niet meer getoetst te worden of de bepalingen uit de overeenkomst wel eerlijk zijn. Slechts de aanwezigheid van een gebrek in de wilsvorming kan tot vernietiging leiden. Maar voor een geslaagd beroep op duress of undue influence is het niet voldoende dat een partij aangeeft zich niet goed te hebben gevoeld bij het sluiten van de overeenkomst. Revolutionair is dat een beroep op duress zou kunnen slagen als vast komt te staan dat een door

¹⁹⁹ Het ging om een vordering uit wanprestatie. Partijen werden verwezen naar mediation en de rechtbank hield ondertussen de zaak aan. De mediation liep op niets uit. De opgelegde sanctie wordt ook wel een 'death penalty' genoemd, omdat dit voor eiser betekent dat zijn zaak dood is en niet meer tot leven kan worden gewekt (Black's Law Dictionary, p. 1368). Het opleggen van een minder vergaande sanctie zoals een geldboete komt ook voor, bijv. in een veel besproken federale zaak uit New York, *Bernard v. Galen Group Inc.*, 901 F. Supp. 778 (S.D.N.Y. 1995). Het feit dat in Paranzino zo'n zware sanctie werd opgelegd lag aan de ernst van de overtreding.

²⁰⁰ Zie over deze zaak o.m. Lee & Giesler 1998, p. 285-297 en Leahy & Rubin 1997.

de rechter benoemde mediator dwang heeft uitgeoefend op een partij om te schikken. Dit is een uitbreiding van het overeenkomstenrecht waarbij druk van een derde normaliter geen grond voor vernietiging is.²⁰¹ Als een partij weet dat zij maar beperkt informatie heeft en deze beperkte kennis toch als voldoende beschouwt, kan geen beroep worden gedaan op unilateral mistake als grond voor aantasting.

De rechter mag de schikking van partijen niet aanpassen wanneer hij deze opneemt in een schikkingsvonnis. Noch is het de rechter toegestaan om geen veroordeling op te leggen conform de settlement omdat hij de bepalingen oneerlijk vindt. Maar in familierechtelijke zaken lijkt toch een wat kritischer standaard aangelegd te worden dan in het vermogensrecht. Toch is ook hier het enkele feit dat de schikking in het voordeel is van een van de partijen niet voldoende om de schikking niet afdwingbaar te achten. Bij echtscheidingszaken vindt een omkering van de bewijslast plaats als de schikking in het voordeel is van een van de partijen. De bevoordeelde partij moet dan aantonen dat de ex-echtgenoot op de hoogte was van de financiële situatie. Dit zal snel aangenomen worden als de wederpartij in mediation bijgestaan werd door een deskundige. In zaken waar de belangen van minderjarigen in het spel zijn, gaat de inhoudelijke toetsing van de rechter verder, met als criterium het belang van het kind. Concluderend kan gesteld worden dat in echtscheidingszaken bepalingen uit een mediated settlement die betrekking hebben op voogdij en kinderalimentatie niet op dezelfde wijze afdwingbaar zijn als bepalingen betreffende echtgenotenalimentatie en boedelverdelingen.

Schikkingen aangegaan in mediation staan in hoog aanzien omdat ze zijn aangegaan met behulp van een professionele en neutrale partij (de mediator), en dus met meer waarborgen omkleed zijn. Mediated settlements zullen in Florida daarom slechts dan aantastbaar zijn als ze onvrijwillig zijn aangegaan en in strijd zijn met public policy. Maar bij het bepalen of ze onvrijwillig zijn aangegaan lijkt de maatstaf de aanwezigheid van omstandigheden die duress of undue influence opleveren. Dus hoewel onvrijwilligheid wordt genoemd als aparte toetsingsgrond naast de genoemde wilsgebreken, lijkt dit het niet te zijn.

Settlements opgenomen in vonnissen zijn moeilijker aantastbaar dan een niet-schikkingsvonnis vanwege het dubbele karakter van een schikkingsvonnis. Naast de vereisten voor aantastbaarheid van het vonnis gelden ook de vereisten voor aantastbaarheid van de onderliggende overeenkomst.

Als laatste onderdeel van deze conclusie komt de vertrouwelijkheid van mediationcommunicatie aan bod. De vertrouwelijkheid is sinds 2004 uitgebreid wettelijk geregeld. De wettelijke bepalingen hebben een ruim toepassingsgebied. Behalve op court-ordered mediation, kunnen partijen de regelgeving ook van toepassing verklaren op mediation in een niet-aanhangige zaak.

Het bestaan van een mondelinge settlement kan op basis van de wetgeving inzake vertrouwelijkheid niet aangetoond worden en dit wijkt af van het algemene overeenkomstenrecht, want voor schikkingen gelden normaliter geen vormvereisten.²⁰² Maar ook voor de afdwingbaarheid van een court-ordered settlement wordt in Florida een schriftelijkheidseis gesteld. Met betrekking tot de aantastbaarheid kende de oude regeling een meer omvattende vertrouwelijkheidsbepaling waarop in de rechtspraak de nodige inbreuken

²⁰¹ Zie hoofdstuk 4, par. 3.4.2.1 en 3.4.3.

²⁰² Zie par. 3.3 van hoofdstuk 4.

werden gemaakt. De nieuwe regeling staat bewijs noodzakelijk voor het aantasten of juist het weerleggen van gronden voor aantasting toe, zoals dat onder de oude regeling ook werd toegestaan door de rechter.

4. TEXAS

4.1. Inleiding

Texas wordt gezien als de bakermat van wetgeving op het gebied van ADR. De Texas ADR Act, die dateert uit 1987, was een van de eerste wetten in de Verenigde Staten die rechters de mogelijkheid gaf om zaken te verwijzen naar een ADR procedure.²⁰³ De ADR Act maakt deel uit van de Texas Civil Practice and Remedies Code, waar hij is opgenomen in titel 7 van hoofdstuk 154.

Op basis van deze wet hebben de rechtbanken en hoven de mogelijkheid om op eigen initiatief of op verzoek van een partij, een bij hen aanhangig gemaakt geschil door te verwijzen naar een alternatieve procedure voor geschillenbeslechting, waaronder mediation.²⁰⁴ De Act geeft dus een regeling voor court-ordered mediation. Een partij kan bezwaar maken tegen verwijzing en als de rechtbank of het hof meent dat er een redelijke basis is voor het bezwaar, mag niet verwezen worden.²⁰⁵ Een omschrijving van het begrip mediation wordt gegeven in §154.023 van de wet.

‘(a) Mediation is a forum in which an impartial person, the mediator, facilitates communication between parties to promote reconciliation, settlement, or understanding among them.

(b) A mediator may not impose his own judgment on the issues for that of the parties.

(c) Mediation includes victim-offender mediation by the Texas Department of Criminal Justice described in Article 56.13, Code of Criminal Procedure’.²⁰⁶

Uit deze bepaling blijkt dat de mediator dus niet zijn oordeel mag opleggen aan partijen. Zijn taak is het vergemakkelijken van de communicatie tussen partijen en het kweken van begrip. Net als in Florida lijkt uit te worden gegaan van een faciliterende mediatorstijl.²⁰⁷ Ook volgens de richtlijnen betreffende de beroepsethiek van mediators, vastgesteld door de Texaanse orde van advocaten, is het niet toegestaan om juridisch of ander professioneel advies aan partijen te geven.²⁰⁸ Wel moeten partijen aangemoedigd worden om professioneel advies te zoeken ter

²⁰³ Galton & Kovach 2000, p. 950.

²⁰⁴ Tex. Civ. Prac. & Rem. Code §154.001 jo §154.021 (a).

²⁰⁵ Tex. Civ. Prac. & Rem. Code §154.022. Zie ook Galton & Kovach 2000, p. 961. Een rechter mag dus verwijzen ook als partijen daar niet mee instemmen, maar kan de partijen niet dwingen te schikken. *Decker v. Lindsay*, 824 S.W.2d 247, 250 (1992). ‘A court cannot force the disputants to peaceably resolve their differences, but it can compel them to sit down with each other’. Hieruit volgt dat een rechter een partij ook niet kan dwingen een redelijk bod te doen of te goeder trouw te onderhandelen (*Texas Parks and Wildlife Dept. v. Davis*, 988 S.W.2d 370 (1999)).

²⁰⁶ Tex. Civ. Prac. & Rem. Code §154.023.

²⁰⁷ Zie par. 3.1 van dit hoofdstuk.

²⁰⁸ Zie par. 6.2 van hoofdstuk 2.

ondersteuning van hun positie in mediation.²⁰⁹ Problematisch is dat partijen soms verwachten dat de mediator juridisch geschoold is en een inhoudelijk juridische evaluatie geeft van het geschil.²¹⁰ Deze situatie zal zich zeker voor kunnen doen in court-annexed mediation waar het geschil al sterk gejuridiseerd is.²¹¹

In dit deel over mediation en de settlement agreement in Texas wordt, net als dat gebeurd is bij de bespreking van Californië en Florida, eerst het afdwingen van nakoming van mediated settlement agreements besproken. Net als in Californië en Florida het geval was, zal ook hier blijken dat het onderscheid private, court-annexed en court-ordered mediation van belang is voor de mogelijkheden tot het verkrijgen van een executoriale titel. Er wordt een onderscheid gemaakt tussen (bepaalde) familierechtelijke zaken, waarvoor meer specifieke regels gelden, en de resterende rechtsgebieden. Ook wordt aandacht besteed aan eventuele sancties die een rechter zou kunnen opleggen als partijen de gemaakte afspraken niet nakomen.

Hierna staan de mogelijkheden tot aantasting van mediated settlement agreements centraal en vervolgens worden de wettelijke regels inzake vertrouwelijkheid van de mediationcommunicatie onder de loep genomen. Bij deze bespreking zal het onderscheid familierechtelijk versus vermogensrechtelijk alleen worden gemaakt als de wettelijke regelingen verschillen of als rechters menen een onderscheid te moeten maken.

4.2. Vereisten

In deze paragraaf worden de eisen besproken die worden gesteld aan het totstandkomen van een geldige settlement. Voor court-annexed mediations geldt een specifieke regeling die hieronder besproken zal worden. Voor mediations in zaken die (nog) niet aanhangig zijn, gelden de algemene regels voor settlements.²¹²

4.2.1. Aanhangige zaken

Mediated settlement agreements in aanhangige zaken dienen in Texas schriftelijk te worden aangegaan. Dit vereiste is niet opgenomen in de Texas ADR Act, maar is vastgelegd in Rule 11 van de Texas Rules of Civil Procedure.²¹³ Het artikel heeft een ruimer toepassingsgebied dan alleen mediated settlements. De bepaling luidt als volgt:

²⁰⁹ Ethical Guidelines for Mediators §11. Te raadplegen op www.texasadr.org onder 'resources' en dan 'guidelines & standards'. Voor het laatst geraadpleegd op 20-12-2006. Deze ethische regels zijn in 2005 overgenomen door de Texas Supreme Court. Zie Texas Bar 2005, p. 856 e.v.

²¹⁰ In Texas treden advocaten en gepensioneerde rechters vaak op als mediator. De juridische kennis is dan aanwezig, maar het is niet de bedoeling dat de mediator beslissingen geeft of zich richt op de juridische posities van partijen (Wise 2006, p. 851 e.v.). Zie ook Civil Practice & Remedies Code §154.052. Deze bepaling eist minimaal veertig uur training (en voor familierechtelijke zaken nog een extra 24 uur) in mediatie technieken, maar geen meestertitel.

²¹¹ Zie ook Kovach & Love 1998, p. 77.

²¹² Zie hiervoor hoofdstuk 4.

²¹³ Tex. R. Civ. P. 11. Rule 11 dateert uit 1840, is opnieuw gecodificeerd in 1877 en is sindsdien niet meer aangepast, althans niet voorzover voor dit onderzoek relevant (Kennedy v. Hyde, 682 S.W.2d at 525, 526 (1984)). Voor de procedure bij de hoven gelden de Rules of Procedure for the Court of Appeals.

'Unless otherwise provided in these rules, no agreement between attorneys or parties touching any suit pending will be enforced unless it be in writing, signed and filed with the papers as part of the record, or unless it be made in open court and entered of record'.

Consequentie van deze regel is dat een mediated settlement agreement die als onderwerp een bij de rechter aanhangig geschil heeft, alleen afdwingbaar is op het moment dat de schikking aan de voorwaarden van dit artikel voldoet.²¹⁴ Mediated settlement agreements die een aanhangig geschil betreffen, dienen in Texas dus in ieder geval op schrift te worden gesteld. Mondelinge overeenkomsten die een einde maken aan een aanhangig geschil, zijn niet in rechte afdwingbaar, tenzij ze in *open court* worden aangegaan.²¹⁵ De ratio achter Rule 11 is het voorkomen van rechtszaken over de bindende kracht van mondelinge overeenkomsten en het voorkomen van een verkeerde interpretatie bij de uitleg van mondelinge settlement agreements.²¹⁶ Uit de tekst van Rule 11 volgt dat het schriftelijkheidsvereiste niet geldt voor mediated settlement agreements die zijn gesloten in een geschil dat (nog) niet aan de rechter is voorgelegd. In een geschil dat wel aanhangig is, maakt Rule 11 inbreuk op een materiële regel uit de common law, namelijk dat mondelinge overeenkomsten afdwingbaar zijn.²¹⁷

Voor het beantwoorden van de vraag wanneer een settlement agreement voldoet aan het vereiste van schriftelijkheid, heeft de Texas Supreme Court de analogie gemaakt met de Statute of Frauds, een wet die voorschrijft dat sommige overeenkomsten pas geldig zijn als zij schriftelijk zijn aangegaan.²¹⁸ Om te voldoen aan het schriftelijkheidsvereiste dient sprake te zijn van:

'a written memorandum which is complete within itself in every material detail, and which contains all of the essential elements of the agreement, so that the contract can be ascertained from the writings without resorting to oral testimony'.²¹⁹

²¹⁴ Kennedy v. Hyde, 682 S.W. 2d 525, 528 (1984); Ahern 2000, p. 88-89. Zie ook Export Worldwide, LDT. V. Alfred Knight, individually, Knight Aerospace Products, Inc., T & M Lease and Finance, L.L.C., 2007 WL 628746 (United States District Court 2007) waarin nog eens wordt benadrukt dat Rule 11 minimumvoorwaarden aan de settlement agreement stelt.

²¹⁵ Een open court is: 'A court that is in session, presided over by a judge, attended by the parties and their attorneys, and engaged in judicial business. Open court usually refers to a proceeding in which formal entries are made on the record. The term is distinguished from a court that is hearing evidence in camera or from a judge that is exercising merely magisterial powers' (Blacks's Law Dictionary, p. 1123).

²¹⁶ Ahern 2000, p. 87 e.v.; Ebner v. First State Bank of Smithville, 27 S.W.3d 287, 296; Breceda v. Whi, 187 S.W. 3d 148 (Tex. App. El Paso 2006); Padilla v. LaFrance, 907 S.W.2d 454, 460 (Tex. 1995): 'Agreements of counsel, respecting the disposition of causes, which are merely verbal, are very liable to be misconstrued or forgotten, and to beget misunderstandings and controversies; and hence there is great propriety in the rule which requires that all agreements of counsel respecting their causes shall be in writing, and if not, the court will not enforce them. They will then speak for themselves, and the court can judge of their import, and proceed to act upon them with safety. The rule is a salutary one, and ought to be adhered to whenever counsel disagree as to what has transpired between them'.

²¹⁷ Dit is de consequentie van de uitspraak van de Kennedy-court (voetnoot 213) (Ahern 2000, p. 108 e.v.).

²¹⁸ Zie voor een korte uitleg van de Statute of Frauds, par. 2.3.2, voetnoot 46 van het onderhavige hoofdstuk.

²¹⁹ Padilla v. LaFrance, 907 S.W.2d 454, 460 (Tex. 1995). Zelfs als de settlement agreement niet overeenkomt met de eisen in Rule 11 kan een gerecht uit billijkheidsoverwegingen toch besluiten dat de overeenkomst afdwingbaar is.

Rule 11 vereist vervolgens dat de schriftelijke settlement agreement wordt voorgelegd aan het gerecht waar de zaak aanhangig is, maar geeft niet aan wanneer de settlement moet worden ingediend bij de bevoegde rechter. De rationale achter het vereiste dat de settlement wordt voorgelegd aan de rechter is om discussie over de inhoud van de settlement tegen te gaan. Hiervoor is niet noodzakelijk dat de settlement wordt voorgelegd voordat instemming met de settlement agreement eventueel wordt ingetrokken. Het doel van het overleggen van de tekst van de schikking aan de rechter is om deze de mogelijkheid te geven kennis te nemen van de inhoud van de overeenkomst. Dit doel wordt bereikt op het moment dat de settlement wordt ingediend, voordat nakoming van de settlement wordt geëist.²²⁰

Op de verhouding tussen Rule 11 en het in de volgende paragraaf te bespreken §154.071 (a) van de Tex. Civ. Prac. & Rem. Code ziet de zaak *West Beach v. Erdeljac*.²²¹ In deze zaak werd geoordeeld dat Rule 11 slechts een minimum standaard geeft voor settlements in aanhangige zaken en dat een andere regel additionele vereisten kan stellen. Zo'n regel is §154.071 (a). Dit artikel bepaalt dat een mediated settlement agreement op dezelfde wijze afdwingbaar is als elke andere overeenkomst. In deze zaak ontbrak de handtekening van West Beach, de advocaat had wel getekend, en West Beach stelt dat onder §154.071 (a) de handtekening van beide partijen vereist is voor het creëren van een afdwingbare settlement agreement. Onder Rule 11 is een handtekening van een partij of zijn advocaat voldoende.²²² De rechter oordeelde dat als West Beach meende dat als §154.071 (a) voorschrijft dat beide partijen moeten tekenen, en de rechter gaat hier verder niet op in, de common law- regel dat een advocaat van zijn cliënt de bevoegdheid kan krijgen om namens zijn cliënt een settlement agreement te tekenen, ook op settlement agreements slaat die in een wettelijke bepaling worden geregeld. De rechter zag geen reden om aan te nemen dat de wetgever bij het opstellen van ADR Act de bedoeling had om de reikwijdte van de common law-regel te beperken, dus ondertekening door een advocaat van een partij is voldoende. Door deze interpretatie van de rechter van §154.071(a) wordt strijd met Rule 11 voorkomen.

Ook de zogenaamde agreed judgments of consent judgments dienen aan de vereisten van Rule 11 te voldoen.²²³ Voor een agreed of consent judgment, het woord zegt het al, is wel instemming nodig van beide partijen. Als partijen een geldige mediated settlement hebben gesloten en de rechter vragen deze settlement op te nemen in een schikkingsvonnis, is het noodzakelijk dat op het moment van uitspreken van het schikkingsvonnis de instemming met de settlement nog aanwezig is. Trekt een van de partijen zijn instemming in vóór de uitspraak van

Zie *Cantu v. Moore*, 90 S.W.3d 821 en *Ebner v. First State Bank of Smithville*, 27 S.W.3d 287 (2000). 'A settlement agreement may be enforced for equitable reasons, even though it does not comply with the rule that no agreement between attorneys or parties touching any pending suit is enforceable unless it is in writing, signed and filed with the papers as part of the record, or unless it is made in open court and entered of record'.

²²⁰ *Padilla v. LaFrance*, 907 S.W.2d 454, 460 (Tex. 1995); *Mantas v. Fifth Court of Appeals*, 925 S.W.2d 656 (Tex. 1996); *Bayway Services, Inc v. Ameri-Build Construction, L.C.*, 106 S.W.3d 156 (2003).

²²¹ *West Beach Marina, Ltd v. Erdeljac*, 94 S.W.3d 248 (2002). Zie ook *Export Worldwide, LDT. V. Alfred Knight, individually, Knight Aerospace Products, Inc., T & M Lease and Finance, L.L.C., Defendants* (United States District Court 2007).

²²² *Ebner v. First State Bank*, 27 S.W.3d 287, 297.

²²³ Zie voor een uitleg van het schikkingsvonnis onder Amerikaans recht, par. 3.7.2. van hoofdstuk 4.

het schikkingsvonnis, dan kan een consent judgment niet meer uitgesproken worden.²²⁴ Het doet niets af aan de afdwingbaarheid van de settlement agreement, alleen zal een vordering tot nakoming moeten worden ingesteld.²²⁵

4.3. Executoriale titel

Ten aanzien van de mogelijkheden tot het afdwingen van nakoming van mediated schikkingen is er verschil in regelgeving en jurisprudentie tussen het familierecht en de overige rechtsgebieden. Aangezien voor het familierecht op dit vlak aanvullende, specifieke bepalingen gelden, zal eerst het vermogensrecht besproken worden.

4.3.1. Vermogensrecht

De Texas ADR Act geeft slechts regels voor court-ordered mediation. Op private mediations en court-annexed mediation zijn de algemene regels voor het afdwingen van nakoming van overeenkomsten van toepassing. Dit betekent dat in geval van niet-nakoming een vordering tot nakoming moet worden ingesteld en dat eventueel een summary judgment in de zaak gegeven kan worden, mits geen materiële feiten meer ter discussie staan.²²⁶

Section 154.071 van de Texas Civil Practice and Remedies Code, die van toepassing is op het afdwingen van nakoming van overeenkomsten aangegaan in een ADR procedure, bepaalt het volgende ten aanzien van de gevolgen van schriftelijke mediated settlement agreements.²²⁷

- ‘(a) If the parties reach a settlement and execute a written agreement disposing of the dispute, the agreement is enforceable in the same manner as any other written contract.’²²⁸
- (b) The court in its discretion may incorporate the terms of the agreement in the court’s final decree disposing of the case.²²⁹
- (c) A settlement agreement does not affect an outstanding court order unless the terms of the agreement are incorporated into a subsequent decree’.

Sub a spreekt voor zich. Een mediated settlement agreement is een overeenkomst en het algemene overeenkomstenrecht is dan ook van toepassing. De vereisten voor het totstandkomen

²²⁴ Padilla v. LaFrance, 907 S.W.2d 454, 460 (Tex. 1995); Brown v. Brown, 2002 WL 1343222; Rizk v. Millard, 810 S.W. 2d 318 (1991); Lee v. Lee, 158 S.W. 3d 612 (2005). Zie ook hoofdstuk 4, par 3.7.2.

²²⁵ Mantas v. Fifth Court of Appeals, 925 S.W.2d 656 (Tex. 1996). Zie ook Garcia v. Wallace, 1999 WL 391846. ‘A party can enforce the agreement even though the other party has withdrawn consent to the judgment. However, the party seeking to enforce the agreement must provide proper pleading and proof to support enforcing the settlement agreement under contract law’ (Clopton v. Mountain Peak Water Supply Corporation, 911 S.W. 2d 525 (1995)). ‘That a party withdraws his consent to entry of a judgment does not make the settlement agreement unenforceable. (...) A party can enforce the agreement though the other party withdraws consent to the judgment. A party must provide proper pleading and proofs to support enforcing the settlement agreement under contract law’ (Stevens v. Snyder, 874 S.W.2d 241 (1994)). Aldus ook Ahern 2000, p. 114 e.v.

²²⁶ Zie over summary judgment, hoofdstuk 4, par. 3.7.1.

²²⁷ Tex. Civ. Prac. & Rem. Code §154.071.

²²⁸ Clopton v. Mountain Peak Water Supply Corporation, 911 S.W. 2d 525 (1995): ‘The same procedures used to enforce other contracts should apply to mediated settlement agreements’.

²²⁹ Cadle v. Castle, 913 S.W.2d 627 (1995); Stevens v. Snyder, 874 S.W.2d 241 (1994).

van een geldige settlement stonden centraal in *Anderton v. Schindler*. In deze zaak uit 2005 werd nogmaals benadrukt dat de vraag of een mediated settlement afdwingbaar is, moet worden bepaald aan de hand van dezelfde criteria als elke andere overeenkomst. Dit betekent dat de essentiële bepalingen duidelijk moeten zijn en dat het duidelijk moet zijn dat tussen partijen wilsovereenstemming bestaat.²³⁰ Als in de mediated settlement agreement een essentiële bepaling open wordt gelaten opdat er nog over onderhandeld kan worden, is de schikkingsovereenkomst niet bindend.²³¹ *Intent to be bound* is een essentieel element van een geldige overeenkomst. De vraag of sprake is van intent to be bound is vaak een feitelijke vraag. Maar als op het eerste gezicht uit de overeenkomst duidelijk en ondubbelzinnig blijkt dat sprake was van de intentie om gebonden te zijn, kan de bedoeling van partijen bepaald worden als een *matter of law*.²³² In dit laatste geval staat de bewering van een partij dat geen sprake was van intent to be bound niet in de weg aan een eventuele summary judgment.

Sub b heeft aanleiding gegeven tot de nodige interpretatieproblemen. Er is een aantal vonnissen gewezen waarin uitvoerig op de uitleg van §154.071 (b) is ingegaan. *Castle v. Cadle*, de eerste zaak die hier besproken zal worden, is een mooi voorbeeld van de discussie die er rond interpretatie van sub b bestond.²³³ De zaak lag als volgt. Na een court-ordered mediation sloten Castle en Cadle een settlement agreement. Castle diende bij de rechtbank waar de zaak nog aanhangig was, een motion tot nakoming van de settlement agreement in. Cadle liet de rechtbank vervolgens weten dat hij zijn instemming met de settlement agreement introk. Zonder dat sprake was geweest van pleidooien of bewijsvoering oordeelde de rechtbank dat de bepalingen uit de settlement agreement opgenomen moesten worden in haar eindvonnis. Cadle voerde aan dat een uitspraak in deze zaak zonder dat een inhoudelijke behandeling had plaatsgevonden, onjuist zou zijn, omdat op grond van sub a een mediated settlement afdwingbaar is als elke ander overeenkomst wat zou betekenen dat er een bodemprocedure gevoerd moest worden. Castle voerde vervolgens aan dat §154.071 sub b de handelwijze van de rechtbank sanctioneerde.

De appelrechters in *Cadle v. Castle* meenden dat de wetgever met dit artikel bedoeld had aan te geven dat een rechter in eerste aanleg hier de bevoegdheid heeft om specifieke bepalingen uit een settlement agreement al dan niet op te nemen in een eindvonnis. Dit alles nadat er een procedure heeft plaatsgevonden in overeenstemming met sub a, dus met naleving van de regels die gelden voor het afdwingen van nakoming van overeenkomsten in het algemeen. Castle had in dit geval dus een aparte vordering in moeten instellen. Hij kon niet in de nog aanhangige procedure over het aan de settlement agreement onderliggende geschil, nakoming van de gesloten settlement vorderen.

Maar de dissenting judge²³⁴ in deze zelfde zaak meende, in navolging van het standpunt van gedaagde Castle, dat §154.071 sub b op zichzelf een summary procedure creëert. De bepaling zou dan zo gelezen dienen te worden dat de vordering tot nakoming van de

²³⁰ *Anderton v. Schindler*, 154 S.W.3d 928 (2005).

²³¹ *Castroville Airport, Inc. v. City of Castroville*, 974 S.W.2d 207 (1998), verwijzend naar *America's Favorite Chicken Co. v. Samaras*, 929 S.W.2d 622. Zie ook *Lerer v. Lerer*, 2002 WL 31656109 en *Montanaro v. Montanaro*, 946 S.W.2d. 428 (1997).

²³² *Hardman v. Dault*, 2 S.W.3d 378 (1999).

²³³ *Cadle v. Castle*, 913 S.W.2d 627 (1995).

²³⁴ Zie voetnoot 126 in hoofdstuk 4.

settlement agreement behandeld zou worden in een summary procedure in de nog aanhangige zaak, zonder dat een aparte vordering tot nakoming van de overeenkomst ingesteld zou hoeven worden. Naar mening van de dissent judge is dit de enig mogelijke uitleg in het licht van de beleidskeuzes van de staat Texas, namelijk het stimuleren van conflictoplossingen door middel van settlement agreements en het zoveel mogelijk terugdringen van procedures voor de overheidsrechter.²³⁵ Bovendien meende de dissenting judge dat §154.071 sub b geen toegevoegde waarde meer zou hebben ten opzichte van sub a op het moment dat er de interpretatie aan werd gegeven die zijn collega's in deze zaak voorstonden. Hij voerde aan dat dan zowel sub a als sub b zou meebrengen dat een nieuwe bodemprocedure gestoeld op een vordering tot nakoming van de overeenkomst, gevoerd zou moeten worden voordat de bepalingen van de settlement agreement opgenomen zouden kunnen worden in een vonnis.²³⁶ De dissent stelde zich op het standpunt dat als de feiten niet ter discussie staan een motion tot nakoming en een antwoord daarop voldoende waarborg zijn om een eerlijke procesvoering te garanderen.

Aangezien een dissenting opinion geen primary authority is,²³⁷ is de interpretatie die de meerderheid van de rechters in *Cadle v. Castle* aan section 154.071 gaf het geldende recht in Texas ten aanzien van het afdwingen van nakoming van settlement agreements.²³⁸ Een partij heeft op basis van section 154.071(b) geen recht op een verkorte procedure.²³⁹

In *Mantas v. Fifth Court of Appeals* besliste de Texaanse Supreme Court, net als het hof in *Cadle v. Castle*, over de noodzaak van het instellen van een aparte vordering tot nakoming van een mediated settlement agreement. Het verschil met de *Cadle-case* is dat Mantas nakoming zocht bij het hof en niet bij de rechtbank. De feiten waren als volgt, Barnett de tegenpartij van Mantas in de procedure voor de rechtbank, had in eerste aanleg gelijk gekregen. Mantas ging in hoger beroep en de rechter in tweede aanleg verwees de partijen naar mediation. De geldigheid van de daaruit voortvloeiende settlement agreement werd vervolgens door Barnett betwist. Mandras werd opgedragen een aparte vordering tot nakoming in te stellen, geheel in lijn met *Cadle v. Castle*. Aangezien de court-ordered mediation in de Mantas-zaak werd opgedragen door het hof, en niet door de rechter in eerste aanleg, in tegenstelling tot de

²³⁵ Zoals in diverse uitspraken benadrukt is en zoals ook is opgenomen in §154.002: 'It is the policy of this state to encourage the peaceable resolution of disputes, with special consideration given to disputes involving the parent – child relationship, including the mediation of issues involving conservatorship possession, and support of children, and the early settlement of pending litigation through voluntary settlement procedures'. Ter ondersteuning van zijn standpunt haalt hij vergelijkbare wettelijke ADR-bepalingen aan uit andere staten. Hij noemt de Ark. Code Ann. §16-17, de Va. Code Ann. §8.01-576.11, en de Cal. Civ. Proc. Code §664.6. In Californië is op grond van voormelde section een versnelde procedure wel mogelijk (zie par. 2.3.1). Maar zie ook Pintens die erop wijst dat de interpretatie van statenwetten strikt is en in sommige staten zelfs nog strikter dan in het Verenigd Koninkrijk. Dit betekent een letterlijke uitleg en dus geen mogelijkheid tot een teleologische interpretatie (Pintens 1998, p. 193).

²³⁶ Ten aanzien van dit punt ben ik het niet eens met de dissent. Er zou immers ook in de procedure waarin nakoming van de settlement agreement wordt gevorderd, kunnen blijken dat geen materiële feiten ter discussie staan en dat de partij die nakoming eist dus recht heeft op een summary judgment. Zie *Randle v. Mid Gulf*, 1996 WL 447954; *Lype v. Watkins*, 1998 WL 734429; *Carcia v. Wallace*, 1999 WL 391846; *Martin v. Black*, 909 S.W.2d 192 (1995).

²³⁷ Zie par. 2 van hoofdstuk 4.

²³⁸ *Pfeiffer v. Newman*, 1998 WL 483458; *Alvarez v. Martinez*, 2000 WL 1585653; *Crump v. Crump*, 2005 WL 2841146.

²³⁹ *Dwyer, Colleluori & Eisenstat* 1997, p. 1560.

Cadle-zaak, moest de Supreme Court oordelen over de vraag of, terwijl de partij die nakoming van de settlement vraagt aan de rechtbank, het hof mag beslissen over het oorspronkelijke, aan de schikking ten grondslag liggende geschil. Het antwoord luidde negatief. Voordat in hoger beroep wordt beslist over het oorspronkelijke geschil, moet er eerst een oordeel van de rechtbank komen over de afdwingbaarheid van de settlement agreement.²⁴⁰

4.3.2. Familierecht

Zoals al eerder genoemd zijn in Texas op mediation van bepaalde familierechtelijke geschillen naast de algemene regels, nog specifieke wettelijke bepalingen van toepassing. Het gaat hierbij om schikkingen in echtscheidingszaken en alimentatie- en bezoekenregelskwesties.

4.3.2.1. Alimentatie en bezoekenregelingen vóór 1995

In 1995 werd een specifieke regeling voor afdwingbaarheid van mediated settlement agreements ingevoerd in alimentatie- en bezoekenregelskwesties. Daarvoor gold de Texas ADR Act voor dit type zaken. Hoe de situatie vóór 1995 was, blijkt uit de volgende uitspraak van een Texaans gerechtshof. De vraag was of een rechtbank haar vonnis mocht baseren op een mediated settlement agreement nadat een van de partijen de settlement had verworpen. Het hof oordeelde dat dit niet kon. Een schikkingsvonnis is niet mogelijk zonder instemming van beide partijen. Ontbreekt die instemming dan moet een vordering tot nakoming ingesteld worden. Zijn er geen feitelijke kwesties dan kan het via summary proceedings afgehandeld worden, anders is een inhoudelijke behandeling nodig, al dan niet ten overstaan van een jury.²⁴¹ Deze situatie was dus gelijk aan de hiervoor beschreven situatie met betrekking tot de afdwingbaarheid van mediated settlement agreements in het vermogensrecht.

4.3.2.2. Alimentatie en bezoekenregelingen na 1995

§153.0071 van de Family Code geeft een specifieke regeling voor ADR procedures in ouder-kind relaties. Het op mediation toepasselijke deel van deze bepaling luidt, voor zover relevant:

- ‘(c) On the written agreement of the parties or on the court's own motion, the court may refer a suit affecting the parent-child relationship to mediation.
- (d) A mediated settlement agreement is binding on the parties if the agreement:
 - (1) provides, in a prominently displayed statement that is in boldfaced type or capital letters or underlined, that the agreement is not subject to revocation;²⁴²

²⁴⁰ Mantas v. Fifth Court of Appeals, 925 S.W.2d 656 (Tex. 1996). Zie ook Bauer v. Jasso, 946 S.W. 2d 552 (1997). Mantas had al uitvoering gegeven aan zijn verplichting onder de settlement agreement maar dat veranderde niets aan het feit dat toch een aparte vordering ingesteld diende te worden. Het hof ging hier in het geheel niet op het karakter van de settlement in (executory accord of substituted contract), zie hoofdstuk 4, par. 3.5 e.v.

²⁴¹ Davis v. Wickham, 917 S.W.2d 414 (1996). De rechter in eerste aanleg had uitspraak gedaan vóór 1995, vandaar dat de nieuwe regeling (waarschijnlijk) niet genoemd werd.

²⁴² In een oudere versie luidde (d) (1): ‘provides in a separate paragraph an underlined statement that the agreement is not subject to revocation’. Wanneer niet stipt aan de vereisten van het artikel wordt voldaan, is het artikel niet van toepassing (Spinks v. Spinks, 939 S.W.2d 229 (1997)). ‘Moreover, the requirements for non-revocation provided by section 153.0071 (d) were not met because the stipulation by the parties that the agreement was non-revocable was not underlined’. Er is dus weer een bepaalde formulering in aanvulling op het algemene overeenkomstenrecht

- (2) is signed by each party to the agreement; and
- (3) is signed by the party's attorney, if any, who is present at the time the agreement is signed.
- (e) If a mediated settlement agreement meets the requirements of Subsection (d), a party is entitled to judgment on the mediated settlement agreement notwithstanding Rule 11, Texas Rules of Civil Procedure, or another rule of law'.

De huidige tekst van section 153.0071 stamt, zoals eerder aangegeven, uit 1995. Toepassing van het artikel vond plaats in *Beeler v. Beeler*, waar het ging om een echtscheiding en een bezoek- en alimentatieregeling voor het enige kind uit het huwelijk.²⁴³ De mediated settlement agreement van het echtpaar voldeed aan de vereisten van §153.0071 en het hof kwam dan ook tot de conclusie dat de settlement niet verworpen kon worden. De rechtbank had terecht de mediated settlement opgenomen in haar scheidingsvonnis.

In *Jackson v. Jackson* bepaalde de rechtbank dat in geval een van de partijen de schikkingsovereenkomst ondertekent met de schriftelijke aantekening dat zij denkt dat de settlement niet in het belang van haar kind is, dit niet voldoende is om aan te nemen dat wilsovereenstemming ontbrak. Als verder aan de vereisten uit §153.0071 (d) is voldaan, is de schikkingsovereenkomst afdwingbaar.²⁴⁴

De boven beschreven zaken betroffen alle court-ordered mediation. Voor deze vorm van mediation zijn de bepalingen uit de Family Code geschreven.²⁴⁵ De vraag is nu of deze artikelen ook van toepassing zijn als de rechter niet verwezen heeft. De appellate court oordeelde in *In the interest of J.A.W.* expliciet dat de bepalingen betreffende mediation in de Family Code ook van toepassing zijn op mediations waaraan geen verwijzing door de rechter vooraf ging.²⁴⁶

De rechter heeft niet de bevoegdheid om de overeenkomst van partijen te veranderen bij opname in een vonnis, tenzij de overeenkomst in strijd is met de openbare orde en goede zeden en/of dwingend recht.²⁴⁷

4.3.2.3. Echtscheiding vóór 1997

Vóór de invoering van §6.602 in 1997, een bepaling die vergelijkbaar is met het hierboven besproken §153.0071, zijn een aantal opmerkelijke uitspraken gedaan over de uitleg van hoofdstuk 154 van de Texas Civil Practice and Remedies Code in echtscheidingszaken. Bij

vereist, wil de overeenkomst afdwingbaar zijn, zoals we ook zagen in bij sommige wettelijke bepalingen in Californië. Zie voetnoot 49. Aldus ook Burns 1986, p. 111.

²⁴³ *Beeler v. Beeler*, 2002 WL 1025062. Zie ook *Jackson v. Jackson*, 2001 WL 1493853 en *In re Circone*, 122 S.W.3d 403 (2003). In *Spinks v. Spinks*, 939 S.W.2d 229 (1997) voldeed de settlement niet aan de eisen van §153.0071 en kon dus verworpen worden.

²⁴⁴ *Jackson v. Jackson*, 2001 WL 1493853. Aldus ook *Mullins v. Mullins*, 202 S.W. 3d 869.

²⁴⁵ §153.0071 (c): 'On written agreement of the parties or on the court's own motion, the court may refer a suit affecting the parent-child relationship to mediation'.

²⁴⁶ *In the interest of J.A.W.-N, a minor child*, 94 S.W.3d 119 (2002). Partijen sloten een mediated settlement. Een van partijen komt niet na, de ander initieert een juridische procedure en eist nakoming. De rechter nam de mediated overeenkomst over in zijn vonnis op grond van §153.0071.

²⁴⁷ *Garcia-Udall v. Udall*, 141 S.W.3d 323 (2004). Bevestigd in *In the Interest of N.R.C. and L.A.C.*, 2005 WL 2875367.

gebrek aan een specifieke regeling voor mediation in echtscheidingszaken was de Texas ADR Act, zoals hoofdstuk 154 ook wel wordt genoemd, immers van toepassing op echtscheidingen.

In 1993 deed een Texaans hof uitspraak *In the matter of the marriage of Ames*.²⁴⁸ Het betrof hier een echtscheidingsprocedure waarop de huidige versie van §6.602 nog niet van toepassing was. Het echtpaar verzocht de rechtbank om de echtscheiding uit te spreken. De rechtbank verwees hen naar mediation om tot een verdeling van het huwelijksvermogen te komen. Partijen slaagden daarin en tekenden een mediated settlement agreement. Vervolgens verwierp de man de tussen hem en zijn ex-echtgenote gesloten overeenkomst. De vrouw verzocht de rechter toch om de scheiding uit te spreken met als basis de settlement agreement. De rechter voldeed aan dit verzoek. De man ging in beroep en voerde hiertoe onder meer aan dat de rechtbank ten onrechte het scheidingsvonnis had uitgesproken op basis van de settlement agreement omdat hij, de man, de overeenkomst al had verworpen.

Hof hof toetste het hoger beroep van de man aan §154.071 (a) en interpreteerde de wettelijke bepaling als volgt: 'We interpret this statute to mean, inter alia, that a party who had reached a settlement agreement disposing of a dispute through alternative dispute resolution procedures may not unilaterally repudiate the agreement'.

De rechter zegt expliciet dat hij zich bewust is van de uitspraken waarin wordt gesteld dat consent judgments alleen mogelijk zijn als beide partijen nog achter de overeenkomst staan op het moment van het uitspreken van het consent judgment, maar dat deze uitspraken niet van toepassing zijn op overeenkomsten die gesloten zijn volgend op een vorm van alternatieve geschilbeslechting, zoals beschreven in hoofdstuk 154 van de Texas Civil Practice and Remedies Code. Het hof overweegt dat als het partijen bij mediated settlement agreements vrijstond om eenzijdig de overeenkomst te verwerpen, geschillen niet eens en voor altijd opgelost zouden worden en dat partijen vervolgens weer terug zouden vallen op de traditionele manier van geschiloplossing, namelijk overheidsrechtspraak.²⁴⁹ Dit is een opmerkelijke uitspraak die niet strookt met de eerder besproken uitspraken over het afdwingen van nakoming van mediated settlements onder §154.071 (a).

Maar in *Cary v. Cary*, een zaak uit 1995, deed een ander hof een uitspraak die lijnrecht tegenover die *In the matter of Ames* stond. Het gerecht oordeelde dat:

'(...) it has long been the law of this state that a court cannot render a valid consent judgment unless at the time of rendition, all parties consent to the agreement underlying the judgment'. En vervolgde 'we disagree with the Amarillo court (het hof dat uitspraak deed in *In the matter of Ames*; MS) and adhere to the concept that consent of the parties is required up to the moment of rendition of the consent judgment, no matter how the agreement was reached. We find nothing in chapter 154 that would confer some sort of heightened dignity to an agreement reached through mediation'.

²⁴⁸ *In the matter of the marriage of Raymond K. Ames and Nancy Jo Ames*, 860 S.W.2d 590 (1993).

²⁴⁹ Zie ook Murr 1997, p. 33; Alfini & McCabe 2001, p. 200.

Deze laatste uitspraak is geheel in lijn met andere uitspraken in echtscheidingsprocedures.²⁵⁰ Ook in deze zaken betrof het court-ordered mediation. Partijen kwamen tot een mediated settlement. De appellate courts geven uitdrukkelijk aan dat een consent judgment niet uitgesproken kan worden zonder dat beide partijen volledig instemmen met de schikkingsovereenkomst. Trekt een van beide zijn instemming in, dan kan nakoming van de schikkingsovereenkomst, mits deze voldoet aan de vereisten van Rule 11 van de Texas Rules of Civil Procedure, afgedwongen worden op dezelfde wijze als nakoming van elke andere overeenkomst. Hiertoe dient een partij haar vordering tot nakoming te ondersteunen met pleidooien en bewijs. Dit is de normale procedure. Ook hier is op geen enkele wijze sprake van een bijzondere status van mediated settlement agreements.

4.3.2.4. Echtscheiding na 1997

Behalve section 153.0071 is op court-ordered mediation in de familiale sfeer nog een andere specifieke bepaling van toepassing. §6.602 ziet op mediationprocedures in echtscheidingskwesties. Deze section is gelijk aan de tekst van section 153.0071 en wordt daarom hier niet weergegeven.

Section 6.602 kwam aan de orde in *Cayan v. Cayan*.²⁵¹ De vraag was daar of §6.602 uitdrukkelijk een *procedural shortcut* creëerde. Eiser betwistte dit, maar het hof concludeerde dat ‘the plain meaning of section 6.602 could hardly be more clear: a section 6.602 agreement is binding, i.e., irrevocable, and a party to one is entitled to judgment based on the agreement’. Naast het *plain meaning*-argument geeft het hof nog aan dat het er vanuit gaat dat de wetgever op de hoogte was van het bestaan en de inhoud van §154.071 van de Civil Practice & Remedies Code. Dit artikel geeft aan dat een schriftelijke settlement agreement afdwingbaar is op de zelfde manier als elke andere schriftelijk aangegane overeenkomst. Als §6.602 niet uitgelegd wordt als een procedural shortcut zou het geen enkele zelfstandig betekenis hebben naast §154.071.²⁵² Bovendien voegt de court er vanuit public policy overwegingen aan toe dat het wenselijk zou zijn als mediated settlements versneld afdwingbaar zouden zijn, zodat de overheidsrechter optimaal ontlast wordt.

Het hof meent ook dat de mogelijkheid om mediated settlements afdwingbaar te maken door middel van een procedurele shortcut, partijen zal aanmoedigen om gebruik te maken van mediation omdat zij op deze manier een grotere zekerheid hebben op een snelle en definitieve beslissing. Partijen zullen zich ook, zo is de verwachting van ditzelfde hof, sneller te goeder trouw gedragen tijdens een mediation als ze weten dat nakoming van de eventueel tot stand te komen settlement snel afgedwongen kan worden.²⁵³

De conclusie luidt dat §6.602 doelbewust een procedurele shortcut creëert in echtscheidingszaken.²⁵⁴ Opmerkelijk is dat de rechter met de bovenstaande argumentatie in

²⁵⁰ In the matter of the marriage of Mary Lou Allen and Jesse Warren Allen, 1996 WL 686895; Pollard v. Merkel, 1999 WL 72209 (waar de rechter met geen woord rept over §6.602, misschien omdat partijen het niet aanvoeren, misschien omdat de uitspraak waartegen beroep werd ingesteld uit 1995 stamt, voor invoering van §6.602).

²⁵¹ *Cayan v. Cayan*, 38 S.W.3d 161 (2000).

²⁵² *Cayan v. Cayan* werd voorafgegaan door *Alvarez v. Reiser*, 958 S.W.2d 232 in 1997, gewezen in hetzelfde jaar als de invoering van §6.602 en gevolgd door *Beeler v. Beeler*, 2002 WL 1025062.

²⁵³ *Cayan v. Cayan*, 38 S.W.3d 161 (2000).

²⁵⁴ Zie ook Scott 2006, p. 378. Zie ook *Gaskin v. Gaskin*, 2006 WL 2507319.

algemene termen de wenselijkheid van zo'n procedurele shortcut aangeeft. Er wordt in de argumentatie niet gerefereerd aan het bijzondere karakter van het rechtsgebied, namelijk echtscheidingen, waar §6.602 op ziet.²⁵⁵ Het is niet duidelijk of §6.602 ook gelding heeft als het geen court-ordered mediation betreft zoals dat bij §153.0071 het geval is. Gezien de overwegingen van het hof in *Cayan v. Cayan* lijkt dat wel aannemelijk. Zoals boven besproken, bleek dat zo'n summary procedure uitdrukkelijk niet geldt voor mediated agreements buiten echtscheidingsprocedures en bezoeksregelings- en alimentatiekwesties.²⁵⁶

4.3.2.5. Toetsing van mediated settlement agreements

De vraag is nu wat de mogelijkheden van de rechter zijn om een mediated settlement agreement totstandgekomen in overeenstemming met de vereisten van §6.602 of §153.0071, te toetsen. In *In the matter of the Marriage of Joyner and In the Interest of Thomas Joyner* is nogmaals bepaald dat §6.602 is bedoeld als shortcut.²⁵⁷ Bovendien wordt in deze zaak aangegeven dat geen inhoudelijke billijkheidstoetsing meer plaats zal vinden als het een schikking volgend op mediation betreft. Onder Tex. Fam. Code §7.001 en §7.006 kan de rechter toetsen of de verdeling van de huwelijksgemeenschap in schikkingen 'just and right' is. Deze bevoegdheid vervalt als het een verdeling totstandgekomen in mediation betreft. Een inhoudelijke toets zou in mediation niet passen, omdat het bedoeld is als alternatief voor overheidsrechtspraak en het dus niet de bedoeling kan zijn dat de rechter de zaak toch ter beoordeling voorgelegd krijgt.

Dit leidt naar de vraag van de grenzen van de rechterlijke toetsing. Wat is bijvoorbeeld de situatie als een partij aangeeft dat er inderdaad een settlement agreement ligt, maar dat uitvoering van deze schikking een handeling zou vereisen die in strijd is met de openbare orde of dwingend recht? Deze vraag deed zich voor in *In re Kasschau*.²⁵⁸ Partijen hadden een succesvolle mediation doorlopen. De echtscheiding, een regeling betreffende de voogdij en de alimentatie van de kinderen, en een regeling betreffende een verdeling van het huwelijksvermogen waren opgenomen in de settlement agreement. De rechter keurde de schikking goed, maar trok die goedkeuring later weer in omdat nakoming van de settlement een handeling zou vereisen die in strijd was met de openbare orde en/of dwingend recht.

Vervolgens voerde de echtgenoot in hoger beroep aan dat de rechter de plicht had om de mediated settlement agreement op te nemen in zijn vonnis. Hij baseerde zich hiervoor op §6.602 (c) en §153.0071 (e) van de Family Code. Het hof boog zich over de zaak en meende dat aan bepalingen in de wettekst, bij afwezigheid van een definiëring door de wetgever, hun normale, in het dagelijkse gebruik gangbare betekenis diende te worden gegeven. 'Entitled' uit de wettekst betekent volgens het hof 'to grant a legal right to or qualify for'. De rechter concludeerde vervolgens dat de wettekst zo gelezen diende te worden 'that a party has a right to judgment, or qualifies for judgment on a mediated settlement agreement' maar dat recht 'does not deprive the court of discretion to review an agreement before entering judgment'. Het hof bekrachtigde het vonnis van de rechtbank en weigerde vastlegging van de partijafspraken in een rechterlijke uitspraak.

²⁵⁵ *Cayan v. Cayan*, 38 S.W.3d 161 (2000).

²⁵⁶ Hoewel stemmen op gaan om §154.071 aan te passen in het licht van §6.602 en §153.0071.

²⁵⁷ *In the matter of the Marriage of Joyner and In the Interest of Thomas Joyner*, 196 S.W.3d 883 (2006).

²⁵⁸ *In re Kasschau*, 11 S.W.3d 305 (1999).

De vraag naar uitleg van de frase ‘notwithstanding Rule 11, Texas Rules of Civil Procedure, or another rule of law’ afkomstig uit §6.602 (c) en §153.0071 (e)²⁵⁹ deed zich ook voor in een latere zaak, die overigens geen illegality zoals in *In re Kasschau*, maar non-disclosure betrof.²⁶⁰ In *Boyd v. Boyd* had de ex-echtgenoot gegevens over de omvang van het huwelijksvermogen achtergehouden.²⁶¹ De vrouw ging de settlement aan op basis van onvolledige informatie. Ze eiste vernietiging van de schikking.²⁶² De man voerde aan dat §6.602 sub c toetsing van de settlement door de rechter uitsloot. Het hof weigerde ook hier om §6.602 sub c op zo’n restrictieve wijze te interpreteren. Het hof overwoog:

‘(...) construing the phrase ‘notwithstanding rule 11 or another rule of law’ to mean that a mediated settlement agreement that complies with section 6.602 (b) must be enforced no matter what the circumstances could require enforcement of an agreement that was illegal or that was procured by fraud, duress, coercion, or other dishonest means. We do not believe that the legislature intended such an absurd result in enacting section 6.602. Rather, we construe this phrase to mean that the requirements of rule 11 and the common law that ordinarily apply to the enforcement of settlement agreements do not apply to mediated settlement agreements in divorce proceedings, if the agreements meet the three requirements listed in section 6.602 (b).’²⁶³

Voor schikkingen waarin gezags- en bezoeksregelingen voor de kinderen aan bod komen, geldt §153.0071 (e-1) (2); als de door de ouders getroffen regeling niet in het belang van het kind is, kan de rechter weigeren de settlement op te nemen in een vonnis.²⁶⁴

Al met al dus wel een procedurele shortcut, in overeenstemming met het overheidsbeleid in Texas om mediation te bevorderen, maar wel een shortcut met een ingebouwd vangnet.²⁶⁵ Ondanks de afwezigheid van een normale procedure, waakt de rechter over het mediationproces. Onregelmatigheden tijdens de mediation kunnen het afdwingen van nakoming onmogelijk maken en hetzelfde geldt als de inhoud van de overeenkomst in strijd is met de belangen van het kind.²⁶⁶

²⁵⁹ Zie voor de wettekst, par. 4.3.2.2.

²⁶⁰ Zie over illegality, par. 3.4.1 van hoofdstuk 4 en over *non-disclosure*, par. 3.4.2 van datzelfde hoofdstuk.

²⁶¹ *Boyd v. Boyd*, 67 S.W.3d 398 (2002). De redenering in *Boyd v. Boyd* werd gevolgd door *In re Kimberly Calderon*, 96 S.W.3d 711 (2003). De vraag was eerder al aan de orde gekomen in *In re Kasschau*, 11 S.W.3d 305 (1999). De rechter onderkende in die uitspraak dat verschillende publieke belangen aan de orde zijn; aan de ene kant het aanmoedigen van mediation en aan de andere kant het verbod om nakoming van overeenkomsten af te dwingen die strijdig zijn met dwingend recht of openbare orde en goede zeden.

²⁶² De rechter oordeelde dat inderdaad sprake was van een spreekplicht en dat het afdwingen van nakoming in deze omstandigheden niet mogelijk was.

²⁶³ *Boyd v. Boyd* werd aangehaald in *Durham v. Durham* 2004 WL 579224, *Beyers v. Roberts*, 199 S.W. 3d 354 (2006) en *Carson v. Carson*, 2005 WL 2978343 (Tex. App. Austin).

²⁶⁴ Tex. Fam. Code Ann. §153.0071 (e-1) (2). Deze bepaling is in 2005 aan §153.0071 toegevoegd (Acts 2005, 79th Leg., ch. 916, §7, eff. June 18, 2005). Zie ook *Beyers v. Roberts*, 199 S.W. 3d 354 (2006).

²⁶⁵ Zie ook *Wise* 2006, p. 850.

²⁶⁶ Aldus ook de rechter in *In the matter of the Marriage of Joyner and In the Interest of Thomas Joyner*, 196 S.W. 3d 883 (2006).

4.3.3. Sancties

De vraag is of aan een partij die zich niet aan de uitvoering van een geldige settlement agreement houdt, sancties opgelegd kunnen worden. Zo ja, dan zou een (mediated) settlement agreement een bijzondere status hebben ten opzichte van andere overeenkomsten. De Texas ADR Act zwijgt over eventueel op te leggen sancties bij schending van de wettelijke bepalingen. Er dient daarom onderzocht te worden of hierover rechterlijke uitspraken bestaan.

De eerste te bespreken uitspraak is *Island Entertainment v. Castaneda*.²⁶⁷ Island Entertainment faalde om binnen een redelijke termijn het bedrag afgesproken in de settlement agreement, uit te betalen aan Castaneda. De rechtbank legde sancties op aan Island Entertainment bestaande uit het renteverlies en de kosten voor juridische bijstand van Castaneda. Noch de Texas Rules of Civil Procedure, noch de Texas Civil Practice and Remedies Code kent een specifieke bepaling die de mogelijkheid geeft om sanctie op te leggen in ADR situaties. Hoewel het hof onderkende dat rechters in Texas de bevoegdheid bezitten om misbruik van het rechtssysteem te bestraffen, ook in afwezigheid van een specifieke regel of wettelijke bepaling, concludeerde het hier dat in dit geval de rechter in eerste aanleg buiten zijn boekje was gegaan. Het hof overwoog ten aanzien van niet-nakoming van schikkingsovereenkomsten gesloten na mediation:

‘A breach of settlement contract after mediation is no different than a breach of a settlement agreement without mediation. Mediation is a creative method for dispute resolution and is not another form to obtain sanctions. Appellants’ conduct, although not laudatory, was at worst a breach of an implied contract term concerning reasonably prompt payment’. (...) ‘A breach of contract has never been a ground for judicial sanctions, and it is not one now’.

Hall v. Hall, een echtscheidingsprocedure uit 2005, resulteerde bij de rechter in eerste aanleg in het opleggen van sancties aan de vrouw (bestaand uit het betalen van de kosten van de advocaat van de man), omdat zij tevergeefs de settlement agreement had getracht aan te tasten op basis van non-disclosure en fraud. Het hof vernietigt omdat uit niets bleek dat te kwader trouw was gehandeld.²⁶⁸

Kennelijk is niet nakoming van de mediated settlement alleen niet voldoende voor het opleggen van sancties. Maar spreidt een partij behalve onwilligheid om na te komen nog ander onbetamelijk gedrag ten toon waarop het predikaat ‘te kwader trouw’ zou kunnen worden geplakt, dan wordt het opleggen van sancties wel mogelijk, onafhankelijk of het hier al dan niet een mediated settlement betreft. Het opleggen van sancties op grond van het niet nakomen van

²⁶⁷ *Island Entertainment Inc. v. Castaneda*, 882 S.W.2d 2 (1994). Zie over deze zaak English 1996.

²⁶⁸ *Hall v. Hall*, 2005 WL 1000619. Zie ter illustratie en ter vergelijking ook de federale zaak *Drayton v. The Associates*, 2000 WL 49189 (N.D.Tex). In deze zaak werd bepaald dat *bad faith conduct* een uitzondering kan vormen op de algemene regel van Amerikaans procesrecht dat partijen hun eigen proceskosten betalen, maar dat niet-nakoming van een schikking niet zo maar bad faith conduct oplevert. Er werd in deze zaak federaal recht toegepast en hij valt dus buiten het bestek van dit onderzoek.

settlement agreements is duidelijk geen automatisme, om een eis daartoe te onderbouwen, dient een deugdelijke juridische grondslag te worden aangevoerd.²⁶⁹

4.4. Aantasting

Een partij kan op verschillende manieren een mediated settlement agreement betwisten. Zij kan opwerpen dat nooit een overeenkomst was gesloten of dat de overeenkomst vernietigbaar is omdat de wil op gebrekkige wijze is gevormd. De vraag is dan of, en zo ja in hoeverre het recht met betrekking tot het aantasten van mediated settlement agreements afwijkt van het algemene overeenkomstenrecht. In een eerdere paragraaf is al een aantal vereisten voor geldigheid van de schikkingsovereenkomst besproken. In deze paragraaf zal jurisprudentie worden besproken die ziet op de vernietigbaarheid van mediated settlement agreements op basis van wilsgebreken. Voor de overzichtelijkheid zal het onderscheid familierecht - vermogensrecht gehandhaafd blijven.

4.4.1. Vermogensrecht

4.4.1.1. Duress and undue influence

Tijdens de mediation voorafgaande aan het sluiten van de settlement agreement kunnen zich onregelmatigheden voordoen. Het kan zijn dat een partij zich onder druk gezet voelt tijdens de mediation. De druk kan afkomstig zijn van de mediator, de wederpartij, of de eigen advocaat. De druk is niet altijd ongeoorloofd. Mediators hanteren verschillende mediatietechnieken, sommige daarvan gaan uit van het principe dat partijen best een beetje in de richting van een settlement agreement geduwd mogen worden. Enige druk van de mediator is volgens dat standpunt dan ook geoorloofd.²⁷⁰ Hoewel de gerechten in Texas zich uitdrukkelijk van deze opvatting lijken te distantieren.²⁷¹

Het is daarom moeilijk om aan te geven wanneer de druk dusdanig is dat de leerstukken undue influence of zelfs duress in zicht komen. Zelfs als de druk om tot een schikking te komen aanzienlijk is, is het afhankelijk van wie de druk uitoefende of vernietiging van de settlement agreement tot de mogelijkheden behoort.

In *King v. Bishop* raakte de heer King gewond in de uitslaapkamer van het ziekenhuis na een operatie uitgevoerd door dokter Bishop. King eiste schadevergoeding van Bishop. Partijen komen in mediation tot een settlement. De rechter nam de settlement agreement over in zijn vonnis. De familie King eiste vervolgens een nieuwe procedure voor de rechter omdat de

²⁶⁹ *Lexington Insurance Company v. Unity/Waterford-Fari Oaks, LTD.*, 2002 WL 356756 (N.D.Tex. 2002). Partijen kunnen ook in hun settlement opnemen dat de partij die de settlement onsuccesvol tracht aan te tasten de kosten van de advocaat van de wederpartij moet betalen (In *Re Marriage of Banks*, 887 S.W. 2d 160, 164 (1994)).

²⁷⁰ Of zoals een Texaanse mediator het uitdrukte: 'What some people might consider a little bullying is really just part of how mediation works' (Welsh 2001, p. 13). De Texas ADR Act zwijgt over de te hanteren mediatorstijl, maar er lijkt van een faciliterende stijl te worden uitgegaan (zie par. 4.1 van hoofdstuk 2). Zie ook Scott 2006, p. 343. Zie voor de verschillende mediatorstijlen die in omloop zijn hoofdstuk 2, par. 4 e.v.

²⁷¹ *Allen v. Leal*, 27 F. Supp. 2d 945 (1998): 'A person appointed to facilitate an alternative dispute resolution procedure under this subchapter shall encourage and assist the parties in reaching a settlement of their dispute but may not compel or coerce the parties to enter into a settlement agreement'. En 'coercion or 'bullying' clearly is not acceptable conduct for a mediator in order to secure a settlement'. Zie ook Alfini & McCabe 2001, p. 204-205 en Welsh 2001, p. 13 e.v.

schikking tot stand zou zijn gekomen onder invloed van duress. De duress zou afkomstig zijn van de eigen advocaat die dreigde dat King's vergunning om het beroep van arts uit te oefenen ingetrokken zou worden, en dat hij de gerechtskosten moest betalen als hij niet diezelfde dag nog zou instemmen met een schikking.²⁷² Ook voeren de King's aan dat hun advocaat King dwong om de mediation uit te zitten ook al gaf hij aan te willen vertrekken omdat hij pijn had. De rechter kwam niet toe aan de vraag of de gedragingen van de advocaat ongeoorloofde dreigementen zijn, noodzakelijk voor een geslaagd beroep op duress. De rechter concludeerde dat ook al is sprake van duress, dit niet kan leiden tot vernietiging van een overeenkomst als de duress afkomstig is van een derde die geen betrokkenheid heeft met de wederpartij bij de overeenkomst.²⁷³ De enige mogelijkheid die de King's tot beschikking hadden was het in rechte aanspreken van hun advocaat.

Geheel in lijn met deze uitspraak is de beslissing in *Lype v. Watkins* waarin de rechter bevestigde dat dwang afkomstig van de eigen advocaat niet kan leiden tot vernietiging van een overeenkomst op basis van undue influence of duress.²⁷⁴

4.4.1.2. Mistake

In *1st Coppel Bank v. Smith*, kwam de vraag aan de orde of mistake een grond kan zijn voor vernietiging van een settlement agreement in Texas. Die vraag werd door de appellate court met een volmondig ja beantwoord. Zowel een unilateral als een mutual mistake kan leiden tot vernietiging van een settlement agreement, omdat, zoals ook deze appellate court weer benadrukt, op settlement agreements de gewone regels van overeenkomstenrecht van toepassing zijn.²⁷⁵

In *Bolle v. American Greetings Corporation* vond een geslaagd beroep op mutual mistake plaats. Partijen hadden getracht hun geschil op te lossen door middel van mediation. Zij kwamen tot een settlement agreement waarin ook een kwijting was opgenomen die in zeer brede bewoording gesteld was. Als de tekst letterlijk werd genomen, zou de conclusie moeten luiden dat ook drie rechtszaken die verder tijdens de mediation en het opstellen van de settlement agreement nooit ter sprake waren gekomen, onder de kwijting vielen en dus niet meer voor een rechter konden worden gebracht. Een van de partijen had baat bij deze visie, de ander stelde dat de settlement agreement vernietigd diende te worden op grond van mutual mistake. Zowel de rechtbank als het hof deelden deze mening en vernietigden de settlement agreement op basis van mutual mistake met het argument dat het hier een overeenkomst betrof die afspraken weergaf die nooit waren gemaakt. Er waren claims opgegeven in ruil voor een bepaald bedrag, maar er was niet bedongen dat de drie eerder genoemde rechtszaken ingetrokken zouden worden en uit het gedrag van partijen bleek ook dat zij er vanuit gingen dat deze zaken niet onder de settlement agreement vielen. Het feit dat het wel zo in de kwijting was terechtgekomen was een mutual mistake. Kennelijk probeerde de partij die baat had bij de brede bewoording van de kwijting een beroep op mutual mistake nog tegen te houden door aan te voeren dat settlement agreements altijd het eindstadium zijn en dat geen beroep meer kan

²⁷² Kennelijk was ook King arts.

²⁷³ King v. Bishop, 879 S.W.2d 222 (1994).

²⁷⁴ 'Duress or undue influence can suffice to set aside a contract, but it is well-settled that these must emanate from one who is a party to the contract' (*Lype v. Watkins*, 1998 WL 734429).

²⁷⁵ 1st Coppel Bank v. Smith, 742 S.W.2d 454 (1987). Het betrof hier overigens geen mediation.

worden gedaan op een verweermiddel (in casu een wilsgebrek). De rechter distantieerde zich uitdrukkelijk van deze zienswijze en overwoog 'to the extent appellants' argument represents an invitation for this Court to invalidate the defense entirely by arguing for the finality of settlement agreements regardless of mistake, we decline appellants' invitation'.²⁷⁶

4.4.2. *Familierecht*

Er geldt voor wilsgebreken ten aanzien van familierechtelijke zaken geen aanvullende regelgeving. De vraag is of rechters een andere toetsingsmaatstaf hanteren dan ten aanzien van vermogensrechtelijke zaken. Om deze vraag te kunnen beantwoorden bespreek ik hieronder een aantal uitspraken in de familiale sfeer.

4.4.2.1. Duress and undue influence

Geheel in overeenstemming met de latere uitspraken in *Lype v. Watkins* en *King v. Bishop* werd in de echtscheidingsprocedure van *Hollaway v. Hollaway* geoordeeld dat druk afkomstig van de eigen advocaat niet kan leiden tot vernietiging van de settlement agreement.²⁷⁷

Ook voor een beroep op undue influence geldt dat de druk afkomstig moet zijn van iemand die partij is bij de overeenkomst, zo werd bepaald in *In Re Marriage of Banks*.²⁷⁸ In deze zelfde zaak merkte het gerecht nog op dat mediated settlements behandeld moeten worden als elke andere overeenkomst totstandgekomen na onderhandelingen tussen gelijkwaardige partijen die niet in een vertrouwensrelatie tot elkaar staan.²⁷⁹

In tegenstelling tot de hierboven genoemde zaken was de druk die een partij in *Zimmerman v. Zimmerman* voelde niet afkomstig van de eigen advocaat maar van de mediator.²⁸⁰ In een echtscheidingsprocedure voelde de man (John) zich zwaar onder druk gezet door de mediator, een voormalig rechter. De mediator zou zich autoritair gedragen hebben en zich sterk evaluerend op hebben gesteld.²⁸¹ Zo zou hij onder meer gezegd hebben 'You're not going to get any of that from a judge, and a jury is not going to give it to you either'. Vervolgens gaf de mediator aan wat hij dacht dat een rechter zou beslissen en dat hij misschien aan de rechter zou rapporteren dat John niet door wilde gaan met de mediation. John getuigde dat hij op dat moment het gevoel had dat hij geen keus had en de settlement maar moest sluiten.²⁸² De rechtbank komt tot de conclusie dat van duress geen sprake was omdat het enige bewijs bestond uit de verklaringen van John. Hierin gaf John aan hoe hij het gedrag en de handelwijze van de mediator ervoer en wat voor gevoel de mediator hem gaf, maar dat was

²⁷⁶ *Bolle, Inc. v. American Greetings Corporation*, 109 S.W.3d 827 (2003).

²⁷⁷ *Hollaway v. Hollaway*, 792 S.W.2d 168 (1990). Het betrof hier overigens geen *mediated settlement agreement*.

²⁷⁸ *In re the marriage of Banks*, 887 S.W.2d 160 (1994).

²⁷⁹ Er werd in dit geval uit gegaan van gelijkwaardige partijen en afwezigheid van een vertrouwensrelatie omdat het ging om ex-echtgenoten. Echtgenoten staan wel in een vertrouwensrelatie tot elkaar.

²⁸⁰ *Zimmerman v. Zimmerman*, 2005 WL 1812613. De rechter refereert hier niet aan het feit dat het een derde betrof (de mediator) die de druk uitoefende. Ook in Texas leeft de opvatting dat voor vernietigbaarheid op grond van duress de dwang afkomstig moet zijn van een partij bij de overeenkomst. Zie o.m. *Kosowska v. Khan*, 929 S.W. 2d 505 (1996). Zie voor een zeer kritisch stuk over de toepassing van de duress doctrine door de gerechten in de Verenigde Staten: Giesel 2005, p. 443 e.v.

²⁸¹ Zie over evaluerende mediation, par. 4.2 van hoofdstuk 2.

²⁸² De getuigenis ten aanzien van de sterk evaluerende inslag van de mediation werd ondersteund door de advocaat van John.

voor de rechtbank niet genoeg om ongeoorloofde druk aan te nemen. Ook getuigde John dat hij al ongelukkig was met de overeenkomst tijdens de mediation, maar niet meer het gevoel had dat hij zich nog kon terugtrekken uit het proces.

Het feit dat een partij in mediation wordt bijgestaan door een advocaat lijkt de rechter bij zijn onderzoek naar de geloofwaardigheid van een claim op basis van intimidatie en dwang te beïnvloeden. Er zal in deze gevallen minder snel aangenomen worden dat een partij de overeenkomst onvrijwillig aan is gegaan.²⁸³

4.4.2.2. Incapacity

In *Domangue v. Domangue* voerde de vrouw in een echtscheidingskwestie aan dat zij niet bekwaam was geweest om de mediated settlement te sluiten, omdat ze leed aan hepatitis C en tijdens de mediation last had van de bijwerkingen van de medicatie die zij ter behandeling van haar ziekte kreeg. De bijwerkingen bestonden uit depressieve gevoelens, vergeetachtigheid en een soort black outs.²⁸⁴ Ze gaf aan dat zij gedurende de mediation steeds zei dat ze zich verward voelde en niet begreep wat er gebeurde. Ook getuigde zij dat ze alsmaar moest huilen en dat het niet ging zoals ze wilde en dat het niet goed voelde. Het Amerikaanse overeenkomstenrecht gaat uit van een vermoeden van handelingsbekwaamheid. Degene die zich op onbekwaamheid beroept, moet dit vermoeden weerleggen. De rechter in eerste aanleg vond dat in dit geval het vermoeden niet voldoende weerlegd was en dat de settlement op grond van §6.602 in een vonnis vastgelegd kon worden. Het hof sanctioneerde in hoger beroep de handelwijze van de rechtbank.

4.4.2.3. Mistake

Burrows v. Burrows betrof een verdeling van het huwelijksvermogen na echtscheiding.²⁸⁵ Tijdens de mediation werd besloten dat de man bepaald onroerend goed zou houden en de vrouw uit zou kopen door middel van aandelen. In de settlement agreement was opgenomen dat de vrouw ter waarde van \$ 1.100.000 aan aandelen zou krijgen. Partijen verklaarden vervolgens voor de rechtbank dat zij een schikking overeen waren gekomen. De rechter keurde de schikking goed en sprak de scheiding uit. Het vonnis moest nog worden getekend, maar de man weigerde dat omdat een meningsverschil ontstond over de taxatie van twee stuks onroerend goed.²⁸⁶ Pas een jaar later werd getekend. Gedurende die tijd waren de aandelen waarmee de uitkoop zou plaatsvinden zeer aanzienlijk in waarde gestegen. De rechtbank had tijdens het uitspreken van het vonnis het bedrag van 1.1 miljoen dollar, dat partijen waren overeengekomen als een billijke verdeling, overgenomen. Toen een jaar later inschrijving van

²⁸³ Zie ook *Carson v. Carson*, waar de rechter ook meende dat vanwege het feit dat de vrouw was bijgestaan door een advocaat er minder reden was om aan te nemen dat sprake was geweest van dwang. Dit is natuurlijk anders als een partij beweert dat de druk afkomstig is van de eigen advocaat. Het voorgaande geldt ook voor een verweer dat gegrond is op het feit dat de overeenkomst is aangegaan op basis van onvoldoende informatie (*Carson v. Carson*, 2005 WL 2978343 (Tex. App. Austin)).

²⁸⁴ *Domangue v. Domangue*, 2005 WL 1828553.

²⁸⁵ *Burrows v. Burrows*, 1998 Tex. App. LEXIS 1035. Zie voor een vergelijkbare zaak buiten het familierecht: *The Ryland Group v. Akhtar*, 2000 Tex. App. LEXIS 4258.

²⁸⁶ De rechter oordeelde hier dat instemming met een schikkingsvonnis ingetrokken kan worden vóór het uitspreken van het vonnis, maar daarna niet meer. Het tekenen van het vonnis is een louter administratieve handeling, daarom kan instemming niet meer worden ingetrokken tussen de uitspraak en het tekenen van de documenten.

het schikkingvonnis plaats vond, ging de rechtbank bepalen hoeveel aandelen de vrouw diende te krijgen om tot dat bedrag van 1.1 miljoen dollar te komen. De rechtbank keek hiervoor naar de waarde van de aandelen ten tijde van de mediation en concludeerde dat tegen de toenmalige koers de vrouw 86.988 aandelen diende te ontvangen. Tegen de huidige koers correspondeerde dat aantal met een veel hoger bedrag. De man stelde hoger beroep in, omdat hij slechts een pakket aandelen ter waarde van \$ 1.100.000 tegen de huidige koers wilde overdragen. Hij baseerde zich hiervoor onder andere op het leerstuk van mutual mistake, namelijk dat hij dacht dat waardebevestiging van de aandelen plaats zou vinden op de dag van tekening van het vonnis en zijn ex-vrouw dacht dat het de dag van de mediation zou zijn. De appellate court was hier echter volstrekt ongevoelig voor en oordeelde dat:

‘(...) to avoid the contract, both parties must have acted under the same misunderstanding of the same material fact. There is a mutual mistake of fact where the parties to an agreement have a common intention, but the written contract does not reflect the intention of the parties due to a mutual mistake’.

De rechter zei vervolgens dat deze riedel hier in het geheel niet op van toepassing was, aangezien er helemaal geen gezamenlijke misvatting was omdat duidelijk was dat maar één manier van kijken naar het feitencomplex de juiste was.

Ook in *Crossley v. Staley* had een beroep op mistake geen succes. De rechter oordeelde dat ‘a unilateral mistake of law by one party to a family settlement agreement will not support an avoidance of the agreement’. Het beleid in Texas is om conflicten in de familiale sfeer zo veel mogelijk door middel van schikkingen op te lossen. Als gevolg hiervan zullen settlement agreements niet gemakkelijk vernietigbaar zijn, of zoals de rechter het in deze zaak formuleerde:

‘(...) they will not be disturbed for any ordinary mistake either of law or fact and will be upheld where all parties have the same knowledge or means of obtaining knowledge and there is no fraud, misrepresentation, concealment, or conduct otherwise inequitable on the part of another party’.²⁸⁷

In *Zegub v. Zegub* deed zich een klassiek geval van mutual mistake voor. Na het overlijden van hun vader deden de kinderen afstand van hun aanspraken op hun vaders deel van het huwelijksvermogen met de bedoeling dat deel aan hun moeder te laten toevallen. Vijftien jaar later overleed de moeder. In het testament van de moeder was een bepaling opgenomen dat alle kinderen een gelijk deel van haar vermogen dienden te ontvangen en dat hiertoe een verrekening diende plaats te vinden aangezien zij een van de kinderen al tijdens haar leven een aanzienlijk bedrag had geschonken. Er vond een succesvolle mediation plaats en de vermogensverdeling werd opgenomen in een settlement agreement. Een van de kinderen was achteraf toch ontevreden en zocht een verdeling van land en opbrengsten bij de rechter. De rechter oordeelde vervolgens dat doordat de kinderen vijftien jaar eerder afstand hadden gedaan van hun vaders deel, dit deel volgens het erfrecht aan hun kinderen en niet aan hun moeder was

²⁸⁷ *Crossley v. Staley*, 988 S.W.2d 791 (1999).

toegevallen. Toen de kinderen dus de schikking aangingen gingen zij uit van de onjuiste veronderstelling dat zij samen honderd procent van de bezittingen van hun moeder bezaten terwijl dat slechts vijftig procent bedroeg. De op deze misvatting gebaseerde settlement agreement werd door de rechter opzij gezet.²⁸⁸

4.4.2.4. Misrepresentation

In de in paragraaf 4.3.2.5 behandelde zaak *Boyd v. Boyd* was sprake van een vorm van misrepresentation, namelijk non-disclosure.²⁸⁹ In dit geval het achterhouden van informatie aangaande de omvang van het huwelijksvermogen door een van de echtelieden, terwijl in de settlement agreement een bepaling was opgenomen waarin partijen verklaarden dat zij alle relevante financiële informatie hadden gedeeld.²⁹⁰ Door dit gebrek in de totstandkoming werd de overeenkomst niet afdwingbaar geoordeeld.

Een jaar later kreeg de rechter in *Morales v. Morales* te maken met een vergelijkbaar geval.²⁹¹ Ook hier had de voormalige echtgenoot niet volledige openheid van zaken gegeven over de omvang van het huwelijksvermogen en ook hier was een bepaling opgenomen waarin partijen verklaarden dat alle relevante informatie was overlegd in de mediation. De uitspraak luidde dan ook, onder verwijzing naar *Boyd v. Boyd*, dat nakoming van de mediated settlement agreement niet afgedwongen kon worden.

4.5. Vertrouwelijkheid

Vertrouwelijkheid is een essentieel vereiste van mediation, zo bleek uit hoofdstuk 2. Om te stimuleren dat partijen tot een eerlijke en open uitwisseling van informatie komen, wordt de vertrouwelijkheid van mediation in Texas beschermd door wettelijke bepalingen. Deze bepalingen zullen in de onderstaande paragrafen besproken worden voorzover ze invloed kunnen hebben op het instellen van nakomingsacties en het aanvoeren van gronden voor aantasting.

4.5.1. Regelgeving

In de Texas ADR Act zijn twee bepalingen opgenomen die voorschrijven dat mediationcommunicatie vertrouwelijk is; het gaat om §154.053 en §154.073.²⁹² De eerste bepaling geeft gedragsvoorschriften voor de mediator. De tweede bepaling geeft de reikwijdte van de vertrouwelijkheid. §154.053 is slechts van toepassing in zaken waarin de rechter naar mediation verwijst en de mediator benoemt, §154.073 is ook van toepassing op mediations in zaken die gehouden werden voordat de zaak aanhangig was.²⁹³

Sub a van §154.053 geeft aan hoe ver een mediator mag gaan bij het faciliteren van de schikking. Het is de taak van de mediator om partijen te assisteren bij het tot stand brengen van een schikking, maar het is de mediator uitdrukkelijk niet toegestaan om druk uit te oefenen op

²⁸⁸ Zegub v. Zegub, 2000 WL 795792.

²⁸⁹ Boyd v. Boyd, 67, S.W.3d 398 (2002). Zie over non-disclosure ook par. 3.4.2 in hoofdstuk 4.

²⁹⁰ Zie ook Hall v. Hall, 2005 WL 1000619, waarin zo'n bepaling ontrak en de rechter oordeelde dat in dat geval geen mededelingsplicht bestond.

²⁹¹ Morales v. Morales, 98 S.W.3d 343 (2003).

²⁹² Tex. Civ. Prac. & Rem. Code Ann. sec. 154.053 en 154.073.

²⁹³ Tex. Civ. Prac. & Rem. Code Ann. sec. 154.053 (a) en 154.073 (a).

partijen of hen te verplichten te schikken. Sub b verbiedt de mediator om informatie verkregen door middel van caucus door te spelen aan de andere partij. De mediator mag ook geen communicatie betreffende het onderwerp van geschil naar buiten brengen. Sub c bepaalt dat alle zaken in mediation, daaronder ook begrepen het gedrag en de houding van partijen en hun advocaten, vertrouwelijk zijn en niet openbaar mogen worden gemaakt door de mediator. De mediator mag ook niet de doorverwijzende rechter informeren over het onderhandelingsproces. Partijen kunnen de mediator wel ontheffen van zijn geheimhoudingsplicht.

Sub a van §154.073 verbiedt het gebruik van mediationcommunicatie als bewijsmiddel in een latere juridische procedure.²⁹⁴ Sub b bepaalt dat noch de mediator noch partijen in een latere procedure gedwongen mogen worden te getuigen over wat in mediation is voorgevallen.²⁹⁵ Sub b is heel ruim geformuleerd. Er geldt geen uitzondering voor de schriftelijke overeenkomst die het resultaat is van een geslaagde mediation. Als de tekst van het artikel letterlijk wordt genomen, betekent dit dat ook schriftelijke settlement agreements niet als bewijs toelaatbaar zijn. Dit zou betekenen dat schikkingen niet afgedwongen kunnen worden, wat strijdig is met het gedachtegoed achter de ADR Act, namelijk het oplossen van geschillen buiten de overheidsrechter om. Er moet dan ook van uitgegaan worden dat de Act niet verbiedt dat schriftelijke mediated settlements openbaar gemaakt worden in een procedure tot nakoming.²⁹⁶ Sub c geeft aan dat informatie die los van de mediation verkregen kon worden niet ontoelaatbaar wordt als bewijs in een latere procedure alleen maar omdat de informatie ook geopenbaard werd in een mediation.²⁹⁷ Sub e zwakt overigens de betekenis van de voorgaande bepalingen af; als het bepaalde ten aanzien van de vertrouwelijkheid van mediationcommunicatie botst met een wettelijk voorschrift dat openbaarmaking van informatie gebiedt, dient de rechter, *in camera*,²⁹⁸ te beslissen of het recht op vertrouwelijkheid van mediationcommunicatie gestand kan worden gedaan.²⁹⁹

²⁹⁴ Williams v. State, 770 S.W. 2d 948 (1989): 'We can not consider any evidence from the dispute resolution procedure that appellant and complainant participated in prior to his arrest, as disclosures made in an ADR procedure are confidential, and not subject to disclosure'. Referend aan Tex. Civ. Prac. & Rem. Code Ann. sec. 154.073.

²⁹⁵ Rutherford v. Blanks, 1996 WL 355354: 'In arbitration, as in any other alternative dispute resolution procedure, the arbitrator is protected from being called upon to testify in any proceeding relating to or arising out of the matter in dispute'. Het ging in deze zaak dus om arbitrage en niet om mediation. De ADR Act ziet op een aantal vormen van alternatieve geschilbeslechting waaronder arbitrage en mediation. Section 154.073 ziet op de vertrouwelijkheid van de informatie in al deze procedures.

²⁹⁶ Deason 2001, p. 46. Zie In the interest of M.S., 115 S.W.3d 534 (Supreme Court 2003).

²⁹⁷ Zie voor een opmerkelijke interpretatie van deze bepaling In re Learjet, Inc., 59 S.W. 3d 842 (2001). In een geschil over de vraag of een vliegtuig voldeed aan contractuele specificaties, waren er door de fabrikant van het vliegtuig voor mediation doeleinden video-opnamen gemaakt om de wederpartij informatie te verschaffen over ontwerp en vervaardiging van het vliegtuig. De rechter oordeelde dat de opnamen gebruikt mochten worden als bewijs in de, na de mislukte mediation, aangespannen rechtszaak. De opnamen vielen niet onder de bescherming van een andere wettelijke regeling (vertrouwelijkheid van communicatie tussen advocaat en cliënt) en konden dus als bewijs worden gebruikt. Het feit dat ze opgesteld waren voor en gebruikt waren in mediation veranderde hier niets aan.

²⁹⁸ Dus de beoordeling dient zonder toeschouwers plaats te vinden (Black's Law Dictionary, p. 775).

²⁹⁹ Er vindt hier dus een belangenafweging plaats. Toegepast in Rutherford v. Blanks, 1996 WL 355354. Sub d van §154.073 is voor dit onderzoek niet van belang.

4.5.2. *Vertrouwelijkheid en afdwingbaarheid*

Voor court-annexed mediation geldt Rule 11. Deze bepaling eist dat settlement agreements schriftelijk worden aangegaan op straffe van niet-afdwingbaarheid.³⁰⁰ Voor settlements in niet-aanhangige zaken geldt geen wettelijke schriftelijkheidseis. Bovendien zijn mondelinge overeenkomsten afdwingbaar onder de common law. De wettelijke bepalingen inzake vertrouwelijkheid zijn ook van toepassing op mediations die gehouden zijn voordat de zaak aanhangig werd gemaakt.³⁰¹ De common law die mondelinge overeenkomsten toelaat en de wettelijke bepalingen inzake vertrouwelijkheid botsen dus op het moment dat nakoming van een mondelinge settlement agreement in een niet-aanhangige zaak wordt gevraagd en de wederpartij het bestaan daarvan betwist. Deze spanning wordt ook duidelijk uit de volgende uitspraak.

De echtgenoten Hur hadden het stadje Mesquite en diverse anderen aangeklaagd voor letselschade volgend uit een auto-voetganger ongeluk.³⁰² De partijen werden naar mediation verwezen waar een vertegenwoordiger van Mesquite mondeling aanbood de zaak voor \$ 129.000 te schikken. De gemeente kwam vervolgens niet na en de echtgenoten Hur stelden een vordering op basis van wanprestatie in. In eerste aanleg werden de Hurs in het ongelijk gesteld. In hoger beroep beriep de gemeente zich op het standpunt dat §154.053 (c) een vordering uit wanprestatie uitsluit, omdat deze section bepaalt dat niets wat voorviel tijdens mediation openbaar mag worden gemaakt, dus ook geen mondelinge afspraken. Het hof oordeelde echter dat §154.053 (c) een partij niet belet om een vordering uit contractbreuk voortvloeiend uit een mediation in te stellen. Volgens het hof legt §154.053 (c) slechts normen en plichten op aan onpartijdige derden die participeren in de mediation.³⁰³

Zowel §154.053 en §154.073 staan in de weg aan med-arb. Med-arb wil zeggen dat in eerste instantie door middel van mediation een schikking wordt nagestreefd. Lukt dit niet, dan zal de mediator een gedaantewisseling ondergaan en optreden als arbiter in hetzelfde conflict. Deze hybride vorm van ADR is op grond van de Texas ADR Act niet toegestaan.³⁰⁴

³⁰⁰ Zie par. 4.2.1 van dit hoofdstuk. Rule 11 geeft uitdrukkelijk aan dat het toepassingsgebied van de regel is 'no agreement between attorneys or parties touching any suit pending will be enforced unless it be in writing' (Tex. R. Civ. P. 11). Toegepast in *Zidell v. Zidell*: 'Even if Zidell's testimony accurately reflected an agreement he reached with Feldman, Zidell could not have enforced that agreement because it was not reduced to writing or repeated in open court on the record' (*Zidell v. Zidell*, 1997 WL 424429). Het ging hier om court-ordered mediation waarin vermeend een mondelinge schikking tot stand was gekomen.

³⁰¹ Par. 4.5.1 van dit hoofdstuk.

³⁰² *Hur v. City of Mesquite*, 893 S.W. 2d 227 (1995).

³⁰³ Het is mij niet duidelijk waarom de stad zich niet op §154.073 beriep. Dat was het hof misschien ook niet helemaal duidelijk, aangezien het letterlijk zei dat het vertrouwen van het stadje op deze bepaling (§154.053) misplaatst was. Zie in dezelfde zin Shannon 2000, p. 90 e.v. Med.-arb. valt verder buiten de reikwijdte van dit onderzoek, zie par. 4 van het inleidende hoofdstuk.

³⁰⁴ §12 van de Ethical Guidelines for Mediators; In re Cartwright, 104 S.W.3d 706 (2003). De rechtbank had in deze zaak de mediator na een onsuccesvolle mediation benoemd als arbiter. Het hof bepaalde dat deze handelwijze zonder uitdrukkelijke toestemming van de partijen niet is toegestaan. Uitdrukkelijke toestemming van partijen was er in *Gaskin v. Gaskin*, 2006 WL 2507319.

4.5.3. *Vertrouwelijkheid en aantastbaarheid*

Sections 154.053 en 154.073 geven geen uitzondering op de algemene regel van vertrouwelijkheid van mediationcommunicatie als het gaat om een verweermiddel.³⁰⁵ De vraag is of Texaanse rechters zich ook strikt aan de letter van de wet houden. In de zaak *In re Paul Daley* werd duidelijk dat rechters graag de vrijheid behouden om van geval tot geval te beoordelen wat een billijke afweging vormt en geen absolute bescherming van de vertrouwelijkheid voorstaan.³⁰⁶ In deze paragraaf worden een aantal uitspraken behandeld die een indruk geven van hoe rechters omgaan met het spanningsveld tussen wettelijke bepalingen die vertrouwelijkheid moeten waarborgen en het procedurele recht van partijen om een verweermiddel te mogen onderbouwen.

In *Randle v. Mid. Gulf* uit 1996 voerde een partij duress aan als verweer op een eis tot nakoming.³⁰⁷ Randle stelde dat de mediated agreement vernietigd diende te worden omdat hij, terwijl hij klaagde over pijn in de borst en vermoeidheid (hij was vergeten zijn voorgeschreven medicatie in te nemen), geen toestemming kreeg om de mediation te verlaten voordat een schikking was bereikt. Opmerkelijk is dat niet werd aangevoerd van wie de druk afkomstig was, hoewel het er op lijkt dat de mediator de schuldige was. Mid. Gulf betoogde dat het verweer gebaseerd was op vertrouwelijke mediationcommunicatie en dus niet toelaatbaar. De rechter oordeelde:

‘Appellee (Mid. Gulf; MS), however, cannot argue that the mediation communications are confidential as to appellant’s duress defense while, at the same time, sue for specific performance of the mediation agreement’.³⁰⁸

Dus de mediationcommunicatie mocht gebruikt worden om het verweer te staven.³⁰⁹

Maar in *Vick v. Waits* was de rechter veel strenger bij het in stand houden van de vertrouwelijkheid van mediation. Het echtpaar Vick stelde een vordering uit wanprestatie in en voerde aan dat de settlement agreement op basis van misrepresentations tot stand was gekomen. De rechter oordeelde dat §154.073 in de weg staat aan het toelaten van bewijs dat betrekking heeft op mediationcommunicatie. De Vicks vertrouwden bij het onderbouwen van hun standpunt, namelijk dat vertrouwelijkheid van de mediation niet betekent dat geen vordering uit wanprestatie ingesteld kan worden, op *Hur v. City of Mesquite*. De rechter oordeelde echter dat dit vertrouwen onterecht was aangezien het in de zaak Hur ging om section 154.053 en niet om section 154.073. §154.073 staat weliswaar niet in de weg aan het instellen van een vordering uit wanprestatie, maar het staat wel in de weg aan het bewijs daarvan. Het verhindert ook bewijs

³⁰⁵ Zie ook Shannon 2000, p. 87 e.v.

³⁰⁶ In re Paul Daley, 29 S.W.3d 915 (2000). Hierbij lijkt het van belang in hoeverre omzeiling van de wettelijke bepalingen inzake vertrouwelijkheid inhoudelijke uitwisselingen uit de mediation boven tafel brengt. Hoe meer dit het geval is hoe minder rechters geneigd zijn de wet losjes te interpreteren. Zie ook Deason 2001, p. 46 en Weston 2003, p. 56 e.v.

³⁰⁷ Randle v. Mid Gulf, 1996 WL 447954.

³⁰⁸ Een van de voorwaarden voor een geslaagd beroep op specific performance is dat de overeenkomst ‘fair in all its parts, free from misrepresentation, misapprehension, fraud, mistake, imposition or surprise’ moet zijn (Randle v. Mid Gulf, 1996 WL 447954).

³⁰⁹ Dit wordt ook wel de *waiver of estoppel approach* genoemd; een partij mag de informatie gebruiken omdat de wederpartij ook uit de school is geklapt (Shannon 2000, p. 87).

van een claim op basis van fraud, en de rechter weigerde om zelf een uitzondering op §154.073 te creëren. De Vicks kregen dus niet de mogelijkheid om hun stellingen met bewijs te onderbouwen.³¹⁰

In *Federal Deposit Insurance Corporation v. White* betrof het een settlement agreement die vermeend onder invloed van duress was aangegaan. Het betrof hier een federale zaak. Met betrekking tot de vertrouwelijkheid van de mediationcommunicatie werd door de federale rechter federaal recht toegepast.³¹¹ De Alternative Dispute Resolution Act uit 1998 geeft federale rechtbanken de opdracht om regelgeving op te stellen die de vertrouwelijkheid van ADR processen waarborgt en openbaarmaking van ADR communicatie verbiedt.³¹² De rechter kwam in deze zaak tot een opmerkelijke interpretatie van de ADR Act:

‘The court does not read the Act or its sparse legislative history as creating an evidentiary privilege that would preclude a litigant from challenging the validity of a settlement agreement based on events that transpired at a mediation. Indeed, such a privilege would effectively bar a party from raising well-established common law defenses such as fraud, duress, coercion and mutual mistake. It is unlikely that congress intended such a draconian result under the guise of preserving the integrity of the mediation process’.³¹³

Een jaar eerder had de andere federale rechtbank in Texas met eenzelfde gemak de vertrouwelijkheid van mediationcommunicatie opzij gezet. Ook hier betrof het een beweerdelijk geval van duress. De dame in kwestie verklaarde dat de mediator haar en haar man tot een schikking gedwongen had. Daarop onthief de rechtbank alle partijen en de mediator van de vereisten inzake vertrouwelijkheid zoals geformuleerd in het rolreglement van de rechtbank ter uitvoering van de Federal ADR Act. Bij de beslissing tot opheffing van de vertrouwelijkheid woog zwaar mee dat de rechtbank het van groot belang achtte dat de mediator in de gelegenheid werd gesteld om zijn professionaliteit en integriteit en de professionaliteit en integriteit van het mediationproces te bewijzen.³¹⁴

4.6. Samenvatting en conclusie

Voor aanhangige zaken geldt dat alleen schriftelijke schikkingen afgedwongen kunnen worden. Mondelinge schikkingen in aanhangige zaken ketsen af op Rule 11 van de Texas Rules of Civil

³¹⁰ Vick v. Waits, 2002 WL 1163842.

³¹¹ Als uitzondering op de afbakening van de onderzochte rechtspraak, worden twee federale uitspraken besproken waarin federaal recht wordt toegepast om het verschil tussen vertrouwelijkheid en het bewijs van een wilsgebrek onder statelijk recht en federaal recht te illustreren.

³¹² 28 U.S.C. 652 (d).

³¹³ FDIC v. White, 76 F. Supp. 2d 736 (N.D.Tex. 1999). Het is interessant om deze zaak te vergelijken met de Olam-zaak uit Californië (par.2.5.3). In Olam paste de rechter statelijk recht toe op de kwestie van vertrouwelijkheid van de mediation, omdat statelijk recht van toepassing was op het onderliggende geschil. In de White-zaak komt de rechter ook tot de conclusie dat statelijk recht van toepassing is op de vraag of al dan geen sprake was van duress, maar overweegt niet om de vertrouwelijkheidskwestie op te lossen onder statelijk recht. De rechter ziet de vertrouwelijkheid van mediationcommunicatie als een bewijskwestie en dus vallend onder de federale procedureregels.

³¹⁴ Allen v. Leal, 27 F. Supp. 2d 945 (1998).

Procedure. Ook schikkingsvonnissen moeten aan de schriftelijkheidseis van Rule 11 voldoen. Betreft de mondelinge settlement agreement een niet-aanhangig geschil, dan is het wel mogelijk om nakoming van de settlement te vragen, omdat deze situatie onder de common law valt en het voor de bindende kracht van overeenkomsten op grond van het algemene overeenkomstenrecht niet uit maakt of de overeenkomst mondeling of schriftelijk is aangegaan. Het probleem bij het vorderen van nakoming van mondelinge settlement agreements in niet-aanhangige zaken is dat het bestaan en de inhoud van de overeenkomst niet bewezen kunnen worden, omdat de wettelijke bepaling (§154.073) inzake vertrouwelijkheid van mediationcommunicatie hieraan in de weg staat.

Op de geldigheid van mediated settlement agreements is het algemene overeenkomstenrecht van toepassing. Bovendien zijn mediated settlement agreements in het vermogensrecht afdwingbaar op dezelfde wijze als andere overeenkomsten. Dit geldt ook voor schikkingen volgend op court-ordered mediation onder de ADR Act.

Voor mediated settlements in het familierecht gelden sinds 1995 (voor alimentatie en bezoeksregelingen) en 1997 (voor echtscheidingszaken) aanvullende wettelijke bepalingen die een versnelde procedure voor het afdwingen van mediated settlement agreements in court-ordered mediation creëren (§153.0071 en §6.602 van de Family Code). Ten aanzien van §153.0071 is in de rechtspraak bepaald dat deze section ook geldt voor non-court-ordered mediations. Mij zijn geen uitspraken bekend waaruit blijkt dat dit ook geldt voor §6.602.

Bij het afdwingen van schikkingen in het familierecht onder de bijzondere bepalingen, vindt nog een rechterlijke toets plaats. De rechter kan weigeren om schikkingen die in strijd zijn met public policy of dwingend recht of die niet in het belang van minderjarige kinderen zijn vast te leggen in een vonnis. Ook onregelmatigheden in de totstandkoming kunnen verhinderen dat de schikking via een versnelde procedure kan worden afgedwongen. Maar een inhoudelijke billijkheidstoets lijkt niet meer plaats te vinden.

Niet-nakoming van mediated settlements komt op basis van het algemene overeenkomstenrecht niet in aanmerking voor het opleggen van sancties. Zodra er echter te kwader trouw gehandeld wordt, is het opleggen van sancties wel mogelijk. Dit wijkt overigens niet af van de regels die voor andere (schikkings)overeenkomsten gelden.

Ook op de aantasting van mediated settlement agreements is het gewone overeenkomstenrecht van toepassing. Mediated settlement agreements zijn op dezelfde wijze vernietigbaar als andere overeenkomsten. Er lijkt ook geen onderscheid te zijn tussen vermogensrechtelijke en familierechtelijke mediated settlements. De enige uitzondering hierop zou unilateral mistake kunnen vormen, aangezien in een familierechtelijke zaak werd bepaald dat in dit type zaken een beroep op deze rechtsfiguur niet mogelijk was. Maar dit is moeilijk in te schatten omdat unilateral mistake een moeizaam leerstuk is waar veel gerechten mee worstelen, los van het onderscheid mediated settlement agreement versus een 'gewone' overeenkomst of het onderscheid wel of niet familierechtelijk. Het lijkt erop dat een beroep op dwang en intimidatie minder snel gehonoreerd zal worden als een partij in mediation werd bijgestaan door een advocaat.

Texas kent zeer vergaande wettelijke bepalingen inzake bescherming van de vertrouwelijkheid van mediationcommunicatie. Naar de letter van de wet is alles wat tijdens de mediation is voorgevallen vertrouwelijk. Noch onpartijdige derden noch de andere deelnemers mogen dat wat is voorgevallen tijdens mediation openbaren. Bovendien verbiedt de tekst van de

wet het openbaar maken van schriftelijke mediated settlement agreements. Dit zou betekenen dat geen nakoming kan worden gevorderd omdat het bestaan van de schikking niet bewezen kan worden. Deze regel zou ook in de weg staan aan de mogelijkheid van een eventuele vernietiging van de schikking. Immers, dan staan de bepalingen inzake bescherming van vertrouwelijkheid tegenover het procedurele recht van partijen om een verweermiddel te mogen bewijzen. Op dit spanningsveld tussen enerzijds strikte regels met betrekking tot de vertrouwelijkheid en anderzijds de noodzaak van bewijsvergaring is in de rechtspraak zeer verschillend gereageerd. Het lijkt erop dat rechters toch de vrijheid nemen om de zeer veelomvattende wettelijke bepalingen, te omzeilen. Maar gezien het geringe aantal uitspraken op dit gebied, die ook nog eens tegenstrijdig zijn, kunnen geen harde conclusies worden getrokken.

De twee federale rechtbanken die met toepassing van het federale recht over bescherming van de vertrouwelijkheid van mediationcommunicatie hebben geoordeeld, lijken het in ieder geval niet zo nauw te nemen met de geheimhoudingsplicht.

7. De mediated vaststellingsovereenkomst

1. INLEIDING

Zoals in hoofdstuk 2 besproken, vindt in Nederland sinds een jaar of zes vanuit de gerechten verwijzing naar mediation plaats. Eerst nog op experimentele basis, maar sinds midden 2005 is begonnen met het creëren van doorverwijzingsvoorzieningen en is de institutionalisering van mediation een feit.¹ De laatste zeven jaar is het aantal mediations in Nederland explosief gegroeid.²

In tegenstelling tot mediation in de in het voorgaande hoofdstuk besproken Amerikaanse staten, kent mediation in Nederland geen enkele wettelijke regeling en de politiek lijkt hier niet op korte termijn verandering in te willen brengen.³ Dit betekent dat de regeling van mediation is overgelaten aan de branche zelf. Dit heeft geresulteerd in regelgeving afkomstig van de verschillende mediationorganisaties bestaande uit standaard mediation- en vaststellingsovereenkomsten, reglementen en gedragsregels. In deze documenten is geregeld hoe de mediationprocedure dient te verlopen en wat de rechten en verplichtingen van de deelnemers aan mediation zijn.⁴

De procedure waarin de mediated vaststellingsovereenkomst tot stand komt, het mediationproces, wordt gereguleerd door het overeenkomstenrecht. Het is een precontractuele fase. De onderhandelende partijen moeten zich gedragen in overeenstemming met de eisen van de redelijkheid en billijkheid. Dit houdt in dat partijen rekening dienen te houden met elkaars gerechtvaardigde belangen.⁵ Op de reglementen van aanbieders van mediation na (en dit is geen positief recht) is het instrumentarium in Nederland contractenrechtelijk.⁶ Terwijl de methode 'mediation' wordt aangeboden als alternatief voor rechtspraak.⁷ Maar wettelijke regels die de

¹ Hoofdstuk 2, par. 5.3.7.

² In 1998 waren er volgens het NMI 329 mediations tegenover meer dan 5172 in 2005. Zie voor uitgebreidere cijfers par. 5.2.1 van hoofdstuk 2.

³ *Kamerstukken II*, 2004-05, 29 528, nr. 1, p. 14 en nr. 2, p. 10. Zo ook Asser, Groen & Vranken 2006, p. 41 e.v. Zij stellen zich op het standpunt dat de overheid bij de huidige stand van zaken nog geen regelgevende taak heeft op het gebied van mediation. Dit gezien de relatieve onbekendheid van mediation en de onduidelijkheid in welke zaken mediation een geschikte wijze van conflictoplossing is. Zelfregulering door de beroepsorganisaties en bedrijfstakken heeft in hun ogen de voorkeur. Zie uitgebreid, hoofdstuk 2, par. 5.1 en 7.1.

⁴ Zie ook hoofdstuk 2 par. 5.2 e.v.

⁵ Zie o.m. hoofdstuk 3, par. 5.3.2.2.

⁶ De regeling van de wilsgebreken (art. 3:44 en 6:228 BW) is onverkort van toepassing op de vaststellingsovereenkomst, met dien verstande dat voor dwaling geldt dat een beroep op dit leerstuk slechts kan worden gedaan indien de dwaling betrekking had op datgene dat partijen als zeker en onbetwist hadden aangenomen bij het sluiten van de overeenkomst. Voor bedreiging, bedrog en misbruik van omstandigheden geldt geen beperking met betrekking tot vaststellingsovereenkomsten. Zie hoofdstuk 3, par. 5.5 e.v.

⁷ Zie voor accentverschillen binnen de methode 'mediation', hoofdstuk 2, par. 4 e.v.

procedure structuren en waarborgen geven – zoals de beginselen van burgerlijk procesrecht en de regels uit het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering – ontbreken.⁸ Doordat sprake is van zelfregulering door verschillende brancheorganisaties kunnen de regels van mediation tot mediation verschillen.⁹

2. VEREISTEN

In tegenstelling tot de mediationprocedure is de uiteindelijke uitkomst van een geslaagde mediation, de vaststellingsovereenkomst, wel wettelijk geregeld. De bepalingen van titel 7.15 BW zijn van toepassing op alle vaststellingsovereenkomsten. Specifieke bepalingen voor de mediate vaststellingsovereenkomst kent het Nederlandse recht niet. Er worden geen vormvereisten gesteld aan de totstandkoming van vaststellingsovereenkomsten.¹⁰

De brancheregels stellen daarentegen wel een aantal eisen. De NMI mediationovereenkomst geeft aan dat een ingevolge de mediation in der minne bereikte oplossing van het geschil tussen partijen wordt vastgelegd in een daartoe strekkende, schriftelijk vaststellingsovereenkomst. Als hieraan niet wordt voldaan, is de overeenkomst niet toelaatbaar als bewijs. Het NMI mediationreglement dat ingevolge de mediationovereenkomst van toepassing is, bepaalt dat de mediator zorgt voor een deugdelijke vastlegging van de afspraken, maar geeft niet aan waaruit dit bestaat. Uit art. 15 van het reglement blijkt dat slechts een schriftelijke en ondertekende vaststellingsovereenkomst als bewijs aan een rechter of arbiter kan worden overgelegd.¹¹ De vereisten betreffende de vaststellingsovereenkomst zijn geen geldigheidsvereisten, maar als niet aan de eisen wordt voldaan, is er kans dat het bestaan van de vaststellingsovereenkomst niet bewezen mag worden waardoor het effect overeenkomstig zou zijn.¹²

Ook het ACB mediationreglement verplicht de mediator zorg te dragen voor het vastleggen in een overeenkomst van hetgeen partijen zijn overeengekomen (art. 13). Aangenomen kan worden dat hiermee wordt bedoeld op een schriftelijke vaststellingsovereenkomst. Over ondertekening wordt in art. 13 niet gesproken, maar art. 14 bepaalt dat de mediation eindigt door ondertekening door partijen van de in art. 13 bedoelde overeenkomst.¹³

Volgens de vFAS bemiddelingsovereenkomst komt een overeenkomst tussen de partners pas tot stand door de ondertekening van het (scheidings)convenant door de beide partners (art. 3.1). Als een convenant tot stand is gekomen dat voldoet aan art. 3.1, geldt de overeengekomen vertrouwelijkheid van mediationcommunicatie niet voorzover het de interpretatie en/of de uitvoering van het convenant betreft. Partijen zijn in dat geval gerechtigd in de procedure mededeling te doen over de wijze waarop de overeenkomst tot stand is gekomen. Bovendien kan de advocaat-scheidingsbemiddelaar als getuige worden opgeroepen en deze kan zich niet op de contractuele geheimhoudingsplicht noch op een eventueel

⁸ Zoals deze wel gelden voor overheidsrechtspraak en arbitrage. Zie ook Verkijk 2005, p. 38.

⁹ Zie par. 5.2.5 e.v. van hoofdstuk 2.

¹⁰ Zie voor een uitgebreide bespreking o.m. par. 4 van hoofdstuk 3.

¹¹ Hoofdstuk 2, par. 5.2.5.1 en 5.2.5.2

¹² Voor een bespreking van de contractuele geheimhoudingsplicht en de houdbaarheid daarvan verwijs ik naar par. 5 e.v. van dit hoofdstuk.

¹³ Par. 5.2.5.2 van hoofdstuk 2.

verschoningsrecht beroepen (art. 4.3).¹⁴ Ook voor mediation onder auspiciën van de vFAS geldt daarom dat schriftelijkheid en ondertekening de facto geldigheidsvereisten zijn.

3. EXECUTORIALE TITEL

De situatie waarin mediation zich voordoet heeft gevolgen voor de manier waarop een executoriale titel kan worden verkregen. Zo is van belang of de zaak gelijktijdig met de mediation ook aanhangig is bij de overheidsrechter, of de mediated vaststellingsovereenkomst tot stand is gekomen in arbitrage en of de mediator in kwestie notaris is. De verschillende mogelijkheden tot het verkrijgen van een titel op grond waarvan tenuitvoerlegging plaats kan vinden, zullen in deze paragraaf besproken worden.

3.1. Aanhangige zaken

Zoals eerder aangegeven, wordt met court-annexed-mediation bedoeld dat de zaak waarin bemiddeld wordt, aanhangig is bij de overheidsrechter.¹⁵ Dit betekent dat partijen, terwijl de zaak op de (parkeer)rol staat,¹⁶ al dan niet op verwijzing van de rechter of een rechtbankmedewerker (dan betreft het court-ordered mediation), een mediation starten om zo toch nog tot een minnelijke oplossing van hun conflict te komen. De vraag of partijen in deze situatie de mogelijkheid hebben om aan hun schikking een executoriale titel te verbinden, wordt in de volgende paragrafen beantwoord.

3.1.1. De dagvaardingsprocedure

In een dagvaardingsprocedure kunnen partijen op grond van art. 87 Rv de rechter verzoeken om de schikking op te nemen in een proces-verbaal.¹⁷ Art. 87 lid 1 bepaalt dat de rechter, op verzoek van partijen of van een van hen dan wel ambtshalve, in alle gevallen en in elke stand van het geding een verschijning van partijen ter terechtzitting kan bevelen teneinde een schikking te beproeven. In art. 87 lid 3 wordt bepaald dat een totstandgekomen schikking kan worden vastgelegd in een proces-verbaal waarvan de uitgifte in executoriale vorm geschiedt. Dit artikel is ook van toepassing in hoger beroep (art. 353 jo art. 87 Rv).

In court-annexed mediation is het niet de rechter die de schikking beproeft maar de mediator. Strikt genomen valt de mediationsituatie dus niet onder art. 87 Rv. Deze constatering is van weinig praktisch nut omdat het artikel al in de praktijk wordt toegepast; mediated vaststellingsovereenkomsten worden naderhand vastgelegd in processen-verbaal opgemaakt in het kader van door (een) partij(en) verzochte schikkingscomparitie.¹⁸ Vanuit pragmatisch oogpunt is dit zeer aantrekkelijk; partijen hebben zo de mogelijkheid om op eenvoudige wijze een executoriale titel te verkrijgen.

¹⁴ Zie par. 5.2.5.1 en 5.2.5.5. Zie over vertrouwelijkheid van mediationcommunicatie, par. 5 e.v. van dit hoofdstuk.

¹⁵ Zie voor de gebruikte begrippen, hoofdstuk 1, par. 4.

¹⁶ De term parkeerrol is ontleend aan het landelijk rolreglement. Op de parkeerrol staan zaken waarin in om diverse redenen niet wordt voortgeprocedeerd bijv. vanwege schikkingsonderhandelingen (voetnoot 48 bij art. 5.7, art. 11.2 van het Landelijk reglement voor de civiele rol bij de rechtbanken (versie per 1-11-2004); Van Mierlo & Van Dam-Lely 2003, p. 148-149).

¹⁷ Aldus ook Asser, Groen & Vranken, 2003, p. 60. Aan opname in een proces-verbaal zijn geen extra kosten verbonden.

¹⁸ De mediationovereenkomst die wordt gebruikt bij de doorverwijzingsvoorziening vermeldt deze mogelijkheid tot het verbinden van een executoriale titel ook uitdrukkelijk.

De wetsgeschiedenis lijkt zich tegen deze gang van zaken, opname van schikkingen in processen-verbaal die niet onder toezicht van de rechter tot stand zijn gekomen, niet te verzetten.¹⁹ Toch zou een kritische kanttekening bij deze praktijk kunnen worden geplaatst; biedt art. 87 Rv deze mogelijkheid omdat het *de rechter* is die de schikking tot stand brengt? Met andere woorden is het verbinden van een executoriale titel aan de schikking mogelijk bij de gratie dat de totstandkoming ervan met bepaalde waarborgen is omkleed, zoals toepassing van de beginselen van (burgerlijk) procesrecht?²⁰ En speelt mee dat er rechterlijk toezicht is geweest op de onderhandelingen die tot de executoriale titel hebben geleid?

Pel geeft aan dat haars inziens vastlegging van de afspraken in een proces-verbaal alleen mogelijk is als de zaak door de rechter naar mediation is verwezen, en niet als partijen zelf in een aanhangige procedure buiten de rechter om aan mediation zijn begonnen.²¹ Opname in een proces-verbaal zou haars inziens dus alleen een optie zijn in geval van court-ordered mediation en niet in geval van 'slechts' court-annexed mediation. Dit suggereert dat zij enige vorm van rechterlijk toezicht wenst, in ieder geval op de selectie van de mediator en in de vorm van bijstand van een mediationfunctionaris.²² De mediator zal aan bepaalde eisen moeten voldoen waaruit vervolgens de hoop voortvloeit dat het proces eerlijk zal verlopen. Er vindt dan een verschuiving plaats; de mediator oefent het toezicht uit op het proces dat tot de titel leidt, terwijl anders de rechter dit proces bewaakt.²³ Deze zienswijze stelt dus behoorlijke eisen aan de mediator als procesbegeleider.

Bovendien is toetsing van vaststellingsovereenkomsten opgenomen in processen-verbaal moeizaam, omdat het een overeenkomst betreft en de rechter de wil van partijen volgt. Strijd met de openbare orde en goede zeden zou idealiter wel voorkomen moeten worden, maar uit de afspraken gemaakt in mediation zal dit vaak niet op het eerste gezicht blijken.²⁴ Overigens, als wel op het eerste gezicht duidelijk is dat het een onrechtmatige of onduidelijke vaststellingsovereenkomst betreft, vindt geen opname plaats.²⁵ Hetzelfde geldt als een partij bezwaar maakt tegen opname van de vaststellingsovereenkomst in een proces-verbaal. Uit een interne memo van de rechtbank Arnhem uit 2002 blijkt dat als een partij bezwaar maakt, het beleid niet zal zijn dat direct een proces-verbaal wordt afgegeven, ongeacht de aard van het

¹⁹ In de zin dat er over deze situatie in de parlementaire geschiedenis niet gesproken wordt (*Kamerstukken II*, 1999-2000, 26 855, nr. 3, p. 90-91). Ook in de literatuur ben ik geen bespreking van deze situatie tegen gekomen. Zie o.m. Van Rossem/Cleveringa 1972, p. 215 e.v.

²⁰ Zoals onder andere gecodificeerd in art. 6 van het Europees Verdrag ter bescherming van de Rechten van de Mens (EVRM). Dit artikel bepaalt dat een ieder recht heeft op een eerlijke en openbare behandeling van zijn zaak door een onafhankelijke en onpartijdige rechterlijke instantie.

²¹ Pel 2004a, p. 65.

²² Als beide partijen hebben ingestemd met de mediation komt de mediationfunctionaris in zicht. Dit is meestal een ervaren gerechtssecretaris die allerhande zaken t.a.v. de mediation regelt (Pel 2006, p. 195).

²³ Voor zaken die vanuit de gerechten naar mediation worden verwezen, komen als mediators alleen NMI-gecertificeerde mediators in aanmerking (Groeneveld 2006, p. 82). Zie ook hoofdstuk 2, par. 5.3.7 en 5.3.8.

²⁴ Zie ook De Graaf 2004, p. 218 en p. 224-225, die oppert dat toetsing aan de openbare orde plaats zou dienen te vinden. Vergelijk de opvatting van de Boston Bar Association die instemt met een check door advocaten van mediated settlements in echtscheidingszaken, maar waarschuwt dat 'A separation agreement cannot really be evaluated by one who has not participated in the negotiations leading to it and, therefore, cannot judge whether it appropriately reflects the views, needs, strengths, and weaknesses of each of the parties'. Te kennen uit: McEwen, Rogers & Maiman 1995, p. 1346.

²⁵ Deze informatie is afkomstig van de rechtbank Arnhem (interview met F.J. de Vries in december 2004).

bezwaar. Partijen zullen dan naar de comparitie dienen te komen zodat de zittingsrechter kan kijken wat er aan schort. Indien blijkt dat er een geschil is betreffende de inhoud of verbindende kracht van de vaststellingsovereenkomst wordt de zaak weer naar de rol verwezen zodat verder geprocedeerd kan worden.²⁶

Deze opvatting van de rechtbank Arnhem lijkt mij juist. Art. 87 Rv leent zich namelijk niet voor de situatie dat een partij uiteindelijk onwillig is om mee te werken aan vastlegging van de afspraken in een proces-verbaal. De aard van het artikel verzet zich hier tegen. Het ziet op de situatie dat de schikking onder auspiciën van de rechter tot stand komt en de rechter de schikkingsonderhandelingen zo niet stuurt, dan toch coördineert. Het verplichten van een partij tot iets wat zij niet wil, past dan niet. Dat art. 87 Rv zich niet voor een dergelijke toepassing leent (gedwongen vastlegging in een proces-verbaal), blijkt ook uit de eis van medeondertekening van het proces-verbaal door partijen. In de situatie waarop het artikel ziet, namelijk rechterlijke schikkingen, zit tussen de totstandkoming van de schikking ter terechtzitting en ondertekening van het proces-verbaal waarschijnlijk nauwelijks tijd. In de regel zal ondertekening nog tijdens de comparitezitting gebeuren. Als een partij niet wil tekenen en protesteert tegen vastlegging, kan gesteld worden dat geen schikking bereikt is.²⁷ Bovendien ontbreekt een regeling als in art. 88 lid 3 Rv (inlichtingencomparitie) voor het geval een partij niet wil tekenen.²⁸ In dit licht lijkt het niet geëigend om als een partij haar onwil uitsprekt om een voor tenuitvoerlegging vatbare titel aan de afspraken te verbinden, toch over te gaan tot vastlegging in een proces-verbaal.

De tenuitvoerlegging van processen-verbaal kan plaats vinden op grond van art. 430 Rv (na betekening aan de partij tegen wie de executie zich richt, aldus lid 3). Ook voor de rechterlijke macht is dit een aantrekkelijke optie. De zaak wordt van de rol gehaald en bovendien is bij niet-nakoming van de vaststellingsovereenkomst door een van de partijen een vordering tot nakoming niet meer nodig.²⁹

Naast het vastleggen van de vaststellingsovereenkomst in een proces-verbaal is het op basis van het wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering ook mogelijk om vonnis te wijzen waarin veroordelingen worden uitgesproken overeenkomstig de vaststellingsovereenkomst. Maar dit kan alleen wanneer dictum en petitum in overeenstemming zijn.³⁰ Ligt in de vaststellingsovereenkomst minder dan oorspronkelijk was geëist besloten, dan is er geen probleem.³¹ Bij meer of anders dan oorspronkelijk geëist, moet schriftelijk, bij conclusie of akte ter rolle, een vermeerdering of verandering van eis plaatsvinden (art. 130 Rv).³² De schikking zou in dat geval kunnen worden gezien als een wijziging van eis en een erkenning daarvan door

²⁶ Interne notitie mediationbureau Arnhem 2002, onder 10. Zie ook Nijman 2004a, p. 43 en De Graaf 2004, p. 216-217.

²⁷ Aldus ook De Graaf 2004, p. 216-217. Zie ook Asser (GRS), art. 19 Rv (oud), aantekening 3. Zie ook art. 87 lid 4 Rv dat in dat geval de zaak weer naar de rol verwijst.

²⁸ Dit artikel bepaalt in lid 3 dat als een partij weigert te ondertekenen, die weigering inhoudende de oorzaak van verhindering in het proces-verbaal wordt vermeld.

²⁹ Royement is ook volgens De Graaf voor partijen de enige zinnige optie als zij een executoriale titel hebben verkregen (De Graaf 2004, p. 217-218).

³⁰ Nijman 2004a, p. 15 en 41.

³¹ Art. 129 Rv; HR 29 oktober 1993, NJ 1994/107.

³² Stein/Rueb 2005, p. 94-95; Nijman 2004a, p. 41; Nijman 2004b, p. 94. Zie ook De Graaf 2004, p. 217.

gedaagde.³³ Er bestaat een probleem als eiser in de vaststellingsovereenkomst concessies doet die niet kunnen worden gezien als een vermindering van eis. Dit is het geval als eiser verplichtingen op zich neemt. Als deze verplichtingen niet bij conclusie van antwoord zijn geëist in reconventie (art. 137 Rv), kan eiser niet tot iets worden veroordeeld.³⁴ Onduidelijk is of het bovenstaand ook geldt voor opname in een proces-verbaal.³⁵ De tekst van art. 87 Rv zwijgt hierover. De rechter heeft meer vrijheid bij vastlegging van de afspraken in een proces-verbaal omdat hij niet verantwoordelijk is voor de inhoud hiervan.

Bij opname van de vaststellingsovereenkomst in een vonnis vindt, in tegenstelling tot het proces-verbaal, wel toetsing plaats.³⁶ Immers, voor het vonnis is de rechter verantwoordelijk en voordat opname in het dictum plaatsvindt, zal de overeenkomst inhoudelijk getoetst worden op zowel strijd met openbare orde en goede zeden als ook strijd met dwingend recht.³⁷ In theorie zou mijns inziens ook ambtshalve getoetst moeten worden aan art. 6:248 lid 2 BW, maar in de praktijk zal dit vaak ondoenlijk zijn omdat de schikking daartoe niet voldoende houvast biedt.³⁸ Ook indien hier een geschil rijst over de vaststellingsovereenkomst en een partij bezwaar maakt tegen opname dient mijns inziens het wijzen van een schikkingsvonnis conform de afspraken uit de vaststellingsovereenkomst geweigerd te worden. Dit speelt bij een schikkingsvonnis nog sterker dan bij een proces-verbaal omdat de rechter verantwoordelijk is voor de inhoud van het vonnis dat hij wijst.³⁹

Overigens is niet bij alle gerechten vastlegging van een vaststellingsovereenkomst in een vonnis (meer) mogelijk. De Rechtbank Breda heeft onlangs vastlegging van een minnelijke regeling in een vonnis geweigerd. Partijen kregen de keuze om ter comparitie te verschijnen zodat een vaststellingsovereenkomst kon worden opgesteld met eventueel opname daarvan in een proces-verbaal, of de zaak zou van de rol worden gehaald.⁴⁰ Als partijen dan nog een executoriale titel wensten, dienden zij een notaris in te schakelen.⁴¹

³³ De Graaf 2004, p. 217.

³⁴ Nijman 2004a, p. 41; Nijman 2004b, p. 94; Interne notitie mediationbureau Arnhem 2002, onder 5.

³⁵ Zo blijkt ook uit het verslag van de expertmeeting, georganiseerd door het LBM, over het thema 'vaststellingsovereenkomst' van 30 november 2006. De activiteiten vanuit het LBM t.a.v. dit thema bevinden zich niet in de eindfase. Ik heb slechts inzage gehad in het verslag van de bijeenkomst. Gezien het stadium van de werkzaamheden zal verder niet uit het verslag geciteerd worden. Maar zie ook de Interne notitie mediationbureau Arnhem 2002, onder 6, waar er vanuit lijkt te worden gegaan dat dit probleem niet speelt.

³⁶ Zie voor de mogelijkheid van hoger beroep tegen een schikkingsvonnis, De Graaf 2004, p.221 e.v.

³⁷ Dit zou een afwijking betekenen van art. 7:902 BW. Zie voor een bespreking van dit artikel, hoofdstuk 3, par. 5.1. Zie voor mijn standpunt t.a.v. de relatie tussen art. 7:902 BW en de rechterlijke toetsing, hoofdstuk 8, par. 4.2.

³⁸ Zie par. 4 e.v. van het onderhavige hoofdstuk.

³⁹ Zie ook Pel 2004a, p. 65. Anders kennelijk De Graaf die meent dat de rechter deze wijziging van de vordering en de erkenning hiervan door de wederpartij (dus de schikking) zal moeten accepteren o.g.v. art. 130 Rv en vonnis moet wijzen in overeenstemming met de vaststellingsovereenkomst, tenzij deze in strijd is met de openbare orde (De Graaf 2004, p. 220-221).

⁴⁰ De doorhaling op de rol is slechts een administratieve handeling en heeft geen rechtsgevolgen (art. 246 lid 2 Rv). Herplaatsing op verzoek van (een) partij(en) op de rol na roeyement is wel mogelijk als het geschil niet materieel is geëindigd door een schikking. (art. 11.8 Landelijk reglement voor de civiele rol bij de rechtbanken (versie per 1-11-2004)). Voor de verzoekschriftprocedure zal iets vergelijkbaars gelden. Ook daar is de zaak dan administratief en materieel ten einde als partijen het geschil door een minnelijke regeling hebben beëindigd en de procedure willen stoppen.

⁴¹ Rb. Breda, 3 maart 2004, zaaknr. 119716/HA ZA 03-719 (de samenvatting is te raadplegen in *Epoch* Bulletin juli/augustus 2004, p. 110). Zie ook Pel 2004a, p. 65.

Bij royement na een minnelijke regeling is het geding door de totstandgekomen schikking zowel materieel als administratief – door doorhaling op de rol – ten einde.⁴² In deze situatie kan de zaak niet meer op verzoek van (een) partij(en) op de rol kan worden geplaatst, bijvoorbeeld in geval een geschil ontstaat over nakoming of vernietiging van de schikking.⁴³

Volgens de tekst van art. 87 Rv dienen zowel de partijen als de advocaten te verschijnen bij een comparitie ter gelegenheid van vastlegging van de afspraken in een proces-verbaal, maar als overeenstemming is bereikt in mediation is dit onslachtig. Binnen de rechtbank Arnhem is er voor gekozen om partijen in deze situatie niet meer te verplichten te verschijnen. Besloten is dat het verzoek tot vastlegging van de vaststellingsovereenkomst in een proces-verbaal in het kader van een comparitie schriftelijk door de procureurs kan worden gedaan. De procureurs vermelden dan dat noch zij noch partijen ter comparitie zullen verschijnen. Er zal een door partijen ondertekend en gedateerd exemplaar van de vaststellingsovereenkomst worden meegezonden. Een en ander zal in het proces-verbaal (van de zitting waar niemand is verschenen) worden uitgedrukt.⁴⁴ Het is overigens de vraag of deze gang van zaken te verenigen valt met de tekst en strekking van art. 87 Rv. Ook is onduidelijk hoe andere gerechten met deze eis van verschijning van partijen omgaan.⁴⁵

3.1.2. De verzoekschriftprocedure

In verzoekschriftprocedures ontbreekt een artikel als 87 Rv.⁴⁶ En art. 290 Rv biedt geen mogelijkheid van uitgifte van een in executoriale vorm opgemaakt proces-verbaal van de mondelinge behandeling.⁴⁷ Eventueel zou uit oogpunt van harmonisering en deformalisering

⁴² Parl. Gesch. Herz. Rv., p. 419.

⁴³ Van Mierlo & Van Dam Lely 2003, p. 152. Zie ook Van Maanen 2005, art. 246 Rv, aantekening 2b, die meent dat verdedigbaar is dat in deze situatie de zaak wel weer op de rol kan worden geplaatst. De tekst van de Nota naar aanleiding van het Verslag biedt die ruimte m.i. niet (parl. Gesch. Herz. Rv., p. 419). Van Mierlo & Van Dam-Lely menen dat na het totstandkomen van een schikking, royement kan worden uitgesteld als in de vaststellingsovereenkomst een opschortende voorwaarde is opgenomen waarin wordt bepaald dat het geding pas administratief ten einde is als volledig uitvoering is gegeven aan de overeenkomst (Van Mierlo & Van Dam-Lely 2003, p. 152. Aldus ook Van Gorkum 1987, p. 27-28). Dit zou dus alleen mogelijk zijn vóór doorhaling op de rol..

⁴⁴ Interne notitie mediationbureau Arnhem 2002, onder 10. Zie ook Nijman 2004b, p. 94.

⁴⁵ Zie voor mijn opvatting ten aanzien van deze kwestie, par. 4.6 van hoofdstuk 8.

⁴⁶ Art. 87 Rv is opgenomen in de tweede titel van het eerste boek van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering. De titel is van toepassing op dagvaardingsprocedures in eerste aanleg. Op verzoekschriftprocedures is de derde titel van toepassing. Zie ook art. 78 lid 1 Rv jo art. 261 Rv. Cleveringa meent echter dat toepassing van art. 87 Rv (art. 19 Rv oud) ook mogelijk is in verzoekschriftprocedures (Van Rossem/Cleveringa 1972, art. 19 Rv, aantekening 2). En in navolging van Cleveringa komt ook De Graaf tot deze conclusie (De Graaf 2004, p. 214). Maar ik betwijfel de juistheid van deze zienswijze. Onder het oude recht onbrak een bepaling als art. 78 Rv (Fokker (GRS), art. 78 Rv, aantekening 3). Art. 78 Rv stelt uitdrukkelijk dat titel twee van toepassing is op alle zaken waarop niet ingevolge art. 261 Rv de derde titel van toepassing is. Dus als de derde titel wel van toepassing is, gelden de bepalingen uit de tweede titel niet. Zo ook Interne notitie mediationbureau Arnhem 2002, onder 3; de verzoekschriftprocedure kent geen comparitie en art. 87 Rv is daarop niet van overeenkomstige toepassing. Verkijk is met De Graaf van mening dat art. 87 lid 3 ook zal gelden voor de verzoekschriftprocedure en baseert zich ter onderbouwing van zijn standpunt op de memorie van toelichting (Verkijk 2005, p. 37, noot 27). Hier wordt gesteld dat art. 87 lid 3 ook geldt als er tijdens een ander soort zitting een schikking tot stand komt (*Kamerstukken II*, 99-00, 26 855, nr. 3, p. 90). Mijns inziens doelt de memorie hier echter niet op de verzoekschriftprocedure maar op een ander type zitting dan de schikkingscomparitie binnen de dagvaardingsprocedure. Dus art. 87 lid 3 is volgens de structuur van Rechtsvordering niet van toepassing op de verzoekschriftprocedure.

⁴⁷ Interne notitie mediationbureau Arnhem 2002, onder 3.

sprake kunnen zijn van analoge toepassing, mits de aard van het geschil zich daartegen niet verzet, maar dit lijkt niet erg waarschijnlijk.⁴⁸

Indien in een echtscheidingsconvenant een gemeenschappelijk verzoek tot echtscheiding wordt gedaan, moet dit opgenomen worden in een beschikking omdat scheiden zonder rechter niet mogelijk is.⁴⁹ De rechter is niet verplicht om de getroffen onderlinge regelingen op te nemen in de beschikking. Opname in een beschikking heeft bijvoorbeeld geen zin op het moment dat de afspraken zich niet lenen voor executie (bijvoorbeeld uitwerkingsafspraken van omgangsregelingen).⁵⁰ Ook dienen de afspraken van partijen voldoende concreet te zijn. Zo niet, dan is opname niet zinvol, of zal opname zelfs geweigerd worden (afhankelijk van de rechtbank).⁵¹

Als de scheiding al heeft plaatsgevonden maar nog allerlei scheidinggerelateerde zaken in een convenant worden geregeld, is, mits de zaken ter vrije beschikking van partijen staan, rechterlijke tussenkomst niet meer vereist. De enige mogelijkheid voor partijen om in die situatie nog aan een executoriale titel te komen, is door middel van een veroordeling in de beschikking conform de inhoud van de vaststellingsovereenkomst (mits voldoende concreet gemaakt in het dictum, mits de afspraken executabel zijn en mits het dictum in overeenstemming is met het verzoek en het reconventioneel verzoek⁵²), tenminste als de zaak nog aanhangig is.⁵³ De rechter is verantwoordelijk voor de inhoud van de beschikking. Dit zou

⁴⁸ Zie ook Verkijk 2005, p. 37, noot 27.

⁴⁹ Art. 819 Rv; scheiden op gemeenschappelijk verzoek. Maar zie het wetsvoorstel 'Wet bevordering voortgezet ouderschap en zorgvuldige scheiding' waarin ruimte wordt gecreëerd om ook bij eenzijdig verzoek gemaakte afspraken op te laten nemen in een beschikking (*Kamerstukken II*, 2006-07, 30 145, nr. 6, p. 17).

⁵⁰ Zonnenberg 2002, p. 3.

⁵¹ Procesreglementen Familierecht Rechtbanken, in werking getreden op 1 januari 2001 (Staatscourant 18.12.2000) en laatstelijk gewijzigd met ingang van 1 april 2004. Te raadplegen op www.rechtspraak.nl. Toelichting ten behoeve van de toepassing van het scheidingsreglement, Procesreglement scheidingsprocedure, art. 11.1: 'Door opneming van het convenant in de beschikking worden de tussen verzoekers in het convenant neergelegde afspraken voor executie vatbaar. Er is overleg geweest met de Koninklijke Beroepsorganisatie van Deurwaarders over de wijze waarop de opneming van het convenant in de beschikking geformuleerd wordt. Van belang is dat duidelijk blijkt welke verplichtingen er ten opzichte van wie zijn. Indien het convenant duidelijk is geformuleerd, zal de wijze van opnemen in de beschikking als neergelegd in art. 11.1. geen problemen geven'. In art. 11.1 wordt bepaald: 'Bij toewijzing van een gemeenschappelijk verzoek tot opneming van het convenant in de beschikking, zal dit geschieden door opneming in het dictum van een bepaling dat het convenant als in de beschikking opgenomen moet worden beschouwd onder verwijzing naar en met aanhechting van een kopie van het overgelegde convenant aan de beschikking'. Zie ook Zonnenberg 1998, p. 5-6 en Zonneberg 2002, p. 4. Zoals uit het in voetnoot 35 vermelde verslag blijkt, wordt door deurwaarders bij de executie van alimentatieafspraken niet altijd genoeg genomen met een verwijzing naar het convenant in het dictum.

⁵² Het verweerschrift kan slechts een zelfstandig verzoek bevatten als het betrekking heeft op het oorspronkelijke verzoek (art. 282 lid 4 Rv). Indien de verzoeker een verplichting op zich neemt in het kader van een schikking waarom niet in het verweerschrift is verzocht, geldt hetzelfde als voor de dagvaardingsprocedure (par. 3.1.1. van het onderhavige hoofdstuk). De term reconventieel verzoek is ontleend aan Van Mierlo (Van Mierlo, art. 282 Rv, aantekening 12a). Een verzoeker kan het verzoek verminderen, veranderen en vermeerderen zolang nog geen eindbeschikking is gegeven. (art. 283 jo 130 Rv).

⁵³ Procesreglementen Familierecht Rechtbanken, in werking getreden op 1 januari 2001 (Staatscourant 18.12.2000) en laatstelijk gewijzigd met ingang van 1 april 2004. Procesreglement scheidingsprocedure, art. 11.1. Zie ook Interne notitie mediationbureau Arnhem 2002 en bevestigd door Pel (interview 3 maart 2005).

betekenen dat de rechter dient te toetsen voordat opname plaatsvindt. Het is overigens maar de vraag in hoeverre dit in de praktijk ook echt gebeurt.⁵⁴

3.2. Niet-aanhangige zaken

Als een zaak niet aanhangig is, kan deze niet aanhangig worden gemaakt met het oogmerk om vastlegging van de vaststellingsovereenkomst in een proces-verbaal, vonnis of beschikking te verkrijgen. Dit vanwege het ontbreken van procesbelang (art. 3:303 BW).⁵⁵ De mogelijkheden die dan voor partijen nog openstaan om een executoriale titel aan hun schikking te verbinden, worden in de onderstaande paragrafen besproken.

3.2.1. De notariële akte⁵⁶

Het verkrijgen van een executoriale titel bij non-court-annexed mediation kan gerealiseerd worden door het inroepen van een notaris. Dit geldt zowel voor vaststellingsovereenkomsten in familiezaken als voor vaststellingsovereenkomsten in het vermogensrecht.⁵⁷ Er zijn verschillende opties denkbaar. Zo kan indien de mediator ook notaris is, de

⁵⁴ Zonder nader onderzoek zijn er geen data beschikbaar over inhoudelijke toetsing door de rechter zo blijkt uit overleg van het ministerie van Justitie met de Raad voor de Rechtspraak. De Raad voor de Rechtspraak geeft aan 'dat als aan de grondslag voor het echtscheidingsverzoek is voldaan, de rechter geen bevoegdheid heeft om de echtscheiding te weigeren en nadere voorwaarden te stellen om tot een toewijzing van het echtscheidingsverzoek te komen. T.a.v. verzochte nevenvoorzieningen heeft de rechter in een aantal zaken met name bij verzoeken omtrent kinderen de plicht om ambtshalve te toetsen of afspraken in overeenstemming zijn met wet of verdragen en of de afspraken in het belang van het kind zijn. In die gevallen wordt soms afgeweken van afspraken tussen partijen.' Te kennen uit: *Kamerstukken II*, 2002-03, 28 600 VI, nr. 132, p. 3-4, maar zie ook *Kamerstukken II*, 2006-07, 30 145, nr. 6, p. 19 en 28. Een toets van de afspraken aan het belang van het kind is naar zijn aard een volle inhoudelijke toets. Vergelijk: HR 26 september 2003, *NJ* 2004/97 m.nt. SW. In dit arrest toetste de Hoge Raad een beslissing van de gezinsvoogdij-instelling vol aan het belang van het kind. Zie ook Lenters 1993, p. 184 e.v.

⁵⁵ Nijman 2004b, p. 94. Zie ook De Graaf 2004, p. 217. Als partijen in mediation tot een schikking komen zonder dat een procedure aanhangig is, is het de vraag of nog de mogelijkheid bestaat om o.g.v. art. 96 Rv de kantonrechter te verzoeken de schikking op te nemen in een proces-verbaal of vonnis. Volgens de structuur van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering en de bewoording van art. 87, is art. 87 ook van toepassing op de kantongerechtsprocedure (opname in een vonnis is uiteraard in ieder geval mogelijk). Maar aangenomen moet worden dat art. 3:303 BW ook hier geldt; zonder belang geen rechtsvordering. Gesteld zou kunnen worden dat hier wel een processueel belang is (verkrijgen van een tenuitvoerlegbare titel) maar geen rechtsvordering aangezien er ook geen onderliggend vorderingsrecht is; de schuldeiser heeft immers jegens de schuldenaar geen recht tot het verrichten van een prestatie in deze situatie. Art. 96 Rv kan in ieder geval gebruikt worden als in mediation bepaalde geschilpunten blijven bestaan. Zie ook Brahn/Reehuis 2002, p. 203. Partijen kunnen dan op eenvoudige en informele wijze hun geschil ter beslechting voorleggen aan de kantonrechter (*Kamerstukken II*, 2003-04, 29 528, nr. 2, p. 21 e.v.). Zie ook Brenninkmeijer, Schutte & Spierdijk 2005, p. 128-129.

⁵⁶ Zie over de notariële akte, de rol van de notaris bij vastlegging van de afspraken, tenuitvoerlegging, en samenloop van executie en aantasting, par. 6 e.v., 7 e.v. en 8 e.v van hoofdstuk 3.

⁵⁷ De executiemogelijkheden zijn beperkter bij een notariële akte dan bij een vonnis of beschikking. Voor sommige vormen van executie is een rechterlijke uitspraak vereist. Zie par. 7 e.v. van hoofdstuk 3. Ook zijn er beperkingen t.a.v. de afspraken die in het familierecht kunnen worden gemaakt. Gezagskwesties staan niet ter vrije beschikking van partijen (art. 1:251 lid 2 BW). Wettelijk is het dus niet aan de ouders om over gezagskwesties te beslissen, in de praktijk zal de rechter als de ouders het eens zijn over de gezagsvoorziening volgens de eensluidende wens van de ouders beslissen, op een enkele uitzondering na (Lenters 1993, p. 88). Maar de afspraken kunnen in principe integraal getoetst worden. De wetgever heeft de bevoegdheid van de ouders immers beperkt. Vergelijk: Essakkili & Spijkerboer 2006, p. 1882.

vaststellingsovereenkomst vastgelegd worden in een notariële akte.⁵⁸ Een andere mogelijkheid is om indien de mediator niet tevens notaris is, in de eindfase een notaris in te schakelen om zo de overeenkomst op te nemen in een notariële akte. Aan de laatste optie zijn hogere kosten verbonden, aangezien partijen nadat zij met de mediator hun geschil hebben afgesloten, nu ook nog een notaris moeten inschakelen. Bij het opnemen van de partijafspraken in een notariële akte heeft de notaris een zorgplicht. Er is dus enig (juridisch) toezicht van de notaris op de overeenkomst tussen partijen.⁵⁹ Het is de vraag of partijen na het succesvol afronden van mediation nog tijd en geld willen besteden aan het inroepen van een notaris. Partijen realiseren zich op zo'n moment misschien niet afdoende dat niet-nakoming van de wederpartij een reëel gevaar is en dat zonder executorialie titel, de gang naar de rechter alsnog gemaakt dient te worden.⁶⁰

3.2.2. *Het boetebeding*⁶¹

Er wordt in mediated vaststellingsovereenkomsten weinig gebruik gemaakt van boetebedingen.⁶² Maar een boetebeding kan nuttig zijn om te bewerkstelligen dat de wederpartij nakomt.⁶³ Een doel van het boetebeding is tenslotte om voor de schuldenaar een prikkel te scheppen om zijn verplichtingen te vervullen. Het andere oogmerk is het bij voorbaat fixeren van de schadevergoeding die verschuldigd zal zijn bij niet (tijdige) nakoming. Door de vaststelling vooraf sluiten partijen uit dat achteraf onderzoek wordt verricht naar het bestaan en de omvang van de schade.⁶⁴ Veelal zal het boetebeding beide doelstellingen beogen, maar de schuldeiser kan geen nakoming vorderen van zowel de originele verplichting als van het boetebeding. Het is dus het een of het ander.⁶⁵

Een verklaring voor het geringe gebruik van het boetebeding in mediated vaststellingsovereenkomsten zou kunnen zijn dat partijen en (misschien ook) de mediator het

⁵⁸ De vraag is echter of de notaris dan nog wel zijn beroep van notaris uitoefent en dus een geldige akte kan verlijden, zoals ook de discussie wel is gevoerd met betrekking tot het verschoningsrecht dat advocaten hebben en de toepassing daarvan als de advocaat als mediator optreedt. Zie o.m. Schutte 2005b, p. 17-18. Over deze situatie heeft de Vereniging van Mediators en Scheidingsbemiddelaars in het Notariaat (VMSN) recentelijk een opinie gegeven, waarin zij tot de conclusie kwam dat de functie van notaris en mediator in een zelfde zaak met de zelfde cliënten mogelijk is. De argumenten zijn o.m. dat de notaris-mediator uit hoofde van beide functies onpartijdig en onafhankelijk dient te zijn, dat het opmaken van vaststellingsovereenkomsten tot de kerntaken van de notaris behoort, en dat notarissen in de praktijk vaak bemiddelen (zonder dat dit mediation wordt genoemd) voordat zij de akte verlijden. De visie van het bestuur van de VMSN is te raadplegen op www.vmsn.nl (laatstelijk geraadpleegd op 23-12-2006).

⁵⁹ Par. 6.2 van hoofdstuk 3 en zie ook het volgende hoofdstuk, par. 4.2.

⁶⁰ Zie ook Nijman 2004b, p. 93.

⁶¹ Het boetebeding is een vreemde eend in de bijt bij de bespreking van het verkrijgen van een executorialie titel. Het beding wordt immers juist gebruikt om te voorkomen dat het verkrijgen van een executorialie titel nodig zal zijn, omdat de schuldenaar toch wel na zal komen vanwege de (financiële) consequenties die verbonden zijn aan niet-nakoming. En dat is meteen de reden dat het boetebeding hier toch wordt behandeld; juist omdat het gericht is op het verzekeren van nakoming.

⁶² Nijman 2004b, p. 93. Nijman spreekt over 'dwangsom' maar uit de context blijkt dat het gaat om een boetebeding. Het boetebeding wordt geregeld in art. 6:91 BW e.v.

⁶³ Zie ook Brenninkmeijer, Schutte & Spierdijk 2005, p. 16.

⁶⁴ Het boetebeding valt dus onder de definitie van 'vaststellingsovereenkomst' uit titel 7.15 BW. Zie par. 1 van hoofdstuk 3. Zie over de kwalificatie van het boetebeding, Schelhaas 2004, p. 362-364.

⁶⁵ Asser/Hartkamp 2004, nr. 388 e.v.

gevoel hebben dat het opnemen van een boetebeding niet past in mediation en dat de wederpartij de afspraken toch wel na zal komen. Het gaat in mediation immers om het oog hebben voor elkaars belangen en om vertrouwen.

3.2.3. *De proceskostenveroordeling*

Nederland kent een proceskostenveroordeling voor een partij die in het ongelijk is gesteld.⁶⁶ De standaard proceskostenveroordeling is in Nederland slechts een klein bedrag.⁶⁷ Maar art. 237 en 239 Rv, de wettelijke basis van de proceskostenveroordeling, zijn van regelend recht. Partijen kunnen dus in de vaststellingsovereenkomst opnemen dat de wederpartij veroordeeld zal worden tot betaling van alle daadwerkelijk gemaakte kosten van de wederpartij als hij tot nakoming veroordeeld wordt.⁶⁸ Dit zou kunnen dienen als stok achter de deur voor eventueel gevreesde niet-nakoming.⁶⁹ De rechter heeft overigens een matigingsbevoegdheid op grond van art. 242 lid 1 Rv, mits het een nog niet gerezen geschil betreft (lid 2).⁷⁰ Als partijen via art. 87 Rv tot een minnelijke schikking komen en geen afspraken hebben gemaakt over verdeling van de kosten die tot dan in de procedure zijn gemaakt, wordt aangenomen dat partijen hun eigen kosten zullen dragen.⁷¹

3.2.4. *Het arbitraal schikkingsvonnis*⁷²

Als mediation plaatsvindt in een geschil dat is voorgelegd aan een arbitraal tribunaal, kan de vaststellingsovereenkomst worden vastgelegd in een arbitraal schikkingsvonnis.⁷³ Art. 1069 Rv biedt hiertoe de mogelijkheid. Vastlegging gebeurt op gezamenlijk verzoek van partijen en het scheidsgerecht kan het verzoek zonder opgave van redenen weigeren. Het arbitraal schikkingsvonnis geldt als een gewoon arbitraal vonnis (lid 2) en na verlot van de voorzieningenrechter kan het vonnis in Nederland ten uitvoer worden gelegd. Het exequatur kan slechts worden geweigerd als het vonnis of de wijze waarop dit tot stand kwam kennelijk in strijd is met de openbare orde of de goede zeden, dan wel indien in strijd met art. 1055 Rv tenuitvoerlegging bij voorraad is bevolen of in strijd met art. 1056 Rv een dwangsom is opgelegd.⁷⁴ De voorzieningenrechter heeft in de exequaturprocedure geen discretionaire

⁶⁶ Art. 237 lid 1 Rv. Dit geldt ook voor de verzoekschriftprocedure (art. 289 Rv). De rechter kan een partij veroordelen tot het dragen van de proceskosten maar dit hoeft niet altijd plaats te vinden, bijv. niet als beide partijen deels gelijk krijgen.

⁶⁷ Er wordt gewerkt met een liquidatietarief. Er wordt een puntensysteem gebruikt om in combinatie met het financiële belang van een zaak een honorarium te berekenen. Het resultaat van dit systeem ligt in de regel ruim beneden de werkelijke kosten (Stein/Rueb 2005, p. 183).

⁶⁸ HR 22 januari 1993, *NJ* 1993/597 m.nt. HJS.

⁶⁹ Dit zal waarschijnlijk meer nut hebben bij schikkingen tussen particulieren dan bij geschillen tussen grote bedrijven die immers de proceskosten van de wederpartij makkelijker zullen kunnen dragen.

⁷⁰ Bovendien zou matiging plaats kunnen vinden o.g.v. de beperkende werking van de redelijkheid een billijkheid (HR 22 januari 1993, *NJ* 1993/597 m.nt. HJS).

⁷¹ De Graaf 2004, p. 219; Bosch-Boesjes 1998, p. 44-45; Haardt 1945, p. 68.

⁷² Zie over het rechtskarakter en de mogelijkheden voor aantasting van het arbitraal schikkingsvonnis, hoofdstuk 3, par. 9 e.v.

⁷³ Dit is slechts mogelijk als het geschil ter vrije beschikking van partijen staat (art. 1020 lid 3 Rv). Veel familierechtelijke zaken (daaronder ook het erfrecht) kunnen geen onderwerp zijn van arbitrage.

⁷⁴ Bij arbitrage heeft de overheidsrechter een controlefunctie. Deze controlefunctie krijgt o.m. gestalte in de vernietigingsprocedure en de exequaturverlening. Enerzijds respecteert de overheid het particuliere karakter van

bevoegdheid. Doet een van de gronden uit art. 1063 lid 1 Rv zich voor dan moet tenuitvoerlegging geweigerd worden.⁷⁵ Kennelijke strijd met de openbare orde of de goede zeden is de belangrijkste grond voor weigering.⁷⁶ De strijd met de openbare orde of goede zeden zal prima facie uit het arbitrale vonnis moeten blijken.⁷⁷ Voor een volledige toetsing aan de openbare orde of goede zeden zal een vernietigingsactie ingesteld moeten worden.⁷⁸

De vaststellingsovereenkomst kan vastgelegd worden in een arbitraal schikkingsvonnis in de situatie dat de arbitrage wordt geschorst en de hulp van een mediator wordt ingeroepen om de schikking tot stand te brengen. Of in de situatie dat een arbiter als mediator optreedt, een vergelijk tot stand helpt te brengen en dit vergelijk opneemt in een vonnis. Ook zouden partijen een mediation kunnen starten en op het moment dat er een compromis ligt de mediator kunnen benoemen als arbiter, zodat opname in een arbitraal schikkingsvonnis mogelijk is.⁷⁹ In deze laatste twee gevallen is het de vraag of als de arbiter/mediator de partijen afzonderlijk hoort (caucus), dit betekent dat het arbitrale schikkingsvonnis kennelijk strijdig is met de openbare orde of goede zeden vanwege het schenden van een beginsel van procesrecht in casu het beginsel van hoor en wederhoor.⁸⁰

Naar mijn mening is op arbitrale schikkingsvonnissen het algemene overeenkomstenrecht van toepassing. Als van de toepasselijkheid van titel 7.15 wordt uitgegaan, zoals ik in hoofdstuk 3, par. 9.2 heb bepleit, is nog de vraag of de vaststelling (de schikking) opgenomen in een arbitraal vonnis in strijd mag zijn met dwingend recht zoals art. 7:902 BW aangeeft.⁸¹ Ik meen van wel. Het arbitraal vonnis kan strijdig zijn met dwingend recht, dit is geen beletsel voor incorporatie. De arbiters hebben weliswaar een discretionaire bevoegdheid als het gaat om opname in een vonnis, maar gezien het feit dat zowel bij de exequaturverlening als bij de vernietigingsprocedure strijd met dwingend recht niet relevant is voor de toetsing, levert dit mijns inziens geen problemen op.⁸²

arbitrage en stelt zich terughoudend op, anderzijds is rechtspleging een zo belangrijke staatstaak dat deze niet klakkeloos aan de particuliere sector kan worden overgelaten. Dit heeft zich vertaald in een lichte vorm van toetsing (Snijders 1992a, p. 11-13).

⁷⁵ Snijders (GRS), art. 1063 Rv, aantekening 3.

⁷⁶ Zowel wegens de inhoud van het arbitrale vonnis als vanwege de totstandkoming ervan kan van strijd met de openbare orde of goede zeden sprake zijn (MvT II, TvA 1984/4a, p. 44).

⁷⁷ MvT II, TvA 1984/4a, p. 44.

⁷⁸ Maar zie hoofdstuk 3, par. 9 e.v. waar in wordt gegaan op het rechtskarakter van het arbitrale schikkingsvonnis en wat dit voor consequenties heeft voor de toetsingsmogelijkheden van dit type vonnissen.

⁷⁹ Dit komt overeen met de situatie in minitrage. Zie voor een korte uitleg van deze procedure, hoofdstuk 2, par. 5.2.4.

⁸⁰ De tekst van de MvT II noemt het schenden van het beginsel van 'audiatur et altera pars' als een situatie waarin prima facie strijd met de openbare orde aanwezig is (MvT II, TvA 1984/4a, p. 44). Misschien dat er bij de beantwoording van deze vraag nog rekening moet worden gehouden met het verschil tussen de situatie dat de mediator arbiter wordt (zoals in minitrage) en de situatie dat een arbiter tijdens de arbitrage als bemiddelaar optreedt. Sanders is van mening dat ingeval de mediator arbiter wordt er geen bezwaar is tegen vastlegging in een arbitraal schikkingsvonnis (Sanders 1998, p. 116-117). Snijders lijkt deze mening te delen (Snijders 2003, p. 38 en 304). Bij med-arb. (een mediator die bij het niet slagen van de mediation arbiter wordt en een condemnatoir vonnis wijst) is mijns inziens zeker sprake van schending van het beginsel van hoor en wederhoor, omdat dan sprake is van een normale procedure op tegenspraak waarin arbiters uitspraak doen en waarin elementaire regels van procesrecht onverkort in acht dienen te worden genomen. Aldus ook Snijders 2003, p. 38.

⁸¹ Ook Van Delden 1992, p. 118.

⁸² Snijders 1999, p. 166.

3.2.5. De vordering tot nakoming

Indien er geen executoriale titel is verbonden aan de vaststellingsovereenkomst en een van de partijen komt niet na dan zal haar wederpartij een vordering tot nakoming dienen in te stellen, mits zij daar natuurlijk toe bereid is. Indien krachtens materieel recht een privaatrechtelijke aanspraak bestaat waaraan een vorderingsrecht is verbonden, is de vordering tot bescherming van die aanspraak daarmee gegeven (art. 3:296 lid 1 BW).⁸³ Uit art. 3:296 BW vloeit voort dat naar Nederlands recht nakoming voorop staat en dat schadevergoeding of, in geval van wanprestatie, ontbinding uitzondering is.⁸⁴ De bevoegdheid tot het vorderen van nakoming bestaat al voordat de schuldenaar in verzuim is geraakt.⁸⁵

De reikwijdte van art. 3:296 BW is groot. Art. 3:326 BW bepaalt dat titel 3.11 ook toepassing heeft buiten het vermogensrecht voor zover de aard van de rechtsverhouding zich daar niet tegen verzet.⁸⁶ Dit betekent naar mijn mening dat afspraken in het familierecht zoals vastgelegd in een mediated vaststellingsovereenkomst zich veelal zullen lenen voor bescherming op grond van art. 3:296 BW. Zo zal de aard van de rechtsverhouding zich bij partner- en kinderalimentatie, de verdeling van de boedel, toewijzing van de voormalige echtelijke woning, en pensioenverevening niet verzetten tegen het instellen van een vordering tot nakoming.⁸⁷ Het betreft hier immers allemaal familievermogensrecht. Gezagsvoorzieningen en omgangsregelingen maken geen deel uit van het familievermogensrecht, maar ook hier is art. 3:296 BW van toepassing.⁸⁸ Uit art. 3:296 BW vloeit voort dat de actie tot nakoming ook contractueel kan worden uitgesloten.⁸⁹

⁸³ Stein/Rueb 2005, p. 240.

⁸⁴ Jongbloed (GRS), Titel 11 rechtsvorderingen, art. 3:296 BW, aantekening 2. Maar zie het oordeel van de Hoge Raad in HR 5 januari 2001, *NJ* 2001/ 79 (Multi Vastgoed/Nethou). De Hoge Raad oordeelde: 'In beginsel heeft de crediteur dan de keuze tussen nakoming (bij een tekortkoming in de nakoming; MS), voor zover deze nog mogelijk is (...) en schadevergoeding in enigerlei vorm (...). De crediteur is evenwel niet geheel vrij in deze keuze, maar daarbij gebonden aan de eisen van redelijkheid en billijkheid, waarbij mede de gerechtvaardigde belangen van de wederpartij een rol spelen'. De redelijkheid en billijkheidsexceptie uit art. 6:2 en 6:248 BW kan dus bewerkstelligen dat nakoming o.g.v. de belangenafweging niet gerechtvaardigd is. Dit volgt uit de tenzij-formule van art. 3:296 BW (Stolp, 2001, p. 382). Zie ook Veldman 2001, p. 736. In het Amerikaanse recht staat schadevergoeding voorop, zie par. 2 en 3.5.1 van hoofdstuk 4.

⁸⁵ In tegenstelling tot een vordering tot het betalen van schadevergoeding wegens wanprestatie. Dan dient eerst een ingebrekestelling plaats te vinden (Jongbloed (GRS), Titel 11 rechtsvorderingen, art. 3:296 BW, aantekening 3).

⁸⁶ Jongbloed (GRS), Titel 11 rechtsvorderingen, art. 3:296 BW, aantekening 3.

⁸⁷ Dit is ander bij bijv. het verzoeken van nakoming van de ideële verplichting tot huwelijkstrouw o.g.v. art. 1:81 lid 1 BW (Jongbloed (GRS), Titel 11 rechtsvorderingen, art. 3:296 BW, aantekening 3; Van Nispen 2003, p. 22-23).

⁸⁸ Van omgangsregeling kan nakoming worden verzocht en nakoming kan eventueel worden afgedwongen door middel van een dwangsom. Zie hiervoor HR in kort geding 26 juni 1981, *NJ* 1983/612, Benelux-Gerechtshof, 11 mei 1982, *NJ* 1983/613 en HR in kort geding 1 oktober 1981, *NJ* 1983/614 m.nt. WHH. Ook de afgifte van een kind aan de moeder-voogdes kan worden afgedwongen (in aanvulling op art. 812 Rv), zonodig met behulp van een dwangsom. Zie hiervoor HR in kort geding 22 mei 1981, *NJ* 1983/609, Benelux-Gerechtshof 11 mei 1982, *NJ* 1983/610 en HR in kort geding 1 oktober 1982, *NJ* 1983/611. De rechter zal hier echter terughoudend mee omgaan (hoofdstuk 3, par. 7.2). Ook het toepassen van lijfswang behoort tot de mogelijkheden (hoofdstuk 3, par. 7.2). Bovendien zijn er recentelijk twee uitspraken geweest waarin ter effectuering van zorg- of omgangsregelingen (voorlopig) eenhoofdig gezag werd toegewezen aan de ouder waar het kind niet zijn hoofdverblijfplaats heeft (Hof Amsterdam 27 januari 2005, LJN: AS6020 en Hof 's-Gravenhage 31 augustus 2005, LJN: AU2003).

⁸⁹ Zie hierover en de beperkingen hierop Van Nispen 2003, p. 21-22 en Jongbloed (GRS), Titel 11 Rechtsvorderingen, art. 3:296 BW, aantekening 7.

Het burgerlijk procesrecht biedt voor het effectueren van een vordering tot nakoming twee mogelijkheden. De eerste mogelijkheid is een procedure in kort geding, mits aan de vereisten daartoe wordt voldaan. De tweede mogelijkheid is het instellen van een bodemprocedure. Beide procedures worden hieronder besproken.

3.2.5.1. Het kort geding

Op grond van art. 254 Rv lid 1 is de voorzieningenrechter bevoegd om in alle spoedeisende zaken, gelet op de belangen van partijen, een onmiddellijke voorziening bij voorraad te geven.⁹⁰ Er kan ook nakoming worden gevorderd van verplichtingen uit het familierecht, zoals omgangsregelingen. Uit dit artikel vallen twee vereisten te destilleren; het moet gaan om een spoedeisende zaak en het belang van partijen moet een onmiddellijke voorziening bij voorraad rechtvaardigen. De spoedeisendheid wordt bepaald in relatie tot de bodemprocedure. Indien een beslissing in deze laatste niet kan worden afgewacht is sprake van een spoedeisende situatie.⁹¹ Als aan het vereiste van spoedeisendheid is voldaan, dient beoordeeld te worden of het belang van partijen een onmiddellijke voorziening rechtvaardigt. Hiertoe wordt het belang van eiser afgewogen tegen het belang van gedaagde. Als sprake is van spoedeisendheid en er is voldaan aan het vereiste van art. 3:303 BW, zal het belang van eiser bij het verkrijgen van een voorlopige voorziening in de regel vaststaan.⁹² De president in kort geding dient zich bij het geven van de voorlopige voorziening te richten naar de kansen op succes in de hoofdprocedure. Naast een belangenafweging op grond van doelmatigheidscriteria dient de president dus ook de rechtsverhouding van partijen in zijn afweging te betrekken.⁹³

Het kort geding is een informele, snelle procedure waarvan het karakter sterk verschilt van de bodemprocedure. Het voornaamste verschil is dat het vonnis in kort geding een voorlopige maatregel is.⁹⁴ Art. 257 Rv bepaalt dat de beslissingen bij voorraad geen nadeel toe mogen brengen aan de zaak ten principale. Uitspraken in kort geding missen dan ook gezag van gewijsde in de zin van art. 236 lid 1 Rv.⁹⁵ Zij zijn tijdelijk van aard totdat de rechter in de

⁹⁰ Hiermee wordt bedoeld een enkelvoudige kamer van de rechtbank. In een kort geding draagt de voorzieningenrechter ter terechtzitting de aanspreektitel van president (art. 50 lid 1 t/m 3 RO).

⁹¹ Blaauw ziet spoedeisendheid als een relatief begrip 'afhankelijk van de vraag hoe lang in een concreet geval de bodemprocedure of hoofdzaak kan duren, hetgeen naar plaats, tijd en omstandigheden verschillend kan zijn' (Schenk/Blaauw 2002, p. 6). Hier vloeit uit voort dat de rechter in deze een discretionaire bevoegdheid toekomt. Aldus ook Kramer 2001, p. 16.

⁹² Kramer 2001, p. 18; Schenk/Blaauw 2002, p. 13.

⁹³ HR 21 april 1995, NJ 1996/462 m.nt. DWFV; Kramer 2001, p. 20; Stein/Rueb 2005, p. 230; Schenk/Blaauw 2002, p. 12-16 en p. 22. Anders: Hugenholtz/Heemskerk 2006, p. 144.

⁹⁴ Hugenholtz/Heemskerk 2006, p. 142. Het verschil tussen een summary judgment en een kort geding is aanzienlijk. Een summary judgment geeft een uiteindelijke uitspraak in de zaak, terwijl een kort geding vonnis een voorlopig karakter heeft. Aldus ook Kramer 2001, p. 81 (ook de Engelse summary proceeding waar Kramer over spreekt heeft een definitief karakter). Zie voor summary judgment, hoofdstuk 4, par. 3.7.1.

⁹⁵ HR 16 december 1994, NJ 1995/213; Stein/Rueb 2005, p.231; Schenk/Blaauw 2002, p. 166; Hugenholtz/Heemskerk 2006, p. 147.

hoofdzaak een blijvende uitspraak doet.⁹⁶ Tegen een kortgeding vonnis kunnen dezelfde rechtsmiddelen worden ingesteld als tegen een vonnis gewezen in een bodemprocedure.⁹⁷

Indien een partij een overeenkomst niet nakomt kan de rechter in kort geding een bevel tot nakoming van de verbintenis geven, mits met hoge mate van waarschijnlijkheid te verwachten is dat desgevorderd de gewone rechter in een bodemprocedure tot dat oordeel zal kunnen komen.⁹⁸ Dit kan het geval zijn indien gedaagde een kennelijk geheel ongegrond verweer voert.⁹⁹ Bij dit alles moet in het oog gehouden worden dat een bevel tot nakoming van een overeenkomst in kort geding alleen dan gegeven kan worden als sprake is van spoedeisendheid en indien het belang van eiser bij een uitspraak in kort geding groter is dan het belang van gedaagde om een beslissing in de bodemprocedure af te wachten.¹⁰⁰ Bij deze belangenafweging speelt mee of gedaagde onherstelbaar nadeel zal ondervinden van de veroordeling tot nakoming mocht de bodemrechter later tot een ander oordeel komen.¹⁰¹ Indien vooraf voor de president duidelijk is dat gedaagde ook bij een veroordeling niet na zal komen, kan daarvoor in de plaats een veroordeling tot schadevergoeding uitgesproken worden.¹⁰²

⁹⁶ Maar in 95% van de gevallen nemen partijen genoegen met de uitspraak in kort geding en stappen ze niet meer naar de bodemrechter (Kramer 2001, p. 22).

⁹⁷ Kramer 2001, p. 32; Hugenholtz/Heemskerk 2006, p. 151-152. De regels van de relatieve competentie geldend voor procedures voor de rechtbanken (art. 99-109 Rv) zijn van overeenkomstige toepassing op het kort geding, met dien verstande dat tevens bevoegd is de voorzieningenrechter in het arrondissement waar de onmiddellijke voorziening wordt geëist. Indien de consequentie van deze regels is dat meerdere voorzieningenrechtters bevoegd zijn, heeft eiser de keuze (HR 23 november 1917, *NJ* 1918/6 (Oudenhoven/Brass)). De buitengrenzen van de bevoegdheid van de Nederlandse rechter zijn vastgelegd in art. 112 van de Grondwet. Dit artikel bepaalt dat de (burgerlijke) rechter bevoegd is kennis te nemen van geschillen over burgerlijke rechten en over schuldvorderingen. Deze afbakening geldt ook voor de voorzieningenrechter (Hugenholtz/Heemskerk 2006, p. 143; Kramer 2001, p. 25; Schenk/Blaauw 2002, p. 33 e.v.). Slechts het spoedeisende karakter van de voorlopige voorziening geeft het verschil tussen de zaken die kunnen worden aangebracht voor de gewone rechter en de voorzieningenrechter (Kramer 2001, p. 25). De bevoegdheid van de kortgedingrechter is niet beperkt tot de zaken waarvan de rechtbank kennis neemt, maar strekt zich in beginsel ook uit tot gevallen waarin ten principale een andere rechter bevoegd is (Schenk/Blaauw 2002, p. 50-51; Hugenholtz/Heemskerk 2006, p. 143; Kramer 2001, p. 25-26). Art. 254 lid 4 Rv bepaalt dat indien o.g.v. art. 93 Rv de kantonrechter absoluut bevoegd is om van een geschil kennis te nemen deze ook bevoegd is tot het geven van een voorlopige voorziening náast de voorzieningenrechter van de rechtbank. Dezelfde regels die van toepassing zijn op het kort geding bij voorzieningenrechter van de rechtbank gelden ook voor het kort geding bij de kantonrechter (Schenk/Blaauw 2002, p. 58; Stein/Rueb 2005, p. 227; Hugenholtz/Heemskerk 2006, p. 143; Tonkens-Gerkema, art. 254 Rv, aantekening 14 a) en c)).

⁹⁸ Pres. Rb. Utrecht 23 augustus 1990, KG 1990/291 (waarin tot nakoming van een overeenkomst werd veroordeeld), aangehaald in Schenk/Blaauw 2000, p. 148. Een vordering tot nakoming van een geldsom is ook mogelijk. Het gaat hier dan om het zogenaamde incasso kort geding, maar het opleggen van een dwangsom is dan niet mogelijk vanwege de mogelijkheid van reële executie. Gezien het restitutierisico (de onmogelijkheid van terugbetaling bij anders luidend oordeel in het bodemgeschil) worden serieus betwiste geldvorderingen afgewezen (Schenk/Blaauw 2000, p. 163-166).

⁹⁹ Pres. Rb. Den Haag 21 mei 1981, KG 1981/83 (Afwijzing van vordering tot nakoming van koopovereenkomst, nu de verweren van gedaagde niet op het eerste gezicht ongegrond voorkwamen), aangehaald in Schenk/Blaauw 2000, p. 148.

¹⁰⁰ Pres. Rb. Amsterdam 26 september 1985, KG 1985/313.

¹⁰¹ Dit is bijv. het geval indien schadevergoeding, uitgesproken in de hoofdzaak, gedaagde niet adequaat compenseert voor de in kort geding bevolen nakoming al dan niet geëffectueerd door middel van reële executie (Schenk/Blaauw 2000, p. 148 en p. 154-155).

¹⁰² Pres. Rb. Den Haag 5 november 1992, KG 1992/408. De aard van de prestatie verzette zich in deze zaak tegen het opleggen van een dwangsom. Zie voor een bespreking Schenk/Blaauw 2000, p. 156.

Ook voor nakoming van vaststellingsovereenkomsten geldt, niet verwonderlijk, dat nakoming in kort geding alleen kan worden gevraagd als het spoedeisende belang van eiser voldoende is gebleken. Tevens geldt dat het voldoende aannemelijk moet zijn dat de bodemrechter nakoming van de vaststellingsovereenkomst zal toewijzen.¹⁰³

3.2.5.2. De bodemprocedure

Vorderingen tot nakoming worden aanhangig gemaakt door middel van een dagvaarding, tenzij uit de wet voortvloeit dat nakoming door middel van een verzoekschrift moet worden gevraagd.¹⁰⁴ Praktisch alle procedures in zaken betreffende het personen- en familierecht dienen sinds 1 april 1995 met een verzoekschrift te worden ingeleid.¹⁰⁵

Dus indien afspraken uit een mediated vaststellingsovereenkomst niet worden nagekomen, kan nakoming worden gevorderd in een dagvaardingsprocedure. Maar als het regelingen betreft die zijn gebaseerd op Boek 1 BW, wat zich zal kunnen voordoen bij vaststellingsovereenkomsten in familiezaken (meestal in de vorm van een echtscheidingsconvenant), dient nakoming te worden gevraagd in een verzoekschriftprocedure, tenzij het een vaststellingsovereenkomst betreft die totstandgekomen is in een aangehouden dagvaardingsprocedure.¹⁰⁶ Om na een tot nakoming veroordelend(e) vonnis of beschikking de nakoming ook daadwerkelijk te doen bewerkstelligen kan een dwangsom, en in uitzonderlijke gevallen ook lijfswang, worden opgelegd.¹⁰⁷ Dit geldt ook voor familierechtelijke verplichtingen.¹⁰⁸

4. AANTASTING

De vraag naar aantastbaarheid van mediated vaststellingsovereenkomsten is ook de vraag naar het rechterlijke toezicht. De rechterlijke toetsing kan zich in een aantal situaties voordoen. De eerste situatie is dat een partij een vordering tot nakoming instelt zonder dat gedaagde verweer voert.¹⁰⁹ De tweede situatie doet zich voor indien een partij zich in een zelfstandige actie beroept op de nietigheid of vernietigbaarheid van de overeenkomst en de wederpartij voert geen

¹⁰³ Pres. Rb. Zwolle 16 december 1999, KG 2000/37.

¹⁰⁴ Art. 3:296 BW jo 78 Rv jo 261 Rv. Zie voor rechtspraak HR 19 november 1993, *NJ* 1994/241 m.nt. WH-S en HR 2 mei 2003, *NJ* 2003/467. Nakoming van een overeenkomst ter zake van levensonderhoud dient in verzoekschriftprocedure te worden behandeld o.g.v. art. 1:392 lid 1 BW.

¹⁰⁵ Conclusie A-G bij HR 2 mei 2003, *NJ* 2003/467. Zie voor oude rechtspraak ook HR 28 februari 1992, *NJ* 1992/356. De aard van het geschil was in deze zaak nakoming van een alimentatieregeling, maar de inhoud van het verzoek betrof vaststelling van alimentatie. De inhoud van het verzoek was bepalend voor de ontvankelijkheid van het verzoek en dus niet de aard van het geschil. Art. 828a Rv dat in dit arrest centraal stond, is inmiddels vervallen. Zie ook Rb. Den Haag 11 januari 1983, *NJ* 1984/593 m.nt. WHH.

¹⁰⁶ Sinds de invoering van art. 69 Rv leidt het starten van de verkeerde procedure niet meer tot niet-ontvankelijkheid. Als onder het huidige recht de procedure wordt ingeleid met het verkeerde stuk, bestaat de mogelijkheid om het stuk aan te vullen en te verbeteren op kosten van de aanlegger. Op deze manier wordt de procedure op het juiste spoor gezet. De wisselbepaling van art. 69 Rv geldt ook voor hoger beroep en cassatie (Beijer, art. 69 Rv, aantekening 1; Stein/Rueb 2005, p. 244-245).

¹⁰⁷ Zie uitgebreid over de dwangsom en de lijfswang, hoofdstuk 3, par. 7.2. Maar zie Rb. Arnhem 13 november 2002, LJN: AQ2634 waar de rechter huiverig was dwangsommen op te leggen om de nakoming van de mediationafspraken te effectueren.

¹⁰⁸ Zie voetnoot 88 van dit hoofdstuk en voetnoot 264 van hoofdstuk 3.

¹⁰⁹ Het gaat hier om de situatie waarin de schikking niet is opgenomen in een arbitraal schikkingsvonnis, proces-verbaal of notariële akte.

verdediging. De derde situatie doet zich voor als een partij zich beroept op aantastbaarheid en de wederpartij zich op het standpunt stelt dat nagekomen moet worden. En in de vierde situatie wordt in een reactie op een vordering tot nakoming wel verweer gevoerd. De eerste twee situaties betreffen een versteksituatie en zijn wat betreft de rechterlijke toetsing vergelijkbaar. In de laatste twee situaties wordt verweer gevoerd en heeft de rechter de plicht in te gaan op de weren.

Als het een versteksituatie betreft, zal na verstekverlening de vordering van eiser worden toegewezen, tenzij deze de rechter onrechtmatig of ongegrond voorkomt (art. 139 Rv). De wet bedoelt hiermee dat de rechter de vordering dient af te wijzen als deze rechtens niet toegewezen kan worden of als de feiten zo onaannemelijk zijn dat zij de vordering niet kunnen dragen. Er vindt dus een summiere beoordeling van de eis plaats. Toewijzing is uitgangspunt, afwijzing de uitzondering. De rechter is verplicht om ambtshalve het recht van openbare orde en het dwingend recht toe te passen¹¹⁰ en zo nodig de rechtsgronden aan te vullen (art 25 Rv).¹¹¹ Hieruit volgt dat de rechter ook verplicht is om, wanneer de gestelde feiten daartoe aanleiding geven, ambtshalve aan de redelijkheid en billijkheid te toetsen.¹¹² Maar er zijn ook rechtsregels waaraan de rechter in verstekzaken in beginsel niet ambtshalve mag toetsen. Het gaat dan om regels van regelend recht en die regels van dwingend recht waarop door een belanghebbende partij een beroep moet worden gedaan.¹¹³ Het is bijvoorbeeld mogelijk dat uit de strekking van het voorschrift voortvloeit dat de beschermde partij zelf de keuze heeft zich al dan niet op de nietigheid te beroepen. Als zij afziet van een beroep op nietigheid, wat zich voordoet in de versteksituatie, en zich daarmee dus op het standpunt stelt dat de rechtshandeling geldig is, mag de rechter de nietigheid niet ambtshalve toetsen. Uit jurisprudentie wordt duidelijk om welke voorschriften het hier gaat.¹¹⁴ In de praktijk komt het er op neer dat er bij toetsing in versteksituaties hoogstens een prima facie toetsing aan de openbare orde en de goede zeden plaatsvindt.¹¹⁵

De verzoekschriftprocedure kent geen verstekverlening.¹¹⁶ De wetgever heeft de gevolgen van niet-verschijning van een partij dus niet geregeld. Ynzonides meent dat als de belanghebbende geen verweer voert, de rechter in verzoekschriftprocedures die zien op rechtsbetrekkingen die niet ter vrije beschikking van partijen staan, inhoudelijk moet beoordelen of het verzoek voor toewijzing in aanmerking komt.¹¹⁷ Als de rechtsbetrekking wel ter vrije beschikking van partijen staat, kan het ontbreken van een verweer wel tot min of meer automatische toewijzing van het verzoek leiden, maar de rechter heeft de vrijheid om ondanks

¹¹⁰ Ynzonides 1996, p. 51; Asser/Hartkamp 2005, nr. 244.

¹¹¹ Von Schmidt auf Altenstadt (GRS), art. 139 Rv, aantekening 9.

¹¹² Aangezien de eisen van redelijkheid en billijkheid verwijzen naar ongeschreven objectief recht (Asser/Hartkamp 2005, nr. 302a; Rijken 1994, p. 47). Zie ook HR 6 oktober 2006, NJ 2006/546.

¹¹³ Art. 3:40 lid 2 BW bepaalt dat indien de dwingende wetbepaling uitsluitend strekt ter bescherming van één partij bij de overeenkomst, deze in beginsel slechts vernietigbaar is. Zie Ynzonides 1996, p. 51; Ynzonides & Koedoot, art. 139 Rv, aantekening 1d; Asser/Hartkamp 2005, nr. 249.

¹¹⁴ Asser/Hartkamp 2005, nr. 461.

¹¹⁵ Interview Pel op 3 maart 2005.

¹¹⁶ Ynzonides 1996, p. 50 en 228 e.v. (Hij bespreekt de situatie onder oud recht maar deze bespreking is op dit punt nog steeds relevant).

¹¹⁷ Ynzonides 1996, p. 232-233.

het ontbreken van een verweer een nader onderzoek in te stellen.¹¹⁸ Ook voor de verzoekschriftprocedure geldt art. 25 Rv; de rechter moet ambtshalve toetsen aan de openbare orde en het dwingend recht waarin niet door belanghebbende een beroep hoeft te worden gedaan.¹¹⁹

4.1. De rechtspraak

Het is interessant om te zien hoe de rechter omgaat met toetsing van mediated vaststellingsovereenkomsten. Helaas is er over dit specifieke onderwerp maar één Nederlandse uitspraak voorhanden. Deze wordt uiteraard uitvoerig beschreven.

Deze zaak betrof een echtpaar B en K, dat in 1959 was gehuwd op huwelijkse voorwaarden, inhoudende een gemeenschap van winst en verlies alsmede een gemeenschap van inboedel.¹²⁰ In 1998 is tussen partijen de echtscheiding uitgesproken die is ingeschreven in de registers van de burgerlijke stand. In 1999 is bewind ingesteld over de goederen van K met R (haar schoonzoon) als bewindvoerder. Nadat partijen en hun advocaten jarenlang tevergeefs hadden getracht om tot financiële afwikkeling van de boedel te komen, hebben K en R in maart 2000 gevorderd dat B meewerkt aan de afwikkeling, waarop B in reconventie een vordering van dezelfde strekking heeft ingesteld. Bij comparitie van partijen hebben B en R hun bereidheid uitgesproken om met behulp van een mediator uit hun impasse te komen. De procedure werd in de tussentijd aangehouden.

Op 24 oktober 2000 hebben partijen en hun beider advocaten met de mediator een schriftelijke mediationovereenkomst gesloten, waarin onder andere werd bepaald dat een ingevolge de mediation in der minne bereikte oplossing van het geschil tussen partijen zou worden vastgelegd in een daartoe strekkende, schriftelijke vaststellingsovereenkomst.¹²¹ Ook was in de mediationovereenkomst de bepaling opgenomen dat tussen partijen gemaakte afspraken hen alleen zouden binden voor zover deze schriftelijk door hen waren overeengekomen.¹²²

De mediation bestond uit twee sessies. De eerste bespreking vond plaats op 24 oktober en de tweede op 7 november 2000. Bij de besprekingen waren aanwezig B, R, de beide advocaten en de mediator. Na vijf uur is de tweede bijeenkomst afgesloten door ondertekening van een stuk. Bij brief van 14 november heeft de mediator aan de advocaten van partijen een stuk gezonden dat was getiteld 'echtscheidingsconvenant'. Partijen hebben dit stuk niet ondertekend.

¹¹⁸ Ynzonides 1996, p. 233-234. De bepaling uit 139 Rv dat de rechter de vordering dient toe te wijzen tenzij deze hem onrechtmatig of ongegrond voorkomt, ontbreekt immers. Art. 24 Rv (de grondslag voor de belissing) geldt wel voor de verzoekschriftprocedure.

¹¹⁹ Ynzonides 1996, p. 234.

¹²⁰ Rb. Utrecht, 23 januari 2002, *NJ* 2002/310.

¹²¹ Het gaat hier om art. 8.1 van de in het kader van het project 'mediation rechterlijke macht', gehanteerde standaard mediationovereenkomst.

¹²² Art. 8.2 luidt: 'Een tijdens de loop van de mediation schriftelijk vastgelegde en door partijen ondertekende overeenkomst, niet zijnde de in 8.1 genoemde vaststellingsovereenkomst, bindt partijen alleen als dit uitdrukkelijk door hen (schriftelijk) is overeengekomen. In alle andere gevallen geldt dat partijen niet gebonden worden door (deel) overeenkomsten die gesloten worden voordat het gehele geschil is opgelost'. Zie ook Rb. Utrecht 24 september 2003, LJN: AQ2600, waarin ook gebondenheid aan tussentijdse afspraken centraal stond. Het betrof hier een mislukte mediation. Zie voor een bespreking Pel 2004b, p. 20 e.v.

R vordert nakoming van de overeenkomst die naar hij meent op 7 november 2000 tot stand is gekomen. B betwist de totstandkoming van de overeenkomst. Zijn advocaat zond op 8 december 2000 een brief aan de mediator waarin hij stelt dat hij het uithoudings- en verwerkingsvermogen van zijn cliënt had overschat tijdens de sessie van 7 november en daarom geen kort beraad had gevoerd met zijn cliënt. Gezien B's betwisting dat de overeenkomst tot stand is gekomen, diende de rechtbank na te gaan of partijen op 7 november 2000 een voldoende concrete overeenkomst waren aangegaan, zodat nakoming kon worden gevorderd. B stelt zich op het standpunt dat het getekende document van 7 november geen vaststellingsovereenkomst is zoals bedoeld in de mediationovereenkomst. Hij beschouwde het toen getekende stuk als niet meer dan een werkdocument waaraan hij verder niet gebonden was.

Maar de rechtbank volgde deze redenering niet. Partijen hadden na ondertekening van het stuk afgesproken (er waren geen voorbehouden gemaakt), en B weersprak dit niet, dat de mediator de inhoud hiervan op zou nemen in een schriftelijke overeenkomst. Reden voor het opstellen en ondertekenen van de art. 8.1 vaststellingsovereenkomst op een later tijdstip, in afwijking van de gebruikelijke gang van zaken, was het gebrek aan tijd bij betrokkenen om dat meteen op de zevende november te doen. De inhoud van het door de mediator opgestelde document kwam overeen met het eerder door partijen ondertekende stuk. Om deze reden oordeelt de rechtbank dan ook dat er op 7 november een voldoende concrete overeenkomst tot stand is gekomen.

B geeft vervolgens als verweer dat hij zich op 7 november overrompeld, overhaast en onder druk gezet voelde waardoor hij zijn inzicht in de materie kwijt was geraakt.¹²³ Ook voor dit argument is de rechtbank niet gevoelig. Als B zich ongelukkig voelde over de gang van zaken op 7 november had hij dat toen aan moeten geven.

B doet ook een beroep op dwaling maar dit ketst af op het feit dat B niet heeft aangegeven dat hij voor meer dan een vierde benadeeld is. Dit is noodzakelijk voor een beroep op art. 3:196 BW (het betreft hier immers een verdeling van een ontbonden gemeenschap).¹²⁴ Ook het beroep van B op misbruik van omstandigheden is ongegrond omdat niet is gebleken dat het voor R kenbaar was dat B onder zeer grote druk de overeenkomst aan was gegaan.

De voorgaande drie punten worden niet anders door de algemene stellingen van B dat hij een wat oudere, slechthorende van een knieblesure herstellende man is met een jappenkampverleden. Ook kan niet gezegd worden dat R B in strijd met de redelijkheid en billijkheid zoals die tussen deelgenoten geldt (art. 3:166 lid 3 jo art. 6:2 BW), onder de bovengenoemde omstandigheden aan nakoming van het stuk van 7 november houdt. Immers, de rechtbank oordeelde die omstandigheden niet valide.

Als laatste grond voert B aan dat R de in het kader van de mediation overeengekomen geheimhoudingsplicht schendt. Ook deze vlieger gaat niet op. B vordert nakoming van het op 7

¹²³ Zie ook Sector kanton, Rb. Dordrecht 3 juli 2006, LJN: AY1073. Tijdens een aanhangige procedure besloten partijen door mediation hun geschil op te lossen. Het kwam tot een vaststellingsovereenkomst, maar de advocaat van eiser voerde later aan dat zijn cliënt de vaststellingsovereenkomst onder druk had gesloten. Van wie de druk afkomstig was en waaruit de druk bestond, wordt niet duidelijk uit de uitspraak. Verder wordt in de uitspraak ook niet op deze problematiek ingegaan.

¹²⁴ Art. 6:228 BW geldt niet, want 3:196 BW is een *lex specialis*. Zie uitvoerig hoofdstuk 3, par. 5.5.1.3.

november getekende stuk. Dit stuk wordt door de rechtbank gezien als een deelafpraak in de zin van art. 8.2 van de mediationovereenkomst.¹²⁵

Uiteindelijk veroordeelt de rechtbank B om vier weken na betekening van het vonnis mee te werken aan de uitvoering van de op 7 november 2000 tussen partijen totstandgekomen overeenkomst onder verbeurte door B van een dwangsom van €113,45 per dag dat B in gebreke blijft.

Deze zaak heeft een vervolg gekregen in hoger beroep.¹²⁶ Het hof volgt op alle fronten het oordeel van de rechtbank en voegt er aan toe dat het beroep op misbruik van omstandigheden mede afketst op het feit dat B werd bijgestaan door een advocaat in de mediation en dat hij meerdere malen tijdens het proces vertrouwelijk overleg heeft gevoerd met zijn advocaat, zonder dat dit heeft geresulteerd in het tijdens de mediation aangeven dat hij zich onder druk gezet voelde.

Er zijn een aantal opmerkingen te maken over deze uitspraak. Als eerste is opvallend dat het hof uitdrukkelijk stelt dat het voor de kans van slagen van de verweren van belang is geweest dat de man werd bijgestaan door een advocaat en dat uit de feiten blijkt dat er ook daadwerkelijk overleg is geweest tussen cliënt en advocaat in de mediationprocedure.

Bovendien is opvallend dat de rechtbank oordeelt dat aangezien een beroep op dwaling en misbruik van omstandigheden niet slaagt, ook geen plaats is voor een beroep op de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid. Dit zou erop wijzen dat de rechtbank er van uit gaat dat als de omstandigheden bij de totstandkoming niet voldoende zijn voor een geslaagd beroep op een wilsgebrek, ook geen plaats meer is voor toetsing aan de redelijkheid en billijkheid.¹²⁷ Dit is mijns inziens niet terecht, zoals uitvoerig uiteengezet in par. 5.3.2.2 van hoofdstuk 3.

4.2. De tuchtrechtspraak

Voor een beschrijving van de tuchtrechtspraak voor mediators verwijs ik naar par. 5.2.5.4 van hoofdstuk 2. In dit onderzoek zijn al eerder uitspraken van de tuchtcommissie zijdelings aan de orde geweest. Maar de voor dit onderzoek meest relevante uitspraken zullen in deze paragraaf (uitvoeriger) besproken worden.

In de eerste hier te bespreken tuchtzaak werd naast vermeende schending van de geheimhoudingsplicht van de mediator, waarover later meer, geklaagd over de onaanvaardbare druk die de mediator op de klager had gelegd tijdens de mediation.¹²⁸ Klager had in één week gedurende drie sessie die allemaal zo'n 4,5 à 5 uur duurden, alleen tegenover vijf

¹²⁵ Het is mij onduidelijk op grond waarvan de rechtbank tot de conclusie komt dat die deelafpraak niet beschermd wordt door de geheimhoudingsplicht. In het hoger beroep van deze zaak komt dit verder ook niet meer aan de orde.

¹²⁶ Hof Amsterdam, 18 december 2003, NJF 2004/164. Zie ook Pel 2004a, p. 61 en Jongbloed 2005, p. 49 e.v.

¹²⁷ Deze kwestie komt in hoger beroep niet meer aan de orde. De rechtbank Arnhem oordeelde in november 2003 dat zich in een mediationprocedure omstandigheden kunnen voordoen die reden kunnen zijn voor het honoreren van een beroep op de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid: 'Ook tijdens de mediationprocedure kunnen zich deze omstandigheden voordoen en partijen kunnen zich naar het oordeel van de rechtbank vervolgens tot de voorlopige voorzieningen rechter wenden om dit te laten toetsen' (Rb. Arnhem 18 november 2003, LJN: AQ2547). Zie ook Pel 2004b, p. 23 e.v.

¹²⁸ Wackie Eysten 2005a, p. 26; Wackie Eysten 2005e, p. 23.

vertegenwoordigers gestaan van de organisatie waarmee hij in conflict was.¹²⁹ Hij zou in die sessies beledigd en beschuldigd zijn zonder dat de mediator ingreep. De tuchtcommissie erkent dat was komen vast te staan 'dat het er zeer emotioneel aan toe is gegaan' en dat het om een zware mediation ging waarin voor klager veel op het spel stond. Van een evenwichtige behandeling van het geschil zoals art. 4.3 van de NMI-gedragsregels eist, was geen sprake geweest. Ondanks deze constatering ziet de commissie geen aanleiding om een maatregel op te leggen. Bij deze conclusie wordt overigens geen enkele toelichting gegeven. Het gedrag van de mediator heeft dus geen enkele consequentie in de zaak. In dit geval betrof het een mislukte mediation en er was dus geen vaststellingsovereenkomst totstandgekomen. Misschien heeft dit meegespeeld bij het oordeel van de tuchtcommissie. Want was er wel overeenstemming bereikt, dan was nog maar de vraag geweest of die overeenkomst op basis van het overeenkomstenrecht aantastbaar was geweest.¹³⁰ Het optreden van de mediator had dan vergaande consequenties gehad voor klager.

Maar in appel neemt het CvB afstand van de uitspraak van de tuchtcommissie en oordeelt dat de mediator een grote mate van vrijheid heeft om de mediationbijeekomen in te richten op een wijze die hem goeddunkt.¹³¹ Deze vrijheid is niet onbegrensd en hij moet tegenover partijen de nodige zorgvuldigheid betrachten, maar het CvB zag in bovengenoemde omstandigheden geen aanleiding om aan te nemen dat dit niet gebeurd was. In de beroepsprocedure voerde klager overigens ook nog aan dat hij tijdens de sessies wilde pauzeren, maar dat hij tijdens de stemming daarover aan het kortste eind trok omdat het vijf tegen één was. Van belang voor het oordeel van het CvB lijkt te zijn geweest dat de klager zich gedurende de looptijd van de mediation nooit had beklagd over onevenwichtigheden in de procedure of partijdigheid van de mediator. Zoals wij in de vorige paragraaf hebben gezien, was dit gegeven ook voor de overheidsrechter van belang. Bovendien had klager na een pauze van enkele maanden weer aan mediationsessies deelgenomen die in dezelfde setting plaatshadden. Volgens het oordeel van het CvB had de mediator niet onzorgvuldig gehandeld door niet een meer evenwichtige behandeling na te streven. Dit is op zich een zuiverder redenering dan de argumentatie van de tuchtcommissie (wat er verder overigens ook gedacht kan worden van het oordeel dat de mediator niet onzorgvuldig had gehandeld in deze zaak). De tuchtcommissie ging immers uit van schending van de gedragsregels maar verbond daaraan geen sanctie.

Het volgende geval betreft een geslaagde mediation en de klacht wordt gegrond bevonden.¹³² Een in mediation totstandgekomen echtscheidingsconvenant dat was voorafgegaan door twee eerdere versies, zou de dag na de mediation getekend worden op het kantoor van de mediator. De mediator is afwezig en de secretaresse legt het gewijzigde convenant ter ondertekening voor. Mevrouw tekent zonder te lezen, er was haast bij en de secretaresse bleef er bij staan, en later blijkt dat er een nadelige clausule in staat die in eerdere versies niet voorkwam en waarvan mevrouw zich ook niet kon herinneren dat er over gesproken was. De tuchtcommissie oordeelde dat aangezien het ook nog eens een ongebruikelijk beding betrof,

¹²⁹ In de beroepsprocedure werd duidelijk dat dit twee plenaire bijeenkomsten waren geweest en niet drie (Het CvB van de STM, 2 november 2005, TvA 2006, 37).

¹³⁰ Dit was afhankelijk geweest van het feit of het gedrag van de wederpartij onder art. 3:44 BW te brengen was.

¹³¹ Het CvB van de STM, 2 november 2005, TvA 2006, 37 m.nt. Wackie Eysten; Wackie Eysten 2006b, p. 67. Zie ook voetnoot 138.

¹³² Wackie Eysten 2005b, p. 23.

mevrouw er niet op verdacht hoefde te zijn. Bovendien kan van de mediator verwacht worden dat hij aanwezig is bij ondertekening en uitleg geeft over de wijzigingen. Deze zaak is een klassiek voorbeeld van oneigenlijke dwaling.¹³³ Stel dat uit deze zaak ook een civiele procedure zou zijn ontstaan tussen de partijen bij de vaststellingsovereenkomst, dan dient mevrouw te bewijzen dat zij haar verklaring (het akkoord gaan met het convenant de gewraakte clausule inclus) niet heeft gewild en dat het dus een nietige rechtshandeling betreft. De eis van mevrouw zou kunnen afketsen op het vertrouwensbeginsel van art. 3:35 BW.

Op 22 februari 2005 werd door de tuchtcommissie uitspraak gedaan in een zaak waarin klager aanvoert dat de mediator zware druk op hem had uitgeoefend.¹³⁴ Omdat de mediator zich pas tegen het eind van de mediation bij het NMI had laten registeren, kon de tuchtcommissie slechts over de eindfase van de mediation oordelen. In weerwil van de vermeende druk had de partij (tegen het advies van twee opeenvolgende advocaten in die hem in die fase van de mediation hadden bijgestaan) geweigerd de vaststellingsovereenkomst te tekenen. De klacht wordt afgewezen omdat uit de omstandigheden niets bleek van dwang.

Op 22 september 2005 wordt weer een uitspraak gedaan door de STM over een klacht die betrekking heeft op dwang, maar hier betrof het geen druk om de vaststellingsovereenkomst te tekenen maar dwang om een mediationovereenkomst te tekenen. Hierin was een omschrijving van het geschil opgenomen waarin klaagster zich niet kon vinden. De klacht wordt gegrond verklaard, hoewel de mediator aangeeft niet te hebben begrepen dat mevrouw ongelukkig was met de formulering. Wackie Eysten merkt op dat uit deze uitspraak valt af te leiden dat het de taak van de mediator is om grondig na te gaan of hij partijen goed begrijpt en dat de mediator primair verantwoordelijk is voor misverstanden in de communicatie.¹³⁵ Hierbij kan de vergelijking worden gemaakt met de rol van de notaris, die een notariële zorgplicht heeft.¹³⁶

Ook in 2006 werd weer geklaagd over dwang in mediation.¹³⁷ Dit keer vermeend uitgeoefend door de mediator en de echtgenote (het betrof een gecompliceerde echt- en boedelscheiding). De man kon tijdens de mediationssessies naar zijn zeggen nauwelijks aan het woord komen en werd zwaar onder druk gezet om het concept-echtscheidingsconvenant te tekenen. Tot ondertekening van een uiteindelijk convenant is het overigens nooit gekomen. Bovendien moest klager aan het eind van de mediation zijn auto's en boot in onderpand geven tot zekerheid van betaling van de facturen van de mediator en de ingeschakelde deskundigen. Het relaas van klager vindt onvoldoende steun in de feiten en de klachten worden verworpen. De tuchtcommissie merkt in dit verband ook nog op dat klager in het hele mediationtraject is bijgestaan door een advocaat en dat het conceptconvenant mede in samenspraak met de wederzijdse advocaten tot stand is gekomen.

¹³³ Zie hierover Asser/Hartkamp 2005, nr. 120 en 173. En uitvoerig hoofdstuk 3, par. 5.4.1. Eventueel zou nog gedacht kunnen worden aan de regeling van de algemene voorwaarden in art. 6:231 BW e.v., maar onduidelijk is of het ging om een beding dat in meerdere vaststellingsovereenkomsten werd opgenomen en of het om een beding ging dat de kern van de prestaties aangaf, en wie het beding aan de overeenkomst had toegevoegd, de mediator of de wederpartij. De vraag is of een mediator een gebruiker kan zijn in de zin van art. 6:231 sub b, maar verdedigd zou kunnen worden dat dit kan en dat de twee – of meer – partijen in mediation dan de 'wederpartij' zijn.

¹³⁴ Wackie Eysten 2005c, p. 20-21.

¹³⁵ Wackie Eysten 2006c, p. 92 e.v.

¹³⁶ Zie par. 6.2 van hoofdstuk 3.

¹³⁷ Wackie Eysten 2006c, p. 107-108.

In de tweede tuchtzaak uit 2006 bepaalde de tuchtcommissie dat een interne mediation in een arbeidsgeschil, waarbij de mediator in dienst was van werkgever, niet per definitie leidt tot onvoldoende onafhankelijkheid van de mediator. In deze zaak had de werknemer zich beklagd over het feit dat de werkgever meteen bij binnenkomst van de eerste mediationssessie had gezegd 'ik ben de baas, ik bepaal' en de mediator niet had ingegrepen. Maar de tuchtcommissie oordeelde dat dit geen tuchtrechtelijk verwijtbaar handelen is en dat de mediator een grote vrijheid heeft bij het inrichten van de mediationprocedure.¹³⁸

Art. 4 lid 3 van de NMI-gedragsregels dat een evenwichtige behandeling van het geschil voorschrijft, was geschonden in een zaak waar klaagster zich tegenover het volledige stichtingsbestuur van haar werkgeefster moest verantwoorden en de mediator niet toeliet dat zij daarbij enige bijstand of begeleiding kreeg. Bovendien had de mediator een verslag naar de werkgever verzonden waarin zij klaagster van manipulatief gedrag betichtte. De klacht werd gegrond bevonden, maar mediator komt er met een waarschuwing vanaf.¹³⁹

Wat is nu de civielrechtelijke relevantie van de tuchtrechtspraak? Een veroordelende tuchtrechtelijke uitspraak geeft aan dat een tuchtrechtelijke norm is geschonden. Maar schending van een tuchtrechtelijke norm (in casu gedragsregels) betekent niet automatisch schending van een civielrechtelijke aansprakelijkheidsnorm en dus de mogelijkheid tot het verkrijgen van schadevergoeding. Hierbij is niet van belang of de civielrechtelijke vordering is gebaseerd op een overeenkomst of op onrechtmatige daad.¹⁴⁰ Zie voor de consequentie die schending van een tuchtrechtelijke norm heeft op de overeenkomst tussen de partijen die de mediator tot stand had helpen brengen, par. 5.4.3.1 van hoofdstuk 8.

5. VERTROUWELIJKHEID

De vertrouwelijkheid van mediation wordt tot op heden,¹⁴¹ bij het ontbreken van wettelijke bepalingen, slechts gewaarborgd door een contractuele plicht tot geheimhouding die de deelnemers aan mediation aangaan in de mediationovereenkomst.¹⁴² De geheimhoudingsplicht

¹³⁸ Wackie Eysten 2006c, p. 109. Zie ook Wackie Eysten 2006b, p. 67 (bespreking van een tuchtrechtelijke appellprocedure). Binnen de grenzen van de gedragsregels en het NMI-reglement komt de mediator een grote vrijheid toe om de mediationprocedure naar eigen goeddunken in te richten. Aldus ook een uitspraak van de STM (M-2005-11/12, TC 2006, nr. 6) besproken door Wackie Eysten 2006e, p. 122-123. Uit deze uitspraak blijkt ook dat een klacht tegen een mediator alleen kans van slagen heeft als de verwijten voldoende worden onderbouwd. Vage beschuldigingen als 'niet onafhankelijk, niet flexibel, niet onpartijdig, etc' zijn niet voldoende om strijd met de gedragsregels aan te tonen.

¹³⁹ Wackie Eysten 2006d, p. 110.

¹⁴⁰ Tjittes 1996, p. 36. In mediation staan partijen in een contractuele relatie tot de mediator, het gaat om een overeenkomst van opdracht. (zie par. 5.2.5 van hoofdstuk 2). Beroepsaansprakelijkheid van de mediator valt buiten het bestek van dit onderzoek (par. 4 van het inleidende hoofdstuk).

¹⁴¹ O.g.v. het Voorstel voor een Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende bepaalde aspecten van bemiddeling in burgerlijke en handelszaken (COM(2004)718) zou er wel een wettelijke regeling dienen te komen, maar zover is het nog niet. Zie voor een bespreking van de richtlijn, hoofdstuk 2, par. 7.1.

¹⁴² Barendrecht, Brenninkmeijer & Pel 2004a, p. 14. Niet zo nauw met de geheimhoudingsplicht nam het hof Amsterdam het in een uitspraak uit 2003. Appellant wilde een verslag van een mediationgesprek tussen haar, de geïntimeerde en de mediator in het geding brengen. De geïntimeerde maakte bezwaar maar het hof overwoog 'dat het in het geding brengen van een dergelijk stuk geenszins voor de hand ligt, te minder daar partijen geheimhouding afspraken, maar dat dat alles geen argumenten oplevert die zo zwaar wegen dat appellant een dergelijk stuk niet als bewijs zou mogen gebruiken' (Hof Amsterdam 18 december 2003, LJN: AR5527). De waarheidsvinding gaat in dit geval boven de geheimhoudingsplicht (Pel 2004a, p. 63). Maar dan volgt een uitspraak

in de NMI-regels is een tweetrapsraket, aangezien de mediationovereenkomst niet zelf tot geheimhouding verplicht, maar de vertrouwelijkheid van het proces wordt gebaseerd op het NMI-reglement waarnaar vervolgens in de mediationovereenkomst wordt verwezen (art. 4 van de mediationovereenkomst jo art. 7 van het mediationreglement).¹⁴³

5.1. Vertrouwelijkheid en afdwingbaarheid

Het ACB-mediationreglement geeft een geheimhoudingsplicht in art. 12. De geheimhoudingsplicht is zeer veelomvattend (sub 2), maar geldt niet voor zover zij aan de uitvoering van de vaststellingsovereenkomst in de weg zou staan (sub 5).¹⁴⁴ In het NMI-reglement heeft de geheimhoudingsplicht zijn grondslag in art. 7.¹⁴⁵ Art. 15 van het NMI-reglement hanteert als uitzondering op de vertrouwelijkheid van de mediation, dat een door partijen ondertekende vaststellingsovereenkomst aan arbiters of rechters kan worden overlegd in geval van een geschil. Dit zal dus voornamelijk van belang zijn wanneer een van de partijen nakoming weigert. De andere partij kan dan bewijzen dat er een overeenkomst tot stand is gekomen en wat de inhoud daarvan is. Vrijstelling van de geheimhoudingsplicht kan volgens art. 15 van het NMI-reglement alleen indien de vaststellingsovereenkomst ook ondertekend is.¹⁴⁶ Is er een ondertekende overeenkomst, dan geldt de contractuele geheimhoudingsplicht ten aanzien van dit document dus niet.¹⁴⁷ Is er een vermeende mondelinge overeenkomst totstandgekomen of is de overeenkomst niet ondertekend en betwist de andere partij de overeenstemming dan wordt bewijslevering van het feit dat er een overeenkomst is door de

van de Rb. Utrecht, waarin wordt geoordeeld dat de geheimhoudingsbepaling in de mediationovereenkomst valt aan te merken als een bewijsovereenkomst en dat een beroep hierop in de omstandigheden van dit geval zwaarder moet wegen dan de materiële waarheidsvinding van art. 21 Rv (Rb. Utrecht 2 februari 2005, NJF 2005/152). Zie over het karakter en de houdbaarheid van de geheimhoudingsafspraken en een bespreking van deze laatste uitspraak, Van Schaick. Hij redeneert dat de geheimhoudingsafspraken uit art. 4 van de NMI mediationovereenkomst niet zijn te kwalificeren als een bewijsovereenkomst in de zin van art. 153 Rv, maar dat het een onbenoemde obligatoire overeenkomst betreft die een verkapt verschoningsrecht creëert voor alle partijen bij de mediationovereenkomst en om die reden (strijd met art. 165 Rv) nietig is (Van Schaick 2006, p. 133 e.v.). Aangenomen wordt wel dat de aangepaste NMI mediationovereenkomst zoals die wordt gebruikt bij doorverwijzing door de gerechten, is te kwalificeren als een bewijsovereenkomst in de zin van art. 153 Rv (informatie afkomstig van het LBM). Zie over de geheimhoudingsplicht ook par. 5.2.5.1 e.v. van hoofdstuk 2.

¹⁴³ In de literatuur wordt op diverse plaatsen gewezen op het feit dat het NMI-mediationreglement beschouwd moet worden als algemene voorwaarden en dat bedingen hierin vernietigbaar zijn als partijen geen redelijke mogelijkheid is geboden van het beding kennis te nemen. Zie o.m. Vollebregt 2003, p. 17 e.v.; Chin-a-fat 2004, p. 367. Zie over de status van het mediationbeding in algemene voorwaarden, Verbunt & Polet 2004, p. 37.

¹⁴⁴ Zie ook hoofdstuk 2, par. 5.2.5.2 en 5.2.5.5.

¹⁴⁵ Zie ook par. 2 van dit hoofdstuk over de geheimhoudingsplicht in de vVAS bemiddelingsovereenkomst.

¹⁴⁶ Pres. Rb. Arnhem 4 februari 2000, KG 2000/65. Het ging hier om een NMI mediation waarbij het reglement uit 1995 van toepassing was. Inmiddels wordt het reglement uit 2001 gehanteerd en is er een nieuw reglement in voorbereiding dat bij de afronding van dit onderzoek nog niet beschikbaar was. Eiser vorderde primair ondertekening van de vermeend totstandgekomen vaststellingsovereenkomst. Gedaagde stelde zich op het standpunt dat hij niet in had gestemd met de overeenkomst en dat eiser in strijd met de geheimhoudingsplicht uit het reglement handelde door de vaststellingsovereenkomst te overleggen. De president stelde gedaagde in het gelijk.

¹⁴⁷ Zo ook de Rb. Utrecht, NJ 2002/310. Maar de geheimhoudingsplicht uit de mediationovereenkomst ziet wel weer op informatie uit het traject voorafgaande aan de vaststellingsovereenkomst, zie Rb. Arnhem, 15 januari 2003, zaaknr. 78133/HA ZA 01-1575, te raadplegen in Pel & Vogel 2004, p. 182.

geheimhoudingsplicht onmogelijk gemaakt.¹⁴⁸ Het aantonen van het bestaan van een mondelinge overeenkomst zal immers vaak betekenen dat de partij die de nakoming wenst het hele verloop van de mediation uiteenzet, iets dat in strijd wordt geacht met de essentie van mediation, namelijk de vertrouwelijkheid van de uitwisselingen gedaan in mediation. In deze situatie zou het horen van de mediator uitkomst kunnen bieden. Hij hoeft geen gevoelige informatie uit het mediationproces te openbaren, maar kan volstaan met het aangeven of er naar zijn mening een verbindende overeenkomst tot stand is gekomen.

Dit sluit aan bij de opvatting in de literatuur dat mocht de mediator ooit een verschoningsrecht toegekend krijgen, hier geen beroep op kan worden gedaan in situaties waarin de vraag centraal staat of er een overeenkomst tot stand is gekomen. De vergelijking wordt dan gemaakt met de positie van een notaris die aanwezig is bij de totstandkoming van een overeenkomst.¹⁴⁹ Deze heeft, zo besliste de Hoge Raad, geen verschoningsrecht voor zover het de vraag betreft of er al dan niet een overeenkomst tot stand is gekomen, en zo ja wat de inhoud daarvan dan is.¹⁵⁰

5.2. Vertrouwelijkheid en aantastbaarheid

Als het gaat om aantasting van mediated vaststellingsovereenkomsten op grond van een wilsgebrek, is het van belang om na te gaan of en in hoeverre de geheimhoudingsplicht in de weg staat aan een beroep op de vernietigbaarheid van de overeenkomst. Wilsgebreken betreffen de mediationprocedure en het hele totstandkomingstraject van de vaststellingsovereenkomst is vertrouwelijk. Kan het zo zijn dat een partij afgehouden wordt van een beroep op een gebrek in de totstandkoming van de overeenkomst, omdat zijn wederpartij zich op de vertrouwelijkheid van de mediation beroept?

Noch de regelgeving van het NMI noch van de vFAS en de Stichting ACB geven op deze vraag antwoord. In geval een partij zich op een wilsgebrek beroept, is hetgeen tijdens mediation is voorgevallen van cruciaal belang. De geheimhoudingsplicht die overeengekomen is tussen de mediator en partijen zal zich tegen openbaring van deze omstandigheden verzetten.¹⁵¹ Maar onverkorte toepassing van de geheimhoudingsplicht zou leiden tot de bizarre situatie dat beroep op een wilsgebrek onmogelijk wordt. Dit is mijns inziens bijzonder onwenselijk.¹⁵² Van geval tot geval zal bekeken moeten worden of de geheimhoudingsplicht in stand kan blijven. Deze afweging kan worden gemaakt door partijen en de mediator te horen in

¹⁴⁸ Rb. Arnhem 13 november 2002, LJN: AQ2634; Pel 2004a, p. 63-64; Rb. Utrecht 2 februari 2005, NJF 2005/152; Rb. Arnhem 5 december 2003, LJN: AQ2565. Zie voor een commentaar op deze uitspraak: Pel 2004b, p. 22-23. Partijen kunnen ook andere afspraken maken over de toelaatbaarheid van de vaststellingsovereenkomst als bewijs (Brenninkmeijer, Schutte & Spierdijk 2005, p. 59).

¹⁴⁹ Barendrecht, Brenninkmeijer & Pel 2004b, p. 45.

¹⁵⁰ HR 25 september 1992, NJ 1993/467 m.nt. HJS (Notaris van Eijck).

¹⁵¹ Maar zie de opmerkingen van Van Schaick hierover in voetnoot 142 van dit hoofdstuk.

¹⁵² Ook de kantonrechter Zutphen meent dat het uitsluiten van bewijs van bedreiging op basis van een bewijsovereenkomst op gespannen voet staat met art. 21 Rv. Hij gaat er daarom vanuit dat de geheimhoudingsclausule uit de mediationovereenkomst zo uitgelegd moet worden dat bewijs van tijdens het mediationproces begane strafbare feiten of evident wangedrag van een van partijen of de mediator in de mediation, niet onder de contractuele geheimhoudingsplicht valt (Ktr. Zutphen 9 januari 2007, LJN: AZ6524).

een besloten zitting zoals ook in de Verenigde Staten gebeurt.¹⁵³ Geopperd is wel dat de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid zich in dit type gevallen verzet tegen uitvoering van de bewijsovereenkomst, omdat hier de grenzen van de contractsvrijheid zouden worden bereikt.¹⁵⁴ Zo merkt Klaassen op dat onderscheid moet worden gemaakt tussen gevallen waarin de mediation wel en de gevallen waarin een mediation niet tot overeenstemming heeft geleid. In het laatste geval zou het belang van geheimhouding zwaarder moeten wegen omdat

‘met het totstandkomen van de vaststellingsovereenkomst in beginsel het belang van de vertrouwelijkheid wat betreft de informatie die in een poging tot oplossing van het oorspronkelijke geschil is verstrekt, is komen te vervallen althans in een ander daglicht is komen te staan’.

Bovendien maakt het uitsluiten van informatie betreffende de totstandkoming van de vaststellingsovereenkomst in mediation de toegang tot de rechter haars inziens illusoir.¹⁵⁵ De rechter heeft zich nog niet uitgesproken over de vraag hoe in dit geval de belangenafweging plaats moet vinden.

6. SAMENVATTING EN CONCLUSIE

Nederland kent geen wettelijke regeling inzake mediation en de verwachting is niet dat hier op korte termijn verandering in zal komen. Tot nu toe ontbreekt de politieke wil hiertoe. De vaststellingsovereenkomst, het resultaat van een geslaagde mediation, heeft wel een algemene wettelijke regeling in de art. 7:900 BW e.v. Ook de mediated vaststellingsovereenkomst valt onder deze regelingen. Bij het ontbreken van een wettelijke regeling van mediation is de regulering overgelaten aan de branche. Er zijn diverse producten van zelfregulering die zien op de inrichting van het mediationproces. De diverse standaard mediationovereenkomsten en -reglementen geven geen geldigheidsvereisten voor de vaststellingsovereenkomst totstandgekomen na een geslaagde mediation, maar omdat slechts de schriftelijke en ondertekende vaststellingsovereenkomst is toegelaten als bewijs in geval van niet-nakoming vormt schriftelijkheid en ondertekening de facto een geldigheidsvereiste.

Mediation is bedoeld als eindstation van een conflict. Het is dus niet de bedoeling dat naar aanleiding van de mediation weer een beroep wordt gedaan op de overheidsrechter als de afspraken in mediation niet nagekomen worden. Daarom is het van belang dat aan de vaststellingsovereenkomst totstandgekomen in mediation een voor tenuitvoerlegging vatbare titel kan worden verbonden. De mogelijkheden die hiervoor zijn kunnen worden onderscheiden al naar gelang de situatie waarin mediation plaats heeft gevonden, bijvoorbeeld in arbitrage of in een aanhangige zaak bij de overheidsrechter. Hierbij is van belang of de aanhangige zaak een dagvaardings- of een verzoekschriftprocedure betreft

¹⁵³ Zie hiervoor bijv. *Rinaker v. Superior Court*, 62 Cal. App. 4th 155 (1998), besproken in par. 2.5.3. van hoofdstuk 6. Aldus ook Barendrecht, Brenninkmeijer & Pel 2004b, p. 46-47.

¹⁵⁴ Zie o.m. Van der Wiel 2002, p. 135 en Klaassen 2005, p. 754.

¹⁵⁵ Zie voor een kritische reactie hierop Schutte 2006, p. 68 en vervolgens weer Klaassen 2006, p. 69-70. Klaassens opvatting wordt gedeeld door de rechter in *Dr. Lakes, Inc. v. Brandsmart USA*, 819 So.2d 971 (2002), besproken in par. 3.5.3 van hoofdstuk 6.

In court-annexed-mediation in een dagvaardingsprocedure kan op twee manieren een executoriale titel worden verbonden aan de schikking: door opname in een proces-verbaal op grond van art. 87 lid 3 Rv en door het wijzen van een rechterlijk vonnis waarin veroordelingen worden uitgesproken in overeenstemming met de vaststellingsovereenkomst. Bij opname in een proces-verbaal vindt een zeer summiere rechterlijke toetsing plaats. Het betreft een overeenkomst en de rechter volgt de wil van de partijen. Als het een schikking betreft die onduidelijk of onrechtmatig is, zal vastlegging in een proces-verbaal niet plaatsvinden, maar het probleem is dat vaak niet uit de tekst van de overeenkomst blijkt of het om afspraken gaat die strijdig zijn met de openbare orde. Maakt een partij alsnog bezwaar tegen vastlegging in een proces-verbaal dan zal waarschijnlijk de zaak weer naar de rol worden verwezen. Het uitspreken van een vonnis conform de partijafspraken is ingewikkelder dan vastlegging in een proces-verbaal, omdat bij opname in een vonnis het dictum in overeenstemming moet zijn met de eis en de reconventionele eis. De toetsing van de afspraken zal ook verder gaan dan bij opname in een proces-verbaal omdat de rechter verantwoordelijk is voor de inhoud van het vonnis. Vanwege de complicaties die zich voordoen bij opname van de partijafspraken in een vonnis, is dit niet meer bij alle gerechten mogelijk.

Betreft de rechterlijke procedure ten tijde waarvan de mediation plaatsvond geen dagvaardings- maar een verzoekschriftprocedure, dan vervalt de optie van vastlegging in een proces-verbaal, omdat de wettelijke basis hiervoor bij verzoekschriftprocedures ontbreekt. Overname van de afspraken in een beschikking is dan de enige optie. Hierbij speelt echter het probleem dat het dictum in overeenstemming moet zijn met het verzoek en het reconventioneel verzoek, zoals dat ook bij opname in een vonnis het geval is.

Als de zaak niet aanhangig is, valt het vastleggen van de partijafspraken in een proces-verbaal en in een vonnis of beschikking af. In geval het mediation in een arbitrageprocedure betreft, kan de vaststellingsovereenkomst worden opgenomen in een arbitraal schikkingsvonnis. Na het verlot tot tenuitvoerlegging hebben partijen een executoriale titel. Echter, trad de arbiter ook als mediator op of vice versa dan is de vraag of deze gedaanteverwisseling de toets van prima facie strijd met de openbare orde kan doorstaan.

Als er noch een rechterlijke noch een arbitrale procedure is gestart, kunnen de afspraken vast worden gelegd in een notariële akte, al dan niet met een notaris als mediator. Bovendien kan ter effectuering van nakoming een boetebeding of afspraken over de proceskosten worden opgenomen in de vaststellingsovereenkomst. Ook kan, als geen executoriale titel is verbonden aan de schikking, of tenuitvoerlegging ondanks de beschikbare titel niet naar wens verloopt, nakoming worden gevorderd in een bodemprocedure of kort geding. Zowel van afspraken in het vermogensrecht als van afspraken in het familierecht kan nakoming worden gevorderd, mits de aard van de rechtsverhouding zich daartegen niet verzet.

De nakoming kan worden gevorderd in een kort gedingprocedure als het gaat om een spoedeisende zaak en als het belang van partijen een onmiddellijke voorziening bij voorraad rechtvaardigt. Bij het geven van de voorlopige voorziening richt de rechter zich naar het waarschijnlijke resultaat in de bodemprocedure. De vordering tot nakoming kan worden toegewezen als de verweren van de gedaagde kennelijk ongegrond zijn. De uitspraak in kort geding betreft een voorlopige maatregel.

Nakoming kan ook worden gevorderd in een bodemprocedure. Als het regelingen betreft die zijn gebaseerd op Boek 1 BW, dient nakoming te worden gevraagd in een

verzoekschriftprocedure, tenzij de schikking tot stand is gekomen in een aangehouden dagvaardingsprocedure. Maar sinds de invoering van art. 69 Rv zijn de consequenties van het starten van de verkeerde procedure veel minder ernstig.

De vraag in welke omstandigheden een mediated vaststellingsovereenkomst aangetast kan worden, is een vraag van rechterlijk toezicht. Er vindt in diverse situaties rechterlijk toezicht op vaststellingsovereenkomsten plaats. Als er verweer wordt gevoerd in reactie op een vordering tot vernietiging of in reactie op een vordering tot nakoming van een vaststellingsovereenkomst, zal de rechter dienen in te gaan op de verweren. Als het een versteksituatie betreft, geldt art. 139 Rv voorzover het dagvaardingsprocedures betreft; de rechter wijst de vordering toe, tenzij deze rechtens niet toegewezen kan worden of de feiten zo onaannemelijk zijn dat zij de vordering niet kunnen dragen. In de praktijk komt het er op neer dat in een versteksituatie slechts een prima facie toetsing aan de openbare orde en goede zeden plaatsvindt. De verzoekschriftprocedure kent geen verstekverlening. Indien de rechtsbetrekking niet ter vrije beschikking van partijen staat, zal de rechter inhoudelijk beoordelen of toewijzing plaats kan vinden. Staat de rechtsbetrekking wel ter vrije beschikking, dan zal het ontbreken van het verweer in de praktijk wel min of meer tot een automatische toewijzing van het verzoek leiden.

Rechtspraak over de status van mediated vaststellingsovereenkomsten is (nog) zeer zeldzaam in Nederland. Tot nu toe is er één relevante uitspraak geweest. De gronden voor aantasting die hier naar voren werden gebracht, doen sterk denken aan de Amerikaanse uitspraken. Het gaat om een algemeen gevoel van gehaastheid, overrompeling en een gewaarwording van dwang, zonder dat duidelijk wordt waarin de dwang precies gelegen is of van wie de dwang afkomstig is. Wat van belang is geweest bij het afketsen van het beroep op de gronden voor aantasting, is dat de partij die gebondenheid aan de overeenkomst betwistte (de ex-echtgenoot), werd bijgestaan door een advocaat en met hem ook daadwerkelijk overleg had tijdens het mediationproces. Bovendien werd het de ex-echtgenoot aangerekend dat hij tijdens de mediationprocedure nooit had aangegeven dat hij zich onder druk gezet voelde.

Naast deze ene uitspraak van de overheidsrechter zijn er voor dit onderzoek zeven relevante tuchtrechtelijke uitspraken gedaan door de STM. In drie daarvan ging het ook om vermeend uitgeoefende dwang in het mediationproces. In een vierde zaak ging het om dwang die zou zijn uitgeoefend bij het tekenen van de mediationovereenkomst. Alleen in de laatste zaak werd de klacht gegrond verklaard. In de eerste van de drie zaken waarin dwang werd aangevoerd, werd net als in de zaak bij de overheidsrechter meegewogen dat klager zich gedurende de mediation nooit had beklaagd over de druk. Ook was er een klacht over onevenwichtige behandeling van het geschil, een klacht over onvoldoende afhankelijkheid van de mediator en een klacht die neerkomt op onzorgvuldige procesbegeleiding. Uit de tuchtrechtspraak komt het beeld naar voren dat de mediator een grote vrijheid heeft bij het inrichten van de mediationprocedure en dat het voor het oordeel of de klacht gegrond is van belang is of de klager in de mediation bijgestaan werd door een advocaat.

Tot op heden is de vertrouwelijkheid van mediation slechts contractueel van aard. Slechts schriftelijke en ondertekende vaststellingsovereenkomsten zijn volgens de verschillende modelovereenkomsten en -reglementen toelaatbaar als bewijs. Niet ondertekende en

mondelinge overeenkomsten zijn niet toelaatbaar.¹⁵⁶ De mediator heeft nog geen verschoningsrecht, maar mocht dit er ooit komen dan is de vraag in hoeverre daar een beroep op kan worden gedaan als het gaat om de vraag of er een overeenkomst tot stand is gekomen, en zo ja wat de inhoud daarvan is.

Als het gaat om aantasting van een mediated vaststellingsovereenkomst, is de centrale vraag of een partij door de contractuele geheimhoudingsplicht afgehouden kan worden van het leveren van bewijs dat er onregelmatigheden zijn geweest in de totstandkoming van de overeenstemming. De verschillende mediationovereenkomsten en -reglementen geven hierop geen antwoord, maar het lijkt mij zeer onwenselijk dat bewijs in deze situatie niet toelaatbaar zou zijn. De afweging wat voorrang heeft, de geheimhouding of de waarheidsvinding, zou van geval tot geval tijdens een besloten procedure gemaakt kunnen worden, zoals dat ook in de Verenigde Staten wel gebeurt. Ook kan mijns inziens gesteld worden dat de vertrouwelijkheid van mediationcommunicatie zwaarder moet wegen in het geval er geen vaststellingsovereenkomst tot stand is gekomen.

¹⁵⁶ Hoewel dit niet helemaal duidelijk is onder het ACB-mediationreglement. Zie par. 5.1 van dit hoofdstuk.

8. Evaluatie en aanbevelingen

1. INLEIDING

In het tweede hoofdstuk is een introductie gegeven op mediation, zijn de wezenlijke kenmerken van mediation geschetst en is het gebruik van en de politieke besluitvorming rond mediation in Nederland en in de Verenigde Staten in kaart gebracht. Ik kwam tot de conclusie dat mediation in beide landen als een gelijksoortig proces wordt gezien, met dezelfde wezenlijke kenmerken. In het derde en vierde hoofdstuk heb ik een overzicht gegeven van regelgeving en jurisprudentie op het gebied van de vaststellingsovereenkomst in Nederland en de settlement agreement in de Verenigde Staten. Hieruit bleek dat de Nederlandse vaststellingsovereenkomst vergelijkbaar is met de Amerikaanse settlement agreement en dat ook het overeenkomstenrecht van beide landen grote gelijkenissen vertoont. Zoals in hoofdstuk 5 werd geconcludeerd, rechtvaardigden deze uitkomsten een onderzoek naar de status van de mediated settlement in de Verenigde Staten.

In hoofdstuk 6 is wetgeving en jurisprudentie besproken betreffende de afdwingbaarheid en aantastbaarheid van settlement agreements volgend op een geslaagde mediation in drie staten van de Verenigde Staten. Vervolgens is in hoofdstuk 7 de afdwingbaarheid en de aantastbaarheid van mediated vaststellingsovereenkomsten in Nederland onderzocht. In Nederland bestaat (nog) geen aparte wetgeving voor vaststellingsovereenkomsten die gesloten zijn volgend op een geslaagde mediation. Ook is er (nog) heel weinig jurisprudentie over de status van de mediated vaststellingsovereenkomsten. Bovendien staat het gebruik van mediation in Nederland vergeleken met de Verenigde Staten nog in de kinderschoenen. Het gevolg van deze verschillen is dat verreweg de meeste jurisprudentie afkomstig is uit de drie onderzochte Amerikaanse staten en niet uit Nederland.¹ Ook alle besproken wetgeving inzake mediation en de vaststellingsovereenkomst komt uit de drie Amerikaanse staten. Uit het onderzoek naar de mediated settlement in de Verenigde Staten komt een duidelijk beeld naar voren; er wordt geprocedeerd naar aanleiding van settlement agreements volgend op een geslaagde mediation. Dit is in alle drie de onderzochte staten het geval. Het is te verwachten dat als in Nederland het gebruik van mediation toeneemt, ook de controverses over de status van de mediated vaststellingsovereenkomst toe zullen nemen. Deze toekomstvoorspelling vindt steun in de toename van Nederlandse tuchtrechtspraak inzake de rol van de mediator.²

In dit hoofdstuk zullen de gegevens uit de voorgaande hoofdstukken geëvalueerd worden in het licht van het doel van het onderzoek zoals dit geformuleerd is in het inleidende

¹ Zie voor een beschrijving van het gebruik van mediation en de politieke ontwikkelingen, hoofdstuk 2. Uit hoofdstuk 7 blijkt dat er in Nederland nog nauwelijks jurisprudentie is over de afdwingbaarheid en aantastbaarheid van mediated vaststellingsovereenkomsten.

² Par. 5.2.5.4 van hoofdstuk 2 en par. 4.2 van hoofdstuk 7.

hoofdstuk. Doel van het onderzoek was om met behulp van de ervaringen die in de Verenigde Staten zijn opgedaan met mediation, te inventariseren wat de problemen met de toetsing en de afdwingbaarheid van de mediated vaststellingsovereenkomst in Nederland kunnen gaan worden en wat eventuele oplossingen zouden kunnen zijn. Bij de vraag naar de toetsing was de interactie tussen de mediator en partijen tijdens het mediationproces en de gevolgen van deze interactie voor de aantastbaarheid van de vaststellingsovereenkomst, van belang. In de loop van dit hoofdstuk zal duidelijk worden dat de centrale vraag is of het karakter van mediation, zoals dit onder meer uitgedragen wordt door de verschillende aanbieders van mediation, te verenigen is met een rechterlijke toetsing zoals die plaatsvindt ten aanzien van de 'gewone' vaststellingsovereenkomst.

Bij het beantwoorden van de vraag naar de toetsing is van belang hoe de vordering tot aantasting zich verhoudt tot de mogelijkheid om nakoming af te dwingen van de in de vaststellingsovereenkomst vastgelegde afspraken. Immers, in een conflict over de geldigheid van de vaststellingsovereenkomst staat tegenover de partij die de overeenkomst aan wenst te tasten een wederpartij die uitvoering van de overeenkomst wenst.³ Op het grensvlak van aantastbaarheid van afdwingbaarheid speelt het probleem van samenloop van tenuitvoerlegging en aantasting. De vertrouwelijkheid van mediationcommunicatie was geen onderwerp van onderzoek, maar voorzover de vertrouwelijkheid consequenties had voor de afdwingbaarheid dan wel de aantastbaarheid van de mediated vaststellingsovereenkomst, is ze besproken.⁴

De evaluatie zal uiteindelijk resulteren in een tweetal aanbevelingen. De eerste aanbeveling ziet op de afdwingbaarheid van de mediated vaststellingsovereenkomst en behelst een voorstel tot wijziging van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering. De tweede aanbeveling ziet op de aantastbaarheid en bestaat uit invoeging van een nieuw artikel in titel 7:15 BW, dat geïnspireerd is door de regeling inzake bindend advies.

2. KERNWAARDEN EN PROCEDUREREGELS

Uit hoofdstuk 2 bleek dat mediation als methode van conflictoplossing in Nederland en de Verenigde Staten vergelijkbaar is. In datzelfde hoofdstuk is regelgeving met betrekking tot mediation in Nederland besproken en wat opviel is dat de regulering van mediation zelfregulering is en voorlopig blijft.⁵ De drie onderzochte Amerikaanse staten hebben wel wettelijke bepalingen op het gebied van mediation, zo bleek uit hoofdstuk 6, maar ook bleek dat deze bepalingen niet het hele mediationproces van A tot Z reguleren en dat zij vaak slechts een bepaalde verschijningsvorm van mediation adresseren.⁶ De mediationaanbieders in Nederland geven voor de wijze waarop de mediation dient te verlopen veel meer regelgeving dan de wetgevers in de drie Amerikaanse staten. De wettelijke bepalingen in de drie onderzochte Amerikaanse staten zien vooral op de institutionalisering en de vertrouwelijkheid van

³ Ontbinding van de mediated vaststellingsovereenkomst en de vordering tot schadevergoeding waren geen onderwerp van onderzoek. Zie voor de afbakening, hoofdstuk 1, par. 4.

⁴ Zie ook hiervoor het inleidende hoofdstuk waar de afbakening van het onderzoek wordt gegeven.

⁵ Tenzij het nieuwe kabinet met grote voortvarendheid wil gaan reguleren, iets waartoe voormalig Minister van Justitie Donner weinig bereid leek. Zie o.m. par. 7.1 van hoofdstuk 2.

⁶ Zo wordt in Californië slechts de vertrouwelijkheid wettelijk geregeld en zijn er een aantal wettelijke regelingen die zien op mediation op deelgebieden van het recht. Zie par. 2.3.3 en 2.5.1 van hoofdstuk 6. De wettelijke bepalingen in Florida zien slechts op court-ordered mediation. Zie par. 3.2 van hoofdstuk 6.

mediation.⁷ Zelfregulering speelt in de Verenigde Staten een veel minder grote rol, waarschijnlijk door de grote vlucht die de institutionalisering van mediation in de drie staten heeft genomen.⁸ In de jurisprudentie en mediationliteratuur wordt ook geen gewag gemaakt van model mediationovereenkomsten of mediationreglementen. Wel wordt gewerkt met ethische regels waaraan de mediator zich moet houden, maar deze regels zijn dan vaak weer opgesteld door de gerechten.⁹

De Nederlandse regels die het verloop van de procedure regelen, kunnen per mediationaanbieder (licht) van elkaar verschillen, maar wat ze gemeen hebben is dat de regels de leidraad vormen van het mediationproces en dat partijen op deze regels mogen vertrouwen tijdens de mediation.¹⁰ De procedurele regels structureren en normeren het proces zoals dit ook het geval is bij andere methoden van geschilbeslechting, zoals overheidsrechtspraak, arbitrage en bindend advies.¹¹ De procedurele regels reflecteren onder meer de kernwaarden van mediation. Met kernwaarden worden bedoeld de kenmerken die mediation definiëren, onafhankelijk van de door de mediator gehanteerde stijl, los van de mediationaanbieder en onafhankelijk van het stadium waarin partijen bij mediation terechtkomen.¹² De kernwaarden zijn dus de basisvereisten waaraan een optimaal verloopende mediation – optimaal in de zin van in overeenstemming met de typering van mediation in de Amerikaanse en Nederlandse mediationliteratuur, zoals beschreven in par. 2 van hoofdstuk 2 – voldoet. De kernwaarden van mediation normeren het proces en daarom kan worden gesproken van regels van procedurele rechtvaardigheid.¹³

De stelling dat de kernwaarden het proces normeren, kent een uitzondering, namelijk de kernwaarde ‘rechtvaardigheid van het onderhandelingsresultaat’ die niet kan worden gezien als regel van procedurele rechtvaardigheid. In hoofdstuk 2 is een aantal benaderingen van materiële rechtvaardigheid de revue gepasseerd.¹⁴ In de loop van dit hoofdstuk zal blijken, mede in het licht van de uitkomst van de toetsing van de procedurele rechtvaardigheid, wat de toetsingmaatstaf zou dienen te zijn voorzover het de inhoud van de overeenkomst betreft. Ik kom hier later op terug.¹⁵

⁷ De institutionalisering van mediation heeft in de Verenigde Staten een grote vlucht genomen, zo mogen rechters in Florida partijen verplichten aan mediation deel te nemen. Zie par. 3.1 van hoofdstuk 6.

⁸ Met institutionalisering wordt de mogelijkheid van verwijzing door de gerechten bedoeld.

⁹ Zoals de Florida Rules for Certified and Court Appointed Mediators. Zie par. 6.2 van hoofdstuk 2 en par. 3.1 van hoofdstuk 6.

¹⁰ De mediationovereenkomst en het mediationreglement, mits aanwezig (bij de vFAS ontbreekt bijv. een mediationreglement) en overhandigd (in verband met problematiek van de algemene voorwaarden, zie hiervoor hoofdstuk 7, voetnoot 143) vormen voor partijen de leidraad van het mediationproces. De gedragsregels vormen nog een aanvullende leidraad voor de mediator, maar de vFAS-bemiddelingsovereenkomst bepaalt dat de mediator er zorg voor draagt dat partijen komen te beschikken over een afschrift van de gedragsregels (art. 1.2).

¹¹ Bij bindend advies gaat het in tegenstelling tot overheidsrechtspraak en arbitrage om ongeschreven procedureregels, zoals het beginsel van hoor en wederhoor en de onafhankelijkheid van de bindend adviseur; wettelijke voorschriften ontbreken (Stein/Rueb 2005, p. 289).

¹² Zoals court-ordered, court-annexed en private mediation (par. 4 van hoofdstuk 1). Zie voor de verschillende mediatorstijlen, par. 4 van hoofdstuk 2.

¹³ ‘Normeren’ is volgens de Van Dale het vaststellen van de norm en een norm is een inhoudelijke maatstaf waaraan de deelnemers aan mediation moeten voldoen of waaraan het proces moet voldoen.

¹⁴ Zie par. 2 van hoofdstuk 2.

¹⁵ In o.m. par. 5.3.2, 5.4.3.1, 5.5.1 en 5.5.2.2 van het onderhavige hoofdstuk.

Maar wat zijn nu deze regels die de procedure rechtvaardig maken? De hierna volgende opsomming geeft de procedurele kernwaarden van mediation weer:

- De onderhandelingen tussen partijen geschieden onder leiding van een neutrale en onpartijdige derde.
- Mediation is gericht op gelijkwaardige participatie en input van beide partijen (democratic decision making).
- De zelfbeschikking van partijen wordt gerespecteerd. Dit kan ook geformuleerd worden als partijautonomie en keuzevrijheid. Het gaat erom dat misbruik en dwang afwezig zijn en dat er mogelijkheid is tot vrije wilsbepaling. Het proces dient dus gebaseerd te zijn op consensus, zowel met betrekking tot de procedure als de inhoud. Partijen moeten invloed hebben op de inrichting van het proces en de afspraken moeten op wilsovereenstemming berusten.
- Het proces berust op vrijwilligheid; partijen moeten de onderhandelingstafel op elk gewenst moment kunnen verlaten.
- Het eindresultaat van mediation moet finaliteit bezitten. Dit is inherent aan het karakter van mediation als methode van geschilbeslechting. Dit betekent dat de afspraken in ieder geval afdwingbaar moeten zijn, zoals dat ook het geval is met de beslissing van een bindend adviseur. Ook is het van belang dat partijen de mogelijkheid hebben om aan hun schikking een executoriale titel te verbinden. Vanuit de overheid wordt mediation wel gezien als mogelijkheid om de rechterlijke macht te ontlasten. Vanuit dit gezichtspunt is het wenselijk dat partijen niet meer bij de rechter terecht komen in geval van niet-nakoming van een van hen, maar dat aan de schikking direct een titel kan worden verbonden. Mijns inziens is deze consequentie van finaliteit geen kernwaarde maar een beleidsdoel. Het belang dat partijen hebben bij finale afsluiting van hun conflict is wel een wezenlijk element van mediation.
- Partijen moeten elkaar de informatie geven die voor een goede besluitvorming noodzakelijk is en mogen elkaar niet opzettelijk onjuiste informatie geven. Dit is ook inherent aan mediation als precontractuele fase waarin partijen zich moeten laten leiden door elkaars gerechtvaardigde belangen. Dit kan worden gevat onder de noemer ‘informed consent’.¹⁶
- De vertrouwelijkheid van de mediationcommunicatie is een wezenlijk element van mediation. De deelnemers mogen geen informatie over het verloop van het mediationproces of de inhoud daarvan naar buiten brengen. Vertrouwelijkheid is behalve een kernwaarde van mediation ook een complicerende factor als het gaat om het vorderen van nakoming van de vaststellingsovereenkomst of de aantasting daarvan.

De regels van procedurele rechtvaardigheid zijn van belang in het licht van een van de onderzoeksvragen, namelijk wat de gewenste rechterlijke toetsing van mediated settlements zou moeten zijn. De regels van procedurele rechtvaardigheid kunnen (deels) worden teruggevonden

¹⁶ Informed consent wordt hier dus beperkt gebruikt, namelijk in de betekenis dat partijen elkaar de nodige informatie moeten verschaffen. Over de vraag of mediation ook een verdergaande vorm van informed consent impliceert, bestaat geen duidelijkheid in de mediationliteratuur (zie par. 2 van hoofdstuk 2).

in model mediationovereenkomsten (die de verhouding regelen tussen de partijen onderling en tussen de partijen en de mediator), mediationreglementen (die ter aanvulling dienen op de mediationovereenkomst) en de gedragsregels voor de mediator (die het gedrag van de mediator reguleren).¹⁷ Niet alle bepalingen in de gedragsregels geven overigens een inhoudelijke maatstaf voor het gedrag van de mediator tijdens de mediation.¹⁸

Het accent dat op de verschillende kernwaarden ligt, is afhankelijk van de stijl die de mediator hanteert.¹⁹ Zo ligt bij evaluerende mediation de nadruk op de juridische of andere inhoudelijke aspecten van het geschil en heeft de mediator dus waarschijnlijk ook de taak partijen hierover voor te lichten (dit kan gezien worden als een verdergaande vorm van informed consent dan de door mij gehanteerde omschrijving eerder deze paragraaf).²⁰ De vraag is of de mediator, net als de notaris – zie par. 6.2 van hoofdstuk 3 – verplicht is om partijen voor bijvoorbeeld ongelijke informatieverhoudingen te behoeden.²¹ Het antwoord zal afhankelijk zijn van de gehanteerde stijl, de toepasselijke regelgeving en de wensen van partijen. Bij de faciliterende stijl wordt er juist vanuit gegaan dat de mediator zich op de achtergrond houdt en partijen volledige zelfbeschikking laat bij de oplossing hun geschil. Hierdoor vervult zelfbeschikking in faciliterende mediation een nadrukkelijker rol dan in evaluerende mediation.²² Transformatieve mediation wordt in Nederland naar mijn weten niet veel gebruikt. Bij dit type mediation is het therapeutische element belangrijker dan het oplossen van het geschil. Dit resulteert hoogstwaarschijnlijk in een mediator die minder gericht is op de inhoud van de oplossing en minder juridisch geïntereerd is.²³

Ook de hoedanigheid van partijen en het type geschil kan van belang zijn bij het beantwoorden van de vraag hoe nadrukkelijk de verschillende kernwaarden aanwezig zijn. Bij echtscheidingsmediation onder auspiciën van de vFAS legt de bemiddelingsovereenkomst alle partijen een inspanningsverplichting op om tot een rechtvaardige regeling te komen.²⁴ Dit is niet vreemd gezien het feit dat het hier gaat om familierechtelijke geschillen waarbij partijen nog in een zekere vertrouwensrelatie tot elkaar staan.²⁵ De mediator zal in dit type geschillen meer waken over de inhoud van de overeenkomst en partijen zullen waarschijnlijk ook vertrouwen op de wat meer sturende en voorlichtende rol van de mediator.²⁶ Dit zou overigens gevolgen kunnen hebben voor de perceptie van de neutraliteit en onpartijdigheid van de

¹⁷ Zo adresseert de NMI-mediationovereenkomst wel de vrijwilligheid en de vrijblijvendheid van de procedure maar zwijgt over de noodzaak van informed consent.

¹⁸ Zie bijv. de tweede alinea van de vFAS-gedragsregels (de regels zijn niet genummerd) waarin het draait om de opleidingseisen van de mediator en art. 7 van de NMI gedragsregels dat ziet op een collegiale houding.

¹⁹ Zie voor een beschrijving van de verschillende stijlen, par. 4 e.v. van hoofdstuk 2.

²⁰ De vraag of zo'n verdergaande vorm van informed consent in mediation, bijv. dat partijen vooraf weet hebben van de waarde van hun rechtspositie of dat de mediator een voorlichtende rol heeft over het recht (zoals de notaris), wenselijk is, valt buiten het bereik van het onderzoek (zie par. 4 van hoofdstuk 1).

²¹ Hierover zijn de meningen verdeeld, zie par. 2 van hoofdstuk 2.

²² Zie over faciliterende mediation, hoofdstuk 2, par. 4.1.

²³ Zie over transformatieve mediation, hoofdstuk 2, par. 4.3. Vanwege het therapeutische karakter van transformatieve mediation zouden een aantal kernwaarden minder aanwezig kunnen zijn.

²⁴ Zie par. 5.2.5.1 van hoofdstuk 2.

²⁵ Zie par. 5.5.2 e.v. van het onderhavige hoofdstuk.

²⁶ De mediator waakt ook meer over de rechtvaardigheid van de inhoud omdat het convenant voorgelegd zal worden aan de rechter in het kader van het indienen van een gemeenschappelijk verzoek tot echtscheiding c.q. scheiding van tafel en bed (par. 5.2.5.1 van hoofdstuk 2). Hieraan is enige toetsing inherent (zie par. 3.1.2 van hoofdstuk 7).

mediator door partijen.²⁷ Bij ACBMediation wordt geen bepaalde mediatorstijl gehanteerd, maar deze mediations zien op een bepaald type geschil, namelijk zakelijke conflicten waarbij partijen de hoedanigheid van ondernemer zullen hebben.²⁸ Consequentie hiervan kan zijn dat de mediator zich meer op de achtergrond houdt en de zelfbeschikking van partijen een dominantere rol vervult.

Behalve het feit dat er procedurele regels zijn die het proces normeren, zijn er ook procedurele regels die het proces niet zo zeer normeren als wel reguleren.²⁹ Hierbij is het niet van belang of die regels zijn opgenomen in model mediationovereenkomsten, reglementen of gedragsregels. Bij regulering kan gedacht worden aan bepalingen over de aanvraag van mediation en de benoeming van de mediator,³⁰ vertegenwoordiging,³¹ vervanging van de mediator,³² samenloop met andere procedures,³³ kosten van de mediation,³⁴ toepasselijk recht,³⁵ uitsluiting van aansprakelijkheid,³⁶ klachtenregelingen,³⁷ etc. De procedurele regels die geen kernwaarden zijn, kwamen in dit onderzoek niet of slechts zijdelings aan de orde en zullen in dit hoofdstuk verder geen rol vervullen.

De gevolgen die aan schending van de bovengenoemde kernwaarden moeten worden verbonden, worden in par. 5 e.v. van dit hoofdstuk besproken.

3. DE VASTSTELLINGSOVEREENKOMST EN HET OVEREENKOMSTENRECHT

Uit hoofdstuk 3 en 4 blijkt dat zowel in Nederland als in de Verenigde Staten het algemene overeenkomstenrecht van toepassing is op de aantastbaarheid van respectievelijk vaststellingsovereenkomsten en settlement agreements.³⁸

In Nederland is de vaststellingsovereenkomst een bijzondere overeenkomst die wordt geregeld in titel 7.15 van het BW. Vanwege het gelaagde systeem van het Burgerlijk Wetboek zijn daar ook de regelingen uit titel 2 van Boek 3 en titel 5 van Boek 6 op van toepassing. De

²⁷ Zie hoofdstuk 2, par. 5.3.2.1, 5.3.3.1, 5.3.5.1 en 5.3.8 voor de resultaten van een tevredenheidsonderzoek onder bemiddelden.

²⁸ Zie par. 5.2.2 van hoofdstuk 2.

²⁹ Ik versta onder reguleren het ordelijk doen verlopen van de procedure. Volgens de Van Dale is 'reguleren' 'ordelijk doen verlopen'. Het is meer procesmatig dan normeren en het is breder; een deel van de regulering kan bestaan uit het geven van normen waaraan de procesdeelnemers zich moeten houden.

³⁰ Zoals in art. 4 en art. 5 van het ACB mediationreglement. Art. 11 van het NMI Mediationreglement.

³¹ Art. 9.1 van het ACB mediationreglement. Art. 10 van het NMI Mediationreglement.

³² Art. 10 van het ACB mediationreglement. Art. 12 van het NMI Mediationreglement.

³³ Art. 11 van het ACB mediationreglement. Art. 8 van het NMI Mediationreglement.

³⁴ Art. 15 en 16 van het ACB mediationreglement. Art. 17 van het NMI Mediationreglement. Art. 8 van de NMI model mediationovereenkomst. Art. 6 van de vFAS-bemiddelingsovereenkomst. Bepaalde aspecten van het honorarium van de mediator kunnen wel worden gezien als uitvloeisel van de normering van het gedrag van de mediator, bijv. art. 6 van de NMI gedragsregels waar in lid 2 wordt bepaald dat de mediator zijn honorarium baseert op een uurtarief onafhankelijk van het bereikte resultaat. Hierachter ligt de inhoudelijke maatstaf dat de mediator geen belang mag hebben bij de uitkomst en dus om onpartijdigheid en neutraliteit van de mediator.

³⁵ Art. 19 van het ACB mediationreglement. Art. 20 van het NMI Mediationreglement. Art. 11 van de NMI model mediationovereenkomst.

³⁶ Art. 18 van het ACB mediationreglement. Art. 9 van het NMI Mediationreglement.

³⁷ Art. 16 van het NMI Mediationreglement. Art. 5 van de vFAS-bemiddelingsovereenkomst. Art. 8 van de NMI gedragsregels (tuchtrecht). Art. 6 van de ACB gedragsregels (tuchtrecht).

³⁸ Zie voor een overzicht en een vergelijking van de aantastingsgronden, hoofdstuk 5, par. 4.

totstandkoming van overeenkomsten wordt getoetst aan de art. 3:40 lid 2 (dwingend recht), 3:33 (wilsovereenstemming), 3:34 (geestelijke stoornis), 3:35 (vertrouwensbeginsel) en art. 3:44 en 6:228 BW (wilsgebreken). De inhoud wordt getoetst aan de regelingen van de openbare orde en de goede zeden (art. 3:40 lid 1 BW) en de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid (art. 6:248 lid 2 BW).³⁹ Omstreden is of onder art. 3:40 lid 2 ook de inhouds- en strekkingstoets valt of dat het artikel alleen ziet op de totstandkoming in strijd met dwingend recht.⁴⁰ In deze evaluatie zal verder uit worden gegaan van de ruime uitleg van art. 3:40 lid 2 BW, wat betekent dat ook inhoud en strekking kunnen worden getoetst.

Ook naar Amerikaans recht wordt de settlement agreement getoetst aan het algemene contractenrecht en gelden geen bijzondere bepalingen.⁴¹ Met dien verstande dat voor een beroep op dwaling dezelfde beperking van toepassing is die ook naar Nederlands recht geldt.⁴²

In de vorige paragraaf is duidelijk geworden dat mediation uitgaat van een aantal fundamentele principes die het proces kenmerken. Ook aan het overeenkomstenrecht liggen een aantal algemene beginselen ten grondslag. Bij de vraag naar de toetsing van de mediated vaststellingsovereenkomst zullen deze beginselen meegewogen moeten worden, omdat het resultaat van een geslaagde mediation het rechtskarakter van een overeenkomst heeft.⁴³

Een van de grondbeginselen van het Nederlandse contractenrecht is de vrijheid om verbintenissen aan te gaan.⁴⁴ *Contractvrijheid* heeft drie elementen:⁴⁵ Een partij is vrij om te beslissen of, wanneer en met wie zij een overeenkomst aangaat.⁴⁶ Bovendien zijn partijen vrij

³⁹ Zie hoofdstuk 3, par. 5 e.v.

⁴⁰ Zie voor de verschillende opvattingen, hoofdstuk 3, par. 5.1.

⁴¹ Zie o.m. par. 3.1 van hoofdstuk 4.

⁴² Vernietiging o.g.v. dwaling is slechts mogelijk als de verkeerde veronderstelling betrekking had op datgene wat partijen als vaststaand hadden aangenomen. Zie hoofdstuk 5, par. 3.

⁴³ Doordat het eindresultaat van mediation een overeenkomst is, zijn contractenrechtelijke beginselen zoals zelfbeschikking (partijautonomie) van belang bij de procedurele rechtvaardigheid van mediation. Dit is inherent aan mediation als proces dat is gericht op de totstandkoming van een overeenkomst. Niet alle regels van procedurele rechtvaardigheid zijn contractenrechtelijke beginselen. Opgemerkt dient te worden dat de contractenrechtelijke beginselen ook ten grondslag liggen aan bijv. het wilsgebrekenrecht (Asser/Hartkamp 2005, nr. 33 e.v.).

⁴⁴ Hartkamp noemt de contractvrijheid een grondbeginsel van ons overeenkomstenrecht (Asser/Hartkamp 2005, nr. 34). Nieuwenhuis noemt dit een paradoxale opdracht voor het recht; het regelen van de vrijheid om de vrijheid op te geven door zich door beloften te binden (Nieuwenhuis 1999, p. 23). Contractvrijheid heeft twee kanten. Aan de ene kant gebondenheid van partijen aan overeenkomsten die zij vrijwillig met elkaar zijn aangegaan ook in geval een partij later van gedachten verandert. Aan de andere kant niet-verbindendheid van het contract als een partij niet in vrijheid heeft gecontracteerd, dus in geval er op het moment van totstandkoming van het contract omstandigheden zijn geweest die vrije wilsvorming hebben verhinderd of een gebrek in de wil doen hebben ontstaan (Asser/Hartkamp 2005, nr. 34 e.v. en Hoofdstuk XII, §1).

⁴⁵ Soms wordt nog expliciet het onderscheid gemaakt tussen partijautonomie en contractvrijheid, zoals door Vranken. Hij meent dat de partijautonomie, in de betekenis de mogelijkheid tot vrije wilsbepaling aan de contractvrijheid vooraf gaat (Vranken 2000, p. 147).

⁴⁶ Dit onderdeel van de contractvrijheid (met wie een partij contracteert) is in mediation beperkt. Er is immers maar een potentiële wederpartij, namelijk degene met wie men het conflict heeft. Het feit dat er meer dan twee partijen betrokken kunnen zijn bij mediation doet hier niets aan af. Voor elk deelconflict (tussen A en B en A en C) is maar één potentiële wederpartij (namelijk B en C). Zie ook Asser/Hartkamp 2005, nr. 18 ten aanzien van het ontbreken van contractvrijheid in de algemene betekenis van het woord bij het huwelijkscontract. Deze vrijheid is net als bij mediated vaststellingsovereenkomsten beperkt tot de vrijheid om al dan niet het contract aan te gaan. Dit kan

de inhoud van de overeenkomst te bepalen.⁴⁷ Contractvrijheid betekent dat partijen de mogelijkheid hebben om met behulp van een wilsverklaring bepaalde rechtsgevolgen in het leven te roepen.⁴⁸

Maar de gebondenheid aan de overeenkomst kan niet alleen worden verklaard door het beginsel van contractvrijheid. Hiervoor is ook het *vertrouwensbeginsel* van belang; degene die in vrijheid op een bepaalde wijze zijn wil verklaart, wordt verantwoordelijk gehouden voor de verwachtingen die deze verklaring gerechtvaardigd heeft gewekt. Dit beginsel kan worden onderscheiden in de bescherming op grond van de omstandigheden zoals die zich tussen partijen hebben voorgedaan en geabstraheerd van die omstandigheden. In het laatste geval spreken wij van het risicobeginsel.⁴⁹ Vertrouwen, de verwachting dat de wederpartij in de toekomst bepaald gewenst gedrag gaat vertonen, is nodig om afspraken voor de toekomst te kunnen maken. Dit vertrouwen bestaat bijvoorbeeld als een partij verwacht dat haar wederpartij gewenst gedrag zal gaan vertonen (nakoming van de afspraken), omdat ongewenst gedrag bestraft zal worden (het veroordelen tot nakoming door de rechter).⁵⁰

Een partij en een ieder in de samenleving heeft er belang bij dat overeenkomsten worden nagekomen. Dit creëert *rechtszekerheid*. Dit beginsel draagt bij aan de maatschappelijke samenhang en ordening en zonder dit beginsel kan geen samenleving tot economische bloei komen.⁵¹ Indien (te grote) inbreuken worden gemaakt op de nakoming van overeenkomsten wordt deze zekerheid uitgehold.

4. DE AFDWINGBAARHEID

In de hoofdstukken 6 en 7 is de afdwingbaarheid van de mediated settlement en de mediated vaststellingsovereenkomst besproken in de drie onderzochte Amerikaanse staten en in Nederland. Onder afdwingbaarheid werd begrepen de geldigheidsvereisten bij de totstandkoming van mediated settlements, de mogelijkheden tot het verkrijgen van een executorial titel, al dan niet op gezamenlijk verzoek van partijen, het eventueel opleggen van sancties in geval van niet-nakoming, en problemen van samenloop van executie en aantasting. Dit onderzoek was relevant in het licht van de rechtszekerheid en de finaliteit van mediation als methode van geschilbeslechting.

In de volgende paragrafen zullen de resultaten van dit onderzoek geëvalueerd worden en zal gekeken worden waar zich eventuele problemen voordoen.

beschouwd worden als een vorm van feitelijke contractdwang; er is geen juridisch afdwingbare plicht tot contracteren maar een partij is veroordeeld tot een potentiële wederpartij. Ter nuancering, er hoeft niet gecontracteerd te worden. Zie ook I.S.J. Houben 2005, p. 5.

⁴⁷ Asser/Hartkamp 2005, nr. 34; I.S.J. Houben 1999, p. 347; Hondius 1999, p. 387; Abas 1972, p. 72; Van Dunné 2004, p. 8-9.

⁴⁸ Asser/Hartkamp 2005, nr. 34.

⁴⁹ Het vertrouwensbeginsel is gecodificeerd in de art. 3:35 en 3:36 BW. Ook in de aanvullende en beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid (art. 6:2 en 6:248 BW) wordt het vertrouwensbeginsel teruggevonden (Asser/Hartkamp 2005, nr. 34).

⁵⁰ Van Bijnen 2005, p. 98.

⁵¹ Asser/Hartkamp 2005, nr. 34.

4.1. Formele geldigheidseisen

In alle drie de onderzochte staten geldt dat settlement agreements gesloten in zaken die niet aanhangig zijn, vormvrij kunnen worden aangegaan. Voor deze schikkingen geldt het algemene overeenkomstenrecht.⁵² Als het echter mediation in een aanhangige zaak betreft, worden in alle onderzochte staten nadere eisen aan de settlement gesteld. Deze vereisten worden hieronder kort besproken.

In Californië geldt dat als partijen wensen dat de settlement wordt opgenomen in een vonnis, de settlement schriftelijk moet worden aangegaan dan wel mondeling in het bijzijn van de rechter.⁵³

In Florida is court-ordered mediation geregeld in de Rules of Civil Procedure en deze regelgeving stelt een aantal vereisten aan het totstandkomen van een geldige schikkingsovereenkomst.⁵⁴ De overeenkomst dient op schrift te worden gesteld en ondertekend te worden door beide partijen en hun eventuele raadslieden. Voor court-ordered mediation in familie zaken geldt Rule 12.740 van de Family Law Rules of Procedure. Voor wat betreft de afdwingbaarheid van mediated settlement agreements zijn de regelingen op hoofdlijnen identiek; de overeenkomst moet op schrift zijn gesteld, ondertekend zijn door beide partijen en hun raadslieden (indien van toepassing) en voorgelegd worden aan de rechter.

In Texas zijn er diverse regels die een vormvereiste voor (mediated) settlement agreements voorschrijven. In de eerste plaats is dat Rule 11 van de Texas Rules of Civil Procedure.⁵⁵ Behalve Rule 11 adresseert ook §154.071 van de Texas Civil Practice and Remedies Code de afdwingbaarheid van settlement agreements.⁵⁶ Het familierecht kent ook aparte wettelijke bepalingen met betrekking tot de vorm van de schikking. §6.602 en §153.0071 van de Texas Family Code stellen beide dat de schikking pas bindend is voor partijen als deze door hen en hun advocaten (indien van toepassing en indien zij aanwezig waren bij de mediation) is ondertekend.⁵⁷

Voor vaststellingsovereenkomsten geldt naar Nederlands recht geen vormvereiste. Maar voor mediated vaststellingsovereenkomsten stellen de mediationreglementen en overeenkomsten van de mediationaanbieders wel eisen, zoals schriftelijkheid en ondertekening.⁵⁸

Nog verder dan een schriftelijkheidseis gaat een vormvereiste dat een zekere magische bewoording verlangt voordat de overeenkomst afdwingbaar is.⁵⁹ In Californië is geen magische bewoording vereist voor de afdwingbaarheid van de schikking totstandgekomen in mediation, maar speelt de bewoording wel een rol bij de toelaatbaarheid van de mediated settlement agreement als bewijs.⁶⁰ In Texas stellen §6.602 en §153.0071 van de Texas Family Code dat de schikking pas bindend is voor partijen als deze een bepaling bevat dat de overeenkomst niet

⁵² Zie hoofdstuk 4, par. 3.3.

⁵³ Zie hoofdstuk 6, par. 2.2 e.v.

⁵⁴ Zie hoofdstuk 6, par. 3.2 e.v.

⁵⁵ Zie hoofdstuk 6, par. 4.2 e.v.

⁵⁶ Zie hoofdstuk 6, par. 4.3.1.

⁵⁷ Zie hoofdstuk 6, par. 4.3.2 e.v.

⁵⁸ Zie o.m. hoofdstuk 7, par. 2.

⁵⁹ Hierbij moet gedacht worden aan een wettelijk vereiste dat stelt dat de overeenkomst slechts afdwingbaar is indien in de overeenkomst een bepaling is opgenomen die uitdrukkelijk stelt dat de overeenkomst partijen bindt.

⁶⁰ Zie hoofdstuk 6, par. 2.5.1.

herroepen kan worden. De wetgever schrijft hier dus een bepaalde bewoording voor die noodzakelijk is voor de afdwingbaarheid van de overeenkomst.⁶¹

Het vereiste dat de mediated vaststellingsovereenkomsten bepaalde bewoording moet bevatten wil deze afdwingbaar zijn, kennen de Nederlandse mediationreglementen niet.⁶² Ik zou hier ook niet voor willen pleiten. Hoe meer formaliteiten er geïntroduceerd worden, hoe meer procedures vervolgens naar aanleiding van die formaliteiten kunnen ontstaan. Het vereiste uit de verschillende model mediationovereenkomsten en -reglementen dat de overeenkomst schriftelijk en ondertekend moet worden aangegaan, vind ik om redenen van bezinning en bewijs op zich wel wenselijk.⁶³ Maar uit de Amerikaanse rechtspraak blijkt dat een vereiste van ondertekening de nodige problemen op kan leveren.⁶⁴ Daarom ben ik geen voorstander van introductie van een wettelijke bepaling die een vormvereiste voor de mediated vaststellingsovereenkomst zou voorschrijven.

4.2. Verkrijging van een executoriale titel op gezamenlijk verzoek

In alle Amerikaanse staten is het verkrijgen van een executoriale titel mogelijk door middel van opname van de mediated settlement agreement in een consent judgment.⁶⁵ Bovendien bestaat in alle onderzochte staten de mogelijkheid om in geval van niet-nakoming van een mediated settlement in een zaak die nog aanhangig is, op eenvoudige wijze een veroordelend vonnis te krijgen, waarover in de volgende paragraaf meer.

In Nederland is in verzoekschriftprocedures vastlegging van de vaststellingsovereenkomst in een beschikking mogelijk. Voor dagvaardingsprocedures geldt juist dat opname in een vonnis niet altijd mogelijk is, omdat rechters de voorkeur geven aan opname in een proces-verbaal.⁶⁶ Het ontbreken van de mogelijkheid tot opname van familierechtelijke afspraken in een proces-verbaal op basis van art. 87 Rv is een gemis.⁶⁷ Opname van een mediated vaststellingsovereenkomst in een proces-verbaal biedt een aantal voordelen boven opname in een beschikking. Zo moeten bij vastlegging in een beschikking dictum en verzoek en reconventioneel verzoek in overeenstemming zijn. Deze eenstemmigheid ontbreekt als verzoeker tot iets veroordeeld wordt, terwijl daartoe geen reconventioneel verzoek was ingesteld. Dit probleem speelt waarschijnlijk niet bij opname in een proces-verbaal, maar er is de mogelijkheid dat de toepassing van art. 87 Rv per gerecht verschilt.⁶⁸ Als het gebruik van art. 87 Rv inderdaad verschilt, komt het de rechtseenheid niet ten goede.⁶⁹ Bovendien is onduidelijk of art. 87 Rv zich verzet tegen de praktijk dat partijen niet meer ter comparitie

⁶¹ Zie hoofdstuk 6, par. 4.3.2.2 en 4.3.2.4.

⁶² Maar zie wel de vFAS-bemiddelingsovereenkomst die bepaalt dat deelafspraken de partners wel binden indien uitdrukkelijk en schriftelijk is vastgelegd dat de deelovereenkomst bindend zal zijn (Art. 3.3. vFAS-bemiddelingsovereenkomst).

⁶³ Zie hoofdstuk 7, par. 2 en voor de bewijskracht van onderhandse akten, hoofdstuk 3, par. 6.1.

⁶⁴ Zie voor uitspraken waarin juist geprocedeerd werd over de vereisten voor afdwingbaarheid bedoeld om partijen te beschermen, o.m. *Jordan v. Adventist health System/sunbelt, Inc*, *Gordon v. Royal Caribbean Cruises LTD.*, en *City of Delray Beach v. Keiser*, alle uitvoerig behandeld in par. 3.2.1 van hoofdstuk 6.

⁶⁵ Zie o.m. hoofdstuk 4, par. 3.7.2.

⁶⁶ Zie par. 3.1.1 en 3.1.2 van hoofdstuk 7.

⁶⁷ Zie par. 3.1.1 en 3.1.2 van hoofdstuk 7.

⁶⁸ Zie par. 3.1.1 van hoofdstuk 7.

⁶⁹ Dit komt ook naar voren uit het verslag zoals bedoeld in voetnoot 35 van hoofdstuk 7.

hoeven te verschijnen om vastlegging van de schikking in het proces-verbaal te bewerkstelligen. Ook dit zal kunnen leiden tot verschillende toepassingen bij de gerechten, met alle nadelen van dien.⁷⁰ Art. 87 Rv heeft dus vanwege de omvangrijkere rechterlijke bewegingsvrijheid voordelen boven opname in een beschikking, maar deze voordelen zijn minder groot dan misschien op het eerste gezicht lijkt.

Het artikel lijkt ook om een andere reden niet geschikt voor het verbinden van een titel aan de vaststellingsovereenkomst totstandgekomen na een geslaagde mediation. Het is immers niet geschreven voor de mediationsituatie, maar voor de situatie dat de schikking tot stand komt onder auspiciën van de rechter. In die situatie zijn een aantal waarborgen verbonden aan de totstandkoming die het gebrek aan toetsing van de vaststellingsovereenkomst rechtvaardigen.⁷¹ Dit probleem is echter inherent aan elke situatie waarin degene die de titel aan de afspraken verbindt, geen toezicht heeft gehouden op de totstandkoming van die afspraken. Het probleem speelt dus ook bij de notariële akte en het arbitraal schikkingsvonnis, tenminste als notaris en arbiters geen rol hadden in de mediation.⁷² Zie over de mogelijke oplossingen van dit probleem par. 4.5 van het onderhavige hoofdstuk.

Maar er is nog een probleem. Het is bij de toepassing van art. 87 Rv onduidelijk wat er gebeurt in de situatie dat een partij bezwaar maakt tegen het uitdrukken van de verbintenissen aangegaan in de schikking in een proces-verbaal. Bij de rechtbank Arnhem wordt de zaak terugverwezen naar de rol als partijen het op het moment van opname in een proces-verbaal niet langer meer eens zijn, maar elders is dit misschien niet het geval.⁷³ Bovendien is onduidelijk wat er na terugverwijzing gebeurt. Wordt dan doorgeprocedeerd over het oorspronkelijke geschil of over de geldigheid van de schikking? Het eerste is mijns inziens zonder ontbinding van de schikkingsovereenkomst niet mogelijk.⁷⁴ Door de schikking is het oorspronkelijke geschil ten einde. Als doorgeprocedeerd wordt over de geldigheid van de schikking, verandert de grondslag van de vordering. De vraag is of doorprocederen zonder het instellen van een nieuwe dagvaarding mogelijk is zonder uitdrukkelijke wettelijke bepaling hiertoe.⁷⁵

Los van deze formele aandachtspunten is ook de vraag of terugverwijzing überhaupt zou moeten plaatsvinden. Bij een rechterlijk vonnis of beschikking betekent weigering mijns inziens onmogelijkheid van opname, omdat de rechter verantwoordelijk is voor de inhoud van het vonnis.⁷⁶ Deze benadering vertoont grote overeenkomsten met het Amerikaanse schikkingsvonnis. Ook voor een consent judgment geldt dat als partijen op gezamenlijk verzoek in een aanhangige zaak een executoriale titel willen verbinden aan hun overeenkomst, er

⁷⁰ Zie hoofdstuk 7, par. 3.1.1.

⁷¹ De enige toets die bij opname van de afspraken in een proces-verbaal plaatsvindt, is die van kennelijk strijd met de openbare orde en goede zeden, maar uit de tekst van de schikking zal strijd met de openbare orde en goede zeden vaak niet blijken en over het totstandkomingstraject is de rechter niets bekend. De toetsing is dus zeer beperkt en vergelijkbaar met die in een versteksituatie (par. 3.1.1 en 4 van hoofdstuk 7).

⁷² In de literatuur bestaat verdeeldheid over de omvang van de notariële zorgplicht, zie par. 6.2 van hoofdstuk 3. Een arbiter zal bij vastlegging in een arbitraal schikkingsvonnis de inhoud minimaal *prima facie* toetsen aan de openbare orde en goede zeden. Dit is immers grond voor weigering van het exequatur en louter op basis van de tekst is een verdergaande toets ook niet mogelijk (Zie par. 9.3 van hoofdstuk 3 en par. 3.2.4 van hoofdstuk 7).

⁷³ Zie par. 3.1.1 van hoofdstuk 7.

⁷⁴ Ontbinding viel buiten de reikwijdte van het onderzoek, zie par. 4 van het inleidende hoofdstuk.

⁷⁵ Zie voor de beantwoording van deze vraag par. 4.3 van het onderhavige hoofdstuk.

⁷⁶ Zie par. 3.1.1 van hoofdstuk 7.

overeenstemming dient te bestaan op het moment van vastlegging van de afspraken in een vonnis.⁷⁷ Ditzelfde geldt mijns inziens als het weigering tot vastlegging in een proces-verbaal betreft. Uit de aard van het artikel blijkt dat vastlegging van de afspraken in een proces-verbaal tegen de zin van een partij niet mogelijk is.⁷⁸

Op grond van bovenstaande overwegingen kan geconcludeerd worden dat zowel in de verzoekschriftprocedure als in de dagvaardingsprocedure bij het verkrijgen van een executoriale titel na mediation, een onwenselijke situatie bestaat.

Een andere mogelijkheid tot het verkrijgen van een titel op gezamenlijk verzoek van partijen, naast opname in een proces-verbaal, vonnis of beschikking is het opnemen van de mediated vaststellingsovereenkomst in een notariële akte. Dit is opportuun indien de zaak niet (meer) aanhangig is. Deze mogelijkheid bestaat niet in de Verenigde Staten, waar alleen rechterlijke uitspraken een executoriale titel vormen.⁷⁹

Ook is er de mogelijkheid om de vaststellingsovereenkomst op te nemen in een arbitraal schikkingsvonnis, mits het geschil ter vrije bepaling van partijen staat.⁸⁰ De vraag is dan in hoeverre een arbitraal schikkingsvonnis in strijd mag zijn met dwingend recht. Art. 7:902 BW staat strijd met dwingend recht immers toe op vermogensrechtelijk gebied, mits de beslissing de beëindiging van een onzekerheid of geschil betreft. Strijd met dwingend recht van het schikkingsvonnis is mijns inziens toegestaan omdat zowel bij de exequatur- als de vernietigingsgronden strijd met dwingend recht geen rol speelt.⁸¹

Bij een rechterlijk schikkingsvonnis of -beschikking op vermogensrechtelijk gebied komt art. 7:902 BW ook in zicht. De kwestie is theoretisch omdat opname in vonnissen niet de voorkeur heeft en bij sommige gerechten al niet meer gebeurt, maar de vraag blijft of een dergelijk vonnis strijdig mag zijn met dwingend recht, gezien de plicht van de rechter om ambtshalve dwingend recht toe te passen.⁸² Ik meen dat ook rechterlijke schikkingsvonnissen (en beschikkingen) strijdig kunnen zijn met dwingend recht. Art. 7:902 maakt immers juist inbreuk op deze plicht van de rechter om te toetsen aan art. 3:40 lid 2 BW.⁸³

4.3. Nakomingsacties en titelverkrijging op verzoek van één partij

Indien geen opname in een schikkingsvonnis heeft plaatsgevonden, omdat de zaak niet (meer) aanhangig was of omdat een van partijen haar instemming met de settlement agreement heeft ingetrokken, is de hoofdregel van Amerikaans burgerlijk procesrecht dat nakoming kan worden gevraagd in een full trial of in een summary procedure.⁸⁴ Maar in alle drie de staten bestaat in

⁷⁷ Zie o.m. par. 4.2.1 van hoofdstuk 6.

⁷⁸ Hoofdstuk 7, par. 3.1.1.

⁷⁹ Zie o.m. par. 5 van hoofdstuk 5.

⁸⁰ Deze optie bestaat dus niet in het familierecht, zie hoofdstuk 7, par. 3.2.4. Zie over de beperkingen die mijns inziens kleven aan vastlegging in een arbitraal schikkingsvonnis, hoofdstuk 7, par. 3.2.4.

⁸¹ Zie hoofdstuk 7, par. 3.2.4.

⁸² Zie hoofdstuk 7, par. 4.

⁸³ Deze problematiek doet zich bij beschikkingen waarschijnlijk nauwelijks voor gezien het feit dat vooral zaken in het familierecht via de verzoekschriftprocedure lopen en de werking van art. 7:902 beperkt blijft tot het vermogensrecht.

⁸⁴ De mogelijkheid van een summary procedure staat slechts open indien er geen feitelijke kwesties meer ter discussie staan. Zie hoofdstuk 4, par. 3.7.1.

aanhangige zaken een voorziening die het onnodig maakt om in geval het verkrijgen van een schikkingsvonnis niet (meer) tot de mogelijkheden behoort, een nieuwe procedure tot nakoming te starten.

In Californië voorziet §664.6 van de California Code of Civil Procedure in een gestroomlijnde methode om een vonnis te verkrijgen op basis van de settlement agreement. De rechter onderzoekt, als de motion aan de vereisten van §664.6 voldoet, of een geldige en bindende settlement agreement tot stand is gekomen. Bij dit onderzoek is de rechter bevoegd om ook over feitelijke kwesties en interpretatieproblemen te beslissen. Als de rechter de motion toewijst, doet hij uitspraak volgens de totstandgekomen schikking. Deze mogelijkheid bestaat zowel in het familierecht als in het vermogensrecht. Partijen kunnen de rechter verzoeken de zaak aan te houden totdat volledige uitvoering is gegeven aan de overeenkomst.⁸⁵

Florida kent geen wettelijke regeling die specifiek ziet op het afdwingen van nakoming van (mediated) settlement agreements. De Florida Rules of Civil Procedure geven echter voor procedures bij de rechtbank een regeling voor het afdwingen van nakoming van mediated settlement agreements. Dit betekent dus dat het om een al bij de rechtbank aanhangige zaak moet gaan. Rule 1.730 van de Florida Rules of Civil Procedure bepaalt dat als een partij de schikking niet nakomt, de rechter sancties op kan leggen. Tot die sancties behoort ook het wijzen van vonnis conform de bepalingen van de settlement. Op grond van Rule 1.730 is het overigens ook mogelijk om vernietiging van de settlement agreement te vorderen. Het instellen van een aparte vordering is dan ook niet nodig.⁸⁶

In Texas gelden voor mediations met als onderwerp familierechtelijke kwesties naast de algemene regels van overeenkomsten- en procesrecht nog specifieke bepalingen. Op grond van de Family Law Code kan de settlement niet meer verworpen worden en heeft een partij recht op een vonnis conform de afspraken uit de settlement ook al stemt de wederpartij niet meer met de settlement in.⁸⁷ In geval van niet-nakoming hoeft dus geen aparte vordering ingesteld te worden.⁸⁸ Zo'n procedurele shortcut zou mediation stimuleren omdat partijen op deze manier een grotere zekerheid hebben op een snelle en definitieve beslissing.⁸⁹ Het belang van de finaliteit en de rechtszekerheid heeft bij de totstandkoming van deze wettelijke bepalingen en de interpretatie die er door de rechter aan gegeven is, zwaar gewogen, maar de rechter heeft nog wel de mogelijkheid om beperkt te toetsen. In het vermogensrecht heeft juist de vrijheid van partijen om de schikking alsnog te verwerpen gezegevierd over de finaliteit en daar moet in geval van verwerping van de schikking een vordering tot nakoming worden ingesteld.⁹⁰

Voor de Nederlandse situatie geldt dat als partijen in een aanhangige zaak de afspraken uit de vaststellingsovereenkomst waarmee het geschil ten einde is gekomen, niet laten vastleggen in een proces-verbaal, terwijl de zaak wel van de rol wordt gehaald, het vorderen

⁸⁵ Zie hoofdstuk 6, par. 2.3.1 en 2.4.1 e.v.

⁸⁶ Zie hoofdstuk 6, par. 3.3.

⁸⁷ Zie par. 4.3.2.1 t/m par. 4.3.2.4 van hoofdstuk 6.

⁸⁸ Zoals dat wel het geval is in het Texaanse vermogensrecht. Zie par. 4.3.1 van hoofdstuk 6.

⁸⁹ Zie par. 4.3.2.4 van hoofdstuk 6.

⁹⁰ Zie par. 4.3.1 van hoofdstuk 6.

van nakoming in een nieuwe bodemprocedure of in een kort geding (mits aan de voorwaarden is voldaan) de enige mogelijkheid is om nog nakoming af te dwingen.⁹¹

Het is naar Nederlands recht ook niet mogelijk om in een aanhangige procedure waar ná het doorlopen van mediation een schikking tot stand was gekomen, maar waar een partij op een later tijdstip van de schikking afziet, automatisch een executoriale titel te verbinden aan die schikking. Dit blijkt althans uit de opvatting van de rechtbank Arnhem en mijns inziens ook uit de tekst van art. 87 lid 3 Rv en uit het karakter van een schikkingsvonnis en -beschikking. In dit type gevallen zal onder huidig recht een rechterlijke beoordeling van de afspraken in de vaststellingsovereenkomst moeten plaatsvinden.⁹²

Het louter ontbreken van wilsovereenstemming op het moment van vastlegging in een proces-verbaal of vonnis, bijvoorbeeld vanwege spijt of om het proces te vertragen, zou echter ook in Nederland geen grond voor weigering mogen zijn. De finaliteit van mediation als methode van conflictoplossing verzet zich hiertegen. Dit zou alleen anders moeten zijn als een partij aannemelijk kan maken dat zich tijdens de mediation omstandigheden hebben voorgedaan die weigering rechtvaardigen, of dat de inhoud van de afspraken dusdanig is, dat vastlegging niet kan plaatsvinden.⁹³

Een verdergaande optie zou nog kunnen zijn dat eenzijdige verwerping van de afspraken überhaupt niet mogelijk is. Op het moment dat een vaststellingsovereenkomst tot stand komt, wordt er automatisch een titel aan verbonden. Dit zou dan ook gelden als een partij hiertegen gemotiveerd protesteert. Als de protesterende partij te goeder trouw is en echt meent dat er gronden voor aantasting zijn, zou zij deze in een nieuwe bodemprocedure moeten aantonen en in de tussentijd zou schorsing van de executie bij de voorzieningenrechter moeten worden gevraagd.⁹⁴ Voordeel van deze visie is dat de finaliteit van mediation als methode van geschilbeslechting optimaal tot zijn recht komt. Twijfelende en trainerende partijen wordt geen ruimte gegeven. Nadeel is dat de toetsing feitelijk mosterd na de maaltijd is. De toetsing had ook plaats kunnen vinden voordat de titel aan de schikking werd verbonden. Gezien de terughoudendheid die ten aanzien van het schorsen van de executie betracht moet worden en het gevaar van uitholling van het gezag van een executoriale titel, lijkt het meer geëigend om de toetsing toch vooraf plaats te laten vinden.⁹⁵ Ook vanuit proceseconomie zou toetsing vooraf mijn voorkeur hebben. Anders moet de partij die aantasting wenst een nieuwe bodemprocedure starten en een kort geding instellen. Dit alles weegt op tegen eventuele overwegingen van finaliteit. Zeker gezien de mogelijkheid die de rechter mijns inziens zou moeten hebben om als hij de schikking vernietigt, direct uitspraak te doen in het onderliggende geschil, zoals ik zal voorstellen in par. 5.4.3.1.

⁹¹ Zie o.m. par. 3.2 van hoofdstuk 7.

⁹² Zie o.m. de vorige paragraaf en par. 3.1.1 van hoofdstuk 7.

⁹³ Zie over de voorgestelde toetsingsmaatstaf van mediated vaststellingsovereenkomsten, par. 5 e.v. van dit hoofdstuk e.v.

⁹⁴ Dit geldt ook indien geen doorhaling op de rol heeft plaatsgehad (art. 246 lid 1 Rv eist hiervoor de toestemming van beide partijen) c.q. de procedure is beëindigd (verzoekschriftprocedure), ik kom hier later in deze paragraaf over te spreken.

⁹⁵ Bij de notariële akte als executoriale titel kan toetsing noodgedwongen slechts achteraf plaatsvinden, maar dat is in bovenstaande situatie anders. Zie hoofdstuk 3, par. 8.1 e.v.

Verbinding van een titel aan de afspraken, tenzij er gemotiveerd en aannemelijk bezwaar wordt gemaakt, betekent aansluiting bij de situatie zoals die geldt in familierechtelijke zaken in Texas. Ongemotiveerde eenzijdige terugtrekking uit de totstandgekomen schikking is daar niet mogelijk. De rechter behoudt wel de mogelijkheid om indien een partij gebreken in de totstandkoming aanvoert, de schikking te toetsen. Hetzelfde geldt wanneer het afspraken betreft die niet ter vrije beschikking van partijen staan.⁹⁶ In Nederland zou onder huidig recht in het geval dat een partij gemotiveerd bezwaar maakt tegen vastlegging in een proces-verbaal, terugverwijzing naar de rol dienen plaats te vinden, zodat de aantastingsgronden beoordeeld kunnen worden.

De vraag die in de vorige paragraaf en eerder in deze paragraaf werd opgeworpen, was of voor een procedure over de vaststellingsovereenkomst het uitbrengen van een nieuwe dagvaarding nodig is, of dat het geschil over de vaststellingsovereenkomst behandeld kan worden in de procedure die was gestart naar aanleiding van het aan de schikking ten grondslag liggende geschil.

De Graaf meent in navolging van Asser dat het mogelijk is om de zaak op de rol te houden totdat volledige uitvoering is gegeven aan de vaststellingsovereenkomst, zodat in geval van niet-nakoming niet opnieuw een dagvaarding hoeft te worden uitgebracht.⁹⁷ De schikking wordt in deze opvatting gezien als een wijziging van eis door de oorspronkelijke eiser en erkenning van de wijziging door gedaagde. In geval van niet-nakoming wordt dan een veroordelend vonnis gevraagd op grond van de schikking.⁹⁸ De juistheid van deze opvatting is afhankelijk van de aard van de afspraken uit de schikking.⁹⁹ Zoals uit par. 3.1.1 van hoofdstuk 7 bleek, is het veroordelen van eiser in een schikkingsvonnis tot iets wat gedaagde niet in reconventie gevorderd heeft, problematisch.¹⁰⁰ Kan de wijziging van eis zo geïnterpreteerd worden, dat dit ook inhoudt dat eiser in de schikking een verplichting aangaat ten opzichte van de oorspronkelijke verweerder? Dit lijkt mij niet. Dit is immers geen wijziging van eis, maar een verplichting die eiser op zich neemt, welke verplichting had moeten worden gevorderd in reconventie bij conclusie van antwoord (zie par. 3.1.1 van hoofdstuk 7).¹⁰¹ Het maakt dus

⁹⁶ Hoofdstuk 6, par. 4.3.2.5.

⁹⁷ Van Mierlo & Van Dam-Lely menen dat dit kan door als opschortende voorwaarde in de schikking op te nemen dat de zaak pas van de rol wordt gehaald als uitvoering van de afspraken heeft plaatsgevonden (zie par. 3.2. van hoofdstuk 7).

⁹⁸ De Graaf 2004, p. 217 en 220-221 en Asser (GRS), art. 19 Rv (oud), aantekening 5. Maar bij het arrest waar Asser en De Graaf zich beide op baseren, ging het om een vermindering van de eis in de schikking (HR 4 januari 1952, *NJ* 1952/83) en dus niet om een verandering of vermeerdering. Een vermindering van eis is te allen tijde mogelijk tot aan wijziging van het eindvonnis (129 Rv). Dit geval betreft dus geen art. 130 Rv-situatie (verandering of vermeerdering van eis). Ook de andere uitspraak waarop De Graaf zich baseert (Rb. Utrecht 2 februari 1944, *NJ* 1946/282) betreft geen schikking waarin eiser een verplichting jegens gedaagde op zich neemt. Onder 'eiswijziging' wordt ook verstaan het wijzigen van de grondslag van de eis (Fokker (GRS), art. 130 Rv, aantekening 1).

⁹⁹ Als eiser slechts zijn eis wijzigt, lijkt er geen probleem. Eisvermindering door eiser is in ieder geval geen probleem. Als eiser (ook) een zelfstandige verplichting op zich neemt, is het wel problematisch.

¹⁰⁰ De Graaf en Asser gaan hier verder niet op in.

¹⁰¹ De vraag is of een verplichting die oorspronkelijk verzoeker op zich zou kunnen nemen in een schikking gezien kan worden als een reconventioneel verzoek van verweerder in een verweerschrift. Het reconventioneel verzoek hoeft in tegenstelling tot de eis in reconventie niet op een bepaald moment in de procedure ingediend te worden (zie art. 282 Rv). Wel is het zo dat in familiezaken in zestig procent van de gevallen pas naar mediation wordt verwezen op de zitting, zie par. 4.6 van dit hoofdstuk.

verschil wie ten aanzien van de procedure over de schikking als eiser optreedt. Als dat de oorspronkelijke eiser is, kan gesproken worden van wijziging van eis. Betreft het echter de oorspronkelijke gedaagde, die nu ten aanzien van de schikking nakoming eist, dan kan de oorspronkelijke eiser niet tot iets veroordeeld worden.

De vraag is wat geldt in geval vernietiging van de schikking wordt gevorderd. Dit is een volledig andere situatie dan bij het vorderen van nakoming. Kan als de zaak nog aanhangig is en een schikking tot stand is gekomen, in dezelfde procedure vernietiging worden gevorderd? En maakt het nog uit wie bij de vordering tot vernietiging eiser of gedaagde is? Op beide vragen antwoord ik ontkennend. Vernietiging kan niet worden gevorderd in dezelfde procedure.¹⁰² Als oorspronkelijk eiser een schikking aangaat, kan de schikking worden gezien als een wijziging van eis en een erkenning van eis door gedaagde. Gedaagde erkent iets schuldig te zijn en kan dus in geval van niet-nakoming tot datgene wat hij verschuldigd is, veroordeeld worden. In geval van een vordering tot vernietiging heeft de oorspronkelijke gedaagde het recht van eiser op hetgeen hij nu eist, vernietiging, nooit erkend. Als de oorspronkelijke gedaagde wenst te vernietigen, komt de constructie van de wijziging en erkenning van eis niet in beeld, tenzij een eis in reconventie is ingesteld en de schikking kan worden gezien als een wijziging van de reconventionele eis en erkenning daarvan door de eiser in conventie.¹⁰³

Gezien bovenstaande overwegingen, lijkt het mij zinnig expliciet wettelijk vast te leggen dat in geval van een procedure over de geldigheid van een schikking totstandgekomen in een aanhangige zaak, het uitbrengen van een nieuwe dagvaarding niet nodig is.¹⁰⁴

4.4. Sancties bij niet-nakoming

In de Verenigde Staten wordt ervan uit gegaan dat partijen hun eigen proceskosten betalen. In de jurisprudentie deed zich de kwestie voor of in geval van mediation een partij bestraft kon worden als hij de mediated settlement niet nakwam. Hieraan ten grondslag ligt het idee van finaliteit van mediation als vorm van geschilbeslechting. Partijen hebben een alternatief traject doorlopen en het is niet de bedoeling dat een partij door wanprestatie te plegen de andere partij alsnog op kosten jaagt door haar te dwingen een procedure tot nakoming te starten.

In Florida kan op grond van Rule 1.730(c) van de Florida Rules of Civil Procedure de partij die in een court-ordered mediation de settlement niet nakomt sancties opgelegd krijgen, waaronder een veroordeling in de proceskosten.¹⁰⁵ Uit de Texaanse rechtspraak blijkt dat aan een mediated settlement geen speciale status toekomt. Slechts indien niet-nakoming ook bad faith conduct oplevert, heeft de rechter de mogelijkheid om een partij in de proceskosten te veroordelen, zoals hij dat overigens ook heeft bij ander onbetamelijk gedrag tijdens de procedure.¹⁰⁶

In Nederland wordt de in het ongelijk gestelde partij veroordeeld in de proceskosten. Dit gaat slechts om een vergoeding die ruim beneden de daadwerkelijke kosten van procederen ligt. Partijen kunnen in de vaststellingsovereenkomst een verdergaande kostenveroordeling

¹⁰² In tegenstelling tot court-ordered mediation in Florida, zie par. 3.3 van hoofdstuk 6.

¹⁰³ Wijziging van een reconventionele eis is mogelijk (Van Mierlo & Van Dam-Lely 2003, p. 188; Ynzonides & Koedoot, art. 137 Rv, aantekening 1b).

¹⁰⁴ Zie voor de situatie in Californië, hoofdstuk 6, par. 2.3.1.1.

¹⁰⁵ Hoofdstuk 6, par. 3.3.1.

¹⁰⁶ Hoofdstuk 6, par. 4.3.3.

afspreken voor de partij die in het ongelijk wordt gesteld, omdat zij bijvoorbeeld ten onrechte de schikking niet nakomt.¹⁰⁷ Dit zou een prikkel kunnen zijn om een partij die weet dat zij geen sterke zaak heeft, af te laten zien van niet-nakoming louter met het oogmerk om het proces te traineren. Deze mogelijkheid is vooral interessant bij mediations in zaken die niet aanhangig zijn.

Zou invoering van een sanctiebepaling die ziet op een volle proceskostenveroordeling bij niet-nakoming van de mediationafspraken zinvol zijn in Nederland? Ik meen van niet. In niet-aanhangige zaken zal een partij die ten onrechte niet nakomt, veroordeeld worden in de proceskosten. Dit is weliswaar een beperkte vergoeding maar partijen hebben de mogelijkheid om contractueel verdergaande afspraken te maken. Indien partijen in een aanhangige zaak tot een schikking komen en een partij wenst geen vastlegging van de afspraken in een proces-verbaal, kunnen twee situaties worden onderscheiden. Als een partij zich eenzijdig uit de overeenkomst terugtrekt zonder dat gebreken in de totstandkoming of ten aanzien van de inhoud worden aangevoerd, zal dit niet kunnen leiden tot weigering van een titel, zo heb ik betoogd in par. 4.3. Partijen delen dan de kosten zoals bij schikkingen in aanhangige zaken gebruikelijk is.¹⁰⁸ Als een partij wel gemotiveerd bezwaar maakt tegen vastlegging maar later toch in het ongelijk wordt gesteld, is het opleggen van een sanctie niet geëigend. Dit is immers geen handelswijze die bestraft zou moeten worden.

4.5. Executie en executiegeschillen

In de vorige paragrafen zijn de mogelijkheden tot het verkrijgen van een executoriale titel besproken. Nu wordt het verband tussen de aantastbaarheid van mediated vaststellingsovereenkomsten en de mogelijkheden om een voor executie vatbare titel te verkrijgen, behandeld. Aan een executoriale titel zijn vergaande consequenties verbonden. Als de titel verkregen wordt via een vordering tot nakoming in een bodemprocedure of kort geding, zal de toetsing van de grondslag van de titel plaatsvinden volgens de normen geldend voor een rechterlijke procedure.¹⁰⁹

Effectieve toetsing van de partijafspraken bij opname in een proces-verbaal is moeilijk omdat de tekst van de overeenkomst hiertoe vaak niet voldoende houvast biedt. Het gaat hier dus om de situatie dat partijen beiden nog achter het vastleggen van de schikking in een proces-verbaal staan. Probleem is dan dat door middel van een proces-verbaal een executoriale titel wordt gekregen waaraan nauwelijks toetsing vooraf is gegaan. Dit probleem speelt des te meer als partijen niet meer ter comparitie hoeven te verschijnen, zoals bij de rechtbank Arnhem het geval is.¹¹⁰

Dit gebrek aan toetsing doet zich niet voor bij de situaties waarvoor art. 87 Rv in het leven is geroepen, namelijk het tot stand brengen van een schikking door de rechter, zoals ook in par. 4.2 al aan de orde kwam. In die situatie heeft de rechter partijen en hun vertegenwoordigers voor zich gehad, weet wat er speelt in de zaak en is bij de totstandkoming van de overeenkomst aanwezig geweest.¹¹¹ Nu art. 87 Rv ook wordt gebruikt om na een

¹⁰⁷ Zie hoofdstuk 7, par. 3.2.3.

¹⁰⁸ Zie hoofdstuk 7, par. 3.2.3

¹⁰⁹ Zie hoofdstuk 7, par. 4.

¹¹⁰ Zie par. 4.2 van dit hoofdstuk.

¹¹¹ Zie hoofdstuk 7, par. 3.1.1.

geslaagde mediation een executoriale titel te verkrijgen, doet het gebrek aan toetsingsmogelijkheden zich voelen. Zoals ik heb geconstateerd in par. 4.2 speelt ditzelfde probleem onder omstandigheden ook bij de notariële akte en het arbitrale schikkingsvonnis. Het probleem speelt in mindere mate bij een rechterlijk vonnis omdat de uitspraak van de rechter waarschijnlijk zwaarder aan de openbare orde en de goede zeden zal worden getoetst en in theorie ook aan de redelijkheid en billijkheid.¹¹² Bij een rechterlijke beschikking in de verzoekschriftprocedure gaat de toetsing nog verder. Van belang hierbij is of het een geschil betreft dat ter vrije beschikking van partijen staat.¹¹³

Het bestaan van een executoriale titel zonder dat voorafgaande controle is geweest op de onderliggende (vaststellings)overeenkomst kan tot problemen leiden in de executiefase. De Hoge Raad interpreteert art. 438 Rv restrictief ten aanzien van (ontruimings)vonnissen. Slechts indien het vonnis op een klaarblijkelijk feitelijke of juridische misslag berust of indien na het vonnis opgekomen feiten een noodtoestand creëren voor geëxecuteerde, kan de executie tegengehouden worden.¹¹⁴ Ik ben van mening dat er bij een executiegeschil met als basis een authentieke akte (notariële akte of proces-verbaal van een minnelijke schikking) of een rechterlijk schikkingsvonnis of -beschikking meer gronden toegestaan zullen zijn om de executie tegen te houden, waarbij ik specifiek denk aan gebreken in de totstandkoming van de overeenkomst.¹¹⁵ Als na het verkrijgen van de executoriale titel toch blijkt dat een partij aantasting van de schikking wenst, zal deze situatie opgelost moeten worden door het instellen van een executiegeschil en het starten van een procedure tot vernietiging.¹¹⁶ De consequentie van mijn standpunt inzake het rechtskarakter van het arbitraal schikkingsvonnis, namelijk als overeenkomst waarop de vernietingsgronden uit het overeenkomstenrecht van toepassing zijn, brengt met zich mee dat deze overweging ook voor het arbitraal schikkingsvonnis geldt.¹¹⁷

Een andere oplossing om het probleem van het gebrek aan toetsing bij vastlegging in vonnis, beschikking of proces-verbaal op te vangen, zou kunnen zijn om verdergaand te toetsen voordat een executoriale titel wordt verbonden aan de overeenkomst. Maar dit gaat in de richting van een verkapt appel. Uit de tekst van de overeenkomst zal weinig blijken, de rechter is niet bij de totstandkoming van de schikking betrokken geweest en dus kan alleen de toelichting van de afspraken door partijen nog uitkomst bieden.

Bij de notariële akte is voorafgaande vergaande toetsing bijna onmogelijk. De notaris is nu eenmaal geen rechter en zijn functie is het niet om tot een zelfde belangenafweging te komen als de rechter.¹¹⁸ Als uitweg uit deze situatie zou nog gedacht kunnen worden aan het aan banden leggen van de mogelijkheden voor executie op grond van een notariële akte. Hier is in de jaren dertig van de vorige eeuw al over gediscussieerd, maar dit is niet het systeem waar in de wet voor gekozen is.¹¹⁹

¹¹² Zie hoofdstuk 7, par. 3.1.1. En dus niet aan dwingend recht vanwege art. 7:902 BW, zie par. 4.2. van het onderhavige hoofdstuk.

¹¹³ Zie par. 3.1.2 en par. 4 van hoofdstuk 7.

¹¹⁴ Zie par. 8.1 van hoofdstuk 3.

¹¹⁵ Zie voor de mogelijkheden tot hoger beroep bij rechterlijke schikkingsvonnissen en -beschikkingen, De Graaf 2004, p. 221 e.v. Hij meent dat een minnelijke schikking afstand van een rechtsmiddel kan impliceren.

¹¹⁶ Zie par. 8.2.1 en 8.2.2 van hoofdstuk 3.

¹¹⁷ Naast de mogelijkheden die de arbitragewet biedt. Zie hoofdstuk 3, par. 9.3.

¹¹⁸ Maar de notaris heeft wel een zorgplicht. Zie par. 6.2 en 8.2.1 van hoofdstuk 3.

¹¹⁹ Voor een bespreking van deze discussie: Van Oven 1937, p. 406-408. Zie ook Jongbloed 1987, p. 461-462.

Over de samenloop van executie en aantasting van mediated vaststellingsovereenkomsten zal misschien in de toekomst geprocedeerd gaan worden. Ik spreek mijn vertrouwen uit dat de rechter dit probleem zal ondervangen door een executiegeschil op basis van onregelmatigheden in de totstandkoming of een onaanvaardbare inhoud toe te laten. Dit is ook logisch uit het oogpunt van parallelisme. Gronden voor vernietiging van de overeenkomst leveren ook gronden voor schorsing van de tenuitvoerlegging.¹²⁰ De rechter zal daarom de executie schorsen als er een gerede kans is op vernietiging van de overeenkomst. Ook als een partij protesteert tegen het verbinden van een executoriale titel aan de schikking, maar geen gebreken aannemelijk kan maken, zou, als er later toch bewijs boven tafel komt, schorsing van de executie mogelijk moeten zijn.

4.6. De voorgestelde oplossing

Zoals uit de voorgaande paragrafen bleek, kleven er een aantal problemen aan het gebruik van art. 87 Rv. Ten eerste geldt het artikel niet voor de verzoekschriftprocedure, terwijl juist in familiezaken veel wordt doorverwezen naar mediation en er dus behoefte is aan het relatief eenvoudig verbinden van een executoriale titel aan de afspraken.¹²¹ Ten tweede is art. 87 Rv zélf problematisch vanuit oogpunt van rechtzekerheid en rechtseenheid gezien de mogelijke verschillen in toepassing. Ook onwenselijk is dat bij sommige gerechten opname van de schikking in een vonnis mogelijk is, terwijl andere gerechten dit weigeren.

Deze problemen zouden opgelost kunnen worden door een artikel op te stellen dat ziet op verkrijging van een voor tenuitvoerlegging vatbare titel in mediations in aanhangige zaken. Dit artikel kan niet gelden voor non-court-annexed mediations vanwege het ontbreken van procesbelang. Het artikel zou moeten gelden voor zowel dagvaardingszaken als verzoekschriftprocedures. Het zou een plaats moeten krijgen in het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering.

Uit dit artikel zou duidelijk moeten blijken dat het oorspronkelijke geschil, zoals dat blijkt uit de conclusie van eis en conclusie van antwoord of het verzoek- en verweerschrift, en de uiteindelijke afspraken die gemaakt worden, niet op elkaar hoeven aan te sluiten. Als partijen het eens zijn over het verbinden van een voor tenuitvoerlegging vatbare titel aan hun schikking, zouden zij niet ter zitting hoeven te verschijnen voor ondertekening. Dit zou schriftelijk moeten kunnen gebeuren in navolging van de huidige praktijk bij de rechtbank Arnhem.

In dit artikel zou ook geregeld moeten worden dat eenzijdige terugtrekking van een partij uit de vaststellingsovereenkomst niet mogelijk is zonder dat gebreken in de totstandkoming of de inhoud worden aangevoerd en aannemelijk worden gemaakt. Welke omstandigheden tot aantasting zouden moeten kunnen leiden, zal duidelijk worden uit par. 5 e.v. van dit hoofdstuk. Het aanvoeren van een gebrek in de inhoud of de totstandkoming van de vaststellingsovereenkomst zou het verkrijgen van een titel moeten schorsen. De zaak wordt dan verwezen naar de rol (in dagvaardingszaken) voor een inhoudelijke behandeling van de aangevoerde vernietigingsgronden. Er zou geregeld moeten worden dat het uitbrengen van een nieuw(e) dagvaarding/verzoek voor een procedure over de vernietigingsgronden niet vereist is. Als de overeenkomst na toetsing in stand blijft, wordt een executoriale titel aan de afspraken

¹²⁰ Vergelijk de art. 1064 en 1066 in de Arbitragewet.

¹²¹ Zie par. 5.3.8 van hoofdstuk 2.

verbonden. Het verbinden van een titel aan de schikking zonder instemming van beide partijen is mijns inziens niet mogelijk met toepassing van art. 87 Rv. Daarom ook is invoering van een specifiek artikel noodzakelijk.

Deze specifieke wettelijke bepaling zou niet moeten gelden voor zaken die weliswaar aanhangig zijn, maar waarin niet in het kader van een doorverwijzingsvoorziening verwezen is. In deze zaken bestaat immers geen enkele garantie ten aanzien van de kwaliteit van de mediation. Dit wordt bij zaken die zijn doorverwezen via de gerechten in enige mate gewaarborgd door de opleidingseisen die aan de ingeschreven mediators worden gesteld (NMI-gecertificeerd of lid van de vFAS en dus juridisch geschoold) en het van toepassing zijn van een mediationovereenkomst waarin de NMI-regels van toepassing worden verklaard.¹²² Ook moeten zowel de NMI als de vFAS mediators zich houden aan de NMI-gedragsregels en zijn ze onderworpen aan de NMI-klachtenregeling en het tuchtrecht.¹²³ Bovendien worden zaken die vanuit de gerechten naar mediation worden verwezen, begeleid door een doorverwijzingsfunctionaris en is in deze zaken vaak ook nog enig rechterlijk toezicht; zo wordt in 60% van de familierechtelijke zaken doorverwezen ter zitting.¹²⁴ Deze waarborgen geven voldoende rechtvaardiging voor het onderscheid in regelgeving dat er zou moeten zijn ten aanzien van court-ordered en court-annexed mediation.

De vraag die zich vervolgens opwerpt, is of art. 87 Rv nog zou moeten gelden voor court-annexed zaken. Ik meen van niet. Art. 87 Rv zou in het geheel niet meer moeten gelden voor het verbinden van een executoriale titel aan mediated vaststellingsovereenkomsten. Ter ondersteuning van dit standpunt kunnen een aantal argumenten aangevoerd worden.

Het eerste argument ziet op de onduidelijkheid die bestaat ten aanzien van de reikwijdte van het artikel. Het is de vraag of non-court-ordered zaken überhaupt wel onder art. 87 Rv vallen (zie hiervoor hoofdstuk 7, par. 3.1.1) en of ten aanzien van het bepalen van de reikwijdte bij de gerechten een eenvormige praktijk bestaat.

Ten tweede zijn er nog de praktische problemen, zoals onzekerheid met betrekking tot overeenstemming tussen het geschil zoals dat uit de processtukken blijkt en de partijafspraken en het al dan niet noodzakelijk zijn van verschijning van partijen ter comparitie. Dit kan leiden tot verschillen in interpretatie bij de gerechten, wat rechtsonzekerheid en rechtsverscheidenheid creëert.¹²⁵

Ten derde verschillen mediations in aanhangige zaken zonder rechterlijke verwijzing daartoe, in wezen in niets van mediations in niet-aanhangige zaken. Het feit dat de zaak voor de rechter ligt, is een toevallige omstandigheid; er is geen enkel verband tussen de mediation en de rechterlijke procedure. Hieruit zou moeten voortvloeien dat ook de verkrijging van een titel niet via de rechter zou moeten verlopen. Vastlegging van de afspraken in een notariële akte of arbitraal schikkingsvonnis is net als bij mediations in niet-aanhangige zaken, een mogelijke wijze voor titelverrijking. Het zal overigens om een zeer beperkt aantal zaken gaan. Bij de meeste mensen is geringe kennis aanwezig over de mogelijkheden van mediation. Zij zullen

¹²² Zie o.m. par. 5.3.7 en 5.3.8 van hoofdstuk 2. Zie art. 2 van de mediationovereenkomst zoals deze wordt gehanteerd bij de doorverwijzingsvoorziening.

¹²³ Par. 5.2.5.4 van hoofdstuk 2.

¹²⁴ Pel 2006, p. 193. 50% van de zaken is familierechtelijke van aard (par. 5.3.8 van hoofdstuk 2).

¹²⁵ Deze praktische problemen zouden door middel van instructies in de rolreglementen voor de hoven en rechtbanken misschien deels kunnen worden opgelost.

veelal via de gerechten gewezen worden op de mogelijkheid van geschiloplossing door mediation. Dit betekent dat partijen dan al in het court-ordered traject zitten. Ook als partijen zelfstandig een verzoek doen tot verwijzing, is sprake van court-ordered mediation.

Vastlegging van de partijafspraken in een rechterlijk vonnis was al niet meer bij alle gerechten mogelijk.¹²⁶ Vastlegging in een beschikking is in verzoekschriftprocedures de enige manier om een titel te verkrijgen na mediation in een aanhangige zaak. Beide opties zouden moeten komen te vervallen voorzover het court-annexed maar geen court-ordered mediation betreft. Voor court-ordered mediations zal het nieuw in te voeren artikel hebben te gelden. Voor court-annexed en private mediation staat de mogelijkheid tot vastlegging in een notariële akte en eventueel in een arbitraal schikkingsvonnis open.

5. DE TOETSING

Niet alleen de afdwingbaarheid van de mediated vaststellingsovereenkomst vormde onderwerp van studie. De opzet van het onderzoek was ook om te inventariseren hoe in de rechtspraak omgesprongen wordt met de toetsing van vaststellingsovereenkomsten en of in deze wijze van toetsing verandering zou moeten komen voorzover het mediated vaststellingsovereenkomsten betreft. Bij dit onderzoek werd sterk geleund op het recht van drie Amerikaanse staten, vanwege het vrijwel geheel ontbreken van Nederlandse regelgeving en rechtspraak op dit gebied.

Mediated vaststellingsovereenkomsten hebben een bijzondere totstandkomingsgeschiedenis omdat een derde, de mediator, als spin in het web heeft gefungeerd in het proces dat tot sluiting van de overeenkomst heeft geleid.¹²⁷ Het is in de regel de mediator die de communicatie en de interactie stuurt en de toonzetting van de mediation bepaalt. Hij bepaalt het tijdstip van mediation, de locatie, wie erbij aanwezig zijn, hoe lang iedereen aan het woord is, of en wanneer een caucus plaatsvindt, de lengte van de mediation en of en wanneer er gepauzeerd wordt.¹²⁸ Soms bepaalt de mediator zelfs of een partij juridische bijstand mag hebben tijdens de mediation.¹²⁹ Hoe nadrukkelijk de mediator aanwezig is in het proces hangt af van de door de mediator gehanteerde stijl.¹³⁰ De mediationreglementen bepalen dat de mediator een grote vrijheid heeft bij het inrichten van de procedure. Maar ook partijen zouden hier invloed op moeten kunnen uitoefenen; mediation is een consensueel proces.¹³¹

¹²⁶ Zie par. 3.1.1 van hoofdstuk 7.

¹²⁷ Mediation komt van het Latijnse 'mediare' dat 'in het midden zijn' betekent. De mediator is dus degene in het midden. Hierin verschillen mediated vaststellingsovereenkomsten dus wezenlijk van 'gewone' schikkingsovereenkomsten, zie par. 3 van het inleidende hoofdstuk.

¹²⁸ Zie par. 2 en 3 van hoofdstuk 2.

¹²⁹ Zie par. 4.2 van hoofdstuk 7.

¹³⁰ Zie par. 4 van hoofdstuk 2 en par. 2 van dit hoofdstuk.

¹³¹ 'De mediator bepaalt, *na* (en niet *in*; MS) overleg met partijen, de wijze waarop de mediatonprocedure zal worden gevoerd'. (art. 13.1. NMI-Mediationreglement. Zie ook art. 8.1 van het ACB reglement). Ook uit de tuchtspraak blijkt dat de mediator een grote mate van vrijheid heeft om het mediationproces in te richten. Zie par. 5.2.5.2 van hoofdstuk 2 en par. 4.2 van hoofdstuk 7.

De procedurele rechtvaardigheid vormt de kern van de mediation. Degene die deze moet bewaken is de mediator.¹³² De kwaliteit van de mediation wordt opgehangen aan de persoon en het gedrag van de mediator.¹³³ Er lijkt vanuit te worden gegaan dat de mediator deze rechtvaardigheid van de procedure garandeert.¹³⁴ Om dit te waarborgen zijn gedragscodes en ethische regels opgesteld waarin wordt bepaald dat mediators er zorg voor dienen te dragen dat de condities in het mediationproces optimaal zijn.¹³⁵

Maar hoe wordt getoetst of de procedurele waarborgen daadwerkelijk door de mediator gegarandeerd worden? Zijn de toetsingsmogelijkheden met betrekking tot de totstandkoming van overeenkomsten toegesneden op de mediationsituatie? Met andere woorden, als de kernelementen van mediation niet worden gewaarborgd en de mediationprocedure dus niet volgens het boekje verloopt, is de vaststellingsovereenkomst dan vernietigbaar c.q. wordt de vordering tot nakoming dan geweigerd? Is er een grote kloof tussen wat het contractenrecht ter regulering kan doen en wat mediation pretendeert te bieden?¹³⁶

5.1. De onderzochte rechtspraak

In hoofdstuk 6 en 7 is de Amerikaanse en Nederlandse jurisprudentie over mediation en de vaststellingsovereenkomst behandeld. In de navolgende paragraaf wordt deze jurisprudentie nogmaals kort aangehaald teneinde deze te kunnen toetsen aan de criteria van procedurele rechtvaardigheid zoals geformuleerd in par. 2 van dit hoofdstuk. Er wordt hierbij een onderscheid gemaakt tussen familierechtelijke en niet-familierechtelijke zaken, opdat een eventueel verschil in toetsing tussen de twee typen zaken geregistreerd kan worden. Als eerste wordt onderzocht hoe de procedurele rechtvaardigheid in het mediationproces getoetst wordt. In par. 5.1.4 e.v., 5.1.5 e.v. en 5.1.6 wordt de rechterlijke toetsing van de materiële rechtvaardigheid onder de loep genomen.¹³⁷

*5.1.1. Procedurele rechtvaardigheid in het vermogensrecht*¹³⁸

De toetsing van de procedurele rechtvaardigheid van de mediated vaststellingsovereenkomst zal voor zowel het vermogensrecht als het familierecht onder de loep worden genomen per praktijkprobleem.

¹³² Zie ook de European Code of Conduct for Mediators (behandeld in hoofdstuk 2, par. 7.2). Hierin is een artikel opgenomen met de titel 'fairness of process'. Onder 'fairness of process' lijkt hier te worden verstaan dat 'the mediator shall ensure that all parties have adequate opportunities to be involved in the process'.

¹³³ Asser/Vranken 2005, nr. 130; McEwen, Rogers & Maiman 1995, p. 1325. Kovach onderscheidt *structural, process and procedural fairness*. Op structural fairness, de structuur van het conflict en de relatie tussen partijen, zou de mediator weinig invloed hebben. De mediator zou slechts het proces (process fairness) tussen partijen en de procedures waarlangs de mediation verloopt (procedural fairness) kunnen beïnvloeden (Kovach 2000, p. 134-135).

¹³⁴ Zie o.m. par. 2.4.2.1 en 3.4.2.2 van hoofdstuk 6.

¹³⁵ Zie hoofdstuk 2, par. 5.2.5.3, 6.2 en 7.2.

¹³⁶ Civiele en tuchtrechtelijke aansprakelijkheid van de mediator zijn geen onderwerp van studie. Het gaat in dit onderzoek om de relatie tussen partijen. Tuchtrechtspraak is in dit onderzoek besproken omdat hieruit duidelijk wordt wat er in de ogen van partijen mis kan gaan in het mediationproces. Zie voor de beroepsaansprakelijkheid van de mediator: Brenninkmeijer, Schutte & Spierdijk 2005, p. 91 e.v.

¹³⁷ Zie voor een vergelijking van de aantastingsgronden van overeenkomsten in het Nederlandse en Amerikaanse recht, nuttig voor een goed begrip van de volgende paragrafen, hoofdstuk 5, par. 4.

¹³⁸ Verreweg het grootste deel van de zaken betreft court-annexed mediation. Betreft het een non-court-annexed mediation, dan wordt dit vermeld.

5.1.1.1. Informatieproblemen

De eerste drie zaken die van belang zijn betreffen unilateral mistake.¹³⁹ De rechter kwam in deze zaken tot de conclusie dat mediation in de weg staat aan een ruime toepassing van dit leerstuk. De onderbouwing hiervoor berustte op het argument van de finaliteit van mediation als methode van conflictoplossing en op het argument van rechtszekerheid. Dit bracht met zich mee dat het wilsgebrekenrecht terughoudend moest worden toegepast.

In de eerste zaak betrof het verkeerde informatie afkomstig van een derde maar niet van de mediator, en in de tweede en derde zaak gingen partijen uit van een andere omvang van het onderwerp in geschil en reflecteerde de settlement de opvatting van één partij.

In een zaak die hier sterk op leek, waarbij partijen een andere voorstelling van zaken hadden en de uiteindelijke settlement de visie van een van hen reflecteerde, werd zelfs een beroep op wederzijdse dwaling gehonoreerd. De wederpartij van de benadeelde partij verzette zich hier nog tegen door aan te voeren dat de finaliteit van mediated settlements zich verzet tegen een geslaagd beroep op een wilsgebrek, maar deze redenering werd uitdrukkelijk afgewezen.¹⁴⁰

In een vijfde zaak voerde een partij aan dat zij de settlement voor ondertekening niet gelezen en niet begrepen had. Deze omstandigheden, zo bepaalde de rechter, liggen in de risicosfeer van de partij die zich erop beroept en zijn geen grond voor vernietiging op basis van unilateral mistake.¹⁴¹

5.1.1.2. Dwang

De volgende twee zaken betreffen een beroep op duress.¹⁴² Het ging om dwang vermeend uitgeoefend door de eigen advocaat. Het overeenkomstenrecht biedt voor deze situatie noch in de Verenigde Staten noch in Nederland uitkomst. Vernietiging van de overeenkomst is niet mogelijk.¹⁴³ Maar als de dwang van de advocaat bewezen wordt, is geen sprake van een in vrijheid totstandgekomen keuze van partijen. Partijen blijven dan gebonden aan een vaststellingsovereenkomst die zij niet in vrijheid hebben gesloten. Bovendien werd in een van deze twee zaken (*King v. Bishop*) door King beweerd dat zijn advocaat niet toestond dat hij de mediation verliet ook al gaf hij aan dat hij pijn had en niet met de mediation wenste door te gaan. Uitgangspunt van mediation is de vrijwilligheid van het proces. Op het moment dat een partij aangeeft te willen vertrekken en zij onder druk wordt gezet, door wie dan ook, om de mediation voort te zetten, is van vrijwilligheid van mediation geen sprake meer. In deze zaken wordt aan de vraag of inderdaad sprake is van onvrijheid en onvrijwilligheid niet eens toegekomen, omdat bij voorbaat duidelijk is dat het overeenkomstenrecht geen remedie biedt voor deze situaties.¹⁴⁴

¹³⁹ *Sponga v. Warro*, *Tilden Grove v. Orlando Expressway*, *Feldman v. Kritch* (hoofdstuk 6, par. 3.4.1.2 en 3.4.3).

¹⁴⁰ *Bolle v. American Greetings Corporation* (hoofdstuk 6, par. 4.4.1.2).

¹⁴¹ *Stewart v. Preston Pipeline, Inc.* (hoofdstuk 6, par. 2.5.2).

¹⁴² *King v. Bishop* en *Lype v. Watkins* (hoofdstuk 6, par. 4.4.1.1).

¹⁴³ Zie par. 5.5.2.1 van hoofdstuk 3, par. 3.4.2.1 van hoofdstuk 4 en par. 4 van hoofdstuk 5.

¹⁴⁴ Kennelijk was voor de wederpartij niet duidelijk dat King zeer ongelukkig was met de gang van zaken, zodat niet werd voldaan aan het kenbaarheidsvereiste dat ook het Amerikaanse wilsgebrekenrecht kent. Zie par. 3.4.2.1 van hoofdstuk 4.

Ook in *Randle v. Midgulf* stond vernietiging van de overeenkomst op grond van bedreiging centraal.¹⁴⁵ De dwang zou eruit hebben bestaan dat Randle ondanks vermoeidheid en pijn op zijn borst de mediation niet mocht verlaten totdat er een settlement lag. Het is uit de uitspraak niet op te maken van wie de dwang afkomstig was (aannemelijk is de eigen advocaat en/of de mediator) maar het hof kwam tot de conclusie dat deze settlement agreement in ieder geval niet afgedwongen kon worden door middel van summary judgement omdat eerst uitgezocht diende te worden of Randle de schikking in alle vrijheid was aangegaan.¹⁴⁶ De contractenrechtelijke toets zal hierbij slechts kunnen zien op de vraag of de omstandigheden een beroep op duress rechtvaardigen. Is de gang van zaken inderdaad zo geweest als Randle beschrijft, dan is duidelijk dat de keuzevrijheid en de vrijwilligheid van mediation niet zijn gerespecteerd, ook al wordt niet aan de vereisten van een geslaagd beroep op duress voldaan.

Als gedurende negen uur non-stop wordt bemiddeld zonder de gelegenheid om iets te eten, en een partij tekent de vaststellingsovereenkomst zonder zich te realiseren dat dit het einde van het geschil betekent en dat zij hieraan gebonden is, is er niets wat het overeenkomstenrecht nog voor haar kan betekenen. Dit ondanks het feit dat de vrijwilligheid en vrijblijvendheid van mediation en de keuzevrijheid van partijen door deze gang van zaken zijn aangetast. Vermoeidheid is geen grond om een partij niet gebonden te achten aan een overeenkomst, zo overwoog de rechter in *Berland v. Miller*.¹⁴⁷

5.1.1.3. Ontvankelijkheid en beïnvloeding

In de Olam-zaak werd een beroep gedaan op undue influence. Het beroep werd afgewezen.¹⁴⁸ Er was volgens het gerecht geen sprake van overmatige ontvankelijkheid noch van ongeoorloofde druk. Dit was de zaak van de oudere dame die had aangevoerd dat zij hevige pijn had tijdens de mediation, niet begreep wat er gebeurde en niets durfde te vragen, de hele dag alleen werd gelaten en een slechte relatie had met haar advocaat. De getuigenissen spraken deze versie tegen.¹⁴⁹ Haar eigen advocaat (waar zij later een geschil mee kreeg) getuigde dat de mediator regelmatig naging of alles goed ging met mevrouw Olam en haar vertelde dat zij niet door hoefde te gaan met de mediation als ze niet wilde. Ook blijkt uit de getuigenissen dat de mediator zich realiseerde dat mevrouw een wat moeilijke relatie had met haar advocaat en dat hij dit trachtte op te vangen door zo veel mogelijk direct zelf met haar te communiceren. Wat wel vaststaat, is dat mevrouw in ieder geval een keer huilde tijdens de mediation en dat de mediation voor een 65-jarige dame wel heel erg lang duurde (vijftien uur achter elkaar!). Al met al lijkt op het eerste gezicht aan de procedurele rechtvaardigheid te zijn voldaan. Wat echter in mijn ogen problematisch blijft, is dat de mediation zo lang heeft geduurd. Wat blijft er in de

¹⁴⁵ Hoofdstuk 6, par. 4.5.3.

¹⁴⁶ Waarschijnlijk bedoelt de rechter hiermee dat uitgezocht moest worden van wie de dwang afkomstig was. Voor een summary proceeding mogen er geen feitelijke kwesties meer spelen, dus zolang over de feiten onzekerheid is, kan geen summary judgment worden gegeven (par. 3.7.1 van hoofdstuk 4).

¹⁴⁷ Hoofdstuk 6, par. 2.4.2.1.

¹⁴⁸ *Olam v. Cogress Mortgage Company* (hoofdstuk 6, par. 2.5.3).

¹⁴⁹ Dus ook naar Nederlands recht zou een beroep op misbruik van omstandigheden niet zijn geslaagd vanwege een gebrek aan bewijs.

praktijk nog over van keuzevrijheid van partijen en vrijwilligheid van mediation op het moment dat mediations zo ontzettend lang doorgaan?¹⁵⁰

5.1.2. Procedurele rechtvaardigheid in het familierecht

5.1.2.1. Informatieproblemen

De eerste zaak die hier relevant is, is *Crossley v. Staley*, een zaak uit Texas.¹⁵¹ Het ging hier om een beroep op unilateral mistake. De Texaanse rechter oordeelde hier streng en stelde dat in familierechtelijke zaken gebondenheid aan de settlement agreement volgend op mediation slechts in geval van onbillijk gedrag van de wederpartij opgeheven kan worden. Er waren geen normen van procedurele rechtvaardigheid geschonden, maar zelfs als dit wel zo was geweest (behalve indien de wederpartij hier de hand in had gehad), zou dit niet tot aantasting hebben kunnen leiden.

In *Stamato v. Stamato* (een non-court-annexed mediation) werd wederom tevergeefs een beroep gedaan op unilateral mistake.¹⁵² De partij die zich op de vergissing beriep, was zich op het moment van aangaan van de overeenkomst bewust van het feit dat zij slechts beperkte informatie tot haar beschikking had met betrekking tot de voor het aangaan van de overeenkomst relevante feiten. Toch baseerde zij haar instemming met de schikking op deze informatie. Er was hier strikt genomen geen sprake van informed consent,¹⁵³ maar dit diende voor risico van de dwalende partij te blijven. Naar Nederlands recht zou hier tot hetzelfde oordeel moeten worden gekomen op grond van de uitspraken in *Ebele Dillema II* en *Financiële Raadgevers Associatie BV/Van 't Hart*.¹⁵⁴

Het feit dat de vaststellingsovereenkomst ongelukkig uitpakt voor een van partijen is niet genoeg voor een geslaagd beroep op mutual mistake, hiervoor is nodig dat sprake is van een misverstand, zo besliste de rechter in *Burrows v. Burrows*.¹⁵⁵

Als partijen hun mediated settlement agreement gebaseerd hebben op een veronderstelling die achteraf onjuist blijkt, kan de schikking op grond van mutual mistake vernietigd worden, zo blijkt uit *Zegub v. Zegub*. Dit is naar Nederlands recht niet anders; een vaststellingsovereenkomst kan vernietigd worden als partijen omstandigheden, feiten of

¹⁵⁰ Zie ook Pel die aangeeft dat mediations waarbij partijen persoonlijk zijn betrokken niet in één dag afgerond zouden moeten worden (Pel 2004a, p. 53). Maar in de Nederlandse praktijk schijnen ook weekendmediations en eendaagse mediations voor te komen waar het de bedoeling is alles af te kaarten. Zie ook de brochure 'Mediation: toch samen het conflict oplossen. Informatie voor mensen die betrokken zijn bij een juridische procedure rond een familieconflict' (p. 11), de brochure 'Mediation: toch samen het conflict oplossen. Informatie voor mensen en organisaties die al een juridische procedure hebben lopen bij de civiele of kantonrechter', (p. 12), en de brochure 'Mediation toch samen het conflict oplossen: Informatie voor mensen die al een conflict hebben lopen', te raadplegen op www.rechtspraak.nl (laatstelijk geraadpleegd op 2 april 2007).

¹⁵¹ Hoofdstuk 6, par. 4.4.2.3.

¹⁵² Hoofdstuk 6, par. 3.4.1.2. Het ging hier om een zaak waarin wel sprake was van een familierechtelijke relatie, maar niet van een familierechtelijk onderwerp van geschil.

¹⁵³ Informed consent in een nog fundamentele betekenis, namelijk dat een partij zelf ook zorgt dat zij een goed geïnformeerde beslissing neemt, dan door mij in par. 2 van dit hoofdstuk gehanteerd.

¹⁵⁴ Zie hoofdstuk 3, par. 5.5.1.1.

¹⁵⁵ Hoofdstuk 6, par. 4.4.2.3.

factoren die achteraf niet juist blijken, als vaststaand en onbetwist aan hun vaststelling ten grondslag hebben gelegd.¹⁵⁶

In zowel de zaak *Boyd v. Boyd* als *Morales v. Morales* (een non-court-annexed mediation) werd een gegrond beroep gedaan op misrepresentation. In beide zaken had een partij informatie achter gehouden en was dus sprake van schending van procedurele rechtvaardigheid in de vorm van afwezigheid van informed consent. De wederpartij ging daardoor bij het aangaan van de overeenkomst uit van een valse voorstelling van zaken. Het overeenkomstenrecht bood steun en de verkeerd ingelichte partij was niet gebonden aan de schikking.

In *Boyd v. Boyd* werd aangevoerd dat een partij niet gehouden was om in een aanhangige echtscheidingszaak openheid van zaken te geven over vermogensbestanddelen anders dan door middel van een formele *discovery*- procedure.¹⁵⁷ Het hof weersprak dit en gaf aan dat als partijen in hun mediated settlement agreement een bepaling op hebben genomen waarin staat dat zij ieder eerlijk hun vermogensbestanddelen hebben onthuld en een van partijen heeft dit vervolgens niet gedaan, de schikking vernietigbaar is.¹⁵⁸ In *Morales v. Morales* werd onder verwijzing naar *Boyd v. Boyd* hetzelfde beslist.¹⁵⁹

Als geen bepaling is opgenomen over het delen van informatie bestaat er geen mededelingsplicht zo werd bepaald in *Hall v. Hall*.¹⁶⁰ Naar Nederlands recht zou art. 6:228 lid 1 sub b BW van toepassing zijn, mits de overeenkomst bij een juiste voorstelling van zaken niet zou zijn gesloten.¹⁶¹ In deze zaak is sprake van schending van informed consent. Partijen moeten elkaar eerlijk voorlichten in de mediation, ook zonder bepaling daartoe.

5.1.2.2. Dwang

McKinlay v. McKinlay betrof mediation in een echtscheidingszaak. De vrouw voerde aan dat de mediator oneerlijk en onfatsoenlijk was gelopen. De mediated settlement agreement zou tot stand zijn gekomen onder invloed van duress en zij wenste de overeenkomst dan ook te vernietigen. De dwang zou afkomstig zijn geweest van haar eigen advocaat, van de advocaat van de wederpartij en van de mediator. Bovendien zou de vrouw in een emotionele crisis hebben verkeerd op het moment van mediation. Zoals eerder uiteengezet is dwang van de eigen advocaat en dwang van de mediator geen grond voor vernietiging op basis van duress (tenzij dit kenbaar is voor de wederpartij).¹⁶² Dwang van de advocaat van de wederpartij kan zowel naar Nederlands als naar Amerikaans contractenrecht een grond voor vernietiging opleveren.¹⁶³ Aan de beantwoording van de vraag of sprake was van duress kwam het hof niet toe, aangezien de zaak zich toespitste op de vertrouwelijkheid van de mediationcommunicatie. Voor deze zaak geldt ook weer dat als de mediator en de eigen advocaat inderdaad dwang hebben uitgeoefend,

¹⁵⁶ Zie de overwegingen van de Hoge Raad in *Ebele Dillema II*, besproken in par. 5.5.1.1 van hoofdstuk 3.

¹⁵⁷ Discovery is het op verzoek van de wederpartij verplicht openbaar maken van informatie in een rechterlijke procedure (Black's Law Dictionary, p. 498).

¹⁵⁸ Hoofdstuk 6, par. 4.3.2.5.

¹⁵⁹ Hoofdstuk 6, par. 4.4.2.4.

¹⁶⁰ Hoofdstuk 6, par. 4.3.3.

¹⁶¹ Het bestaan van de discovery- regel in het Amerikaanse procesrecht kan tot andere uitkomsten leiden ten aanzien van informatieproblemen dan in Nederland het geval zou zijn.

¹⁶² Zie ook voetnoot 144.

¹⁶³ Zie hoofdstuk 3, par. 5.5.2.1 en hoofdstuk 4, par. 3.4.2.1.

er geen sprake was van keuzevrijheid en vrijwilligheid. Bovendien zou de neutraliteit van de mediator gecompromitteerd zijn. Indien de mediator druk uitoefent op een partij of op partijen staat hij niet meer neutraal in de mediation, maar heeft hij kennelijk belang bij een bepaalde uitkomst van de mediation, namelijk het tot stand komen van een schikking. De procedurele rechtvaardigheid van mediation is geschonden en het contractenrecht biedt geen uitkomst.

De spanning tussen wat mediation pretendeert en wat het overeenkomstenrecht kan bieden, was duidelijk voelbaar in *Vitakis v. Valchine*.¹⁶⁴ Ook hier betrof het echtscheidingsmediation in Florida en ook hier werd de mediator beschuldigd van het uitoefenen van dwang. Het hof bevestigde dat dwang van de mediator onder het overeenkomstenrecht geen grond is voor vernietiging op basis van het leerstuk duress, maar dat beïnvloeding van partijen door een mediator benoemd door het gerecht, mits de dwang vast komt te staan, toch een grond kan zijn voor het buiten toepassing laten van de overeenkomst omdat alleen zo de keuzevrijheid van partijen en de vrijwilligheid van het proces kan worden gewaarborgd. De Florida Rules for Certified & Court-appointed Mediators schrijven voor hoe een mediator zich dient te gedragen tijdens de mediation. Als de mediator in strijd handelt met deze regels, wat hier werd aangevoerd, moet er een mogelijkheid zijn, zo vond de rechter, om een partij te ontheffen van gebondenheid aan de schikking ook al biedt het contractenrecht die mogelijkheid niet.¹⁶⁵

Ook in *Zimmerman v. Zimmerman* voelde een partij zich zwaar onder druk gezet door de mediator.¹⁶⁶ Het betrof hier een sterk evaluerende mediation. Duress kon niet bewezen worden, omdat het enige bewijs bestond uit de verklaringen van de onder druk gezette partij.¹⁶⁷

In *re marriage of Banks*, een Texaanse echtscheidingszaak, werd besloten dat mediated settlements op dezelfde wijze behandeld moeten worden als andere overeenkomsten totstandgekomen na *arm's length negotiations*. Het ging hier om vermeend verkeerde voorlichting en druk afkomstig van de eigen advocaat. Als het inderdaad zo is dat de advocaat van mevrouw haar niet heeft uitgelegd waar zij naar geldend recht aanspraak op kon maken, dan was er geen sprake van informed consent ten aanzien van de schikking.¹⁶⁸ Als de wederpartij wel op de hoogte was van het recht dat van toepassing was op deze zaak, was de gelijkwaardigheid van partijen ook zoek. Als de advocaat haar daadwerkelijk onder druk heeft gezet om te tekenen hoewel ze aangaf niet te willen, is haar instemming niet in vrijheid totstandgekomen.¹⁶⁹ Het overeenkomstenrecht biedt hier geen soelaas.

In *Berg v. Bregman*, een erfrechtelijke zaak uit Californië, stond keuzevrijheid, vrijwilligheid en vrijblijvendheid centraal.¹⁷⁰ Ook hier ging het weer om dwang beweerdelijk uitgeoefend door de eigen advocaat tijdens de mediation. De mediation duurde veertien uur en de advocaat zou mevrouw Berg hebben verboden de mediation af te breken. Bovendien verkeerde de vrouw in omstandigheden die haar extra gevoelig maakte voor die druk. Het beroep op duress en undue influence werd afgewezen. Hierbij leek van belang te zijn dat de

¹⁶⁴ Deze uitspraak werd vijf jaar na die in *McKinlay v. McKinlay* gewezen.

¹⁶⁵ Hoofdstuk 6, par. 3.4.1.1.

¹⁶⁶ Hoofdstuk 6, par. 4.4.2.1.

¹⁶⁷ De rechter refereert hier niet aan het feit dat de dwang afkomstig was van een derde (de mediator).

¹⁶⁸ Zie voetnoot 153.

¹⁶⁹ Hoofdstuk 6, par. 4.4.2.1.

¹⁷⁰ Hoofdstuk 6, par. 2.4.2.1.

rechter vond dat de schikking billijk was. De rechter toetste de afspraak in de settlement waar de vrouw bezwaar tegen had en merkte op dat het een voor haar gunstige uitkomst was. Onduidelijk bleef in deze zaak of er normen van procedurele rechtvaardigheid waren geschonden. Als inderdaad vast was komen te staan dat zij de mediation niet mocht verlaten, lijkt mij dat evident. Bovendien stellen mediations die zo lang doorgaan, zeker in familierechtelijke zaken, het uithoudingsvermogen en daarmee de zelfbeschikking en de vrijwillige participatie van partijen zwaar op de proef.

Ook *Cooper v. Austin* betrof een duress-zaak.¹⁷¹ De bedreiging was afkomstig van de wederpartij en het hof concludeerde dat als gevolg van dit dreigement de man akkoord was gegaan met een volslagen ongelijke vermogensverdeling in het voordeel van de vrouw. Een geslaagd beroep op duress dus. Ook naar Nederlands recht zou in theorie een geslaagd beroep op bedreiging mogelijk zijn geweest, omdat de druk afkomstig was van de wederpartij.¹⁷²

5.1.2.3. Ontvankelijkheid en beïnvloeding

In *Domangue v. Domangue* ging het om de gemoedstoestand van een partij. De echtgenote in een echtscheidingszaak voerde aan dat zij niet bekwaam was geweest om de mediated settlement te sluiten, omdat zij tijdens de mediation onder andere ziek, verward, depressief en huilerig zou zijn geweest.¹⁷³ Maar deze omstandigheden waren naar de mening van de rechter niet zwaarwegend genoeg voor een geslaagd beroep op een geestelijke stoornis (incapacity).¹⁷⁴ De vraag is of hier wel sprake is geweest van gelijkwaardige participatie en vrije wilbepaling, beide wezenlijke elementen van mediation.

Als laatste is er nog de Nederlandse zaak tussen het echtpaar K en B. In deze zaak staat ook de gemoedstoestand van de vermeend benadeelde partij (B) centraal. Hij voelde zich overrompeld, overhaast en onder druk gezet, maar het beroep op misbruik van omstandigheden ketst af omdat de druk voor de wederpartij niet kenbaar was (noodzakelijk voor een geslaagd beroep op art. 3:44 lid 4 BW, zie hiervoor lid 5). Van belang voor het oordeel van de rechter lijkt overigens geweest te zijn dat B werd bijgestaan door een advocaat en dat er ook daadwerkelijk overleg tussen hem en zijn advocaat heeft plaatsgevonden.¹⁷⁵ Ook hier kunnen weer vraagtekens worden gezet bij de gelijkwaardige participatie en de zelfbeschikking van partijen.

5.1.3. Conclusie procedurele rechtvaardigheid

De uitspraken illustreren dat schending van de procedurele rechtvaardigheid van mediation niet betekent dat een geslaagd beroep op een wilsgebrek of wilsontbreken kan worden gedaan; de kernwaarden kunnen geschonden zijn zonder dat dit leidt tot aantastbaarheid van de schikkingsovereenkomst. Dit komt deels omdat deze situaties überhaupt niet onder de wilsgebrekenregelingen zijn te vangen gezien de beperkte reikwijdte van deze leerstukken, en deels omdat het wilsgebrekenrecht in mediation terughoudend wordt toegepast uit oogpunt van finaliteit en rechtszekerheid. Ook het feit dat de afspraken billijk zijn, lijkt een rol te kunnen

¹⁷¹ Hoofdstuk 6, par. 3.4.1.1.

¹⁷² Zie hoofdstuk 3, par. 5.5.3.

¹⁷³ Hoofdstuk 6, par. 4.4.2.2.

¹⁷⁴ Zie voetnoot 41, par. 3.3 van hoofdstuk 4.

¹⁷⁵ Hoofdstuk 7, par. 4.1.

spelen bij afwijzing van het beroep op een vernietigingsgrond. Slechts in één uitspraak wordt deze discrepantie tussen de kernwaarden van mediation en de aantastingsgronden uit het overeenkomstenrecht openlijk onderkend (*Vitakis v. Valchine*) en komt de rechter met een oplossing.

5.1.4. Materiële rechtvaardigheid in het vermogensrecht¹⁷⁶

De materiële rechtvaardigheid van de schikking is een omstreden kernwaarde van mediation in de zin dat er verschillende opvattingen over materiële rechtvaardigheid bestaan.¹⁷⁷ Het contractenrecht stelt zijn eigen eisen aan de inhoud van een overeenkomst en dit is de norm die wordt gebruikt bij de toetsing van de inhoud van de overeenkomst volgend op een geslaagde mediation. Hieronder wordt aan de hand van de Amerikaanse uitspraken besproken in welk type gevallen de materiële rechtvaardigheid van de mediated schikking grond voor aantasting op basis van het overeenkomstenrecht is. Bij de analyse van de jurisprudentie wordt het onderscheid tussen vermogens- en familierechtelijke zaken gehandhaafd.

5.1.4.1. Onredelijke sanctiebepalingen

De materiële rechtvaardigheid van mediated settlement agreements kwam impliciet aan de orde in een aantal zaken waarin sprake was van een sanctieclausule in de schikkingsovereenkomst. Voor alle zaken gold dat als een partij voor een bepaalde datum niet zou betalen, de clausule in werking zou treden. Dit scenario verwezenlijkte zich en de schuldeiser vorderde uitvoering van de sanctiebepaling in de schikkingsovereenkomst. De zaken *Treasure Coast v. Ludlum*, *Hufcor v. Homestead* en *Sublime v. Boardman's Inc* (non-court-annexed) werden alledrie gewezen door hetzelfde Floridase hof. In al deze zaken had de rechtbank geweigerd volledig uitvoering te geven aan de sanctiebepaling. De rechtbank in *Treasure Coast* besloot dit met de overweging dat de bepaling het geweten van de rechter schokte. In alle drie de gevallen vernietigde het hof en stelde dat het om contractbreuk ging en dat dus uitvoering moest worden gegeven aan de oplossing die partijen daarvoor contractueel waren overeengekomen. In al deze zaken ging het om een verkapte inhoudelijke toetsing van bepalingen uit mediated settlements, namelijk door als handvat te nemen of wel of geen sprake was van wanprestatie. Het hof kwam dus aan de overweging of de inhoud van de overeenkomst wel *fair and reasonable* was niet toe.¹⁷⁸ Naar Nederlands recht zou deze situatie zijn getoetst aan de hand van de marginale toets van art. 6:248 lid 2 BW. Er kan vanuit gegaan worden dat een clausule in een overeenkomst die het geweten van de rechter schokt naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. Maar een zuiver inhoudelijke toets, los van de omstandigheden, kent het Nederlandse recht niet.¹⁷⁹

¹⁷⁶ Verreweg het grootste deel van de zaken betreft court-annexed mediation. Betreft het een non-court-annexed mediation, dan wordt dit vermeld.

¹⁷⁷ Zie hoofdstuk 2, par. 2.

¹⁷⁸ Als de wederpartijen de schikkingen in het geheel niet waren nagekomen en het hof zou de contractuele oplossing overeengekomen voor contractbreuk *unfair and unreasonable* hebben gevonden dan had het zich niet meer kunnen verschuilen achter het wanprestatieerstuk.s

¹⁷⁹ Zie hoofdstuk 3, par. 5.3.2.2.

De bovenstaande zaken betroffen allemaal commerciële verhoudingen. In een zaak afkomstig van een ander hof in Florida betrof het een arbeidsrechtelijk geschil.¹⁸⁰ Ook hier hadden partijen voor het geval van niet-nakoming van de mediated settlement in de overeenkomst een voorziening getroffen. In deze zaak weigerde het hof wel om uitvoering te geven aan die bepaling, maar aan rechtvaardigheidsoverwegingen werd niet toegekomen, omdat het hof tot de conclusie kwam dat de te late nakoming geen wanprestatie vormde. Het verschil tussen deze laatste uitspraak en de drie bovenstaande zit waarschijnlijk in het feit dat het in deze laatste zaak geen commerciële relatie betrof. Dit geeft al aan dat ook al gebeurt het niet expliciet, er toch een zekere inhoudelijke toetsing plaatsvindt, waarbij kennelijk het type geschil en de hoedanigheid van partijen van belang is.¹⁸¹

5.1.5. Materiële rechtvaardigheid in het familierecht

In de volgende veertien zaken, waarvan er acht afkomstig zijn uit Florida, vier uit Texas en twee uit Californië en die alle court-annexed mediation lijken te betreffen, stond de materiële rechtvaardigheid van mediated settlement agreements in het familierecht ter discussie.

5.1.5.1. Onredelijke sanctiebepalingen

In *Wells v. Wells*, een echtscheidingszaak, was de mediated schikking opgenomen in een schikkingsvonnis.¹⁸² De man kwam niet na en daarop had de schikkingsovereenkomst een sanctie gesteld die de rechter in eerste aanleg ambtshalve unconscionable had gevonden.¹⁸³ Het hof vernietigde en stelde dat er geen ruimte was voor een ambtshalve toets naar de billijkheid van de inhoud van het schikkingsvonnis.¹⁸⁴

In *Rose v. Ditto* stond de materiële rechtvaardigheid minder expliciet ter discussie. In deze zaak ging het om een verkapte inhoudelijke toetsing zoals ook in par. 5.1.4.1 werd aangetroffen ten aanzien van de vier vermogensrechtelijke zaken uit Florida. Bepaald werd dat de te late betaling van kinderalimentatie door de man – de alimentatie was overeengekomen in de settlement – geen wanprestatie vormde, waarbij deze zaak uitdrukkelijk werd onderscheiden van het oordeel in *Treasure Coast* onder meer omdat in die zaak partijen in een commerciële relatie tot elkaar stonden en hier in een familierechtelijke relatie.¹⁸⁵ Het niet aannemen van wanprestatie betekende dat de sanctiebepaling uit de settlement buiten toepassing bleef.

¹⁸⁰ Edward Waters College, Inc. v. Johnson (hoofdstuk 6, par. 3.4.2.1). Het betrof een non-court-annexed mediation.

¹⁸¹ In de drie eerdere zaken ging het om overeenkomsten tussen een bedrijf en de overheid en tussen bedrijven onderling. In de laatste zaak om een bedrijf en een particulier. Tjittes onderscheid drie hoedanigheden voor contractspartijen, particulieren, ondernemers en overheden en vindt dat slechts met deze drie hoedanigheden van contractspartijen rekening gehouden hoeft te worden (Tjittes 1994, p. 1 en 248).

¹⁸² Hoofdstuk 6, par. 3.4.2.2.

¹⁸³ Zie voor unconscionability, par. 3.4.6 van hoofdstuk 4.

¹⁸⁴ De uitspraak zegt hier niets over maar het zal substantive unconscionability hebben betroffen, want er blijkt niets van onregelmatigheden in het mediationproces. Normaliter kan unconscionability wel ambtshalve worden getoetst. Zie par. 3.4.6 e.v. van hoofdstuk 4.

¹⁸⁵ Hoofdstuk 6, par. 3.4.2.2.

5.1.5.2. Onredelijke financiële afspraken

De oudste zaak waarin onredelijke financiële afspraken centraal stonden, is *Tubbs v. Tubbs*.¹⁸⁶ Het betrof een echtscheidingsprocedure waarin een settlement tot stand was gekomen die duidelijk in het voordeel was van de man. De vrouw weigerde uitvoering te geven aan de schikking, maar voerde geen gebreken in de totstandkoming aan. De rechter in eerste aanleg was tot het oordeel gekomen dat de overeengekomen vermogensverdeling onredelijk en oneerlijk was. Echtscheidingsconvenanten kunnen in Florida opzij worden gezet als sprake is van een gebrek in de totstandkoming en als oneerlijke en onredelijke afspraken worden gemaakt die het gevolg zijn van onvolledige informatie bij een partij. Dit gebrek aan informatie hoeft niet te wijten te zijn aan de wederpartij. Het gaat erom dat de onredelijke verdeling het gevolg is van een niet goed ingelichte instemming met de overeenkomst. Het gaat hier dus niet zozeer om schending van de materiële rechtvaardigheid zoals op het eerste gezicht lijkt, als wel om problemen met de procedurele rechtvaardigheid. De vrouw trok hier overigens aan het kortste eind omdat zij in mediation was bijgestaan door een advocaat en een accountant en daardoor het gebrek aan informed consent voor haar rekening moest blijven.¹⁸⁷ Naar Nederlands recht was de niet goed ingelichte instemming waarschijnlijk ook zonder bijstand van een advocaat of accountant voor rekening van de vrouw gebleven. Zowel op grond van art. 6:228 lid 1 sub b BW als op grond van sub c was geen vernietiging mogelijk geweest.¹⁸⁸ Tjittes merkt op dat het een partij in bepaalde gevallen aangerekend kan worden als zij geen bijstand inroept.¹⁸⁹ Deze stellingname lijkt mij echter in geval van mediation, waar partijen zelf actief moeten deelnemen en samen tot een oplossing moeten zien te komen, moeilijk te verdedigen. Dit geldt ook als de wederpartij wel een advocaat in de arm heeft genomen.

In *Trowbridge v. Trowbridge* bevestigde het hof de uitspraak in *Tubbs v. Tubbs*; ook al is de vermogensverdeling prima facie onredelijk en oneerlijk dan is dit nog geen reden om hier rechtskracht aan te ontfemen als de oneerlijkheid niet het gevolg is van een gebrek aan informatie.¹⁹⁰ Sterker nog, de rechter voegde hier aan toe dat schikkingen totstandgekomen in court-annexed mediation minder eenvoudig vernietigd moeten kunnen worden dan andere schikkingen omdat de procedurele regels in mediation het proces met waarborgen omkleeden. Uit deze uitspraak werd niet duidelijk welke procedurele regels de rechter precies op het oog had.

Op deze overwegingen sluit de uitspraak in *Petracca v. Petracca* naadloos aan.¹⁹¹ Wederom werd benadrukt dat het niet aan de rechter is om de inhoud van de overeenkomst op haar billijkheid te beoordelen als de schikking weloverwogen en vrijwillig is aangegaan. Bovendien werd overwogen dat als de procedure voor de rechter al vergevorderd is ten tijde van het aangaan van de schikking, het ontbreken van informed consent,¹⁹² voorzover dit niet te

¹⁸⁶ Hoofdstuk 6, par. 3.4.2.2.

¹⁸⁷ Zie voetnoot 153.

¹⁸⁸ Zie par. 4 van hoofdstuk 5.

¹⁸⁹ Tjittes 1994, p. 208-209.

¹⁹⁰ Hoofdstuk 6, par. 3.4.2.2.

¹⁹¹ Hoofdstuk 6, par. 3.4.2.2.

¹⁹² Zie voetnoot 153.

wijten is aan de wederpartij, niet voldoende is om een schikking opzij te zetten op grond van onredelijkheid.¹⁹³ Dit geldt zowel voor schikkingen in als buiten mediation.

De rechters in *Crupi v. Crupi* voegden hier aan toe dat de redenen om niet naar de billijkheid van de overeenkomst te kijken nog dwingender zijn indien de schikking tot stand komt na mediation. In deze zaak voerde de vrouw aan dat zij erg overstuur was en medicijnen had geslikt waardoor zij niet in vrijheid beslist zou hebben, maar deze omstandigheden rechtvaardigden in de ogen van de rechter geen beroep op een wilsgebrek.¹⁹⁴ Vervolgens weigerde de rechter de inhoud van de overeenkomst te beoordelen met als motivering dat het onderhandelingsproces begeleid was door een geschoolde derde.

Ook in *In re marriage of Kieturakis*, een zaak naar aanleiding van een echtscheidingsmediation, werd geoordeeld dat het overeenkomstenrecht bij de beoordeling van een mediated settlement aan banden moet worden gelegd vanwege het feit dat de mediator er zorg voor draagt dat de partijen vrijwillig participeren en hun keuzevrijheid behouden, waardoor zowel de rechtvaardigheid van het proces als de rechtvaardigheid van de inhoud minder zwaar getoetst zou hoeven worden dan buiten de mediationcontext.¹⁹⁵

Dit sluit aan op de overwegingen van een Texaanse rechtbank die meende dat schikkingen totstandgekomen in mediation niet meer zouden moeten worden getoetst op hun inhoud, omdat mediation is bedoeld als alternatief voor overheidsrechtspraak. Een inhoudelijke toets naar de billijkheid van de overeenkomst zou betekenen dat de rechter de zaak toch zou moeten beoordelen.¹⁹⁶ Een ander Texaans gerecht stelde wel als grens dat de overeenkomst niet in strijd mag zijn met de openbare orde of dwingend recht.¹⁹⁷

5.1.5.3. Onredelijke afspraken ten aanzien van minderjarigen

In familierechtelijke zaken waar geen familievermogensrecht maar pure familierechtelijke kwesties aan de orde zijn, heeft de rechterlijke toetsing een groter bereik. In echtscheidingskwesties is het belang van het kind de overheersende factor bij de toetsing. In *Wayno v. Wayno* legde de rechter een andere regeling voor het gezag en de kinderalimentatie op dan partijen overeen waren gekomen in hun mediated settlement agreement.¹⁹⁸

In de zaak *In re Jason*, een Californische uitspraak, werd bepaald dat de rechter het vastleggen van een gezagsregeling in een vonnis kan weigeren indien opname onredelijk en oneerlijk zou zijn.¹⁹⁹

Uit de zaak *Griffith v. Griffith* blijkt dat de belangen van de kinderen in het oog moeten worden gehouden in echtscheidingszaken.²⁰⁰ Uit deze uitspraak werd niet duidelijk hoe ver die inhoudelijke toets precies gaat. Er hadden zich in deze zaak overigens geen onregelmatigheden voorgedaan in het mediationproces. In dit geval werd bepaald dat er geen

¹⁹³ Hierbij is vooral van belang of er al dan niet een mogelijkheid voor discovery heeft plaatsgevonden. Dat was in deze zaak wel het geval (zie voetnoot 157 en 161).

¹⁹⁴ Hoofdstuk 6, par. 3.4.1.

¹⁹⁵ Hoofdstuk 6, par. 2.4.2.1.

¹⁹⁶ In the matter of the Marriage of Joyner and In the Interest of Thomas Joyner. Behandeld in o.m. par. 4.3.2.5 van hoofdstuk 6.

¹⁹⁷ In re Kasschau. Zie par. 4.3.2.5 van hoofdstuk 6.

¹⁹⁸ Hoofdstuk 6, par. 3.4.2.2.

¹⁹⁹ Hoofdstuk 6, par. 2.4.1.2.

²⁰⁰ Zie o.m. hoofdstuk 6, par. 3.4.2.2.

ruimte was voor een toets naar de billijkheid van de overeenkomst. Ook hier merkte de rechter weer op dat partijen in mediation worden bijgestaan door een geschoolde derde en in dit geval ook nog door advocaten, en lijkt de rechter te suggereren dat mediation bedoeld is als alternatief voor de rechter hetgeen betekent dat de rechter niet inhoudelijk kan toetsten voorzover de belangen van de kinderen niet rechtstreeks in het geding zijn. Hier doet weer het argument van finaliteit zijn intrede.

5.1.6. *Conclusie materiële rechtvaardigheid*

Uit deze uitspraken die zien op de materiële rechtvaardigheid komt een duidelijke tendens naar voren; de rechters lijken huiverig voor inhoudelijke toetsing van de overeenkomst totstandgekomen in mediation. Dit geldt zowel voor de verkapte als de openlijke toetsing en zowel voor vermogensrechtelijke als familierechtelijke zaken.²⁰¹ Opmerkelijk is de openlijke afwijzing van inhoudelijke toetsing in familierechtelijke zaken waar de belangen van kinderen niet direct in het geding zijn. Naar Nederlands recht vindt een inhoudelijke toets van de afspraken plaats als het de belangen van minderjarigen in familiezaken betreft, waarbij het belang van het kind richtsnoer is bij de toetsing.²⁰²

Als argumenten voor het gebrek aan inhoudelijke toetsing worden gegeven dat in mediation de onderhandelingen begeleid worden door een geschoolde derde die toeziet op de rechtvaardigheid van het proces. Daarbij lijkt het feit dat partijen in mediation werden bijgestaan door een deskundige, bijvoorbeeld een advocaat of accountant, de rechters op het spoor te zetten dat inhoudelijke toetsing van de afspraken niet noodzakelijk is, terwijl ook uit de uitspraken blijkt dat deze deskundigen of bijstandverleners juist wel eens problemen geven in het proces. Bovendien duikt het argument van finaliteit, net als bij de toetsing die ziet op de totstandkoming van de overeenkomst, hier op. Al met al is er één zaak waarin werd geoordeeld dat de inhoud van een beding in de schikkingsovereenkomst niet door de beugel kon (buiten de zaken die de belangen van minderjarigen betroffen). Dit betrof ook nog eens de enige familierechtelijke zaak waar de toetsing verkapt plaatsvond.

5.2. **De onderzochte tuchtrechtspraak**

In drie Nederlandse tuchtrechtelijke zaken wordt benadrukt dat mediators grote vrijheid hebben bij het inrichten van de mediationprocedure, maar in de tuchtzaak waar de mediator een partij bijstand had geweigerd, werd de klacht gegrond bevonden. Hier vond de vrijheid tot het inrichten van het mediationproces haar begrenzing. Ook in de tuchtrechtspraak lijkt het bij de afweging of klachten van dwang gegrond zijn, net zoals bij de civielrechtelijke inhoudelijke toetsing, van belang of de klager in mediation werd bijgestaan door een advocaat.²⁰³ Bovendien lijkt het voor het gegrond bevinden van een tuchtrechtelijke klacht van belang te zijn of de klager tijdens de mediationprocedure heeft aangegeven dat hij niet gelukkig was met de gang van zaken.²⁰⁴ Logischerwijs worden klachten over dwang van de mediator die niet voldoende onderbouwd kunnen worden, afgewezen.

²⁰¹ Opmerkelijk is ook dat er in de drie staten geen vermogensrechtelijke zaken zijn geweest waarin de materiële rechtvaardigheid openlijk werd beoordeeld.

²⁰² Zie o.m. par. 3.1.2 van hoofdstuk 7.

²⁰³ Zie par. 4.2 van hoofdstuk 7.

²⁰⁴ Hier valt een parallel te trekken met het kenbaarheidsvereiste uit het wilsgebrekenrecht.

De tuchtcommissie merkt in een andere zaak wel op dat de mediator, ondanks de grote vrijheid bij de inrichting van de procedure, primair verantwoordelijk is voor misverstanden in de communicatie tussen partijen. En de commissie wijst op de verantwoordelijkheid van de mediator om aanwezig te zijn bij het ondertekenen van de vaststellingsovereenkomst en te wijzen op eventuele wijzigingen daarin ten opzichte van eerdere conceptteksten.²⁰⁵

5.3. Identificatie en classificatie van problemen bij toetsing

Uit de voorgaande paragrafen kan de conclusie worden getrokken dat de toetsing van de totstandkoming en van de inhoud van de vaststellingsovereenkomst niet op elkaar afgestemd zijn.

Een argument van de rechter om geen inhoudstoetsing te verrichten, is dat de totstandkoming met voldoende waarborgen is omkleed door de bijstand van de mediator en dat de procedurele rechtvaardigheid dus gegarandeerd wordt. Maar als toetssteen voor de totstandkomingsfase wordt het wilsgebrekenrecht gebruikt en het lijkt erop dat schending van de procedurele rechtvaardigheid van mediation niet altijd gevolgen heeft op basis van deze toets. Deze constatering is van belang omdat toetsing van de inhoud en toetsing van de totstandkoming als communicerende vaten wordt gezien. Met andere woorden: de rechter lijkt er vanuit te gaan dat de huidige toetsing de procedurele rechtvaardigheid van de mediated vaststellingsovereenkomst garandeert en dat dus in mindere mate een toetsing van de inhoud noodzakelijk is. Er ontstaat een lacune in de toetsing als blijkt dat de totstandkomingstoets niet toereikend is, omdat deze niet alle schendingen van procedurele rechtvaardigheid ondervangt. Is de toets van de totstandkoming op basis van het overeenkomstenrecht nu geschikt voor mediation? En zo niet wat moet er dan veranderen?

5.3.1. De totstandkoming

Uit de onderzochte jurisprudentie blijkt dat er in de praktijk diverse situaties zijn waarin schending van procedurele rechtvaardigheid (expliciet) wordt aangevoerd en waar de wilsgebrekenregelingen als enige toetsingsmaatstaf wordt gebruikt. De situaties kunnen worden teruggebracht tot twee hoofdgroepen.

De eerste categorie vertoont verwantschap met de leerstukken bedreiging, misbruik van omstandigheden en geestelijke stoornis (art. 3:44 en 3:34 BW). Het gaat om zaken waarbij de consensus van partijen over het proces en de uitkomst onbrak en waarbij de zelfbeschikking, de gelijkwaardige participatie en de vrijwilligheid van partijen in het gedrang is gekomen.

De tweede categorie wordt gevormd door zaken die worden behandeld met toepassing van de leerstukken dwaling (eigenlijk en oneigenlijk) en bedrog. Dit zijn casusposities waarbij informatieproblemen centraal staan en waarbij het de vraag is of sprake was van informed consent.

Het probleem is dat de rechterlijke toetsing plaatsvindt op basis van de wilsgebrekenregelingen, terwijl de dwang, beïnvloeding of informatie vaak niet van de wederpartij afkomstig is, maar van diens advocaat, of van de eigen advocaat van een benadeelde partij, of van een derde (geen deelnemer aan de mediation), of van de mediator, of dat sprake is van omstandigheden die een partij (te) gevoelig maakte voor dwang of

²⁰⁵ Zie par. 4.2 van hoofdstuk 7.

beïnvloeding. In al deze gevallen kan sprake zijn van een gebrek aan procedurele rechtvaardigheid in mediation, maar slechts in een aantal gevallen biedt het wilsgebrekenrecht soelaas.

Een van die gevallen waarin het wilsgebrekenrecht een oplossing biedt, is als de schending van een kernwaarde van mediation veroorzaakt wordt door een partij bij de schikkingsovereenkomst of diens advocaat.²⁰⁶ Dit zijn immers de situaties waarop de wilsgebrekenregelingen bij uitstek zien. De bestaande toetsingsmogelijkheden zijn voor dit type situatie dus geschikt. Er blijkt echter in de Verenigde Staten een rechterlijke neiging te bestaan, zo leren ons de uitspraken in *Sponga v. Warro* en *Tilden Grove v. Orlando Expressway*, om het wilsgebrekenrecht in deze situaties terughoudend toe te passen vanwege het karakter van mediation als methode van geschilbeslechting.²⁰⁷ Gezien het karakter van mediation met de nadruk op zelfbeschikking, vrijwillige en gelijkwaardige participatie en de noodzaak tot het nemen van geïnformeerde beslissingen, kan ik mij niet in een dergelijke terughoudende toets vinden.

Dan zijn er de zaken waarbij de eigen procesvertegenwoordiger, advocaat of rechtsbijstandverlener het gebrek in de wilsvorming heeft veroorzaakt.²⁰⁸ De art. 6:228 en 3:44 BW bieden hier de partij wier wil gebrekkig is gevormd, zelden uitkomst.²⁰⁹ Net als de voorgaande situatie is ook deze situatie niet inherent aan mediation. Dit probleem zou zich in elke contractuele relatie kunnen voordoen. Het is wel zo dat mediation plaatsvindt in een conflictsituatie waarin partijen extra gevoelig (kunnen) zijn voor beïnvloeding en druk en zich vaak sterk verlaten op hun raadsman.

Het volgende punt is hoe omgegaan moet worden met gevallen waarin een derde die geen deelnemer is aan de mediation en die geen partij is bij de vaststellingsovereenkomst, de oorzaak is van schending van een regel die de mediationprocedure normeert. Deze casus deed zich voor in *Sponga v. Warro* waar een partij afgang op de voorlichting van een derde. Deze situatie wordt niet ondervangen door het wilsgebrekenrecht, tenzij het geval onder de omschrijving van art. 3:44 lid 3 BW (bedrog) zou vallen en de wederpartij te kwader trouw zou zijn (lid 5). Als een partij een deskundige inschakelt en deze veroorzaakt dwaling bij deze partij, zal dit geval strikt genomen niet onder art. 6:228 sub c BW komen en als dit toch geprobeerd wordt, zal de dwaling meestal voor rekening van de dwalende dienen te blijven (art. 6:228 lid 2 BW).²¹⁰ De situatie waarbij een partij afgaat op informatie van een derde of enige druk van een derde voelt bij het sluiten van een overeenkomst, is niet uniek voor mediation. Ik zie dan ook geen noodzaak om hier een verandering voor te stellen. Een andere situatie doet

²⁰⁶ Zoals het geval was in *Cooper v. Austin*, *Boyd v. Boyd*, *Morales v. Morales* en *McKinlay v. McKinlay* (zie o.m. par. 5.1.1 e.v. van dit hoofdstuk). Zoals in par. 5.5.2.1 van hoofdstuk 3 duidelijk werd, vindt in geval de advocaat van een partij veroorzaker is van een wilsgebrek bij de wederpartij, toerekening plaats of wordt er o.g.v. de verkeersopvatting vanuit gegaan dat hij een volmacht heeft die aan de functie van advocaat is verbonden en waarbinnen ook uitlatingen of gedragingen vallen die het wilsgebrek veroorzaakten.

²⁰⁷ Hoofdstuk 6, par. 3.4.1.2 en 3.4.3.

²⁰⁸ *King v. Bishop*, *Lype v. Watkins*, *Randle v. Midgulf*, *Olam v. Cogress Mortgage Company*, *McKinlay v. McKinlay*, *In re marriage of Banks en Berg v. Bregman* (zie o.m. par. 5.1.1 e.v. van dit hoofdstuk).

²⁰⁹ Omdat de wederpartij zelden op de hoogte zal zijn van het bedrog, de bedreiging of het misbruik (art.3:44 lid 5 BW). De geschetste situatie zou ook nog onder art. 6:228 lid 1 sub b of c kunnen vallen. Zie hoofdstuk 3, par. 5.5.2.1 en par. 5.5.1.4.

²¹⁰ Zie hoofdstuk 5, par. 4. Er wordt in dit voorbeeld vanuit gegaan dat de casus niet onder sub b valt.

zich voor als partijen gezamenlijk in de mediation een deskundige inschakelen om zich over een bepaald aspect van het geschil voor te laten lichten. Als partijen dit advies als vaststaand aannemen in hun onderhandelingen, terwijl later blijkt dat dit advies op dwaling berust, kan de overeenkomst op grond van art. 6:228 lid 1 sub c vernietigd worden.²¹¹

De bij uitstek typische situaties voor mediation zijn de gevallen waarin de mediator vermeend druk zou hebben uitgeoefend, verkeerde informatie zou hebben gegeven of het proces niet goed zou hebben begeleid.²¹² Ook in deze situaties wordt in de Amerikaanse rechtspraak gekeken naar het contractenrecht. Naar Nederlands overeenkomstenrecht zal vernietiging van de vaststellingsovereenkomst op deze grond vaak niet mogelijk zijn, omdat de mediator geen partij is bij deze overeenkomst.²¹³

Als laatste komen de situaties aan bod waarin de gemoedstoestand van een partij centraal staat. Er is geen sprake van een boosdoener die een partij beïnvloedt of dwang uitoefent, maar een partij bevindt zich in een dusdanige geestesgesteldheid dat wel vraagtekens geplaatst kunnen worden bij de totstandkoming van de wilsovereenstemming.²¹⁴ De leerstukken die het meeste raakvlak hebben met deze problematiek zijn misbruik van omstandigheden en geestelijke stoornis. Conflictsituaties zijn stressvol en psychisch zwaar. Het onderzoek heeft aangetoond dat er mediations plaatsvinden waarin soms wel vijftien uur lang doorgedaan wordt met de gesprekken en dat er mediations plaatsvinden zonder dat partijen de gelegenheid krijgen om iets te eten of even bij te komen.²¹⁵ In deze omstandigheden is het zeer de vraag of nog gesproken kan worden van een in vrijheid aangegane schikking, terwijl zelfbeschikking van partijen toch de kern van mediation vormt. Dit type situatie zal vaak niet leiden tot een geslaagd beroep op misbruik van omstandigheden, omdat lang niet altijd voldaan wordt aan het misbruikvereiste.²¹⁶ Voor een beroep op een geestelijke stoornis zijn de omstandigheden vaak niet ernstig genoeg.²¹⁷ Vaak is de ongelukkige partij zelf het probleem. Zij is achteraf ongelukkig met de overeenkomst. De oorzaak kan zijn dat zij om wat voor reden dan ook

²¹¹ Deze voorlichting zou overigens ook afkomstig kunnen zijn van de mediator. Zie hoofdstuk 3, par. 5.5.1.4.

²¹² Zoals o.m. in *Randle v. Midgulf*, *McKinlay v. McKinlay*, *Vitakis v. Valchine* en *Zimmerman v. Zimmerman* (par. 5.1.1 e.v. van dit hoofdstuk).

²¹³ Tenzij de mediator partijen in wederzijdse dwaling brengt en de situatie niet onder lid 2 valt. Zie hoofdstuk 3, par. 5.5.1.4. Het feit dat de mediator de vaststellingsovereenkomst mee zou ondertekenen, verandert hier niets aan omdat door ondertekening iemand nog geen partij bij de rechtshandeling wordt. (zie voetnoot 182 van hoofdstuk 3).

²¹⁴ Voorbeelden hiervan zijn *Berland v. Miller*, *Olam v. Congress Mortgage*, *Berg v. Bregman*, *Domangue v. Domangue*, *Crupi v. Crupi* en de uitspraak van de rechtbank Utrecht van 23 januari 2002 (par. 5.1.1 e.v. van dit hoofdstuk).

²¹⁵ Zie o.m. *Olam v. Congress Mortgages* en *Berland v. Miller* (par. 5.1.1 e.v. van dit hoofdstuk). Deze situaties lijken misschien nu nog typisch voor de Verenigde Staten. Maar goed gerealiseerd moet worden dat mediation in de VS zeer idealistisch begon met de nadruk op faciliterende mediation, met als doel optimaal een alternatief te kunnen bieden voor de verharde strijd voor de overheidsrechter (zie ook par. 6.1 van hoofdstuk 2). In Nederland ligt de nadruk (nog) op faciliterende mediation en de zelfbeschikking van partijen, maar ook hier kan het nutsdenken zijn intrede gaan doen en kan de nadruk meer komen te liggen op hoe mediations vooral efficiënt afgehandeld kunnen worden, bijv. in een dag of een weekend (zie voetnoot 150). Dit gevaar lijkt mij ook gezien de verdergaande integratie van mediation in het rechtssysteem niet denkbeeldig. Zelfs als de mediation relatief korte bijeenkomsten kent (zie hoofdstuk 2, par. 5.3.2.1, 5.3.3.1 en 5.3.5.1), is het participeren in mediation nog steeds intensief en zijn er gevaren voor partijen aan verbonden (zie par. 5.3.2 van het onderhavige hoofdstuk).

²¹⁶ Zie hoofdstuk 3, par. 5.5.4.

²¹⁷ Zie *Domangue v. Domangue* (par. 5.1.2.3). Zie voor de vereisten voor geestelijke stoornis, par. 5.4.2 van hoofdstuk 3.

zichzelf niet was tijdens de mediation of voor haar belangen op kon komen, of omdat ze gewoon spijt heeft. Met andere woorden: niemand valt echt iets te verwijten, maar een partij wil zich toch graag uit de overeenkomst terug trekken. Dit botst met de algemene opvattingen uit het contractenrecht, zoals het vertrouwensbeginsel en het beginsel van rechtszekerheid.

5.3.2. De inhoud

Naast de vraag hoe in de rechtspraak omgesprongen wordt met vorderingen waarbij de totstandkoming centraal staat, richt dit onderzoek zich op de inhoudstoets. In deze paragraaf wil ik hieraan een aantal opmerkingen wijden. Rechterlijke toetsing van de inhoud van mediated settlement agreements kan op verschillende momenten plaatsvinden; bij opname in een schikkingsovereenkomst of (in Nederland) een proces-verbaal dan wel bij het vorderen van nakoming of vernietiging, al dan niet in een verkorte procedure. In par. 5.1.4 e.v. en 5.1.5 e.v. is een aantal Amerikaanse uitspraken geanalyseerd waarin de rechtvaardigheid van de inhoud van de settlement centraal staat. Uit die uitspraken wordt duidelijk dat geen uitdrukkelijke inhoudelijke billijkheidstoetsing plaatsvindt zonder dat er onregelmatigheden in de totstandkoming zijn geweest. Een uitzondering hierop vormt de situatie dat er belangen van minderjarigen in het geding zijn. Toch vindt soms zonder dat van onregelmatigheden in de totstandkoming bleek, een verkapt inhoudelijke toets plaats onder het mom van wel of geen contractbreuk. Hieruit blijkt dat de inhoudelijke toets wel een aandachtspunt is bij de Amerikaanse gerechten, maar dat zij kennelijk nog niet de noodzaak hebben gezien om het leerstuk van substantive unconscionability in deze zaken toe te passen.²¹⁸ Substantive unconscionability geeft de mogelijkheid van een puur inhoudelijke toets, maar is niet geheel onomstreden.²¹⁹

Voor de inhoudelijke toetsing naar Nederlands recht met behulp van de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid van art. 6:248 lid 2 BW geldt dat behalve het feit dat de overeenkomst onbillijk geacht wordt, ook dat de overeenkomst of het beding tot stand moet zijn gekomen onder omstandigheden die een beroep op het overeengekomene onaanvaardbaar doen zijn. Een pure inhoudelijke billijkheidstoets kent het Nederlandse overeenkomstenrecht niet.²²⁰

Bij andere vormen van geschilbeslechting, zoals arbitrage en bindend advies, geldt dat hoe meer de procedure met (wettelijke) waarborgen is omkleed – waarvan schending vernietigbaarheid van de beslissing oplevert – hoe minder vergaand de inhoudelijke toetsing is.²²¹ Arbitrage is met meer waarborgen omkleed dan bindend advies, de inhoudelijke toetsing gaat dan ook minder ver. Het bindend advies kent immers naast een puur formele toetsing ook een marginale inhoudelijke toets, terwijl arbitrage alleen een formele toets kent.²²² Naast deze verklaring voor het verschil aan inhoudelijke toetsing kan ook nog opgemerkt worden dat arbitrage veel voorkomt in commerciële zaken, terwijl bindend advies veel in

²¹⁸ Zie par. 5.1.4.1 en 5.1.5.1 van het onderhavige hoofdstuk. Maar zie de rechter in eerste aanleg in *Wells v. Wells*, par. 5.1.5.1 van dit hoofdstuk.

²¹⁹ Zie par. 3.4.6 e.v. van hoofdstuk 4.

²²⁰ Zie hoofdstuk 3, par. 5.3.2.2.

²²¹ Overheidsrechtspraak is hierop de uitzondering vanwege de mogelijkheid tot appel.

²²² Met uitzondering van de toets aan de openbare orde en goede zeden van art. 1065 lid 1 sub e Rv. De formele toets is vastgelegd in art. 1065 en 1068 Rv. Zie par. 5.3.1 en 9.3 van hoofdstuk 3.

consumentenzaken voorkomt.²²³ Dit zou een verschil in toetsing, naast bovengenoemd argument, mede kunnen verklaren en rechtvaardigen.

In het licht van bovenstaande overweging ten aanzien van de verhouding tussen een totstandkomings- en een inhoudstoets is het opmerkelijk dat in de Verenigde Staten soms minder streng toezicht op de inhoud wordt gehouden met het argument dat het mediationproces met meer waarborgen is omkleed dan een 'gewone' onderhandelings situatie tussen partijen, terwijl vernietiging van de schikking op het moment dat die waarborgen ontbreken, met de bestaande toetsing op basis van het wilsgebrekenrecht niet bewerkstelligd kan worden.²²⁴ Bovendien blijkt uit de jurisprudentie en tuchtrechtspraak dat juist de opstelling van de mediator een probleem kan zijn en dat partijen kwetsbaar kunnen zijn in de procedure.²²⁵ Juist deze situaties worden niet ondervangen door het overeenkomstenrecht. Terughoudende toetsing van de inhoud kan pas een overweging zijn op het moment dat er voor de totstandkoming adequate toetsingsmechanismen voorhanden zijn.

Bij de discussie over toetsing moet de aard van mediation goed in het oog worden gehouden. Mediation is een precontractuele fase en naar Nederlands recht moeten de onderhandelende partijen zich gedragen in overeenstemming met de eisen van redelijkheid en billijkheid. Dit houdt in dat partijen rekening dienen te houden met elkaars gerechtvaardigde belangen en er ook vanuit mogen gaan dat de wederpartij dit doet.²²⁶ Hierin verschilt totstandkoming van een vaststellingsovereenkomst in mediation niet van totstandkoming buiten mediation. Waarin de totstandkoming wel verschilt, is dat partijen in mediation niet uitgenodigd worden om in juridisch opzicht verantwoordelijkheid voor hun conflict te nemen. Mediation heeft geen (puur) juridische invalshoek.²²⁷ Het gaat in mediation om emoties en belangen, om het oog hebben voor de ander, om het vinden van creatieve oplossingen waarin beide partijen zich kunnen vinden, etc. Dit betekent dat mediation hoge eisen stelt aan de zelfkennis van partijen. Ze moeten én hun eigen belangen en gevoelens overzien én die van de wederpartij.²²⁸ Bovendien is niet iedereen even goed in het bewaken van de eigen grenzen. Sommige mensen zijn nu eenmaal toegeliever dan anderen en hebben meer over voor het bewaren of creëren van een goede verstandhouding.²²⁹ Voor deze mensen houdt mediation een risico in, juist omdat de objectieve normen die het recht geeft buiten de deur worden gehouden.²³⁰ Datzelfde recht is

²²³ Van Velthoven & Ter Voert 2004, p. 193.

²²⁴ Dit was het argument uit *Trowbridge v. Trowbridge*, *Crupi v. Crupi*, *In re marriage of Kieturakis*, *Griffith v. Griffith* en *In the matter of the Marriage of Joyner and In the Interest of Thomas Joyner* (zie o.m. par. 5.1.1 van het onderhavige hoofdstuk). Deze handelswijze van de rechter werd door Burns al in 1986 voorspeld. Hij meende dat juist omdat de onderhandelingen onder leiding van een gekwalificeerde mediator plaatsvinden die gebonden is aan ethische regels, de rechter sneller aan zal nemen dat de overeenkomst geldig tot stand is gekomen, omdat de aanwezigheid van de mediator de kwaliteit van het overleg tussen partijen zou verbeteren (Burns 1986, p. 98).

²²⁵ Hierbij kan nog aangetekend worden dat in de Verenigde Staten beweringen gedaan in court-connected mediation nog geverifieerd worden door middel van discovery (zie voetnoot 157) (Thompson 2004, p. 537 en 563). Deze mogelijkheid bestaat in Nederland niet.

²²⁶ Hoofdstuk 3, par. 5.3.2.2.

²²⁷ Asser/Vranken 2005, nr. 125. Zie o.m. par. 2 van hoofdstuk 2.

²²⁸ Asser/Vranken 2005, nr. 124.

²²⁹ Aldus ook Asser/Vranken 2005, nr. 130.

²³⁰ Hoewel het recht wel op de achtergrond aanwezig zal zijn, zeker in echtscheidingsmediations onder leiding van een advocaat-mediator en in mediations waarbij partijen bijgestaan worden door advocaat. Mnookin & Kornhauser spreken van onderhandelen in de schaduw van het recht (Mnookin & Kornhauser 1979).

uiteindelijk wel het toetsingskader voor het resultaat van mediation. Dit is bij het begin van de mediation voor partijen vaak niet duidelijk. Probleem is dat als te veel nadruk komt te liggen op het juridische kader van mediation, het recht het gedrag van partijen in het mediationproces te veel kan gaan beheersen waardoor het unieke karakter van mediation (niet denken in juridische posities, oog hebben voor elkaars belangen, openhartigheid, vertrouwen, etc.) in het gedrang zou komen. Mediation zou dan veel van zijn toegevoegde waarde ten opzichte van andere vormen van geschilbeslechting verliezen. Juridisering van het proces is daarom geen optie.

Gezien de aard van mediation, de grote variëteit aan geschillen die aan mediation worden onderworpen, de problemen die er zijn met betrekking tot een adequate toets van de totstandkoming en de verwevenheid tussen toetsing van de totstandkoming en toetsing van de inhoud, lijkt een inhoudelijke toets van de mediated vaststellingsovereenkomst op zijn plaats.

Nu mijn gedachten gaan in de richting van een inhoudelijke toets, is het van belang de opvattingen die in de literatuur over de uitkomst van mediation en de materiële rechtvaardigheid van de mediated vaststellingsovereenkomst leven, nog even kort aan te halen.²³¹ Deze opvattingen kunnen misschien de norm leveren waaraan getoetst zou moeten worden.

De eerste te bespreken zienswijze van materiële rechtvaardigheid is de opvatting dat de vaststellingsovereenkomst rechtvaardig is als de inhoud hiervan gelijk is met de uitkomst van een rechterlijke procedure.²³² Dit lijkt mij geen bruikbare norm voor inhoudelijke toetsing. Deze vorm van toetsing gaat te ver. Alleen al vanuit praktisch oogpunt; hoe kan beoordeeld worden wat een rechter in een bepaald aan mediation onderworpen geval, beslist zou hebben? De enige die dit kan bepalen is de rechter, die daartoe het gehele geschil opnieuw zal moeten beoordelen. Er ontstaat een verkapt appel met alle kosten, rechtsonzekerheid en de gevolgen voor de finaliteit van dien.

De definities van mediation spreken van het komen tot een ‘wederzijds acceptabele oplossing’ of ‘een voor beide partijen optimale oplossing’.²³³ Maar beide bieden een interne standaard, namelijk het gevoel van partijen bij het aangaan van de overeenkomst. Dit criterium is niet meer bruikbaar op het moment dat een geschil ontstaat. In dat geval is behoefte aan een externe en bruikbare toetsingsmaatstaf voor een rechter omdat dan per definitie geen sprake meer is van een ‘wederzijds acceptabele oplossing’; een van partijen vindt op dat moment de oplossing immers niet meer acceptabel.²³⁴ Dit is dus geen werkbare opvatting van materiële rechtvaardigheid als het gaat om rechterlijke toetsing.²³⁵

In de literatuur wordt verdedigd dat er een intuïtief beeld zou zijn van wat billijk is, dat wordt gedeeld door partijen en mediator. Dit lijkt sterk op het bovenstaande criterium en is daarom ook geen hanteerbare maatstaf op het moment dat er een geschil bestaat. Wat uiteindelijk een materieel rechtvaardige oplossing is in mediation, zal door de rechter moeten worden bepaald waarbij hij aan de intuïtie van partijen niets meer heeft. In beide opvattingen

²³¹ De verschillende zienswijzen zijn besproken in hoofdstuk 2, par. 2. De verschillende opvattingen doen de ronde omdat een objectieve toetssteen om de materiële rechtvaardigheid te meten, ontbreekt. Zie ook Barendrecht 1992, p. 39.

²³² Zie par. 2 van hoofdstuk 2.

²³³ Zie de definities van ‘mediation’ in hoofdstuk 2, par. 2.

²³⁴ Ook morele overwegingen zoals fairness kunnen geobjectiveerd worden (Stulberg 2005, p. 216-217).

²³⁵ Zie ook Asser/Vranken nr. 131.

staan de psychologische aspecten van rechtvaardigheid centraal, maar deze vorm van rechtvaardigheid zal moeten worden omgezet in een voor de rechter hanteerbare opvatting van rechtvaardigheid op het moment dat het gaat om rechterlijke toetsing.²³⁶

De voorgaande twee opvattingen gaven dus alleen een leidraad voor een optimale vaststellingsovereenkomst na mediation. Uiteindelijk is op het moment dat een geschil naar aanleiding van die vaststellingsovereenkomst ontstaat, alleen nog maar van belang wat de rechter als hanteerbare toetsingsmaatstaf kan worden geboden.

Een dergelijke toetsingsmaatstaf is een standaard die rechtvaardigheid koppelt aan het respecteren van de belangen van derden bij de mediated vaststellingsovereenkomst. Ook dit is een opvatting van materiële rechtvaardigheid.²³⁷ Maar niet alleen de belangen van derden rechtvaardigen wel of niet de uitkomst. Ook de belangen van de contractspartijen mogen mijns inziens bij de beoordeling van de rechtvaardigheid van de schikking door de rechter een rol spelen, zeker gezien het doel van mediation, namelijk het komen tot een voor partijen acceptabele oplossing. Om te kunnen bepalen of de belangen van een partij in het gedrang zijn gekomen, kan de gelijkwaardigheid van de prestaties die partijen op zich hebben genomen in de vaststellingsovereenkomst, als richtsnoer dienen.

Er is tevens een benadering in de literatuur die inhoudt dat de totstandkoming van de mediated settlement de uitkomst legitimeert.²³⁸ Dit houdt in dat de uitkomst rechtvaardig wordt geacht te zijn, als de procedure rechtvaardig is verlopen. Dit is vergelijkbaar met de opvatting van materiële rechtvaardigheid zoals die zich in de Amerikaanse rechtspraak heeft ontwikkeld, namelijk dat de rechter minder noodzaak ziet om mediated schikkingen inhoudelijk te toetsen dan settlements die niet het resultaat zijn van een geslaagde mediation, omdat de totstandkomingsfase van de settlement een rechtvaardig proces impliceert. Er vindt dan dus geen zelfstandige inhoudstoets meer plaats. Ik onderschrijf deze opvatting niet. Het feit dat de procedure rechtvaardig is verlopen, is zonder meer een belangrijke indicator voor de rechtvaardigheid van de uitkomst, maar het is niet voldoende. Zelfs bij afwezigheid van gebreken in de totstandkoming, blijft behoefte aan een zekere inhoudelijke toets. Het doel van mediation is om te komen tot wederzijds aanvaardbare oplossingen wat impliceert dat een partij enig beroep op de rechter moet toekomen als die overeenkomst dat in haar ogen niet is. Bovendien is mediation het sluitstuk van privaatrechtelijke geschiloplossing.²³⁹ Het wordt vanuit de gerechten aangeboden als alternatief voor een rechterlijke uitspraak.²⁴⁰ Als de rechter geen inhoudstoets meer mag verrichten in gevallen dat een partij beweert dat de

²³⁶ In de psychologie wordt wel gezegd 'justice is in the eye of the beholder'. Mensen hebben een gevoel over wat hoort en wat niet hoort, wat netjes is en wat niet netjes is (Van Koppen & Hessing 1997, p. 33). Als de oplossing voor beide partijen acceptabel is, of voor beiden intuïtief billijk is op het moment van sluiten van de overeenkomst, komen deze gevoelens (redelijk) overeen. Maar op het moment van geschil is dit geen bruikbaar criterium meer, omdat dan de consensus ontbreekt.

²³⁷ Par. 2 van hoofdstuk 2.

²³⁸ Zie par. 2 van hoofdstuk 2. Hier sluit de benadering uit het Nederlandse overeenkomstenrecht ten aanzien van art. 6:248 lid 2 BW bij aan. Immers, zonder onregelmatigheden in de totstandkoming kan geen inhoudstoets plaatsvinden. Zie par. 5.3.2.2 in hoofdstuk 3.

²³⁹ Het publiekrecht valt buiten de reikwijdte van dit onderzoek, zie par. 4 van hoofdstuk 1.

²⁴⁰ Zie o.m. hoofdstuk 2, par. 5.3.8.

vaststellingsovereenkomst onrechtvaardig is, komt de in mijn ogen fundamentele gedachte dat geschillenbeslechting ook een rechtvaardige uitkomst moet bewerkstelligen, in het gedrang.²⁴¹

Deze overwegingen brengen mij bij een bevestigend antwoord op de vraag of er nog een puur inhoudelijke toets van de mediated vaststellingsovereenkomst plaats dient te vinden. De enige puur inhoudelijke toets naar Nederlands recht van de partijafspraken, vindt plaats op basis van art. 3:40 lid 1 (openbare orde en goede zeden) en in niet-vermogensrechtelijke gevallen op basis van art. 3:40 lid 2 BW (dwingend recht).²⁴² Dit is niet voldoende, er zal ook getoetst dienen te worden aan een norm die het mogelijk maakt dat alle voor rechterlijke toetsing relevante aspecten van materiële rechtvaardigheid, zoals de belangen van de contractspartijen en van derden, meegewogen kunnen worden. Alleen zo wordt recht gedaan aan mediation als unieke methode van conflictoplossing met zijn gerichtheid op creativiteit en zijn focus op belangen.

Dit leidt tot de conclusie dat gezien het doel van mediation en de aard van de afspraken, een inhoudelijke toetsing aan de hand van een open norm zal moeten plaatsvinden. Alleen bij toetsing aan een open norm waarbij rechterlijke vrijheid voorop staat, kan in een concreet geval een rechtvaardige oplossing worden bereikt.²⁴³ Deze toets zal naar zijn aard een toets zijn op basis van de redelijkheid en billijkheid.²⁴⁴

De vraag die nu nog beantwoord moet worden, is hoe vergaand de inhoudelijke toetsing aan de open norm dient te zijn. Ten aanzien van de totstandkoming moet nog worden besloten wat de meest wenselijke oplossing voor het opvullen van de geconstateerde lacunes zal zijn. Uiteindelijk komt het erop neer hoe de bovenstaande overwegingen met betrekking tot de procedurele en materiële rechtvaardigheid het beste met elkaar verenigd kunnen worden.

5.4. Mogelijke oplossingen voor de geconstateerde problemen

Zoals wij in par. 5.3.1 hebben geconstateerd, schiet bij de toetsing van de totstandkoming van mediated vaststellingsovereenkomsten het wilsgebrekenrecht in een tweetal situaties te kort. In het eerste geval staat het gedrag van de mediator centraal. In de tweede situatie ligt het probleem voornamelijk bij de partij die zich op de vernietigbaarheid beroept. Uit dit verschil vloeit voort dat de oplossingen ook niet dezelfde hoeven te zijn. Immers, een oplossing die adequaat is voor de ene situatie hoeft dat niet voor de andere te zijn. De potentiële oplossingen zouden dus eventueel ook naast elkaar kunnen bestaan.

Bovendien is nog aanvullende inhoudelijk toetsing van de mediated vaststellingsovereenkomst gewenst en moet nog toegelicht worden hoever de inhoudelijke toetsing dient te gaan.

²⁴¹ Zie ook P.G.J. van den Berg 2000, p. 511. En vgl. Fiss 1984, p. 1089 en Welsh 2004, p. 143.

²⁴² Zie voor de verhouding tussen art. 3:40 lid 2 en art. 7:902 BW in vermogensrechtelijke zaken ter beëindiging van geschil of onzekerheid uitgebreid par. 5.1 van hoofdstuk 3. Over art. 6:248 lid 2 BW is de wijdverspreide gedachte dat het slechts gebruikt kan worden als toetssteen als er ook onregelmatigheden zijn geweest in de totstandkoming. Zie hoofdstuk 3, par. 5.3.2.2. In de praktijk zullen onregelmatigheden in de totstandkoming in negen van de tien gevallen dat een partij een beroep doet op de onrechtvaardigheid van de inhoud, aanwezig zijn. Voor de gevallen waarin dat niet zo is, biedt een puur inhoudelijke toets uitkomst.

²⁴³ Zie ook Barendrecht 1992, p. 4.

²⁴⁴ De toets op basis van de redelijkheid en billijkheid ziet niet slechts op de gevolgen voor de contractspartijen, maar ook op de gevolgen voor de rechtsverhouding tussen een contractspartij en bepaalde bij de overeenkomst betrokken derden (Asser/Hartkamp 2005, nr. 304).

5.4.1. Oplossingen gericht op de totstandkoming

In de volgende paragrafen zal een drietal mogelijke oplossingen voor de geconstateerde problemen worden aangedragen. Deze potentiële oplossingen zien allemaal op het totstandkomingstraject van de mediated vaststellingsovereenkomst.

5.4.1.1. Rechtsvorming door de rechter

De wilsgebrekenregelingen zien niet op de situatie dat het gebrek in de wil niet veroorzaakt wordt door de wederpartij of diens vertegenwoordiger. Dit is alleen anders bij art. 6:228 lid 1 sub c BW, mits de situatie niet onder lid 2 valt en bij art. 3:44 indien de wederpartij te kwader trouw is (lid 5).²⁴⁵ De vraag is nu of analoge toepassing van de wilsgebrekenregeling op situaties waarin de mediator het gebrek in de wil veroorzaakte, haalbaar is. Hier wordt dus bezien of de toetsing in de totstandkomingsfase uitgebreid moet worden.

Bij uitbreiding van het bereik van het wilsgebrekenrecht zou gedacht kunnen worden aan actieve rechtsvorming door de rechter.²⁴⁶ Zo kan de rechter door een analogieredenering een geval dat niet wettelijk geregeld is, maar lijkt op een geval dat dat wel is, onder die wettelijke regeling brengen. Dit gebeurt met het argument dat de wetgever met een bepaalde situatie geen rekening heeft gehouden.²⁴⁷

Bij toepassing van art. 6:228 BW op mediations waarbij het gebrek in de wil is ontstaan door gedrag van de mediator, kunnen de feiten niet onder de rechtsregel worden gebracht.²⁴⁸ De rechtsregel eist immers dat de inlichting (sub a) of verzwijging (sub b) afkomstig is van de wederpartij (of diens vertegenwoordiger). Geredeneerd kan worden dat tijdens het opstellen van art. 6:228 BW geen rekening gehouden is met de mediationsituatie en dat dus sprake is van een 'normatieve leemte'; er is iets niet geregeld wat wel geregeld had moeten worden.²⁴⁹

Verdedigd zou overigens ook kunnen worden dat er bij de wilsgebrekenregelingen geen sprake van is dat de wetgever iets over het hoofd heeft gezien bij het opstellen van de wet en er dus geen sprake is van een leemte. Het is tenslotte niet zo dat de wetgever zich deze situatie, onderhandelingen begeleid door een derde, niet voor heeft kunnen stellen, dit kwam ook voor het mediatietijdperk voor. Kennelijk heeft de wetgever het bereik van het dwalingsartikel bewust in willen perken.

Stel dat we toch uitgaan van een leemte, omdat de mediationsituatie wezenlijk anders is en niet voorzienbaar was op het moment van het opstellen van de wet, biedt een analogische interpretatie dan soelaas? Wij beginnen bij de toepassing van art. 6:228 lid 1 sub a. Bij de vraag of de inlichting ook afkomstig mag zijn van een derde luidt het antwoord op basis van dit artikel negatief; de inlichting moet afkomstig zijn van de wederpartij. Het artikel gaat in sub a en b uit van een wederpartij die het gebrek veroorzaakt heeft. Hierop staat een sanctie, namelijk vernietigbaarheid van de overeenkomst.

²⁴⁵ Zie respectievelijk hoofdstuk 3, par. 5.5.2.1 en 5.5.1.4. Art. 6:228 lid 1 sub b BW ziet op een schending van de spreekplicht. Hier wordt het gebrek in wil dus veroorzaakt door de wederpartij. Zie hoofdstuk 3, par. 5.5.1.

²⁴⁶ Rechterlijke rechtsvorming vindt in Nederland op vrijwel alle rechtsgebieden plaats (Tak 1996, p. 172 e.v.).

²⁴⁷ Groenewegen 2006, p. 194-195.

²⁴⁸ Zie ook Hesselink 1999, p. 399-400.

²⁴⁹ Groenewegen 2006, p. 195, onder verwijzing naar Soeteman (Soeteman 1981).

Wat gebeurt er als we analoog gaan toepassen? Stel, een mediator geeft een verkeerde inlichting over de rechtsregels die van toepassing zijn op het conflict van partijen en een partij baseert zich bij het aangaan van de overeenkomst op die informatie.²⁵⁰ De overeenkomst zou dan vernietigbaar zijn, tenzij de wederpartij mocht aannemen dat de overeenkomst ook zonder deze inlichting zou worden gesloten. Voor het tegenhouden van vernietiging is dus nodig dat de wederpartij op de hoogte is van de inlichting (dit is niet het geval als de mededeling in een afzonderlijk gesprek is gedaan) en de gedane inlichting op haar (juridische) merites weet te beoordelen. Als we sub a lezen als: 'indien de dwaling te wijten is aan een inlichting van de mediator, tenzij deze (de mediator) mocht aannemen dat de overeenkomst ook zonder deze inlichting zou worden gesloten', is nog sterker dan in het eerste geval sprake van een interpretatie die de wetgever niet bedoeld kan hebben. De relatie tussen de mediator en een partij beïnvloedt de geldigheid van de overeenkomst, terwijl het gedrag van de wederpartij volstrekt niet van belang is en dit alles in een bepaling die de interactie tussen partijen adresseert. Dit lijkt mij niet in de geest van de wet.²⁵¹

Bij sub b kan aan de situatie gedacht worden dat de mediator een verkeerde inlichting heeft gegeven en de wederpartij in verband met hetgeen zij omtrent de dwaling wist of behoorde te weten, de dwalende had behoren in te lichten. Deze situatie valt onder het bereik van de wet.²⁵² Als de mediator in verband met hetgeen hij omtrent de dwaling wist of behoorde te weten, de dwalende had behoren in te lichten, is de redenering wederom niet in de geest van de wet. Weer zou de relatie mediator-partij de relatie tussen de partijen beïnvloeden, terwijl aangenomen mag worden dat de wetgever dit artikel bedoeld heeft om het gedrag van partijen ten opzichte van elkaar te normeren.

Sub c verzet zich naar zijn aard niet tegen de mediationsituatie. Als de onjuiste veronderstelling is opgewekt door de mediator, biedt sub c soelaas. Hiervoor is geen analoge interpretatie nodig. Wel zou nog op grond van lid 2 bepaald kunnen worden dat de dwaling voor rekening van de dwalende zou moeten blijven of dat de aard van de overeenkomst zich tegen vernietiging verzet.²⁵³

Art. 6:228 BW adresseert dus ook in geval van niet-analoge toepassing al een aantal situaties waarin de mediator verkeerde inlichting geeft, namelijk onder sub b en sub c. Dit zijn ook de situaties waarin (het gedrag van) de wederpartij ter zake doet. In het geval sub a naar analogie wordt geïnterpreteerd, wordt bij beide mogelijke interpretaties de wilsgebrekenregeling zo opgerekt dat het niet in de geest van de wet kan zijn. Dit geldt ook voor het geval van schending van de spreekplicht door de mediator onder sub b.

Bij de wilsgebrekenregelingen van art. 3:44 BW is ook geen ruimte voor analoge toepassing als het wilsgebrek is veroorzaakt door de mediator. Hier staat lid 5 aan in de weg, dat bepaalt dat indien een verklaring tot stand is gekomen door bedreiging, bedrog of misbruik van

²⁵⁰ Zie voor de situatie dat de mediator louter als doorgeefluik fungeert voor informatie van de andere partij, hoofdstuk 3, par. 5.5.1.4. Als beide partijen zich op de verkeerde inlichting baseren, hebben wij te maken met een sub c situatie waarover in de volgende alinea meer.

²⁵¹ Portalis: 'C'est au magistrat et au jurisconsulte, pénétré de l'esprit général des lois, à en diriger l'application, te kennen uit: (Asser/Vranken 2005, nr. 71, noot 6). Zie ook Groenewegen 2006, p. 203.

²⁵² Zie par. 5.5.1.4 van hoofdstuk 3.

²⁵³ Zie par. 5.5.1.4 van hoofdstuk 3 en par. 5.3.1 van het onderhavige hoofdstuk.

omstandigheden van de zijde van iemand die geen partij bij de rechtshandeling is, op dit gebrek geen beroep kan worden gedaan jegens een wederpartij die geen reden had het bestaan ervan te veronderstellen. Het hele probleem van gedragingen van een derde is uitdrukkelijk geregeld. Voor analogie is geen plaats.

Er zou in theorie gederogerd kunnen worden aan art. 3:44 lid 5.²⁵⁴ Maar ik kan mij geen situatie voorstellen waarin het naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is om lid 5 toe te passen. Lid 5 is van toepassing als de wederpartij te goeder trouw is (3:11 BW). Bij beantwoording van de vraag of gederogerd kan worden aan een wettelijke bepaling zijn de omstandigheden van het geval – waaronder de aard van de overeenkomst, de aard van de regel in kwestie en de mate waarin de regel passend recht oplevert – voor de rechtsbetrekking van belang.²⁵⁵ Bescherming van een wederpartij die te goeder trouw is, is naar mijn mening per definitie niet onaanvaardbaar naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid.²⁵⁶ Bovendien gaat het in lid 5 om een regel van dwingend recht en afwijking van een regel van dwingend recht zal minder snel geoorloofd zijn dan afwijking van een regel van regeland recht.²⁵⁷

5.4.1.2. Rechtsvorming door de wetgever

Nu is aangetoond dat de situatie dat de verkeerde informatie, de druk of de beïnvloeding niet door rechterlijke rechtsvorming van het wilsgebrekenrecht opgelost kan worden, is de vraag of aanpassing van de wettekst van de art. 6:228 en 3:44 BW met het oog op mediation, gewenst is.

Bij de bespreking van de analoge interpretatie werd duidelijk dat art. 6:228 BW zich niet leent voor een uitbreiding op grond van het gedrag van de mediator. Aanpassing van de tekst van het artikel door de wetgever lijkt dan ook geen optie.

Art. 3:44 BW zou eventueel aangepast kunnen worden door daar in op te nemen dat lid 5 niet geldt als de druk afkomstig is van de mediator. Dit lost het probleem met art. 6:228 BW niet op en bovendien doet deze oplossing geen recht aan mediation als methode van conflictoplossing. De nadruk ligt bij deze oplossing niet op de schending van de procedurele rechtvaardigheid als rechtvaardiging voor vernietiging, maar het lijkt er veeleer op of een wederpartij die te goeder trouw is, bestraft wordt. Uit een toetsingsmodel zou duidelijk moeten blijken dat de sanctie wordt gesteld op het gedrag van de mediator. De nadruk zou niet zo zeer op het contractenrecht moeten liggen als wel op de procedurele rechtvaardigheid. Ik meen dan ook dat de lacunes op een andere wijze opgevuld dienen te worden.

5.4.1.3. Compensatie van machtsongelijkheid

Verdedigd zou kunnen worden dat eventuele machtsongelijkheid tussen partijen in mediation, actief en stelselmatig opgeheven moet worden. Voor ‘zwakke’ partijen zouden in het mediationproces bepaalde beschermingsmechanismen ingebouwd moeten worden. Dit kan middels verplichte bijstand door een advocaat of doordat de mediator op een aantal vaste

²⁵⁴ De regeling van art. 6:248 lid 2 heeft betrekking op alle tussen partijen als gevolg van de overeenkomst geldende regels. Dwingend recht valt dus ook onder de werking van dit artikel (Asser/Hartkamp 2005, nr. 316).

²⁵⁵ Asser/Hartkamp 2005, nr. 316.

²⁵⁶ Ik meen ook dat een partij haar recht om een beroep te doen op lid 5, niet kan verwerken. Zie hoofdstuk 3, par. 5.3.2.1 over rechtsverwerking.

²⁵⁷ Asser/Hartkamp 2005, nr. 316.

momenten in het mediationproces nagaat, bijvoorbeeld in caucus bij het starten van de onderhandelingsfase en bij het ingaan van de afsluitingsfase, of een partij nog wel vrijwillig en in vrijheid meedoet aan het proces.²⁵⁸ Deze oplossing zou gevallen adresseren waarin de benadeelde partij onvoldoende weerbaar was in de mediation.

Het probleem bij het inbouwen van beschermingsmechanismen in de mediationprocedure door de mediator of door regelgeving vooraf, is dat vaak op voorhand niet duidelijk is wie van de partijen 'de zwakkere' is. Partijen in mediation kunnen elke hoedanigheid hebben en het kan gaan om allerlei typen geschillen. De indeling die bijvoorbeeld Tjittes maakt van de hoedanigheden van contractspartijen – particulieren, ondernemers en overheden – is in mediation niet bruikbaar als instrument voor nivellering.²⁵⁹ Het gaat in mediation juist vaak om conflicten tussen particulieren (een groot deel van de mediations vindt plaats in het familierecht) en bedrijven onderling.²⁶⁰

Het probleem van de identificatie van de 'zwakkeren' bleek ook uit het project met scheidingsbemiddeling. Niet zozeer allerlei materiële criteria die vooraf van belang leken voor een inschatting van de kwetsbaarheid van een partij waren uiteindelijk relevant, zoals opleidingsniveau en juridische kennis, maar de emotionele gesteldheid van partijen.²⁶¹ Dit lijkt in overeenstemming met de opmerking van Vranken dat het karakter van mensen nog het meest van invloed zal zijn op de mogelijkheden om mediation goed te benutten.²⁶² Als de compensatie van machtsongelijkheid draait om het op één lijn brengen van de emotionele gesteldheid van partijen kan dit alleen, mocht dit al mogelijk zijn, door de mediator bewerkstelligd worden in de loop van het proces en niet vooraf door regelgeving. Probleem van een mediator die actief machtsongelijkheid compenseert, is echter dat dit waarschijnlijk gevolgen zal hebben voor de perceptie door partijen van diens onpartijdigheid.

Het is dus heel moeilijk om de ongelijkheid in onderhandelingspositie van partijen te nivelleren. Dit geldt zowel voor het opstellen van regelgeving vooraf als ook voor interveniëring door de mediator tijdens de mediation.

²⁵⁸ De onderlinge taakverdeling van actoren in het mediationproces, zoals de rechter, de verwijzingsfunctionaris van de rechtbank, de mediator en advocaten was, hoewel voor de praktijk wellicht interessant, geen zelfstandig onderwerp van onderzoek. Zie voor de afbakening van het onderzoek, hoofdstuk 1, par. 4. Zie voor de opbouw van het mediationproces, hoofdstuk 2, par. 3.

²⁵⁹ Tjittes 1994, p. 2 en 248. Alleen deze indeling naar maatschappelijke posities van partijen zou zijns inziens van belang dienen te zijn bij de invulling van de contactuele normen die voor rechtssubjecten in een bepaalde onderlinge verhouding gelden. De individuele eigenschappen van een persoon zouden buiten beschouwing dienen te blijven.

²⁶⁰ Zo vindt bijv. 44% van de bij het NMI gemelde mediations plaats in familierechtelijke zaken. Zie par. 5.2.1 van hoofdstuk 2.

²⁶¹ Voor een beschrijving van dit project en de resultaten, hoofdstuk 2, par. 5.3.2 e.v. Uit het project scheidingsbemiddeling kwam overigens ook naar voren dat mediators in driekwart van de gevallen de partijen als gelijkwaardig beschouwden. Uit het project omgangsbemiddeling bleek ook nog eens dat in tegenstelling tot wat in de mediationliteratuur wel gedacht wordt (zie hoofdstuk 2, voetnoot 39 en 211), de man juist de minst machtige partij is in mediation vanwege het feit dat de verblijfplaats van de kinderen een machtsfactor is en de kinderen vaak bij de moeder wonen. Voor een beschrijving van dit project en de resultaten, hoofdstuk 2, par. 5.3.3 e.v.

²⁶² Asser/Vranken 2005, nr. 130.

5.4.2. Een oplossing gericht op de inhoud

In de voorgaande paragrafen is geprobeerd de lacunes in de toetsing van mediated vaststellingsovereenkomsten op te vullen door in de totstandkomingsfase extra toetsingsmogelijkheden of waarborgen in te bouwen. Geen van de besproken scenario's lijkt echter een oplossing voor de geconstateerde problemen te bieden.

In par. 5.3.2 is geconcludeerd dat een inhoudelijke toets van de mediated vaststellingsovereenkomst noodzakelijk is. Deze constatering riep de vraag op hoever die inhoudelijke toets dient te gaan.

Schoordijk onderscheidt naar aanleiding van de parlementaire geschiedenis van art. 7:15.7 NBW (het huidige art. 7:904 BW) vier gradaties van onbillijkheid van de inhoud van de beslissing bij een bindend advies.²⁶³ Het gaat om:

1. Beslissingen met een heel ernstig gebrek in de inhoud;
2. Beslissingen met een voldoende ernstig gebrek;
3. Beslissingen, waartoe ook redelijke mensen hadden kunnen komen, die echter toch niet positief met redelijkheid en billijkheid overeenstemmen en;
4. Beslissingen die positief met redelijkheid en billijkheid overeenstemmen.

Naar deze indeling van Schoordijk zou categorie 4 neerkomen op een *iustum pretium*-toets, namelijk gelijkwaardigheid of approximatieve gelijkwaardigheid van prestaties. Dit leerstuk wordt in Nederland vrij algemeen verworpen als toetsingsmaatstaf van overeenkomsten.²⁶⁴

Categorie 1 komt overeen met de marginale toets zoals die is opgenomen in de art. 7:904 BW, 6:2 en 6:248 lid 2 BW. Uit par. 5.3.2 werd duidelijk dat categorie 4 niet geschikt is om als toetsingsmaatstaf te dienen, omdat een dergelijke vergaande inhoudelijke toets neerkomt op een verkapt appel. Dit gaat ten koste van de finaliteit van mediation als methode van conflictbeslechting. In mindere mate geldt dit argument ook voor de categorieën 2 en 3.

De andere kant van de medaille is echter dat mediation de burgers aangeboden en aangeprijsd wordt als een methode van conflictoplossing waarin partijen tot 'gezamenlijk gedragen en voor ieder van hen optimale resultaten' komen.²⁶⁵ Op het moment dat een partij om wat voor reden de inhoud niet meer optimaal dan wel acceptabel vindt, zou dan niet door de rechter bepaald moeten worden of in zijn ogen inderdaad sprake is van een niet optimale verdeling van rechten en plichten?

Bovenstaande overweging maakt duidelijk dat er een continu spanningsveld is tussen enerzijds mediation als alternatief voor overheidsrechtspraak en de daaraan verbonden noodzaak van finaliteit, en anderzijds mediation als methode van conflictoplossing waarbij het gaat om zelfbeschikking, consensus, gelijkwaardige participatie, informed consent en vrijwilligheid en waarvan het uiteindelijke doel is het komen tot een wederzijds acceptabele oplossing.

Er is in par. 5.3.2 geconstateerd dat bij geschilbeslechting de procedurele en de inhoudelijke toets met elkaar in verband staan. Om een afweging te kunnen maken ten aanzien

²⁶³ H.C.F. Schoordijk 1974, p. 766.

²⁶⁴ Zie o.m. hoofdstuk 3, par. 5.3.2.2.

²⁶⁵ Zie hoofdstuk 2, par. 2.

van de mate van inhoudelijke toetsing bij mediation moet daarom doorgedaan worden met het zoeken naar een oplossing die het gebrek aan toetsing in de totstandkoming adequaat kan ondervangen. Het lijkt daarbij geëigend om aansluiting te zoeken bij een aantal andere vormen van alternatieve geschilbeslechting, nu blijkt dat toetsing aan de hand van het overeenkomstenrecht (in de zin van Boek 3 en Boek 6) niet het gewenste resultaat oplevert. Hierbij is het voordeel dat de vraag naar de mate van inhoudelijke toetsing meteen mee kan worden genomen, vandaar dat ik deze opties vang onder het kopje ‘gemengde oplossingen’. Dus ‘gemengd’ in de zin dat de oplossing de totstandkomings- en inhoudstoets beide adresseert.

5.4.3. Gemengde oplossingen

5.4.3.1. Een oplossing naar analogie van bindend advies

In par. 3.4.1.1 van hoofdstuk 6 is de zaak *Vitakis v. Valchine* uit Florida besproken. In deze zaak werd bepaald dat de rechter een mediated settlement opzij kan zetten als de overeenkomst het directe resultaat is van schending door de mediator van de gedragsregels voor mediators. De rechter legde er in deze zaak sterk de nadruk op dat de mediator hier een ‘agent of the court’ was (het betrof court-ordered mediation). In zo’n geval, zo redeneerde de rechter, bestaat de inherente bevoegdheid om de integriteit van het judiciële systeem en het judiciële proces veilig te stellen, door de resulterende settlement agreement buiten toepassing te laten op basis van schending en misbruik van een door de rechter voorgeschreven mediationprocedure. Waar de redenering van de rechter op neer komt, is dat de mediator geen gewone derde is en dat daardoor de rechter de mogelijkheid heeft om de regeling van de wilsgebreken ruimer te interpreteren, zodat ook schending van gedragsregels (en ook andere regelgeving) door de mediator hieronder zal kunnen vallen.²⁶⁶

Uit par. 5.4.1.1 van het onderhavige hoofdstuk bleek dat de Nederlandse wilsgebrekenregelingen zich verzetten tegen een dergelijke analogieredenering. Toch kan deze belangwekkende uitspraak als inspiratiebron dienen. Hierbij is zelfs een analogieredenering mogelijk, niet analoog aan de art. 3:44 en 6:228 BW maar aan art. 7:904 BW; de regeling van het bindend advies.

Gesteld zou kunnen worden dat wanneer de mediator regels van procedurele rechtvaardigheid schendt, dit de vaststellingsovereenkomst naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar maakt. Dit zou moeten gelden voor zowel court-ordered, court-annexed als private mediation. De reden dat het Floridase hof zo de nadruk legde op het feit dat het court-ordered mediation betrof, is dat alleen via de redenering van de mediator als een ‘agent of the court’ de bescherming van het judiciële systeem als argument kon worden gebruikt om duress en undue influence afkomstig van een derde aan te kunnen pakken.²⁶⁷

Ik meen echter dat het niet juist is om een onderscheid te maken tussen mediations in aanhangige en niet-aanhangige zaken, en dat het ook niet van belang is of de rechter naar mediation heeft verwezen of dat partijen zelfstandig een mediation hebben geïnitieerd. Als een methode voor conflictbeslechting door de overheid wordt gestimuleerd en onder meer via de

²⁶⁶ Zie ook Coben & Thompson 2006, p. 97. De gangbare opvatting bij schending van gedragsregels door de mediator is eventuele aansprakelijkheid van de mediator. Zie ook Young 2006, p. 745.

²⁶⁷ Zie ook Cole, McEwen & Rogers (Mediation: Law, Policy and Practice), §4:13

gerechten aan de burgers wordt aangeboden, kan de situatie dat de methode door de burgers wordt toegepast in een zaak die (nog) niet aanhangig is, niet anders getoetst worden dan wanneer een zaak wel onder de rechter is. Schending van procedurele regels leent zich niet voor een onderscheid naar court-annexed v. non-court-annexed mediation en tussen court-annexed en court-ordered mediation.

Bovendien maken de verschillende regelingen van de Nederlandse mediationaanbieders het onderscheid tussen mediation in aanhangige zaken en mediation in niet-aanhangige zaken ook niet.²⁶⁸ Dan is het moeilijk te verdedigen dat het gedrag van de mediator in het ene geval wel en in het andere geval niet tot vernietiging zou kunnen leiden. Dit zou rechtsongelijkheid creëren en dat acht ik bij een procedure van geschilbeslechting niet wenselijk. Hetzelfde geldt voor het geval het ad hoc mediation betreft. Zolang het proces de kenmerken van mediation heeft, kan schending van de (ongeschreven) kernwaarden tot vernietigbaarheid van de overeenkomst leiden.²⁶⁹

Ook de situaties waarin een partij vanwege haar geestelijke of lichamelijke gesteldheid of vanwege dwang van haar eigen advocaat niet goed functioneert in de mediation en als gevolg daarvan ongelukkig is met het uiteindelijke resultaat, zouden onder schending van de regels van procedurele rechtvaardigheid kunnen worden gebracht, mits zij haar zorgen kenbaar maakt tijdens de mediation. Als een partij aangeeft dat zij de mediation wil verlaten vanwege pijn op de borst of vanwege problemen met haar advocaat of dwang van een derde, en de mediator weigert dit, dan is de resulterende vaststellingsovereenkomst naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar vanwege schending van de procedurele rechtvaardigheid (in dit geval zelfbeschikking en vrijwilligheid).²⁷⁰ Bovendien zou in deze situatie ook een beroep op misbruik van omstandigheden kunnen slagen, mits de wederpartij van de bijzondere omstandigheden op de hoogte is.²⁷¹ Wanneer de problemen van een partij in mediation niet kenbaar worden gemaakt, dienen deze op grond van het vertrouwensbeginsel voor risico van de partij die zich erop beroept te blijven, ook al was er strikt genomen sprake van schending van de procedurele rechtvaardigheid, bijvoorbeeld omdat iemand inderdaad ziek was tijdens de mediation en daardoor de gelijkwaardige participatie ontbrak.²⁷²

Hoe gaat de analogieredenering precies in haar werk? Art. 7:904 BW stelt dat indien gebondenheid aan een beslissing van een partij of van een derde in verband met inhoud *of* (cursivering; MS) wijze van totstandkoming daarvan in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn, de beslissing vernietigbaar is. Ook gedeeltelijke vernietiging van de beslissing is mogelijk.²⁷³ Uit hoofdstuk 3 bleek dat in de literatuur de opvatting leeft dat het inderdaad, zoals de wettekst suggereert, om twee aparte

²⁶⁸ Hoewel in het project Rechterlijke Macht een aantal artikelen uit het NMI-reglement van toepassing werd uitgesloten (het betrof louter procedureregels). Zie hoofdstuk 2, par. 5.3.5.

²⁶⁹ Zie voor ad hoc mediation, par. 4 van het inleidende hoofdstuk. Zie voor tuchtrechtspraak over de vraag wanneer er precies sprake is van mediation, hoofdstuk 2, par. 5.2.5.4.

²⁷⁰ De casus in *Randle v. Mid Gulf*, besproken in par. 4.5.3 van hoofdstuk 6.

²⁷¹ Zie voor misbruik van omstandigheden hoofdstuk 3, par. 5.5.4.

²⁷² Zie voor het vertrouwensbeginsel, par. 3 van dit hoofdstuk.

²⁷³ Zie hoofdstuk 3, par. 5.3.1.

gronden voor onverbindendheid gaat.²⁷⁴ Maar uit praktisch oogpunt kan de rechter als gebreken in de totstandkoming zijn geconstateerd, toch oordelen dat de inhoud overeenstemt met de redelijkheid en billijkheid en de beslissing in stand laten. Het gaat in dat geval dus om een volle inhoudelijke toets.²⁷⁵ De eisen die aan de totstandkoming van een advies worden gesteld, zijn bedoeld om te bewerkstelligen dat er een naar de inhoud juiste beslissing komt. Als die juiste beslissing er ligt, hoeft een gebrek in de totstandkoming niet meer tot vernietiging te leiden, omdat die beslissing dan door de rechter door een beslissing van gelijke inhoud moet worden vervangen, wat hoogst onpraktisch is.²⁷⁶ Dit verschijnsel zagen wij ook in de rechtspraak uit Californië waar een partij zich beriep op onregelmatigheden in de mediation, maar de rechter opmerkte dat dit niet van belang was omdat de overeenkomst billijk zou zijn.²⁷⁷ Deze volle inhoudelijke toets op het moment dat sprake is van gebreken in de totstandkoming om zo te beoordelen of de overeenkomst toch in stand kan blijven, lijkt mij voor mediated vaststellingsovereenkomsten ook nuttig. Het komt de rechtszekerheid en finaliteit immers ten goede zonder dat het ten koste gaat van de rechtvaardigheid. Als de rechter tot de conclusie komt dat zich in het totstandkomingstraject geen onregelmatigheden hebben voorgedaan, zou net als bij bindend advies, een marginale toets van de inhoud kunnen volstaan. Deze oplossing lijkt gerechtvaardigd in het licht van de spanning tussen finaliteit enerzijds en rechtvaardigheid van de inhoud anderzijds.²⁷⁸

Deze constructie zou overigens niet andersom moeten werken. Als een partij aanvoert dat de beslissing naar haar inhoud naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is, kan niet worden gesteld dat indien de totstandkoming wel in overeenstemming was met de redelijkheid en billijkheid, de beslissing niet vernietigbaar is. Het praktische argument van twee dezelfde beslissingen speelt hier niet en de integriteit van alternatieve geschilbeslechtingsmethoden verzet zich mijns inziens tegen zo'n redenering.²⁷⁹ De bovengeschetste situatie doet zich in de praktijk ook voor. Uit de Amerikaanse jurisprudentie blijkt dat er zaken zijn waarin de materiële rechtvaardigheid van de settlement agreement door een benadeelde partij ter discussie wordt gesteld, zonder dat onregelmatigheden of gebreken in de totstandkoming worden aangevoerd.²⁸⁰ Dit type zaken zou inhoudelijk moeten worden getoetst.

Het onderscheid tussen totstandkoming en inhoud wordt in de tekst van art. 6:2 lid 2 en 6:248 lid 2 in tegenstelling tot de tekst van art. 7:904, niet gemaakt. Bij art. 6:248 lid 2 BW is het voor een toets van de inhoud noodzakelijk dat er bij de totstandkoming omstandigheden zijn geweest die het beroep op het overeengekomene onaanvaardbaar doen zijn. Dit betreft dan een restcategorie; omstandigheden die niet onder de omschrijvingen van de wilsgebrekenregelingen

²⁷⁴ Hoofdstuk 3, par. 5.3.1.

²⁷⁵ Categorie 4 uit de indeling van Schoordijk, zie par. 5.4.2 van dit hoofdstuk.

²⁷⁶ Zie hoofdstuk 3, par. 5.3.1.

²⁷⁷ Hoofdstuk 6, par. 2.4.2.1.

²⁷⁸ Zie par. 5.4.2 van het onderhavige hoofdstuk.

²⁷⁹ Zie par. 5.3.2. van het onderhavige hoofdstuk waar deze opvatting van materiële rechtvaardigheid door mij werd verworpen. Maar zie de uitspraken in par. 5.1.5.2 en 5.1.5.3 waarin werd geoordeeld dat een inhoudstoets achterwege kan blijven als er geen onregelmatigheden in de totstandkoming lijken te zijn geweest.

²⁸⁰ Zie o.m. par. 5.1.4.1 van dit hoofdstuk.

vallen, maar die wel van belang zijn voor inhoudstoetsing aan art. 6:248 lid 2 BW.²⁸¹ Maar deze opvatting ligt onder vuur in de literatuur en, zo lijkt, ook in de rechtspraak.²⁸² Als de omstandigheden bij de totstandkoming in combinatie met de inhoud van de overeenkomst geen rol meer mogen spelen bij toetsing, betekent dit dat art. 6:248 lid 2 BW nog slechts een functie heeft bij de toetsing van de uitvoering van overeenkomsten. Toetsing van alleen de inhoud is immers ook niet mogelijk. Deze opvatting ten aanzien van art. 6:248 lid 2 verwerp ik.²⁸³ Toetsing van de totstandkoming aan art. 6:248 lid 2 los van de inhoud, moet overigens uitgesloten worden geacht.²⁸⁴

In de praktijk zal er meestal wel een wisselwerking zijn tussen inhoud en totstandkoming. Een partij die zich op de onaanvaardbaarheid van de inhoud beroept, zal daartoe vaak omstandigheden in de totstandkoming aanvoeren die dit beroep ondersteunen, maar het punt is dat die omstandigheden wel aangetoond moeten kunnen worden. Die bewijslast ligt op degene die zich op vernietiging beroept.²⁸⁵

Al met al lijkt het verstandig om aansluiting te zoeken bij art. 7:904 BW. Een interpretatie van art. 6:248 lid 2 naar analogie van art. 7:904 lid 1 is niet mogelijk, omdat 6:248 lid 2 de loskoppeling van inhoud en totstandkoming uitdrukkelijk niet kent.²⁸⁶ Daarom zou een artikel vergelijkbaar met art. 7:904 lid 1 maar toegespitst mediation, ingevoegd dienen te worden in titel 7.15.²⁸⁷

Wijziging van het bestaande art. 7:904 lid 1 BW zodat daar onder ook de mediationsituatie valt, zou eventueel mogelijk zijn, maar dat acht ik onwenselijk uit oogpunt van leesbaarheid. Bovendien is bij bindend advies en de bindende partijbeslissing sprake van een indirecte vaststelling en bij de vaststellingsovereenkomst na mediation van een directe vaststelling.²⁸⁸ Het is daarom zuiverder om een nieuw artikel te creëren voor vaststellingsovereenkomsten gesloten na mediation. Voor het bindend advies en de bindende partijbeslissing blijft art. 7:904 BW gelden.

Rechtsvorming op grond van analoge uitleg lost mijns inziens het probleem ook onvoldoende op, omdat analoge uitleg – zoals hiervoor ook betoogd in verband met de wilsgebreken – geen bewuste lacunes op kan vullen. De wetgever heeft met art. 7:904 slechts beoogd het bindend advies en de eenzijdige partijbeslissing aan toetsing te onderwerpen, en niet de gezamenlijke beslissing van partijen die immers aan partijautonomie onderworpen blijft en dus een ander karakter heeft. Een verscherpte toetsing van de mediated

²⁸¹ Zie hoofdstuk 3, par. 5.3.2.2.

²⁸² Zie hoofdstuk 3, par. 5.3.2.2 en hoofdstuk 7, par. 4.1.

²⁸³ Zie hoofdstuk 3, par. 5.3.2.2.

²⁸⁴ Zie hoofdstuk 3, par. 5.3.2.2.

²⁸⁵ O.g.v. het procesrechtelijke beginsel dat degene die iets stelt dit in geval van ontkenning door de wederpartij moet bewijzen. Op deze verdeling van stelplicht en bewijslast zijn diverse uitzondering mogelijk. Zie ook par. 5.3.2 en 5.5.4 van hoofdstuk 3.

²⁸⁶ Zie voor een gerelateerd probleem ook Janssen & Van Rossum 2004, p. 812, onder verwijzing naar Asser/Hartkamp 2005, nr. 341a. Zo kunnen de rechtsgevolgen van art. 6:258 BW (ontbinding of wijziging o.g.v. onvoorziene omstandigheden) niet bereikt worden door inroeping van art. 6:248 lid 2 BW.

²⁸⁷ Voor de tekst van dit artikel verwijs ik naar par. 7.2 van dit hoofdstuk. De vraag hoe de twee artikelen zich tot elkaar verhouden, wordt beantwoord in par. 7.2 van het onderhavige hoofdstuk.

²⁸⁸ Zie hoofdstuk 3, par. 4.

vaststellingsovereenkomst zoals ik voorsta, vereist dus een wettelijke tussenkomst zodat een aan art. 7:904 BW ontleende toetsing mogelijk wordt.

Ter ondersteuning van mijn standpunt dat schending van regels van procedurele rechtvaardigheid in mediation zou moeten leiden tot vernietigbaarheid van de resulterende vaststellingsovereenkomst, kan nog het in de rechtspraak gemaakte onderscheid tussen het zuivere en het onzuivere bindend advies worden aangevoerd.

Bij onzuiver bindend advies heeft de bindend adviseur een geschilbeslechtende rol; hij is quasirechter. Bij het zuivere bindend advies wordt de bindend adviseur opgedragen om als terzakekundige een bepaald element van de rechtsverhouding van partijen vast te stellen. Gesteld wordt dat de regels van een goede procesorde niet gelden voor het zuivere bindend advies, zodat schending daarvan niet tot vernietiging van de beslissing leidt.²⁸⁹ Als argument voor het verschil in toetsing geeft de Hoge Raad dat een bindend adviseur bij een zuiver bindend advies meer intuïtief te werk gaat en dat een bindend adviseur bij een onzuiver bindend advies kennelijk meer juridisch bezig is.²⁹⁰

Dit lijkt mij niet helemaal helder geformuleerd. Ook een onzuiver bindend advies kan intuïtief gegeven worden, niets verplicht een adviseur te oordelen zoals een rechter zou hebben gedaan. Omgekeerd kan een zuiver bindend advies juridisch van aard zijn.²⁹¹ Ik meen dat de werkelijke reden dat er hogere eisen worden gesteld aan het onzuiver bindend advies niet zozeer is dat het recht wordt toegepast, maar dat het onzuivere advies een alternatief vormt voor rechtspraak. Aan een geschil dat uiteindelijk niet door de rechter wordt beslist maar waarvoor een andere procedure is gecreëerd, dienen dus waarborgen te worden gesteld.²⁹²

Het bovenstaande pleit mijns inziens voor de opvatting dat schending van regels van procedurele rechtvaardigheid in mediation zou moeten leiden tot vernietigbaarheid van de vaststellingsovereenkomst.²⁹³ Deze regels kunnen zijn opgenomen in een mediationreglement, gedragsregels of een (model) mediationovereenkomst. Ter illustratie kan een uitspraak van het Hof 's-Hertogenbosch dienen, waar het hof opmerkte dat bij bindend advies niet alleen schending van elementaire beginselen van procesrecht een grond voor vernietigbaarheid oplevert, maar ook schending van de eigen procedurele regels van degene of de instelling die het bindend advies uitbrengt.²⁹⁴ Indien het een zogenaamde ad hoc mediation betreft waarbij geen schriftelijke, gedetailleerde mediationovereenkomst wordt aangegaan en waarbij geen

²⁸⁹ Zie par. 5.3.1 van hoofdstuk 3.

²⁹⁰ Zie par. 5.3.1 van hoofdstuk 3.

²⁹¹ In gelijke zin: Rutgers 2005, p. 1046.

²⁹² Maar zie HR 14 april 2004, LJN: AV0049: 'Het feit dat een bindend advies-procedure niet met voldoende waarborgen is omkleed, kan er weliswaar aan bijdragen dat het advies met zodanig ernstige gebreken tot stand komt dat gebondenheid van de daarbij in het ongelijk gestelde partij naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn, maar volstaat op zichzelf voor het aannemen van zulke gebreken niet'.

²⁹³ Nog een keer de link met bindend advies; ook als de bindend adviseur zich baseert op een 'valse' brochure kan vernietiging van het advies plaatsvinden (Hof Arnhem 12 mei 1998, *NJ* 1999/29).

²⁹⁴ Hof 's-Hertogenbosch 14 oktober 1999, *NJ* 2000/595, r.o. 4.5. De procedurele regels die niet de procedurele rechtvaardigheid adresseren, kwamen in dit onderzoek niet of slechts zijdelings aan de orde (zie par. 2 van het onderhavige hoofdstuk). Of dit type regels, zoals de wijze van benoeming van de mediator, ook tot aantasting zou moeten kunnen leiden, zou ik op het eerste gezicht negatief willen beantwoorden, mits de regels niet relevant zijn voor de procedurele rechtvaardigheid. Schending daarvan zal dan immers niet snel naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zijn.

reglementen of gedragsregels van toepassing worden verklaard die de regels van procedurele rechtvaardigheid adresseren, zou gekeken moeten worden naar de (ongeschreven) kernwaarden van mediation, dus de elementaire beginselen van mediation. Schending daarvan zou de mediated vaststellingsovereenkomst vernietigbaar maken. Ook de drie besproken mediatorstijlen en de verschillende type geschillen – familierechtelijk, vermogensrechtelijk, commercieel – lenen zich alle voor een toets naar analogie van art. 7:904 lid 1 vanwege de open norm die het artikel biedt.²⁹⁵

Bij de beoordeling of sprake is van schending van regels van procedurele rechtvaardigheid, kan een rol spelen dat een partij als klager in een tuchtrechtelijke procedure in het gelijk is gesteld en dus de tuchtrechter van oordeel is geweest dat de mediator gedragsregels heeft geschonden.²⁹⁶

Bovendien is een groot voordeel van een regeling naar het model van het bindend advies dat ook lid 2 van art. 7:904 BW als voorbeeld kan worden genomen. Dit luidt dat indien de beslissing van een partij of een derde vernietigd wordt of nietig blijkt, de rechter een beslissing kan geven, tenzij uit de overeenkomst of de aard van de beslissing voortvloeit dat zij op een andere wijze moet worden vervangen. Dit is transposeerbaar naar de mediationsituatie. Als een beslissing van partijen gezamenlijk, totstandgekomen in mediation, vernietigd wordt of nietig blijkt, kan de rechter een beslissing geven. Dit is uit oogpunt van finaliteit aantrekkelijk omdat er geen problemen ten aanzien van de rechterlijke bevoegdheid kunnen ontstaan; de rechter die vernietigt, is bevoegd uitspraak te doen in het geschil dat aan de vaststellingsovereenkomst ten grondslag lag. Bovendien wordt zo veilig gesteld dat geen aparte dagvaarding hoeft te worden ingediend om het oorspronkelijke geschil weer aanhangig te maken en uit te procederen. Dit bespaart tijd en geld.²⁹⁷ Zo kan de finaliteit van mediation als methode van geschilbeslechting toch gestalte krijgen naast een optimale waarborg van de procedurele en materiële rechtvaardigheid.

Ook de zinsnede uit lid 2 ‘tenzij uit de overeenkomst of de aard van de beslissing voortvloeit dat zij op andere wijze moet worden vervangen’, levert geen probleem op. Wel is het zo dat bij een vaststellingsovereenkomst door partijen gezamenlijk de vaststellingsovereenkomst en de beslissing samenvallen.²⁹⁸ De tekst van een nieuw artikel zal dus ten opzichte van art. 7:904 lid 2 BW enigszins aangepast moeten worden om op mediation toepasbaar te kunnen zijn. Dit kan door de frase ‘aard van de beslissing’ te laten vervallen.²⁹⁹

Wat betreft de ‘aard van de overeenkomst’: mediation is vrijwillig, partijen kunnen op elk gewenst moment de mediation verlaten. Ik ben met de Hoge Raad van mening dat partijen ook niet tot deelname aan mediation kunnen worden gedwongen.³⁰⁰ Dus op het moment dat een

²⁹⁵ Zie voor een concretisering van de open norm, par. 5.5.2 e.v. van het onderhavige hoofdstuk.

²⁹⁶ Zie par. 5.2.5.4 van hoofdstuk 2 en par. 4.2 van hoofdstuk 7.

²⁹⁷ Zie de handleiding tarieven in burgerlijke zaken van 1 april 2006, te raadplegen op www.rechsprpraak.nl. Het vaste recht wordt bepaald aan de hand van de eis in de dagvaarding (art. 2 lid 4).

²⁹⁸ Zie hoofdstuk 3, par. 4.

²⁹⁹ Met ‘de aard van de beslissing’ wordt bedoeld dat in geval het geven van een bindend advies was opgedragen aan een derde in het kader van tuchtrechtspraak, het de voorkeur kon verdienen dat de aangewezen persoon de beslissing weer nam met inachtneming van de rechterlijke uitspraak (*Kamerstukken II*, 17 779, 1982-83, nr. 3, p. 40). Ook het deel van lid 2 dat ziet op beslissingen die niet binnen een redelijke termijn worden genomen, is niet relevant voor mediation.

³⁰⁰ Zie hoofdstuk 2, par. 5.2.5.5.

partij na vernietiging van de beslissing het oorspronkelijke geschil niet opnieuw aan mediation wil onderwerpen, staat niets aan een rechterlijke uitspraak in de weg. Ook niet als de vaststellingsovereenkomst of de mediationovereenkomst partijen verplicht het geschil te onderwerpen aan mediation.³⁰¹ Wel zou de rechter nog bij partijen kunnen informeren of zij een andere oplossing dan uitspraak in hun geschil wensen en mocht dat zo zijn, zich van uitspraak onthouden. Wenst slechts één partij een andere oplossing, dan kan zij haar wederpartij niet verhinderen om de rechter –na daartoe de juridische gronden te hebben te overlegd – om een uitspraak te vragen.

5.4.3.2. Een oplossing naar analogie van arbitrage

Nu blijkt dat het toetsingsmodel voor bindend advies geschikt is voor de mediated vaststellingsovereenkomst, zou nog een stap verder gegaan kunnen worden. De procedurele regels van mediation zouden opgenomen kunnen worden in het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering. Deze oplossing gaat in de richting van de regeling van arbitrage.

Een wettelijke regeling zou de verschillen die nu bestaan in de procedurele regels van de verschillende mediationaanbieders, gelijk kunnen trekken. Schending van de regels van procedurele rechtvaardigheid zou een grond voor vernietiging van de resulterende overeenkomst zijn, zoals dat naar analogie van bindend advies ook het geval is. Vanzelfsprekend zou in zo'n wettelijke regeling ook de toetsingsmaatstaf voor de materiële rechtvaardigheid opgenomen kunnen worden. De toegevoegde waarde van het wettelijk vastleggen van de procedureregels zou er dan vooral zijn voor ad hoc mediation, zoals de wettelijke regels voor arbitrage er ook vooral voor ad hoc arbitrage zijn.³⁰² Invoering van een uitgebreide wettelijke regeling in het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering is echter een zware ingreep. Als mediation gereguleerd en genormeerd kan worden zonder een dergelijke ingreep, bijvoorbeeld naar analogie van bindend advies, dient die weg mijns inziens gevolgd te worden.

Bovendien kan juist gesteld worden dat het goed is dat de regels betreffende de procedure van mediation per type mediationaanbieder verschillen. De regels zijn opgesteld met het oog op een bepaalde mediatorstijl en een bepaald type geschil.³⁰³ Uniforme regels zouden de diversiteit en flexibiliteit van mediation teniet doen, wat de afnemers in hun mogelijkheden zou beperken.³⁰⁴ De verschillende regels zijn ook al voldoende duidelijk vastgelegd in de model mediationovereenkomst, reglementen en gedragsregels.

³⁰¹ Overeenkomst' kan worden opgevat als mediationovereenkomst en als vaststellingsovereenkomst. Art. 10.1 van de NMI model mediationovereenkomst bepaalt dat partijen in geval van geschil over de vaststellingsovereenkomst, dit door middel van mediation trachten op te lossen. Ik meen dat in geval van rechterlijke vernietiging niet meer gesproken kan worden van een geschil over de vaststellingsovereenkomst, de beslissing, de kern van de vaststellingsovereenkomst, is immers vernietigd. Als is opgenomen dat het oorspronkelijke geschil d.m.v. arbitrage moet worden opgelost in geval van vernietiging, hebben we te maken met een arbitraal beding en dit zal leiden tot onbevoegdheid van de overheidsrechter (mits ingeroepen voor alle weren) o.g.v. art. 1022 lid 1 Rv.

³⁰² Zie ook §11 van de Guide to Enactment of the UNCITRAL Model Law on International Commercial Conciliations. Bij ad hoc arbitrage verklaren partijen soms in het geheel geen bestaande regelgeving van toepassing. Zie voor ad hoc mediation het inleidende hoofdstuk.

³⁰³ Zie o.m. par. 2 van het onderhavige hoofdstuk.

³⁰⁴ Maar de kernwaarden zoals geformuleerd in par. 2 van dit hoofdstuk gelden voor alle mediations.

Als wij de bezwaren ten aanzien van een uitgebreide wettelijke regeling voor mediation buiten beschouwing laten, zou een argument voor een regeling naar het voorbeeld van arbitrage kunnen zijn, dat in Rechtsvordering vastgelegd zou kunnen worden dat door middel van een exequaturprocedure een titel verbonden kan worden aan de vaststellingsovereenkomst.³⁰⁵ Dit zou voornamelijk interessant zijn voor mediations in zaken die niet aanhangig zijn, maar hiervoor bestaat al de mogelijkheid van vastlegging in een notariële akte.³⁰⁶ De kosten van een notariële akte en een verlot tot tenuitvoerlegging zullen niet veel uit elkaar liggen, maar de kosten van vastlegging in een notariële akte zullen waarschijnlijk iets hoger zijn. Nadeel van een exequaturprocedure is dat afhandeling van het geschil vertraagd wordt en de rechterlijke macht, hoe gering ook – het verzoek tot verlot is immers een hamerstuk – toch belast wordt. Bovendien worden de problemen van het gebrek aan toetsing bij het verbinden van een executoriale titel, zie hiervoor par. 4.2 en 4.5 van het onderhavige hoofdstuk, niet weggenomen bij een exequaturprocedure.³⁰⁷

Als een partij zou protesteren tegen exequaturverlening, zou schending van de regels van procedurele rechtvaardigheid een grond voor weigering van het verlot kunnen zijn. Doet zich dit voor dan zou een inhoudelijke behandeling plaats kunnen vinden om te beoordelen of het verlot toch verleend kan worden. Aansluiting wordt dan gezocht bij de voorgestelde oplossing ten aanzien van het verkrijgen van een titel in een aanhangige zaak (par. 4.6). Bij de notariële akte komt in de situatie dat een partij tegen het verbinden van een titel aan de afspraken protesteert, in het geheel geen titel tot stand. Voor een titel op basis van een notariële akte is op het moment van het verbinden van de titel immers altijd de medewerking van beide partijen vereist. De partij die nakoming van de schikking wenst, zal een procedure aanhangig moeten maken. Uiteindelijk komen beide situaties op hetzelfde neer; er vindt een inhoudelijke behandeling van het geschil over de schikking plaats bij de overheidsrechter.

De bovenstaande overwegingen kunnen niet anders dan tot de conclusie leiden dat de toegevoegde waarde van een exequaturverlening nihil is.

Nu is gebleken dat voor de toetsing van de vaststellingsovereenkomst en het verkrijgen van een executoriale titel de regeling van arbitrage niet als voorbeeld kan dienen, blijft de vraag over of een wettelijk artikel inzake herroeping, zoals dat voor arbitrage is geregeld in art. 1068 Rv, nog toegevoegde waarde heeft. Het antwoord luidt ontkennend. Mediation eindigt met een overeenkomst die geen kracht van gewijsde krijgt in de zin van een rechterlijk of scheidsrechterlijk vonnis. De mogelijkheid tot het instellen van een rechtsmiddel vervalt niet na verloop van tijd zoals dat bij de rechter en in arbitrage wel het geval is.³⁰⁸ Er hoeft dus geen wettelijke mogelijkheid te worden gecreëerd om de overeenkomst nog aan te kunnen tasten.³⁰⁹

³⁰⁵ Naar Belgisch voorbeeld, zie o.m. Demeyere 2006, p. 32 e.v. en Gayse 2005, p. 22 e.v.

³⁰⁶ Zie voor overwegingen met betrekking tot opname van de mediated vaststellingsovereenkomst in een arbitraal schikkingvonnis: hoofdstuk 3, par. 9 e.v. en hoofdstuk 7, par. 3.2.4.

³⁰⁷ Tenzij in de richting van een verkapt appel wordt gegaan, wat als niet wenselijk werd gezien. Zie o.m. par. 4.5 en 5.3.2 van het onderhavige hoofdstuk.

³⁰⁸ Zie bijv. art. 339 lid 1 Rv en art. 1064 lid 3 Rv.

³⁰⁹ Rechtsvorderingen tot vernietiging van een rechtshandeling verjaren na drie jaar. Zie o.m. voor de aanvang van de termijn art. 3:52 BW. Maar een beroep bij wijze van verweer blijft te allen tijde mogelijk (art. 3:51 lid 3 BW).

Problemen van executie en samenloop zullen bij mediation ondervangen moeten worden door het starten van een executiegeschil op de gronden van vernietigbaarheid en nietigheid uit het overeenkomstenrecht en als noodzakelijke aanvulling daarop, op gronden van schending van de procedurele en materiële rechtvaardigheid.³¹⁰ Voor overheidsrechtspraak en arbitrage geldt overigens dat de vordering tot herroeping de tenuitvoerlegging in principe niet schorst.³¹¹

Al met al ben ik geen voorstander van opname van procedurele regels in een wettelijke regeling. Voor de mogelijkheid tot vernietiging van de overeenkomst is het niet nodig, omdat dit naar analogie van bindend advies opgelost kan worden. Voor het verkrijgen van een executoriale titel heeft zo'n regeling ook geen toegevoegde waarde gezien de al bestaande mogelijkheid tot het verkrijgen van een titel in non-court-annexed en court-annexed zaken, namelijk via de notariële akte, en de voorgestelde oplossing ten aanzien van court-ordered zaken (zie par. 4.6). Voor samenloopproblemen is het niet noodzakelijk, omdat het starten van een executiegeschil mogelijk is.

Er dient wel rekening te worden gehouden met de Richtlijn betreffende bepaalde aspecten van bemiddeling in burgerlijke en handelszaken die er nu nog in conceptvorm ligt, maar waarschijnlijk vastgesteld gaat worden.³¹² Op grond van deze richtlijn krijgt de wetgever de plicht om een aantal aspecten van mediation wettelijk te regelen. Deels is dit al gebeurd. Zo is in 2005 begonnen met de mogelijkheid om vanuit de gerechten door te verwijzen naar mediation en kan op grond van art. 87 Rv een executoriale titel worden verbonden aan mediated vaststellingsovereenkomsten.³¹³ Wel zou de Europese regelgeving nog verplichten tot het invoeren van een bepaling die ziet op de schorsing van de verjaringstermijnen in geval van mediation en het creëren van een verschoningsrecht voor de mediator.³¹⁴

5.4.3.3. Een afkoelingsperiode³¹⁵

De California Insurance Code geeft als aanvullende regel op het algemene overeenkomstenrecht een herroepingsrecht waardoor de verzekerde tot drie werkdagen na het sluiten van de mediated settlement nog op de overeenkomst terug mag komen, mits hij niet wordt bijgestaan door een advocaat.³¹⁶ De Florida Family Law Rules of Procedure bepalen dat partijen in familierechtelijke zaken gedurende tien dagen het recht hebben om de schikking nog voor te leggen aan hun advocaat als die niet bij het slot van de mediation aanwezig kon zijn. In geval de raadsman bezwaren ziet, kan de overeenkomst worden herroepen.³¹⁷

³¹⁰ Zie par. 4.5 van dit hoofdstuk.

³¹¹ Art. 386 Rv en 1068 lid 2 jo 1066 Rv.

³¹² COM (2004) 718 definitief, zie par. 7.1 van hoofdstuk 2.

³¹³ Maar zie voor de bezwaren die aan toepassing van dit artikel kleven en een voorgesteld alternatief, par. 4 e.v. van het onderhavige hoofdstuk.

³¹⁴ Zie hoofdstuk 2, par. 7.1. Beide aspecten van mediation vallen buiten het bereik van het onderzoek, zie par. 3 en 4 van het inleidende hoofdstuk.

³¹⁵ De afkoelingsperiode, de derde te bespreken potentiële oplossing onder 'gemengde oplossingen', is een beetje een vreemde in de bijt. Het is immers geen oplossing met zowel een procedurele als een inhoudelijke toets. Het is wel gemengd in de zin dat het én een oplossing zou kunnen geven voor totstandkomingsgebreken én voor onvrede met de inhoud. Om deze reden wordt de afkoelingsperiode toch onder dit kopje behandeld.

³¹⁶ Zie hoofdstuk 6, par. 2.3.3.

³¹⁷ Dit gaat dus minder ver dan een algemeen herroepingsrecht. Zie hoofdstuk 6, par. 3.2.2.

Welsh bepleit een dwingendrechtelijke afkoelingsperiode om de zelfbeschikking van partijen in mediation te waarborgen. Pas na verloop van een aantal dagen zou de settlement agreement verbindend moeten worden.³¹⁸ Zij meent dat wanneer partijen zich echt kunnen vinden in het resultaat van mediation, zij hun instemming met de schikking niet zullen intrekken.³¹⁹ De ratio achter een afkoelingsperiode is dat het in strijd is met het idee van zelfbeschikking van partijen om een partij gebonden te houden aan een overeenkomst waar zij niet (meer) achterstaat. De rechter gaat uit van de veronderstelling dat partijen de settlement geheel autonoom en vrijwillig zijn aangegaan en het overeenkomstenrecht biedt slechts beperkte gronden op basis waarvan deze veronderstelling kan worden weerlegd (op grond van de wilsgebrekenregelingen of op grond van wilsontbreken). Dus is behoefte aan een afkoelingsperiode om deze lacune op te vullen, zo meent Welsh.³²⁰ Het voordeel van een afkoelingsperiode is volgens Welsh ook dat niet geprocedeerd hoeft te worden, opdat een wilsgebrek aangetoond kan worden.³²¹ Als ander pluspunt noemt Welsh dat partijen zelf volgens hun eigen normen kunnen beoordelen of zij hun overeenkomst eerlijk en billijk vinden, en deze afweging niet over hoeven te laten aan de rechter.³²²

Maar voor deze beslissing zouden partijen dan maar een paar dagen de tijd hebben. Voor twijfels of spijt die na verloop van tijd de kop op steken, kan de afkoelingsperiode niets betekenen. Bovendien zal lang niet altijd binnen een paar dagen duidelijk worden dat is ingestemd met een overeenkomst op basis van bijvoorbeeld verkeerde informatie.³²³ Een afkoelingsperiode is dus vooral zinvol bij gebreken in de totstandkoming die in de richting gaan van bedreiging en misbruik van omstandigheden, zoals Welsh overigens ook aangeeft.³²⁴

Zoals de vorige alinea's illustreren, wordt bij een afkoelingsperiode geen toetsingsnorm gehanteerd.³²⁵ Partijen kunnen binnen een bepaalde periode ongeacht de reden de vaststellingsovereenkomst verwerpen. Omstandigheden bij de totstandkoming die niet gebracht

³¹⁸ De termen afkoelingsperiode, herroepingsrecht en bedenktijd worden in de Nederlandse literatuur door elkaar gebruikt. Zie o.m. het commentaar van respectievelijk M.M. van Rossum en Mertens in de Groene Serie privaatrecht bij de art. 7:2 en 7:48c BW.

³¹⁹ Welsh 2001, p. 6-7; Welsh 2004, p. 143. Zij staat hierin niet alleen, zie ook Reuben die een afkoelingsperiode voor mediation in arbeidszaken bepleit (Reuben 2005, p. 55), Hedeem die voor court-connected mediation een afkoelingsperiode bepleit (Hedeem 2005, p. 286). En Lande die afkoelingsperiode ziet als bescherming tegen misrepresentation (Lande 2002, p. 137).

³²⁰ Welsh 2001, p. 62-64.

³²¹ Welsh 2001, p. 86.

³²² Welsh 2004, p. 143. Zo ook Reuben die kennelijk uitgaat van de opvatting dat de settlement rechtvaardig is als partijen dit vinden '(...) and allow for the time necessary to take that extra step to assure the substantive propriety of the settlement according to the worker's own idiosyncratic preferences' (Reuben 2005, p. 55). Zie over deze opvatting van materiële rechtvaardigheid, par. 2 van hoofdstuk 2 en par. 5.3.2 van het onderhavige hoofdstuk.

³²³ Maar zie Lande die juist een afkoelingsperiode voorstelt opdat achterhaald kan worden of de beslissing is genomen o.g.v. alle en de juiste feiten. Er zou bijv. contractueel overeengekomen kunnen worden dat voor de overeenkomst verbindend wordt, eerst alle relevante documenten uitgewisseld worden, zodat partijen kunnen nagaan of de informatie waarop in mediation vertrouwd werd, klopt (Lande 2002, p. 137-138). Deze uitwisseling van informatie lijkt mij meer geëigend in een eerder stadium van het mediationproces (zoals de exploratiefase, zie par. 3 hoofdstuk 2) en niet pas als de schikking er al ligt.

³²⁴ Hoewel dwang en beïnvloeding soms ook pas na enige tijd wegebben (Thompson 2004, p. 554).

³²⁵ Maar herroepingsrechten zien vaak wel op de bescherming van een bepaald type partij. Zo zijn in de Nederlandse wetgeving ter bescherming van de consument een aantal herroepingsrechten gecreëerd. Zie o.m. art. 7:2 lid 2 BW (koop onroerende zaak door consument), art. 7:48c BW (inzake timesharing), en art. 25 van de Colportagewet.

kunnen worden onder de reikwijdte van de regelingen inzake wilsgebreken en wilsontbreken of in combinatie met de inhoud van de overeenkomst onder de reikwijdte van art. 6:248 lid 2 BW, maar die wel schending van de procedurele rechtvaardigheid betreffen, zijn dus grond voor verwerping.

Een afkoelingsperiode is ook de enige manier waarop dwang van de eigen advocaat onverbindendheid van de overeenkomst tot gevolg kan hebben. Of waarop omstandigheden die louter een partij betreffen (zoals angst en depressieve gevoelens, vermoeidheid, honger, ziekte, etc.) en die niet kenbaar gemaakt zijn tijdens de mediation, nog tot verwerping van de overeenkomst kunnen leiden. Maar de afkoelingsperiode zou maar een gedeelte van dit type gevallen kunnen oplossen, omdat de tijdsperiode voor afkoeling of herroeping beperkt is.³²⁶

Het is duidelijk dat een periode waarin de overeenkomst zonder opgaaf van reden en zonder sancties verworpen kan worden, grote gevolgen heeft voor de finaliteit van mediated vaststellingsovereenkomsten en dus voor mediation als methode van geschilbeslechting. Bovendien krijgen chicaneuze partijen de gelegenheid om informatie te verzamelen tijdens het mediationproces en eens te peilen waar de wederpartij staat, om daar later al dan niet in een juridische procedure gebruik van te maken.³²⁷ Ook bestaat het gevaar dat het conflict nog verder escaleert, omdat de wederpartij het gevoel heeft dat hij aan het lijntje wordt gehouden en het conflict nooit beëindigd wordt.³²⁸ Voorts zou gesteld kunnen worden dat in mediations die verspreid over meerdere bijeenkomsten worden gehouden, wat in Nederland momenteel nog de meest gebruikelijke gang van zaken lijkt te zijn, al tussen de sessies door ruimte is voor bezinning.³²⁹ Ten slotte is het zeer de vraag of een afkoelingsperiode in commerciële verhoudingen tussen professionele partijen zou moeten gelden. Het lijkt meer geboden in het familierecht of in vermogensrechtelijke zaken zonder commerciële inslag, waar partijen het risico lopen zichzelf te verliezen onder druk van de emoties.³³⁰

Maar aan de andere kant kunnen juist deze emoties er weer de oorzaak van zijn dat partijen het moeilijk vinden om de knoop door te hakken met als gevolg dat zij een schikking opzeggen waar zij uiteindelijk zonder het bestaan van een herroepingsrecht vrede mee zouden hebben gehad. Niet in het minst vanwege het besef dat een conflict eens afgesloten moet worden en dat een ideale oplossing niet bestaat. Enig momentum lijkt dan gewenst. Ook situaties waarin zij op het moment van aangaan van de vaststellingsovereenkomst wel in vrijheid beslisten, maar na een nachtje slapen toch zijn gaan twifelen, vallen er tenslotte onder. Als nadeel van het instellen van een bedenktijd wordt in de literatuur ook nog de fixerende werking die er vanuit zou gaan, genoemd. Het ongebruikt laten van de afkoelingsperiode zou gevolgen kunnen hebben voor de slagingskansen van een beroep op een wilsgebrek of wilsontbreken, zo is de opvatting.³³¹ Ik ben echter van mening dat dit argument bij een

³²⁶ Er zullen ook met een afkoelingsperiode altijd situaties zijn die buiten boord vallen (Thompson 2004, p. 554).

³²⁷ Maar zie o.m. par. 5 e.v. van hoofdstuk 7 over de vertrouwelijkheid van mediation.

³²⁸ Dit leek zich voor te doen in de Olam-zaak uit Californië, waarin mevrouw Olam oplossing van het geschil al jarenlang had getraineed (par. 2.5.3 van hoofdstuk 6). Zie Thompson 2004, p. 554.

³²⁹ Zie par. 5.3.2.1, 5.3.3.1 en 5.3.5.1 van hoofdstuk 2.

³³⁰ Hoewel het er ook in commerciële geschillen emotioneel aan toe kan gaan. Alleen hier bestaat dan vaak de mogelijkheid om de emotionele angel uit het conflict te halen door anderen (hogerop) in de organisatie die niet emotioneel bij het conflict betrokken zijn, in de mediation te laten participeren.

³³¹ Hartlief & Reurich 1999, p. 49-50; Chao-Duvis 1995, p. 50. Zeker bij een beroep op dwaling door de koper van een onroerende zaak (art. 7:2 BW) zou dit spelen aangezien dan van de koper wordt verwacht dat hij gedurende de

afkoelingsperiode na mediation minder speelt dan bij bijvoorbeeld de koop van een huis, omdat het in mediation een overeenkomst betreft die een geschil beëindigt. Het gaat niet om een situatie dat een rechtsverhouding in het leven wordt geroepen en van partijen eigen onderzoek en initiatief wordt verwacht, opdat een gewenst object tegen de meest aantrekkelijke prijs kan worden verkregen en een partij als zij gebreken aantreft, een andere wederpartij kan zoeken die ook een dergelijk object aanbiedt. Inherent aan mediation is immers in dat opzicht een beperking van de contractvrijheid.³³² Bovendien waarop zou dit onderzoek gebaseerd moeten zijn? Een verzwijging of verkeerde inlichting van een wederpartij in het mediationproces is niet zo eenvoudig boven water te krijgen als bijvoorbeeld een gebrek aan een huis door middel van een bouwkundig onderzoek.

Uit par. 5.4.3.1 is duidelijk geworden dat ik gecharmeerd ben van analoge toepassing van de regeling van het bindend advies op de mediated vaststellingsovereenkomst. In deze constructie worden de aantastingsgronden uit het algemene overeenkomstenrecht behouden en worden de procedurele en materiële rechtvaardigheid gewaarborgd. Het herroepingsrecht is een veel grovere oplossing omdat een toetsingsnorm ontbreekt, zodat verwerping volledig los is gekoppeld van de rechtvaardigheidskwestie. Ook situaties die op grond van het vertrouwensbeginsel voor het risico van een partij die zich beroept op vernietiging zouden moeten blijven (zie par. 5.4.3.1), vallen immers onder het bereik van een herroepingsrecht.³³³

Tussen de uitersten 'finaliteit' en 'rechtvaardigheid' dient op een gegeven moment een grens te worden getrokken. Als de nadruk te veel ligt op rechtvaardigheid wordt in de richting gegaan van een opvatting die inhoudt dat mediated settlements nooit afdwingbaar zouden dienen te zijn.³³⁴ Dit is geen houdbaar standpunt. Het is strijdig met het contractuele beginsel van rechtszekerheid en met de ratio achter geschilbeslechting; enige finaliteit van het eindresultaat moet er zijn.³³⁵ Ervan uitgaand dat een tussenoplossing moet worden gevonden, kan dit het meest zuiver gebeuren met behulp van argumenten van juridische aard, zoals het contractuele vertrouwensbeginsel. Een afkoelingsperiode is een verlegenheidsoplossing.

5.5. De voorgestelde oplossing

5.5.1. De oplossing naar analogie van bindend advies

Rechterlijke rechtsvorming bij de wilsgebrekenregelingen om daaronder de situatie te laten vallen dat de mediator debet was aan het ontstaan van het gebrek, bleek niet haalbaar. Ook wettelijke aanpassing van de wilsgebrekenregelingen leek om dezelfde reden geen uitkomst te

afkoelingsperiode actief en breed onderzoek doet (Castermans 1992, p. 272). Ook Thompson waarschuwt hiervoor. Een soort van 'speak now or forever hold your peace' (Thompson 2004, p. 555).

³³² Zie par. 3 van het onderhavige hoofdstuk.

³³³ Zie ook Hartlief die waarschuwt tegen het stapelen van beschermingsinstrumenten (Hartlief 1999a, p. 67-68). Een afkoelingsperiode zou overigens ook door partijen overeengekomen kunnen worden in de vaststellingsovereenkomst. Zie ook Lande 2002, p. 137.

³³⁴ Zie ook Burns 1986, p. 95 en Asser/Vranken nr. 135.

³³⁵ Vergelijk HR 16 januari 1981, *NJ* 1981/312 m.nt. EAAL (Katwijkse boedelscheiding), De (ex)echtgenoot voerde aan: 'Het tot een einde brengen van geschillen over boedelscheiding, toch reeds veelal een uiterst moeizame aangelegenheid, wordt een volstrekt onmogelijkheid wanneer men ook nog zou aannemen dat het pp., die zich door raadslieden – in het geval van de vrouw ook nog gedurende jaren dezelfde raadvrouw – doen bijstaan zou vrij staan daarover overeenkomsten te sluiten die vervolgens niet behoeven te worden nagekomen'.

bieden; beide potentiële oplossingen passen niet in het systeem van de wet. Bovendien lossen zij geen van beide het probleem van het ontbreken van een puur inhoudelijke toets op. Art. 6:248 lid 2 BW is niet geschikt voor een inhoudelijke toets los van de omstandigheden en kan dus niet als aanvulling dienen. Bovendien staat de reikwijdte van dit artikel ter discussie.

Het compenseren van de machtsongelijkheid in het mediationproces door regelgeving bleek ondoenlijk omdat in mediation de ‘zwakkere’ partij vooraf niet goed aangeduid kan worden. De enige nivellering in het proces zal afkomstig moeten zijn van de mediator, maar hieraan is het gevaar verbonden dat dit consequenties kan hebben voor de perceptie van onpartijdigheid.

Het leek geëigend om bij mediation, hoewel eindigend in een vaststellingsovereenkomst, het geschillenbeslechtsingskarakter te laten overheersen. Bij toetsing zou dan de nadruk moeten worden gelegd op schending van regels van procedurele en materiële rechtvaardigheid en niet op het contractenrechtelijke instrumentarium in de zin van Boek 3 en Boek 6 BW. Deze regels zijn wel van toepassing, immers aan de vaststellingsovereenkomst kan het karakter van overeenkomst niet worden ontzegd, maar de regels voor aanvullende toetsing dienen uit een andere hoek te komen om het karakter van mediation als geschilbeslechtingsmethode tot zijn recht te laten komen. Het blijkt dat de toetsing zoals die in de rechtspraktijk wordt gebruikt voor het bindend advies hiervoor geschikt is. Deze toetsing heeft als voordeel dat een goede afweging kan worden gemaakt tussen de twee pijlers van rechtvaardigheid.

De inhoudelijke toetsing van de vaststellingsovereenkomst dient marginaal te zijn, zoals dat het geval is onder art. 7:904 lid 1 BW. Dit artikel biedt in tegenstelling tot art. 6:248 lid 2 BW ook de mogelijkheid om los van de totstandkoming de inhoud te toetsen. Toetsing van de inhoud was noodzakelijk om de integriteit van mediation als methode van geschilbeslechting te waarborgen. Maar nu toepassing van een regeling als art. 7:904 lid 1 BW een goed toetsingsmodel voor de totstandkoming van de overeenkomst schept, kan de inhoud van de mediated vaststellingsovereenkomst terughoudend worden getoetst.³³⁶ Naast een partij die gebondenheid aan de vaststellingsovereenkomst betwist, staat immers een partij die uitvoering van afspraken wenst en daarop ook heeft vertrouwd. Ook deze partij heeft een gerechtvaardigd belang. Bovendien leidt vergaande inhoudelijke toetsing tot een verkapt appel wat strijdig is met mediation als sluitstuk van het geschil.

Is het met een verdergaande toets van de mediated vaststellingsovereenkomst onverenigbaar dat art. 7:902 BW blijft gelden voorzover de schikking onder de reikwijdte van dit artikel valt?³³⁷ Art. 7:902 BW is immers een uitbreiding van de contractvrijheid.³³⁸ Ik meen van niet. Art. 7:902 is in de praktijk voornamelijk van belang bij bindend adviezen en bindende partijbeslissingen.³³⁹ Hier komt bij dat als partijen in een vaststellingsovereenkomst bewust afwijken van een regel van dwingend recht, de overeenkomst onder art. 3:40 lid 1 BW valt. De

³³⁶ Zie ook par. 5.3.2 en par. 5.4.3.1.

³³⁷ Zie par. 5.1 van hoofdstuk 3.

³³⁸ Tenminste als wordt uitgegaan van een ruime interpretatie en niet van een wethistorische interpretatie. In het laatste geval betekent art. 7:902 BW geen verruiming en is de volgende discussie niet relevant. Zie par. 5.1 van hoofdstuk 3. Ik heb in par. 3 van dit hoofdstuk aangegeven dat ik uitga van een ruime interpretatie.

³³⁹ Vooral ook in het verzekeringsrecht, waar het dan gaat om eventueel strijd met het indemniteitsbeginsel, hoofdstuk 3, voetnoot 42.

ratio achter art. 7:902 is dat bij geschillen kwesties van dwingend recht kunnen spelen. Als partijen niet weten welke regels dit zijn of wat de reikwijdte of uitleg van die regels is, kunnen zij daar, mits onbewust, bij vaststellingsovereenkomst van afwijken.³⁴⁰

Er blijft dus maar een heel klein gebied over waarvoor art. 7:902 BW de speelruimte van partijen vergroot. Namelijk als het gaat om strijd met dwingend recht dat niet van openbare orde is en waarvan de uitleg en de niet of verkeerde toepassing niet naar redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is.³⁴¹ De materiële rechtvaardigheid van de vaststellingsovereenkomst volgend op mediation is dus niet in het geding bij toepassing van art. 7:902 BW. De maatschappelijk relevante belangen worden afgedekt door art. 3:40 lid 1 en de belangen van de partijen en eventuele derden door de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid.³⁴² Wat overblijft, is een restcategorie van maatschappelijk niet meer relevante dwingendrechtelijke bepalingen die niet van belang zijn voor de beoordeling van de rechtvaardigheid.

Het wettelijk vastleggen van de procedurele regels van mediation in het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering, een oplossing die in de richting van de regeling van arbitrage gaat, is mijns inziens niet gewenst.³⁴³ Voor de toetsing van de vaststellingsovereenkomst is het niet nodig dat de regels van procedurele rechtvaardigheid opgenomen worden in een wettelijke regeling. De zelfregulering van de mediationaanbieders en de ongeschreven regels van procedurele rechtvaardigheid (ook van belang in geval van ad hoc mediation), geven maatstaven die voldoende duidelijk zijn. Ook voor het verkrijgen van een executoriale titel op gezamenlijk verzoek heeft het invoeren van een exequaturprocedure geen toegevoegde waarde. Ten slotte kunnen eventuele problemen van samenloop van aantasting en tenuitvoerlegging voldoende ondervangen worden door de mogelijkheden die art. 438 Rv biedt.

Gezien de mogelijkheden die een artikel vergelijkbaar met de wettelijke regeling voor bindend advies aan toetsing biedt voor de mediated vaststellingsovereenkomst, ben ik voor invoering van een dergelijk artikel in titel 7.15 van het BW. Bovendien heeft de regeling naar analogie van bindend advies als voordeel dat de rechter in geval de beslissing van partijen vernietigd wordt of nietig blijkt, de mogelijkheid heeft om een zelf een beslissing te geven in het geschil (lid 2). De door mij voorgestelde verruimde mogelijkheden tot aantasting worden zo weer in balans gebracht met de finaliteit zonder dat het ten koste gaat van de rechtvaardigheid.

Ik ben niet voor het creëren van een wettelijk herroepingsrecht in aanvulling op een dergelijk artikel. De situaties die ook met aanvulling van de toetsing naar analogie van bindend advies overblijven, dwang en beïnvloeding van de eigen advocaat of een derde die niet kenbaar zijn gemaakt aan de mediator en de gemoedstoestand van een partij die niet kenbaar is gemaakt, zullen voor rekening van de partij die zich erop beroept dienen te blijven. Als een partij geen idee had of behoorde te hebben van de nood van haar wederpartij in mediation kan deze gemoedsgesteldheid geen vernietiging opleveren (art. 3:44 lid 5 BW).

³⁴⁰ Hoofdstuk 3, par. 5.1.

³⁴¹ Zie hoofdstuk 3, par. 5.1.

³⁴² Dwingendrechtelijke bepalingen die niet van openbare orde zijn, zullen hun maatschappelijke relevantie hebben verloren. Zie ook Broekema-Engelen 1999, p. 174.

³⁴³ Ook van overheidswege is weinig animo voor een (zware) wettelijke regeling en probeert men de Europese voortvarendheid op dit gebied te temperen. Zie par. 7.1 van hoofdstuk 2.

5.5.2. Concretisering van de open norm

Toetsing van de mediated vaststellingsovereenkomst naar analogie van art. 7:904 BW betekent toetsing aan een open norm. Dit is voor een proces dat nog in ontwikkeling is, waarvan verschillende verschijningsvormen bestaan en dat wordt gebruikt voor verschillende type geschillen, ook de meest adequate methode van toetsing.³⁴⁴ In de twee volgende paragrafen wordt de voorgestelde open norm ten aanzien van zowel de totstandkoming als de inhoud van de mediated vaststellingsovereenkomst nader geconcretiseerd

5.5.2.1. Procedurele rechtvaardigheid

De open norm wordt ten aanzien van de toetsing van de totstandkoming al sterk aangescherpt door te stellen dat schending van regels van procedurele rechtvaardigheid naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. Wat procedureel rechtvaardig is, wordt bepaald door de wezenlijke kenmerken van mediation die zijn af te leiden uit de mediationliteratuur.³⁴⁵ Dit betekent dat als een van deze wezenlijke kenmerken van mediation wordt geschonden gedurende het proces, de resulterende vaststellingsovereenkomst vernietigbaar is. De regels van procedurele rechtvaardigheid zijn ook terug te vinden in de regelgeving van de mediationaanbieders.³⁴⁶ Zoals ik heb aangetoond kan de procedurele rechtvaardigheid nauw omschreven worden. De open norm wordt dus geobjectiveerd.³⁴⁷

Bij de beoordeling óf schending van de procedurele rechtvaardigheid heeft plaatsgevonden, kan een aantal criteria een rol spelen.³⁴⁸ Als handvatten voor de rechter bij deze beoordeling kunnen de volgende omstandigheden dienen: of partijen werden bijgestaan door een advocaat, het type geschil, de gehanteerde mediatorstijl en de hoedanigheid van partijen. Al deze factoren kunnen soms afgeleid worden uit de organisatie die de mediation aanbiedt.³⁴⁹

Als partijen in mediation bijgestaan worden door advocaten vergroot dit de kans dat zij een geïnformeerde beslissing nemen. De advocaat zal zijn cliënt voorlichten over de (juridische) merites van de zaak en erop toezien dat zijn cliënt alle relevante gegevens van de wederpartij ontvangt.³⁵⁰ Dit betekent dat een beroep op informed consent niet snel aangenomen

³⁴⁴ Zie ook Asser/Vranken 2005, nr. 129. 'Evenmin als de regels en beginselen van het bestaande recht, zijn de basisprincipes van mediation eenduidig, volledig, tijdloos of onproblematisch. Het zijn geen dogma's. Niemand beweert dat ook. Integendeel, er wordt een levendig debat gevoerd, waaruit blijkt hoezeer men zich ervan bewust is dat ook de basisprincipes van mediation voortdurend uitleg, beperking, uitbreiding, aanpassing, of toespitsing behoeven en niet beschouwd mogen worden 'to provide perfect solutions for all possible bargaining situations'. Met de basisprincipes bedoelt Vranken overigens niet de regels van procedurele rechtvaardigheid maar de achterliggende concepten achter mediation, zoals de focus op belangen en niet op (juridische) posities en het scheiden van de mensen van het probleem (zie ook de Harvard-methode, hoofdstuk 1, voetnoot 8).

³⁴⁵ Zie par. 2 van het onderhavige hoofdstuk.

³⁴⁶ Hoofdstuk 2, par. 5.2 e.v.

³⁴⁷ Zie ook Barendrecht 1992, p. 36. Als mediation zich ontwikkelt, ontwikkelen de regels van procedurele rechtvaardigheid en wat daaronder verstaan moet worden, zich mee.

³⁴⁸ Zie o.m. par. 2 van het onderhavige hoofdstuk.

³⁴⁹ De vFAS biedt uitsluitend scheidingsbemiddeling aan. De hoedanigheid van partijen is dus altijd twee particulieren, in een echtscheidingskwesitie, met een veelal evaluerende mediatorstijl. In dit geval ontbreekt ook de bijstand van een advocaat in mediation. Dit is in echtscheidingszaken onder auspiciën van het vFAS niet geijkt, omdat de bemiddelaar (als advocaat) op de hoogte is van de juridische merites van de zaak. Zie voor informatie over de vFAS, hoofdstuk 2, par. 5.2.3.

³⁵⁰ En de rechter verwacht dat dit ook gebeurt, zo bleek uit hoofdstuk 6, par. 2.4.2.1 en 3.4.2.2.

zal worden.³⁵¹ Bovendien verkleint bijstand door een advocaat de kans op dwang en beïnvloeding door de mediator en de wederpartij. Deze laatste opvatting is wijdverbreid in de Amerikaanse jurisprudentie.³⁵² Een minder snel geslaagd beroep op schending van de zelfbeschikking lijkt dan voor de hand te liggen. Bijstand van een advocaat is slechts een indicatie dat een bepaald type probleem, zoals dwang afkomstig van de mediator of onvoldoende weerbaarheid van een partij in mediation, zich niet heeft voorgedaan of voldoende is geneutraliseerd.³⁵³

Niet alleen de eventuele bijstand van een advocaat, maar ook de gehanteerde mediatorstijl is van belang bij de afweging.³⁵⁴ Zo geldt dat hoe sterker de nadruk ligt op evaluatie van het geschil, hoe minder snel er reden zal zijn om schending van het beginsel van zelfbeschikking aan te nemen. Als partijen uitdrukkelijk voor evaluerende mediation kiezen, zullen de grenzen van de partijautonomie anders liggen dan wanneer partijen voor (een meer) faciliterende mediation hebben gekozen.³⁵⁵ Kennelijk willen partijen dan sturing door de mediator. Ook kan van belang zijn of de mediator inhoudelijk deskundig was op het gebied van het geschil. Als dit zo is, zou de rechter ervan uit kunnen gaan dat de mediator partijen heeft voorgelicht en dat minder snel sprake zal zijn van een niet geïnformeerde beslissing.³⁵⁶

Ook de hoedanigheid van partijen speelt een rol. Zoals eerder besproken onderscheidt Tjittes drie hoedanigheden van partijen.³⁵⁷ Bij relaties tussen die drie categorieën zou de hoedanigheid mee moeten wegen. De ratio achter het criterium 'hoedanigheid van partijen' is om vast te stellen hoe evenwichtig de onderlinge verhouding is geweest.³⁵⁸ Als een partij meerdere personen tegenover zich heeft in de mediation, kan de gelijkwaardigheid van de participatie in het gedrang komen. Deze casus deed zich voor in een tuchtrechtelijke procedure.³⁵⁹ Verwacht kan worden dat de Nederlandse rechter hiermee rekening zal houden en in situaties dat een partij *outnumbered* is door de wederpartij, sneller aan zal nemen dat er geen gelijkwaardige participatie in de mediation heeft plaatsgevonden.

5.5.2.2. Materiële rechtvaardigheid

Naar mijn mening zal de rechter eerst moeten beoordelen of sprake is geweest van schending van procedurele rechtvaardigheid. Deze beoordeling zal in de regel eenvoudiger en objectiever uit te voeren zijn dan een toets van de materiële rechtvaardigheid. Wanneer de rechter concludeert dat sprake was van schending van procedurele rechtvaardigheid, hoeft hij mijns inziens dus aan een beoordeling van de materiële rechtvaardigheid niet toe te komen. Wel staat het de rechter vrij, naar analogie van het bindend advies (art. 7:904 lid 1 BW), om een volle toets aan de redelijkheid en billijkheid uit te voeren, opdat de in beginsel vernietigbare

³⁵¹ Zie ook Nolan-Haley 1999, p. 780.

³⁵² Zie hoofdstuk 6, par. 3.4.2.2, 4.4.2.1 en voetnoot 283.

³⁵³ Zie hoofdstuk 6, par. 3.4.1.1.

³⁵⁴ Zie voor de behandelde stijlen, hoofdstuk 2, par. 4.

³⁵⁵ Zie voor kernwaarden en de verschillende mediatorstijlen, par. 2 van dit hoofdstuk.

³⁵⁶ Chin-A-Fat 2004, p. 371. Zie par. 2 van dit hoofdstuk.

³⁵⁷ Ondernemers, overheden en particulieren. Zie voetnoot 181.

³⁵⁸ Zie ook Duyvensz 2003, p. 20.

³⁵⁹ Zie par. 4.2 van hoofdstuk 7.

vaststellingsovereenkomst niet vernietigd wordt als de rechter vindt dat deze naar inhoud redelijk en billijk is.³⁶⁰

Was van schending van de procedurele rechtvaardigheid van de mediated vaststellingsovereenkomst geen sprake, omdat de rechter dit niet vast kon stellen of omdat een partij hiertoe geen feiten stelde, pas dan zal aan de door mij voorgestelde marginale inhoudstoets worden toegekomen.

De voorgestelde inhoudstoets is toetsing aan een open norm, namelijk de marginale toetsing aan de redelijkheid en billijkheid. Bij deze toets zal de rechter onder meer dezelfde omstandigheden die van belang waren bij de vraag óf schending van de procedurele rechtvaardigheid had plaatsgevonden, mee kunnen laten wegen en als houvast kunnen gebruiken.

Ten aanzien van de bijstand door een advocaat werd uit de Nederlandse rechtspraak duidelijk dat dergelijke bijstand reden is om terughoudend te toetsen, zeker als de cliënt de mogelijkheid had om daadwerkelijk met zijn advocaat te overleggen.³⁶¹ Dit heeft waarschijnlijk, terecht, zijn grondslag in de gedachte dat op deze manier gedurende het mediationproces (meer) aandacht is gegeven aan de uiteindelijke inhoud van de overeenkomst. Maar het feit dat partijen werden bijgestaan door een advocaat sluit (vergaande) toetsing niet uit.

Ook het type geschil zal van belang zijn bij de beoordeling van inhoud. Zo staan partijen in echtscheidingskwesies zowel in de Verenigde Staten als in Nederland in een bijzondere verhouding tot elkaar.³⁶² Naar Nederlands recht wordt opgemerkt dat ‘de beginselen van de redelijkheid en billijkheid zich bij uitstek doen voelen bij de vermogensrechtelijke afwikkeling van een echtscheiding’.³⁶³ In commerciële relaties gelden, zo wordt vrij algemeen aangenomen, weer andere normen en zal terughoudender aan de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid worden getoetst.³⁶⁴ Dit kwam ook naar voren in de vijf Amerikaanse uitspraken waarin de onredelijke sanctiebepalingen centraal stonden. De contractuele sancties, hoewel schokkend in hun zwaarte, konden in de drie commerciële zaken door de beugel maar in de arbeidsrechtelijke en familierechtelijke zaak niet.³⁶⁵

Bovendien kan de mediatorstijl een factor zijn die voor de inhoudstoets van belang is. Als partijen bijvoorbeeld voor evaluerende mediation kiezen, kunnen hogere eisen worden gesteld aan de inhoudstoetsing dan bij faciliterende mediation,³⁶⁶ omdat de mediator zich in het eerste geval meer inhoudelijk met het geschil bemoeit waardoor de invloed van de mediator op de vaststellingsovereenkomst groter is en er een inperking op de contractvrijheid van partijen is geweest.³⁶⁷ Als voorbeeld kan genoemd worden het geval dat de mediator zelf met een bepaalde

³⁶⁰ Par. 5.4.2 en par. 5.4.3.1.

³⁶¹ Zie hoofdstuk 7, par. 4.1.

³⁶² In par. 2.4.2.1 van hoofdstuk 6 is opgemerkt dat echtgenoten in Californië in een vertrouwensrelatie tot elkaar staan.

³⁶³ A-G bij HR 16 januari 1981, *NJ* 1981/312 (Katwijkse boedelscheiding) m.nt. EAAL. Zie ook Van Mourik 2002, p. 3.

³⁶⁴ Zie o.m. De Hoon 2006, p. 58 e.v. en Tjittes 1997, p. 376 e.v.

³⁶⁵ Zie par. 5.1.4.1 en 5.1.5.1 van het onderhavige hoofdstuk.

³⁶⁶ Zie voor de verschillende mediatorstijlen, par. 4 van hoofdstuk 2.

³⁶⁷ Zie ook Verbunt & Polet 2004, p. 45, noot 49; Wessels & Jongeneel 1997, p. 191 en Duyvensz 2003, p. 20.

oplossing komt die partijen hebben overgenomen, maar die uiteindelijk door een partij onwenselijk wordt bevonden.

Voorts kan de hoedanigheid van partijen bij de inhoudelijke toetsing een rol spelen. De mediated vaststellingsovereenkomst zou in geval van een particulier en een bedrijf minder terughoudend hoeven te worden getoetst dan in geval van een schikking tussen twee bedrijven. Ook voor deze opvatting geeft de Amerikaanse rechtspraak een indicatie.³⁶⁸

Ten slotte een punt dat geen rol speelde bij de schending van de procedurele rechtvaardigheid. Dit betreft de belangen van derden. Deze belangen zouden moeten worden meegewogen bij de beoordeling van de inhoudelijke rechtvaardigheid van de mediated vaststellingsovereenkomst. Dit gebeurt ook in de praktijk. Zo werd een optieovereenkomst tussen moeder en zoon waarbij de belangen van de andere erfgenamen geschaad werden, buiten toepassing gesteld op grond van art. 6:248 lid 2 BW.³⁶⁹ Als de belangen van minderjarigen in het geding zijn, staat het maken van afspraken niet altijd ter vrije beschikking van partijen. Maar ook als het gaat om een rechtsverhouding die wel ter vrije bepaling staat, kunnen de belangen van minderjarige kinderen een rol spelen bij de toets of de inhoud van de vaststellingsovereenkomst door de beugel kan. Dit blijkt al uit de Nederlandse rechtspraak.³⁷⁰

6. DE VERTROUWELIJKHEID

Dit onderzoek had niet specifiek betrekking op de vertrouwelijkheid van mediation, maar het onderwerp is meegenomen omdat het een complicerende factor vormt bij het afdwingen van nakoming en het aantasten van mediated schikkingen.³⁷¹ Bovendien is vertrouwelijkheid een wezenlijk kenmerk van mediation. Als de vertrouwelijkheid is geschonden gedurende het mediationproces, zou dit tot vernietigbaarheid van de resulterende vaststellingsovereenkomst moeten leiden.³⁷² Bijvoorbeeld in geval een partij tegen een journalist uit de school klappt over het verloop van de mediation en de andere partij daar na totstandkoming van de vaststellingsovereenkomst achterkomt.³⁷³

De mediationprocedure is vertrouwelijk. In de drie onderzochte Amerikaanse staten is getracht om de keerzijde van de vertrouwelijkheid van mediation, namelijk dat vorderingen tot nakoming en aantasting niet bewezen kunnen worden als de vertrouwelijkheid van proces en uitkomst onverkort wordt doorgezet, te ondervangen. Dit is dus een andere situatie dan in de vorige alinea werd beschreven. Als de vertrouwelijkheid, een wezenlijk element van mediation,

³⁶⁸ Zoals blijkt uit par. 5.1.4.1 van dit hoofdstuk.

³⁶⁹ Zie hoofdstuk 3, par. 5.3.2.2.

³⁷⁰ Zie o.m. HR 16 januari 1981, *NJ* 1981/312 m.nt. EAAL (Katwijkse boedelscheiding) waar de belangen van de kinderen een rol lijken te hebben gespeeld bij de vraag of de man nakoming kon vorderen van een overeenkomst, waarin hij gerechtigd werd tot een geldbedrag wegens overbedeling van de vrouw bij verdeling van de huwelijksgemeenschap.

³⁷¹ Zie hoofdstuk 1, par. 4.

³⁷² Zie par. 2 van dit hoofdstuk. Los van het feit dat schending van de contractuele geheimhoudingsplicht door een partij bij mediation een toerekenbare tekortkoming is in de nakoming van de mediationovereenkomst en de wederpartij schadevergoeding kan eisen o.g.v. art. 6:74 BW (Verbunt & Polet 2004, p. 41).

³⁷³ Zie ook *Paranzino v. Barnett Bank of South Florida* (par. 3.5.4 van hoofdstuk 6). Komt een partij al voor het sluiten van de vaststellingsovereenkomst achter schending van de vertrouwelijkheid door de wederpartij en werkt zij toch mee aan de schikking, dan verwerkt zij haar recht om de overeenkomst nog te kunnen vernietigen (zie over rechtsverwerking, par. 5.3.2.1 van hoofdstuk 3).

niet geschonden wordt in het proces, maar bijvoorbeeld de zelfbeschikking van partijen vermeend wel, staat de geheimhoudingsplicht aan het bewijs daarvan in principe in de weg.

In Californië, een staat met zeer vergaande wettelijke bepalingen inzake vertrouwelijkheid, wordt in de rechtspraak stevig vastgehouden aan deze regelgeving.³⁷⁴ Maar ook daar is de spanning tussen vertrouwelijkheid en afdwingbaarheid en tussen vertrouwelijkheid en aantastbaarheid zichtbaar. Als illustratie van het eerste spanningsveld kan de casus dienen waarin door de rechters een wettelijke vertrouwelijkheidsbepaling zo geïnterpreteerd werd dat ook al ondertekende een partij de settlement niet zelf, nodig voor het kunnen overleggen van de settlement als bewijs dat er een overeenkomst tot stand was gekomen, de settlement toch aangevoerd kon worden als bewijs ter ondersteuning van een vordering tot nakoming.³⁷⁵ Van het tweede spanningsveld is de Olam-zaak een goed voorbeeld. Daar nam de rechter aan dat partijen stilzwijgend afstand hadden gedaan van het recht op vertrouwelijkheid van de mediation.³⁷⁶ Bovendien werd met een beroep op de integriteit van het mediationproces de getuigenis van de mediator toegestaan, zodat hij uitsluitel kon geven over het al dan niet bestaan van een wilsgebrek. Wel werd de getuigenis van de mediator *under seal* afgenomen om nog enigszins recht te doen aan de vertrouwelijkheid van het proces.³⁷⁷

In Florida is in 2004 nieuwe regelgeving inzake vertrouwelijkheid in werking getreden. De vervangen oude regeling hield strikter vast aan de vertrouwelijkheid van mediation dan deze nieuwe regeling. Onder de nieuwe regeling mag mediationcommunicatie (inclusief de schriftelijke en ondertekende settlement) die wordt gebruikt om een vernietigingsgrond aan te tonen, gebruikt worden als bewijs. Ook kan de schriftelijke en ondertekende overeenkomst worden overlegd als bewijs dat overeenstemming was bereikt in mediation. Over de nieuwe regeling is nog geen jurisprudentie voorhanden.³⁷⁸

In Texas gaat de wettelijke bescherming van de vertrouwelijkheid zo ver dat zelfs de schriftelijke en ondertekende settlement hieronder valt, met als consequentie dat daarvan geen nakoming kan worden gevorderd. Dit is in strijd met de finaliteit van mediation als methode van geschilbeslechting. Daarom wordt er in de rechtspraak vanuit gegaan dat ondanks de formulering van de wettelijke bepaling de schriftelijke en ondertekende settlement gebruikt mag worden als bewijs in een procedure tot nakoming. Ook het aantonen van een gebrek in de totstandkoming van de overeenkomst is niet mogelijk onder de tekst van de wet. In de rechtspraak zijn hierop ook uitzonderingen gemaakt, maar bewijslevering van een wilsgebrek werd toch niet altijd toegestaan.³⁷⁹

In Nederland is de vertrouwelijkheid van mediationcommunicatie niet wettelijk geregeld. In jurisprudentie en literatuur wordt aangenomen dat de contractuele geheimhoudingsplicht een bewijsovereenkomst is in de zin van art. 153 Rv.³⁸⁰ De geheimhoudingsplicht staat in de weg aan het openbaar maken van mediationcommunicatie. In de verschillende mediationregels wordt een uitzondering gemaakt voor de door partijen

³⁷⁴ Zie par. 2.5.1 van hoofdstuk 6.

³⁷⁵ Zie par. 2.5.2 van hoofdstuk 6.

³⁷⁶ Zie par. 2.5.3 van hoofdstuk 6.

³⁷⁷ Zie hoofdstuk 6, voetnoot 99.

³⁷⁸ Hoofdstuk 6, par. 3.5. e.v.

³⁷⁹ Hoofdstuk 6, par. 4.5 e.v.

³⁸⁰ Maar zie voor kritiek op deze opvatting Van Schaick, te raadplegen in voetnoot 142, par. 5 van hoofdstuk 7.

ondertekende vaststellingsovereenkomst, zodat deze als basis kan dienen voor een vordering tot nakoming.³⁸¹ Dit lijkt mij vanuit oogpunt van rechtszekerheid en finaliteit wenselijk; het kan niet zo zijn dat partijen een heel geschilbeslechtingstraject doorlopen en achteraf de afspraken feitelijk niet afdwingbaar zijn vanwege de geheimhoudingsplicht.

Aangezien ik geen voorstander ben van het stellen van vormvereisten aan mediated vaststellingsovereenkomsten en mondelinge overeenkomsten dus afdwingbaar zijn,³⁸² is de vraag wat geldt in de situatie dat een partij beweert dat er een mondelinge vaststellingsovereenkomst tot stand is gekomen en de wederpartij dit betwist. Mijns inziens zou de getuigenis van de mediator in dit soort gevallen uitkomst moeten bieden. Aansluiting wordt dan gezocht bij de regeling zoals die geldt voor een notaris die aanwezig is geweest bij het totstandkomen van een overeenkomst.³⁸³

Naar Nederlands recht is niet duidelijk of een vordering tot vernietiging van de vaststellingsovereenkomst kan worden afgeweerd met een beroep op de contractuele geheimhoudingsplicht. Dit lijkt mij zeer onwenselijk. In zowel de Amerikaanse jurisprudentie als de Nederlandse literatuur is aangevoerd dat in geval de mediation tot overeenstemming heeft geleid de noodzaak tot vertrouwelijkheid komt te vervallen, althans minder prangend is.³⁸⁴ Ik zou mij hierbij willen aansluiten, tenminste voorzover het een vraag van aantastbaarheid betreft.³⁸⁵ Een wilsontbreken, een wilsgebrek of schending van een beginsel van procedurele of materiële rechtvaardigheid zal altijd bewezen moeten kunnen worden. Hetzelfde geldt voor strijd met de openbare orde, goede zeden en dwingend recht (buiten het vermogensrecht).³⁸⁶ Een andere benadering is niet verenigbaar met de eisen die aan de rechtvaardigheid van geschillenbeslechtingsmethoden moeten worden gesteld en maakt de toegang tot de rechter, in de woorden van Klaassen, illusoir. Dit zou mijns inziens dienen te betekenen dat de geheimhoudingsplicht bij mediations die tot overeenstemming hebben geleid, sterk moet worden ingeperkt.³⁸⁷

De vertrouwelijkheid van de mediationcommunicatie zou dus het onderspit moeten delven op het moment dat zij in strijd komt met de waarheidsvinding (art. 21 Rv). De vraag is of dit een automatisme zou moeten zijn – een partij moet dan steevast in de gelegenheid worden gesteld om een vordering tot nakoming of vernietiging te bewijzen – of dat de rechter de betrokken belangen bij aanvang van de procedure zou moeten afwegen. Deze afweging zou bijvoorbeeld kunnen worden gemaakt door de mediator apart te horen om zo een indicatie te krijgen van de ernst van de beschuldigingen en van de kans dat deze tot vernietiging van de overeenkomst zullen leiden, zoals dit gebeurde in de onderzochte Amerikaanse jurisprudentie. In de literatuur is gesuggereerd dat het aanbeveling verdient om te onderzoeken of deze

³⁸¹ Zie par. 5.1 van hoofdstuk 7.

³⁸² Zie par. 4.1 van het onderhavige hoofdstuk.

³⁸³ Zie par. 5.1 van hoofdstuk 7.

³⁸⁴ Zie hoofdstuk 7, par. 5.2.

³⁸⁵ Klaassen noemt het voorbeeld van uitleg van vaststellingsovereenkomsten. Een onderwerp dat buiten de afbakening van het onderzoek viel (Klaassen 2005, p. 753 e.v.).

³⁸⁶ Art. 7:902 BW geldt slechts op vermogensrechtelijk gebied, zie par. 5.1 van hoofdstuk 3.

³⁸⁷ Dit zal in de intakefase (zie par. 3 van hoofdstuk 2) moeten worden vermeld door de mediator, zo ook Klaassen 2006, p. 69 en Schutte 2006, p. 68. Ik ben overigens met Klaassen van mening dat dit geen negatieve gevolgen hoeft te hebben voor de belangstelling van partijen voor mediation (Klaassen 2006, p. 69).

rechterlijke belangenafweging ook in Nederland een wettelijk kader kan krijgen.³⁸⁸ Deze Amerikaanse visie zou een gulden middenweg kunnen zijn als het gaat om het aantonen van het bestaan van een overeenkomst of van een grond van vernietiging waarbij de opstelling van de mediator niet van belang was. Is vermeende schending van procedurele rechtvaardigheid in het geding waarin de mediator de hand heeft gehad, dan is het horen van de mediator logischerwijze geen optie.

7. AANBEVELINGEN

De evaluatie die in dit hoofdstuk heeft plaatsgevonden, leidt tot twee aanbevelingen. De eerste aanbeveling ziet op het verkrijgen van een executoriale titel en de tweede op het te hanteren toetsingsmodel.

7.1. Executoriale titel

Aangezien het verkrijgen van een executoriale titel in mediation in court-annexed zaken op dit moment sterk in de belangstelling staat, de ontwikkelingen nog niet uitgekristalliseerd zijn, de dagvaardings- en de verzoekschriftprocedure verschillend van karakter zijn, en wetgevend ingrijpen in het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering verstrekkend is vanwege de samenhang en de verwevenheid van de artikelen in Rechtsvordering, voert het te ver om hier met een tekst voor een wetsvoorstel te komen. Wel kunnen een aantal richtlijnen gegeven worden:

- Aangezien in 2007 bij alle gerechten de mogelijkheid tot doorverwijzing naar mediation zal bestaan, is invoering van een artikel in het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering dat specifiek ziet op het verkrijgen van een executoriale titel na een geslaagde mediation in een aanhangige zaak noodzakelijk.
- Dit artikel zou slechts moeten gelden voor zaken die naar mediation zijn verwezen via de doorverwijzingsvoorzieningen binnen de gerechten (court-ordered mediation), gezien de waarborgen die doorverwijzing stelt aan de kwaliteit van de mediations. Het artikel zou dus niet moeten gelden voor mediations in zaken die wel aanhangig zijn maar waarin niet via de doorverwijzingsvoorziening is verwezen.
- In dit nieuw in te voeren artikel zal opgenomen moeten worden dat eenzijdige terugtrekking uit de vaststellingsovereenkomst totstandgekomen in mediation, niet mogelijk is zonder dat gebreken in de inhoud of in de totstandkoming worden

³⁸⁸ Waarbij nog opgemerkt wordt dat het misschien aanbeveling verdient dat een andere rechter dan de rechter die uiteindelijk uitspraak doet in het geschil, de mediator hoort (Barendrecht, Brenninkmeijer & Pel 2004b, p. 35). Maar zie hoofdstuk 6, par. 3.5.2. Zie ook Haarmans 2006, p. 192. Haarmans wijst op art. 22 Rv. Dit artikel bepaalt dat partijen kunnen weigeren informatie te geven in een rechterlijke procedure als daar gewichtige redenen voor zijn. De rechter heeft discretionaire bevoegdheid bij de beoordeling of die redenen er inderdaad zijn. Een geslaagd beroep op de vertrouwelijkheid van de informatie kan reden zijn om o.g.v. art. 27 lid sub c Rv, de zaak met gesloten deuren te behandelen of slechts met toelating van bepaalde personen (Wesseling-Van Gent (GRS), art. 22 Rv, aantekening 3). Maar wanneer zou een beroep op art. 22 Rv zich voor doen? Als een partij nakoming wil, zal zij juist de totstandgekomen overeenkomst willen overleggen en als een partij vernietiging wenst, zal zij een gebrek in de totstandkoming willen bewijzen. In geschillen over vertrouwelijkheid van mediationcommunicatie zal meestal het verhinderen dat de wederpartij informatie overlegt, centraal staan. Op deze situatie ziet art. 22 Rv niet. Dit artikel is verder dus van weinig praktisch nut.

aangevoerd en aannemelijk gemaakt. Als dit het geval is, zal een inhoudelijke behandeling van de aantastingsgronden moeten plaatsvinden. Hiertoe is noodzakelijk dat in het artikel wordt opgenomen dat voor een inhoudelijke behandeling het uitbrengen van een nieuwe dagvaarding of een nieuw verzoekschrift niet nodig is. Het gemotiveerde bezwaar tegen het verbinden van een executoriale titel aan de schikking schorst het verkrijgen van de titel, totdat op de aantastingsgronden is beslist.

- Uit dit artikel zou moeten blijken dat het voor het verbinden van de executoriale titel aan de schikking niet nodig is dat het oorspronkelijke geschil, zoals dit blijkt uit de conclusie van eis en conclusie van antwoord of het verzoek- en verweerschrift, en de uiteindelijke afspraken zoals vastgelegd in de schikking, op elkaar aansluiten.
- Partijen of hun procesvertegenwoordigers ondertekenen de schikking met daaraan verbonden de executoriale titel maar hoeven hiertoe niet ter zitting te verschijnen, tenzij een partij gemotiveerd bezwaar maakt tegen vastlegging van de afspraken. In dat geval dienen partijen ter zitting te verschijnen voor inhoudelijke behandeling van het geschil over de schikking. Wordt de vordering tot vernietiging afgewezen, dan wordt alsnog een executoriale titel verbonden aan de afspraken.
- Voor het vastleggen van de partijafspraken in een rechterlijk vonnis of beschikking in doorverwezen zaken is geen noodzaak meer. Vastlegging in vonnis of beschikking moet vermeden worden.
- Art. 87 Rv zou bij mediations in aanhangige zaken, ongeacht of rechterlijke doorverwijzing heeft plaatsgevonden, geen functie meer moeten hebben.
- Voor aanhangige zaken die zonder gebruikmaking van de doorverwijzingsvoorziening bij mediation zijn terechtgekomen zou dus, net als bij mediations in niet-aanhangige zaken, opname in een notariële akte of eventueel een arbitraal schikkingsvonnis de enige mogelijkheid tot verkrijging van een voor tenuitvoerlegging vatbare titel dienen te zijn.

Wellicht zouden de bovenstaande overwegingen in eventuele implementatiewetgeving van de Europese mediationrichtlijn meegenomen kunnen worden.³⁸⁹

7.2. Toetsing

De tweede aanbeveling ziet op de gewenste toetsingsnorm voor mediated vaststellingsovereenkomsten en bestaat uit een advies tot invoering van een artikel in titel 7.15 van het Burgerlijk Wetboek. In tegenstelling tot een ingreep in het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering is een ingreep in titel 7.15 BW relatief eenvoudig. Deze titel over de vaststellingsovereenkomst heeft een vrij autonoom karakter en bovendien wordt het voorgestelde artikel gemodelleerd naar een reeds bestaand artikel.

Het nieuw in te voeren artikel dient te gelden voor zowel private mediation als court-annexed en court-ordered mediation.³⁹⁰ Op het bindend advies en de bindende partijbeslissing

³⁸⁹ Zie o.m. par. 5.4.3.2 van het onderhavige hoofdstuk.

³⁹⁰ Hoewel privaatrechtelijke handelende overheden buiten het bereik van het onderzoek vielen (zie de afbakening van het onderzoek in par. 4 van hoofdstuk 1), valt voorlopig niet in te zien waarom de voorgestelde bepaling ook niet ten aanzien van deze overheden zou kunnen gelden.

blijft het huidige art. 7:904 BW van toepassing. Het nieuwe artikel biedt een open toetsingsnorm waardoor het geschikt is voor toepassing op alle type privaatrechtelijke geschillen en alle in dit onderzoek besproken mediatorstijlen.³⁹¹ Deze bepaling zou een dwingendrechtelijk karakter moeten hebben.³⁹² Het artikel zou als volgt moeten luiden, althans de volgende strekking moeten hebben:

- 1. Een beslissing van partijen gezamenlijk ter beëindiging van hun onderlinge geschil totstandgekomen na mediation is vernietigbaar indien gebondenheid aan deze beslissing in de gegeven omstandigheden in verband met de inhoud of de totstandkoming naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is.**
- 2. Indien de beslissing van partijen gezamenlijk vernietigd wordt of nietig blijkt, kan de rechter een beslissing geven, tenzij uit de overeenkomst voortvloeit dat zij op andere wijze moet worden vervangen.**

Ad 1. Gekozen is voor vernietiging en niet voor het buiten toepassing laten van de beslissing zoals art. 6:248 lid 2 BW voorschrijft, vanwege het verschil in rechtsgevolgen. Vernietiging doet de rechtsgevolgen met terugwerkende kracht vervallen. Partijen kunnen prestaties die zij uit hoofde van de beslissing vóór de vernietiging hebben verricht, terugvorderen.³⁹³ De verbintenis houdt op te bestaan. Bij het buiten toepassing laten van een regel, zoals het recht om nakoming van de vaststellingsovereenkomst te vorderen, kan die vordering niet worden toegewezen maar de schuld die voorwerp was van de vordering tot nakoming blijft bestaan. Er blijft een natuurlijke verbintenis over.³⁹⁴

De keuze tussen het vernietigen of buiten toepassing laten van de beslissing heeft ook consequenties voor de rechterlijke toetsing. De beslissing van partijen totstandgekomen in mediation kan bij vernietigbaarheid niet ambtshalve worden getoetst aan de redelijkheid en billijkheid. Dit speelt bij het verkrijgen van een executoriale titel op gezamenlijk verzoek in een aanhangige zaak en indien gedaagde verstek laat gaan bij de vordering tot nakoming van de vaststellingsovereenkomst. Maar ter relativering: zoals onder meer in par. 4.2 is besproken, bleek die toetsing al moeizaam omdat de rechter bij de uitvoering van die toets te weinig houvast heeft aan de tekst van de vaststellingsovereenkomst.³⁹⁵

De vraag is wat vernietiging van de beslissing betekent voor de vaststellingsovereenkomst. Vaststellingsovereenkomst en beslissing kunnen volledig samenvallen. Maar als de vaststellingsovereenkomst meer omvat dan alleen de beslissing van partijen gezamenlijk ter beëindiging van hun geschil, betekent vernietiging van de beslissing ook vernietiging van de vaststellingsovereenkomst; de nevenbedingen hebben geen zelfstandige functie, de kern is uit de vaststellingsovereenkomst gevallen.³⁹⁶

³⁹¹ Zie voor een concretisering van de open norm, par. 5.5.2 e.v. van het onderhavige hoofdstuk.

³⁹² Zoals ook art. 7:904 BW een dwingendrechtelijk karakter heeft (MvT voorontwerp, p. 1147; Asser/Van Schaick 2004, nr. 265).

³⁹³ Hammerstein & Vranken 2003, p. 11; Asser/Hartkamp 2005, nr. 328.

³⁹⁴ Rijken 1994, p. 44.

³⁹⁵ Zie voor het verschil in ambtshalve toetsing: Meijer 1992, p. 61.

³⁹⁶ Zie par. 4 van hoofdstuk 3.

Ad 2. Als in de mediation- of vaststellingsovereenkomst is bepaald dat partijen opnieuw naar mediation zullen gaan in geval van vernietiging van de beslissing, vormt op grond van de vrijwilligheid als kernwaarde van mediation deze bepaling alleen een versperring voor een rechterlijke uitspraak op grond van lid 2 als beide partijen die uitspraak niet wensen.³⁹⁷ Lid 2 geldt voor alle situaties waarin de rechter de beslissing van partijen vernietigt.

Als het gaat om mediation in een niet-aanhangige zaak en er komt een vaststellingsovereenkomst tot stand die een partij wenst te vernietigen (al dan niet als verweer op een vordering tot nakoming), zal in deze situatie de zaak, na rechterlijke vernietiging, inhoudelijk worden behandeld en zal de rechter uitspraak doen in het geschil dat aan de schikking ten grondslag lag. Om deze beslissing te verkrijgen hoeft niet opnieuw te worden gedagvaard.³⁹⁸ De rechter zal alleen geen uitspraak doen als beide partijen zijn beslissing niet wensen, bijvoorbeeld omdat zij in de tussentijd opnieuw tot een schikking zijn gekomen. Bovenstaande overweging geldt onverkort voor court-annexed mediation; er zal een vordering tot nakoming of vernietiging moeten worden ingesteld om het geschil over de vaststellingsovereenkomst aanhangig te maken. Als de rechter vernietigt, kan hij een beslissing geven. Voor court-ordered mediation geldt de bovenstaande overweging ook, met dien verstande dat dan op grond van het nieuw in te voegen artikel in het Wetboek van Burgerlijk Rechtsvordering (zie par. 7.1) niet gedagvaard hoeft te worden om een rechterlijk oordeel over de geldigheid van de schikking en eventueel een uitspraak in het onderliggende geschil te krijgen.

³⁹⁷ Zie par. 5.4.3.1 van dit hoofdstuk.

³⁹⁸ Maar zie par. 3.2.5.2 van hoofdstuk 7. Nakoming dient in sommige gevallen d.m.v. een verzoekschrift te worden gevraagd.

Bijlage

Aangehaalde mediationregelgeving

Europese Unie

- European Code of Conduct for mediators (laatstelijk geraadpleegd maart 2007), te raadplegen op <<http://europa.eu.int>>.

Nederland

- ACB mediationreglement (versie 2006), te raadplegen op <www.mediation-bedrijfsleven.nl>.
- ACB gedragsregels (versie 2006), te raadplegen op <www.mediation-bedrijfsleven.nl>.
- Klachtenregeling ACB (2000), te raadplegen op <www.mediation-bedrijfsleven.nl>.
- NMI mediationreglement (versie 2001), te raadplegen op <www.nmi-mediation.nl>.
- NMI model-mediationovereenkomst (laatstelijk geraadpleegd maart 2007), te raadplegen op <www.nmi-mediation.nl>.
- NMI gedragsregels (laatstelijk geraadpleegd maart 2007), te raadplegen op <www.nmi-mediation.nl>.
- Klachtenregeling NMI (laatstelijk geraadpleegd maart 2007), te raadplegen op <www.nmi-mediation.nl>.
- De model-mediationovereenkomst zoals die wordt gehanteerd bij doorverwijzing naar mediation door de gerechten is op te vragen bij het Landelijk Bureau Mediation, Postbus 9030, 6800 EM, Arnhem (mediation@hetnet.nl).
- Reglement stichting tuchtrechtspraak mediators (versie 2001), te raadplegen op <www.nmi-mediation.nl> / <www.mediation-bedrijfsleven.nl>.
- vFAS model-bemiddelingsovereenkomst (laatstelijk geraadpleegd maart 2007), te raadplegen op <www.verenigingfas.nl>.
- vFAS gedragsregels (laatstelijk geraadpleegd maart 2007), te raadplegen op <www.verenigingfas.nl>.
- vFAS model-echtscheidingsconvenant (versie april 2006), te raadplegen op <www.verenigingfas.nl>.

Verenigde Staten

- Florida Rules for Certified and Court-Appointed Mediators (laatstelijk geraadpleegd maart 2007), te raadplegen op <www.flcourts.org>.
- Standards of Practice for California Mediators (laatstelijk geraadpleegd maart 2007, te raadplegen op <www.mediate.com>.
- California's Ethical Standards for Mediators (laatstelijk geraadpleegd maart 2007), te raadplegen op <www.mediate.com>.
- Texas Ethical Guidelines for Mediators (laatstelijk geraadpleegd maart 2007), te raadplegen op <www.texasadr.org>.
- Model Standards of Conduct for Mediators (laatstelijk geraadpleegd maart 2007), te raadplegen op <www.abanet.org>.
- Model Standards of Practice for Family and Divorce Mediation (laatstelijk geraadpleegd maart 2007, te raadplegen op <www.abanet.org>.

Summary

1. INTRODUCTION

The Netherlands has been witnessing a growing interest in mediation as a means to dispute resolution. The modern mediation method has its roots in the United States (U.S.) and was introduced in the Netherlands in the beginning of the 1990's. The Dutch government is stimulating the use of mediation for different reasons including giving citizens control over their dispute and unburdening the state courts.

Mediation focuses on the interests behind the legal standpoints of parties to come to a solution. This focus on their interests should enable parties to jointly come to a solution regarding their conflict. From this hope is derived that parties will stand by the agreement better than they would stand by the decision of a third party in their conflict.

Quite some research has been conducted on mediation in the Netherlands but so far the focus has not been on the technical legal aspects of mediation and of the agreement that results form a successful mediation. In the Netherlands this agreement is called a '*vaststellingsovereenkomst*', in the US it is called a 'settlement agreement'. It is with regard to this agreement that ends the mediation that most of the legal problems could arise. Contrary to a judge-made decision the *vaststellingsovereenkomst* does not provide parties with a title to enforcement if the other party fails to perform. In addition there is the question of how a judge should rule if one of the parties desires to avoid the *vaststellingsovereenkomst*. Is a mediated *vaststellingsovereenkomst* subject to judicial review in the same manner as any other *vaststellingsovereenkomst*? Or do different standards apply to the mediated *vaststellingsovereenkomst*, because the formation of the *vaststellingsovereenkomst* in mediation differs from the formation of other *vaststellingsovereenkomsten*? The main difference being of course that parties in mediation are assisted by a mediator.

This research will focus on the enforceability and avoidability of mediated *vaststellingsovereenkomsten*. To make an inventory of the legal problems that could arise in the Netherlands when mediation will be used more often, American case law that addresses the enforceability and avoidability of mediated settlement agreements will be studied. Hopefully the American cases will not only point out potential difficulties to us but will also provide us with solutions for them. Furthermore, the research does not focus on confidentiality of mediation communication explicitly. Confidentiality is a typical feature of mediation and as such it can have complications for enforcement and avoidance of *vaststellingsovereenkomsten* / settlement agreements. It is in this respect, as a complicating factor in the answering of the central questions of this research, that confidentiality will be studied.

Mediation is used as a method for solving disputes. Mediation can be divided in court-ordered (the judge refers parties to mediation), court-annexed (the case is pending in court and parties start a mediation of their own accord) and non-court-annexed mediation (mediation in a

non-pending case). All three forms are objects of study. This research only sees to mediation in civil cases, both *familierechtelijke zaken* (family law cases) and *vermogensrechtelijke zaken* (roughly: commercial cases). The mediation process itself is not the object of research.

I have chosen to rely on the case law in the U.S. to make an inventory of expected difficulties with mediation and the *vaststellingsovereenkomst* in the Netherlands since mediation is much more developed in the US than in most other countries. Since it is impossible to study the law of all the American states as well as the law of the federal level, choices had to be made to keep the research manageable. The choice fell on the states of California, Florida and Texas. A research in the databases 'LexisNexis' and 'Westlaw' showed that these were the states with most case law on the status of the mediated settlement agreement.

2. MEDIATION

There are a quite some definitions of mediation in use both in the Netherlands and in the U.S. Nonetheless the definitions in both countries are very much alike. Mediation is described as a method for resolving controversies whereby an impartial third party assists two or more parties to identify matters of concern and then develop mutually acceptable proposals to deal with their concerns.

The distinctive characteristics of mediation, both in the U.S. and the Netherlands, are democratic participation (parties must reach a decision by way of equal participation in the negotiations), party-autonomy (the mediator assists but the parties keep control over their dispute), consensus of the parties (both with regard to the process as with regard to the outcome), voluntariness and confidentiality. In addition parties have a duty to disclose all relevant information. The mediator is a neutral third party. The objective of mediation is for parties to reach a mutually acceptable solution to their dispute.

In the chapter under discussion the mediation process is being described. The conclusion is that the process is comparable in the Netherlands and the U.S. In this chapter I also describe and discuss three different styles a mediator can use while mediating.

After the discussion of the mediation as a process and the different styles of mediation, the focus is on the mediation practice in the Netherlands. Mediation in the Netherlands is self-regulated by the mediation branch. The mediation providers have their own rules that structure the mediation process. They use model mediation agreements, model regulations, and ethical rules for the mediator. In addition to this they have their own disciplinary laws for mediators. The distinctive characteristics of mediation are reflected in the self-regulation.

The Dutch government is not in favor of statutory provisions on mediation, but in the last couple of years they have organized and financed some experiments with mediation. The objective was to ascertain whether mediation as a method of conflict resolution has potential in the Netherlands. The various projects have been described to get an idea of the use of mediation in the Netherlands up till now. Besides it also gives an insight into how the participants in mediation experience the process. This is interesting in the light of the objective of this study.

Subsequently the mediation practice in the U.S. is concisely described, with focus on ethical rules for mediators and the Uniform Mediation Act. In addition the focus was on mediation in the European context. The draft guideline on mediation in civil cases and the

European code of conduct for mediators has been discussed. Finally, I have looked at the UNCITRAL Model Law on international commercial conciliation.

3. THE VASTSTELLINGSOVEREENKOMST

Chapter 3 focuses on the technical legal aspects of the outcome of a successful mediation in the Netherlands, the *vaststellingsovereenkomst*. The history, definition and formation of the agreement are being discussed. The *vaststellingsovereenkomst* is regulated in the Dutch Civil Code. Since the object of this study is to determine how judges assess *vaststellingsovereenkomsten*, contract defenses are being discussed, especially the problem of vitiated consent. Hereafter the discussion focuses on how the existence of a *vaststellingsovereenkomst* can be proven in case one party denies the contract formation. Also the role of the notary public is being discussed since it is possible to obtain an *executoriale titel* (executorial title) by way of a *notariële akte* (notarial deed) in the Netherlands. Subsequently, the enforcement of executorial titles is discussed and from this topic flows naturally the concurrency of execution and avoidance. Hereby judgments and other titles (*authentieke akten*) are being distinguished because of the differences in the coming about of judgments and *authentieke akten*. In case of judgments there is much less reason to allow for a lenient view on staying of execution. The last paragraph of this chapter deals with arbitral awards on agreed terms. These kinds of awards can be an option to acquire an executorial title. Once a party is in possession of such a title there is no need to start a procedure in court if a party reneges on the agreement.

4. THE SETTLEMENT AGREEMENT.

Chapter 4 is comparable to chapter 3 as far as structure is concerned. Chapter 4 addresses the American settlement agreement. Since the purpose of this study is to analyze American case law on the status of the mediated settlement agreement, we must ensure that the *vaststellingsovereenkomst* and the settlement agreement are two comparable figures. If not, the inventory of American law is useless. The American legal system, American contract law and American procedural law will also be discussed in this chapter. Some basic knowledge on these subjects is required to be able to understand the elaborate discussion of case law in chapter 6.

5. SUMMARY AND COMPARATIVE CONCLUSION

Chapter 5 gives an overview of the results of the study so far. In this chapter I conclude that mediation in the Netherlands and the U.S. is a comparable method for solving disputes. In addition it has been demonstrated in chapter 3 and 4 that American and Dutch contract law in general and the *vaststellingsovereenkomst* and the settlement agreement specifically, are also comparable enough to warrant the analysis of American case law. Purpose of the analysis of American case law is to prepare the Dutch legal system for possible problems that can arise from the use of mediation as a method for resolving disputes. Hopefully, the cases will also provide some guidance as to how to deal with the anticipated difficulties.

6. THE MEDIATED SETTLEMENT AGREEMENT

Chapter 6 forms the core of this research. This is the chapter from which the practical problems with mediated settlement agreements are being derived. The chapter is divided in three parts addressing the situation regarding the mediated settlement in California, Florida and Texas.

In California there are no statutory provisions that regulate enforceability and avoidance of mediated settlements. Only the confidentiality of mediation communication is regulated by statute. However, there is a statutory provision that addresses enforceability of settlement agreements in general. §664.6 of the California Code of Civil Procedure is applicable to settlements in family and commercial cases but only applies to pending litigation. §664.6 provides for an easy method for enforcing settlement agreements. If the settlement agreement is in accordance with the requirements of this provision the judge is allowed to enter judgment pursuant to the terms of the settlement. Advantage of this procedure is that if one of the parties does not perform the other party can enforce the settlement without the necessity for a new (full) trial; the requirements of the provision being that the settlement must be in writing and signed by the parties or be an oral stipulation made before the court. If the court rules that the requirements have been satisfied it inquires into whether the settlement is valid and binding. If it is, the court will enter judgment in accordance with the settlement despite objections raised by one of the parties. In this respect the procedure of §664.6 differs from a consent judgment (discussed in chapter 4). With a consent judgment it is necessary that both parties still assent to the settlement agreement.

If parties mediate and conclude a settlement in a case that is not pending in court they do not have the option of §664.6. The only thing left for a party that desires to enforce the settlement because of the other party's breach is to institute proceedings and have it enforced. This can be done by way of a full trial, and if there is no dispute regarding the facts, by way of a summary procedure (discussed in chapter 4).

California also has some provisions that address mediation in certain specific conflicts including international commercial disputes and insurance disputes. Sometimes these provisions make mediated settlements easier to enforce, but there are also provisions that give a hesitant party more leeway, for example by providing that the agreement may be rescinded within a certain period of time.

With regard to avoidance of mediated settlement agreements there are no special rules distinguishing these settlements from settlement agreements in general. Moreover, judges have ruled that mediated settlements do not differ from settlements in general. Parties had tried to avoid mediated settlements on grounds that do not fall into the traditional contract defenses (for example mediator pressure). But if the requirements of specific vices to consent, like duress, are not met, the settlement can not be avoided. On the contrary, courts have repeatedly ruled that mediated settlement agreements should be more difficult to avoid than other contracts, because of the assistance of a mediator. The presence of a mediator, in the courts' eyes, is a guarantee that the mediation process has been fair and that the mediation outcome is reasonable.

The protection of the confidentiality of mediation communication is regulated by statute in California. The rules are strict; nothing said or done in mediation can be made public and the mediator is privileged from testifying in court about the mediation procedure. Nonetheless, there have been judge-made exemptions to the strict statutory provisions including

the reasoning that the integrity of the mediation process required the mediator to testify as to what happened in the mediation. Settlements that are in writing and have been signed by the parties are permitted as evidence in court. This will allow a party to prove that a settlement has been concluded.

Contrary to the situation in California, Florida has elaborate statutory provisions regarding court-ordered mediation. Court-annexed and non-court-annexed mediation are not regulated by statute. The different provisions on court-ordered mediation dictate the conditions a settlement must comply with to be enforceable. Reason for these is to preclude conflicts over the existence of an agreement. However, these very conditions have been a source of disputes thus negating their purpose.

If a party breaches a mediated settlement agreement that was a result of court-ordered mediation the judge can enter judgment on the agreement without the necessity for claimant to file a new suit (Rule 1.730(c) of the Florida Rules of Civil Procedure). Also avoidance of the settlement agreement is possible without filing a new suit. In non-court-ordered mediation enforcement and avoidance needs to be asked for in a separate suit for breach of contract. Nevertheless, courts have solved conflicts about the status of the mediated settlement in non-court-ordered mediation on the analogy of Rule 1.730.

The allegation that the mediated settlement agreement is not fair is not sufficient grounds for avoidance of the agreement. Only flaws in the contract formation, so in the mediation process, can result in avoidance. The deliberation of the court in *Vitakis-Valchine v. Valchine* is rather striking. The court ruled that if a court-appointed mediator pressures a party into the conclusion of the settlement agreement, the agreement can be avoided. This is an expansion of contract law. Normally only duress originating from a party to the contract can be ground for avoidance.

The court is not allowed to refuse to enforce terms of the settlement on the grounds that the provisions shock the conscience of the court. However, this standard is more pronounced in commercial disputes than in family disputes. In divorce cases the standard of judicial review differs depending on whether the interests of minors are at stake. If not, the mediated settlement agreement is reviewed more reticently.

Mediated settlements are highly regarded in Florida. Since they come about under the guidance of a professional and neutral third party (the mediator) it is expected that they are surrounded with more safeguards than settlements in general. The only examination of the contents of the agreement courts will exercise is whether it violates public policy.

Since 2004 Florida has extensive statutory law on confidentiality of mediation communication. The provisions address both court-ordered and non-court-annexed mediation (provided that parties agree on application to the latter). Oral settlements agreements cannot be used as evidence in court. The rules are strict in this respect. Yet, if a party wishes to avoid the settlement he is allowed to allege and prove grounds to this end. So the Florida courts realize that rigid adherence to confidentiality is not always feasible.

In Texas only settlements in writing that have been signed by the parties are enforceable in pending cases (Rule 11 of the Texas Rules of Civil Procedure). Oral settlements in non-pending cases are enforceable just as other contracts under the common law. The problem, however, is

that oral settlements can not be used as evidence in court because of the statutory provision concerning confidentiality of the mediation process (§154.073 of the Texas Civil Practice and Remedies Code).

In 1995 and 1997 special provisions for enforcement of mediated settlement agreements in family law cases have been introduced. The provisions apply to court-ordered mediation only (in case of §153.0071 to non-court-ordered mediations also). §153.0071 (divorce cases) and §6.602 (child support and visitation rights cases) of the Texas Family Code provide a procedural shortcut for obtaining enforcement of mediated settlements. When applying these provisions the court can refuse to incorporate the terms of the settlement in a consent judgment if the agreement is illegal or violates the interest of minors. Flaws in the mediation process can also lead to court refusal to enforce the settlement. By contrast the court does not look into the reasonableness and fairness of the resulting agreement. If a party breaches a mediated settlement agreement he can be sanctioned but only if his conduct can be qualified as not to be in good faith. There is no difference between mediated settlement agreements and other settlements in this respect.

There are no differences in grounds for avoidance between settlement agreements in general and mediated settlement agreements. Moreover, there does not seem to be a difference in judicial review of family and commercial cases. Allegations of duress and intimidation seem to be unsuccessful in court when a party was advised by counsel.

Texas's provisions on confidentiality are very broadly framed (§154.053 and §154.073 of the Texas Civil Practice and Remedies Code). Everything said and done in mediation is confidential. Neither the parties nor the mediator may disclose any information. Besides if the text of the provision is taken literally, settlement agreements that are in writing and have been signed are not admissible as evidence either. The result hereof being that performance of the agreement cannot be enforced in court. This would also mean that avoidance of mediated settlements is impossible since the grounds for invalidation can never be proven. Courts have dealt differently with the tension between confidentiality on the one hand and the necessity of argumentation on the other. All in all it seems that judges take the liberty to skirt around the statutory provisions.

7. THE MEDIATED VASTSTELLINGSOVEREENKOMST

As opposed to the three American states there are no statutory provisions in the Netherlands regarding the mediated settlement agreement. Since the Minister of Justice is not a proponent of mediation regulation the expectation is that mediation will stay unregulated as far as statutory provisions are concerned. The existence of regulation of mediation by the organizations that offer mediation services (self-regulation by the mediation branch, see chapter 2) is quite extensive. The *vaststellingsovereenkomst* is regulated in Book 7, title 15 of the Dutch Civil Code. However, the sections in title 15 only address the *vaststellingsovereenkomst* in general not specifically the mediated *vaststellingsovereenkomst*. According to the rules of the mediation providers only mediated *vaststellingsovereenkomsten* that are in writing and signed by the parties are admissible as evidence.

Since mediation is intended as the final stage of a conflict it is important that parties be able to obtain an executorial title so that they can achieve enforcement of the agreement without

having to go to court first (in a non-pending case). There are several methods for obtaining such an executorial title depending on the circumstances in which the mediation took place.

In pending, *dagvaardingszaken* (roughly: commercial cases) a title can be obtained in two ways. The *vaststellingsovereenkomst* (or *schikking*) can be incorporated in a consent judgment or the terms of the *schikking* can be incorporated in a *proces-verbaal* (section 87(3) of the Dutch Code of Civil Procedure). Incorporation in a consent judgment is complicated because of the requirement that claim and counter-claim must be in accordance with the dictum of the court. For this reason some courts refuse to incorporate the *schikking* in a consent judgment. The court will only incorporate the *schikking* in a *proces-verbaal* if the terms of the agreement are not unclear or unlawful. However, this will often be very difficult to assess on the basis of the text of the agreement only. If a party objects to incorporation of the agreement in a *proces-verbaal* for what ever reason, incorporation will probably be denied. In family cases a statutory provision such as section 87 of the Dutch Code of Civil Procedure is lacking, which means that incorporation in a decree (*beschikking*) is the only option for obtaining a title on the request of both parties in a pending case. Similar to commercial cases, incorporation is possible only if request and counter-request and dictum are in accord.

If a case is not pending before a court, incorporation of the agreement in a consent judgment / decree or *proces-verbaal* is impossible. If however, the mediation took place in a case that was pending before an arbitral tribunal, incorporation of the agreement in an award on agreed terms is an option. This will give parties the desired executorial title. If the arbitrator acted as mediator or vice versa the question arises whether this transformation can abide the test of prima facie violation of public policy.

In case there is neither a suit pending in court nor before an arbitral tribunal the terms of the agreement can with the permission of both parties be incorporated in a notarial deed (*notariële akte*). If parties have used none of the options and one of them breaches the agreement, enforcement can be sought in a full trial or by way of a summary procedure (roughly: *kort geding*). The methods for instituting proceedings and the court procedures differ depending on the type of case (roughly the distinction is between family and commercial cases).

With regard to avoidance of mediated settlement agreements there is hardly any case law in the Netherlands. Mediation as a method of dispute resolution is not up to now practiced on a large scale so disputes about the mediated *vaststellingsovereenkomst* have not found their way into the courts yet. There has been one relevant case on the status of the mediated *vaststellingsovereenkomst* so far. While comparing the grounds for avoidance parties brought forward in this Dutch case and in the various American cases, the similarities are striking. The allegations in this Dutch case concentrate on a general feeling of hurriedness and coercion without it becoming clear who precisely exercised the coercion. The claim for avoidance was dismissed. The fact that claimant had been advised by counsel in the mediation and actually deliberated with his lawyer during the process seemed to be an important reason for the court to dismiss the case. In the eyes of the court it was also important that claimant had never during the mediation process indicated that he was feeling overwhelmed and coerced.

Besides the judgment discussed above there have been several disciplinary rulings that shed light on the experiences of parties in the mediation process. In several cases the mediator was accused of coercion. Also allegations of unequal treatment, insufficient independence of the mediator, and careless supervision of the mediation process have been brought forward. In

these disciplinary cases importance for the success of the complaint was attached, just as in the case before the Dutch court, to whether the parties had been advised by counsel in the mediation. Furthermore the fact that the party who filed the complaint did not protest during the mediation was reason to dismiss the complaint of mediator coercion. The disciplinary commission also stated that the mediator has much freedom to shape the mediation process in the way he seems fit.

In the Netherlands confidentiality of mediation communication is a contractual duty only. The contractual basis is the mediation agreement (the agreement the mediator and the parties conclude when they start the mediation and that lays down the rules of the process). As said before, only mediated *vaststellingsovereenkomsten* that are in writing and have been signed are admissible as evidence in a court procedure. The mediator is not privileged from giving evidence in court. His duty not to disclose is also solely based on the mediation agreement.

From the text of the mediation agreements it is unclear whether the contractual duty not to disclose information from the mediation process also extends to the evidence of grounds for avoidance. In my opinion such evidence should be admissible. The confidentiality of mediation communication is in my view more relevant in case no *vaststellingsovereenkomst* was concluded. If a *schikking* came about, proof of the existence and the avoidability of the agreement must be allowed. Possibly inspiration can be derived from American cases in which the court looked at potential evidence of what transpired in mediation *in camera*. On the basis hereof the judge balanced the need of a party to support the veracity of his statements and the interest of the confidentiality of the mediation process.

8. EVALUATION AND RECOMMENDATIONS

In chapter 2 the main characteristics of mediation have been defined. In the chapters 3 and 4 the *vaststellingsovereenkomst* and the settlement agreement have been discussed. In chapter 5 I have concluded that mediation and the final result of a successful mediation are comparable in the Netherlands and the U.S. In chapter 6 the American case law regarding mediated settlement agreements is discussed and in chapter 7 the Dutch law concerning mediation is described. In this final chapter I will analyze whether the application of contract law, more specifically the traditional vices to consent including duress, undue influence, mistake, misrepresentation, unconscionability, incapacity and illegality is suited for review of a mediated settlement agreement. The characteristics that define mediation are:

- negotiations under the guidance of an impartial and neutral third party;
- equal participation of the parties in the process (democratic decision making);
- party-autonomy;
- voluntariness;
- a mediation outcome that has finality;
- informed consent (parties must fairly exchange information), and;
- confidentiality of mediation communication.

These characteristics can be called rules of procedural fairness. These are the basic requirements an optimal mediation process complies with. These rules are relevant in the light

of one of the objectives of this study, namely to assess the desired judicial review of the mediated *vaststellingsovereenkomst* in the Netherlands. These rules apply equally to all mediations irrespective of whether or not the case is pending, the mediator style and the mediation provider. The rules of procedural fairness are reflected in the self-regulation of the Dutch mediation branch. So the rules of procedural fairness apply to all mediations, but they do not apply to all mediations with the same emphasis.

Since the mediated settlement agreement is a contract, also general principles of contract law characterize the settlement. These principles also are important for review of the mediated *vaststellingsovereenkomst*.

With regard to the enforceability of the settlement agreement it can be concluded that formal requirements as to the validity of the agreement are not desirable. Those formal requirements exist in the American states to prevent disputes but their effect has been the opposite. Therefore they should not be introduced in the Netherlands.

I conclude in this chapter that because of the problems associated with incorporation of a *schikking* in a *proces-verbaal* or a consent decree these are unattractive methods for obtaining an executorial title. In the Netherlands it is impossible to obtain such a title in a pending case if one of the parties reneges on the *vaststellingsovereenkomst*. This should change. If a party withdraws his consent to the settlement this should only be a bar to incorporation and therefore enforcement of the agreement if he alleges and makes plausible a contract defense (as described in the first paragraph of this section). This would create a situation that is comparable to the one in family cases in Texas. The importance of the finality of mediation as a method of conflict resolution warrants this conclusion.

Problems of concurrence between staying of execution and avoidance of the mediated settlement agreement can be taken care of under the current statutory provision (section 438 of the Dutch Code of Civil Procedure) if courts are willing to recognize as grounds for staying the contractual grounds for avoidance of agreements. This will be especially relevant for executorial titles in the form of notarial deeds (*notariële akten*).

I would like to suggest introducing a new section in the Dutch Code of Civil Procedure. This section should only apply to court-ordered mediation in both family and commercial cases. This section should state plainly that claim and counter-claim (commercial cases) or request and counter-request (family cases) do not have to concur with the eventual agreement between the parties. If parties have come to an agreement in mediation there is no need for them to appear before the court to sign the agreement. The signing can be done outside the presence of the court. The withdrawal of consent of one party to the agreement cannot preclude the other party from obtaining an executorial title unless the withdrawing party states and makes plausible grounds for setting the contract aside. If such allegations are made the court will investigate and judge their validity. In the meantime the obtaining of an executorial title will be stayed.

The new section shall only apply to court-ordered mediations. Only this type of mediation offers enough guaranties to warrant the obtaining of an executorial title on the request of one party. Section 87 of the Code of Civil Procedure should not apply at all to mediated *schikkingen* anymore. The application of this section varies too much in the different courts. In court-annexed but non-court-ordered cases and in mediations in non-pending cases

the only way to obtain an executorial title should be by way of an arbitral award on agreed terms or a by way of a notarial deed (*notariële akte*). The other option, incorporation of the terms of the mediated settlement in a consent judgment or decree, possible under the current law, should be abrogated.

Next to the above recommendations as to enforceability I also recommend some changes as to the judicial review of mediated settlement agreements in the Netherlands. The difference between the mediated settlement and the settlement outside of mediation lies in the presence of a mediator, who is the pivot of everything. He must safeguard the fairness of the process and it is generally thought he is able to fulfill this expectation. To keep the behavior of the mediator in check, ethical rules have been developed. Yet, what is being done to verify whether the rules of procedural fairness have been respected in the mediation? And if the rules of procedural fairness have been violated does this automatically mean the resulting *vaststellingsovereenkomst* is void or voidable?

If we look at the (mostly) American case law the problems regarding fairness of the mediation process can be divided into three categories 1) information problems, 2) coercion and pressure, and 3) susceptibility. From the analysis of these cases it becomes clear that the procedural fairness can be breached without contract law giving a remedy.

When we look at the fairness of the outcome of mediation (material fairness), the allegations can be divided into 1) unreasonable sanction clauses, 2) unreasonable financial arrangements and 3) arrangements that harm the interests of minors. Courts are hesitant to look into the fairness of the settlement agreement both in family and commercial cases. Reasoning for the reticent judicial examination is mainly based on the presence of the mediator in the process. He guarantees the fairness of the process and therefore a review of the outcome is unnecessary, as argued by courts.

If contract law as an instrument for review of the mediation process is not adequate, a gap in review is created if courts reason that they do not have to examine the outcome because the process has been fair. It turns out that the check of the formation of the *vaststellingsovereenkomst* is inadequate in two situations. In the first the conduct of the mediator plays a central role. In the second situation the party that seeks avoidance of the agreement is himself the problem.

In view of the nature of mediation, the great variety of disputes that are solved by mediation, the lack of adequate instruments for review of the mediation process and the interchange between the examination of procedural and material fairness, there should be judicial review of the outcome. There are several opinions to be found in the mediation literature that address the issue of what constitutes material fairness (see chapter 2). However most of these are not helpful in determining the desired standard for judicial review. Since purpose of mediation is for parties to come to a mutually acceptable solution to their conflict, party interest is a valid standard for review as are the interests of third parties to the agreement (e.g. minors). In Dutch law such an examination of the outcome will mean a judicial review on the basis of the *redelijkheid en billijkheid*. The question still to be answered is how reticent the judicial review of the outcome should be.

For this determination it was first of all necessary to ascertain how the gaps that arose with the application of contract law to the mediation process, could be filled. After discussion

of several options for filling out the gaps, the research showed that application of the standard of review of *bindend advies* (section 7:904 of the Dutch Civil Code) was most suitable to the mediation process. *Bindend advies* is a method of conflict resolution that has a likeness to arbitration, but is less formal and less regulated. The standard of review of *bindend advies* should be applicable to court-ordered, court-annexed and non-court-annexed mediation alike. Besides it also holds true for the different type of conflicts and different mediator styles. The review on the basis of *bindend advies* is very limited (*'naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar'*) but violation of the rules of procedural fairness will result in avoidability of the agreement.

A separate section on mediated settlement agreements should be created in title 15 of Book 7 of the Dutch Civil Code. This is also the title that regulates *bindend advies*. Since the judicial review of the formation of the settlement agreement has now sufficiently been taken care of, the judicial review of the outcome can be limited. This would balance the need for fairness and the need for finality. Incorporation of the rules of procedural fairness of mediation in the Dutch Code of Civil Procedure, like arbitration, is not necessary. This would be a major legislative operation that would have very little added value and would diminish the flexibility of mediation.

Since the proposed solution means limited judicial review on the basis of an open standard I furnish circumstances that can make the open standard for the examination of material fairness concrete. The standard of procedural fairness has been objectified through the rules of procedural fairness.

This study did not specifically address the confidentiality of the mediation process. Still, since confidentiality is not only a characteristic feature of mediation and therefore a rule of procedural fairness, but also a complicating factor in the enforcement and avoidance of mediated settlement agreements, it has been addressed, albeit only in the above mentioned manifestations. The law concerning confidentiality of mediation communication in the three American states illustrates the tension between confidentiality and the necessity of proving the existence and avoidability of the agreement. Under Dutch law there is only a contractual duty not to disclose information. Exempted from this duty is the *vaststellingsovereenkomst* as long as it is in writing and signed by the parties. It is unclear what will happen in case a party seeks to avoid the settlement agreement in court. I suggest letting veracity prevail over confidentiality in this situation.

Lijst van aangehaalde jurisprudentie

EUROPA

Benelux-Gerechtshof

Benelux-Gerechtshof 9 juli 1981, *NJ* 1982/190
Benelux-Gerechtshof 11 mei 1982, *NJ* 1983/610
Benelux-Gerechtshof 11 mei 1982, *NJ* 1983/613

NEDERLAND

Hoge Raad

HR 23 november 1917, *NJ* 1918/6 (*Oudenhoven/Brass*)
HR 18 juni 1926, *NJ* 1926, p. 1078
HR 28 februari 1930, *NJ* 1930/1258
HR 29 januari 1931, *NJ* 1931, p. 1317
HR 10 juni 1932, *NJ* 1933/5 (*Marktcafé*)
HR 20 mei 1938, *NJ* 1939/94
HR 4 januari 1952, *NJ* 1952/83
HR 11 januari 1957, *NJ* 1959/37 (*Bovag II*)
HR 15 november 1957, *NJ* 1958/67 (*Baris/Riezenkamp*)
HR 19 juni 1959, *NJ* 1960/59 (*Kantharos van Stevensweert*)
HR 29 mei 1964, *NJ* 1965/104 (*Elmbt/Feierabend*)
HR 11 juni 1965, *NJ* 1965/258
HR 21 januari 1966, *NJ* 1966/183 (*Booy/Wisman*)
HR 19 mei 1967, *NJ* 1967/261 (*Saladin/HBU*)
HR 16 juni 1967, *NJ* 1967/340
HR 30 oktober 1970, *NJ* 1971/98
HR 16 april 1971, *NJ* 1971/282
HR 20 februari 1976, *NJ* 1976/486 (*Pseudo-Vogelpest*)
HR 30 juni 1978, *NJ* 1978/685
HR 2 november 1979, *NJ* 1980/429
HR 16 januari 1981, *NJ* 1981/312
HR 13 december 1981, *NJ* 1981/441
HR 8 april 1983, *NJ* 1984/785 (*Wever/Aruba Bank*)
HR 22 april 1983, *NJ* 1984/145 (*Ritzen/Hoekstra*)
HR 15 november 1985, *NJ* 1986/228

HR 25 april 1986, *NJ* 1986/714
HR 05 december 1986, *NJ* 1987/527 (*Lijfswang*)
HR 1 juli 1988, *NJ* 1988/1034
HR 23 maart 1990, *NJ* 1991/214
HR 1 juni 1990, *NJ* 1991/759
HR 5 april 1991, *NJ* 1992/244
HR 7 juni 1991, *NJ* 1991/708
HR 14 februari 1992, *NJ* 1992/245
HR 28 februari 1992, *NJ* 1992/356
HR 25 september 1992, *NJ* 1993/467 (*Notaris van Eijck*)
HR 15 januari 1993, *NJ* 1993/193
HR 22 januari 1993, *NJ* 1993/597
HR 19 maart 1993, *NJ* 1994/92
HR 18 juni 1993, *NJ* 1993/615
HR 25 juni 1993, *NJ* 1994/241
HR 19 november 1993, *NJ* 1994/241
HR 25 juni 1993, *NJ* 1994/291
HR 29 oktober 1993, *NJ* 1994/107
HR 17 december 1993, *NJ* 1994/24
HR 25 maart 1994, *NJ* 1995/23
HR 15 april 1994, *NJ* 1995/614
HR 3 juni 1994, *NJ* 1997/287
HR 16 december 1994, *NJ* 1995/213
HR 7 april 1995, *NJ* 1996/499
HR 21 april 1995, *NJ* 1997/570 (*Fysiotherapeutisch Instituut Schmitz/Caspers*)
HR 21 april 1995, *NJ* 1996/462
HR 29 september 1995, *NJ* 1996/89
HR 29 september 1995, *NJ* 1998/81 (*Ebele Dillema II*)
HR 17 november 1995, *NJ* 1996/143
HR 29 december 1995, *NJ* 1996/302
HR 19 januari 1996, *NJ* 1996/617
HR 4 oktober 1996, *NJ* 1997/594
HR 4 oktober 1996, *NJ* 1998/45
HR 25 oktober 1996, *NJ* 1997/68
HR 17 januari 1997, *NJ* 1997/222
HR 12 september 1997, *NJ* 1998/382
HR 9 januari 1998, *NJ* 1998/363
HR 11 september 1998, *NJ* 1998/851
HR 8 januari 1999, *NJ* 1999/342
HR 5 februari 1999, *NJ* 1999/652
HR 25 februari 2000, *NJ* 2000/471
HR 5 januari 2001, *NJ* 2001/79 (*Multi Vastgoed/Nethou*)
HR 19 januari 2001, *NJ* 2001/159
HR 8 februari 2002, *NJ* 2002/267

HR 11 mei 2002, *NJ* 2002/364
HR 2 mei 2003, *NJ* 2003/467
HR 26 september 2003, *NJ* 2004/21
HR 26 september 2003, *NJ* 2004/97
HR 14 april 2004, *LJN* AV0049
HR 9 januari 2004, *NJ* 2004/141
HR 20 mei 2005, *NJ* 2007/114
HR 12 augustus 2005, *RvdW* 2005/93
HR 9 september 2005, *JOL* 2005/469
HR 20 januari 2006, *NJ* 2006/75
HR 3 februari 2006, *LJN* AU8278
HR 24 maart 2006, *NJ* 2007/115
HR 14 april 2006, *RvdW* 2006/394
HR 8 september 2006, *RvdW* 2006/800
HR 6 oktober 2006, *NJ* 2006/546
HR 22 december 2006, *RvdW* 2007/28

Gerechtshof

Hof Amsterdam 24 januari 1991, *NJ* 1991/811
Hof Den Haag 21 februari 1995, *VR* 1996/34
Hof Amsterdam 14 maart 1996, *NJ* 1999/183
Hof Leeuwarden 18 september 1996, *NJ* 1998/27
Hof Arnhem 20 januari 1998, *VR* 1998/122; *NJ* 2001/538
Hof Arnhem 12 mei 1998, *NJ* 1999/29
Hof 's-Hertogenbosch 14 oktober 1999, *NJ* 2000/595
Hof Arnhem 13 november 2001, *NJ* 2002/248
Hof Den Haag 9 oktober 2002, *LJN* AE9444
Hof Amsterdam 10 december 2003, *LJN* AR5521
Hof Amsterdam 18 december 2003, *NJF* 2004/164
Hof Den Haag 4 augustus 2004, *LJN* AQ6572
Hof Amsterdam 27 januari 2005, *LJN* AS6020
Hof 's-Gravenhage 31 augustus 2005, *LJN* AU2003
Hof 's-Hertogenbosch 26 januari 2006, *LJN* AV4210
Hof Den Haag 29 maart 2006, *LJN* AV8707
Hof 's-Hertogenbosch, 11 oktober 2006, *LJN* AZ1883
Hof 's-Gravenhage, 13 december 2006, *LJN* AZ4433
Hof 's-Gravenhage, 13 december 2006, *LJN* AZ4437

Rechtbank

Rb. Utrecht 2 februari 1944, *NJ* 1946/282
Rb. Den Haag 11 januari 1983, *NJ* 1984/593
Rb. Amsterdam 20 november 1996, *VR* 1997/137 (*B.J.M./Delta Lloyd Schadeverzekeringen NV*)
Rb. Utrecht 23 januari 2002, *NJ* 2002/310

Rb. Haarlem 4 juni 2002, *LJN* AQ2615
Rb. Amsterdam 16 oktober 2002, *NJ* 2003/87
Rb. Arnhem 13 november 2002, *LJN* AQ2634
Rb. Arnhem 15 januari 2003, zaaknr. 78133/HA ZA 01-1575
Rb. Utrecht 24 september 2003, *LJN* AQ2600
Rb. Arnhem 18 november 2003, *LJN* AQ2547
Rb. Arnhem 5 december 2003, *LJN* AQ2565
Rb. Arnhem 14 januari 2004 *LJN* AO3003
Rb. Breda 3 maart 2004, zaaknr. 119716/HA ZA 03-719
Rb. Almelo 29 september 2004, *LJN* AT4104
Rb. Utrecht 2 februari 2005, *NJF* 2005/152
Rb. Haarlem 27 september 2005, *LJN* AU3479
Rb. Den Haag 4 november 2005, *LJN* AU7045
Rb. Maastricht 9 november 2005, *LJN* AU6364

Voorzieningenrechter

HR in kort geding, 22 mei 1981, *NJ* 1983/609
HR in kort geding, 26 juni 1981, *NJ* 1983/612
HR in kort geding, 1 oktober 1981, *NJ* 1983/614
HR in kort geding, 1 oktober 1982, *NJ* 1983/611
Pres. Rb. Utrecht 16 april 1973, *NJ* 1976/155
Pres. Rb. Den Haag 21 mei 1981, *KG* 1981/83
Pres. Rb. Amsterdam 26 september 1985, *KG* 1985/313
Pres. Rb. Utrecht 23 augustus 1990, *KG* 1990/291
Pres. Rb. Den Haag 05 november 1992, *KG* 1992/408
Pres. Rb. Zwolle 16 december 1999, *KG* 2000/37
Pres. Rb. Arnhem 4 februari 2000, *KG* 2000/65

Kantonrechter

Ktr. Groningen 9 september 1998, *NJ* 1999/391 (*Financiële Raadgevers Associatie BV/Van 't Hart*)
Ktr. Nijmegen 6 oktober 2004, *JBRr* 2004/79
Ktr. Dordrecht 3 juli 2006, *LJN* AY1073
Ktr. Zutphen, 9 januari 2007, *LJN* AZ6524

VERENIGDE STATEN

Californië

Union Collection Co. v. Buckman, 150 Cal. 159, 88 P. 708 (Cal. 1907)
M.F. Kemper Constr. Co. v. City of Los Angeles, 37 Cal.2d 696 (Cal. 1951)
Drennan v. Star Paving, 51 Cal. 2d 409 (Cal. 1958)
Elsinore Union Elementary School District v. Kastorff, 54 Cal.2d 380 (Cal. 1960)
Odorizzi v. Bloomfield, 246 Cal. App.2d 123 (Cal.App.2.Dist. 1966)

Corkland v. Boscoe, 156 Cal. App.3d 989 (Cal.App.1.Dist. 1984)
Casa de Valley View Owner's Association, Inc. v. Stevenson, 167 Cal.App.3d 1182 (Cal.App.2.Dist. 1985)
Richardson v. Richardson, 180 Cal. App.3d 91 (Cal.App.2.Dist. 1986)
Fresno v. Maroot, 189 Cal. App.3d 755 (Cal.App.5.Dist. 1987)
Viejo Bancorp, Inc. v. Wood, 217 Cal. App.3d 200 (Cal.App.4.Dist. 1989)
Kilpatrick v. Beebe, 219 Cal. App.3d 1527 (Cal.App.5.Dist. 1990)
Nicholson v. Barab, 233 Cal. App.3d 1671 (Cal.App.2.Dist. 1991)
In re marriage of Assemi, 7 Cal.4th 896 (Cal. 1994)
Ryan v. Garcia, 27 Cal.App.4th 1006 (Cal.App.3.Dist. 1994)
Levy v. Superior Court, 10 Cal.4th 578 (Cal. 1995)
Johnson v. Department of correction, 38 Cal.App. 4th 1700 (Cal.App.3.Dist. 1995)
Burckhard v. Del Monte Corp., 48 Cal.App.4th 1912, 56 Cal.Rptr.2d 569 (Cal.App.1.Dist. 1996)
Murphy v. Padilla, 42 Cal.App.4th 707 (Cal.App.6.Dist. 1996)
Robertson v. Chen, 44 Cal.App.4th 1290 (Cal.App.2.Dist. 1996)
In re Jason, 53 Cal. App.4th 1540 (Cal.App.4.Dist. 1997)
Williams v. Saunders, 55 Cal. App.4th 1158 (Cal.App.3.Dist. 1997)
Rinaker v. Superior Court, 62 Cal. App.4th 155 (Cal.App.3 Dist. 1998)
Joel v. Valley Surgical Center, 68 Cal.App.4th 360, 80 Cal. Rptr. 2d 247 (Cal.App.4.Dist. 1998)
Weddington productions, Inc. v. Flick et al, 60 Cal.App.4th 793 (Cal.App.2.Dist. 1998)
Harris v. Rudin, Richman & Appel, 74 Cal.App.4th 299, 87 Cal.Rptr.2d 822 (Cal.App.2.Dist. 1999)
Kirby v. Southern California Edison Company, 78 Cal.App.4th 840 (Cal.App.4.Dist. 2000)
Foxgate v. Bramalea, 26 Cal.4th 1, 25 P.3d 1117 (Cal. 2001)
Housing Group v. United National Insurance Company, 90 Cal.App.4th 1106 (Cal.App.1.Dist. 2001)
In re the marriage of Armato, 88 Cal. App. 4th 1030 (Cal.App.2.Dist. 2001)
In re the Marriage of Egedi, 88 Cal. App.4th 17 (Cal.App.2.Dist. 2001)
Foxgate Homeowners' Ass'n, Inc. v. Bramalea California, Inc., 26 Cal.4th 1 (Cal. 2001)
Berg v. Bregman, 2002 Cal. App. Unpub. LEXIS 9371 (Cal.App.2 Dist. 2002)
Gauss v. GAF Corp., 103 Cal. App.4th 1110 (Cal.App.1.Dist. 2002)
Sully-Miller Contracting Co. v. Gledson/Cashman Construction, Inc. 103 Cal.App.4th 30, 126 Cal.Rptr.2d 400 (Cal.App.2 Dist. 2002)
Wackeen v. Malis, 118 Cal. Rptr.2d 502 (Cal.App.2 Dist. 2002)
In re Christopher, 2002 WL 31033062 (Cal.App.1.Dist. 2002)
Berland v. Miller, 2003 Cal. App. Unpub. LEXIS 3749 (Cal.App.1.Dist. 2003)
Eisendrath v. Superior Court, 109 Cal. App.4th 351 (Cal.App.2.Dist. 2003)
Elyaoudayan v. Hoffman, 104 Cal. App.4th 1421 (Cal.App.2.Dist. 2003)
Helm III v. Furia, 111 Cal. App.4th 945 (Cal.App.1.Dist. 2003)
Jones v. Wells Fargo Bank, 112 Cal.App.4th 1527, 5 Cal.Rptr.3d 835 (Cal. App.2 Dist. 2003)
In re the marriage of Malcolm, 2004 WL 2669309 (Cal.App.1.Dist. 2004)
Rojas v. Superior Court, 33 Cal.4th 407 (Cal. 2004)

Stone Age Equipment, Inc. v. Nelson Sports, Inc., 2005 WL 1208522 (Cal.App.2.Dist. 2005)
Luna v. Guillem, 2005 WL 1663922 (Cal.App.1.Dist. 2005)
Tender Loving Things, Inc. v. Robbins et al, 2005 WL 902648 (Cal. App.1.Dist.2005)
Stewart v. Preston Pipeline Inc., 134 Cal. App.4th 1565 (Cal.App.6.Dist. 2005)
Travelers Casualty and Surety Co. v. Superior Court, 126 Cal.App.4th 1131 (Cal.App.4.Dist. 2005)
In re marriage of Kieturakis, 138 Cal. App.4th 56 (Cal.App.1.Dist. 2006)
Chadwick v. Graydon, 2006 WL 1688379 (Cal.App.2.Dist. 2006)
Fair v. Bakhtiari, 2006 WL 3627208 (Cal. 2006)
Simmons v. Ghaderi, 49 Cal.Rptr.3d 342 (Cal.App.2.Dist. 2006)
Lindsay v. Lewandowski, 43 Cal.Rptr.3d 846 (Cal.App.4.Dist. 2006)
Prosser v. Osborne, 2006 WL 1928524 (Cal.App.2.Dist. 2006)

Florida

Sedell v. Sedell, 100 So.2d 639 (Fla. 1st DCA 1958)
Smiles v. Young, 271 So.2d 798 (Fla.App. 1973)
Casto v. Casto, 508 So.2d 330 (Fla. 1987)
Cohen v. Cohen, 609 So.2d 785 (Fla.App. 4 Dist. 1992)
Fabber v. Wessel, 17 Fla. L. weekly D1801 (Fla.App. 4 Dist. 1992)
Hudson v. Hudson, 600 So.2d 7 (Fla.App. 4 Dist. 1992)
Gordon v. Royal Caribbean Cruises Ltd, 19 Fla. L. Weekly D1829 (Fla.App. 3 Dist. 1994)
Stempel v. Stempel, 19 Fla. L. Weekly D150 (Fla.App. 4 Dist. 1994)
Jordan v. Adventist health System/sunbelt, Inc., 656 So. 2d 200 (Fla.App. 5 Dist. 1995)
Bateski v. Ransom, 658 So.2d 630 (Fla.App. 2 Dist. 1995)
Graves v. Graves, 649 So.2d 284 (Fla.App. 2 Dist. 1995)
McKinlay v. McKinlay, 648 So.2d 806 (Fla.App. 1 Dist. 1995)
Tubbs v. Tubbs, 20 Fla. L. Weekly D134 (Fla.App. 4 Dist. 1995)
Trowbridge v. Trowbridge, 674 So.2d 928 (Fla.App. 4 Dist. 1996)
M & C Associates, Inc. v. State of Florida, Department of Transportation, 682 So.2d 640 (Fla.App. 2 Dist. 1996)
City of Delray Beach v. Keiser, 22 Fla. L. Weekly D2298 (Fla.App. 4 Dist. 1997)
Spano v. Spano, 698 So.2d 324 (Fla.App. 4 Dist. 1997)
Sponga v. Warro, 698 So.2d 621 (Fla.App. 5 Dist. 1997)
Paranzino v. Barnett Bank of South Florida, N.A., 690 So.2d 725 (Fla.App. 4 Dist. 1997)
De Cespedes v. Bolanos, 711 So.2d 216 (Fla. Dist. Ct. App. 3d Dist. 1998)
Edward Waters College, Inc. v. Johnson, 707 So.2d 801 (Fla.App. 1 Dist. 1998)
Petracca v. Petracca, 706 So.2d 904 (Fla.App. 4 Dist. 1998)
Cooper v. Austin, 50 So.2d 711 (Fla.App. 5 Dist. 2000)
Guzman v. Ghahramani, 768 So.2d 535 (Fla.App. 4 Dist. 2000)
Wayno v. Wayno, 756 So.2d 1024 (Fla.App. 5 Dist. 2000)
Treasure Coast, Inc. v. Ludlum Construction Co., Inc., 760 So.2d 232 (Fla.App. 4 Dist. 2000)
Vitakis-Valchine v. Valchine, 793 So.2d 1094 (Fla. Dist. Ct. App. 2001)
Carbino v. Ward, 801 So.2d 1028 (Fla.App. 5 Dist. 2001)
Macar v. Macar, 803 So.2d 707 (Fla. 2001)

Crupi v. Crupi, 784 So.2d 611 (Fla.App. 5 Dist. 2001)
Rose v. Ditto, 804 So.2d 351 (Fla.App. 4 Dist. 2001)
Enterprise Leasing Company v. Jones, 789 So.2d 964 (Fla. 2001)
Feldman v. Kritch, 824 So.2d 274 (Fla. Dist. Ct. App. 2002)
Stamato v. Stamato, 818 So.2d 662 (Fla.App. 4 Dist. 2002)
Vance v. Thomas, 829 So.2d 319 (Fla. Dist. Ct. App. 2002)
Architect Jeff Falkanger and Associates, Inc. v. Boca Developers, Inc., 813 So.2d 1056 (Fla.App. 4 Dist. 2002)
Wells v. Wells, 27 Fla. L. Weekly D2624 (Fla.App. 4 Dist. 2002)
Tilden Grove v. Orlando, 816 So.2d 658 (Fla.App. 5 Dist. 2002)
Griffith v. Griffith, 28 Fla. L. Weekly D2812 (Fla.App. 1 Dist. 2003)
Kalof v. Kalof, 840 So.2d 365 (Fla.App. 3 Dist. 2003)
Lazy Flamingo, USA, Inc. v. Greenfield, 28 Fla. L. Weekly D243 (Fla.App. 2 Dist. 2003)
Sublime, Inc. v. Boardman's Inc., 28 Fla. L. Weekly D1629 (Fla.App. 4 Dist. 2003)
Scott v. Tischler, 882 So.2d 461 (Fla.App. 4 Dist. 2004)
Brandsmart U.S.A. of West Palm Beach, Inc. v. DR Lakes, Inc., 901 So.2d 1004 (Fla.App. 4 Dist. 2005)
Fivecoat v. Publix Super Markets, Inc., 928 So.2d 402 (Fla.App. 1 Dist. 2006)
In re petition of the alternative dispute resolution rules and policy committee on amendments to Florida rules for certified and court-appointed mediators, 931 So.2d 877 (Supreme Court of Florida 2006)

Texas

James T. Taylor and Son v. Arlington Independent School District, 160 Tex. 617 (Tex. 1960)
Campbell v. Booth, 526 S.W.2d 167 (Tex.Civ.App., 1975)
Quintero v. Jim Walter Homes, Inc., 654 S.W. 2d 442 (Tex. 1983)
Kennedy v. Hyde, 682 S.W.2d 525 (Tex. 1984)
1st Coppell Bank v. Smith, 742 S.W.2d 454 (Tex.App.-Dallas 1987)
Williams v. State, 770 S.W.2d 948 (Tex.App.-Hous. [1 Dist.], 1989)
Hollaway v. Hollaway, 792 S.W.2d 168 (Tex.App.-Hous. [1 Dist.], 1990)
Rizk v. Millard, 810 S.W.2d 318 (Tex.App.-Hous. [14 Dist.], 1991)
Decker v. Lindsay, 824 S.W.2d 247 (Tex.App.-Hous. [1 Dist.], 1992)
Raymond K. Ames and Nancy Jo Ames, 860 S.W.2d 590 (Tex.App.-Amarillo, 1993)
In Re Marriage of Banks, 887 S.W.2d 160 (Tex.App.-Texarkana, 1994)
Island Entertainment Inc. v. Castaneda, 882 S.W.2d 2 (Tex.App.-Hous. [1 Dist.], 1994)
King v. Bishop, 879 S.W.2d 222 (Tex.App.-Hous. [14 Dist.], 1994)
Stevens v. Snyder, 874 S.W.2d 241 (Tex.App.-Dallas, 1994)
Cadle v. Castle, 913 S.W.2d 627 (Tex.App.-Dallas, 1995)
Clopton v. Mountain Peak Water Supply Corporation, 911 S.W.2d 525 (Tex.App.-Waco, 1995)
Hur v. City of Mesquite, 893 S.W.2d 227 (Tex.App.-Amarillo, 1995)
Martin v. Black, 909 S.W.2d 192 (Tex.App.-Houston [14 Dist.], 1995)
Padilla v. LaFrance, 907 S.W.2d 454 (Tex. 1995)
Davis v. Wickham, 917 S.W.2d 414 (Tex.App.-Houston [14 Dist.], 1996)
Kosowska v. Khan, 929 S.W.2d 505 (Tex.App.-San Antonio, 1996)

Mantas v. Fifth Court of Appeals, 925 S.W.2d 656 (Tex. 1996)
Mary Lou Allen and Jesse Warren Allen, 1996 WL 686895 (Tex.App.-Amarillo, 1996)
Randle v. Mid Gulf, 1996 WL 447954 (Tex.App.-Hous. (14 Dist.), 1996)
Rutherford v. Blanks, 1996 WL 355354 (Tex.App.-San Antonio, 1996)
America's Favorite Chicken Co. v. Samaras, 929 S.W.2d 622 (Tex.App.-San Antonio, 1996)
Zidell v. Zidell, 1997 WL 424429 (Tex.App.-Dallas, 1997)
Spinks v. Spinks, 939 S.W.2d 229 (Tex.App.-Houston [1 Dist.], 1997)
Montanaro v. Montanaro, 946 S.W.2d 428 (Tex.App.-Corpus Christi, 1997)
Bauer v. Jasso, 946 S.W.2d 552 (Tex.App.-Corpus Christi, 1997)
Alvarez v. Reiser, 958 S.W.2d 232 (Tex.App.-Eastland, 1997)
Pfeiffer v. Newman, 1998 WL 483458 (Tex.App.-Amarillo, 1998)
Lype v. Watkins, 1998 WL 734429 (Tex.App.-Hous. (1 Dist.), 1998)
Castroville Airport, Inc. v. City of Castroville, 974 S.W.2d 207 (Tex.App.-San Antonio, 1998)
Burrows v. Burrows, 1998 Tex. App. LEXIS 1035
Carcia v. Wallace, 1999 WL 391846 (Tex.App.-San Antonio, 1999)
Hardman v. Dault, 2 S.W.3d 378 (Tex.App.-San Antonio, 1999)
In re Kasschau, 11 S.W.3d 305 (Tex.App.-Houston [14 Dist.], 1999)
Pollard v. Merkel, 1999 WL 72209 (Tex.App.-Dallas, 1999)
Texas Parks and Wildlife Dept. v. Davis, 988 S.W.2d 370 (Tex.App.-Austin, 1999)
Staley v. Staley, 988 S.W.2d 791 (Tex.App.-Amarillo, 1999)
Garcia v. Wallace, 1999 WL 391846 (Tex.App.-San Antonio, 1999)
Ebner v. First State Bank of Smithville, 27 S.W.3d 287 (Tex.App.-Austin, 2000)
Alvarez v. Martinez, 2000 WL 1585653 (Tex.App.-San Antonio, 2000)
Cayan v. Cayan, 38 S.W.3d 161 (Tex.App.-Houston [14 Dist.], 2000)
In re Paul Daley, 29 S.W.3d 915 (Tex.App.-Beaumont, 2000)
The Ryland Group v. Akhtar, 2000 Tex. App. LEXIS 4258 (Tex.App. -- Dallas, 2000)
Zegub v. Zegub, 2000 WL 795792 (Tex.App.-Austin, 2000)
In re Learjet, Inc., 59 S.W.3d 842 (Tex.App.-Texarkana, 2001)
Jackson v. Jackson, 2001 WL 1493853 (Tex.App.-Dallas, 2001)
Vick v. Waits, 2002 WL 1163842 (Tex.App.-Dallas, 2002)
Beeler v. Beeler, 2002 WL 1025062 (Tex.App.-Austin, 2002)
Cantu v. Moore, 90 S.W.3d 821 (Tex.App.-San Antonio, 2002)
Boyd v. Boyd, 67, S.W.3d 398 (Tex.App.-Fort Worth, 2002)
Brown v. Brown, 2002 WL 1343222 (Tex.App.-Austin, 2002)
In the interest of J.A.W.-N, a minor child, 94 S.W.3d 119 (Tex.App.-Corpus Christi, 2002)
Lerer v. Lerer, 2002 WL 31656109 (Tex.App.-Dallas, 2002)
West Beach Marina, Ltd v. Erdeljac, 94 S.W.3d 248 (Tex.App.-Austin, 2002)
Bayway Services, Inc. v. Ameri-Build Construction, L.C., 106 S.W.3d 156 (Tex.App.-Houston [1 Dist.], 2003)
Bolle, Inc. v. American Greetings Corporation, 109 S.W.3d 827 (Tex.App.-Dallas, 2003)
In re Cartwright, 104 S.W.3d 706 (Tex.App.-Houston [1 Dist.], 2003)
In re Circone, 122 S.W.3d 403 (Tex.App.-Texarkana, 2003)
In the interest of M.S., 115 S.W.3d 534 (Tex. 2003)
Morales v. Morales, 98 S.W.3d 343 (Tex.App.-Corpus Christi, 2003)

In re Kimberly Calderon, 96 S.W.3d 711 (Tex.App.-Tyler, 2003)
Durham v. Durham, 2004 WL 579224 (Tex.App.-Austin, 2004)
Garcia-Udall v. Udall, 141 S.W.3d 323 (Tex.App.-Dallas, 2004)
Anderton v. Schindler, 154 S.W.3d 928 (Tex.App.-Dallas, 2005)
Crump v. Crump, 2005 WL 2841146 (Tex.App.-Dallas, 2005)
Domangue v. Domangue, 2005 WL 1828553 (Tex.App.-Tyler, 2005)
Hall v. Hall, 2005 WL 1000619 (Tex.App.-Tyler, 2005)
Carson v. Carson, 2005 WL 2978343 (Tex.App.-Austin, 2005)
In the Interest of N.R.C. and L.A.C., 2005 WL 2875367 (Tex.App.-Houston [14 Dist.], 2005)
Lee v. Lee, 158 S.W.3d 612 (Tex.App.-Fort Worth, 2005)
Zimmerman v. Zimmerman, 2005 WL 1812613 (Tex.App.-San Antonio, 2005)
Carson v. Carson, 2005 WL 2978343 (Tex.App.-Austin, 2005)
In the matter of the Marriage of Joyner and In the Interest of Thomas Joyner, 196 S.W.3d 883 (Tex.App.-Texarkana, 2006)
Mullins v. Mullins, 202 S.W.3d 869 (Tex.App.-Dallas, 2006)
Gaskin v. Gaskin, 2006 WL 2507319 (Tex.App.-Forth Worth, 2006)
Beyers v. Roberts, 199 S.W.3d 354 (Tex.App.-Houston [1 Dist.], 2006)
Breceda v. Whi, 187 S.W.3d 148 (Tex.App.-El Paso, 2006)

Overige staten

Raffles v. Wichelhaus, 2 Hurl. & C. 906, 159 Eng.Rep. 375 (Ex. 1864)
Wood v. Boynton, 64 Wis. 265 (Wis. 1885)
Fairbanks v. Snow, 145 Mass. 153 (Mass. 1887)
Sherwood v. Walker, 33 N.W. 919 (Mich. 1887)
Silsbee v. Webber, 171 Mass. 378 (Mass. 1898)
Galusha v. Sherman, 105 Wis. 263, 81 N.W. 495 (Wis. 1900)
Burnham v. Burnham, 119 Wis. 509 (Wis. 1903)
Belt v. Lazenby, 126 Ga. 767, 56 S.E. 81 (Ga. 1906)
Health v. Potlach Lumber Co., 18 Idaho 42, 108 P. 343 (Idaho 1910)
Hollowo v. Buck, 174 Ark. 497, 296 S.W. 74 (Ark. 1927)
Reed v. Kansas Postal Telegraph & Cable Co., 125 Kan. 603 (Kan. 1928)
Eldridge v. May, 129 Me. 112 (Me. 1930)
Fipps v. Stidham, 174 Okla. 473 (Okla. 1935)
Grand Trunk Western Railroad Co. v. Lahiff, 218 Wis. 457 (Wis. 1935)
Craig v. Craig, 222 Iowa 783 (Iowa 1937)
King v. Lewis, 188 Ga. 594, 4 S.E.2d 464 (Ga. 1939)
Lighthouse for the blind v. Miller, 149 Kan. 165, 86 P.2d 508 (Kan. 1939)
Kentucky Utilities Co. v. Steenman, 283 Ky. 317, (Ky.App. 1940)
Re Estate of Stephens, 207 Minn. 597 (Minn. 1940)
Curry v. Stewart, 301 Ky. 645, 192 S.W.2d 739 (Ky. 1945)
Muhlhauser v. Becker, 76 N.D. 402, 37 N.W.2d 352 (N.D. 1948)
Terre Haute Cooperage v. Branscome, 203 Miss. 493 (N.D. 1948)
Creson v. Carmody, 310 Ky. 861, 222 S.W.2d 935 (Ky. 1949)
Turrietta V. Wyche, 54 N.M. 5, 212 P.2d 1041 (N.M. 1949)

Golbard v. Empire State Mutual Life Ins.Co., 5 A.D.2d 230, 171 N.Y.S.2d 194 (N.Y.A.D.,1958)
Jenkins v. McCormick, 184 Kan. 842, 339 P.2d 8 (Kan. 1959)
Howard v. Howard, 122 Vt. 27, 163 A.2d 861 (Vt. 1960)
Rommel v. West American Insurance Co., 158 A.2d 683 (D.C.App. 1960)
Tatum v. Cater, 270 Ala. 445, 119 So.2d 223 (Ala. 1960)
United Nations Korean Reconstruction Agency v. Glass production methods, Inc., 291 F.2d 168 (C.A.2 1961)
Smith Construction Co. v. Bearden Plumbing & Heating Co., 1962 OK 135, 372 P.2d 229 (Okl. 1962)
Bohlman v. Big River Oil Company, 124 N.W.2d 835 (N.D. 1963)
Overton v. Overton, 259 N.C. 31 (N.C. 1963)
International Motor Rebuilding Co., v. United Motor Exchange, Inc., 139 Kan. 497, 393 P.2d 992 (Kan. 1964)
Keith v. Glenn, 262 N.C. 284, 136 S.E.2d 665 (N.C. 1964) (distinguished by, Bongardt v. Frink, 265 N.C. 130, 143 S.E.2d 286 (N.C. 1965)
White v. Flood, 258 Iowa 402, 138 N.W.2d 863 (Iowa 1965)
Frostifresh v. Reynoso, 52 Misc.2d 26, 274 N.Y.S.2d 757 (N.Y.Dist.Ct. 1966)
Akerley v. Lammi, 217 A.2d 396 (ME. 1966)
Merit Music Serv. v. Sonneborn, 225 A.2d 470 (Md. 1967)
Boise Junior College District v. Mattefs, 92 Idaho 757 (Idaho 1969)
Toker v. Westerman, 113 N.J. Super. 452, 274 A.2d 78 (N.J.Dist.Ct. 1970)
People ex rel. Dept. of Pub. Works & Bldgs. V. South East Natl. Bank, 266 N.W.2d 778 (Ill. App. 1971)
Griffith v. Byers, 212 Kan. 65, 510 P.2d 198 (Kan. 1973)
Fieser v. Stinnett, 212 Kan. 26 (Kan. 1973)
Dover Pool & Racquet Club v. Brooking, 322 N.E.2d 168 (Mass. 1975)
Dobbins v. Hupp, 562 S.W.2d 736 (Mo.App. 1978)
Gillman v. Chase Manhattan Bank, 73 N.Y.2d 1, 534 N.E.2d 824, 537 N.Y.S.2d 787 (N.Y. 1988)
Berens v. Wilson, 246 Mont. 269 (Mont. 1990)
Regan v. Regan, 246 N.J.Super. 473 (Ch. Div. 1990)
Merrick v. Southwest Elec. Co-op., 815 S.W.2d 118 (Mo.App. S.D. 1991)
Hubble v. Johnson, 841 S.W.2d 169 (Ky. 1992)
State v. Crespo, 42 Conn. Supp. 371 (Super. Ct. 1992)
D.E. Properties Corp. v. Food for Less, Inc., 859 S.W.2d 197 (Mo.App. E.D. 1993)
Gardner v. Gardner, 435 S.E.2d 324 (N.C. 1993)
Gilbert v. Sycamore Mun. Hosp., 622 N.E.2d 788 (Ill. 1993)
Matter of Property Seized on or about Nov. 14-15, 1989, 501 N.W.2d 482 (Iowa 1993)
Timm v. Dewsnup, 851 P.2d 1178 (Utah 1993)
Hydro-Manufacturing, Inc. v. Kayser-Roth Corp., 640 A.2d 950 (R.I. 1994)
Fernandez v. Ford Motor Co., 879 P.2d 101 (N.M.App. 1994)
Gramer v. Gramer, 207 Mich. App. 123, 523 N.W.2d 861 (Mich.App. 1994)
Piner v. Jensen, 519 N.W.2d 337 (S.D. 1994)

Summit Bank v. Quake, 631 N.E.2d 13 (Ind.App. 3 Dist. 1994)
Ziarko v. Soo Line R. Co., 161 Ill.2d 267, 204 Ill. Dec. 178, 641 N.E.2d 402 (Ill. 1994)
Department of Corrections Employees Coalition v. Romer, 879 P.2d 485 (Colo.App. 1994)
Estate of Knapp, 894 S.W.2d 204 (Mo.App. E.D. 1995)
Garrison, v. Nichols, 908 S.W.2d 373 (Mo.App. S.D. 1995)
Sackler v. Savin, 897 P.2d 1217 (Utah 1995)
Bradley v. Bradley, 225 Ga. App. 530, 484 S.E.2d 280 (Ga.App. 1997)
Han v. Yang, 84 Haw. 162, 931 P.2d 604 (Hawaii App. 1997)
Leary v. Julian, 225 Ga.App. 472, 484 S.E.2d 75 (Ga.App. 1997)
Brock v. Brock, 256 A.D.2d 375, 681 N.Y.S.2d 559 (N.Y.A.D. 2 Dept., 1998)
Fowler v. Smith, 230 Ga.App. 817, 498 S.E.2d 130 (Ga.App. 1998)
Golden v. McDermott, Will & Emery, 299 Ill. App.3d 982 (Ill.App. 1 Dist. 1998)
Knight Publishing Co., Inc. v. Chase Manhattan Bank, 131 N.C. App. 527, 506 S.E.2d 728 (N.C.App. 1998)
In re Patricia Peter, 735 So.2d 665 (La.App. 4 Cir. 1998)
Stacey v. Jones, 230 Ga.App. 214, 495 S.E.2d 665 (Ga.App. 1998)
Vela v. Hope Lumber & Supply Co., 966 P.2d 1196 (Okla.Civ.App. Div. 1, 1998)
Walton v. Ramos, 963 P.2d 1042 (Alaska 1998)
Emmons v. Superior court of the State of Arizona, 192 Ariz. 509, 968 P.2d 582 (Ariz.App. Div. 1, 1998)
Castlewood Property Owners Ass'n, Inc. v. Trepton, 720 N.E.2d 10 (Ind.App. 1999)
Haghighi v. Russian-American Broadcasting Co., 173 F.3d 1086 (C.A.8 (Minn.) 1999)
State Farm Fire v. Pacific Rent-all, Inc., 90 Haw. 315; 978 P.2d 753 (Hawaii 1999)
In re Patterson, 93 Wn. App. 579 (Wash.App. Div. 1, 1999)
Vernon v. Acton, 732 N.E.2d 805 (Ind. 2000)
Akin v. Hart, 2006 WL 955882, (Ky.App. 2006)
Kramer v. Kramer, 711 N.W.2d 164, (N.D. 2006)

Federale uitspraken

Hume v. United States, 132 U.S. 406, 10 S.Ct. 134 (U.S. 1889)
Marks v. Gates, 154 F. 481 (C.A.9 1907)
Hoyt v. Wickham, 25 F.2d 777 (C.A.8 1928)
Erie Railroad Co. v. Tompkins, 304 U.S. 64 (U.S. 1938)
Occidental Life Ins. Co., v. Eiler, 125 F.2d 229 (C.A.8 1942)
Ross Packing Co. v. U.S., 42 F.Supp. 932 (D.C.WASH. 1942)
Williams v. Walker-Thomas, 350 F.2d 445 (C.A.D.C. 1965)
Centex Constr. Co. v. James, 374 F.2d 921 (C.A.Ark. 1967)
Green v. John H. Lewis & Co., 436 F.2d 389 (C.A.N.J. 1970)
Murtagh v. University Computing Company, 490 F.2d 810 (5th Cir. 1974), cert. denied, 419 U.S. 835 (C.A.Tex. 1974)
Tony Down Food Co. v. United States, 530 F.2d 367 (Ct. Cl. 1976)
U.S. v. Homestake Min. Co., 595 F.2d 421 (C.A.S.D., 1979)
Hooks v. Hooks, 771 F.2d 935 (C.A.6 (Tenn.), 1985)
Murphy v. T. Rowe Price Prime Reserve Fund, Inc., 8 F.3d 1420 (C.A.9 (Cal.), 1993)

Phoenix Leasing v. Sure Broadcasting Inc., 843 F.Supp. 1379 (D.Nev. 1994)
Bernard v. Galen Group Inc., 901 F.Supp. 778 (S.D.N.Y. 1995)
Thomas v. Christopher, 169 F.R.D. 224 (D.D.C. 1996)
Bell-Atlantic-Washington DC v. Zaidi, 10 F.Supp.2d 575 (E.D.Va. 1997)
O'Rourke v. Jason Inc., 978 F. Supp. 41 (D.Mass. 1997)
Porter v. Chicago Board of Education, 981 F.Supp. 1129 (N.D.Ill. 1997)
Sheng v. Starkey Laboratories, Inc., 117 F.3d 1081 (C.A.8 (Minn.), 1997)
Allen v. Leal, 27 F.Supp.2d 945 (S.D.Tex., 1998)
U.S. v. County of Muskegon, 33 F.Supp.2d 614 (W.D.Mich. 1998)
Bradley v. Chiron Corporation, 136 F.3d 1317 (C.A.Fed. (Cal.), 1998)
Augustine Medical, Inc. v. Progressive Dynamics, Inc., 194 F.3d 1367 (C.A.Fed., 1999)
Consolidated Rail Corporation v. Portlight, Inc., 188 F.3d 93 (C.A.3 (Pa.), 1999)
Maier v. Pacific Heritage Homes, Inc., 72 F.Supp.2d 1184 (D.Or., 1999)
Midwest Sports Medicine and Orthopedic Surgery, Inc. v. US, 73 F.Supp.2d 870 (S.D.Ohio, 1999)
Novamedix v. NDM, 166 F.3d 1177 (C.A.Fed. (Ohio), 1999)
Olam v. Cogress Mortgage Company, 68 F.Supp.2d 1110 (N.D.Cal., 1999)
Shufford v. Integon Indemnity Corporation, 73 F.Supp.2d 1293 (M.D.Ala., 1999)
Barry v. Barry, 172 F.3d 1011 (C.A.8 (Minn.), 1999)
FDIC v. White, 76 F.Supp.2d 736 (N.D.Tex. 1999)
Drayton v. The Associates, 2000 WL 49189 (N.D.Tex 2000)
Anastasoff v. U.S., 223 F.3d 898 (C.A.8 (Mo.), 2000)
Lexington Insurance Company v. Unity/Waterford-Fari Oaks, LTD., 2002 WL 356756 (N.D.Tex., 2002)
Export Worldwide, LDT. v. Alfred Knight, individually, Knight Aerospace Products, Inc., T & M Lease and Finance, L.L.C., 2007 WL 628746 (W.D. Texas, 2007)

Lijst van aangehaalde literatuur

A

Abas 1972

P. Abas, *Beperkende werking van de goede trouw* (diss. Amsterdam UvA), Deventer: Kluwer 1972.

Abas 1998

P. Abas, 'Geknoei met beperkende werking van redelijkheid en billijkheid', *Nederlands Tijdschrift voor Burgerlijk Recht* 1998, p. 163-166.

Abas 2000a

P. Abas, 'Rechtspraak - Ook in 2000 knoeit de Hoge Raad nog steeds met beperkende werking van redelijkheid en billijkheid', *Nederlands Tijdschrift voor Burgerlijk Recht* 2000, p. 259-260.

Abas 2000b

P. Abas, 'De rol van het iustum pretium in het huidige BW', in: J.M. Barendrecht, M.A.B. Chao-Duvis & H.A.W. Vermeulen (red.), *Beginselen van contractenrecht*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2000, p. 1-13.

Abas 2003

P. Abas, *Benadeling van de medecontractant. Een rechtsvergelijkend onderzoek naar de (on)wenselijkheid van de laesio enormis in de 21e eeuw* (m.m.v. I. van Loo & M. van Zijst), Deventer: Kluwer 2003.

Abraham 1998

H. J. Abraham, *The judicial Process. An Introductory Analysis of the Courts of the United States, England, and France*, New York, NY: Oxford University Press 1998.

Ahern 2000

M. Ahern, 'Agreements in crisis: The stinging effects of the Texas Rule of Civil Procedure 11 on settlement agreements and the alternative dispute resolution process', *Texas Tech Law Review* (31) 2000, p. 87-138.

Alfini & McCabe 2001

J.J. Alfini & C.G. McCabe, 'Mediating in the shadow of the courts: A survey of the emerging case law', *Arkansas Law Review* (54) 2001, p. 171-206.

Alfini e.a. 2001

J.J. Alfini e.a., *Mediation Theory and Practice*, New York, NY: LEXIS Publishing 2001.

Antokolskaia 2005a

M.V. Antokolskaia, 'De voorstellen tot hervorming van het echtscheidingsrecht: naar de vorm modern, naar de inhoud een stap terug', *Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie* 2005, p. 737-744.

Antokolskaia 2005b

M.V. Antokolskaia, 'Tweede Kamer stemt in met administratieve echtscheiding', *Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie* 2005, p. 1048-1049.

Asser (GRS)

W.D.H. Asser, 'Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering. Eerste Boek. Van de wijze van procederen voor de kantongeregten, arrondissements-regtbanken, hoven en den hoogen raad. Titel 1. Algemeene bepalingen. Tweede Afdeling. Van de teregtzittingen', in: W.D.H. Asser e.a. (red.), *Burgerlijke Rechtsvordering, Groene Serie Privaatrecht*, Deventer: Kluwer (losbl.).

Asser, Groen & Vranken 2003

W.D.H. Asser, H.A. Groen & J.B.M. Vranken (m.m.v. I.N. Tzankova), *Een nieuwe balans. Interimrapport Fundamentele herbezinning Nederlands burgerlijk procesrecht*. Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2003.

Asser, Groen & Vranken 2006

W.D.H. Asser, H.A. Groen & J.B.M. Vranken (m.m.v. I.N. Tzankova), *Uitgebalanceerd. Eindrapport Fundamentele herbezinning Nederlands burgerlijk procesrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2006.

Asser/Hartkamp 2004

A.S. Hartkamp, *Mr. C. Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. Verbintenissenrecht. Deel I. De verbintenis in het algemeen*, Deventer: Kluwer 2004.

Asser/Hartkamp 2005

A.S. Hartkamp, *Mr. C. Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 4. Verbintenissenrecht. Deel II. Algemene leer der overeenkomsten*, Deventer: Kluwer 2005.

Asser/Kleijn 1988

W.M. Kleijn, *Mr. C. Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 5. Bijzondere overeenkomsten. Deel IV. Bewaargeving, bruikleen, verbruikleen, borgtocht, schenking, gevestigde en altijddurende renten, kansovereenkomst en lijfrente, spel en weddenschap, vaststellingsovereenkomst en dading*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1988.

Asser/Kortmann 2004

S.C.J.J. Kortmann, Mr. C. Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht 2. Vertegenwoordiging en rechtspersonen. Deel I. De vertegenwoordiging, Deventer: Kluwer 2004.

Asser/Van Schaick 2004

A.C. van Schaick, Mr. C. Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 5. Bijzondere overeenkomsten. Deel IV. Verbruikleen, altijddurende rente, bruikleen, bewaarneming, borgtocht, vaststellingsovereenkomst, kansovereenkomst, spel en weddenschap, Deventer: Kluwer 2004.

Asser/Vranken 2005

J.B.M. Vranken, Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlandse burgerlijk recht. Algemeen deel. Een vervolg. Deventer: Kluwer 2005.

B

Bailey 2000

J.C. Bailey, 'The mediator's privilege: Can a mediator be compelled to testify in a civil case? California privilege law says yes', *Journal of Dispute Resolution* 2000, p. 395-411.

Barendrecht 1992

J.M. Barendrecht, *Recht als model van rechtvaardigheid. Beschouwingen over vage en scherpe normen, over binding aan het recht en over rechtsvorming*, Kluwer: Deventer 1992.

Barendrecht & Van Beukering-Rosmuller 2000

J.M. Barendrecht & E.J.M. van Beukering-Rosmuller, *Recht rond onderhandeling. Naar verbintenissenrecht, procesrecht en rechtspraktijk die sporen met moderne geschiloplossingsmethoden*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2000.

Barendrecht, Brenninkmeijer & Pel 2004a

J.M. Barendrecht, A.F.M. Brenninkmeijer & M. Pel, 'Inleiding', in: M. Pel & M.A. Vogel (red.), *Mediation en vertrouwelijkheid*, Den Haag: Sdu 2004, p. 11-25.

Barendrecht, Brenninkmeijer & Pel 2004b

J.M. Barendrecht, A.F.M. Brenninkmeijer & M. Pel, 'Aanbevelingen voor praktische toepassing van overeengekomen vertrouwelijkheid en geheimhoudingsplicht. Antwoord op veelgestelde vragen', in: M. Pel & M.A. Vogel (red.), *Mediation en vertrouwelijkheid*, Den Haag: Sdu 2004, p. 27-49.

Beck & Sales 2001

C.J.A. Beck & B.D. Sales, *Family Mediation. Facts, Myths and Future Prospects*, Washington, DC: American Psychological Association 2001.

Beekhoven van den Boezem 2007

M.B. Beekhoven van den Boezem, *De dwangsom in het burgerlijk recht*, Deventer: Kluwer 2007.

Beijer 2005

F.M. Beijer, 'Boek 1. Titel 1. Afdeling 8', in: A.I.M. van Mierlo, C.J.J.C. van Nispen & M.V. Polak (red.), *Burgerlijke Rechtsvordering. Tekst & Commentaar*, Deventer: Kluwer 2005, p. 181-194.

Bekkers & Gommers 1998

W.M.J. Bekkers & A.A.H.M. Gommers (red.), *De Kantharos. Over recht en onrecht in de rechtspleging*, Deventer: Kluwer 1998.

Van den Berg 1984

A.J. van den Berg, 'Wetsontwerp Nieuwe Arbitragewet', *Tijdschrift voor Arbitrage* (6) 1984, p. 171-226.

Van den Berg 2000

P.G.J. van den Berg, *Rechtvaardigheid en privaatrecht* (diss. Rotterdam), Deventer: Gouda Quint 2000.

Berman 2007

B.J. Berman, 'XII. Court-Annexed Mediation and Arbitration, Author's Comments to Rules 1.700--1.830, Inclusive', *West's Florida Practice Series TM, Civil Procedure*, Current Through The 2007 Update.

Van Bijnen 2005

R.H.J. van Bijnen, *Aanvullend contractenrecht*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2005.

Biltman 1996

B.E. Biltman, 'Mediation in Florida: The Newly Emerging Case Law', *Florida Bar Journal* (70-OCT) 1996, p. 44-55.

Bloom 2006

C.V. Bloom, 'Getting clear about Transformative Mediation', *Tijdschrift Conflicthantering* 2006, p. 136-138.

The Bluebook 2000

Compiled by the editors of the Columbia Law Review, the Harvard Law Review, the University of Pennsylvania Law Review, and the Yale Law Journal, *The Bluebook. A uniform system of citation*, Cambridge, MA: Harvard law Review Association 2000.

De Boer 1992

Th.M. de Boer, 'Vergelijkenderwijs: de inspiratie van buitenlands recht', *Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie* 1992, p. 39-48.

Boks 2002

D.T. Boks, *Notariële aansprakelijkheid. Enige aspecten van de civielrechtelijke aansprakelijkheid van de notaris*, Deventer: Kluwer 2002.

Bol & Lodder 2005

S.H. Bol & A.R. Lodder, 'Het beëindigen van mediation door een der partijen: een afgebroken onderhandeling?', *Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie* 2005, p. 374-381.

Bonenkamp 2005

H.J. Bonenkamp, 'Het mediationproces', in: A.F.M. Brenninkmeijer e.a. (red.), *Handboek Mediation*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2005, p. 87-116.

Boon 1945

Boon, *De vaststellingsovereenkomst*, 's-Gravenhage: Martinus Nijhoff 1945.

Bos 2005

C. Bos, 'Narratieve mediation', in: A.F.M. Brenninkmeijer e.a. (red.), *Handboek Mediation*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2005, p. 214-222.

Bos 2006

C. Bos, 'Narratieve mediation' in: H.C.M. Prein (red.), *Benaderingen en inspiratiebronnen van mediation*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2006, p. 137-169.

Bosch-Boesjes 1998

J.E. Bosch-Boesjes, *Voortijdige beëindiging van civiele procedures*, Deventer: Gouda Quint 1998.

Brahn/Reehuis 2002

O.K. Brahn/W.H.M. Reehuis, *Zwaartepunten van het vermogensrecht*, Deventer: Kluwer 2002.

Brenninkmeijer 2003

A.F.M. Brenninkmeijer, 'Mediation als methode van conflictoplossing in het ambtenarenrecht', *Tijdschrift voor Ambtenarenrecht* 2003, p. 760-769.

Brenninkmeijer 2005a

A.F.M. Brenninkmeijer, 'Mediation', in: A.F.M. Brenninkmeijer e.a. (red.), *Handboek Mediation*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2005, p. 1-22.

Brenninkmeijer 2005b

A.F.M. Brenninkmeijer, 'Faciliterende en evaluatieve mediation', in: A.F.M. Brenninkmeijer e.a. (red.), *Handboek Mediation*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2005, p. 201-205.

Brenninkmeijer 2005c

A.F.M. Brenninkmeijer, 'Onderhandelen', in: A.F.M. Brenninkmeijer e.a. (red.), *Handboek Mediation*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2005, p. 63-85.

Brenninkmeijer & Shelkopyas 2004

A.F.M. Brenninkmeijer & N. Shelkopyas, 'ADR in a globalising world,' in: P.J. Slot & M. Bulterman (red.), *Globalisation and Jurisdiction*, Kluwer Law International 2004, p. 219-233.

Brenninkmeijer, Schutte & Spierdijk 2005

A.F.M. Brenninkmeijer, E. Schutte & J. Spierdijk, *Juridische aspecten van mediation*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2005

Broekema-Engelen 1999

B.J. Broekema-Engelen, 'Vaststellingsovereenkomst en dwingend recht', in: T. Hartlief & C.J.J.M. Stolker (red.), *Contractvrijheid*, Deventer: Kluwer 1999, p. 169-181.

Broekema-Engelen 2005

B.J. Broekema-Engelen, 'Titel 7.15. Vaststellingsovereenkomst', in: J.H. Nieuwenhuis, C.J.J.M. Stolker & W.L. Valk (red.), *Tekst & Commentaar. Burgerlijk Wetboek. Boeken 5, 6,7 en 8*, Deventer: Kluwer 2005.

Brown & MacDonald 2003

J.N. Brown & T.A. MacDonald, 'Staying settled', *Los Angeles Lawyer* (26-jun) 2003, p. 22-26.

De Bruijn/Kraan 1992

A.R. de Bruijn/C.A. Kraan, *De notariële akte als executoriale titel*, Deventer: Kluwer 1992.

Bryan 1992

P.E. Bryan, 'Killing us softly: divorce mediation and the politics of power', *Buffalo Law Review* (40) 1992, p. 441-519.

Burns 1986

R.P. Burns, 'The enforceability of mediated agreements: an essay on legitimation and process integrity', *Ohio State Journal on Dispute Resolution* (2) 1986, p. 93-115.

Bush & Folger 1994

R.A.B. Bush & J.P. Folger, *The promise of mediation: responding to conflict through empowerment and recognition*, San Francisco, CA: Jossey-Bass 1994.

Bush & Folger 2005

R.A.B. Bush & J.P. Folger, *The promise of mediation. The transformative approach to conflict*, San Francisco, CA: Jossey-Bass 2005 (rev. ed.).

C

Calamari/Perillo 2003

J.D. Calamari & J.M. Perillo, *Calamari & Perillo on Contracts*, St. Paul, Minn: Thomsom West 2003.

Campbell 1983

D. Campbell, 'Introduction to American Law', in: D. Campbell & W. Hepperle (red.), *The US Legal System. A Practice Handbook*, The Hague: Martinus Nijhoff Publishers 1983.

Carp & Stidham 1998

R.A. Carp & R. Stidham, *Judicial Process in America*, Washington, DC: Congressional Quarterly Inc. 1998.

Castermans 1992

A.G. Castermans, 'De makelaar, de notaris en de koop van onroerende zaken', *Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie* 1992, p. 271-274.

Chao-Duivis 1995

M.A.B. Chao-Duivis, 'Bescherming van kopers van woningen. Vormvereiste en bedenktijd bij de koop: artikel 7:2 (ontwerp) BW', in A.J.H.W. Coppelmans e.a. (red.), *Het actuele recht. 2. Tilburgse commentaren*, Lelystad: Koninklijke Vermande B.V. 1995.

Chao-Duivis 1996

M.A.B. Chao-Duivis, *Dwaling bij de totstandkoming van de overeenkomst. Een onderzoek naar de eigenlijke en oneigenlijke dwaling* (diss. Tilburg)', Deventer: Kluwer 1996.

Chin-A-Fat 2004

B.E.S. Chin-A-Fat, *Scheiden: (ter)echter zonder rechter? Een onderzoek naar de meerwaarde van scheidingsbemiddeling* (diss. Amsterdam VU), Den Haag: Sdu Uitgevers 2004.

Chin-A-Fat 2005a

B.E.S. Chin-A-Fat, 'Echtscheiding', in: A.F.M. Brenninkmeijer e.a. (red.), *Handboek Mediation*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2005, p. 295-300.

Chin-A-Fat 2005b

B.E.S. Chin-A-Fat, 'Is scheiden zonder rechter nabij?', *Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie* 2005, p. 730-736.

Chin-A-Fat & Steketee 2001

B.E.S. Chin-A-Fat & M.J. Steketee, *Bemiddeling in uitvoering. Evaluatie experimenten scheidings- en omgangsbemiddeling*, Utrecht: Verweij-Jonker Instituut 2001.

Claassen 2004

G.A.A. Claassen, met medewerking van E.M. Rengelink & J.R. van Reekum, 'Arbeidsconflicten: buigen of barsten?' *Rechtshulp* 2004, p. 3-7.

Coben & Thompson 1999

J.R. Coben & P.N. Thompson 1999, 'The Haghghi trilogy and the Minnesota Civil Mediation Act: Exposing a phantom menace casting a pall over the development of ADR in Minnesota', *Hamline Journal of Public Law & Policy* (20) 1999, p. 299-324.

Coben & Thompson 2006

J.R. Coben & P.N. Thompson, 'Disputing irony: A systematic look at litigation about mediation', *Harvard Negotiation Law Review* (11) 2006, p. 43-145.

Cole, McEwen & Rogers (Mediation: Law, Policy and Practice)

S.R. Cole, N.H. Rogers & C.A. McEwen, *Mediation: Law, Policy and Practice* (2007 cumulative supplement), Thomson/West (losbl.).

Collins 2003

H. Collins, *The Law of Contract*, London: Butterworths/Lexis Nexis 2003.

Combrink & Pel 2006

L. Combrink & M. Pel, 'Implementatie Mediation naast rechtspraak: stand van zaken, ervaringen en resultaten. Stand van zaken implementatie doorverwijzingsvoorziening', *TREMA* 2006, p. 490-492.

Combrink-Kuiters, Niemeijer & Ter Voert 2003

L. Combrink-Kuiters, E. Niemeijer & M. ter Voert (m.m.v. N. Dijkhoff, M. van Gammeren-Zoetewij & J. Kuppens), *Ruimte voor Mediation. Evaluatie van projecten bij de rechterlijke macht en gefinancierde rechtsbijstand*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2003.

Conway 2004

S. Conway, 'UNCITRAL Model Law on International Commercial Conciliation', *Tijdschrift voor Mediation* 2004, p. 96-98.

Corbin 2002 (interim edition)

A.L. Corbin, *Corbin on Contracts. Restitution, Specific Performance, Election of Remedies* (Volume 12, interim edition. This volume comprises a reprint of Chapters 61 through 66 as published in the 1964 edition of Volumes 5 and 5A), Newark, NJ: Matthew Bender & Company, Inc. 2002.

Corbin 2002 (interim edition)

A.L. Corbin, *Corbin on Contracts. Discharge (Volume 13, interim edition. This volume comprises a reprint of Chapter 67 as published in the 1964 edition of Volume 5A, and Chapters 68 through 73 as published in the 1962 edition of Volume 6)*, Newark, NJ: Matthew Bender & Company, Inc. 2002.

Corbin/Perillo 2002

J.M. Perillo, *Corbin on Contracts. Avoidance and Reformation* (revised edition, volume 7), Newark, NJ: Matthew Bender & Company, Inc. 2002.

Croes e.a. 1995

A.L. Croes e.a., *Pitlo. Het Nederlands burgerlijk recht. Deel 6. Bijzondere overeenkomsten*, Gouda: Gouda Quint 1995.

Currie 1999

D.P. Currie, *Federal Jurisdiction in a Nutshell*, St. Paul, Minn: West Group 1999.

D

Van Daal 2006

G. van Daal, 'De misgreep van mediation', *Nederlands Juristenblad* 2006, p. 323-324.

Van Dam 2004

C.C. van Dam, 'Gronden van nietigheid en vernietigbaarheid', in: J. Hijma e.a. (red.), *Rechtshandeling en Overeenkomst*, Deventer: Kluwer 2004, p. 157-280.

Deason 2001

E.E. Deason, 'Enforcing mediated settlement agreements: Contract law collides with confidentiality', *U.C. Davis Law Review* (35) 2001, p. 33-102.

Deason 2005

E.E. Deason, 'Procedural rules for complementary systems of litigation and mediation – worldwide', *Notre Dame Law Review* (80) 2005, p. 553-592.

Van Delden 1992

R. van Delden, 'Arbitraal vonnis', in: A.J. Van den Berg, R. Van Delden & H.J. Snijders (red.), *Arbitragerecht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1992, p. 91-122.

Demeyere 2006

L. Demeyere, 'Een eerste kennismaking. De Belgische wet inzake bemiddeling', *Tijdschrift voor Arbitrage* 2006, p. 32-34.

Dessem 1998

R.L. Dessem, *Pretrial Litigation in a Nutshell*, St. Paul, Minn: West Publishing Co. 1998.

Van Dijk 2006a

M. van Dijk, 'Het opstellen van een adequate vaststellingsovereenkomst: een niet te onderschatten activiteit (1)', *Tijdschrift Conflicthantering* 2006, p. 124-125.

Van Dijk 2006b

M. van Dijk, 'Het opstellen van een adequate vaststellingsovereenkomst: een niet te onderschatten activiteit (2)', *Tijdschrift Conflicthantering* 2006, p. 141-142.

Dobbs 1993

D.B. Dobbs, *Law of Remedies. Damages – Equity - Restitution*, St. Paul, Minn: West Publishing Co. 1993.

Doek & Chin-A-Fat 2003

J.E. Doek & B.E.S. Chin-A-Fat, 'Kostenbesparing van scheidingsbemiddeling. Deel II. Nederland', *Tijdschrift voor Familie- en Jeugdrecht* 2003, p. 79-83.

Drion & Van Wechem 2004

C.E. Drion & T.H.M. van Wechem, 'Kroniek van het vermogensrecht', *Nederlands Juristenblad* 2004, p. 469-480.

Duinkerken 1973,

B. Duinkerken, 'De notariële akte als rechterlijk vonnis (*slot*)', *De Notarisklerk* 1973, p. 29-30.

Van Dunné 2004

J.M. van Dunné, *Verbintenissenrecht. Deel I. Contractenrecht*, Deventer: Kluwer 2004.

Duyvensz 2003

J.H. Duyvensz, *De redelijkheid van de exoneratieclausule*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2003.

Dwyer, Colleluori & Eisenstat 1997

A.E. Dwyer, D. Colleluori & G.D. Eisenstat, 'Texas Civil Procedure', *SMU Law Review* (50) 1997, p. 1513-1562.

E

Ehrenzweig, Louisell & Hazard 1980

A.A. Ehrenzweig, D.W. Louisell & G.C. Hazard, *Jurisdiction in a Nutshell. State and Federal*, St. Paul, Minn: West Publishing Co. 1980.

Eijsbouts & Schonewille 2005

A.J.A.J. Eijsbouts & M.A. Schonewille, 'Zakelijke mediation', in: A.F.M. Brenninkmeijer e.a. (red.), *Handboek Mediation*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2005, p. 343-351.

English 1996

R.D. English, Annotation. *Alternative dispute resolution: Sanctions for failure to participate in good faith in, or comply with agreement made in mediation*, 43 A.L.R. 5th 545 (1996).

Van Erp & Klein Haarhuis 2006

J.G. van Erp & C.M. Klein Haarhuis, *De filterwerking van buitengerechtelijke procedures; een verkennend onderzoek*, Den Haag: WODC 2006.

Essakkili & Spijkerboer 2006

S. Essakkili & T.P. Spijkerboer, 'De marginale toetsing in asielzaken', *Nederlands Juristenblad* 2006, p. 1882-1889.

F

Farnsworth 1996

E.A. Farnsworth, *An Introduction to the Legal System of the United States*, New York, NY: Oceana Publications, Inc. 1996.

Farnsworth 2004

E.A. Farnsworth, *Contracts*, New York, NY: Aspen Publishers 2004.

Fisher en Ury 1983

R. Fisher & W.Ury, *Getting to yes. Negotiating agreement without giving in*, New York N.Y.: Harmondsworth 1983.

Fiss 1984

O.M. Fiss, 'Against Settlement', *Yale Law Journal* (93) 1984, p. 1073-1090.

Fokker (GRS)

J.P. Fokker, 'Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering. Eerste Boek. De wijze van procederen voor de rechtbanken, de hoven en de Hoge Raad. Titel 2. De dagvaardingsprocedure in eerste aanleg. Eerste afdeling. Algemene bepalingen', in: E.M. Wesseling-Van Gent, P. Vlas & M. Ynzonides (red.), *Burgerlijke Rechtsvordering, Groene Serie Privaatrecht*, Deventer: Kluwer (losbl.).

Fuller 1971

L. L. Fuller, 'Mediation – Its forms and functions', *Southern California Law Review* (44) 1971, p. 305-339.

G

Galton & Kovach 2000

E.R. Galton & K.K. Kovach, 'Texas ADR: A future so bright we gotta wear shades', *St. Mary's Law Journal* (31) 2000, p. 949-985.

Garner 2004

B.A. Garner (red.), *Black's Law Dictionary*, St. Paul, MN: Thomson West 2004.

Gayse 2005

B. Gayse, 'Bemiddeling in België: een nieuw wettelijk kader', *Tijdschrift voor Mediation* 2005, p. 22-29.

Giesel 2005

G.M. Giesel, 'A realistic proposal for the contract duress doctrine', *West Virginia Law Review* (107) 2005, p. 443-498.

Gieske 2005

A.J. Gieske, 'Boek 2. Titel 1', in: A.I.M. van Mierlo, C.J.J.C van Nispen & M.V. Polak (red.), *Burgerlijke Rechtsvordering. Tekst & Commentaar*, Deventer: Kluwer 2005, p. 664-668.

Gijbels 1998

L.J.H. Gijbels, 'Van scheidingsbemiddeling naar mediation; ervaringen van een (scheidings) bemiddelaar/mediator', *Tijdschrift voor Arbitrage* 1998, p. 133-137.

Van Gorkum 1987

P. van Gorkum, 'Het proces-verbaal van schikking', *De gerechtsdeurwaarder* 1987, p. 27-28.

De Graaf 2004

K.J. de Graaf, *Schikken in het bestuursrecht. Een rechtsvergelijkend onderzoek naar de mogelijkheden en consequenties van schikken in bestuursrechtelijke procedures* (diss. Groningen), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2004.

Greatbatch & Dingwall 1989

D. Greatbatch & R. Dingwall, 'Selective facilitation: some preliminary observations on a strategy used by divorce mediators', *Law & Society Review* (23) 1989, p. 613-641.

Van de Griendt & Schutte 2006

H.F.M. van de Griendt & E. Schutte, *Mediation in arbeidsconflicten*, Utrecht: Nederlands Mediation Instituut 2006.

Grillo 1991

T. Grillo, 'The Mediation Alternative: Process Dangers for Women', *Yale Law Journal* (100) 1991, p. 1545-1610.

Groeneboom 1942

P. Groeneboom, *De leer der laesio enormis en haar toepassing bij boedelscheiding* (ook aanvaard als proefschrift Utrecht), 's-Gravenhage: Jongbloed 1942.

Groeneveld 2006

Th. Groeneveld, 'Mediation naast rechtspraak: ook voor rechters een uitdaging', *Tijdschrift Conflicthantering* 2006, p. 80-83.

Groenewegen 2006

F.T. Groenewegen, *Wetsinterpretatie en rechtsvorming. Een rechtstheoretisch onderzoek naar wetsinterpretatie en rechtsvorming door de rechter in het bestuursrecht en het privaatrecht*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2006.

Van Groezen 2006

A. van Groezen, 'Op zoek naar het échte conflict', *Mr.* 2006, p. 60-65.

De Groot 1999

C. de Groot, 'Het indenniteitsbeginsel in de rechtspraak van de Hoge Raad: een grens aan de contractvrijheid in het verzekeringsrecht?', in: T. Hartlief & C.J.J.M. Stolker (red.), *Contractvrijheid*, Deventer: Kluwer 1999, p. 211-217.

Grosheide 2004

F.W. Grosheide, 'Iustum pretium redivivum? Reflections on the just price doctrine in Dutch contract law in the light of its historic roots and recent international developments', in: F. W. Grosheide & E. Hondius (red.), *International Contract Law. Articles on Various Aspects of Transnational Contract Law*, Antwerpen: Intersentia 2004, p. 70-91.

H

Haardt 1945

W.L. Haardt, *De veroordeling in de kosten van het burgerlijk geding*, 's-Gravenhage: Martinus Nijhoff 1945.

Haarmans 2006

F.M. Haarmans, 'Mediation: de twee gebreken in de vertrouwelijkheid. Biedt de Europese ontwerprichtlijn' mediation' hiervoor een oplossing?', *Executief* 2006, p. 190-194.

Hammerstein & Vranken 2003

A. Hammerstein & J.B.M. Vranken, *Beëindigen en wijzigen van overeenkomsten. Een horizontale vergelijking*, Deventer: Kluwer 2003.

Hartkamp 1981

A.S. Hartkamp, 'Open normen (in het bijzonder de redelijkheid en billijkheid) in het nieuw BW (II slot)', *Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie* 1981, p. 229-233.

Hartkamp 2005

A.S. Hartkamp, *Compendium van het vermogensrecht voor de rechtspraak*, Deventer: Kluwer 2005.

Hartlief 1999a

T. Hartlief, *De vrijheid beschermd*, Deventer: Kluwer 1999.

Hartlief 1999b

T. Hartlief, 'Iustum pretium', in: T. Hartlief & C.J.J.M. Stolker (red.), *Contractvrijheid*, Deventer: Kluwer 1999, p. 239-253.

Hartlief 2005

T. Hartlief, 'Aansprakelijkheid ter zake van afgebroken onderhandelingen: terughoudendheid troef', *Ars Aequi* 2005, p. 1027-1034.

Hartlief & Reurich 1999

T. Hartlief & L. Reurich, 'Privaatrecht Actueel', *Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie* 1999, p. 49-51.

Hedeem 2005

T. Hedeem, 'Coercion and self-determination in court-connected mediation: All mediations are voluntary, but some are more voluntary than others', *Justice System Journal* (26) 2005, p. 273-286.

Heemskerk, Tjong Tjin Tai & Wisman 2006

W.Heemskerk, T.F.E. Tjong Tjin Tai, & W.I. Wisman, 'Kroniek burgerlijk procesrecht 2005 deel 1', *Advocatenblad* 2006, p. 214-226.

Hesen & Smits 2006a

G.G. Hesen & J.M. Smits, 'Overeenkomsten in het algemeen (Afd. 6.5.1 en 6.5.2)', in: C. Bollen, R.J.Q. Klomp & H.N. Schelhaas, *Verbintenissenrecht geschetst*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2006, p. 33-37.

Hesen & Smits 2006b

G.G. Hesen & J.M. Smits, 'Rechtshandelingen (Titel 3.2)', in: C. Bollen, R.J.Q. Klomp & H.N. Schelhaas, *Verbintenissenrecht geschetst*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2006, p. 21-31.

Hesselink 1999

M.W. Hesselink, *De redelijkheid en billijkheid in het Europese privaatrecht* (diss. Utrecht), Deventer: Kluwer 1999.

Hijma (GRS)

J. Hijma, 'Boek 3. Titel 2. Rechtshandelingen', in: J. Hijma & W.M. Kleijn (red.), *Vermogensrecht, Groene Serie Privaatrecht*, Deventer: Kluwer (losbl.).

Hijma (GRS)

J. Hijma, 'Boek 6. Titel 5. Overeenkomsten in het algemeen', in: E.H. Hondius (red.), *Verbintenissenrecht, Groene Serie Privaatrecht*, Deventer: Kluwer (losbl.).

Hijma 1988

J. Hijma, 'Bedreiging, bedrog of misbruik van omstandigheden door een derde: art. 3.2.10 lid 5 NBW', in: A.G. Castermans, W.A.K. Rank & F.J. de Vries (red.), *Oud en Nieuw, BW-krant. Jaarboek nr. 4*, Leiden: Rijksuniversiteit Leiden 1988, p. 132-140.

Hijma 1991

J. Hijma, 'De ongeoorloofde oorzaak', *Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie* 1991, p. 883-887.

Hijma 1999

J. Hijma, 'Uitleg contra proferentem', in: T. Hartlief & C.J.J.M. Stolker (red.), *Contractvrijheid*, Deventer: Kluwer 1999, p. 461-474.

Hijma 2005

J. Hijma, 'Boek 3. Titel 2. Rechtshandelingen', in: J.H. Nieuwenhuis, C.J.J.M. Stolker & W.L. Valk, *Burgerlijk Wetboek. Tekst & Commentaar. Boeken 1, 2, 3, en 4*, Deventer: Kluwer 2005, p. 1329-1388.

Hijma & Olthof 2005

J. Hijma & M.M. Olthof, *Compendium van het Nederlands vermogensrecht*, Deventer: Kluwer 2005.

Hillman 1997

R.A. Hillman, *The Richness of Contract Law. An analysis and Critique of Contemporary Theories of Contract Law*, Dordrecht: Kluwer Academic Publishers 1997.

Hoefnagels 2001

G.P. Hoefnagels, *Handboek scheidingsbemiddeling. Mediation als methode van recht en psychologie*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2001.

Hoefnagels 2003

G.P. Hoefnagels, *Gelukkig getrouwd, gelukkig gescheiden. Bemiddeling en overeenkomst bij trouwen en scheiden*, Amsterdam: Veen 2003.

Hondius 1999

E.H. Hondius, 'De zwakke partij in het contractenrecht; over de verandering van paradigma van het privaatrecht', in: T. Hartlief & C.J.J.M. Stolker (red.), *Contractvrijheid*, Deventer: Kluwer 1999, p. 387-393.

Hoogervorst 1999

E.M. Hoogervorst, 'Openbare orde en goede zeden in artikel 3:40 BW', in: T. Hartlief & C.J.J.M. Stolker (red.), *Contractvrijheid*, Deventer: Kluwer 1999, p. 137-152.

De Hoon 2006

M.W. de Hoon, 'Hard and Fast Rules: materieel of procedureel?', *Contracteren* 2006, p. 58-62.

Houben 1999

I.S.J. Houben, 'Contractdwang', in: T. Hartlief & C.J.J.M. Stolker (red.), *Contractvrijheid*, Deventer: Kluwer 1999, p. 347-360.

Houben 2005

I.S.J. Houben, *Contractdwang*, Deventer: Kluwer 2005.

Houben 2005

M.C.P.H. Houben, '8.3.3 Hanteren van machtsverschillen', in: A.F.M. Brenninkmeijer e.a. (red.), *Handboek Mediation*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2005, p. 182-189.

Houwing 1968

Ph.A.N. Houwing, *Rechtsverwerking* (preadvies), 's-Gravenhage: Broederschap der Candidaat-Notarissen 1968.

Hugenholtz/Heemskerk 2006

W. Hugenholtz/W.H. Heemskerk, *Hoofdpijnen van Nederlands burgerlijk procesrecht*, Den Haag: Elsevier Juridisch 2006.

Huijgen 2005

W.G. Huijgen, 'Boek 3. Titel 1. Algemene bepalingen', in: J.H. Nieuwenhuis, C.J.J.M. Stolker & W.L. Valk (red.), *Burgerlijk Wetboek. Tekst & Commentaar. Boeken 1, 2, 3, en 4*, Deventer: Kluwer 2005, p. 1285-1328.

Huijgen & Pleysier 2001

W.G. Huijgen & A.J.H. Pleysier, *De wetgeving op het notarisambt*, Deventer: Kluwer 2001.

Huls 2000

N.J.H. Huls, 'De aanbodeconomie van ADR. Mediation kritisch beschouwd', *Justitiële verkenningen* (26) 2000, p. 99-106.

I

Ingleby 1993

R. Ingleby, 'Court Sponsored Mediation: The Case Against Mandatory Participation', *Modern Law Review* (56) 1993, p. 441-451.

J

Jacobstein, Mersky & Dunn 1998

J.M. Jacobstein, R.M. Mersky & D.J. Dunn, *Legal Research Illustrated*, New York, NY: Foundation Press 1998.

Jagtenberg 1997

R. Jagtenberg, 'Mediation: een drieluik', *Tijdschrift voor Mediation* 1997, p. 2-6.

Jagtenberg 2004

R. Jagtenberg, 'Voorstel EG-richtlijn mediation', *Tijdschrift voor Mediation* 2004, p. 102-103.

Jagtenberg 2005

R. Jagtenberg, 'Europese gedragsregels', *Tijdschrift voor Mediation* 2005, p. 38-39.

Jagtenberg & De Roo 1995

R.W. Jagtenberg & A.J. de Roo, 'De A van ADR', *Nederlands Juristenblad* 1995, p. 81-87.

Janssen & Van Rossum 2004

M.A.J.G. Janssen & M.M. van Rossum, 'Geen wilsgebreken of wilsonbreken, wel derogerende werking van de redelijkheid en de billijkheid (HR 26 september 2003, NJ 2004, 21)', *Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie* 2004, p. 807-813.

Johnson 2003

P. D. Johnson, Jr., 'Confidentiality in mediation: What can Florida glean from the uniform mediation act?', *Florida State University Law Review* (30) 2003, p. 487-502.

Jongbloed (GRS)

A.W. Jongbloed, 'Boek 3. Titel 11. Rechtsvorderingen', in: J. Hijma & W.M. Kleijn (red.), *Vermogensrecht, Groene Serie Privaatrecht*, Deventer: Kluwer (losbl.).

Jongbloed 1987

A.W. Jongbloed, 'De authentieke akte, ook een basis voor reële executie?', *Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie* 1987, p. 459-465.

Jongbloed 2005

A.W. Jongbloed, 'Sanctionering van bemiddeling en verzoening naar Nederlands recht', *Tijdschrift voor Civiele Rechtspleging* 2005, p. 46-51.

Jongbloed 2007

A.W. Jongbloed, *De privaatrechtelijke dwangsom*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2007.

K

Kamphuisen 1933

P.W. Kamphuisen, 'De leer van het justum pretium herleeft', *Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie* 1933, p. 273-275, p. 281-283 en p. 289-290.

Klaassen 2005

C.J.M. Klaassen, 'Mediation in plaats van of naast rechtspraak: a way of no return?', *Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie* 2005, p. 753-754.

Klaassen 2006

C.J.M. Klaassen, 'Naschrift', *Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie* 2006, p. 69-70.

Kleiboer 2000

M.A. Kleiboer, 'De onstuimige opmars der bemiddelaars. Mediationpraktijken in Nederland', *Justitiële verkenningen* (26) 2000, p. 9-24.

Kleijn & Van Duivendijk-Brand 1986

W.M. Kleijn & J. van Duivendijk-Brand, *Het echtscheidingsconvenant in de praktijk*, Deventer: Kluwer 1986.

Klijn 2004

L.P.M. Klijn, *Mediation in arbeidsrelaties. Handleiding voor de praktijk*, Alphen aan den Rijn: Kluwer 2004.

Klijn 2005a

L.P.M. Klijn, *Mediation in arbeidsrelaties. Een (nieuwe) rol weggelegd voor de advocatuur?*, Deventer: Kluwer 2005.

Klijn 2005b

L.P.M. Klijn, 'Enkele Juridische aspecten van Mediation', *Tijdschrift voor Mediation* 2005, p. 82-90.

De Kluiver & Jongeneel 2006

H.J. de Kluiver en R.H.C. Jongeneel (bewerkt door R.J.Q. Klomp), 'Vermogensrecht in het Burgerlijk Wetboek' in: C. Bollen, R.J.Q. Klomp & H.N. Schelhaas, *Verbintenissenrecht geschetst*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2006, p. 15-20.

Kokkini-Iatridou 1988

D. Kokkini-Iatridou, *Een inleiding tot het rechtsvergelijkende onderzoek*, Deventer: Kluwer 1988.

Kooger 2004

R. Kooger, 'Forensische bemiddeling: eerste ervaringen', *Tijdschrift voor Mediation* 2004, p. 37-39.

Van Koppen & Hessing 1997

P.J. van Koppen & D.J. Hessing, 'De Schuld Krijgen', in P.J. van Koppen, D.J. Hessing & H.F.M. Crombag (red.), *Het Hart van de Zaak. Psychologie van het Recht*, Deventer: Gouda Quint 1997, p. 25-43.

Kornhauser 1976

L.A. Kornhauser, 'Comments & Notes. Unconscionability in Standard Forms', *California Law Review* (64) 1976, p. 1151-1183.

Kovach & Love 1998

K.K. Kovach & L.P. Love, 'Mapping Mediation: The Risks of Riskin's Grid', *Harvard Negotiation Law Review* (3) 1998, p. 71-110.

Kovach 2000

K.K. Kovach, *Mediation. Principles and practice*, St. Paul, MN: West Group 2000.

Kramer 2001

X.E. Kramer, *Het kort geding in internationaal perspectief. Een rechtsvergelijkende studie naar de voorlopige voorziening in het internationaal privaatrecht* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2001.

L

Labohm 2000

A.N. Labohm, 'De vaststellingsovereenkomst', *Tijdschrift voor Mediation* 2000, p. 63-64.

Labohm 2003

A.N. Labohm, 'Forensische mediation', *Tijdschrift voor Mediation* 2003, p. 46-48.

Lammers (GRS)

H.H. Lammers, Boek 3. Titel 7. Gemeenschap', in J. Hijma & W.M. Kleijn (red.), *Vermogensrecht, Groene Serie Privaatrecht*, Deventer: Kluwer (losbl.).

Lande 2002,

J. Lande, 'Using dispute system design methods to promote good-faith participation in court-connected mediation programs', *UCLA Law Review* (50) 2002, p. 69-141.

Langeland 1995

E. Langeland, 'The viability of conciliation in international dispute resolution', *Dispute Resolution Journal* (50-SEP) 1995, p. 34-41.

Leahy & Rubin 1997

W.B. Leahy & K.E. Rubin, 'Keeping Mediation A Private Process', *National Law Journal* (9/22/97) (col.2) 1997, p. 23 e.v.

Lebens-de Mug 1981

M.H.S. Lebens-de Mug, *Het wilsgebrek misbruik van omstandigheden* (diss. Nijmegen), Zwolle: Tjeenk Willink 1981.

Lee & Giesler 1998

J.A. Lee & C. Giesler, 'Confidentiality in Mediation', *Harvard Negotiation Law Review* (3) 1998, p. 285-297.

Leff 1967

A.A. Leff, 'Unconscionability and the Code - The Emperor's New Clause', *University of Pennsylvania Law Review* (115) 1967, p. 485-559.

Lenters 1993

H. Lenters, *De rol van de rechter in de echtscheidingsprocedure*, Arnhem: Gouda Quint BV 1993.

Van Leuven 2005

C.A.R.M. van Leuven, 'Forensische mediation', in: A.F.M. Brenninkmeijer e.a. (red.), *Handboek Mediation*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2005, p. 300-309.

Love 1997

L.P. Love, 'Mediation: The romantic days continue', *South Texas Law Review* (38) 1997, p. 735-744.

Luttik 1992

A.G. Luttik, 'Ontbinding van de vaststellingsovereenkomst', *Nederlands Tijdschrift voor Burgerlijk Recht* 1992, p. 179-184.

Luttik 1994

A.G. Luttik, 'Bindende partijbeslissing en bindend advies in titel 7.15', in: T. Hartlief e.a. (red.), *CJHB Brunner-bundel. Opstellen, op 15 april 1994 aangeboden aan prof. mr. C.J.H. Brunner ter gelegenheid van zijn vijftenzestigste verjaardag*, Deventer: Kluwer 1994.

M

Van Maanen 2005

C.J.J. van Maanen, 'Boek 1.Titel 2. Afdeling 13', in: A.I.M. van Mierlo, C.J.J.C. van Nispen & M.V. Polak (red.), *Burgerlijke Rechtsvordering. Tekst & Commentaar*, Deventer: Kluwer 2005, p. 422-432.

Mac Lean & Wachter (GRS)

M.M. Mac Lean & D. Wachter, 'Boek 7. Titel 15. Vaststellingsovereenkomst', in: A.P.A. de Klerk-Leenen & B. Wessels (red.), *Bijzondere Overeenkomsten*, Groene Serie Privaatrecht, Deventer: Kluwer (losbl.).

Madoff 1997

R.D. Madoff, 'Unmasking Undue Influence', *Minnesota Law Review* (81) 1997, p. 571-629.

Maloney & Snell

P. Maloney, Sr & D.C. Snell, 'Chapter 11. Alternative Dispute Resolution. §11:32 Enforcing the settlement agreement', in: R. Barton Conlin & G.S. Cusimano (red.), *ATLA's Litigating Tort Cases*, Database updated June 2006.

McEwen, Rogers & Maiman 1995

C.A. McEwen, N.H. Rogers & R.J. Maiman, 'Bring in the lawyers: Challenging the dominant approach to ensuring fairness in divorce mediation', *Minnesota Law Review* (79) 1995, p. 1317-1396.

Von Mehren 1988

A.T. von Mehren, *Law in the United States: A General and Comparative View*, Deventer: Kluwer Law and Taxation Publishers 1988.

Meijer 1992

G.J. Meijer, 'Binden advies en de vaststellingsovereenkomst', in: *Tot persistit! Opstellen aangeboden aan H.J. Snijders ter gelegenheid van zijn afscheid als hoogleraar privaatrecht aan de Erasmus Universiteit Rotterdam*, Gouda: Gouda Quint 1992, p. 51-67.

Meijers 1972

E.M. Meijers, *Ontwerp voor een Nieuw Burgerlijk Wetboek van Prof. Mr. E.M. Meijers ingevolge opdracht van de minister van Justitie opgesteld onder leiding van mr. F.J. de Jong. Tekst vierde gedeelte (boek 7) en Toelichting vierde gedeelte (boek 7)*. 's-Gravenhage: Staatsdrukkerij- en uitgeverijbedrijf 1972.

Melis/Waaijer 2003

J.H.C. Melis/ B.C.M. Waaijer, *De notariswet*, Deventer: Kluwer 2003.

Menkel-Meadow 1995

C. Menkel-Meadow, 'Whose dispute is it anyway?: A philosophical and democratic defense of settlement (in some cases)', *The Georgetown Law Journal* (83) 1995, p. 2663-2696.

Menkel-Meadow 1997

C. Menkel-Meadow, 'Ethics in alternative dispute resolution: New issues, no answers from the adversary conception of lawyers' responsibilities', *South Texas Law Review* (38) 1997, p. 407-454.

Menkel-Meadow 2001

C. Menkel-Meadow (red.), *Mediation. Theory, Policy and Practice*, Aldershot: Ashgate/Dartmouth 2001.

Mertens (GRS)

R.F.H. Mertens, 'Bijzondere overeenkomsten. Boek Zeven. Artikelsgewijs commentaar. Titel 1. Koop en ruil. Afdeling 10A. Koop van rechten van gebruik in deeltijd van onroerende zaken', in: A.P.A. de Klerk-Leenen & B. Wessels (red.), *Bijzondere overeenkomsten, Groene Serie Privaatrecht*, Deventer: Kluwer (losbl.).

Van Mierlo (GRS)

A.I.M. van Mierlo, 'Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering. Tweede Boek. Van de gerechtelijke tenuitvoerlegging van vonnissen, beschikkingen en authentieke akten. Titel 1. Algemene regels', in: E.M. Wesseling-Van Gent, P. Vlas & M. Ynzonides (red.), *Burgerlijke Rechtsvordering, Groene Serie Privaatrecht*, Deventer: Kluwer (losbl.).

Van Mierlo 1991

A.I.M. van Mierlo, 'Overdracht van goederen en de uitsluiting van ontbinding en het beroep op vernietiging wegens wilsgebreken', in: W.C.L. van der Grinten e.a. (red.) *Onderneming en nieuw burgerlijk recht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1991.

Van Mierlo 1998

A.I.M. van Mierlo, 'De 'zilveren' dwangsom', in: A.I.M. van Mierlo & J.H. Wansink (red.) *Zilver voor de gouden formule. Ontwikkelingen in het recht tussen 1973 en 1998*, Rotterdam: Erasmus Universiteit, Opleidingscentrum voor Recht en Praktijk 1998, p. 249-270.

Van Mierlo 2002

A.I.M. van Mierlo (m.m.v. F.M. Bart), *Parlementaire geschiedenis. Herziening van het burgerlijk procesrecht voor burgerlijke zaken, in het bijzonder de wijze van procederen in eerste aanleg. Wetsvoorstel 26 855 en gedeelten uit de wetsvoorstellen 27 748 (Uitvoeringswet EG-betekenningsverordening), 27 824 (Aanpassingswetgeving). Parlementaire stukken systematisch gerangschikt en van noten voorzien*, Deventer: Kluwer 2002.

Van Mierlo 2005

A.I.M. van Mierlo, 'Boek 1. Titel 3. Afdeling 4', in: A.I.M. van Mierlo, C.J.J.C. van Nispen & M.V. Polak (red.), *Burgerlijke Rechtsvordering. Tekst & Commentaar*, Deventer: Kluwer 2005, p. 499-541.

Van Mierlo & Van Dam-Lely 2003

A.I.M. van Mierlo & J.H. van Dam-Lely, *Procederen bij dagvaarding in eerste aanleg*, Deventer: Kluwer 2003.

Mnookin & Kornhauser 1979

R.H. Mnookin & L. Kornhauser, 'Bargaining in the Shadow of the Law: The Case of Divorce', *Yale Law Journal* (88) 1979, p. 950-997.

Van Mourik 2002

M.J.A. van Mourik, *Huwelijksvermogensrecht* (studiepockets privaatrecht, nr. 5), Deventer: Kluwer 2002

Murr 1997

G.B. Murr, 'In the matter of marriage of Ames and the enforceability of alternative dispute resolution agreements: A case for reform', *Texas Tech Law Review* (28) 1997, p. 31-58.

Murray 2001

J.E. Murray, Jr., *Murray on Contracts*, Newark, NJ: Matthew Bender & Company, Inc. 2001.

N

Nederlands Arbitrage Instituut 2006

Nederlands Arbitrage Instituut, 'Jaarverslag 2005 van het NAI', *Tijdschrift voor Arbitrage* 2006, p. 53.

Nederlands Mediation Instituut 2006

Nederlands Mediation Instituut, 'NMI-informatie', *Tijdschrift voor Mediation* 2006, p. 52-53.

Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak 2005

Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak, *Advies inzake de ontwerp-richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende bepaalde aspecten van bemiddeling in burgerlijke en handelszaken*, (nr. 297, 20 oktober 2005) (<www.verenigingvoorrechtspraak.nl>).

Nieuwenhuis 1979

J.H. Nieuwenhuis, *Drie beginselen van contractenrecht* (diss. Leiden), Kluwer: Deventer 1979.

Nieuwenhuis 1999

J.H. Nieuwenhuis, 'Contractvrijheid, een weerbarstig beginsel', in: T. Hartlief & C.J.J.M. Stolker (red.), *Contractvrijheid*, Deventer: Kluwer 1999, p. 23-32.

Nijman 2004a

H. (Daniëlla) Nijman, *De vaststellingsovereenkomst bij mediation*, (doctoraalscriptie Utrecht) 2004.

Nijman 2004b

D. (Daniëlla) Nijman, 'De spelregels van de vaststellingsovereenkomst', *Tijdschrift voor Mediation* 2004, p. 89-95.

Van Nispen 2003

C.J.J.C. van Nispen, *Sancties in het vermogensrecht* (monografieën nieuw BW), Deventer: Kluwer 2003.

Van Nispen tot Sevenaer 1937

C.M.O. van Nispen tot Sevenaer, 'De herleving van de leer van den rechtvaardigen prijs en haar rechtswijsgeerige grondslag', *Themis* 1937, p. 1-22.

Nolan-Haley 1996

J.M. Nolan-Haley, 'Court mediation and the search for justice through law', *Washington University Law Quarterly* (74) 1996, p. 48-102.

Nolan-Haley 1999

J.M. Nolan-Haley, 'Informed consent in mediation: A guiding principle for truly educated decisionmaking', *Notre Dame Law Review* (74) 1999, p. 775-840.

Note Harvard Law Review 1959

Note, 'The Consent Judgment as an Instrument of Settlement and Compromise', *Harvard Law Review* (72) 1959, p. 1314-1334.

Nuytinck 2006

A.J.M. Nuytinck, 'Vernietiging van huwelijkse voorwaarden, houdende 'koude uitsluiting', op grond van dwaling (Zeeuwse huwelijkse voorwaarden)', *Ars Aequi* 2006, p. 46-51.

Nuytinck 2006

A.J.M. Nuytinck, 'Het belang van de Wet beëindiging huwelijk zonder rechterlijke tussenkomst en vormgeving voortgezet ouderschap voor de notariële praktijk: het nieuwe fenomeen van de echtscheidingsnotaris', *Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie* 2006, p. 162-169.

O

Oudelaar 1995

H. Oudelaar, *Recht halen. Inleiding in het executie- en beslagrecht*, Deventer: Kluwer 1995.

Van Oven 1937

J.C. van Oven, 'De executorialie kracht van grossen van notarieele akten', *Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie* 1937, p. 405-408.

P

Pei 1999

C. Pei, 'The Origins of Mediation in Traditional China', *Dispute Resolution Journal* (54) 1999, p. 32-35.

Pel 2000

M. Pel, 'Doorverwijzing naar mediation in de civiele procedure: extra service of branchevervaging?', *Tijdschrift voor Civiele Rechtspleging* 2000, p. 78-86.

Pel 2001

M. Pel, 'La médiation judiciaire in Frankrijk. De wettelijke regeling in Frankrijk vergeleken met de projectmatige aanpak in Nederland', *Tijdschrift voor Mediation* 2001, p. 28-31.

Pel 2003

M. Pel, 'Mediation en gelijke behandeling in de arbeidsrelatie – dejuridisering en dequering?', in: D.J.B. de Wolff e.a. (red.), *Gelijke behandeling: oordelen en commentaar 2002*, Deventer: Kluwer 2003, p. 109-119.

Pel 2004a

M. Pel, *Doorverwijzen naar mediation*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2004.

Pel 2004b

M. Pel, 'Jurisprudentie. Mediation naast rechtspraak', *ADR Actueel* 2004, p. 20-25.

Pel 2006

M. Pel, 'Mediation naast rechtspraak in familiezaken', *Tijdschrift voor scheidingsrecht* 2006, p. 192-196.

Pel & Vogel 2004

M. Pel & M.A. Vogel (red.), *Mediation en vertrouwelijkheid*, Den Haag: Sdu 2004.

Pintens 1998

W. Pintens, *Inleiding tot de rechtsvergelijking*, Leuven: Universitaire Pers Leuven 1998.

Pitlo/Gerver 1995

Gerver e.a. (bew.), *Pitlo. Het Stelsel van het Nederlandse privaatrecht*, Arnhem: Gouda Quint 1995.

Plapinger & Stienstra 1996

E. Plapinger & D. Stienstra (with the assistance of L. Hooper & M. Pecherski), *ADR and Settlement in the Federal District Courts. A sourcebook for judges & lawyers*, Washington, DC: Federal Judicial Center and the CPR Institute for Dispute Resolution 1996.

Pleysier 1999

A.J.H. Pleysier, 'De rol van de notaris bij het totstandkomen van overeenkomsten', in: T. Hartlief & C.J.J.M. Stolker (red.), *Contractvrijheid*, Deventer: Kluwer 1999, p. 451-459.

Potasch 2004

P. Potasch, 'Mediation issues in the Slovak legislation', *Tijdschrift voor Mediation* 2004, p. 69-72.

Prein 2004

H.C.M. Prein, *Beroepsvaardigheden en interventietechnieken van de mediator*, Den Haag: Sdu 2004.

Prein 2006

H.C.M. Prein, 'Transformatieve mediation' in: H.C.M. Prein (red.), *Benaderingen en inspiratiebronnen van mediation*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2006, p. 93-136.

Q

Quispel 2006

Y. Quispel, 'De wenselijkheid en mogelijkheid van echtscheiding zonder rechterlijke tussenkomst na 'de val' van Wetsvoorstel Luchtenveld', *Tijdschrift voor Familie- en Jeugdrecht* 2006, p. 276-283.

R

Rapport van de Commissie Herziening Scheidingsprocedure 1996

Rapport van de Commissie Herziening Scheidingsprocedure, *Anders Scheiden*, Den Haag: Ministerie van Justitie, Directie Rechtsbijstand en Juridische Beroepen 1996.

Rapport van de Commissie Rechtsbescherming 2004

Rapport van de Commissie Rechtsbescherming van de Vereniging voor Bestuursrecht VAR, *De toekomst van de rechtsbescherming tegen de overheid. Van toetsing naar geschilbeslechting*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2004.

Reif 1991

L. C. Reif, 'Conciliation as a Mechanism for the Resolution of International Economic and Business Disputes', *Fordham International Law Journal* (14) 1991, p. 578-638.

Reiling 2003

A.D. Reiling, 'Rechtspraak in de digitale delta', *Nederlands Juristenblad* 2003, p. 2286-2291.

Reuben 2005

R.C. Reuben, 'Democracy and Dispute Resolution: Systems Design and the New Workplace', *Harvard Negotiation Law Review* (10) 2005, p. 10-68.

Rijken 1994

G.J. Rijken, *Redelijkheid en billijkheid* (monografieën nieuw BW), Deventer: Kluwer 1994.

Riskin 1996

L.L. Riskin, 'Understanding Mediators' orientations, strategies, and techniques: a grid for the perplexed', *Harvard Negotiation Law Review* (1) 1996, p. 7-52.

Robinson 2003

P. Robinson, 'Centuries of contract common law can't be all wrong: Why the UMA's exception to mediation confidentiality in enforcement proceedings should be embraced and broadened', *Journal of Dispute Resolution* 2003, p. 135-173.

De Roo & Jagtenberg 2003

A. de Roo & R. Jagtenberg, *De praktijk van mediation in ons omringende landen. Een vergelijkend onderzoek verricht in opdracht van het Ministerie van Justitie*, Rotterdam: Erasmus Universiteit Rotterdam 2003.

De Roo & Jagtenberg 2004

A.J. de Roo & R.W. Jagtenberg, *Europese mediationpraktijken*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2004.

Rosenberg 1991

J.D. Rosenberg, 'In defense of mediation', *Arizona Law Review* (33) 1991, p. 467-507.

Van Rossem/Cleveringa 1972

R.P. Cleveringa, *Mr. W. Van Rossem's verklaring van het Nederlands Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering. Deel I*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1972.

Van Rossum 2001

A.A. van Rossum, *Vaststellingsovereenkomst* (monografieën nieuw BW), Deventer: Kluwer 2001.

Van Rossum (GRS)

M.M. van Rossum, 'Bijzondere overeenkomsten. Boek Zeven. Artikelsgewijs commentaar. Titel 1. Koop en ruil. Afdeling 1. Koop: Algemene bepalingen', in: A.P.A. de Klerk-Leenen & B. Wessels (red.), *Bijzondere overeenkomsten, Groene Serie Privaatrecht*, Deventer: Kluwer (losbl.).

Van Rossum 1991

M.M. van Rossum, *Dwaling, in het bijzonder bij koop van onroerend goed. Beschouwingen over inhoud en betekenis van de dwaling in het contractenrecht, toegespitst op koop van onroerend goed, in vergelijking het Engels recht*, Deventer: Kluwer 1991.

Van Rossum 1996

M.M. van Rossum, 'Gross disparity': Een herleving van de leer van het iustum pretium?', *Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie* 1996, p. 659-664.

Van Rossum 1998

M.M. van Rossum, *Misbruik van Omstandigheden* (studiepockets privaatrecht), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1998.

Ruitinga 1982

D.P. Ruitinga, *Misbruik van economisch overwicht als grond voor het aantasten van overeenkomsten. Een studie naar Frans, Amerikaans en Nederlands recht* (diss. Amsterdam UvA), Deventer: Kluwer 1982.

Rutgers 2005

G.R. Rutgers, 'Bindend advies', *Ars Aequi* 2005, p. 1043-1047.

Ruygvoorn 2005

M.R. Ruygvoorn, *Afbreken van onderhandelingen* (monografieën privaatrecht), Deventer: Kluwer 2005.

S

Sanders 1996

P. Sanders, *Het nieuwe arbitragerecht*, Deventer: Kluwer 1996.

Sanders 1998

P. Sanders, 'Alternatieve geschillenbeslechting', in: J. Bockwinkel e.a. (red.), *Anglo-Amerikaans recht* (Ars Aequi 1998-5, bijzonder nummer), Nijmegen: Ars Aequi Libri 1998, p. 113-121.

Sanders 2006

P. Sanders, 'Mediation en arbitrage. Een onderwerp voor de herziening van onze Arbitragewet?', *Tijdschrift voor Arbitrage* 2006, p. 43-47.

Santing-Wubs 2005

A.H. Santing-Wubs, 'Voorstel Richtlijn Mediation', *Maandblad voor Vermogensrecht* 2005, p. 224-226.

Van Schaick 2006

A.C. van Schaick, 'Bewijsovereenkomsten en geheimhoudingsafspraken', *Nederlands Tijdschrift voor Burgerlijk Recht* 2006, p. 131-136.

Schelhaas 2004

H.N. Schelhaas, *Het boetebeding in het Europese contractenrecht* (diss. Utrecht), Deventer: Kluwer 2004.

Scheltema 1935

F.G. Scheltema, 'Contractuele regelingen omtrent de toelaatbaarheid en de waardering van bewijsmiddelen, en omtrent de uitsluiting van tegenbewijs (Slot.)', *Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie* 1935, p. 455-456.

Van Schelven 2001

P. van Schelven, 'De mediationclausule en het burgerlijk procesrecht', *Tijdschrift voor Mediation* 2001, p. 87-90.

Van Schelven 2003

P. van Schelven, 'Mediation en de toegang tot de rechter', *Tijdschrift voor Mediation* 2003, p. 37-41.

Van Schelven 2004

P. van Schelven, 'Mediationafspraken: wél of niet juridisch afdwingbaar? Ontwikkelingen in de Nederlandse rechtspraak', *Tijdschrift voor Mediation* 2004, p. 99-101.

Van Schelven 2006

P. van Schelven, 'Rechtbank Maastricht passeert mediationclausule', *Tijdschrift voor Mediation* 2006, p. 26-27.

Schenk/Blaauw 2000

W. Schenk/J.H. Blaauw, *Het kort geding. B. Bijzonder deel*, Deventer: Kluwer 2000.

Schenk/Blaauw 2002

W. Schenk/J.H. Blaauw, *Het kort geding. A. Algemeen deel*, Deventer: Kluwer 2002.

Von Schmidt auf Altenstadt (GRS)

P.J.M. von Schmidt auf Altenstadt, 'Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering. Eerste Boek. De wijze van procederen voor de rechtbanken, de hoven en de Hoge Raad. Titel 2. De dagvaardingsprocedure in eerste aanleg. Zevende afdeling. Verstek', in: E.M. Wesseling-Van Gent, P. Vlas & M. Ynzonides (red.), *Burgerlijke Rechtsvordering, Groene Serie Privaatrecht*, Deventer: Kluwer (losbl.).

Scholten 1934

G.J. Scholten, *De oorzaak van de verbintenis uit overeenkomst* (diss. Amsterdam UvA), Zwolle: Tjeenk Willink 1934.

Schoordijk 1974

H.C.F. Schoordijk, 'De vaststellingsovereenkomst, vooral in het licht van titel 15 van het zevende boek van het ontwerp nieuw-B.W. (slot)', *Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie* 1974, p. 763-770.

Schoordijk 1983

H.C.F. Schoordijk, *Mede-eigendom, gemeenschap, rechtspersoonlijkheid*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1983.

Schopler 1960

E.H. Schopler, Annotation, *Right to appellate review of consent judgment*, 69 A.L.R. 2d 755 (1960).

Schutte 2005a

E. Schutte, 'Verschoningsrecht voor de mediator?', *ADR Actueel* (1) 2005, p. 27-28.

Schutte 2005b

E. Schutte, 'Verschoningsrecht voor de mediator?', *ADR Actueel* (5) 2005, p. 17-18.

Schutte 2006

E. Schutte, 'Reactie op "Mediation in plaat van of naast rechtspraak: a way of no return?" van mw. mr. C.J.M. Klaassen in Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie (2005) 6637', *Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie* 2006, p. 68.

Scott 2006

L.W. Scott, 'The law of mediation in Texas', *St. Mary's Law Journal* (37) 2006, p. 325-416.

Sekolec & Getty 2003

J. Sekolec & M.B. Getty, 'The UMA and the UNCITRAL Model Rule: an emerging consensus on mediation and conciliation', *Journal of Dispute Resolution* 2003, p. 175-196.

Shannon 2000

B.D. Shannon, 'Confidentiality of Texas Mediations: Ruminations on some thorny problems', *Texas Tech Law Review* (32) 2000, p. 77-109.

Shapiro 1964

S.R. Shapiro, Annotation, *Comment note: Remedies for breach of valid accord or compromise agreement involving disputed or unliquidated claim*, 94 A.L.R. 2d 504 (1964).

Shiplely 1956

W.E. Shipley, Annotation, *Specific performance of Compromise and Settlement Agreement*, 48 A.L.R.2d 1211 (1956).

Sijmonsma 2006

J.R. Sijmonsma, 'De rechter behoort niet naar Mediation te verwijzen', *Praktisch Procederen* 2006, p. 41-42.

Silbey & Merry 1986

S.S. Silbey & L.E. Merry, 'Mediator settlement strategies', *Law & Policy* (8) 1986, p. 7-32.

Sloots 2006

L. Sloots, 'Klachten: procedure, analyse en ervaringen', *Tijdschrift Conflicthantering* 2006, p. 71-73.

Smits 1995

J.M. Smits, *Het vertrouwensbeginsel en de contractuele gebondenheid. Beschouwingen omtrent de dogmatiek van het overeenkomstenrecht* (diss. Leiden), Arnhem: Gouda Quint 1995.

Smits 1999

J.M. Smits, *Dwaling en niet-nakoming bij overeenkomsten. Parallellen en verschillen*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1999.

Snijders (GRS)

H.J. Snijders, 'Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering. Vierde Boek. Arbitrage. Titel 1. Arbitrage in Nederland', in: E.M. Wesseling-Van Gent, P. Vlas & M. Ynzonides (red.), *Burgerlijke Rechtsvordering, Groene Serie Privaatrecht*, Deventer: Kluwer (losbl.).

Snijders 1992a

H.J. Snijders 1992, 'Arbitrage ten opzichte van overheidsrechtspraak', in: A.J. Van den Berg, R. Van Delden & H.J. Snijders (red.), *Arbitragerecht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1992, p. 11-28.

Snijders 1992b

H.J. Snijders 1992, 'Overheidsprocedures naar aanleiding van arbitraal vonnis', in: A.J. Van den Berg, R. Van Delden & H.J. Snijders (red.), *Arbitragerecht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1992, p. 123-140.

Snijders 1999

H.J. Snijders, 'Maten van dwingend recht', in: T. Hartlief & C.J.J.M. Stolker (red.), *Contractvrijheid*, Deventer: Kluwer 1999, p. 153-167.

Snijders 2003

H.J. Snijders, *Nederlands arbitragerecht. Een artikelsgewijs commentaar op de art. 1020-1076 Rv*, Deventer: Kluwer 2003.

Soeteman 1981

A. Soeteman, *Norm en logica. Opmerkingen over logica en rationaliteit in het normatief redeneren met name in het recht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1981.

Sprangers 2004

H. Sprangers, 'Kwantiteiten in mediation: een verkennend onderzoek naar aantallen mediations', *Tijdschrift voor Mediation* 2004, p. 43-45.

Van Steenberghe 2005

W. van Steenberghe, 'Doorverwijzing naar mediation vanuit de rechtspraak. Contradictio in terminis of een goede manier om de rechterlijke macht te ontlasten?', *Nederlands Juristenblad* 2005, p. 2364-2366.

Stein 1957

P.A. Stein, *Misbruik van Omstandigheden als grond voor ongeldigheid van rechtshandelingen* (diss. Leiden), 's-Gravenhage: Excelsior 1957.

Stein 1981

H. Stein, 'Vaststellingsovereenkomsten', *Advocatenblad* 1981, p. 433-442.

Stein/Rueb 2005

P.A. Stein/A.S. Rueb, *Compendium van het burgerlijk procesrecht*, Deventer: Kluwer 2005.

Stein/Stein 2002

H. Stein/H.A. Stein (bew.), *Goed beslagen. Vormen en aspecten van het Nederlands privaatrechtelijke executie- en beslagrecht*, Deventer: Kluwer 2002.

Stichting ADR Centrum voor het Bedrijfsleven 1998

Stichting ADR Centrum voor het Bedrijfsleven, *Tijdschrift voor Mediation* 1998, p. 39-41.

Stolp 2001

M.M. Stolp, 'De keuze voor nakoming: vrijheid, blijheid? Noot bij HR 5 januari 2001, NJ 2001/79 (Multi Vastgoed/Nethou)', *Nederlands Tijdschrift voor Burgerlijk Recht* 2001, p. 380-384.

Stulberg 2005

J.B. Stulberg, 'Mediation and justice. What standards govern?', *Cardozo Journal of Conflict Resolution* (6) 2005, p. 213-245.

Stulberg & Montgomery 1987

J. B. Stulberg & B. R. Montgomery, Design requirements for mediator development programs, *Hofstra Law Review* (15) 1987, p. 499-533.

T

Tak 1996

P.J.P. Tak, *Rechtsvorming in Nederland*, Alphen aan den Rijn: Samsom H.D. Tjeenk Willink 1996.

Tetunic 2003

F.L. Tetunic, 'Florida Mediation Case Law: Two Decades of Maturation', *Nova Law Review* (28) 2003, p. 87-142.

Teuben 2006

K. Teuben, 'Gebondenheid aan mediationafpraak. HR 20 januari 2006, NJ 2006/75', *Maandblad voor Vermogensrecht* 2006, p. 93-95.

Texas Bar 2005

Texas Bar 2005, 'Supreme Court approves ethical guidelines for mediators', *Texas Bar Journal* (68) 2005, p. 856-858.

Thompson 2004

P.N. Thompson, 'Enforcing rights generated in court-connected mediation – tension between the aspirations of a private facilitative process and the reality of public adversarial justice', *Ohio State Journal on Dispute Resolution* (19) 2004, p. 509-572.

Tjittes 1992

R.P.J.L. Tjittes, *Rechtsverwerking* (monografieën nieuw BW), Deventer: Kluwer 1992.

Tjittes 1994

R.P.J.L. Tjittes, *De hoedanigheid van contractspartijen. Een rechtsvergelijkend onderzoek naar de betekenis van de (onderlinge) hoedanigheid van partijen voor de totstandkoming en de vaststelling van de inhoud van rechtshandelingen* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 1994.

Tjittes 1996

R.P.J.L. Tjittes, 'Samenloop van tuchtrecht, strafrecht en privaatrecht bij beroepsaansprakelijkheid', in: J.Ph. Broekhuizen, A.J. Verheij & A.L.T. van Vught, *Beroepsaansprakelijkheid. Artikelen uit het maandblad Ars Aequi*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 1996.

Tjittes 1997

R.P.J.L. Tjittes, 'Naar een bijzonder contractenrecht voor ondernemers' in: S.C.J.J. Kortmann e.a. (red.), *Onderneming en 5 jaar Nieuw Burgerlijk Recht* (serie onderneming en recht. Deel 7), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1997.

Tjittes 2002

R.P.J.L. Tjittes, 'De betekenis van de parole evidence rule in het Amerikaanse contractenrecht', *Contracteren* 2002, p. 4-12.

Tonkens-Gerkema 2005

W. Tonkens-Gerkema, 'Boek 1. Titel 2. Afdeling 14', in: A.I.M. van Mierlo, C.J.J.C. van Nispen & M.V. Polak (red.), *Burgerlijke Rechtsvordering. Tekst & Commentaar*, Deventer: Kluwer 2005, p. 432-460.

U

Uniken Venema/Zwalve 2000

W.J. Zwalve, *C.I. Uniken Venema's common law & civil law. Inleiding tot het Anglo-Amerikaanse vermogensrecht*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2000.

V

Valk 2005

W.L. Valk, 'Boek 6. Titel 5. Overeenkomsten in het algemeen', in: J.H. Nieuwenhuis, C.J.J.M. Stolker & W.L. Valk (red.), *Burgerlijk Wetboek. Tekst & Commentaar. Boeken 5, 6, 7, en 8*, Deventer: Kluwer 2005, p. 2459-2571.

Veldman 2001

M. Veldman, 'Grenzen aan het recht op nakoming', *Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie* 2001, p. 727-738.

Van Velthoven & Ter Voert 2004

B.C.J. van Velthoven & M.J. ter Voert (m.m.v. M. van Gammeren-Zoetewij), *Geschilbeslechtingsdelta 2003. Over verloop en afloop van (potentieel) juridische problemen van burgers*, Den Haag: Wetenschappelijk Onderzoek- en Documentatiecentrum 2004.

Verbunt & Polet 2004

B.E.L.J.C. Verbunt & J.E. Polet, 'Het opstellen van een mediationovereenkomst: enkele verbintenrechtelijke aandachtspunten', *Contracteren* 2004, p. 36-46.

Vereniging van Familierecht Advocaten en – Scheidingsbemiddelaars 2002

Vereniging van Familierecht Advocaten en – Scheidingsbemiddelaars, *Samen uit elkaar*, Utrecht: Kosmos-Z&K Uitgevers 2002.

Verkijk 2005

R. Verkijk, 'Mediation in wetgeving in Nederland?', *Tijdschrift voor Civiele Rechtspleging* 2005, p. 34-40.

Verkijk 2005

R. Verkijk, 'Wel verschoning, geen helderheid', *Advocatenblad* 2005, p. 484-486.

Verspagen 2004

M.A.M.M. Verspagen, 'Arbeidsongeschikt vanwege een arbeidsconflict: aan de goden overgeleverd', *Arbeidsrecht* 2004, p. 25-31.

Vogel 2004

M.A. Vogel, 'Vertrouwelijkheid bij mediation in de Verenigde Staten', in: M. Pel & M.A. Vogel (red.), *Mediation en vertrouwelijkheid*, Den Haag: Sdu 2004, p. 117-159.

Vollebregt 2003

A.W. Vollebregt, 'Mediation vertrouwelijk? Dat is nog maar de vraag!', *ADR Actueel* (5) 2003, p. 17-18.

Vranken 2000

J.B.M. Vranken, 'Over partijautonomie, contractsvrijheid en de grondslag van gebondenheid', in: J.M. Barendrecht, M.A.B. Chao-Duivis & H.A.W. Vermeulen (red.), *Beginselen van contractenrecht. Opstellen aangeboden aan B.W.M. Nieskens-Isphording ter gelegenheid van haar afscheid als universitair hoofddocent bij de vakgroep privaatrecht van de faculteit der Rechtsgeleerdheid van de KU Brabant*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2000, p. 145-155.

Vrieze 2006

G. Vrieze, 'Reactie: Wie eist, bewijst – of hoe men met Cremers en Noorduijn uit de bocht vliegt', *Ars Aequi* 2006, p. 350-352.

W

Wackie Eysten 1994

P.A. Wackie Eysten, 'De opmars van ADR', *Nederlands Juristenblad* 1994, p. 1161-1166.

Wackie Eysten 2003

P.A. Wackie Eysten, 'Mediation en de rechter', *Tijdschrift voor Arbitrage* 2003, p. 112-114.

Wackie Eysten 2005a

P.A. Wackie Eysten, 'Tuchtrechtspraak mediators', *ADR Actueel* (1) 2005, p. 24-27.

Wackie Eysten 2005b

P.A. Wackie Eysten, 'Tuchtrechtspraak mediators', *ADR Actueel* (3) 2005, p. 21-24.

Wackie Eysten 2005c

P.A. Wackie Eysten, 'Uitspraken Tuchtcommissie STM', *ADR Actueel* (7) 2005, p. 20-22.

Wackie Eysten 2005d

P.A. Wackie Eysten, 'Uitspraken Tuchtcommissie STM', *ADR Actueel* (8) 2005, p. 15-16.

Wackie Eysten 2005e

P.A. Wackie Eysten, 'Tuchtrecht voor mediators', *Tijdschrift voor Arbitrage* 2005, p. 21-24.

Wackie Eysten 2005f

P.A. Wackie Eysten, 'Het Commissievoorstel voor een EU-Mediationrichtlijn', *Tijdschrift voor Arbitrage* 2005, p. 147-148.

Wackie Eysten 2006a

P.A. Wackie Eysten, 'Tuchtrechtspraak mediators, uitspraken in appel (1)', *Tijdschrift Conflicthantering* 2006, p. 40-41.

Wackie Eysten 2006b

P.A. Wackie Eysten, 'Tuchtrechtspraak mediators, uitspraken in appel (2)', *Tijdschrift Conflicthantering* 2006, p. 66-67.

Wackie Eysten 2006c

P.A. Wackie Eysten, 'Tuchtrechtspraak mediators', *Tijdschrift Conflicthantering* 2006, p. 92-93.

Wackie Eysten 2006d

P.A. Wackie Eysten, 'Vier uitspraken van de Tuchtcommissie STM', *Tijdschrift Conflicthantering* 2006, p. 107-110.

Wackie Eysten 2006e

P.A. Wackie Eysten, 'Twee uitspraken van de Tuchtcommissie STM', *Tijdschrift Conflicthantering* 2006, p. 122-123.

Wackie Eysten 2006f

P.A. Wackie Eysten, 'Is een mediationafspraken niet verbindend? Enkele opmerkingen naar aanleiding van HR 20 januari 2006, NJ 2006/75', *Tijdschrift voor Arbitrage* 2006, p. 119-122.

Van Wechem & Wissink 2006

Van Wechem & Wissink, 'Wederom afgebroken onderhandelingen', *Contracteren* 2006, p. 17-18.

Welsh 2001

N.A. Welsh, 'The thinning vision of self-determination in court-connected mediation: The inevitable price of institutionalization?', *Harvard Negotiation Law Review* (6) 2001, p. 1-96.

Welsh 2004

N.A. Welsh, 'The place of court-connected mediation in a democratic justice system', *Cardozo Journal of Conflict Resolution* (5) 2004, p. 117-144.

Van der Werf & Venhuizen 2002

H.G. van der Werf & S.M.A.M. Venhuizen, *Mediation*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2002.

Wesseling-Van Gent (GRS)

E.M. Wesseling-Van Gent, 'Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering. Eerste Boek. De wijze van procederen voor de rechtbanken, de hoven en de Hoge Raad. Titel 1. Algemene bepalingen. Derde afdeling. Algemene voorschriften voor procedures', in: E.M. Wesseling-Van Gent, P. Vlas & M. Ynzonides (red.), *Burgerlijke Rechtsvordering, Groene Serie Privaatrecht*, Deventer: Kluwer (losbl.).

Wessels 1998

B. Wessels, 'Vaststellingsovereenkomst', in: C.J. van Zeven (red.), *Compendium bijzondere overeenkomsten*, Deventer: Kluwer 1998.

Wessels & Jongeneel 1997

B. Wessels & R.H.C. Jongeneel, *Algemene voorwaarden*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1997.

Weston 2003

M.A. Weston, 'Confidentiality's constitutionality: The incursion on judicial powers to regulate party conduct in court-connected mediation', *Harvard Negotiation Law Review* (8) 2003, p. 29-79.

White & Summers 1995

J.J. White & R.S. Summers, *Uniform Commercial Code*, St. Paul, Minn: West Publishing Co. 1995.

Van der Wiel 2002

B.T.M. van der Wiel, 'Geheimhoudingsbedingen in geschillenbeslechtsreglementen. Een wankel basis', *Tijdschrift voor Arbitrage* 2002, p. 129-135.

Williams 2005

S. Williams, 'Confidentiality in mediation: Is it encouraging good mediation or bad conduct? Rojas v. Superior Court of Los Angeles County', *Journal of Dispute Resolution* 2005, p. 209-225.

Williston 2006

Williston on Contracts (4th ed.) (<www.westlaw.com>; databank alleen toegankelijk voor abonnees).

Winslade & Monk 2000

J. Winslade & G. Monk, *Narrative Mediation: A New Approach to Conflict Resolution*, San Francisco, CA: Jossey-Bass 2000.

Wise 2006

R.K. Wise, 'Mediation in Texas: Can the judge really make me do that?', *South Texas Law Review* (47) 2006, p. 849-879.

Wissler 2002

R.L. Wissler, 'When does familiarity breed content? A study of the role of different forms of ADR education and experience in attorneys' ADR recommendations', *Pepperdine Dispute Resolution Law Journal* (2) 2002, p. 199-240.

Wright 1994

Ch. A. Wright, *Law of Federal Courts*, St. Paul, Minn: West Publishing Co. 1994.

Y

Ynzonides & Koedoot 2005

M. Ynzonides & M. Koedoot, 'Boek 1. Titel 2. Afdeling 6', in: A.I.M. van Mierlo, C.J.J.C. van Nispen & M.V. Polak (red.), *Burgerlijke Rechtsvordering. Tekst & Commentaar*, Deventer: Kluwer 2005, p. 281-285.

Ynzonides & Koedoot 2005

M. Ynzonides & M. Koedoot, 'Boek 1. Titel 2. Afdeling 7', in: A.I.M. van Mierlo, C.J.J.C. van Nispen & M.V. Polak (red.), *Burgerlijke Rechtsvordering. Tekst & Commentaar*, Deventer: Kluwer 2005, p. 285-290.

Ynzonides 1996

M. Ynzonides, *Verstek en verzet* (diss. Rotterdam 1996).

Young 2006

P. M. Young, 'Take it or leave it. Lump it or grief it: Designing mediator complaint systems that protect mediators, unhappy parties, attorneys, courts, the process and the field', *Ohio State Journal on Dispute Resolution* (21) 2006, p. 721-951.

Z

Van Zeven 1960

G.J. Van Zeven, *De leer van het iustum pretium en misbruik van omstandigheden. La doctrine du „iustum pretium” et l'abus de circonstances*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1960.

Van Zijst 2001

M. van Zijst, *De vaststellingsovereenkomst in strijd met dwingend recht* (diss. Utrecht 2001).

Zonnenberg 1998

L.H.M. Zonnenberg, 'Boedelscheiding opnemen in beschikking', *EchtscheidingBulletin* (11/12) 1998, p. 3-6.

Zonnenberg 2001

L.H.M. Zonnenberg, 'Doel en uitwerking (echt)scheidingsconvenant. Een inleiding', *EchtscheidingBulletin* 2001, p. 101-105.

Zonnenberg 2002

L.H.M. Zonnenberg, 'Convenant, beschikking en executie', *EchtscheidingBulletin* (1) 2002, p. 1-5.

Zonnenberg 2004

L.H.M. Zonnenberg, *Scheidingsbemiddeling*, Den Haag: Sdu 2004.

Zweigert & Kötz 1998

K. Zweigert & H. Kötz, *An Introduction to Comparative Law*, Oxford: Clarendon Press 1998.

Curriculum vitae

Marie Sophie van Muijden werd op 13 januari 1975 geboren te Leiden. In 1995 begon zij haar studie Nederlands recht aan de Erasmus Universiteit Rotterdam waar zij in 2001 cum laude in de privaatrechtelijke en bedrijfsjuridische richtingen afstudeerde. Gedurende haar studie was zij als student-assistent verbonden aan de sectie Internationaal privaatrecht en privaatrechtelijke rechtsvergelijking. In april 2001 kwam zij bij deze sectie in dienst als promovendus. Mede in het kader van haar promotieonderzoek vertrok zij in de zomer van 2001 naar Harvard Law School waar zij in 2002 haar Master of Laws (LL.M.) behaalde. Bij terugkeer in Rotterdam werd het promotietraject vervolgd. Tevens doceerde zij aan de rechtenfaculteit, onder meer in het Post-Graduate LL.M. 'Business, Corporate and Maritime Law'.