De vaststellingsovereenkomst op de comparitie na antwoord

MR. J.W. WESTENBERG EN MR. H.A. STEIN

Een van de hoofddoelen van de comparitie na antwoord in een civiele zaak is het beproeven van een schikking. Daartoe wordt de comparitie ook aangewend, soms zelfs uitsluitend. Een schikking die aldus tot stand komt, zal meestal een vaststellingsovereenkomst zijn. Wat zijn dan aandachtspunten waarmee men bij het treffen van een dergelijke schikking rekening dient te houden?

Inleiding

De comparitie na antwoord[1] is niet meer weg te denken uit de procedure in eerste aanleg voor de behandeling van civiele zaken. In de beginperiode, na 1 januari 2002, varieerde het aantal gehouden comparities na antwoord per rechtbank nog opmerkelijk. Van nog geen 30% bij sommige rechtbanken tot nagenoeg 80% bij andere. In de toenmalige sectoren kanton lagen deze percentages nog lager. Het overstelpende zaaksaanbod stond daar gedurende lange tijd aan het houden van dergelijke comparities in de weg. Inmiddels is hierin duidelijk wijziging gekomen. Op alle rechtbanken wordt in (nagenoeg) de meerderheid van de aangebrachte civiele zaken een comparitie na antwoord gelast. Dit gelasten geschiedt algemeen door middel van een sjabloon vonnis. Daarin wordt de comparitie aangekondigd, de doelen van de comparitie aangegeven en de mogelijkheid geboden voorafgaand aan de comparitie nog stukken in het geding te brengen. Bij een dergelijk vonnis of daarop volgende brief kan de rechtbank wat betreft dit laatste ook haar eigen wensen aan partijen kenbaar maken. Het opstellen van een agenda of een plan van behandeling ten behoeve van de comparitie is nog geen gemeengoed. Hoewel hierop wel is[2] en wordt aangedrongen, staat de noodzaak het dossier dan al in een vroeg stadium bestudeerd te hebben daaraan in de weg. En ook de door partijen nog toe te zenden dan wel van hen opgevraagde stukken kunnen een voorgenomen plan van aanpak duchtig wijzigen.

Als de comparitie eenmaal daar is, kunnen zich verschillende mogelijkheden voordoen. Er wordt nagenoeg uitsluitend informatie uitgewisseld of er wordt ook gekeken of een regeling tot de mogelijkheden behoort.[3] Treffen partijen een regeling met betrekking tot hun geschil, dan is sprake van een vaststellingsovereenkomst. De regeling beantwoordt immers aan de definitie van een dergelijke overeenkomst als opgenomen in artikel 7:900 lid 1 BW.[4] Hierna bespreken wij de verschillende aandachtspunten bij een dergelijke regeling in het licht van de gerechtelijke totstandkoming.

Schriftelijk vastleggen?

Vooropgesteld kan worden dat in de meeste gevallen de vaststellingsovereenkomst schriftelijk wordt vastgelegd. Men is dat zo gewend, het is duidelijk en bovendien levert het proces-verbaal waarin een dergelijke overeenkomst is opgenomen voor partijen een executoriale titel op. Vooral

1 Zie voor de comparitie in het algemeen en de daarbij spelende voorschriften en problemen hoofdstuk 3, Compareren door mr. J.M. Willink in Westenberg, J.W. en J.P. Fokker, *Het Civiele Vonnis*, Zeist: Kerckebosch 2004 als ook Handleiding Regie vanaf de conclusie van antwoord (2009) op www.rechtspraak.nl.

2 Vranken, J.B.M. e.a. 'Oproep voor een beter nieuw civiel procesrecht', *NJB* 1999, p. 1964.

3 Een dergelijke regeling hoeft geen regeling van het aan de orde zijnde geschil te zijn. Een regeling kan ook behelzen dat een partij tot de conclusie komt de verkeerde wederpartij voor zich te hebben dan wel haar vordering niet goed te hebben geformuleerd of onderbouwd. Ook kan blijken dat de ingestelde vordering is verjaard, zodat doorprocederen geen zin meer heeft. In deze gevallen kan de procedure wel worden beëindigd, maar het geschil blijft dan in feite in stand.

4 Ook als bij meerdere gedaagde partijen, van wie er zich ten minste een aan het gevorderde had gerefereerd, een regeling tot stand komt, is ten aanzien van de partij die zich refereerde sprake van een vaststellingsovereenkomst. Aan de onzekerheid die nog kon bestaan, omdat haar referte niet spoorde met het verweer van mede-gedaagde partijen wordt dan immers een einde gemaakt. Bovendien zal de getroffen regeling vaak enigszins afwijken van hetgeen gevorderd was en waaraan men zich had gerefereerd. Voegt een partij zich op de voet van artikel 217 Rv en gaat zij mee in de regeling, dan is daarmee eveneens een vaststelling tot stand gekomen, zij het mogelijk impliciet. Er ontstaat dan immers duidelijkheid aangaande het belang op grond waarvan de desbetreffende partij zich heeft gevoegd ook als er van een daadwerkelijk geschil (nog) geen sprake was.

dat laatste is een argument om zo enigszins mogelijk tot schriftelijke vastlegging over te gaan.
Echter, de regeling van de vaststellingsovereenkomst in het huidige BW eist niet dat de overeenkomst schriftelijk wordt vastgelegd.[5] Dit betekent dat de overeenkomst die partijen bij gelegenheid van de comparitie sluiten, niet in het proces-verbaal van de zitting behoeft te worden opgenomen.[6] Uiteraard zal dit in de praktijk[7] vrijwel altijd wel gebeuren,[8] maar strikt genomen is dit niet nodig. Indien partijen, om welke reden dan ook, de tussen hen getroffen regeling geheim wensen te houden, dan is dat mogelijk. Wel zal in een dergelijk geval in het proces-verbaal opgenomen worden dat partijen tot een regeling zijn gekomen en om die reden hun dispuut beëindigen. Wordt dit nagelaten, dan kan er later een probleem rijzen als een van partijen het getroffen zijn van een dergelijke regeling gaat bestrijden. En een verstandig rechter zal het ontstaan van een dergelijk dispuut proberen te vermijden.

Een nadeel van het niet opnemen van de getroffen regeling in het proces-verbaal is tevens dat er tussen partijen andermaal geschil kan ontstaan, thans over de vraag wat de vaststellingsovereenkomst die zij gesloten hebben inhoudt.[9] Ook om die reden valt het mondeling sluiten en niet vastleggen van de bereikte overeenstemming te ontraden.

Stellen partijen zich op het standpunt dat de getroffen regeling geheim dient te blijven, dan nog dient de rechter te informeren naar de tussen hen getroffen afspraken op het punt van het royeren van de procedure, de verschuldigdheid van proceskosten en, als dit aan de orde is, de opheffing van gelegde beslagen of het teruggeven van bankgaranties.[10] De gegeven antwoorden worden in het proces-verbaal genoteerd en zijn dan onderdeel van de, overigens niet verder opgenomen, vaststellingsovereenkomst.

De na afloop van de comparitie tot stand gekomen vaststellingsovereenkomst

Soms blijken de geesten ter comparitie nog niet rijp om tot een regeling te komen ofschoon partijen dat op zich wel wensen. Aanhouding van de comparitie voor zekere tijd, dan wel rolverwijzing of dagbepaling van het vonnis op een wat langere termijn kan dan uitkomst bieden. Wat als partijen daarna de rechtbank berichten dat zij tot overeenstemming zijn gekomen en vragen het door hen van die overeenstemming opgemaakte document in een proces-verbaal neer te leggen, zodat zij de beschikking krijgen over een executoriale titel? Is de rechtbank daartoe gehouden?[11] Het in deze toepasselijke artikel 87 lid 1 Rv geeft aan dat partijen in elke stand van de procedure om een comparitie kunnen verzoeken teneinde een schikking te beproeven. Ook als rolverwijzing al heeft plaatsgevonden, zal andermaal een comparitie moeten worden gelast, tenzij duidelijk is dat partijen misbruik maken van procesrecht. Doch dit zal, de aard van het verzoek in aanmerking genomen, hier vrijwel nimmer aan de orde zijn.

Schriftelijke vastlegging van een ter zitting getroffen vaststellingsovereenkomst is niet nodig, maar wel aan te raden.

In een dergelijk geval wordt wel door de rechtbank voorgesteld de getroffen regeling in het – al bepaalde – te wijzen vonnis op te nemen.[12] Dit lijkt praktisch, maar valt te ontraden. Zo de getroffen regeling niet geheel aan hetzij de grondslag van de vordering, hetzij die van het verweer voldoet, zal immers altijd sprake zijn van het wijzigen van in de procedure betrokken stellingen. Hoewel de getroffen regeling impliceert dat de desbetreffende stellingen verlaten zijn, is dit niet met zoveel woorden in rechte[13] geconstateerd. Dit kan later tot misverstand leiden, bijvoorbeeld of een in de regeling niet opgenomen onderdeel van het gevorderde nu daadwerkelijk is teruggenomen of door partijen over het hoofd is gezien. Bovendien leent de terminologie van een vaststellingsovereenkomst zich lang niet altijd voor een 'een op een' overname in het dictum van het vonnis. En als men als rechtbank de overeenkomst gaat interpreteren en in eigen bewoordingen in het dictum gaat weergeven, ontstaat het gevaar van misverstaan of onjuist weergeven.

Wil men partijen toch tegemoetkomen, dan is het praktischer om een nieuwe comparitie te gelasten en met partijen af te spreken dat aldaar aan de hand van de

5 Broekema-Engelen, B.J., *T&C BW*, artikel 7:900 BW, aant. 5, Deventer: Kluwer.

6 Zie artikel 87 lid 3 jo. artikel 131 Rv: vastlegging geschiedt als een partij dit verlangt in een proces-verbaal. Het proces-verbaal van de comparitiezitting zal altijd moeten worden opgemaakt, omdat de comparitie na antwoord niet, althans niet gebruikelijk, uitsluitend voor het beproeven van een schikking is gelast. Derhalve geldt de regel van artikel 88 Rv: van het verhandelde wordt proces-verbaal opgemaakt.

7 Zie 'Handleiding regie vanaf de conclusie van antwoord' op rechtspraak.nl, artikel 90 met betrekking tot de inhoud van het proces-verbaal: schikking. Als ter zitting een schikking (nrs. 102 e.v.) van de geschillen wordt bereikt, dan wordt van de vaststellingsovereenkomst proces-verbaal opgemaakt. De vaststellingsovereenkomst, door partijen ter zitting ondertekend, wordt voorzien van een voorblad en een afsluiting, bijvoorbeeld doorhaling van de procedure, en getekend door de comparitierechter en de griffier.

8 De rechter is niet anders gewend!

9 Zie voor een geval dat een wel vastgelegde regeling toch leidde tot onduidelijkheid de in noot 15 genoemde uitspraak.

10 Vaak worden dit soort proces-technische aspecten door partijen over het hoofd gezien. Het is dan de taak van de rechter hier wel de aandacht op te vestigen.

11 De 'Handleiding regie vanaf de conclusie van antwoord' artikel 107 gaat hier zonder meer van uit.

12 Aldus ook in Rechtbank Alkmaar 6 december 2010, LJN BO8979. Vanwege het feit dat er nadien klaarblijkelijk nog het nodige tussen partijen was voorgevallen, voldeed de kantonrechter echter niet aan dit verzoek.

13 Het verzoek tot het vastleggen van de buiten rechte getroffen regeling is immers geen processtuk.

ontvangen bescheiden geconstateerd zal worden dat er een overeenkomst is, die aan het proces-verbaal zal worden gehecht dan wel daarin integraal zal worden opgenomen.

Partijen behoeven dit proces-verbaal niet te tekenen ofschoon artikel 87 lid 3 Rv dat wel doet vermoeden en dit normaliter ook zo gebeurt. Hier is immers geen sprake van het tot stand komen van een regeling ter comparitie, welke regeling in het proces-verbaal wordt opgenomen, maar van het door partijen geven van inlichtingen als bedoeld in artikel 88 lid 1 Rv. Die inlichtingen kunnen door een gemachtigde, bijvoorbeeld de indienend advocaat of andere gemachtigde, gegeven worden.[14]

Weergave van de vaststellingsovereenkomst in het proces-verbaal

In de meeste gevallen zal als een regeling ter comparitie wordt getroffen, deze door de gemachtigden/advocaten van partijen dan wel door partijen zelf aan de rechter worden opgegeven en, waar nodig, toegelicht. Gebruikelijk is het aan de rechter over te laten de getroffen regeling in daartoe geëigende bewoordingen in het proces-verbaal op te nemen.[15] Na voorlezing, of uitdrukkelijk afzien daarvan,[16] tekenen partijen dan dat zij bij de op schrift gezette regeling volharden.

Gesteld dat partijen in een later stadium tot de ontdekking komen dat de aldus op schrift gestelde regeling toch niet (exact) weergeeft wat zij overeenkwamen, wat dan? Als beide partijen het op dit punt eens zijn, dan kunnen zij uiteraard aan de rechter verzoeken het proces-verbaal aan te passen. Maar is de rechter verplicht een dergelijk verzoek te honoreren? Een vaste regeling omtrent het wijzigen van een opgemaakt proces-verbaal ontbreekt. Maar waar het hier gaat om een proces-verbaal dat in executoriale vorm[17] dient te worden afgegeven, kan men denken aan de (analoge) toepassing van artikel 31 dan wel artikel 32 Rv en langs die weg tot wijziging komen. Tot een dergelijke wijziging is de rechter overigens niet verplicht. Men zie bijvoorbeeld Rechtbank Amsterdam 26 mei 2010, LJN BO0390 in welke uitspraak aanvulling van het proces-verbaal werd geweigerd. Waar het hier echter een voorgestelde wijziging in het antwoord dat een partij op een vraag gaf betrof, kan men zich afvragen of een weigering ook kan geschieden indien beide partijen het eens zijn over hetgeen moet worden opgenomen. Daar komt bovendien nog bij dat het hier de rechterlijke vastlegging van een tussen partijen getroffen overeenkomst betreft. Zelfs indien de rechter terecht kan menen dat hetgeen partijen hem ter zitting mededeelden niet spoort met hetgeen zij thans gewijzigd of aangepast wensen te zien, dan nog zijn het partijen die uiteindelijk beslissen welke regeling zij hebben getroffen en hoe die dient te luiden.[18]

Betreft het geen eenparig verzoek dan zal de rechter, alvorens te beslissen, het verzoek aan de andere partij dienen voor te leggen.[19] Indien deze zich tegen toewijzing verzet: de in het proces-verbaal opgenomen regeling is volgens haar wel een correcte weergave van de gemaakte afspraken, dan zijn er twee situaties denkbaar. De rechter is eveneens van oordeel dat het proces-verbaal correct is opgemaakt. In dat geval zal hij het verzoek tot wijzigen of aanvullen[20] afwijzen. Acht de rechter, ondanks het commentaar van de andere partij, het verzoek terecht, dan dient hij in principe het proces-verbaal te verbeteren of aan te vullen.

In dat laatste geval rijst de vraag of het aldus verbeterde of aangevulde proces-verbaal nog wel als een vaststellingsovereenkomst kan worden gezien. Uit de gang van zaken moet immers worden opgemaakt dat partijen het niet meer eens zijn over de inhoud van die overeenkomst. Kan men dan nog van een vaststellingsovereenkomst spreken? Als het gaat om een pure verbetering van bijvoorbeeld een getal, de naam van een bank of een perceelaanduiding, dan lijkt dit wel te kunnen. Maar daarbij ziet men over het hoofd dat het opheffen van een beslag onder de ene bank heel andere consequenties kan hebben dan het opheffen van het onder een andere bank gelegde beslag. Evenzo ten aanzien van een perceelaanduiding: het verschaffen van overpad over het ene stuk land kan bezwaarlijker zijn dan over het andere. In feite is er dan ook sprake van een

14 In de praktijk komt wel voor dat met de gemachtigden/advocaten van partijen wordt afgesproken dat ook zij of een hunner niet ter comparitiezitting hoeven te verschijnen. Hoewel praktisch rijst dan de vraag of nog sprake is van een comparitie. Verdedigbaar, ofschoon feitelijk een cirkelredenering, is echter dat een comparitie waar van partijen niemand verschijnt, doch wel een schriftelijke verklaring is binnengekomen, toch een comparitie is, nu deze als zodanig is gelast. Een dergelijke handelwijze is in ieder geval zuiverder dan de schrijvende advocaat/gemachtigde schriftelijk te laten verschijnen.

15 Dat men daarbij diligent moet zijn op hetgeen de rechter dicteert, leert Rechtbank Leeuwarden 16 december 2009, LJN BK7548, waarin een van partijen zich er op beriep dat de rechter had gezegd dat bij gelegenheid van een op een eerdere comparitie tussen partijen gesloten vaststellingsovereenkomst aan alle geschilpunten een einde was gekomen, terwijl dit volgens de genoemde uitspraak niet in het proces-verbaal te lezen viel (zie overweging 5.8).

16 Het (doen) afzien van voorlezing moet ontraden worden zeker als de rechter de getroffen regeling buiten aanwezigheid van partijen aan de griffier dicteert. Men tekent dan als partij in feite blind zonder controle of hetgeen is afgesproken daadwerkelijk zo in het proces-verbaal is opgenomen. Haast, het late tijdstip of een volgende comparitie voor de rechter mogen hieraan niet af doen.

17 Zie artikel 87 lid 3 laatste zin jo. artikel 131 Rv.

18 Waar het de rechter is die, samen met de griffier, de inhoud van het proces-verbaal bepaalt, kan het feit dat partijen iets willen wijzigen dat in de ogen van de rechter aanvankelijk anders is gezegd (en door hem opgenomen) er wel toe leiden dat hij in het gewijzigde proces-verbaal tot uitdrukking brengt dat hij de regeling aanvankelijk anders heeft verstaan. Onder omstandigheden kan dit van belang zijn indien later toch nog geschil over de getroffen regeling ontstaat.

19 Artikel 31 lid 1 tweede zin respectievelijk artikel 32 lid 1 tweede zin Rv zo nodig analogisch toegepast.

20 In deze paragraaf wordt het begrip 'aanvullen' of 'aanvulling' gebruikt voor de situatie dat wordt gesteld dat enig onderdeel van de regeling wel is besproken, wellicht ook ter comparitie medegedeeld, maar geen neerslag heeft gevonden in het proces-verbaal. Een situatie die dus vergelijkbaar is met het vergeten te beslissen op enig onderdeel van het gevorderde in de normale civiele procedure.

nieuw geschil tussen partijen, thans over de vaststellingsovereenkomst. Dit geschil kan men niet oplossen door het proces-verbaal aan te passen.

De tegenwerping zal dan zijn dat naast de verzoekende partij ook de rechter van oordeel is dat het proces-verbaal bij nader inzien de bereikte overeenstemming niet geheel juist weergeeft. Is dat concludent? De rechter heeft het proces-verbaal geredigeerd op aangeven van partijen. Tenzij duidelijk sprake is van een verkeerd, maar dan wel achteraf geconstateerd, verstaan door die rechter, moet het oordeel zijn dat de enkele waarneming van de rechter dat er iets verkeerd is gegaan in het licht van het thans tussen partijen ontstane dispuut onvoldoende gewicht in de schaal legt om ten gunste van de verzoekende partij het pleit te beslechten, hoezeer de rechter er ook van overtuigd kan zijn dat die partij het gelijk aan zijn zijde heeft. Het valt immers niet uit te sluiten dat een van partijen heeft gedwaald.[21] En dwaling maakt de vaststellingsovereenkomst aantastbaar,[22] met dien verstande dat het dan niet moet gaan om een dwaling ten aanzien van (een onderdeel van) het geschil dat met de vaststellingsovereenkomst tot een oplossing is gebracht, maar dwaling ten aanzien van hetgeen in het kader van die oplossing tussen partijen is afgesproken.[23] Zou de rechter hier, ondanks het verzet van een partij en ondanks het feit dat hij aanvankelijk anders redigeerde, het verzoek toewijzen, dan is het bepaald niet uit te sluiten dat de aldus gewijzigde vaststellingsovereenkomst door die zich verzettende partij zal worden aangetast.

Een oplossing kan zijn dat de rechter naar aanleiding van het verzet tegen de verbetering/aanvulling door de niet-verzoekende partij beslist om partijen mondeling te horen. Met andere woorden: een nieuwe comparitie. Die mogelijkheid is niet uitgesloten nu zowel artikel 31 als artikel 32 Rv voorschrijven dat de rechter partijen in de gelegenheid moet stellen zich uit te laten, doch niet aangeeft op welke wijze dit dient te geschieden. Een schriftelijke uitlating gevolgd door een mondelinge toelichting is dus denkbaar. Een dergelijke toelichting kan ook zin hebben. Partijen waren immers op enig moment bereid hun geschil door middel van een vaststellingsovereenkomst uit de wereld te helpen. Gezien deze bereidheid, zullen zij in principe ook bereid zijn om het hier aangesneden probleem op minnelijke wijze op te lossen in het besef dat als zij dit niet doen een nieuwe procedure opdoemt.

Het kan ook zijn dat de weergave van de tussen hen getroffen afspraken in het proces-verbaal tussen partijen verwarring oproept. Dat kan eveneens voor partijen aanleiding zijn zich andermaal tot de rechter te wenden, thans met een verzoek de getroffen regeling uit te leggen of te verduidelijken. Recente rechtspraak[24] leert dat het dan niet aan de rechter is om in een dergelijk verzoek te treden. Uitleggen of verduidelijken is immers iets totaal anders dan het herstellen van een typefout of het alsnog opnemen van een vergeten detail. De uitleg, die dan immers ook nog dikwijls schriftelijk gegeven zal worden, verkrijgt als het ware het karakter van een aanvullende rechterlijke uitspraak zonder dat in een behoorlijke procesgang dan wel enig rechtsmiddel is voorzien. Er zal niets anders opzitten dan dat partijen een nieuwe procedure aanhangig maken. In die procedure kan de rechter, te wiens overstaan de vaststellingsovereenkomst tot stand is gekomen en die die overeenkomst vorm heeft gegeven zo nodig als getuige worden gehoord. Slechts langs die weg kan nadere verduidelijking geschieden.

Het proces-verbaal corrigeren met een 'echte' aanvulling

In de vorige paragraaf is al gesproken over het aanvullen van het proces-verbaal. Dit aanvullen kan echter ook betrekking hebben op een facet van de regeling dat niet tussen partijen is besproken en overeengekomen, maar in het kader van de uitvoering van de in het proces-verbaal neergelegde regeling wel geregeld had moeten worden. Men kan hier bijvoorbeeld denken aan het uitvoeren van een betalingsregeling waartoe de betalende partij wenst te beschikken over onder derdenbeslag liggende gelden terwijl hieromtrent in het kader van de comparitie niets is afgesproken dan wel wie van partijen zal betalen voor de onderdelen die in het kader van op een bepaalde wijze afgesproken herstel noodzakelijk zijn.

Het is verleidelijk hier te focussen op het bepaalde in artikel 7:901 lid 2 BW.[25] Maar de beslagleggende schuldeiser kan er belang bij hebben het beslag te handhaven als andere zekerheid voor betaling ontbreekt. En niet in alle gevallen zal het mogelijk of gewenst zijn de onder een derdenbeslagene aanwezige gelden door deze periodiek te laten overmaken aan de schuldeiser. Dit zou immers de relatie tussen de beslagen derde en de schuldenaar ernstig kunnen verstoren. En als er geschil is over de vraag wie bij het uitvoeren van de regeling moet betalen voor de noodzakelijke onderdelen, is in feite sprake van een geheel nieuw geschilpunt dat bij het treffen van de regeling niet onder ogen is gezien en ook daarom niet onder de werking van dit artikellid kan worden gebracht.

21 Zie voor een dergelijke dwaling Hoge Raad 1 februari 2013, LJN BY3129, *NJ* 2013, 84. De prijsvaststelling van aandelen die partijen houden in een vennootschap wordt overgelaten aan accountants. Als een partij met betrekking tot de waardebepaling van die aandelen aan de accountants nadere informatie verstrekt, dan kan dat aanleiding zijn tot een beroep op dwaling, ook al is die informatie niet aan de wederpartij verstrekt noch specifiek verstrekt in verband met de overeenkomst die door het beroep op dwaling wordt aangetast.

22 Zie *T&C BW* artikel 7:900 BW aant. 2 onder e. Rechtsgevolgen.

23 Zie r.o. 4.4. van Rechtbank 's-Gravenhage 30 juli 2008, LJN BD9528. En in het kader van die laatste dwaling geldt geen informatieplicht van de wederpartij omdat er ter zitting bijstand is van een advocaat (of gemachtigde) en de rechter de goede procesorde bewaakt. In gelijke zin Rechtbank Amsterdam 17 oktober 2012, LJN BY7011.

24 Hoge Raad 6 maart 2013, LJN BZ3458.

25 Ieder van partijen is jegens de ander verplicht te verrichten hetgeen van haar zijde nodig is om aan de vereisten voor de totstandkoming van de vaststelling te voldoen.

De conclusie is dan ook gerechtvaardigd dat in dergelijke situaties het proces-verbaal niet kan worden aangevuld.[26] Partijen zullen in goed overleg op het desbetreffende punt een regeling moeten treffen. Deze regeling is dan weer een vaststellingsovereenkomst zij het dat deze, wegens de wijze van tot stand komen, geen executoriale titel oplevert. Maar waar het vrijwel altijd zal gaan om de wijze van uitvoering van de eerder in het proces-verbaal neergelegde vaststellingsovereenkomst, zal men op de grosse van het proces-verbaal, indien het zover mocht komen, kunnen executeren met inachtneming van de later getroffen regeling, mits deze regeling blijft binnen het kader van de oorspronkelijke vaststellingsovereenkomst en bovendien de deurwaarder hieraan zijn medewerking wil verlenen.

Dient een in rechte getroffen vaststellingsovereenkomst ontbindende voorwaarden te bevatten en, zo ja, wat zijn daarvan de consequenties.

Van de hier bedoelde aanvulling moet overigens wel worden onderscheiden de situatie dat de vaststellingsovereenkomst weliswaar het tussen partijen bestaande geschil tot aan het sluiten van die overeenkomst beëindigt doch daarna, uit dezelfde rechtsverhouding, weer nieuwe geschillen ontstaan. In een dergelijk geval zal hetzij in de reeds aanhangige procedure moeten worden doorgeprocedeerd, hetzij een nieuwe procedure moeten worden gestart, afhankelijk van hetgeen zich voordoet. Bij dit voortprocederen respectievelijk de nieuwe procedure zal wel in aanmerking moeten worden genomen dat het in executoriale vorm afgegeven proces-verbaal met de vaststellingsovereenkomst een titel oplevert die bij het voortzetten van de oude respectievelijk het starten van de nieuwe procedure in acht moet worden genomen.[27]

Ontbinding mogelijk?

Men kan zich afvragen of in de eerstgenoemde gevallen bedoeld in de vorige paragraaf ontbinding van de vaststellingsovereenkomst mogelijk is. De vaststellingsovereenkomst kwalificeert immers als een wederkerige overeenkomst.[28] Een ontbinding zal echter afstuiten op het feit dat hier in wezen sprake is van onzekerheid omtrent de wederzijdse verplichtingen. Bij een dergelijke onzekerheid kan niet worden gezegd dat degene die alsdan blijft stil zitten dan wel een bepaalde prestatie weigert, zonder meer tekortschiet. Dit staat dan aan een ontbindingsverklaring[29] in de weg.

In al deze gevallen is overigens geen sprake van het aan een van partijen of een derde opdragen of overlaten van een beslissing omtrent de punten die hen verdeeld houden. Dit brengt met zich dat, zie artikel 7:905 BW, een normale ontbindingsverklaring buiten rechte kan worden uitgebracht. Is de beslissing wel aan een partij of een derde overgelaten, dan zal in rechte de ontbinding moeten worden gevorderd zo van tekortschieten sprake is. In dat geval is het ook de rechter die beoordeelt of de partij die ontbinding wenst voldoende andere middelen (dan ontbinding) ter beschikking staan om, kort gezegd, vergoeding van de schade die uit het niet-nakomen of tekortschieten voortkomt, te verkrijgen.

Los van het vorenstaande kunnen partijen wel bij het sluiten van een vaststellingsovereenkomst overeenkomen dat niet-naleving door een hunner van de in het kader van die overeenkomst aangegane verplichtingen zal leiden tot ontbinding van de vaststellingsovereenkomst. Een dergelijke afspraak zal dan wel in de getroffen regeling moeten worden vastgelegd. Zo'n afspraak heeft als voordeel dat alle discussie omtrent de implicaties van dit niet-naleven achterwege kan blijven. Wordt de vaststellingsovereenkomst niet uitgevoerd, dan is deze ontbonden.[30] De oude situatie herleeft dan. Zeker de partij die in het kader van een regeling nogal wat heeft toegegeven, kan bij een dergelijk beding belang hebben. Als haar wederpartij dan toch in gebreke blijft, kan zij op de oude voet verder procederen.

Het hangt van de bij de rechterlijke vastlegging gehanteerde sjabloontekst en de wens van partijen af of in alle gevallen waarin een regeling wordt getroffen, aandacht wordt besteed aan de gevolgen van niet-nakoming van die regeling. Gesteld kan worden dat door daaraan aandacht te besteden duidelijk wordt wat de consequenties van

26 Als partijen op het desbetreffende punt eenstemmig zijn, al een oplossing hebben bedacht en deze presenteren als iets dat zij vergeten zijn ter comparitie te vermelden, dan is het opnemen met inachtneming van hetgeen in de vorige paragraaf is opgemerkt op dit punt uiteraard wel mogelijk.

27 Zie Gerechtshof 's-Hertogenbosch 12 september 2009, LJN BA4434, *Prg* 2007, 73. In eerste aanleg was ter comparitie een regeling getroffen voor de tot dat ogenblik bestaande huurachterstand. Nadien vervallen termijnen werden echter niet voldaan. Voor de onder de vaststellingsovereenkomst begrepen niet betaalde huurtermijnen kon echter bij doorprocederen geen nieuwe executoriale titel worden afgegeven. Wel kon het niet voldoen van die termijnen gelet op het daarna ook niet betalen van volgende termijnen leiden tot alsnog ontbinding van de huurovereenkomst, ofschoon de vaststellingsovereenkomst, naar impliciet uit de uitspraak blijkt, daaraan in de weg stond.

28 Zelfs indien de eisende partij door de vaststellingsovereenkomst integraal zou ontvangen wat zij in rechte heeft gevorderd, is die overeenkomst nog wederkerig. De eisende partij ziet dan immers af van verder procederen of het aanhangig maken van nieuwe claims. Het *quid pro quo* karakter is er dus wel degelijk.

29 Hier is sprake van een tussen partijen getroffen overeenkomst die door de rechter is vastgelegd. Artikel 7:905 BW is op een dergelijke overeenkomst niet van toepassing. De ontbinding hoeft niet in rechte te worden gevorderd.

30 De vaststellingsovereenkomst zelf bevat immers een ontbindende voorwaarde, te weten ontbinding bij niet-nakomen van de overeenkomst of enige bepaling daarvan. Wordt door het niet-nakomen die voorwaarde vervuld, dan is de vaststellingsovereenkomst van rechtswege ontbonden. Is dienaangaande in de overeenkomst niets bepaald, dan zal de ontbinding in rechte moeten worden gevorderd, mits het tekortschieten daartoe voldoende aanleiding geeft (artikel 6:265 BW). Ontbinding buiten rechte op grond van artikel 6:265 jo. 6:267 BW is ook mogelijk.

niet-nakomen zijn. Dat voorkomt verder debat op dit punt. Anderzijds kan worden betoogd dat met de vaststellingsovereenkomst een door beide partijen gewilde, nieuwe situatie in het leven wordt geroepen. De oude situatie met het daarin besloten liggend geschil is daarmee van de baan. Het geeft dan geen pas om daar naar terug te keren. Als de vaststellingsovereenkomst niet wordt nagekomen, dan moet men nakoming daarvan vorderen. Daarvoor wordt ook het proces-verbaal in executoriale vorm uitgegeven.

Omtrent het door partijen al dan niet naleven van ter comparitie gesloten vaststellingsovereenkomsten ontbreken duidelijke gegevens. De ervaring wijst echter wel uit dat na het treffen van een dergelijke overeenkomst het niet vaak voorkomt dat partijen in een later stadium de zaak weer opbrengen omdat de regeling niet is nagekomen en zij de oude procedure wensen te vervolgen.[31] Feitelijk kan dit vervolgen ook niet meer omdat de gesloten vaststellingsovereenkomst daaraan in de weg staat. Afhankelijk wat bij/in die overeenkomst is geregeld zal van de niet-nakomende partij hetzij nakoming van de vaststellingsovereenkomst moeten worden gevraagd, hetzij ontbinding van die overeenkomst. Over het niet-nakomen van de vaststellingsovereenkomst als zodanig wordt al helemaal nauwelijks geprocedeerd.[32] Dat laatste is verklaarbaar omdat er immers meestal – als de vaststellingsovereenkomst goed is doordacht en geredigeerd – een executoriale titel is die zonder verdere procedure ten uitvoer kan worden gelegd. In dat verband verdient het aanbeveling ter comparitie niet alleen aandacht te besteden aan het feitelijke geschil, maar ook zich de vraag te stellen wat er dient te gebeuren als de regeling van dit geschil, die partijen voor ogen hebben, niet wordt nageleefd.[33]

De vaststellingsovereenkomst komt in strijd met bepalingen van dwingend recht

Partijen hebben contractsvrijheid. Zij kunnen, in principe, contracteren zoals zij willen. In hun afspraken kunnen zij ook bepalingen van dwingend recht terzijde stellen.[34]

Gesteld dat een dergelijke afspraak ter comparitie wordt getroffen, is de rechter dan gehouden die afspraak neer te leggen in het proces-verbaal van de zitting of mag/kan hij dit weigeren?

Gezien het bepaalde in artikel 7:902 BW lijkt een weigering niet wel mogelijk zolang het tenminste gaat om een afspraak die partijen treffen om een onzekerheid of geschil op vermogensrechtelijk gebied tot een oplossing te brengen. Gaat het om een geschil van andere aard, bijvoorbeeld een geschil over de niet-loon modaliteiten van een arbeidsovereenkomst, dan zal de rechter aan het opzij zetten van een bepaling van dwingend recht in de gemaakte vaststellingsovereenkomst niet hoeven mee te werken. Dit is tamelijk vanzelfsprekend. Als het maken van de afspraak al verboden is, moet het meewerken aan het vastleggen van een dergelijke afspraak evenzeer verboden zijn. Ten aanzien van een beëindigingsafspraak met betrekking tot een geschil op vermogensrechtelijk gebied geldt overigens wel dat een eventuele strijdigheid met een dwingendrechtelijke bepaling van de gemaakte afspraak niet zo ver mag gaan dat de inhoud of strekking van de gesloten overeenkomst in strijd komt met de openbare orde of goede zeden.

Dit laatste is niet echt duidelijk. De ondernemer die in het maatschappelijk verkeer diensten verricht, is gehouden hiervoor een rekening te presenteren, waar aan de orde met berekening van omzetbelasting. Gesteld, hij doet dit niet maar laat zich zwart betalen. Later ontstaat tussen partijen geschil over hoeveel er daadwerkelijk is betaald. Ter comparitie besluiten partijen alsnog de zogeheten 'zwarte' betaling in aanmerking te nemen en zij wensen dit ook in hun te treffen regeling vastgelegd te zien. Komt een dergelijke vastlegging in strijd met de openbare orde of goede zeden? Deze begrippen zijn niet echt duidelijk:[35] zuiver theoretisch is dergelijk handelen niet tolerabel. Uit het arrest Hoge Raad 30 maart 1998, *NJ* 1998, 554 valt echter af te leiden dat het wel om heel bonte gevallen moet gaan, wil de rechter zijn medewerking aan het vastleggen van een door partijen getroffen regeling weigeren.[36] Feitelijk vervalt daarmee de noodzaak onderzoek te doen of hetgeen partijen afspraken in strijd komt met de openbare orde of goede zeden, waarmee artikel 7:902 BW op dit punt tot een dode letter dreigt te worden voor de vaststellingsovereenkomst betreffende vermogensrechtelijke geschillen.[37]

31 Zie echter Rechtbank Utrecht 28 mei 2009, LJN BI5054. Hier werd een verklaring voor recht gevraagd dat een voorwaarde waaronder de vaststellingsovereenkomst was gesloten niet in vervulling was gegaan en daarmee de vaststellingsovereenkomst niet tot stand was gekomen.

32 Voor een geval waarin dit wel gebeurde zie men Rechtbank Arnhem 31 maart 2010, LJN BM0067.

33 Een voorbeeld van dit laatste is Voorzieningenrechter Rechtbank Middelburg 21 april 2009, LJN BJ2136. Uit deze uitspraak blijkt dat wel aandacht was besteed aan de taxatie van de waarde van te leveren aandelen, maar niet aan de vraag wat, als na taxatie niet geleverd werd, er dan diende te geschieden. Dit kort geding had voorkomen kunnen worden door ook in de vaststellingsovereenkomst op te nemen dat voor de door de deskundige vastgestelde waarde zou worden geleverd binnen een concrete termijn.

34 Hetzij omdat zij dwingendrechtelijke bepalingen die bij de vaststelling aan de orde zijn niet kennen of over het hoofd zien, hetzij omdat zij bewust van die bepalingen willen afwijken vanwege het feit dat hen dat beter uitkomt. Het probleem ontstaat pas als partijen een dergelijke afspraak aan de rechter, ter opname in het proces-verbaal of anderszins, voorleggen. Uiteraard zal de rechter partijen daarop dan attenderen. Het gaat er echter om wat dient te geschieden indien partijen die afspraak toch gestand willen doen. Wat dan in rechte dient te geschieden als partijen over de geldigheid van die afspraak procederen gaat het bestek van dit artikel te buiten.

35 Zie Hijma, J, *T&C BW* aant. 2 sub a. op artikel 3:40 BW, Deventer: Kluwer.

36 In dat arrest ging het om het voornemen tot het doen van aangifte door een rechter, omdat zwart loon werd betaald. De Hoge Raad achtte een dergelijk voornemen niet toelaatbaar. De klacht gericht tegen dit voornemen treft doel. H.F.M. Hofhuis en C.M. Schrijnen, 'Aangifte door de rechter', *Trema* 2002, afl. 3, p. 130-134, zetten (terecht?) vraagtekens bij de consequenties van deze opvatting aangezien die de integriteit van de rechtelijke macht kan aantasten.

37 Het is overigens de vraag of dit niet altijd al het geval was sedert de invoering van het huidige BW en of dit erg is.

Noodzaak tot het opnemen van machtigingen in de regeling

Soms treffen partijen in het kader van de beslechting van hun geschil een regeling die het doen van mededelingen aan derden betreft. Men denke aan het laten doorhalen van een beslag in de registers of het doen van mededeling omtrent de opheffing daarvan aan de bank. Soms bevat de regeling bepalingen dat meegewerkt dient te worden aan het verlijden van een akte of iets dergelijks. In het kader van dergelijke afspraken komt wel naar voren of het zinvol dan wel noodzakelijk is dat partijen hetzij elkaar, hetzij de partij die bij het doen van de mededeling belang heeft, op voorhand machtigen om namens de partij – die bij nader inzien toch medewerking weigert – de desbetreffende (rechts)handeling te verrichten. Het is ook een punt dat wel ambtshalve door de rechter pleegt te worden aangesneden in het kader van het op schrift stellen van de getroffen regeling.[38]

Het later aanbrengen van wijzigingen in het proces-verbaal in de tekst van de vaststellingsovereenkomst kan alleen als partijen eenstemmig zijn.

Naar de letter van de wet, artikel 7:901 lid 2 BW,[39] lijkt een dergelijk opnemen niet noodzakelijk. Men is immers krachtens de wet reeds gehouden mee te werken aan het uitvoeren van de getroffen regeling. Maar daarbij ziet men over het hoofd dat als die medewerking onverhoopt niet gegeven wordt, andermaal een gang naar de rechter nodig is om de onwillige partij daartoe te noodzaken. Het bepaalde in het derde lid van dit artikel, als aan enig vereiste kan worden voldaan door een verklaring van een partij wordt die verklaring geacht in de regeling besloten te liggen, doet hier niet aan af. De praktijk is huiverig de conclusie te trekken dat dan de wilsverklaring van de (later) weigerachtige partij al in het mede door deze getekende proces-verbaal besloten ligt en op basis hiervan de nodige documenten op te maken. Het is dan ook praktischer om terstond bij het treffen van de regeling de nodige uitvoeringshandelingen na te lopen en te zien of nadere afspraken hier noodzakelijk zijn. Slechts indien beide partijen dit absoluut niet wensen, kan de rechter hiervan afzien.[40] Het is tenslotte der partijen regeling.

Dit afzien heeft overigens wel consequenties indien de getroffen regeling ook bedingen bevat ten behoeve van derden. In dat geval zijn die derden verplicht om, zo de regeling niet wordt nagekomen, een procedure te beginnen. Een simpel machtigen in de regeling van de derde kan dit voorkomen.

Vaststelling door de rechter

Een bijzondere vaststellingsovereenkomst is die waar partijen ter comparitie het treffen van een regeling geheel of op onderdelen aan de rechter laten. Partijen zijn het dan wel eens dat er een regeling moet komen, maar zelfs met de hulp van hun raadslieden/gemachtigden slagen zij er niet in die regeling tot stand te brengen. Het komt dan voor dat partijen de rechter vragen een dergelijke regeling tot stand te brengen, dan wel op een onderdeel de knoop door te hakken.

De vaststelling komt dan tot stand krachtens de aan een derde, in casu de rechter, opgedragen beslissing (artikel 7:900 lid 2 BW). De regeling is echter een normale vaststellingsovereenkomst, zij het er wel een die slechts door een uitspraak in rechte ontbonden kan worden (artikel 7:905 BW). Feitelijk is hetgeen de rechter doet het geven van een bindend advies. In verband hiermede en gelet op de rechtspraak[41] doen partijen en de rechter er verstandig aan om in een dergelijke situatie in het proces-verbaal op te nemen dat partijen de beslissing op het geschil dan wel op onderdelen daarvan aan de rechter overlaten. Dit enkele overlaten lijkt overigens niet voldoende. Verstandiger is er aan toe te voegen dat partijen zich neer zullen leggen bij hetgeen aldus wordt besloten en zich daar naar zullen gedragen. Partijen dienen hiervoor dan ook in het proces-verbaal te tekenen.[42]

Brengt de rechter de gehele regeling vervolgens ter comparitie tot stand, dan is dit een bindend advies dat integraal in het proces-verbaal van de zitting dient te worden opgenomen.[43] Het merkwaardige doet zich dan voor dat dit proces-verbaal in executoriale vorm pleegt te worden uitgegeven, terwijl het feitelijk om de beslissing van een aangezochte derde, toevallig een rechter, gaat. Het is ook de rechter die de bindende beslissing geeft en daarvoor tekent. Partijen hoeven dit niet te doen ofschoon het verstandig is hun instemming te constateren door op de gebruikelijke wijze het proces-verbaal te laten voorlezen en tekenen.

38 Dit kan betrekkelijk informeel geschieden. Een vraag in de trant van 'heeft u er aan gedacht wat moet gebeuren als hieraan geen uitvoering wordt gegeven' is meestal al voldoende. Men kan zich afvragen of hierdoor de rechter niet gaat mee procederen. Dit is een vrij academische vraag. Partijen willen immers een sluitende regeling en zijn er dan ook bij gebaat dat die er – zo goed mogelijk – komt. En in dat kader is het niet verboden om aan te snijden hetgeen partijen mogelijk over het hoofd hebben gezien.

39 Ieder van de partijen is jegens de andere verplicht te verrichten hetgeen van haar zijde nodig is om aan de vereisten voor de totstandkoming van de vaststelling te voldoen.

40 Zo nodig kan de rechter daarbij als eigen verklaring in het proces-verbaal opnemen dat hij partijen heeft voorgehouden dat het verstandiger dan wel praktischer is om de hier bedoelde machtigingen in de regeling op te nemen doch dat partijen hiervan hebben afgezien. Dit opnemen, wat partijen daar ook van mogen vinden, mag omdat het een eigen constatering van de rechter is omtrent het verhandelde ter comparitiezitting.

41 HR 9 november 2001, LJN AB2752, *NJ* 2001, 692 *(Bartels/SHB)*.

42 De aldus getroffen afspraak is een vaststellingsovereenkomst en behoeft dus, strikt genomen, niet schriftelijk te worden vastgelegd. Maar waar hier behoorlijk van de gebruikelijke gang van zaken ter comparitie wordt afgeweken, is vastlegging wel zo praktisch en het voorkomt later debat over hetgeen precies aan de rechter is opgedragen.

43 Van al het verhandelde ter zitting wordt immers proces-verbaal opgemaakt.

Hetgeen aldus tot stand komt is geen rechtelijke uitspraak of vonnis. Aantasting van de aldus tot stand gekomen regeling kan dan ook alleen langs de weg van artikel 7:904 BW geschieden. Hoger beroep is niet goed denkbaar, omdat er – behoudens het tussenvonnis waarbij de comparitie is gelast – geen vonnis wordt gewezen.

Wordt aan de rechter overgelaten onderdelen van de regeling in te vullen, de termijnen van een betalingsregeling, het nog te betalen bedrag, dan ziet men van de hiervoor geschetste gang van zaken meestal niets terug in het proces-verbaal. De rechterlijke beslissing wordt dan als het ware aan partijen toegerekend. Voor het aantasten van de beslissing op de bewuste punten maakt dat niet uit. Dat gaat weer via de weg van artikel 7:904 BW, waarbij overigens wel het probleem ontstaat dat niet duidelijk vast ligt wat aan de rechter is overgelaten en wat door partijen zelf is geregeld. Dit pleit er dan ook voor om ook hier de aan de rechter ter beslissing overgelaten punten meer expliciet in het proces-verbaal te omschrijven.

Conclusie

Zolang partijen ter comparitie bij het treffen en vastleggen van een vaststellingsovereenkomst maar binnen de geëigende kaders blijven, is er niets aan de hand. De problemen ontstaan indien zij een afwijking van het gebruikelijke: geen op schrift stellen, latere aanvulling, uitleg, ontbinding of het integraal overlaten van de beslissing aan de rechter, voorstaan. In de meeste gevallen kan dan wel analoog aan bestaande wettelijke bepalingen een oplossing worden bereikt. Merkwaardig is echter dat in het kader van het treffen van een vaststellingsovereenkomst ter zitting soms een actieve rol van de rechter wordt verlangd, het signaleren van de noodzaak van machtigingen om de regeling te kunnen uitvoeren, soms grote terughoudendheid, het geen nadere explicatie geven van wat met de op schrift gestelde vaststellingsovereenkomst is bedoeld. Dit roept de vraag op of deze rechterlijke hulp bij geschillenbeslechting toch niet wat dieper zou moeten worden doordacht, wellicht nader geregeld. Tenslotte biedt het verwijzen naar mediation niet in alle gevallen een oplossing, zeker niet in die waar partijen juist aan de executoriale titel, die alleen de rechter hun kan verschaffen, behoefte hebben.

Onder omstandigheden kunnen bepalingen van dwingend recht door de vaststellingsovereenkomst terzijde worden gesteld ook als de rechter de overeenkomst redigeert.

Over de auteurs
Mr. J.W. Westenberg is oud-coördinerend vicepresident van de Rechtbank 's-Gravenhage. Mr. H.A. Stein is advocaat bij Van Cooth Advocatuur te Breda.